



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5045351-54.2013.4.04.7000/PR

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA

APELANTE: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL

APELANTE: COPEL DISTRIBUIÇÃO S/A

APELADO: OS MESMOS

RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas em face de sentença que julgou procedente a ação, nos seguintes termos:

ANTE O EXPOSTO,

3.1. Conheço o mérito da pretensão formulada em ambos os processos;

*3.2. Com força no art. 269, I, CPC, **JULGO PROCEDENTE** a pretensão lançada pelas demandantes, com o fim de declarar a nulidade dos autos de infração n. 002/2003-SFF e 005/2013-SFF, nos termos da detalhada fundamentação acima;*

3.3. Com força no art.20, CPC, condeno a ANEEL ao pagamento das custas processuais (reembolsando as demandantes as custas que tenham sido antecipadas), sem prejuízo da eventual aplicação do art. 14 da lei 9289/1996;

*3.4. Condeno a ANEEL ao pagamento de honorários sucumbenciais em favor do advogado das demandantes (art. 20, CPC e art. 23 da lei 8.906/1994), cujo montante arbitro em **R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), já abrangendo ambos os feitos**. Levo em conta, para tanto, o elevado valor discutido em ambas as causas, a complexidade da demanda e o zelo do(a) advogado(a), conforme balizas do art. 20, § 4º, CPC (R\$ 2.647.952,43 + R\$ 912.228,70= R\$ 3.560.181,13). O valor corresponde a cerca de 1,7% do total do crédito desconstituído.*

3.5. Aludido valor deverá ser atualizado pela variação do IPCA-E, com termo inicial na data desta sentença e termo final na data do efetivo pagamento (indexador previsto no manual de cálculos do CJF);

3.6. Depois do eventual trânsito em julgado, os valores depositados na conta vinculada aos autos deverão ser restituídos em favor das demandantes. Até lá, referidos valores deverão ser mantidos na aludida conta, com a variação ditada pela lei (art. 11 da lei 9289/1996);

3.7. A presente sentença está submetida ao REEXAME NECESSÁRIO, dado que não se aplica ao caso a exceção do art. 475, § 2º, CPC.

3.8. Em homenagem aos princípios da instrumentalidade, celeridade e economia processual, eventuais apelações interpostas pelas partes restarão recebidas no efeito devolutivo, salvo no caso de intempestividade ou ausência de preparo, que serão oportunamente certificados pela Secretaria.

3.9. Interposto(s) o(s) recurso(s), caberá à Secretaria abrir vista à parte contrária para contrarrazões e, na sequência, remeter os autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Em suas razões recursais, a Agência Nacional de Energia Elétrica alegou que: (1) a sentença é nula, uma vez que incursiona no mérito do ato administrativo, valorando a culpabilidade dos agentes; (2) a Lei n.º 9.427/1996 estabelece como base de cálculo das multas administrativas o faturamento da empresa (art. 3º, inciso X), limitando-se a Resolução Normativa n.º 63/2004 a reproduzir a prescrição legal, sem ampliar o seu conteúdo; (3) o contrato de concessão n.º 46/1999, celebrado entre a Agência Nacional de Energia Elétrica e a Copel Distribuição S/A., contém cláusula prevendo o faturamento como base de cálculo das multas administrativas (cláusula nona, subcláusula primeira), e tanto a petição inicial como a sentença mencionaram que se referiam ao contrato n.º 60/2001; (4) os contratos de concessão devem conter, obrigatoriamente, cláusulas relativas a penalidades contratuais e administrativas, por determinação da Lei n.º 8.978/1995 e do Decreto n.º 2.335/1997, que regulamenta a Lei n.º 9.427/1996; (5) a Lei n.º 9.427/1996 e o Decreto n.º 2.335/1997 são os fundamentos de validade da Resolução Normativa n.º 63/2004, a qual, por expressa autorização legal, define o comportamento a ser adotado pelo agente regulado e a sanção correlata, para o caso de inobservância da norma regulatória; (6) observados os limites legais, a ANEEL está autorizada a eleger a base de cálculo das multas, sem incorrer em qualquer vício de ilegalidade; (7) a penalidade aplicada é adequada e proporcional, tendo sido praticado ato motivado no exercício legítimo da discricionariedade administrativa, e (8) não é possível impor a conversão da multa em advertência.

A Copel Geração e Transmissão S/A. e a Copel Distribuição S/A. sustentaram que: (1) a Superintendência Econômica e Financeira é incompetente para instaurar o processo administrativo de aplicação de penalidade decorrente de ação fiscalizatória exercida por Superintendência diversa; (2) o fato de existir gestão compartilhada não é suficiente para caracterizar a infração apontada nos Autos de Infração n.ºs 02/2013 e 05/2013, inexistindo enquadramento legal nesse sentido; (3) a questão da apresentação de contrato de licença para o uso de software foi sanada no processo administrativo, não sendo objeto das ações judiciais, o que impõe a exclusão de sua análise; (4) a suposta infração, se cometida, corresponderia ao art. 4º, inciso XII, da Resolução Normativa n.º 63/2004, da ANEEL, integrante do Grupo 1, e (5) o juízo *a quo* não atendeu aos parâmetros delineados no art. 20 do CPC/1973, para fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais, tendo determinado o pagamento de valor irrisório e sem motivação jurídica.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

I - Não há nulidade a inquirir a sentença, porquanto se extraem de sua fundamentação as razões (de fato e de direito) do convencimento do julgador, tanto que foi possível às partes exercer, em sua plenitude, o direito de defesa na via recursal.

A alegação de que houve indevida incursão em matéria vedada à apreciação judicial diz com o próprio mérito da lide (os limites do controle judicial de ato administrativo) e, como tal, deve ser examinada.

II - Ao analisar os pedidos formulados na inicial, o juízo *a quo* manifestou-se nos seguintes termos:

Autos n. 5045351-54.2013.404.7000 e 5036139-09.2013.404.7000.

Autos 5045351-54.2013.404.7000

A empresa COPEL DISTRIBUIÇÃO S/A, qualificada nos autos, ingressou com a presente demanda, sob o rito ordinário, em face da AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL, pretendendo que o Poder Judiciário declare a nulidade dos autos de infração n. 002/2013 SFF e despacho administrativo ANEEL n. 3.424/2013, proferido nos autos n. 45800.001279/2011-03 e 48500.000369-201-31.

Para tanto, em síntese, a COPEL sustentou o que segue:

a) entre 21 e 24 de março de 2011, a COPEL GERAÇÃO E TRANSMISSÃO SA (Copel GeT) e a COPEL DISTRIBUIÇÃO SA (Copel D) teriam sido alvo de fiscalização, deflagrada pela Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eleticidade - SFE, da ANEEL, com o escopo de se aferir a estrutura para execução dos serviços de operação e manutenção (autos n. 48500.001279-2011);

b) referida apuração teria eclodido em duas autuações administrativas (auto de infração n. 02/2013 e 005/2013). No primeiro auto, lhe teria sido cominada a multa de R\$ 2.647.952,43, enquanto que, no segundo, teria sido imposta a multa de R\$ 912.228,70;

c) a multa de AI 05/2013 (R\$ 912.228,70) estaria sob discussão nos autos n. 5036139-09.2013.404.7000, distribuídos ao presente juízo. Os autos deveriam ser reunidos, em prol de solução uniforme de ambos os processos;

d) a apuração administrativa teria tido início com o escopo de se aferir a eventual reversão tarifária (autos administrativos n. 48500.006989/2009-05). Todavia, a equipe de fiscalização teria descumprido sua finalidade, passando a emitir termos de notificações (TN n. 49/2011 e 051/2011);

e) aludido procedimento sera nulo, eis que teria sido violado o art. 20 da Resolução 63 de 12 de maio de 2004, editada pela própria Aneel. Apenas a Superintendência poderia deflagrar o procedimento fiscalizatório em questão;

f) também teria sido violado o art. 22 da Resolução 63/2004, dado que o auto de infração deveria ser emitido pela superintendência respectiva, responsável efetivamente pela ação fiscalizatória, o que não teria ocorrido na espécie;

g) aludido procedimento teria agredido o art. 2º, VIII, lei 9784/1999;

h) de outro tanto, a apuração não teria respeitado a cláusula do devido processo, eis que não teria detalhado quais empregados teriam realizado atividades irregulares, quais teriam exercido o gerenciamento em conjunto;

i) o Poder Público teria atuado com desvio de finalidade e excessos, o que não poderia ser vaticinado pelo Poder Judiciário;

j) a ANEEL lhe teria atribuído, portanto, a prática de infrações administrativas consistentes em utilizar funcionários da distribuidora também no âmbito da COPEL GT, o que violentaria a REN 334/2008 e também a ausência de contrato de compartilhamento de infraestrutura (REN 334/2008), cominando-lhe multa de até 2% do faturamento (R\$ 3.309.940,53);

k) a própria ANEEL já teria determinado que parte dos ativos das DITs das SEs de Rede Básica fossem transferidas para a Copel Distribuição, ao contrário da Norma 334/2008, conforme seria aferível da Resolução Autorizativa n. 1.120/2007;

l) desse modo, seria incorreta a alegação de que o compartilhamento de pessoa e infraestrutura teria ocorrido sem a prévia aquiescência da ANEEL, diante do conteúdo da referida resolução autorizativa n. 1.120/2007, sendo aplicável ao caso o art. 27 da Resolução 334/2008, com prorrogação dos contratos anteriores;

m) por determinação da ANEEL, por meio do ofício 280/2005, teria havido acisão total da Copel Transmissão S/A, com transferência de parte dos seus ativos e passivos em favor da Copel Distribuição e parte para a Copel Geração S/A. Os ativos relacionados à tensão igual ou inferior a 138kV teriam sido atribuídos à Copel Distribuição; e os ativos relacionandos à tensão igual ou superior a 230kV teriam sido atribuídos à Copel Geração;

n) não teria havido compartilhamento de pessoal e de infraestrutura, ao contrário do que teria alegado a ANEEL. Ademais, o relatório de fiscalização teria sido elaborado de modo genérico, sem individualizar os funcionários respectivos, supostamente compartilhados no âmbito das duas subsidiárias;

o) de outro tanto, tampouco seria cabível a autuação por conta da alegada ausência de prévia submissão dos contratos de prestação de serviços e compartilhamento entre a COPEL Distribuição e COPEL Geração, dado que o compartilhamento de algumas subestações seria corolário dos parâmetros impostos pela própria ANEEL por meio da Resolução autorizativa 1.120/2007;

p) o sistema elétrico da COPEL teria sido construído ao longod e muitas décadas, sob um modelo de empresa verticalizada, o que teria implicado íntimas conexões entre a Copel Distribuidora e Copel Geração;

q) a própria ANEELteria reconhecido não ter havido prejuízo financeiro mensurável, de modo que a imposição da multa seria incabível, na espécie. Ademais, não haveria lastro legal para a imposição da aludida sanção, eis que a lei 12.783/2013 teria autorizado a prorrogação das concessões de transmissão e de distribuição por mais 30 anos, visando a modicidade tarifária (e isso deveria ser promovido com a redução de custos);

r) de outro tanto, quando muito eventual sanção deveria ser convertida em advertência, diante do art. 8º, I e II da Resolução normativa 63/2004 ANEEL. Ademais, lhe deveria ter sido oportunizada a prévia regularização mediante subscrição do termo de ajuste de conduta - TAC;

s) a autuação teria incorrido em bis in idem, eis que a mesma sanção teria sido imposta para a COPEL Geração e COPEL distribuição, ambas empresas subsidiárias da Copel Distribuidora;

t) a sanção teria violado o postulado da proporcionalidade e razoabilidade, não tedo atentado para o art. 413 do Código Civil.

A empresa postulou a antecipação da tutela, com o fim de que a ANEEL fosse impedida de lançar seu nome em cadastro de rsetrição ao crédito. Detalhou os demais pedidos e atribuiu à causa o valor de R\$ 2.647.952,43.

Deferi a antecipação de tutela, autorizando a empresa demandante a promover o depósito, em conta vinculada aos autos, do valor da multa discutida (evento 6). Ao mesmo tempo, também determinei que a requerida se abstinhasse de promover o lançamento do nome da autora no CADIN. Também acolhi o pedido de agregação dos autos 5045351-54.2013.404.7000 e 5036139-09.2013.404.7000.

A demandante comprovou a realização do depósito no evento9, enquanto que a requerida sustentou ter cumprido a ordem judicial respectiva (ev.14).

A demandada apresentou sua contestação, alegando o que segue:

a) não haveria nulidade, eis que o auto de infração teria sido elaborado pela SFF - superintendência de fiscalização e serviços de eletrecidade da ANEEL. A competência daquele órgão teria sido reconhecida pela sua própria procuradoria jurídica, em consulta interna;

b) a competência da SFF seria especial, quando confrontada com a competência da SFE, nos termos do aludido parecer;

c) ademais, mesmo que se reconhecesse a alegada incompetência do órgão administrativo, disso não decorreria a pretensa nulidade, eis que a demandante não teria comprovado os prejuízos daí decorrentes para o devido processo;

d) ao contrário do alegado pela demandante, a autuação teria lastro em dispositivos legais, conforme teria constado na decisão administrativa impugnada (i.e., resoluções que teriam regulamentado a lei 9.427/1996);

e) a própria demandante teria reconhecido, na peça inicial, ter promovido o compartilhamento de infraestrutura, o que teria violado às disposições infralegais, emanadas da ANEEL;

f) seria incabível o pedido de conversão da sanção em advertência, eis que o tema já teria sido apreciado no âmbito administrativo. De outro tanto, o TAC também teria sido recusado pela Administração ao apreciar pedido de reconsideração;

g) não teria havido bis in idem, dado que a Copel Distribuição e a Copel Geração seriam empresas distintas, com personalidade jurídica própria;

h) o princípio da proporcionalidade teria sido plenamente respeitado.

A requerida juntou cópia dos autos do processo administrativo (ev.15).

Seguiu-se réplica da demandante (evento18), ocasião em que ela sustentou não serem necessárias diligências probatórias.

Determinei a intimação da requerida para que se manifestasse a respeito de eventuais diligências probatórias (evento 20). A ANEEL manifestou-se no evento 23, dizendo que o feito comportaria julgamento imediato.

Os autos vieram conclusos.

Autos n.º 5036139-09.2013.404.7000

A COPEL GERAÇÃO E TRANSMISSÃO S/A, qualificada nos autos, ingressou com demanda em juízo, sob o rito ordinário, em face da AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL, pretendendo que o Poder Judiciário declare a nulidade do auto de infração n.º 005/2013-SFF e na decisão tomada pela Diretoria da ANEEL e publicada no Despacho n.º 2.922, de 20 de agosto de 2013, praticados no processo administrativo ANEEL n.º 45800.001279/2011-03 e 48500.000415/2013-65.

Para tanto, em síntese, ela invocou causa de pedir em tudo semelhante àquela lançada contra o auto de infração n.º 002/2013 SFF. Ela detalhou seus pedidos e atribuiu à causa o valor de R\$ 912.228,70.

Deferi a antecipação da tutela no evento 7, autorizando a demandante a realizar depósito em conta vinculada aos autos, o que ela comprovou no evento 11 daqueles autos.

A ANEEL apresentou sua resposta no evento 37, defendendo a autuação levada a efeito. Para tanto, em síntese, ela sustentou que o termo de autuação estaria em conformidade com o art. 3º IV da lei 9427/1996 e Portaria 349/1997 MME. Conquanto a fiscalização tenha sido promovida pela SFE e a autuação levada a efeito pela SFF, disso não decorreria a pretensa invalidade do termo respectivo.

A atuação da ANEEL seria uma, de modo que a distribuição interna de atribuições não ensejaria as consequências divisadas pela demandante. A autuação estaria em conformidade com as normas pertinentes e seria incabível a substituição da sanção por advertência ou alguma outra de menor gravidade.

Seguiu-se réplica da demandante (evento 44).

As partes disseram não serem necessárias diligências probatórias. Foi juntada cópia dos autos de processo administrativo (evento 49). Os autos vieram conclusos para sentença.

DECIDO:

I. QUESTÕES PROCESSUAIS:

1.1. Julgamento simultâneo de ambas as causas:

Diante do amplo relatório acima, vê-se que estão sob julgamento, perante este juízo, dois processos deflagrados por empresas subsidiárias da COPEL, questionando multas que lhe teriam sido cominadas pela ANEEL.

Desse modo, o feito comporta julgamento conjunto, na forma dos arts. 103 e 105 do Código de Processo Civil. Promovo, pois, a apreciação simultânea de ambos os feitos.

1.2. Julgamento imediato de ambos os feitos:

O processo comporta julgamento imediato, na forma do art. 330, I, CPC. Registro que as partes foram instadas a especificar os meios probatórios pertinentes e expressamente disseram não ser necessária a complementação da instrução processual.

Ademais, os documentos jungidos ao feito permitem a imediata solução da causa. Reporto-me aos julgados abaixo:

"Ademais, não houve cerceamento de defesa em razão da não produção de prova pericial requerida, vez que os embargos à monitoria têm como mote a revisão de cláusulas contratuais tidas por abusivas e sua interpretação, repousando a discussão em matéria eminentemente de direito, de modo que não há óbice ao julgamento antecipado da lide." (AC 200651010029916, Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, TRF2 - QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::12/02/2014.)

2. Quando só há pontos controvertidos de direito a serem solucionados no processo, deve o juiz proceder ao julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, inciso I, do CPC, não constituindo tal procedimento cerceamento de defesa. Ademais, o Magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, acaso verifique que a prova documental carreada para os autos é suficiente para orientar o seu entendimento. (AC 00148643120114058100, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data::27/09/2013 - Página::288, omiti parte do julgado)

1.3. Demais questões processuais:

As partes não suscitaram objeções ou exceções processuais.

Dado que não diviso vício no feito quanto aos temas suscetíveis de apreciação ex officio (art. 267, § 3º, CPC), passo direto ao exame do mérito.

II. MÉRITO:

Vê-se que as demandantes sustentaram, em síntese, que a autuação levada a efeito pela ANEEL seria viciada, eis que (a) a autuação teria sido promovida pela Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira – SFF e a multa teria sido cominada pela Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade – SFE, o que seria indevido;

(b) a autuação seria viciada, eis que a ANEEL teria desconsiderado que ela própria havia autorizado o compartilhamento de infraestrutura, mediante a Resolução 1.120/2007; (c) de outro tanto, a autuação também seria nula, eis que a fiscalização não teria detalhado o nome dos funcionários pretensamente compartilhados por ambas as empresas; (d) a multa não teria amparo direto na legislação de regência; (e) ademais, a ANEEL teria incorrido em bis in idem, dado que teria cominado a sanção para as duas empresas subsidiárias do mesmo grupo econômico; (f) a sanção teria violado o postulado da proporcionalidade; (g) o faturamento não poderia ser empregado como critério para dosagem da multa aplicada.

Em breve síntese, essa é a causa de pedir invocada em ambos os feitos.

Aprecio da forma tópica, como segue abaixo.

2.1. Considerações sobre a discricionariedade administrativa:

Vivemos o tempo da superação do modelo de Estado meramente Legislativo em prol de um efetivo Estado Constitucional, conforme conhecida expressão de Peter Häberle.

Durante muitos anos, a teoria do Estado gravitou em torno do estudo das competências e dos órgãos administrativos. Atualmente, contudo, o eixo tem sido deslocado em direção à busca de efetividade dos direitos fundamentais. E isso é incompatível com a ideia de legibus solutus, própria ao Estado oitocentista.

*Como explica Gustavo Binembojm, "A palavra discricionariedade tem sua origem no antigo Estado europeu dos séculos XVI a XVIII, quando expressava a soberania decisória do monarca absoluto (voluntas regis suprema lex). Naquela época, do chamado Estado de polícia, em que o governo confundia-se integralmente com a Administração Pública, a sinonímia entre discricionariedade e arbitrariedade era total. Com efeito, se a vontade do soberano era a lei suprema, não fazia sentido cogitar de qualquer limite externo a ela. Por atavismo histórico, ainda nos dias de hoje encontra-se o adjetivo 'discricionário' empregado como sinônimo de arbitrário ou caprichoso, ou para significar uma decisão de cunho puramente subjetivo ou político, liberta de parâmetros jurídicos de controle." (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 195-196).*

Posteriormente, essa noção de discricionariedade (então compreendida como sinônimo de arbítrio) evoluiu em prol do reconhecimento da existência de distintas opções deliberativas, observados os limites estipulados pela própria lei. Em muitos casos, a lei imporia a finalidade, mas não estipularia os meios a serem escolhidos, pelos administradores, para a sua obtenção.

Por fim, sob o Estado Constitucional, reconhece-se que o administrador público não pode decidir de qualquer forma, ao seu alvedrio. "Em consequência, como assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a discricionariedade deixa de ser compreendida como um campo externo ao direito - verdadeiro atavismo monárquico - passando a ser vista como um poder jurídico. É dizer: um espaço decisório peculiar à Administração, não de escolhas puramente subjetivas, mas definida pela prioridade das autoridades administrativas na fundamentação e legitimação dos atos e políticas públicas

*adotados, dentro de parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição, pelas leis ou por atos normativos editados pelas próprias entidades da Administração." (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 199-200).*

Ora, há muito tempo é sabido que o Poder Judiciário pode promover o controle de atos administrativos discricionários, quando menos para aferir eventual desvio de finalidade. O grande debate diz respeito, isso sim, à intensidade e aos critérios envolvidos no aludido controle judicial.

*Bandeira de Mello explica que "Em despeito da discricção presumida na regra de direito, se o administrador houver praticado ato discrepante do único cabível, ou se tiver algum fim seguramente impróprio ante o confronto com a finalidade da norma, o Judiciário deverá prestar a adequada revisão jurisdicional, porquanto, em rigor, a Administração terá desbordado da esfera discricionária." (BANDEIRA DE MELLO, Celso A. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 36).*

*Concordo, pois, com Binenbojm quando enfatiza que "A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. **A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos.**" (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 208).*

*Diante do reconhecimento de efetividade aos princípios constitucionais da boa gestão pública (art. 37, CF), não há como imaginar que o Poder Executivo possa deliberar de qualquer modo, sem justificar suas escolhas e sem ter que prestar contas. "O mérito - núcleo do ato -, antes intocável, passa a sofrer a incidência direta dos princípios constitucionais. Deste modo, ao invés de uma dicotomia tradicional (ato vinculado v. ato discricionário), já superada, passa-se a uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa." (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 209).*

Convém atentar para a precisa síntese de Binenbojm:

"É interessante registrar que a aplicação da teoria do desvio de poder para o controle da finalidade dos atos administrativos discricionários não importa controle do mérito propriamente dito, mas como que um estreitamento do seu âmbito.

Ou seja: não se trata de controlar o núcleo da apreciação ou da escolha, mas de diminuir mo espaço em que o administrador faz escolhas de acordo com a própria conveniência e oportunidade.

O mesmo pode ser afirmado com relação às outras formas, ditas, de controle do mérito do ato administrativo, como o controle da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência. Neste sentido, por exemplo, não se controla o mérito do ato administrativo em descompasso com a proporcionalidade, mas apenas se reconhece que o conteúdo desproporcional do ato simplesmente não é mérito.

Em outras palavras, não há conveniência e oportunidade possível fora dos limites estabelecidos pela proporcionalidade."

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 210.

Sei bem que, no mais das vezes, as questões alusivas à eficiência de determinadas soluções administrativas escapam do controle judicial, sob pena de se instituir um governo de juizes, inviabilizando-se a própria administração pública e comprometendo o sistema de pesos e contrapesos.

Repiso esse detalhe: os juízos de mera conveniência e de mera oportunidade escapam, em regra, do controle jurisdicional, salvo quando se tratar de escolhas manifestamente desastrosas, desproporcionais, que comprometam a própria moralidade pública ou mesmo uma noção mínima de eficiência.

Colho a lição de Hans Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober:

"Enquanto a Administração está orientada para a multiplicidade e tem responsabilidade metajurídica, a jurisprudência é de tipo monodisciplinar-jurídico (...). Por isso, o controlo jurisdicional circunscreve-se apenas ao controlo jurídico. Este controlo não se confunde com a vigilância completa (Rundum-Beaufsichtigung) da Administração. Por isso, o controle jurisdicional termina onde deixam de existir padrões jurídicos de controlo (...). Aqui a autonomia da Administração manifesta-se de forma particularmente clara. Em primeiro plano, está a auto-responsabilidade, que terá de ser respeitada pela jurisprudência, bem como a oportunidade, mas não a legalidade da actuação (...). A ideia nuclear é a de que o controlo jurisdicional não conduz a uma subalternização da Administração e os tribunais não devem substituir as apreciações (valorações) da Administração pelas suas próprias valorações.

Nesse contexto, devemos distinguir duas questões fundamentais. Por um lado, suscita-se a questão de saber se num Estado de direito que pratica a divisão de poderes haverá decisões 'livres do direito' para a Administração, no sentido de determinadas medidas estarem totalmente excluídas do controlo jurisdicional (os chamados actos de autoridade sem justiça). Esta questão suscitou-se quanto aos actos de governo e quanto aos actos de graça, mas que deve ser recusada na vigência da lei fundamental (...). Diferente é a questão de saber até que ponto o legislador exclui do controlo jurisdicional decisões administrativas por questões de celeridade e de eficiência administrativas, através da criação de normas de sanção e de preclusão (Heilungs- und Präklusionsvorschriften) (...)

Por outro lado, trata-se do problema de saber se e em que medida a Administração goza, quanto às decisões a tomar, de margens de conformação que apenas limitem a intensidade do controlo jurisdicional (a chamada densidade do controlo). Sejam aqui lembradas apenas as margens de discricionariedade, cujo exercício está subordinado a determinados limites jurídicos."

*WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. **Direito administrativo. volume I.** Tradução do alemão por António F. de Souza. Calouste Gulbenkian, 2006, p. 247-248.*

Em muitos casos, todavia, deve-se ter em conta a teoria dos motivos determinantes, bem explicitada por Hely Lopes Meireles:

"A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e sujeitam-se ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido."

*MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 14ª Edição, Editora RT, p. 175.*

*Compartilho, pois, da lição de José dos Santos Carvalho Filho quando argumenta: "A teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade. E não se afigura estranho que se chegue a essa conclusão: se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato." (CARVALHO F, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 24. ed. RJ: Lumen Juris, 2011, p. 109).*

*Afinal de contas, conquanto o Poder Judiciário não possa invadir a esfera decisória que é própria do Poder Executivo - o que não se discute -, também é fato que se deve "fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição do seu exercício abusivo." (FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** Atualizado por Gustavo Binenbojm. 7. ed. RJ: Forense, 2005, p. 191).*

Conjugando-se todos esses elementos, vê-se que o Direito Administrativo contemporâneo não mais acolhe a premissa de que o mérito dos atos administrativos seriam sempre insuscetíveis de controle judicial. Isso não ocorre em um Estado Constitucional, dado que administrar é exercer função (é atuar em nome próprio, mas no interesse alheio).

*Também é possível o controle de decisões fundadas em fontes normativas que veiculam conceitos porosos, imprecisos, indeterminados (a respeito desse tema, leia-se CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y lenguaje.** 6. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011). Isso significa que, diante da efetividade dos princípios constitucionais, o administrador*

público não pode decidir ao seu libito, já que - mesmo em tais casos - há zonas de certeza positiva e negativas, suscetíveis de aferição judicial.

Menciono o seguinte julgado:

(...) 1. De acordo com a doutrina mais autorizada, os conceitos jurídicos indeterminados, como, no caso, procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável, sujeitam-se a controle judicial de sua configuração concreta. 2. Não é omissão de aplicação do disposto no art. 37, I, da Constituição e no art. 80., I, do Dec.-Lei n. 2.320/87 a afirmação de que os fatos alegados - acontecidos há mais de dez anos e em razão dos quais, processado, o apelado restou absolvido - não justificam exclusão do Curso de Agente de Polícia Federal. (EDAC 964030319994010000, DESEMBARGADOR FEDERAL JOAO BATISTA MOREIRA, TRF1 - QUINTA TURMA, DJ DATA: 14/11/2002 PAGINA: 207)

No que toca à fiscalização dos atos discricionários, menciono os precedentes abaixo, colhidos junto ao STF e STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES. EXISTÊNCIA DE CANDIDADOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO DE PROVIMENTO EFETIVO. ILEGALIDADE. LEI ESTADUAL 6.915/2007. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279 DESTA CORTE. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280 DO STF. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS ABUSIVOS E ILEGAIS. AGRAVO IMPROVIDO. I - Inviável o recurso extraordinário quando sua apreciação demanda o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, bem como da legislação infraconstitucional local aplicável à espécie. Incidência das Súmulas 279 e 280 do STF. Precedentes. II - Esta Corte possui entendimento no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. Precedentes. III - Agravo regimental improvido. (RE-AgR 654170, RICARDO LEWANDOWSKI, STF)

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das

penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido. (RMS 24699, EROS GRAU, STF)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - MILITAR - SARGENTO DO QUADRO COMPLEMENTAR DA AERONÁUTICA - INGRESSO E PROMOÇÃO NO QUADRO REGULAR DO CORPO DE PESSOAL GRADUADO - ESTÁGIO PROBATÓRIO NÃO CONVOCADO - CONDIÇÃO "SINE QUA NON" - APLICAÇÃO DO ART. 49 DO DECRETO Nº 68.951/71 - RECURSO ESPECIAL - LIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE - MORALIDADE PÚBLICA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. 1. A discricionariedade atribuída ao Administrador deve ser usada com parcimônia e de acordo com os princípios da moralidade pública, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de desvirtuamento. 2. As razões para a não convocação de estágio probatório, que é condição indispensável ao acesso dos terceiros sargentos do quadro complementar da Aeronáutica ao quadro regular, devem ser aptas a demonstrar o interesse público. 3. Decisões desse quilate não podem ser imotivadas. Mesmo o ato decorrente do exercício do poder discricionário do administrador deve ser fundamentado, sob pena de invalidade. 4. A diferença entre atos oriundos do poder vinculado e do poder discricionário está na possibilidade de escolha, inobstante, ambos tenham de ser fundamentados. O que é discricionário é o poder do administrador. O ato administrativo é sempre vinculado, sob pena de invalidade. 5. Recurso conhecido e provido. ..EMEN: (RESP 199500599678, ANSELMO SANTIAGO, STJ - SEXTA TURMA, DJ DATA:09/06/1997 PG:25574 RSTJ VOL.:00097 PG:00404 ..DTPB)

MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - AFASTAMENTO PARA CONCLUSÃO DA SEGUNDA ETAPA DO CURSO DE DOUTORADO NO EXTERIOR - AFASTAMENTO A PRINCÍPIO DISCRICIONÁRIO - CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE NO CASO CONCRETO - AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO DE INDEFERIMENTO - ILEGALIDADE - SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. A discricionariedade administrativa encontra limites, limites impostos pelo próprio princípio da legalidade. 2. Assim, todo ato que se apresenta, no âmbito da norma legal, discricionário, no caso concreto, é sempre passível de controle jurisdicional. 3. Ao deferir o primeiro período de afastamento para a realização da primeira etapa do curso de Doutorado, na cidade de Belém- PA, restou evidente a necessidade do serviço público e o interesse da Administração na capacitação e no aprimoramento do docente. 4. Não bastasse, o vício da ausência de motivação do ato coator, mais grave nos atos tidos considerados, no âmbito da norma, é suficiente para invalida-lo e conceder a ordem ao Impetrante. 5. Segurança concedida. ..EMEN: (MS 200501144672, PAULO MEDINA, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJ DATA:11/10/2007 PG:00288 ..DTPB)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO - INVALIDAÇÃO DE EXAME DE APTIDÃO FÍSICA EM CONCURSO PÚBLICO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO - GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA IMPERATIVA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE - AGRAVO DESPROVIDO. 1. Para invalidação de atos ampliativos de direitos dos cidadãos, isto é, atos cuja nulidade importe diminuição da esfera patrimonial dos indivíduos, ainda que o exercício da competência administrativa esteja respaldado pelo poder de autotutela, não se afasta a necessidade imperiosa de instauração do devido processo administrativo, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa aos interessados, nos termos

do art. 5º, inciso LV, da CR/88. 2. Todos os atos administrativos, inclusive, os discricionários são passíveis de controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CR/88). Esse controle, mormente nos atos discricionários, depende da devida motivação, como condição de sua própria validade. 3. Segurança concedida, em parte, para assegurar ao Impetrante - Agravado o direito líquido e certo da motivação do ato que invalidou seu teste de aptidão física, bem como as garantias do contraditório e da ampla defesa. 4. Agravo regimental desprovido. ..EMEN: (ADROMS 200302366840, PAULO MEDINA, STJ - SEXTA TURMA, DJ DATA:12/06/2006 PG:00542 ..DTPB)

MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO SEM EFEITO SUSPENSIVO - PRERROGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SEGURANÇA DENEGADA. 1. A concessão de efeito suspensivo ao pedido de reconsideração interposto contra decisão de processo administrativo disciplinar, embora não prevista expressamente no procedimento regulado pelos arts. 174 e seguintes da Lei nº 8.112/90, é considerada prerrogativa que se entende discricionária da Administração Pública. 2. Embora discricionário, o ato administrativo, em tela, é suscetível de controle jurisdicional, que se realiza por meio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 3. Decisão administrativa que se entende razoável, diante da inexistência de fato novo e de provas que justificam a inocência do Impetrante. 4. Segurança denegada. ..EMEN: (MS 200400934313, PAULO MEDINA, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJ DATA:01/08/2005 PG:00317 ..DTPB)

Junto ao eg. TRF4, colho o seguinte precedente:

(...) O ato de dispensa do médico-assistente não se constituiu em mero ato de gestão, tendo a natureza jurídica de ato administrativo discricionário. Os atos discricionários, de regra, devem ser motivados. Ao judiciário, no controle dos atos da administração, é permitido perquirir acerca dos motivos dos atos discricionários, devendo invalidá-los quanto ausentes ou ilegais os motivos. 4. No caso, desfeito sem qualquer formalidade e imotivadamente o vínculo jurídico-administrativo estabelecido entre o autor, médico-assistente, e o HCPA, é de ser declarada a nulidade da sua dispensa, e, por conseguinte, determinada a reinclusão do autor aos quadros do réu. Recurso do réu improvido. 5. Devido o pagamento da metade dos valores a que teria direito o autor como contraprestação pela atuação como médico-assistente, em razão da ilicitude do ato de dispensa, pagamento este feito a título de indenização, o que vem sendo aceito pela jurisprudência mais recente desta Corte. Precedentes. Recurso do autor parcialmente provido. 6. Mantida a sentença de reinclusão do autor nos quadros do réu, como médico-assistente, proferida na ação cautelar, eis que o direito se apresenta manifesto, claro, indubitado, existindo, assim, mais do que fumaça do bom direito. Recurso do réu improvido. (AC 9504489761, OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, TRF4 - TERCEIRA TURMA, DJ 09/02/2000 PÁGINA: 559, omitti parte da ementa)

Concluo, pois, que é cabível o controle judicial dos atos administrativos, mesmo quando discricionários. Deve-se atuar com circunspeção, todavia, a fim de que o Poder Judiciário não se substitua ao Poder Executivo, no juízo de conveniência e oportunidade de determinadas políticas públicas, salvo quando manifestamente ineficientes, inadequadas ou abusivas.

2.2. Controle da proporcionalidade de atos administrativos:

Em inúmeros dos seus dispositivos a Constituição autoriza a Administração Pública ao exercício do poder de polícia (p.ex., 145, §1º, CF), mas desde que sejam respeitados os direitos fundamentais (p.ex., art. 78, CTN).

Isso significa que, como cedição, o exercício do poder de polícia administrativa está limitado pelo postulado da legalidade, tanto na sua dimensão de representatividade (art. 1º, parágrafo único, CF), quando no seu viés de previsibilidade do exercício do poder (art. 5º, II e art. 37, caput, CF).

O poder de polícia está limitado, ademais, pela conferência da finalidade com que é exercido, eis que apenas pode estar orientado à defesa do interesse público, vedando-se a realização com desvio de escopo.

Acrescento, ademais, que a fiscalização estatal deve respeitar ao postulado da proporcionalidade, questão verbalizada expressamente pelo art. 18 da constituição de Portugal de 1976 e que remanesce implícita, na nossa (art. 5º, LIV e LV, CF - enquanto projeção material da cláusula do devido processo).

Art. 18 - constituição de Portugal.

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Reporto-me, tanto por isso, à lição de Carlos Bernal Pulido:

*"1. Segundo o **subprincípio da idoneidade**, toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir para a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo.*

*2. Conforme o **subprincípio de necessidade**, toda medida de intervenção nos direitos fundamentais deve se a mais benigna com o direito no qual se interveio, dentre todas aquelas que revistam da mesma idoneidade para contribuir para alcançar o fim proposto.*

*3. No fim, conforme o **princípio da proporcionalidade em sentido estrito**, a importância dos objetivos perseguidos por toda intervenção nos direitos fundamentais deve guardar uma adequada relação com o significado do direito intervindo. Em outros termos, as vantagens que se obtém mediante a intervenção no direito devem compensar os sacrifícios que esta implica para seus titulares e para a sociedade em geral.*

*PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador.** 3. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 42.*

Ou seja, o poder de polícia não pode ser exercido com excesso, eis que deve se conter ao mínimo indispensável para a salvaguarda dos interesses públicos que o justificam. Deve-se atentar para o conhecido postulado odiosa sunt restringenda (Übermaßverbot).

*A respeito do tema, menciono também a obra de Suzana de Toledo Barros. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das Leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília jurídica, 2ª ed., p. 69/82.*

Transcrevo a análise de Canotilho e Vital Moreira:

*"O terceiro pressuposto material para a restrição legítima de direitos, liberdades e garantias consiste naquilo que genericamente se designa por **princípio da proporcionalidade**.*

Foi a LC 01/82 que deu expressa guarida constitucional a tal princípio (art. 18-2, 2ª parte), embora já antes, não obstante a ausência de texto expreso, ele fosse considerado um princípio material inerente ao regime dos direitos, liberdades e garantias.

O princípio da proporcionalidade (também chamado de princípio da proibição de excesso) desdobra-se em três subprincípios: (a) princípio da adequação (também designado como princípio da idoneidade), isto é, as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei (salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); (b) princípio da exigibilidade (também chamado de princípio de necessidade, ou da indispensabilidade), u seja, as medidas restritivas previstas na Lei devem revelar-se necessárias (tornaram-se exigíveis), porque os fins visados pela Lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias; (c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa justa medida, impedindo-se a adopção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos.

Em qualquer caso, há um limite absoluto para a restrição de direitos, liberdades e garantias, que consiste no respeito ao conteúdo essencial dos respectivos preceitos."

*J.J. Gomes **canotilho** e Vital Moreira. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** Volume 1: arts. 1º a 107. 1ª ed. brasileira. 4ª edição portuguesa. ST: RT, Coimbra: Coimbra Editora, p. 394/395.*

Com esse pano de fundo, destaca-se a chamada proibição de excessos; cuida-se do antigo brocardo 'odiosa sunt restringenda' - o Übermaßverbot dos germânicos.

Vale dizer: a restrição a direitos fundamentais deve ser graduada pelo critério da indispensabilidade. Somente pode ocorrer quando (e no limite em que) for indispensável. Do contrário, o chamado 'núcleo essencial' dos direitos fundamentais (Wesengehalt) restaria atingido, como reconhecem expressamente o art. 18 da Constituição de Portugal/1976 e implicitamente a nossa Lei Maior.

2.3. Dever de motivação dos atos administrativos:

*Ora, como sabido, a motivação das decisões vinculadas é um dever da Administração Pública, consectário direto do postulado da legalidade. "A motivação é elemento essencial para o controle, sobretudo para o controle judicial. Não haverá possibilidade de aferir se o ato se conteve dentro da competência administrativa, dentro da razoabilidade, que deve nortear toda competência, caso não sejam explicitadas as razões condutoras do provimento emanado." (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 174).*

*Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da motivação 'implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.' (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo**. 19ª Ed, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 100).*

*Destaco também que o art. 2º, caput, lei 9784/1999 dispõe expressamente 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."*

Por seu turno, o art. 38, §1º da mesma lei preconiza que os elementos probatórios colhidos no curso da instrução devem ser considerados na motivação do relatório e da decisão. A motivação também é invocada, por exemplo, nos arts. 45 e 49 da mesma lei.

*O seu art. 50, §1º dispõe que "A motivação deve ser explícita, clara e congruente, **podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.**"*

Esse também é o conteúdo do julgado abaixo:

*(...) 3. O princípio da ampla defesa, que rege o processo administrativo, não se limita a assegurar o oferecimento de resposta e a produção de provas pelo administrado, **impondo, ainda, que os argumentos do administrado sejam apreciados fundamentadamente, ainda que seja para rejeitá-los**. Precedente do Supremo Tribunal Federal. 4. Não se qualifica como apreciação das razões de defesa e dos elementos probatórios carreados menção genérica de que a defesa teria sido apresentada sem nenhum fato que pudesse amparar a conduta da concessionária. 5. A Administração não está impedida de apurar irregularidades eventualmente cometidas e*

adotar, respeitando o devido processo legal, as medidas legais cabíveis, incluindo a rescisão do contrato. 6. Apelação provida. (AC 200434000294352, JUIZ FEDERAL MARCELO ALBERNAZ (CONV.), TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:26/09/2008 PAGINA 684)

*Registre-se, todavia, que os tribunais têm reconhecido a validade da **fundamentação per relationem**, inclusive quanto a deliberações judiciais. Reporto-me aos julgados abaixo:*

"A decisão administrativa do Corregedor-Geral de Justiça empregou a chamada motivação per relationem - isto é, valeu-se integralmente das razões lançadas no parecer da Juíza-Corregedora para não conhecer do recurso -, técnica essa que não é vedada, tampouco importa ausência de fundamentação desde que o decisum se reporte a manifestações ou peças processuais que contenham os motivos, de fato e de direito, a amparar a conclusão judicial esposada, como na espécie." (ROMS 200601698350, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:10/02/2011 ..DTPB.:. omiti o restante da ementa)

"Conforme restou decidido pelo Pretório Excelso (ARE 646862 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 13/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 13-02-2012 PUBLIC 14-02-2012; ARE 657355 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2012 PUBLIC 01-02-2012), possui legitimidade jurídico-constitucional a técnica de fundamentação que consiste na incorporação, ao acórdão, dos fundamentos que deram suporte a anterior decisão (motivação per relationem)." (REO 200751010201997, Desembargadora Federal VERA LUCIA LIMA, TRF2 - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data.:15/05/2013, omiti parte da ementa)

Menciono também o seguinte precedente, que versa sobre a incorporação, no âmbito da decisão administrativa, dos pareceres anteriores:

(...) 3. O fato do Termo de Rescisão contratual fazer expressa remissão aos "termos constantes do Processo nº 59400.9460/2009-80", em cujo bojo estariam os fundamentos do mencionado ato administrativo, atende ao requisito da motivação do ato, sob a modalidade "per relationem" ou por referência, prevista no art. 50, parágrafo 1º, segunda parte, da Lei n. 9.784/99 ("A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato"). (...) AG 00125847420104050000, Desembargador Federal Leonardo Resende Martins, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data.:30/11/2010 - Página 407)

2.4. Quanto à presunção de legitimidade dos atos administrativos

Anote-se, de partida, que as presunções podem ser absolutas ou relativas. As presunções absolutas implicam regras remissivas, verdadeiras ficções jurídicas: 'Em princípio, as presunções absolutas penetram no ordenamento como normas remissivas (ou, em alguns casos, restritivas da hipótese ou modificativas do mandamento da norma). Assim, mesmo que, de forma genérica ou em face de um ou outro caso concreto, a presunção não corresponda à realidade (o

fato A não leve ao fato B), isso não a torna, por si só, inválida, principalmente quando, além da pretensa vinculação causal entre os fatos, outras razões levaram à edição da norma.' (PAOLA, Leonardo Sperb de. **Presunções e ficções no direito tributário**. BH: Del Rey, 1997, p. 64).

Por seu turno, '**O que caracteriza as presunções legais relativas é a previsão, pelo legislador, que, salvo prova em contrário, a ocorrência de um determinado fato faz pressupor a existência de outro, ao qual estão vinculadas certas consequências jurídicas. No dizer de Aloísio Surgik, o liame entre os fatos já é estabelecido pela lei, cabendo, apenas, a valoração de provas contrárias.'** (PAOLA, Leonardo Sperb de. **Obra citada**, p. 65).

Semelhante é análise de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart na obra **Prova**. São Paulo: RT, 2009, p. 137.

Em regra, os atos administrativos revelam-se **autoexecutáveis**; e ensejam, pois, a presunção iuris tantum de legitimidade.

'A autoexecutoriedade indica a possibilidade de a Administração Pública obter a satisfação de um direito ou de dirimir um litígio de que participa sem a intervenção imediata do Poder Judiciário, produzindo atos materiais necessários a obter o bem da vida buscado. A auto-executoriedade pode conduzir obviamente ao impedimento da prática de certos atos pelos particulares. (...)

Não há vedação radical ao uso da força pela Administração Pública, na medida em que tal seja a solução adequada para a realização do Direito. Mas o uso da força deverá refletir um devido processo legal, sendo acompanhado da observância de todas as formalidades comprobatórias necessárias e das garantias inerentes ao processo. Mais ainda, não se admite o uso da força mediante mera invocação de fórmulas genéricas determinadas, tais como interesse público, bem comum, segurança, etc. Deve-se identificar, de modo concreto, o bem jurídico tutelado e expor o o motivo pelo qual se reputa que a força deva ser utilizada. É evidente que existem situações concretas emergenciais em que o cumprimento destas formalidades é impossível'

(JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Saraiva, p. 207, grifei).

'As medidas de polícia administrativa freqüentemente são autoexecutórias: i.e., pode a Administração Pública promover por si mesma, independentemente de remeter-se ao Poder Judiciário, a conformação do comportamento do particular às injunções dela emanadas, sem necessidade de um prévio juízo de cognição e ulterior juízo de execução processado perante as autoridades judiciárias. Assim, uma ordem para dissolução de comício ou passeata, quando estes sejam perturbadores da tranqüilidade pública, será coativamente assegurado pelos órgãos administrativos. Estes se dispensam de obter uma declaração preliminar do Judiciário, seja para declaração do caráter turbulento do comício ou passeata, seja para determinar sua dissolução. (...)

Todas essas providências (...) têm lugar em três diferentes hipóteses: a) quando a Lei expressamente o autorizar; b) quando a adoção da medida for urgente para a defesa do interesse público e não comportar delongas naturais do pronunciamento judicial sem sacrifício ou risco para a coletividade; c) quando inexistir outra via de direito

capaz de assegurar a satisfação do interesse público que a Administração está obrigada a defender em cumprimento à medida de polícia'

(BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo. p. 681, grifei e omiti parte do texto).

*A administração pública é exercício de função: exercício de atos em nome próprio, mas no interesse alheio. Daí que, por conta disso, o ordenamento jurídico recepciona **regras especiais de ônus da prova**, segundo a lição de Hely Lopes Meirelles:*

*'Os atos administrativos, qualquer que seja a sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Já a presunção de veracidade, inerente à de legitimidade, refere-se aos fatos alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário. **A presunção também ocorre com os atestados, certidões, informações e declarações da Administração, que, por isso, gozam de fé pública. Esta presunção decorre do princípio de legalidade da Administração, que nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental.** Além disso, a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade dos seus atos, para só após dar-lhes execução.*

A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários dos seus efeitos. Admite-se, todavia, a sustação dos efeitos dos atos administrativos através de recursos internos ou de ordem judicial, em que se conceda a suspensão liminar, até o pronunciamento final de validade ou invalidade do ato impugnado.

Outra consequência da presunção de legitimidade e veracidade é a transferência do ônus da prova da invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuida-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico ou de motivo, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até a sua anulação o ato terá plena eficácia.'

*(MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29 ed. atualizado por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 156)*

*Maria Sylvia Zanella di Pietro diz que 'A presunção de veracidade **inverte o ônus da prova**; é errado afirmar que a presunção de legitimidade produz esse feito, uma vez que, quando se trata de confronto entre o ato e a lei, não há matéria de fato a ser produzida; nesse caso, o efeito é apenas o anterior, ou seja, o juiz só apreciará a nulidade se arguida pela parte.'* (PIETRO, Maria Sylvia Z. di. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 192).

'1. Dentre os postulados consagrados pelo regime jurídico administrativo, destaca-se o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, que pode ser lido de acordo com 3 acepções: a presunção de legitimidade, que encerra obediência às regras morais, a presunção de legalidade, que impõe observância da lei, e a presunção de veracidade, que corresponde à verdade dos fatos. 2. Trata-se de presunção relativa, transferindo-se o ônus da prova ao administrado caso esse pretenda desconstituir a presunção de legitimidade do ato administrativo. Assim, referido princípio tem como consequência prática a aplicação imediata do ato administrativo, consagrando o atributo da autoexecutoriedade, sem prejuízo de sua contestação em momento posterior (...)' (AI 00013894420134030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/09/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:., omiti o restante)

Com efeito, em regra, os atestados, certidões e afirmações de servidores públicos possuem, em seu favor, a presunção de autenticidade do que é declarado. Do contrário, a atividade administrativa se tornaria praticamente inviável (devendo juntar, a cada certidão, um vídeo, uma fotografia acompanhada de duas testemunhas etc.).

Deve-se atentar, todavia, para as importantes ressalvas promovidas por Lúcia Vale Figueiredo:

'Se os atos administrativos desde logo são imperativos e podem ser exigíveis (i.e., tornam-se obrigatórios e executáveis), há de militar em seu favor a presunção iuris tantum de legalidade.

Todavia, como bem assinala Celso Antônio, a presunção se inverte quando os atos forem contestados em juízo ou, diríamos nós, também fora dele, quando contestados administrativamente.

Caberá à Administração provar a estrita conformidade do ato à lei, porque ela (Administração) é quem detém a comprovação de todos os atos e fatos que culminaram com a emanção do provimento administrativo contestado.

Determinada, p.ex., a demolição de imóvel por ameaça à incolumidade pública, se houver contestação em juízo, deverá a administração provar (por meio de estudos técnicos ou pareceres, de profissionais competentes) que o imóvel ameaçava ruir e que desse fato resultava a periclitção da incolumidade pública.

De outra parte, se a regra de que a prova é de quem alega não fosse invertida, teríamos, muitas vezes, a determinação feita ao administrado de prova impossível, por exemplo, da inocorrência da situação de fato.

A prerrogativa de tal importância - presunção de legalidade - deve necessariamente corresponder, se houver confronto, a inversão do onus probandi. Isso, é claro, em princípio.

Trazemos agora a contexto a aplicação de sanções. Muita vez torna-se difícil - ou quase impossível - provar que o sancionado não incorreu nos pressupostos da sanção (a prova seria negativa). Caberá, destarte, à Administração provar cabalmente os fatos que a teriam conduzido à sanção, até mesmo porque, em face da atuação sancionatória, vige, em sua plenitude, o inciso LIV, art. 5º do texto constitucional.

Na verdade, quando os atos emanados forem decorrentes de infrações administrativas ou disciplinares não há como não se exigir da Administração a prova contundente da existência dos pressupostos fáticos para o ato emanado. Para isso, a motivação do ato é de capital importância.'

*FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 171-172.*

*Por seu turno, Marçal Justen Filho enfatiza que 'O sancionamento tem de ser produzido segundo rigoroso processo administrativo, no qual se adotarão garantias de extrema relevância em prol do acusado. Ademais disso, não se admitirão punições fundadas em meros indícios do evento imputado. Os indícios prestam-se apenas para eventual prova de circunstâncias acessórias - nos termos do art. 158 c/ art. 239, CPP - depois de cabalmente comprovado, por meios instrutórios diretos, o fato principal.' (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 401).*

Ainda segundo Marçal, 'Idêntica orientação se aplica aos processos sancionatórios administrativos. Para utilizar uma expressão clássica (e objeto de inúmeras críticas), prevalece no âmbito dos processos repressivos o princípio da verdade real, o que significa orientar-se a atividade persecutória a revelar a verdade dos fatos.' (Obra citada, p. 402).

*Hans J. Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober alegam que 'Apenas excepcionalmente será suficiente a verificação de uma mera suspeita ou de uma presunção da existência de factos justificativos de uma actuação da Administração. Exemplos: ingerência de investigação do perigo: §7,IV, SGB, IV(...) relativamente à presunção de que a pessoa é possuidora de capacidade laboral trabalha mediante remuneração.' (WOLFF, Hans et al. **Direito administrativo. volume I**. Tradução António F. de Souza. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006, p. 560-561).*

*Em sentido semelhante, Zanella di Pietro: 'Alguns autores têm impugnado esse último efeito da presunção. Gordillo cita a lição de Treves e Micheli, segundo a qual a presunção de legitimidade do ato administrativo importa uma relevatio ad onera agendi, mas nunca uma relevatio ad onera probandi; segundo Micheli, a presunção de legitimidade não é suficiente para formar a convicção do juiz no caso de falta de elementos instrutórios e nega que se possa basear no princípio de que 'na dúvida, a favor do Estado', mas sim que 'na dúvida, a favor da liberdade'; **em outras palavras, para esse autor, a presunção de legitimidade do ato administrativo não inverte o ônus da prova, nem libera a Administração de trazer as provas que sustentem a ação.**' (PIETRO, Maria Sylvia Z. di. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 192).*

*Ainda segundo a professora paulista, 'Na realidade, não falta parcela de razão a esses autores; inverte-se, sem dúvida nenhuma, o ônus de agir; já pque a parte interessada é que deverá provar; perante o Judiciário, a alegação de ilegalidade do ato; inverte-se, também, o ônus da prova, porém não de modo absoluto; a parte que propôs a ação deverá, em princípio, provar que os fatos em que fundamenta sua pretensão são verdadeiros; porém, isto não libera a administração de provar a sua verdade, tanto assim, que a própria lei prevê, em várias circunstâncias, a possibilidade de o juiz ou o promotor público requisitar da Administração documentos que comprovem as alegações necessárias à instrução do processo e à formação da convicção do juiz.' (PIETRO, Maria Sylvia Z. di. **Obra citada**, p. 192).*

*Conclusões semelhantes são compartilhadas por Gustavo Binenbojm na interessante obra **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. RJ: Renovar, p. 136.*

*Assim, quando em causa o processo administrativo sancionador, no mais das vezes, **'quem acusa deve provar'**. Ou seja, não há como se exigir do suspeito a demonstração cabal de não ter praticado a infração administrativa. Isso violentaria a cláusula do devido processo, assegurada constitucionalmente.*

*Daí o relevo do art. 36 da lei 9.784/1999: **'Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.'***

Como destaque adiante, porém, referida demonstração pode ser promovida mediante raciocínios abduativos (i.e., mediante indícios coesos).

2.5. Atribuições normativas das agências reguladoras:

Há uma profusão de normas veiculadas em portarias, circulares e quejandos. Isso se explica pela necessidade de freqüentes adaptações da estrutura estatal às perturbações conjunturais. Exige-se um quadro flexível o suficiente, que permita adequações de rota, frente a eventuais crises internacionais, por exemplo.

Não raras vezes, isso suscita debates a respeito da legitimidade de tais dispositivos. Afinal de contas, como sabido, ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF). O poder emana do povo por meio dos seus representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único, CF) e a Administração Pública apenas pode fazer aquilo que lhe tenha sido expressa e detalhadamente franqueado em lei.

De todo modo, convém atentar para a lição de Eduardo Salomão Neto e de Marçal Justen Filho a respeito desse tema:

"Qualquer disposição que autorizasse o exercício de competência regulamentar pelo CMN ou pelo BC, principalmente se tal exercício envolvesse a atribuição de direitos e obrigações a particulares, implicaria portanto delegação vedada de competência constitucional para legislar.

Devemos, no entanto, reagir a esse entendimento, como faz Eros Roberto Grau, argumentando, em resumo, que a função legislativa do Estado deve ser separada de sua função normativa. Norma jurídica seria, para ele, o preceito abstrato, genérico e inovador - tendente a regulamentar o comportamento social de sujeitos associados - que se integra no ordenamento jurídico.

*A função normativa está distribuída pelo Estado como um todo, sendo necessário apenas que a Lei, em obediência ao preceito contido no art. 5º, II, da Constituição Federal, dê a autorização necessária para que essa função se exerça. Sendo a função normativa uma das funções originárias do **poder** Executivo, a autorização legislativa para exercê-la não implicaria delegação, mas mera condição para esse exercício.*

De fato, embora o sentido do artigo 5º, II, da Constituição Federal não seja que todas e quaisquer obrigações devam estar em normas legais, implica esse dispositivo, todavia, que toda e qualquer obrigação tenha um fundamento legal. Em outras palavras: para que seja válida, toda e qualquer obrigação deve poder encontrar numa norma legal (e não regulamentar) o seu fundamento de validade. Assim nos parece deva ser entendida a expressão em virtude de lei contida no dispositivo constitucional em questão".

*SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. Atlas, p. 104/105, grifei.*

*"Em síntese, o exercício da competência legislativa pode traduzir-se em duas modalidades de disciplina normativa, relativamente à margem de autonomia reconhecida à autoridade pública encarregada da atividade de aplicação da norma. A Lei poderá optar por disciplinar completa e exaustiva, em que todos os pressupostos de incidência e todos os ângulos do comando **normativo** estão previamente determinados, de modo abstrato, através de lei. Quando assim se formaliza a disciplina legislativa, alude-se à configuração de uma competência vinculada do aplicador à lei.*

Mas também se admite que a Lei adote disciplina que deixa margem para maior autonomia do seu aplicador. Nesses casos, um ou mais dos pressupostos de incidência da norma ou uma ou mais das determinações mandamentais não estão disciplinadas de modo exaustivo através da Lei. Atribui-se ao aplicador a competência para identificar os pressupostos ou determinar os comandos normativos para o caso concreto. Nesse caso, surge para o aplicador da Lei uma competência discricionária. A delegação normativa secundária, a que ora se refere, identifica-se com a atribuição de competência discricionária."

*JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, p. 513.*

2.6. Infrações administrativas e postulado da legalidade:

Como sabido, a legalidade é uma das principais conquistas advindas do Iluminismo, por permitir certo distanciamento entre a formulação de juízos efetivamente jurídicos, de um lado, e juízos de mero gosto e apreço (juízos morais), de outro. A Administração Pública somente pode atingir a esfera jurídica dos particulares quando - e nos limites em que - autorizada por lei.

A tanto convergem, pois, as regras dos arts. 5º, II e 37, caput, CF.

*É fato que Paulo Affonso Leme Machado preconiza que 'Infração administrativa ambiental é toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente (art. 70, caput). As regras jurídicas deve estar expressas em algum texto, devidamente publicado. O autor de infração ambiental deverá apontar a regra jurídica violada. **!Ao contrário do Direito Penal, em que a tipicidade é um dos princípios fundamentais, decorrente do postulado segundo o qual não há crime sem lei que o preveja, no Direito Administrativo prevalece a atipicidade; são muito poucas as infrações descritas na lei, como ocorre com o abandono do cargo'** - ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro' (MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. SP: Malheiros, 2013, p. 372).*

*Essa observação deve ser examinada com **temperamentos**, eis que o postulado da legalidade autorizativa, previsto no art. 37 da Lei Fundamental/88, também vigora nesse âmbito, repiso. A Administração Pública pode fazer o que está autorizada em lei.*

*Paulo de Bessa Antunes argumenta que 'existe uma clara natureza bifronte no que diz respeito às infrações administrativas de índole ambiental: (i) expressão previsão legal e (ii) remissão às normas administrativas, em fórmula geral, como é o caso do art. 70 da lei 9605/1998. A matéria será tratada mais adiante, especialmente no que diz respeito ao duplo sistema, o qual, em meu modo de ver, carece de sustentação constitucional.' (ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 268).*

Conquanto ele verse sobre as infrações ambientais, a observação é aplicável também ao caso vertente.

*Ainda segundo aquele autor, 'As normas que estabelecem os ilícitos administrativos praticados contra o meio ambiente são, a toda evidência, normas restritivas da ação privada, haja vista que definem condutas puníveis, cerceando a liberdade de terceiros. Não se discute da necessidade de estabelecer limites à atividade particular com vistas a garantir a salubridade ambiental. O ponto de discussão está no método utilizado para a definição das restrições. O decreto n. 6514/2008, a partir de uma suposta autorização genérica contida no art. 70 e ss. da lei 9605/1998 simplesmente repetiu, em grande parte, os tipos penais existentes na lei e atribuiu-lhes a condição de tipos administrativos.' (ANTUNES, Paulo de Bessa. **Obra citada**, p. 272).*

*Nesse sentido, '3. Os atos da Administração Pública devem sempre pautar-se por determinados princípios, entre os quais está o da **legalidade**. **Destarte, a aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa**. 4. No caso vertente, as normas elencadas pela Administração não condizem com o ato praticado pela impetrante. **Em outras palavras, não há subsunção do fato à hipótese prevista de modo abstrato pela norma**. 5. 'O procedimento administrativo pelo qual se impõe multa, no exercício do Poder de Polícia, em decorrência da infringência a norma de defesa do consumidor deve obediência ao princípio da legalidade. É descabida, assim, a aplicação de sanção administrativa à conduta que não está prevista como infração' (RMS 19.510/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 3.8.2006).*

Menciono também o precedente STJ, RMS 28778 / RJ.

*Ora, 'No caso da imposição de sanções administrativas a particulares, deve ser acrescentado ao princípio da legalidade o da reserva de lei. Isto porque o poder administrativo não pode agir autonomamente, salvo nas restritíssimas hipóteses estabelecidas pela Constituição (art. 84, VI), conforme já visto acima. Ademais, é curial que o poder regulamentar não pode ir além ou aquém da norma legal. **Ora, ainda que o meu raciocínio possa parecer naïf, não me convence a tese de que o poder regulamentar tenha a amplitude de transformar um solitário artigo de lei em mais de uma dezena de ilícitos administrativos.**' (Antunes, Paulo de Bessa. **Obra citada**, 272).*

John Rawls sustenta o seguinte: 'O vínculo entre o império da lei e a liberdade é bem claro. A liberdade, como já afirmei, é um complexo de direitos e deveres definidos por instituições. As diversas liberdades especificam coisas que podemos optar por fazer, se assim o desejarmos, e nas quais, quando a natureza da liberdade as torna apropriadas, todos têm um dever de não interferir. Mas se for violado o princípio de que não há crime sem uma lei, por exemplo, em virtude de os estatutos serem vagos e imprecisos, o que temos liberdade de fazer fica igualmente vago e impreciso. Os limites de nossa liberdade se tornam incertos. E na medida em que isso acontece, a liberdade é restringida por um temor razoável de exercê-la.' John Rawls. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. SP: Martins Fontes, 2008, p. 296-297.

Reporto-me também à lição do juiz federal Heraldo Garcia Vitta: 'Pouco valeria o princípio da legalidade se o administrador pudesse impor penalidades administrativas sem que houvessem sido definidos, com antecedência e de maneira exaustiva, os comportamentos que são pressupostos de sanções. Do mesmo modo, o referido princípio seria inócuo se, acaso, o administrador pudesse determinar as infrações por atos subalternos da lei, ficando ao Legislativo apenas a enumeração das respectivas penalidades.' (Garcia Vitta apud Antunes, Paulo de Bessa. *Obra citada*, 275).

Junto à Suprema Corte, destaco o que segue:

'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 5º, 8º, 10, 13, § 1º E 14 DA PORTARIA Nº 113, DE 25.09.97, DO IBAMA. - Normas por meio das quais a autarquia, sem lei que o autorizasse, instituiu taxa para registro de pessoas físicas e jurídicas no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de recursos ambientais, e estabeleceu sanções para hipótese de inobservância de requisitos impostos aos contribuintes, com ofensa ao princípio da legalidade estrita que disciplina, não apenas o direito de exigir tributo, mas também o direito de punir. Plausibilidade dos fundamentos do pedido, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados. Cautelar deferida.' (STF, Tribunal Pleno, ADIMC nº 1.823-1/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 16.10.98).

Ora, 'Portaria não pode servir de suporte para a definição de infração. Pela análise da Lei nº 5.966/73 e da mencionada Portaria nº 2/82, é de se concluir que, segundo as normas baixadas pelo CONMETRO, existe delegação legislativa em desacordo com o sistema constitucional.' (TRF 4ª Região, AC nº 2000.04.01.134014-9/PR, 4ª Turma, Rel. Juiz Valdemar Capeletti, DJU 04.04.2001).

Guardo, pois, reservas à imposição de sanções administrativas com lastros em tipos veiculados apenas em decretos, sem efetiva delimitação legislativa (art. 1º, parágrafo único, art. 5º, II, art. 37, caput e art. 84, IV, CF). Quando menos, as pautas gerais deveriam ser muito bem detalhadas na legislação, em respeito aos vetores inerentes ao Estado de Direito.

2.7. Resolução autorizativa n. 1.120, de 27.11.2007:

Releva ter em conta, inicialmente, que a União celebrou com a Companhia Paranaense de Energia - COPEL o contrato de concessão n. 60/2001, na data de 20 de junho de 2001, versando sobre a prestação de serviço público de transmissão de energia elétrica (cópia no evento1, contrato4 - eproc 503613909.2013.404.7000).

De outro tanto, em 27 de novembro de 2007, a ANEEL editou a Resolução Autorizativa n. 1.120 (cópia no evento 34, resolução2, autos n. 503613909.2013.404.7000), contendo 7 artigos.

A resolução decorreu, de certo modo, da publicação da lei do Estado do Paraná n. 14.608, de 10 de janeiro de 2005, responsável pela alteração da lei 12.355/1998, autorizando a reestruturação da COPEL.

Transcrevo o art. 1º da referida deliberação administrativa:

"Art. 1. Anuir à transferência das concessões de transmissão, objeto dos Contratos de Concessão de Transmissão nº 60/2001 e nº 75/2001, em virtude da cisão total da Copel Transmissão S.A., com a versão dos ativos e passivos para a Copel Distribuição S.A. e Copel Geração e Transmissão S.A., nova denominação da Copel Geração S.A., da seguinte forma:

I – transferência à Copel Distribuição S.A. dos ativos com tensão igual ou inferior a 138 kV e outros equipamentos complementares, objetos do Contrato de Concessão de Transmissão nº 60/2001, não pertencentes à Rede Básica do Sistema Interligado Nacional, e passivos a eles vinculados, com base no respectivo laudo de avaliação;

II – transferência à Copel Geração e Transmissão S.A. dos ativos com tensão igual ou superior a 230 kV e outros equipamentos complementares, objetos dos Contratos de Concessão de Transmissão nº 60/2001 e nº 75/2001, e passivos a eles vinculados, com base no respectivo laudo de avaliação; e

III - extinção da Copel Transmissão S.A."

Segue também o art. 2º daquela resolução autorizativa:

Art. 2. Em decorrência da transferência de que trata o art. 1º desta Resolução, as concessionárias devem observar que:

I – os registros contábeis deverão atender ao disposto no Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica e todos os reflexos decorrentes da cisão deverão ser divulgados nas notas explicativas às demonstrações financeiras das concessionárias;

II - a manifestação da ANEEL, com subsídio nas demais informações e demonstrações apresentadas relativas às operações, assim como nos valores constantes do laudo de avaliação, não implica reconhecimento definitivo dos valores alocados para fins tarifários e indenização por ocasião de eventual reversão dos bens;

III - a ANEEL, em processo de fiscalização “a posteriori”, poderá proceder a avaliações e análises complementares para validação dos aspectos contábeis e econômico-financeiros do processo, após a concretização das operações de que trata esta Resolução; e

IV – o laudo de avaliação patrimonial da Copel Transmissão S.A., que servir de base à efetiva versão patrimonial para a Copel Distribuição S.A. e para a Copel Geração e Transmissão S.A., deverá ser aprovado pela Diretoria da ANEEL.

Aquela deliberação foi escorada em voto proferida pela Diretora da ANEEL Joísa Dutra Saraiva em data de 27 de dezembro de 2007. Nada deliberou, todavia, a respeito de compartilhamento de intraestrutura entre as empresas subsidiárias da Holding Copel.

Tampouco a nota técnica n. 099/2007, datada de 16.10.2007, juntada no evento 34 daquele eproc 503613909.2013.404.7000 versou sobre o compartilhamento de funcionários.

De outro tanto, registro que o contrato de concessão foi aditado em 22 de abril de 2009, em favor da COPEL Geração e Transmissão S/A (cópia no evento1, contrato6 - autos n. 503613909.2013.404.7000).

Consta que a COPEL GT assumiu o contrato de concessão n. 60/2001, enquanto que a COPEL D assumiu o contrato n. 46/1999-ANEEL (evento49, procadm1, p. 4).

2.8. Resolução n. 334. de 21 de outubro de 2008:

Por outro lado, em 21 de outubro de 2008, a ANEEL publicou a Resolução Normativa n. 334, versando sobre as relações entre as empresas concessionárias e suas subsidiárias (cópia no evento1, resolução 15, 503613909.2013.404.7000).

Destaco o art. 2º daquela resolução, cujo conteúdo segue:

Art. 2º As concessionárias, permissionárias e autorizadas deverão encaminhar à ANEEL, antes de sua celebração, os atos e negócios jurídicos de que trata esta Resolução, para fins de aprovação e controle prévio.

Parágrafo único. Não viola o disposto no caput os contratos previamente celebrados com expressa condição suspensiva, que subordine a validade e eficácia do negócio jurídico à aprovação da ANEEL, desde que:

I - o instrumento jurídico seja encaminhado e aprovado previamente à eficácia do ato ou negócio jurídico;

II - as partes contratantes não iniciem, por qualquer ato, a execução do contrato.

Também transcrevo o art. 4º:

Art. 4º Os atos e negócios jurídicos de que trata esta Resolução estarão sujeitos a controle a posteriori, mediante processo administrativo de fiscalização.

Parágrafo único. A prerrogativa da ANEEL de exercer o controle a posteriori prescreve em cinco anos, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

O art. 3º versou sobre hipóteses de exclusão do aludido controle prévio:

Art. 3º Ficam dispensados da obrigação de que trata o art. 2º, sem prejuízo do controle a posteriori e das sanções previstas em lei, e observados os dispositivos regulamentares que regulam o oferecimento de garantias, os seguintes atos ou negócios jurídicos:

I – contratos celebrados entre e por concessionárias, permissionárias e autorizadas que não sejam delegatárias do serviço público de energia elétrica;

II – contratos cuja elaboração obedeça a regulamento específico da ANEEL, tais como os contratos de conexão e uso dos sistemas de distribuição ou de transmissão e os Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR;

III – contratos de empreitada, em suas diversas modalidades, e outros, decorrentes de empreendimentos de geração, transmissão e distribuição licitados pela ANEEL, cujo preço ou tarifa faça parte do critério de seleção adotado no certame;

IV – contratos cujos gastos anuais sejam inferiores a 0,5% (cinco décimos por cento) da Receita Operacional Líquida - ROL anual da concessionária, da permissionária e da autorizada, respeitado o seguinte:

a) os contratos não poderão ter por objeto o mútuo financeiro;

b) a ROL a ser observada é a apurada segundo o Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica - MCSPEE, instituído pela Resolução n 444, de 26 de outubro de 2001, apresentada na última Demonstração do Resultado do Exercício;

c) o valor total do gasto anual do conjunto de contratos efetuados não ultrapasse o limite referenciado neste inciso;

d) o limite dos gastos anuais estabelecido neste inciso será apurado em cada ano, compatível com o período dos contratos celebrados;

V – contratos celebrados entre um conjunto formado por agentes que sejam partes relacionadas entre si, em contratação de terceiro estranho ao grupo econômico daqueles, desde que:

a) o contrato contenha cláusula que disponha expressamente que as partes relacionadas não são solidárias por quaisquer inadimplências de obrigações contratuais causadas pelas outras partes relacionadas contratantes;

b) o contrato observe os critérios definidos no § 3 do art. 24 desta Resolução;

VI - termos aditivos a contratos anteriormente aprovados pela ANEEL, desde que não versem sobre:

a) alteração do objeto;

b) incremento dos valores de serviços prestados ou dos bens adquiridos superior a 25% (vinte e cinco por cento) do montante inicial definido no contrato e aprovado pela ANEEL, com preços atualizados por índice previamente definido contratualmente;

c) redução do quantitativo da obra, serviço ou compra sem a correspondente redução proporcional do valor total do contrato;

d) condições de pagamento;

e) prorrogação da vigência do contrato;

f) qualquer alteração que gere mais encargos econômicos diretos ou indiretos ao agente setorial; e

g) compra e venda de energia, firmados anteriormente à publicação da Lei n 10.848, de 15 de março de 2004;

VII - garantias prestadas por empresas não delegatárias de serviço público pertencentes ao mesmo grupo econômico da beneficiária, desde que não onerosas para esta última; e

VIII - contratos de adesão com cláusulas uniformes a todos os contratantes.

Parágrafo único. As concessionárias, permissionárias e autorizadas dispensadas do controle prévio previsto no inciso IV deste artigo deverão constituir dossiê individualizado, contendo documentos que evidenciem o cumprimento, no que couber, dos critérios estabelecidos no Capítulo III, bem como as informações estabelecidas no § 2 do art. 6º desta Resolução.

O art. 16 da Resolução 334 versou sobre os contratos de prestação de serviços, pactuados pelas concessionárias de serviços públicos, enquanto que o art. 24 tratou do compartilhamento de infraestrutura.

2.9. Breve sinopse do processo administrativo impugnado:

Segundo se infere do evento 1 dos autos n. 5036139-09.2013.404.7000, a ANEEL encaminhara, em 11 de março de 2011, uma missiva para a Presidência da COPEL Geral e Transmissão S/A, informando que iria deflagrar uma fiscalização, com remessa de equipe da SFE - superintendência de fiscalização dos serviços de eletrecidade (ofício n. 0141-2011 SFE Aneel).

Isso eclodiu, então, no relatório de fiscalização RF COPEL GT 02/2011-SFE (evento1, processo administrativo7), versando sobre a apuração havida entre 21 e 24 de março de 2011, no âmbito daquela empresa.

No relatório, constou o que segue:

"Após a cisão da Copel Transmissão, a versão dos seus ativos e passivos para a Copel Distribuição e Copel Geração, o contrato de concessão n. 60/2001 foi aditivado, tendo como objeto (...)

Assim, grande parte das instalações que compunham as DIT/IC's foi transferida para a Copel Distribuição S/A, sendo reduzida a receita da transmissora, uma vez que esses ativos passaram a ser remunerados, operados e mantidos pela distribuidora.

(...)

Foi solicitada durante a fiscalização a realação do quadro de pessoal da COPEL - GT e, paralelamente, da COPEL DIS, no período de 2006 a 2011. Esta relação foi apresentada à equipe de fiscalização sob a forma de tabela contendo nome, matrícula e cargo ocupado pelo funcionário estratificada por ano. Após análise dos dados apresentados, verificou-se a seguinte evolução do quadro de funcionários no referido período (...)

Observa-se que entre os anos de 2007 e 2008 houve uma redução de 9,8% do quadro de funcionários da COPEL GT. Este fato pode estar relacionado à cisão da Copel Transmissora, com versão de parte de seus ativos à Copel Distribuidora. Contudo, observa-se retomada e até mesmo acréscimo do quantitativo de funcionários nos anos de 2010 e 2011.

Apesar de a concessionária ter declarado apenas os funcionários que estão lotados na COPEL GT, conforme solicitado no ofício n. 141/2011 SFE ANEEL, constatou-se, ao analisar a planilha de funcionários da Copel-D, presença de liderança da Copel GT lotada naquela distribuidora. Este fato denota que a segregação dos empregados entre as duas concessionárias não está totalmente implementada." (autos n. 5036139-09.2013.404.7000, evento1, processo administrativo7, p. 40).

A Fiscalização arbitrou, então, o prazo de 15 dias para que isso fosse regularizado, invocando os arts. 1º 2º, 14 e 16 da referida Resolução 334, ANEEL. Os servidores públicos não chegaram a listar, todavia, os funcionários que estariam sendo compartilhados por ambas as empresas.

A SFE também argumentou que as empresas estariam compartilhando infraestrutura, dado o uso comum de softwares (GED, GOP, SASE, GMT e outros) e centros de operações de estações (COS).

Seguiu-se, então, a expedição de notificações (p.ex., evento1, proacdm7, p. 36 - TN 051/2011 SFE). A empresa apresentou defesa administrativa (evento1, proacdm7, p. 112).

Elaborou-se, então, parecer jurídico pela Coordenadoria de Processo Punitivo e Consumidor, sustentando que, conquanto a apuração houvesse sido promovida pela SPE, caberia à Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira a deflagração do processo administrativo sancionador (parecer datado de 15 de dezembro de 2011).

Deflagrou-se, então, o processo administrativo cuja cópia consta no evento 49 daqueles autos n. 5036139-09.2013.404.7000, imputando-lhe a prática de infrações administrativas consistentes em compartilhamento de funcionários e de infraestrutura sem que o pertinente contrato houvesse sido submetido previamente à análise da ANEEL.

A multa foi cominada, então, em decisão administrativa datada de 21 de dezembro de 2012 (evento49, p. 9) - valor de R\$ 1.140.285,87. A COPEL GERAÇÃO ingressou com recurso administrativo, logo depois.

Do seu recurso, destaco o que segue:

"(...) A Copei possui 3 (três) SIs, dentre elas a Copei GeT. Todas as subsidiárias integrais, inclusive a Copei GeT, possui quadro próprio completo, seja para as atividades operacionais, seja para as atividades administrativas e suporte, em atendimento ao contrato de concessão. Da mesma forma, cada subsidiária contrata diretamente seus fornecedores e prestadores de serviços, sem qualquer tipo de responsabilidade das demais.

Ocorre que, por uma questão de economicidade, disciplina nos procedimentos operacionais e de segurança, os processos e atividades são realizados, quando comuns, de forma conjunta, sendo cada empregado responsável pela atividade da sua respectiva subsidiária. O mesmo ocorre no momento da contratação de fornecedores e prestadores de serviços, cujos contratos são celebrados em conjunto, mas com previsão de pagamento autônomo de cada SI, e sem a existência de responsabilidade entre si, nos termos do art. 3º, IV aliena "a" da REN ANEEL 334/2008 (como exemplo, em anexo GT-2 - Contrato COPEL SLE/DGSE N. 4600000959/2012 - referente à prestação de serviços de limpeza e conservação).

Evidentemente que essa estrutura organizacional não configura compartilhamento de mão de obra ou compartilhamento de infraestrutura, uma vez que integralmente preserva a individualidade de cada concessão e está em perfeita consonância com a REN ANEEL 334/2008." (evento 49, p. 15 - eproc 5036139-09.2013.404.7000)

"O que existe é o compartilhamento de alguns profissionais que atuam como gerentes no COS, para as atividades em comum de gestão da área (Tempo Real, Programação, Pós-Operação e Estudos Elétricos). As equipes de trabalho são compostas de empregados remunerados pela Copei D, ou remunerados pela Copei GeT, uma vez que foi adotada a prática que melhor resultado trouxesse ao desempenho do sistema elétrico concebido para a operação e manutenção das concessões.

A sinergia entre as equipes e o conhecimento das grandezas elétricas entre os sistemas "conjugados" das duas concessionárias permitem a operação otimizada, reduzindo o número de desligamentos para manutenção e a frequência de exposição dos sistemas elétricos mais frágeis ao consumidor, além da possibilidade maior de sucesso no contorno às emergências, naturais em sistemas elétricos aéreos e em expansão, frente ao crescimento da demanda, em função do desenvolvimento do Estado.

Diferentemente do que se queira afirmar, a Copei GeT não entende que houve descumprimento das normas do Agente Regulador para essa questão. (...)" (evento 49, p. 48 - eproc 5036139-09.2013.404.7000)

A Copel Geração disse que, em resposta à notificação, ela teria solicitado esclarecimentos à ANEEL sobre a forma de se apropriar os custos quanto à gestão dos centros de operação de estações - COS, o que não teria sido respondido. Afirmou não se cuidar de tema trivial, dada a cisão da empresa, alvo da resolução autorizativa daquela mesma agência reguladora.

De outro tanto, a Copel GT sustentou que o uso dos softwares teria sido alvo de licença específica em favor da Copel Distribuidora, com investimento na ordem de US\$ 308.859,00. Alegou ter encaminhado cópia do aludido contrato, tão logo notificada a respeito.

O recurso não foi acolhido (evento49, procadm1, p. 104 e ss.).

2.10. Alegada nulidade da autuação por incompetência:

A demandante sustentou que a autuação seria viciada, eis que a fiscalização teria sido promovida pela SFE e a multa teria sido cominada pela SFF. Para tanto, ela reportou-se ao art. 22 da Resolução 63/2004 da ANEEL, cujo conteúdo segue:

Art. 22. O Auto de Infração (AI), emitido pelo Superintendente responsável pela ação fiscalizadora, será instruído com o TN, salvo na hipótese do art. 9º, e a respectiva manifestação da notificada, se houver, bem assim com a exposição de motivos da autuação e outros documentos a esta relacionados, que não implique duplicidade da documentação constante do processo de fiscalização correspondente.

Parágrafo único. O AI, quando eivado de vício ou incorreção, poderá ser retificado de ofício pelo Superintendente responsável. Neste caso, abrir-se-á novo prazo à autuada para apresentação de recurso.

Anote-se, contudo, que a própria Resolução 63 reconheceu, no art. 19, §1º, a viabilidade de que mais de uma Superintendência fossem vinculadas às apurações respectivas.

Art. 19. A notificada terá o prazo de quinze dias, contado do recebimento do TN, para manifestar-se sobre o objeto do mesmo, inclusive juntando os elementos de informação que julgar convenientes.

§ 1 Decorrido este prazo, uma cópia do TN, acompanhada do relatório de fiscalização e de eventual manifestação da notificada, será encaminhada para análise da(s) Superintendência(s) envolvida(s) com os fatos levantados

De outro tanto, a lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, atribuiu à ANEEL a competência para fiscalizar as concessões de energia elétrica, bem como a competência para promover o controle prévio ou a posteriori dos contratos entre partes relacionadas.

Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL:

IV - gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica;

XIII - efetuar o controle prévio e a posteriori de atos e negócios jurídicos a serem celebrados entre concessionárias, permissionárias, autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum, impondo-lhes restrições à mútua constituição de direitos e obrigações, especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato.

Desse modo, não diviso vício na deflagração do processo administrativo sancionador, por pretensa incompetência da SFE. Aludido órgão possuía atribuições suficientes para a apreciação do tema, na forma da Portaria MME 349/1997, responsável pela aprovação do regimento interno daquela agência reguladora.

Ademais, não foi demonstrado eventual prejuízo com a sistemática:

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. OFICIAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DE PENA DE SUSPENSÃO. DESCUMPRIMENTO DE DEVER FUNCIONAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. O recorrente teve acesso aos autos do processo administrativo com amplo conhecimento dos fatos investigados, produziu provas e ofereceu defesa escrita, bem como houve julgamento pelo órgão competente, com a exposição dos motivos e fundamentos da decisão, o que afasta qualquer alegação relativa à ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa. 2. **Eventual nulidade no processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, hipótese não configurada na presente espécie.** 3. A instauração do processo administrativo interrompe a prescrição até a decisão final proferida pela autoridade competente. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no RMS: 28539 MG 2008/0286610-7, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 01/10/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/10/2013)*

2.11. Quanto à relevância do controle prévio:

Anoto que o controle prévio das relações entre empresas coligadas, previsto no art. 3º XIII da lei 9.47, acima transcrito, é bastante relevante.

Por sinal, o tema foi alvo de inúmeros dispositivos legais, inclusive criminais (p.ex., art. 177, III, CP/1940 e art. 17 da lei 7.492/1986). Anote-se que a lei 4.595/1964 vedou a concessão de empréstimos/adiantamentos a empresas coligadas (art. 34); o seu art. 43 também cominou multas aos administradores que violassem aludida regra (também nesse sentido, a Circular 30/1966, BACEN).

A lei 6.404, de 1976, condicionou a tomada de empréstimo, pelos administradores de sociedades anônimas, à prévia autorização de assembléia geral ou do conselho de administração (art. 154, §2º, "b").

Reporto-me ainda ao que segue:

"O código civil de 2002 definiu a coligação como a junção de sociedades por relações de capital, i.e., pela participação de uma ou mais sociedades no capital social de outra ou de outras, como suas sócias ou acionistas. (...) Para distinguir as diversas figuras que se compreendem nas coligações, o código civil parece ter utilizado, à primeira vista, o critério quantitativo, porque, dependendo do percentual de participação de uma sociedade em outra ou outras, classificou as coligações como de controle (art. 1098), de filiação (art. 1099) ou de simples participação (art. 1100). Entretanto, uma observação mais atenta revela que há possibilidade de controle com percentual reduzido, o que mostra que a divisão valora, na verdade, a existência de vínculos de dependência (subordinação), ou não (coordenação ou colaboração), entre as sociedades."

*Alfredo de Assis Gonçalves Neto. **Direito de empresa:** comentários aos arts. 966 a 1195 do Código Civil. SP: RT, 2007, p. 435.*

"Muito se discute na doutrina a respeito do conceito de coligação. Uma corrente entende que qualquer participação relevante, que não importe em subordinação caracteriza a coligação.

Essa interpretação é correta na medida em que se coaduna com o moderno e universal entendimento segundo o qual a coligação ou o controle são caracterizados pelo nível de influência que uma sociedade com participação relevante em outra exerce sobre esta.

Outra questão que foi vivamente suscitada na doutrina refere-se à possibilidade de existência de coligação indireta. No sentido da inadmissibilidade desse fenômeno manifestaram-se Nelson Eizirik e Arnoldo Wald. Para Eizirik, a lei das S/A, em seu artigo 243, §1º, seguindo no particular a orientação do direito italiano, igualmente excluiu, com o silêncio, a coligação indireta. Com efeito, embora tenha previsto expressamente o controle indireto, a lei silenciou a respeito de eventual caracterização de coligação indireta. Daí, pode-se concluir que o legislador excluiu, para todos os efeitos, a possibilidade de se cogitar de uma situação de coligação, por exemplo, entre A e C, quando A é coligada de B, que, por seu turno, é coligada de C. E mais adiante, diz que 'É

de todo evidente, assim, que seria inteiramente ilegal, caracterizando o abuso de poder; o eventual ato de autoridade administrativa que resolvesse vedar a aquisição de ações por parte de uma companhia, fundamentado na ocorrência de coligação indireta."

*Modesto Carvalhosa. **Comentários à lei de sociedades anônimas.** 4ª volume, tomo II, 3ª ed. SP: Saraiva, 2009, p. 13.*

Isso bem evidencia que a aludida questão é relevante.

Ou seja, é salutar que as relações entre empresas coligadas sejam submetidas a um ampla transparência, a fim de que evite confusão patrimonial e desvios de finalidade, fadados a ocultar despesas, por exemplo.

2.12. Quanto à alegada ausência de compartilhamento:

A demandante Copel GT sustentou que não teria compartilhado funcionários, e que, de outro tanto, teria celebrado um contrato de licença de uso do software com a Copel Distribuidora.

Não acolho essa alegação das demandantes.

No âmbito do recurso administrativo, a empresa concessionária expressamente reconheceu que haveria gestão compartilhada de COS, como transcrevo novamente:

"(...) A Copei possui 3 (três) SIs, dentre elas a Copei GeT. Todas as subsidiárias integrais, inclusive a Copei GeT, possui quadro próprio completo, seja para as atividades operacionais, seja para as atividades administrativas e suporte, em atendimento ao contrato de concessão. Da mesma forma, cada subsidiária contrata diretamente seus fornecedores e prestadores de serviços, sem qualquer tipo de responsabilidade das demais.

Ocorre que, por uma questão de economicidade, disciplina nos procedimentos operacionais e de segurança, os processos e atividades são realizados, quando comuns, de forma conjunta, sendo cada empregado responsável pela atividade da sua respectiva subsidiária. O mesmo ocorre no momento da contratação de fornecedores e prestadores de serviços, cujos contratos são celebrados em conjunto, mas com previsão de pagamento autônomo de cada SI, e sem a existência de responsabilidade entre si, nos termos do art. 3º, IV aliena "a" da REN ANEEL 334/2008 (como exemplo, em anexo GT-2 - Contrato COPEL SLE/DGSE N. 4600000959/2012 - referente à prestação de serviços de limpeza e conservação).

Evidentemente que essa estrutura organizacional não configura compartilhamento de mão de obra ou compartilhamento de infraestrutura, uma vez que integralmente preserva a individualidade de cada concessão e está em perfeita consonância com a REN ANEEL 334/2008." (evento 49, p. 15 - eproc 5036139-09.2013.404.7000)

"O que existe é o compartilhamento de alguns profissionais que atuam como gerentes no COS, para as atividades em comum de gestão da área (Tempo Real, Programação, Pós-Operação e Estudos Elétricos). As equipes de trabalho são compostas de empregados remunerados pela Copei D, ou remunerados pela Copei GeT, uma vez que foi adotada a prática que melhor resultado trouxesse ao desempenho do sistema elétrico concebido para a operação e manutenção das concessões.

A sinergia entre as equipes e o conhecimento das grandezas elétricas entre os sistemas "conjugados" das duas concessionárias permitem a operação otimizada, reduzindo o número de desligamentos para manutenção e a frequência de exposição dos sistemas elétricos mais frágeis ao consumidor, além da possibilidade maior de sucesso no contorno às emergências, naturais em sistemas elétricos aéreos e em expansão, frente ao crescimento da demanda, em função do desenvolvimento do Estado.

Diferentemente do que se queira afirmar, a Copei GeT não entende que houve descumprimento das normas do Agente Regulador para essa questão. (...)" (evento 49, p. 48 - eproc 5036139-09.2013.404.7000)

De outro tanto, ela não impugnou a alegação de que não teria apresentado aludidos contratos, de modo prévio, à análise da ANEEL, como previsto na referida Resolução 334/2008, acima transcrita.

Concordo, portanto, quanto ao tópico, com a solução dispensada nos itens 18-21 da decisão administrativa de evento49, procadm1, p. 105-106.

Ela também disse ter celebrado um contrato de licença para uso de software, pactuado com a Copel Distribuidora (US\$ 308.859,00). No âmbito administrativo, nesse particular, a ANEEL sustentou que referido pacto de utilização de sistema não envolveria partes relacionadas, de modo que não teria ensejado desrespeito à referida Resolução 334.

2.13. Quanto à alegada nulidade da autuação - Resolução 1120:

De outro tanto, não diviso lastro para alegação de que a ANEEL teria autorizado, mediante a Resolução 1.120, que as empresas coligadas compartilhassem infraestrutura. Da leitura daquela resolução não se infere aludido comando.

A ANEEL autorizou, isso sim, a cessão dos contratos de concessão de serviço público, por força da cisão da Copel Distribuidora, nos termos já expostos. Mas em momento algum aquela deliberação ou o voto que lhe deu origem mencionam a questão pertinente ao compartilhamento de infraestrutura.

Por sinal, a cláusula 4ª do contrato de concessão n. 75/2011 expressamente dispôs sobre a aludida obrigação de submeter à apreciação prévia da ANEEL os contratos, acordos ou ajustes pactuados com empresas controladoras ou coligadas (conforme transcrito no evento49, procadm1, p. 103-104).

Anote-se, por exemplo, que o contrato de prestação de serviços, celebrado entre a Copel Geração e a Copel Distribuição (Contrato COPEL SLE DGSE 46000000959/2012 - cópia no evento49, procadm1, p. 55 e ss.), datado de 1º de agosto de 2012, não foi submetido ao prévio exame da ANEEL, como exigido pelo art. 3º, XIII da lei 9427/1997 e

Resolução 334, acima aludidos.

2.14. Alegada nulidade da autuação - ausência de detalhamento:

A demandante também sustentou que a autuação seria viciada, eis que a fiscalização não teria detalhado o nome dos funcionários que estariam atuando de modo compartilhado em ambas as empresas.

Quanto ao tópico, vejo que, de fato, o relatório da fiscalização limitou-se a mencionar a atividade de funcionários da Copel Geração também no âmbito da Copel Distribuição (lideranças, segundo o relatório). Não mencionou o nome dos funcionários envolvidos.

Vejo, todavia, que a própria requerente reconheceu, no âmbito do processo administrativo, que, de fato, centros de operações de estações - COS, seriam geridos de forma conjugada, nos termos já transcritos acima. Daí que não diviso o alegado prejuízo para a defesa, na exata medida em que a própria demandante reconheceu a gestão compartilhada de tais estações.

2.15. Alegada ausência de amparo legal para as multas:

As demandantes também alegaram, de outro tanto, que, conquanto a Resolução 334 houvesse preconizado a submissão de tais pactos à prévia análise da ANEEL, o diploma normativo não teria tipificado a infração e detalhado as sanções respectivas. Tampouco a lei 9.427 o teria feito.

É o que aprecio.

*Inicialmente, cumpre ter em conta o disposto no art. 3º, X, da **lei 9.427/1997**, com a redação veiculada pela lei 9.648/1998:*

*Art. 3º Além das atribuições previstas nos **incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29** e no **art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL:*

X - fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por um período inferior a doze meses.

O art. 17 do Decreto 2.335, de 06 de outubro de 1997, responsável por regulamentar a aludida lei 9.427, dispôs o que segue:

*Art. 17. A ANEEL adotará, no âmbito das atividades realizadas pelos agentes do setor de energia elétrica, **em conformidade com as normas regulamentares e os respectivos contratos**, as seguintes penalidades a serem aplicadas pela fiscaliza o:*

I - advertência escrita, por inobservância a determina es da fiscaliza o ou de normas legais;

II - multas em valores atualizados, nos casos previstos nos regulamentos ou nos contratos, ou pela reincidência em fato que tenha gerado advertência escrita;

III - suspensão temporária de participa o em licita es para obten o de novas concessões, permissões ou autoriza es, bem como impedimento de contratar com a Autarquia, em caso de não execu o total ou parcial de obriga es definidas em lei, em contrato ou em ato autorizativo;

IV - interven o administrativa, nos casos previstos em lei, no contrato, ou em ato autorizativo, em caso de sistemática reincidência em infra es já punidas por multas;

V - revoga o da autoriza o, nos termos da legisla o vigente ou do ato autorizativo;

VI - caducidade da concessão ou permissão, na forma da lei e do respectivo contrato.

  1  A ANEEL definir  os procedimentos administrativos relativos   aplica o de penalidades, de cobrança e pagamento das multas legais e contratuais, assegurados o contraditório e o direito de ampla defesa.

  2  Nos processos descentralizados de fiscaliza o, da decisão do órgão estadual conveniado, caberá recurso a Diretoria da ANEEL, a qual, mediante justificativa do interessado, poderá conferir ao recurso efeito suspensivo.

  3  As penalidades do inciso III poderão ser impostas nos casos em que haja reiteradas viola es dos padrões de qualidade dos serviços, conforme verificado em histórico dos concessionários, permissionários e autorizados e de seus administradores ou responsáveis técnicos demonstradas pelos registros cadastrais da fiscaliza o, inclusive os dos órgãos estaduais conveniados, de conhecimento publicamente alcan avel por requerente legitimamente interessado.

  4  As multas serão graduadas segundo a natureza e a gravidade das infra es e aplicadas em múltiplos, conforme dispuser o respectivo regulamento da ANEEL, nos casos de reincidência, podendo ser cumuladas com outras penalidades.

  5  A ANEEL atualizar  os valores das multas segundo os critérios fixados pela legisla o federal específica.

  6  Os valores arrecadados pela ANEEL, provenientes da aplica o de multas, poderão ser parcialmente utilizados para financiamento de atividades institucionais dos Conselhos de Consumidores de energia elétrica.

Percebe-se, portanto, que a lei 9.427 não tipificou as infrações respectivas, delegando ao regulamento. Ela simplesmente aludiu, de forma genérica, à atribuição da ANEEL para imposição de sanções (art. 3º, X).

Já o Decreto 2.335 dispôs que a atuação da fiscalização deve ser balizada pelos regulamentos e pelos contratos. De outro tanto, as multas apenas seriam cabíveis nos casos previstos nos regulamentos ou contratos, ou pela reincidência em fato que tenha gerado advertência escrita (art. 17, II, Decreto).

De outro tanto, a Resolução 334/2008, ANEEL, não chegou a detalhar a sanções decorrentes do seu descumprimento. O diploma normativo apenas promoveu breve alusão a isso no seu art. 3º, caput (quanto aos contratos que seriam dispensados do controle a priori, previsto no art. 2º).

Já a Resolução 63, de 12 de maio de 2004, estipulou a imposição das seguintes sanções:

Art. 2. As infrações tipificadas nesta resolução sujeitarão a infratora às penalidades de:

I – advertência;

II – multa;

III – embargo de obras;

IV – interdição de instalações;

V – suspensão temporária de participação em licitações para obtenção de novas concessões, permissões ou autorizações, bem como de impedimento de contratar com a ANEEL e de receber autorização para serviços e instalações de energia elétrica;

VI – revogação de autorização;

VII – intervenção administrativa;

VIII – caducidade da concessão ou da permissão.

Parágrafo único. A aplicação das penalidades de que trata este artigo compete:

a) – ao(s) Superintendente(s) responsável(is) pela ação fiscalizadora, nos casos previstos nos incisos I a IV;

b) – à Diretoria, por proposta do(s) Superintendente(s) responsável(is) pela ação fiscalizadora, nos casos referidos nos incisos V a VII.

c) – ao Poder Concedente, por proposta da ANEEL, na hipótese prevista no inciso VIII.

Já o art. 7º, XII, daquela Resolução 63/2004 dispôs:

Art. 7º Constitui infração, sujeita à imposição da penalidade de MULTA do Grupo IV:

XII - deixar de encaminhar para exame e aprovação da ANEEL, nas hipóteses, condições e segundo procedimentos estabelecidos em regulamento específico, os atos e negócios jurídicos celebrados entre concessionárias, permissionárias e autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum, bem assim, implementar tais instrumentos contratuais antes da anuência prévia e expressa desta Agência.

Pelo que escrevi acima, guardo reservas, é fato, à tipificação de infrações administrativas mediante atos infralegais. Por conta do postulado da segurança jurídica, o ideal seria que apenas o Congresso Nacional delimitasse/detalhasse as infrações administrativas, quando menos nos seus traços mais amplos.

De toda sorte, a jurisprudência tem reconhecido que resoluções não podem criar penalidades, conquanto possam detalhar infrações administrativas já preconizadas em lei sticto sensu.

Reporto-me inicialmente aos seguintes acórdãos:

*ADMINISTRATIVO. CONCINE. MULTA. RESOLUÇÕES. Em que pese exercer o Conselho Nacional do Cinema poder de polícia, com capacidade normativa e punitiva, as penalidades a serem impostas somente poderão advir de lei em sentido material, não de deliberações de seu órgão colegiado. **Decisão monocrática reformada, na esteira de precedentes jurisprudenciais, que consideram as resoluções baixadas pela Administração Pública atos administrativos normativos e, por isso mesmo, não podem validamente criar infrações administrativas penais nem cominar penalidades sob pena de violar o princípio da legalidade (AC 87.083/SP, DJU 7.6.85). Sucumbência invertida. Recurso provido. (AC 9504056342, SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB, TRF4 - QUARTA TURMA, DJ 23/12/1998 PÁGINA 658)***

*ADMINISTRATIVO. IBAMA. AUTOS DE INFRAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTAS COM BASE NA LEI 6.938/81, NA PORTARIA 44-N/93 E NO DECRETO 3.179/99. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA IRRETROATIVIDADE. 1. O art. 14, I, da Lei 6.938/81 c/c seu Regulamento, não dão respaldo à penalidade administrativa aplicada, uma vez que o atraso na devolução de ATPF's, além do prazo fixado pelo IBAMA, não se subsume à conduta definida como "exercer atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente sem a licença ambiental". 2. **Portaria é instrumento normativo que não se presta à descrição de infrações administrativas e imposição de sanções, sob pena de maltrato ao princípio da legalidade. Precedentes.** 3. Havendo o Decreto nº 3.179 entrado em vigor em setembro de 1999, não pode retroagir para atingir fatos ocorridos no ano de 1998, conforme consta do auto de infração nº 155808 "D", por força do princípio da*

irretroatividade das leis, também aplicável a esta espécie normativa. 4. Não provimento do recurso de apelação. (AC 79390620004013900, JUIZ FEDERAL DAVID WILSON DE ABREU PARDO, TRF1 - 5ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA:19/12/2011 PAGINA 483)

*ADMINISTRATIVO. IBAMA. AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA COM BASE NO DECRETO 97.628/89 E NA PORTARIA 440/89. ILEGALIDADE. 1. **Portaria e decreto regulamentar são instrumentos normativos que não se prestam à descrição de infrações administrativas e imposição de sanções, sob pena de maltrato ao princípio da legalidade** (STJ, REsp 1050381, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe de 26/02/2009; TRF - 1ª Região, AC 0059385-52.2003.4.01.3800/MG; Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, 6ª Turma, e-DJF de 06/12/2010, p. 184; REO 2002.34.00.031085-3/DF, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, conv. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho, 8ª Turma, e-DJF de 22/10/2010, p. 191; REO 2000.01.00.065938-0/MG, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 p.462 de 29/10/2009; AC 0000148-30.2002.4.01.3701/MA, Rel. Desembargadora Federal Selene Almeida, 5ª Turma, e-DJF de 30/07/2010, p. 113). 2. **Apelação e remessa oficial improvidas.** (AC 566466520004010000, JUIZ FEDERAL DAVID WILSON DE ABREU PARDO (CONV.), TRF1 - 5ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA:30/06/2011 PAGINA 523)*

*ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. RECEBIMENTO DE MADEIRA SERRADA, SEM LICENÇA DO IBAMA. ART. 70 DA LEI 9.605/98. PENA DE MULTA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PLENA OBSERVÂNCIA. 1. **É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.** 2. **Ainda que por fundamentos diversos, o aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, que: (a) somente o juiz criminal, após regular processo penal, pode impor penalidades pela prática de crime cometido contra o meio ambiente; (b) é ilegal a tipificação de infrações administrativas por meio de decreto.** 3. **A aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa.** 4. **Hipótese em que o auto de infração foi lavrado com fundamento no art. 46 da Lei 9.605/98, pelo fato de a impetrante, ora recorrida, ter recebido 180 m³ de madeira serrada em prancha, sem licença do órgão ambiental competente.** 5. **Considera-se infração administrativa ambiental, conforme o disposto no art. 70 da Lei 9.605/98, toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.** 6. **O art. 46 do mesmo diploma legal, por seu turno, classifica como crime ambiental o recebimento, para fins comerciais ou industriais, de madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento.** 7. **Conquanto se refira a um tipo penal, a norma em comento, combinada com o disposto no art. 70 da Lei 9.605/98, anteriormente mencionado, confere toda a sustentação legal necessária à imposição da pena administrativa, não se podendo falar em violação do princípio da legalidade estrita.** 8. **Recurso especial provido, para denegar a segurança anteriormente concedida.** ..EMEN: (RESP 200802130606, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:06/05/2009 ..DTPB)*

Cumpra ter em conta, todavia, a lógica dos julgados abaixo transcritos:

ADMINISTRATIVO. INMETRO. MULTA POR INFRAÇÕES À LEGISLAÇÃO METROLÓGICA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. Não fere o princípio da legalidade o fato de a lei atribuir à posterior normatização administrativa detalhes técnicos que, por necessitarem de conhecimento técnico-científico apurado evoluindo rapidamente e necessitando de atualização constante, encontra neste nível a melhor forma de regulação. Conquanto não se admita que decretos e atos normativos de autoridades administrativas inovem, originariamente, no mundo jurídico, regulamentar ou adequar à execução concreta os dispositivos legais, de modo a lhes conferir a necessária efetividade, é função típica dos instrumentos jurídicos de gênese administrativa. (AC 200370000013460, VALDEMAR CAPELETTI, TRF4 - QUARTA TURMA, DJ 18/10/2006 PÁGINA 516)

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ANULATÓRIA - MULTA ADMINISTRATIVA (PORTARIA INMETRO): PRODUTOS COM QUANTIDADE INFERIOR ÀS DESCRITAS NAS EMBALAGENS - LEI Nº 9.933/99 - RESPEITO À LEGALIDADE E À RESERVA LEGAL. 1 - A doutrina ensina que o "princípio da legalidade" (genérico e abstrato) só abona "comportamentos forçados" se e quando previstos na "norma específica de regência" (hígida sob o aspecto formal e material); o "primado da reserva legal" (atua no concreto), por seu turno, menos abrangente que o primeiro, exige "lei formal" para certas e determinadas matérias. 2 - A reserva legal pode ser: [a] absoluta (exige "lei formal", entendida como aquela derivada da casa legislativa competente, respeitado o processo legislativo específico); e [b] relativa (apesar de a CF/88 exigir lei formal, permite-se que ela fixe apenas "parâmetros de atuação para o órgão administrativo", que poderá complementá-la por ato infralegal). 3 - A jurisprudência acata a "reserva legal absoluta" (lei ordinária) em (e.g.) tema de remuneração dos agentes públicos e definição do tipo tributário e penal. 4 - Quando se trata de "poder de polícia administrativa", a diversidade e a criatividade dos setores econômicos fiscalizados exige que, a par da existência de leis ordinárias (ou outras) instituindo "infrações" (de tipicidade aberta, no mais das vezes, por necessidade técnica derivada da mutabilidade advinda das novas tecnologias) e "penalidades" (delegando a órgãos fiscalizadores o poder de aplicá-las), outras sejam invocadas (decretos, portarias, resoluções e atos congêneres) para que se possa alcançar a finalidade última do exercício regular do poder: o resguardo do interesses públicos enumerados no art. 78 do CTN. 5 - Os tipos abertos ou as normas em branco, que necessitam de complementação normativa ulterior infra-legal, não são tema estranho ao Direito, abonados até na seara penal, que interpretação mais restrita, por natureza, demanda (ver leis de entorpecentes). 6 - Quando a jurisprudência não abona a aplicação de multas administrativas previstas em atos normativos, decretos, regulamentos ou congêneres, tal ocorre porque as infrações e as penalidades não estão previstas em lei (salvas expressões lacônicas e imprecisas nelas constantes): ferida a reserva legal, violentada a legalidade. 7 - Nunca em tempo algum se afirmou ou se afirmará que a atuação administrativa para fins do exercício do poder de polícia exige amplo detalhamento (ao nível do exaurimento prolixo) das infrações e das penalidades "no corpo da própria lei" que as instituir, pois tal requisito, longe de consubstanciar respeito à legalidade ou franca submissão à reserva legal, denotaria "mero culto dogmático à morfologia" (na linha leiga de que só é "legal" o que estiver "fisicamente" dentro da lei), e, ademais, caracterizaria engessamento hábil a tornar ineficaz qualquer fiscalização. 8 - O princípios constitucionais da legalidade e da reserva legal restam observados à integra se a penalidade (e a multa administrativa decorrente) encontram expressa,

*específica e detalhada previsão legal: a Lei nº 9.933/99 satisfaz as exigências. 9 - A **submissão aos princípios não se desnatura às só circunstâncias de a própria lei (instituidora da figura do ilícito administrativo e das penalidades) remeter à regulamento e atos normativos (art. 7º c/c art. 8º e art. 9º, §3º, da Lei nº 9.933/99) a fixação de meros procedimentos e critérios residuais para [a] efetiva parametrização técnica (área de metrologia) do preceito primário da norma e [b] aplicação da pena (espécie e intensidade), atendendo-se - sempre - a silhueta da regra-matriz, que afirma infração a ela e aos regulamentos e atos normativos a conduta (art. 7º) que contrariar qualquer dos deveres jurídicos "instituídos por essas normas nos campos da metrologia legal e da certificação (...)"**. 10 - A Lei nº 9.993/99 (art. 3º, II) legitima os atos normativos do INMETRO (REsp nº 597.275/PR). 11 - Precedentes: STJ e TRF1 (T7 e T8). 12 - Embargos infringentes providos (prevalência do voto-vencido): apelação não provida. 13 - Peças liberadas pelo Relator, em 25/03/2009, para publicação do acórdão. (EAC 5408320054013500, DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, TRF1 - QUARTA SEÇÃO, e-DJF1 DATA:08/06/2009 PAGINA 32)*

Desse modo, é cabível que Resoluções complementem decretos e a lei stricto sensu, com o fim de detalhar a conduta rotulada como infração administrativa.

Essas são as balizas.

Ora, na espécie, percebe-se que o contrato 60/2001 celebrado entre a COPEL - Companhia Paranaense de Energia em 20 de junho de 2001 chegou a preconizar a aplicação de multas (cópia no evento1, contrato4, autos 50361390920134047000). É o que se infere, p.ex., da sua cláusula 9ª (multa para o caso de a empresa concessionária deixar de informar as metas fiscais para a Aneel).

Já a cláusula 8ª daquele pacto também preconizou a aplicação de penalidades, mas reportando-se ao disposto nas resoluções da ANEEL:

Cláusula oitava - Por infração às disposições legais, regulamentares e contratuais, pertinentes ao SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO, a TRANSMISSORA estará sujeita às penalidades da legislação em vigor, especialmente àquelas estabelecidas em Resoluções da ANEEL, sem prejuízo do disposto no inciso III, art. 17, Anexo I, do Decreto n 2.335, de 6 de outubro de 1997, e nas CLÁUSULAS NONA e DÉCIMA deste CONTRATO.

Primeira Subcláusula- A TRANSMISSORA estará sujeita à penalidade, entre outras, de multa, aplicada pela ANEEL, nos termos da Resolução n 318, de 6 de outubro de 1998, no valor máximo, por infração incorrida, de 2% (dois por cento) do valor da RECEITA ANUAL PERMITIDA da TRANSMISSORA nos últimos 12 (doze) meses anteriores à lavratura do auto de infração, nos termos da regulamentação.

Segunda Subcláusula- As penalidades e o valor das multas guardarão proporcionalidade com a gravidade da infração e serão aplicadas mediante procedimento administrativo tramitado por iniciativa da ANEEL, assegurado à TRANSMISSORA amplo direito de defesa e o contraditório.

Terceira Subcláusula -Poderá ser aplicada uma multa de até 2% (dois por cento) da RECEITA ANUAL PERMITIDA da concessão objeto deste CONTRATO, caso ocorra interrupção do SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO devido a indisponibilidade de uma INSTALAÇÃO DE TRANSMISSÃO, por prazo superior a 30 (trinta) dias consecutivos, sem que a TRANSMISSORA promova uma alternativa equivalente, observado o disposto na Terceira Subcláusula da CLÁUSULA QUINTA.

Quarta Subcláusula- Nos casos de descumprimento pela TRANSMISSORA, das penalidades impostas por infração, ou de notificação, ou de determinação ou dos PROCEDIMENTOS DE REDE, poderá ser decretada a caducidade da concessão, na forma estabelecida na Lei e neste CONTRATO, sem prejuízo da apuração das responsabilidades da TRANSMISSORA perante o PODER CONCEDENTE, a ANEEL, USUÁRIOS e terceiros, e das indenizações cabíveis.

Quinta Subcláusula- Alternativamente à declaração de caducidade, prevista na CLÁUSULA DÉCIMA deste CONTRATO, poderá a ANEEL promover a subconcessão ou desapropriar as ações que compõem o controle societário da TRANSMISSORA e levá-las a Leilão Público. No caso de desapropriação, a indenização devida na forma da Lei dar-se-á com recursos provenientes da alienação, em leilão público, das ações desapropriadas.

Daí que aludido pacto de concessão nada versou sobre a submissão prévia de contratos com coligadas ao exame da ANEEL (até porque a Resolução 334 foi publicada em 2008, ou seja, depois da celebração do referido pacto).

É fato, porém, que a cláusula 4ª do contrato de concessão n. 75/2011 expressamente dispôs sobre a aludida obrigação de submeter à apreciação prévia da ANEEL os contratos, acordos ou ajustes pactuados com empresas controladoras ou coligadas (conforme transcrito no evento49, procdm1, p. 103-104).

*De todo modo, na espécie, a Resolução 63/2004 tipificou a conduta em debate nesse feito como sendo infração administrativa. E o fez em complemento ao Decreto 2.335 (art. 17) e também à lei 9.427 (art. 3º, X). **Daí que não acolho a alegação de que a definição das infrações não teria anteparo na legislação de regência.***

Aprecio adiante, todavia, a questão alusiva à legalidade da base de cálculo invocada para a aplicação de tais sanções.

2.16. Alegado bis in idem:

Como sabido, ninguém pode ser sancionado duplamente por uma mesma infração administrativa ou penal. Essa vedação decorre da própria cláusula do devido processo, tanto na vertente substantiva quanto procedimental. Daí que ninguém pode responder a simultâneos processos administrativos versando sobre a mesma suspeita/imputação.

Esse é o conteúdo, por exemplo, da cláusula do double jeopardy, assegurada pela 5ª e pela 14ª Emendas da Constituição dos EUA (aplicadas aos Estados-membros a partir do caso Benton v. Maryland - 1969, Suprema Corte).

No âmbito da Civil Law isso se traduz na cláusula do ne bis in idem, assegurado expressamente pelo art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica e em inúmeros outros tratados internacionais.

*Apesar de se tratar de garantia antiga - há quem alegue que o ne bis in idem teria origem sob o governo de Henrique II, na Inglaterra (por volta de 1100 D.C, conforme RUDSTEIN, David S. **Double jeopardy: a reference guide to the United States Constitution**. Westport: Praeger, 2004, p. 4-8), há várias discussões a respeito do seu alcance.*

*Anote-se, por exemplo, que García de Enterría sustentava que o ne bis in idem impediria a cumulação de sanções penais e administrativas diante de uma mesma imputação, por força da redação do art. 25 da Constituição da Espanha (veja-se AISA, Estrella Escuchuri. **Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica**. Granada: Comares, 2004, p. 123). Mas essa opinião não ganhou maiores adeptos.*

O fato é que o bis in idem ocorre quando alguém é sancionado mais de uma vez pela mesma imputação. Daí que deve se tratar da mesma conduta e também da punição ao mesmo título, dado que é cabível - no território nacional - que alguém responda a uma sanção pela infração tributária e também responda por eventual crime previsto na lei 8.137/1990.

Firmadas essas balizas, vê-se que, na espécie, não há lastro para o reconhecimento do pretense bis in idem. Afinal de contas, as sanções foram aplicadas para empresas distintas, com responsabilidade patrimonial própria (art. 591, CPC). E o fato de pertencerem a uma mesma holding (grupo econômico COPEL) não altera essa conclusão.

2.17. Alegada vedação da utilização do faturamento do parâmetro:

As demandantes também argumentaram que a sanção não poderia ser calculada tendo como base o total faturamento. Para tanto, elas defenderam que o art. 3º, X da lei 9247 e o art. 14 da Resolução 63/2004-ANEEL teria por lastro o contrato que houvesse sido celebrado em desrespeito às suas normas, e não o valor total do faturamento da concessionária.

"Embora seja uma empresa única, por determinação legal, os valores das concessões são contabilizados separadamente, visto que, na transmissão o serviço é regulado e os valores são fixados pelo Poder Concedente, ao passo que na geração inexistente a fixação de valor (tarifa) o mercado é que define o preço do produto gerado (energia elétrica).

Ao aplicar a sanção levando-se em conta o total das receitas da COPEL GeT e não somente as receitas advindas da concessão de transmissão onde a suposta irregularidade, passível de sanção pecuniária, aconteceu, por certo que houve desrespeito ao contrato de concessão.

Além disso, a decisão contraria a própria Resolução 63/2004, que menciona: "... Sem prejuízo do disposto em regulamento específico ou contrato de concessão, os valores das multas serão determinados mediante aplicação" (grifos acrescidos ao original), nota-se que a própria Norma em que se baseou a SFE para aplicação da sanção pecuniária, excetua o constante do contrato de concessão." (p. 27 - petição inicial de autos 50361390920134047000)

A empresa sustentou que, por força da cláusula 8ª do contrato de concessão 60/2001, a sanção deveria ter por base o valor da Receita Anual Peritida da Transmissora, nos 12 meses anteriores ao auto de infração.

No termo de autuação, a Superintendência aplicou a alíquota de 0,05% sobre a base de cálculo (faturamento da COPEL GT - R\$ 2.280.571.747,40), redundando em multa de R\$ 1.140.285,87 (processo administrativo, evento49, p. 9). Em sede de apreciação da sua defesa, a ANEEL reduziu a alíquota para 4%, ensejando a multa de R\$ 912.228,70 (procadm, p. 108).

Em sede de recurso administrativo, a Administração Pública sustentou o que segue:

"(...) 44. Percebe-se que o Contrato de Concessão, em sua Cláusula Oitava, fixou um limite inferior de multa àquele estipulado em lei para o cometimento de infrações decorrentes do serviço de transmissão concedido, qual seja, que a penalidade de multa a ser aplicada por infração decorrente de seu objeto teria valor máximo de "2% (dois por cento) do valor da RECEITA ANUAL PERMITIDA da TRANSMISSORA dos últimos 12 (doze) meses anteriores à lavratura do Auto de Infração".

45. Nesse sentido, há que se ressaltar que não existe confronto entre a Lei n.º 9.427/1996 e o Contrato de Concessão n.º 60/2001, visto que o limite de 2% da RAP de um contrato é, necessariamente, inferior ao limite de 2% do faturamento total da empresa (que pode ser composto por outros contratos). O que o contrato de concessão em tela fez foi fixar um limite ainda menor do que o limite legal para a imposição de multas decorrentes de seu objeto.

46. No contrato de concessão, então, restou fixado limite para a fixação das multas inferior ao que se encontra estabelecido no artigo 3 o, X, da Lei n. 9.427/1996.

47. Perceba-se, porém, que tanto a lei como o contrato fixaram apenas limites para a imposição de multas. Nenhum desses diplomas, no entanto, definiu qual seria a base de cálculo para a aplicação da pena de multa.

48. Atualmente, o art. 14 da REN n. 63/2004 dispõe que, "sem prejuízo do disposto em regulamento específico ou contrato de concessão", os valores das multas serão determinados pela aplicação de percentual variável de até 2%, a depender da categoria da infração, sobre o valor do faturamento. A base de cálculo da pena de multa, portanto, é o faturamento:

Art. 14. Sem prejuízo do disposto em regulamento específico ou contrato de concessão, os valores das multas serão determinados mediante aplicação, sobre o valor do faturamento, nos casos de concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, ou sobre o valor estimado da energia produzida, nos casos de auto-produção e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do Auto de Infração, dos seguintes percentuais:

Grupo I: até 0,01% (um centésimo por cento);

Grupo II até 0,10% (dez centésimos por cento);

Grupo III; até 1 % (um por cento);

Grupo IV: até 2% (dois por cento).

49. Assim, aqui se pode concluir que as multas decorrentes dos serviços de transmissão concedidos no Contrato de Concessão de Transmissão nQ 060/2001 devem incidir sobre o faturamento total da Pessoa Jurídica COPEL-GT, sendo que, no entanto, cada uma das infrações aplicadas não pode exceder a 2% (dois por cento) do valor da RECEITA ANUAL PERMITIDA da TRANSMISSORA dos últimos 12 (doze) meses anteriores à lavratura do Auto de Infração.

50. Nesse ponto, é preciso esclarecer que o próprio contrato define o que se entende por RAP para os fins de sua execução, estipulando expressamente que se trata da receita autorizada pela ANEEL, mediante Resolução, pela disponibilização das instalações do SISTEMA DE TRANSMISSÃO relacionadas neste CONTRATO.

51. Ou seja, para os fins do Contrato n 3 060/2001 a RAP se compõe apenas da receita decorrente do Sistema de Transmissão relacionado neste Contrato.

52. Nesse turno, entende-se que uma vez que se está a fiscalizar instalações que compõem o objeto do Contrato de Concessão de Transmissão n 3 060/2001, as infrações decorrentes deste objeto devem ser limitadas, individualmente, à RAP fixada no contrato, e não à RAP decorrente de todas as atividades de transmissão da empresa autuada.

53. É que o contrato expressamente estabelece que as penalidades decorrentes de seu objeto devem ser limitadas pela Receita Anual Permitida e esse mesmo contrato define que se deve entender por Receita Anual Permitida a receita pela disponibilização das instalações do SISTEMA DE TRANSMISSÃO nele relacionadas. (evento 49, procdm2, p. 38-39, autos n. 5036139-09.2013.404.7000)

*O problema todo é que Resolução **não** pode ampliar o que dispõe a lei. Logo, Resolução não tem aptidão para dispor, em caráter originário, qual será a base de cálculo da sanção a ser cominada. Não raro, isso pode ser traduzir em significativa ampliação do poder sancionador, o que não se admite seja promovido por atos infralegais, consoante precedentes que transcrevi acima.*

A legislação deve fixar os standards, em cujo âmbito a regulamentação infralegal deve transitar. Ao fixar apenas os limites máximos, não é dado à legislação converter o faturamento como base de cálculo, o que acaba por comprometer o postulado da proporcionalidade.

Com efeito, a adoção do faturamento da concessionária pode significar que infrações diminutas, promovidas sem má-fé e sem que redunde em prejuízos, acabem por ensejar elevadas multas, comprometendo o próprio funcionamento da empresa orientada à prestação de serviços para o povo.

Ainda que se observe o limite máximo de 2% da receita anual permitida - RAP, quanto aos 12 anos anteriores à lavratura do auto de infração, isso ainda se traduz em montante muito elevado. Afinal de contas, repiso, o problema está no fato de que a lei não definiu a base de cálculo para a imposição da referida sanção (o que era salutar, em prol da segurança jurídica e da legitimidade da atuação estatal, diante do que regra o art. 1º, parágrafo único, CF/1988).

Reitero que, em um Estado Constitucional, a atividade legiferante também deve ser controlada racionalmente. Vedam-se, com isso, os excessos. Na espécie, entendo que as autoras possuem razão no argumento.

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.

Acrescento também que é de duvidosa validade a definição da base de cálculo para a sanção apenas mediante regulamento, eis que a lei stricto sensu limitou-se à delimitação do limite máximo da atuação.

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 justificação mais densa, sob pena de redundar em mero ritualismo, concessa venia.

Não se pode descuidar que a COPEL presta serviço para o povo, de modo que a retirada de parcela de suas receitas pode comprometer a sua atividade, gerando indevido vício regulatório (a regulação promovida com o intuito de aprimorar os serviços públicos pode acabar por agravá-los).

Ademais, pelo que explicitarei acima, no Estado Constitucional a discricionariedade administrativa também deve ser controlada, desde que o Judiciário não ingresse em temas de mera conveniência ou oportunidade (exceção feita a casos verdadeiramente teratológicos, que colocariam em causa a própria moralidade e eficiência da atividade estatal - art. 37, CF/1988).

Na espécie, tudo conjugado, reputo que as demandantes têm razão quando se insurgem contra a base de cálculo empregada para a dosimetria da pena em questão. A base não foi imposta diretamente pela lei 9.427 (que apenas preconizou um limite máximo). De outro tanto, os valores são muito significativos para uma infração de mera conduta, decorrente do compartilhamento episódico de serviços/funcionários sem prévia comunicação à ANEEL.

Aliás, em boa medida o compartilhamento parece ter decorrido também de confusões provocadas pelo procedimento de cisão da COPEL Distribuidora, pelo que foi acima relatado. Daí que não diviso sinais mínimos de má-fé e de efetivos prejuízos à prestação dos serviços públicos. Anote-se que as demandantes repassaram à ANEEL os documentos

requisitados, tão logo requisitados, não tumultuando a fiscalização.

Isso significa que, por força do postulado da proporcionalidade - enquanto vedação de excessos (Übermaßverbot) - as empresas deveriam ter sido sancionadas com advertência escrita, conforme art. 8º, I e II da Resolução 63/2004, eis que a infração não justificava a imposição de sanção na ordem de R\$ 912.228,70 (AI 05/2013) e R\$ 2.647.952,43 (AI 51/2013). Não se imputou, em momento algum, que tais empresas tenham sido reincidentes.

Art. 8º - Resolução 63/2004. A penalidade de multa capitulada nos arts. 4º, 5º, 6º e 7º desta Resolução poderá ser convertida em advertência, desde que:

I – a infratora não tenha sido autuada por idêntica infração nos últimos quatro anos anteriores ao da sua ocorrência; e

II – as conseqüências da infração sejam de pequeno potencial ofensivo.

Anote-se que a Administração Pública não detalhou qual teria sido o prejuízo efetivo ou potencial decorrente da conduta atribuída às demandantes. Por tudo quanto equacionei ao longo da presente sentença - ao mesmo tempo em que enfatizo o caráter excepcional da medida - entendo que é o caso de se anular ambos os autos de infração, dado o excesso das multas cominadas.

Cuidando-se de infração de mera conduta, considerando ainda a ausência 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.

Acolho, portanto, nesse particular, a pretensão das demandantes. (...)

Após fiscalização deflagrada pela Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade da Agência Nacional de Energia Elétrica, com o escopo de aferir suas estruturas empresariais, especificamente nas áreas de Operação e Manutenção do Sistema Elétrico, Copel Geração e Transmissão S.A. (Copel GeT) e Copel Distribuição S.A. (Copel D) foram autuadas pela Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira, vinculada àquela Agência Reguladora, por compartilhamento de pessoal e infraestrutura, sem prévia anuência da ANEEL, conduta violadora dos arts. 2º, 14 e 16 da Resolução Normativa n.º 334/2008, enquadrável no art. 7º, inciso XII, da Resolução Normativa n.º 63/2004, da ANEEL - aqui já retificada, pelo próprio órgão autuador, a incorreção formal constante nos autos de infração, que apontaram, equivocadamente, o inciso XVII, (ANEXO2, p. 3, do evento 15 dos autos originários e PROCADM7 do evento 1 dos autos originários).

A validade do auto de infração n.ºs 002/2013, lavrado contra Copel Distribuição S.A., e do auto de infração n.º 005/2013, direcionado contra Copel Geração e Transmissão S.A., constituem objeto das ações n.º 5045351-54.2013.404.7000 e n.º 5036139-09.2013.404.7000, respectivamente.

Dispõe o art. 7º, inciso XII, da Resolução Normativa n.º 63/2004, da ANEEL, que:

Art. 7º Constitui infração, sujeita à imposição da penalidade de multa do Grupo IV:

(...)

XII - deixar de encaminhar para exame e aprovação da ANEEL, nas hipóteses, condições e segundo procedimentos estabelecidos em regulamento específico, os atos e negócios jurídicos celebrados entre concessionárias, permissionárias e autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum, bem assim, implementar tais instrumentos contratuais antes da anuência prévia e expressa desta Agência;

(...) (grifei)

Do cotejo de tal preceito normativo com a descrição da conduta irregular imputada às autoras e o procedimento de sua autuação, não há reparos às ponderações do juízo *a quo*, que, acertadamente, pontuou que:

(i) *a União celebrou com a Companhia Paranaense de Energia - COPEL o contrato de concessão n. 60/2001, na data de 20 de junho de 2001, versando sobre a prestação de serviço público de transmissão de energia elétrica (...) em 27 de novembro de 2007, a ANEEL editou a Resolução Autorizativa n. 1.120 (...). A resolução decorreu, de certo modo, da publicação da lei do Estado do Paraná n. 14.608, de 10 de janeiro de 2005, responsável pela alteração da lei 12.355/1998, autorizando a reestruturação da COPEL;*

(ii) *na deliberação administrativa, a ANEEL anuiu à transferência das concessões de transmissão, objeto dos Contratos de Concessão de Transmissão n.º 60/2001 e n.º 75/2001, em virtude da cisão total da Copel Transmissão S.A., com a versão dos ativos e passivos para a Copel Distribuição S.A. e Copel Geração e Transmissão S.A., nova denominação da Copel Geração S.A. (...) Em decorrência da transferência de que trata o art. 1º desta Resolução, as concessionárias devem observar que: (...) a ANEEL, em processo de fiscalização “a posteriori”, poderá proceder a avaliações e análises complementares para a validação dos aspectos contábeis e econômico-financeiros do processo, após a concretização das operações de que trata esta Resolução;*

(iii) a referida deliberação foi escorada em voto proferido pela Diretora da ANEEL em 27 de dezembro de 2007, que nada mencionou sobre compartilhamento de infraestrutura entre as empresas subsidiárias da Holding Copel. *Tampouco a nota técnica n. 099/2007, datada de 16.10.2007, juntada no evento 34 daquele eproc 503613909.2013.404.7000 versou sobre o compartilhamento de funcionários;*

(iv) *o contrato de concessão foi aditado em 22 de abril de 2009, em favor da COPEL Geração e Transmissão S/A., que assumiu o contrato de concessão n.º 60/2001, enquanto que a COPEL D assumiu o contrato n.º 46/1999-ANEEL;*

(v) em 21 de outubro de 2008, a ANEEL publicou a Resolução Normativa n.º 334, versando sobre as relações entre as empresas concessionárias e suas subsidiárias (no art. 16 da Resolução 334 regulou os contratos de prestação de serviços, pactuados pelas concessionárias de serviços públicos, e no art. 24, o compartilhamento de infraestrutura);

(vi) conquanto as autores sustentem que a atuação é viciada, porque a fiscalização foi promovida pela SFE e a multa imposta pela SFF, contrariando o disposto no art. 22 da Resolução n.º 63/2004 da ANEEL, a própria Resolução prevê, no art. 19, § 1º, *a viabilidade de que mais de uma Superintendência fossem vinculadas às apurações respectivas.* Além disso, a Lei n.º 9.427/1996 confere à ANEEL competência para fiscalizar as concessões de energia elétrica e promover o controle prévio ou *a posteriori* dos contratos entre partes relacionadas, possuindo a SFE tal atribuição, *na forma da Portaria MME 349/1997, responsável pela aprovação do regimento interno daquela agência reguladora.* Como salientado em parecer pela Procuradoria Geral da ANEEL, as atribuições de cada Superintendência estão descritas no artigo 23 do Regimento Interno da ANEEL, publicado no anexo da Portaria MME n.º 349, de 29 de novembro de 2007, e da prescrição normativa infere-se que *a competência da SFF é especial em relação à SFE, tendo em vista que a norma que descreve as atribuições da primeira especifica o objeto do processo de controle e fiscalização, qual seja, a área "contábil e econômico-financeira" das concessões, permissões e autorizações dos serviços e instalações de energia elétrica. Pelo princípio da especialidade (lex specialis derogat lex generalis), se a matéria fiscalizada tiver íntima ligação com a área contábil e econômico-financeira da concessão, permissão ou autorização, a norma que atribui competência à SFF prevalece sobre a norma genérica que atribui competência à SFE (PROCADM5 do evento 1 dos autos originários);*

(vii) a adoção de tal sistemática, no curso do processo administrativo, não resultou em prejuízo à defesa - quer administrativa, quer judicial - das autoras;

(viii) o controle prévio das relações entre empresas coligadas, previsto no art. 3º, inciso XIII, da Lei n.º 9.427/1996, é bastante relevante (p. ex., art. 177, inciso III, do Código Penal, arts. 34 e 43 da Lei n.º 4.595/1964, art. 154, § 2º, alínea b, da Lei n.º 6.404/1976, e art. 17 da Lei n.º 7.492/1986), sendo *salutar que as relações entre empresas coligadas sejam submetidas a um ampla transparência, a fim de que evite confusão patrimonial e desvios de finalidade, fadados a ocultar despesas, por exemplo;*

(ix) a alegação da Copel GT de que não teria compartilhado funcionários, mas celebrado um contrato de licença de uso do software com a Copel Distribuidora, deve ser refutada, porque, *No âmbito do recurso administrativo, a empresa concessionária expressamente reconheceu que haveria gestão compartilhada de COS, (...) e não impugnou a alegação de que não teria apresentado aludidos contratos, de modo prévio, à análise da ANEEL, como previsto na referida Resolução 334/2008. Correta, portanto, a solução dispensada nos itens 18-21 da decisão administrativa de evento49, procadm1, p. 105-106;*

(x) a alegação da Copel GT de que celebrou um contrato de licença para uso de software com a Copel Distribuidora (US\$ 308.859,00) não aproveita a sua defesa, porque, *nesse particular, a ANEEL sustentou que referido pacto de utilização de sistema não envolveria partes relacionadas, de modo que não teria ensejado desrespeito à referida Resolução 334;*

(xi) a Resolução n.º 1120, da ANEEL não autorizou *que as empresas coligadas compartilhassem infraestrutura*, mas, sim, *a cessão dos contratos de concessão de serviço público, por força da cisão da Copel Distribuidora*. Consta, inclusive, que *a cláusula 4ª do contrato de concessão n. 75/2011 expressamente dispôs sobre a aludida obrigação de submeter à apreciação prévia da ANEEL os contratos, acordos ou ajustes pactuados com empresas controladoras ou coligadas*. E o contrato de prestação de serviços, celebrado entre a Copel Geração e a Copel Distribuição (Contrato COPEL SLE DGSE 46000000959/2012) em 1º de agosto de 2012 - ou seja, após a fiscalização -, não foi submetido ao prévio exame da ANEEL, como exigido pelo art. 3º, inciso XIII, da Lei n.º 9.427/1996, e Resolução n.º 334/2008, o que - em tese - configura a infração que deu ensejo à lavratura dos autos de infração n.ºs 02/2013 e 05/2013;

(xii) o fato de o relatório de fiscalização ter se limitado a *mencionar a atividade de funcionários da Copel Geração também no âmbito da Copel Distribuição* (lideranças, segundo o relatório), sem declinar o nome dos envolvidos, não é causa de nulidade para a autuação, pois, no âmbito do processo administrativo, *a própria demandante reconheceu a gestão compartilhada de tais estações* (centros de operações de estações - COS), não havendo prejuízo à sua defesa;

(xiii) a Lei n.º 9.427/1996 delegou a tipificação de infrações à regulamentação infralegal, aludindo, de forma genérica, à atribuição da ANEEL para imposição de sanções (art. 3º, inciso X); o Decreto n.º 2.335/1997 dispôs que a atuação da fiscalização deve ser balizada pelos regulamentos e pelos contratos, e as multas são cabíveis nos casos previstos nos regulamentos ou contratos, ou pela reincidência em fato que tenha gerado advertência escrita (art. 17, inciso II); a Resolução n.º 63/2004, da ANEEL, definiu as condutas infracionais e as sanções cabíveis, no exercício do poder normativo da Agência Reguladora, e a Resolução n.º 334/2008, da ANEEL, fez alusão, no seu art. 3º, *caput*, aos contratos dispensados de controle *a priori*, previsto no art. 2º. Na esteira da jurisprudência dominante, *é cabível que Resoluções complementem decretos e a lei stricto sensu, com o fim de detalhar a conduta rotulada como infração administrativa, sem qualquer afronta ao princípio constitucional da legalidade;*

(xiv) o contrato n.º 60/2001, celebrado entre a Companhia Paranaense de Energia e a ANEEL em 20 de junho de 2001, prevê a imposição de multas e outras penalidades (p. ex., cláusula 9ª - multa para o caso de a empresa concessionária deixar de informar as metas fiscais para a ANEEL), com remissão às Resoluções da ANEEL;

(xv) embora o contrato de concessão não tenha versado sobre a submissão de contratos firmados com coligadas à prévia apreciação da ANEEL (*até porque a Resolução 334 foi publicada em 2008, ou seja, depois da celebração do referido pacto*), (...) a cláusula 4ª do contrato de concessão n. 75/2011 expressamente dispôs sobre a aludida obrigação de submeter à apreciação prévia da ANEEL os contratos, acordos ou ajustes pactuados com empresas controladoras ou coligadas;

(xvi) a Resolução 63/2004 tipificou a conduta em debate nesse feito como sendo infração administrativa. E o fez em complemento ao Decreto 2.335 (art. 17) e também à lei 9.427 (art. 3º, X). Em outros termos, a infrações está devidamente tipificada na legislação de regência;

(xvii) não há lastro para o reconhecimento do pretense bis in idem, porque as sanções foram aplicadas para empresas distintas, com responsabilidade patrimonial própria (art. 591, CPC). E o fato de pertencerem a uma mesma holding (grupo econômico COPEL) não altera essa conclusão;

(xviii) 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 justificação mais densa, sob pena de redundar em mero ritualismo, concessa venia. Não se pode descurar que a COPEL presta serviço para o povo, de modo que a retirada de parcela de suas receitas pode comprometer a sua atividade, gerando indevido vício regulatório (a regulação promovida com o intuito de aprimorar os serviços públicos pode acabar por agravá-los).

(xix) *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;*

(xx) *no Estado Constitucional a discricionariedade administrativa também deve ser controlada, desde que o Judiciário não ingresse em temas de mera conveniência ou oportunidade (exceção feita a casos verdadeiramente teratológicos, que colocariam em causa a própria moralidade e eficiência da atividade estatal - art. 37, CF/1988).*

(xxi) *os valores são muito significativos para uma infração de mera conduta, decorrente do compartilhamento episódico de serviços/funcionários sem prévia comunicação à ANEEL, e*

(xxii) *em boa medida o compartilhamento parece ter decorrido também de confusões provocadas pelo procedimento de cisão da COPEL Distribuidora, pelo que foi acima relatado. Daí que não diviso sinais mínimos de má-fé e de efetivos prejuízos à prestação dos serviços públicos. Anote-se que as demandantes repassaram à ANEEL os documentos requisitados, tão logo requisitados, não tumultuando a fiscalização. (...) A infração não justificava a imposição de sanção na ordem de R\$ 912.228,70 (AI 05/2013) e R\$ 2.647.952,43 (AI 51/2013). Não se imputou, em momento algum, que tais empresas tenham sido reincidentes.*

Acresça-se que, ao contrário do afirmado pela Copel, a infração imputada às autoras não corresponde à conduta tipificada no art. 4º, inciso XII, da Resolução Normativa n.º 63/2004, da ANEEL (Grupo 1), uma vez que está relacionada a não submissão à prévia análise da Agência Reguladora de atos e negócios jurídicos celebrados entre concessionárias, permissionárias e autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum, bem assim, implementar tais instrumentos contratuais antes da anuência prévia e expressa desta Agência (tipificação prevista pelo art. 7º, inciso XII, da Resolução Normativa n.º 63/2004), e não a omissão na prestação de informações empresariais relativas à composição acionária da empresa e de seus acionistas, em todos os níveis, e às relações contratuais mantidas entre a empresa, seus acionistas e empresas controladas, coligadas ou vinculadas à controladora.

Outrossim, a infração confessamente cometida pelas empresas não consiste no mero compartilhamento de mão-de-obra (pessoal) e infraestrutura, mas, sim, no não encaminhamento do ato negocial pertinente à apreciação da ANEEL, antes de sua implementação.

Não obstante, razão assiste à ANEEL quando afirma que não cabe ao Poder Judiciário decidir qual sanção deve ser aplicada pela Agência Reguladora, no exercício de seu poder de polícia, uma vez que a legislação de regência confere-lhe certa margem de discricionariedade na escolha e quantificação da penalidade a ser imposta ao infrator.

*ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. BACEN. EXPORTAÇÃO. MULTA POR SONEGAÇÃO DE COBERTURA CAMBIAL. DECRETO Nº 23.258/33. IRRETROATIVIDADE DA LEI Nº 11.371/2006. DECISÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REDUÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL. 1. As Turmas que integram a Segunda Seção deste TRF têm decidido, de forma reiterada, que a Lei nº 11.371/06 (art. 11), ao promover a alteração do art. 3º do Decreto nº 23.371/33, embora tenha deixado de considerar como infração a sonegação de cobertura nos valores de exportação, ressaltou expressamente, em seu art. 12, § 2º, que as condutas praticadas até o dia 3 de agosto de 2006 continuariam sujeitas à multa prevista no art. 6º do referido Decreto. 2. Ademais, em se tratando de crédito de natureza administrativa, decorrente do exercício de poder de polícia, incide a lei vigente à época do cometimento da infração, não se aplicando a disciplina do Código Tributário Nacional acerca da retroatividade da lei mais benéfica, nem a norma penal atinente à lex mitior. 3. **A escolha e quantificação da penalidade aplicável é atividade administrativa enquadrada no âmbito do poder discricionário da autoridade fiscalizadora, descabendo a intervenção do Poder Judiciário, salvo quando evidenciada ilegalidade ou notória falta de razoabilidade ou proporcionalidade, como é o caso dos autos.** (TRF4, 4ª Turma, AG 0000235-85.2018.4.04.0000, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, D.E. 25/09/2018 - grifei)*

*ADMINISTRATIVO. PROCON. PODER DE POLÍCIA. CEF. MULTA. DEMORA NO ATENDIMENTO AO PÚBLICO. LEI ESTADUAL. LEGALIDADE. VALOR DA MULTA. É pacífica a jurisprudência dos tribunais pátrios acerca da possibilidade de leis estaduais e municipais tratarem de defesa de consumidor, tendo em vista a competência concorrente da União, estados e municípios para legislar acerca da defesa do consumidor (art. 24, V, CF). **A escolha da penalidade aplicável ao caso situa-se no âmbito do poder discricionário da autoridade fiscalizadora, não legitima a intervenção do Poder Judiciário no exame da conveniência e oportunidade da escolha da sanção aplicada (mérito do ato administrativo), podendo apenas ser apreciado eventual desvio de finalidade ou de competência, ilegalidade e desproporcionalidade.** Analisando a metodologia de aplicação da multa, verifica-se que a autoridade administrativa sopesou todos os critérios estabelecidos em lei ao fixar o referido valor - reprovação da conduta pela parte autora, concurso de práticas infrativas, índice de gravidade da infração, situação econômica do fornecedor, além da vantagem por ele auferida. Em tempo, foram observadas as circunstâncias atenuantes e agravantes, obtendo-se, assim, o valor final devidamente justificado da multa imposta. (TRF4, 4ª Turma, AC 5000217-47.2017.4.04.7005, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 04/12/2017 - grifei)*

Também é irretocável a assertiva de que a utilização do faturamento da empresa como base de cálculo da multa não é ilegal, tendo em vista que a Lei n.º 9.427/1996 menciona-o expressamente (art. 3º, inciso X), e a Resolução Normativa n.º 63/2004 reproduz a prescrição legal, sem ampliar o seu conteúdo. Embora a norma legal restrinja-se a fixar um limite máximo para a quantificação da sanção pecuniária ("X - fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, **observado o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento**, ou do valor estimado

da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por um período inferior a doze meses" - grifei), elege o 'faturamento' como referencial idôneo a ser adotado para esse efeito. Além disso, o contrato de concessão n.º 46/1999, celebrado entre a Agência Nacional de Energia Elétrica e a Copel Distribuição S/A., contém cláusula prevendo o faturamento como base de cálculo das multas administrativas (cláusula nona, subcláusula primeira).

Nessa linha:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ANTT. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. AUTOS DE INFRAÇÃO. TIPIFICAÇÃO DA CONDOTA E IMPOSIÇÃO DE MULTA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA COM BASE NA RESOLUÇÃO ANTT N. 233/2003. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. ACÓRDÃO EM DISSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DO STJ. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. I - Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC/73, no caso, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da análise do acórdão recorrido. II - O STJ possui entendimento de que "as sanções administrativas aplicadas pelas agências reguladoras, no exercício do seu poder de polícia, não ofendem o princípio da legalidade, visto que a lei ordinária delega a esses órgãos a competência para editar normas e regulamentos no âmbito de sua atuação, inclusive tipificar as condutas passíveis de punição, principalmente acerca de atividades eminentemente técnicas". (REsp 1.522.520/RN. Rel. Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 01/02/2018. DJe em 22/02/2018). III - Nesse sentido: AgRg no REsp 1541592/RS, Relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 21/09/2015; AgRg no REsp 1371426/SC, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24/11/2015. IV - Agravo interno improvido. (STJ, 2ª Turma, AgInt no REsp 1.641.688/PB, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018 - grifei)

Nesse aspecto, é de se ressaltar que o próprio juízo *a quo* aponta os fundamentos doutrinários para essa compreensão: (1) *A função normativa está distribuída pelo Estado como um todo, sendo necessário apenas que a Lei, em obediência ao preceito contido no art. 5º, II, da Constituição Federal, dê a autorização necessária para que essa função se exerça. Sendo a função normativa uma das funções originárias do poder Executivo, a autorização legislativa para exercê-la não implicaria delegação, mas mera condição para esse exercício. (...) embora o sentido do artigo 5º, II, da Constituição Federal não seja que todas e quaisquer obrigações devam estar em normas legais, implica esse dispositivo, todavia, que toda e qualquer obrigação tenha um fundamento legal. Em outras palavras: para que seja válida, toda e qualquer obrigação deve poder encontrar numa norma legal (e não regulamentar) o seu fundamento de validade. Assim nos parece deva ser entendida a expressão em virtude de lei contida no dispositivo constitucional em questão (SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. Atlas, p. 104/105), e (2) Mas também se admite que a Lei adote disciplina que deixa margem para maior autonomia do seu aplicador. Nesses casos, um ou mais dos pressupostos de incidência da norma ou uma ou mais das determinações mandamentais não estão disciplinadas de modo exaustivo através da Lei. Atribui-se ao aplicador a competência para identificar os pressupostos ou determinar os comandos normativos para o caso concreto. Nesse caso, surge*

*para o aplicador da Lei uma competência discricionária. A delegação normativa secundária, a que ora se refere, identifica-se com a atribuição de competência discricionária (JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, p. 513).*

Esse entendimento, contudo, não afeta a declaração de nulidade dos autos de infração n.ºs 002/2013-SFF e 005/2013-SFF, porém por motivo diverso.

O art. 14 da Resolução n.º 63/2014, da ANEEL, classifica as infrações conforme a sua gravidade, reservando certa margem de discricionariedade à autoridade administrativa para quantificação da multa (e, definindo, por exemplo, a aplicação do percentual de até 2% sobre o faturamento dos últimos 12 (doze) meses para infrações que integrem o Grupo IV).

As sanções impostas às concessionárias, entretanto, são de valores elevados que não condizem - do ponto de vista da razoabilidade e proporcionalidade - com a gravidade da conduta e as circunstâncias fáticas que lhe deram origem. Afora os aspectos já mencionados pelo juízo *a quo*, é relevante destacar que (i) no momento da fiscalização, as empresas foram instadas a regularizar as irregularidades então apuradas - existência de funcionários da Copel D atuando em atividades atinentes a Copel GT, sem contrato de prestação de serviço, a falta de um contrato desse tipo implica descumprimento da Resolução Normativa n.º 334/2008, a inexistência de contrato de compartilhamento de infraestrutura - no prazo de 15 (quinze) dias; (ii) o órgão autuador consignou que, embora o Código Civil não exija que os negócios jurídicos sejam firmados por meio de documento escrito, condicionando sua validade somente à utilização de "forma prescrita ou não defesa em lei", e, no prazo designado, as empresas tenham formalizado contratos de prestação de serviços e compartilhamento de infraestrutura de suas subestações, justificando-os pela conveniência ou eficiência da adoção desse modelo gerencial, impunha-se a punição (por ausência de prévia submissão à apreciação da ANEEL), e (iii) os valores das multas foram arbitrados em R\$ 2.647.952,43 e R\$ 912.228,70 em dezembro de 2012, ainda que *a falta de exame prévio das operações não tenham causado prejuízo financeiro mensurável* e não existam *indícios nos autos de que COPEL D tenha se valido da infração para obter vantagens indevidas* (PROCADM 15 e PROCADM7 do evento 1 dos autos originários).

Se, por um lado, a irregularidade 'cerceou' o poder-dever da Agência Reguladora de analisar previamente o ato negocial (operação) e avaliar seus potenciais riscos, prevenindo a ocorrência de efeitos negativos à prestação de serviços de energia elétrica à população; por outro, restou evidenciado que as autoras não agiram de má fé ou prejudicaram terceiros (ou a prestação de serviços públicos), nem obtiveram vantagem ilícita decorrente da conduta infracional. Ao contrário, a omissão apontada pela Agência Reguladora parece ser fruto não só de 'esquecimento' ou 'descuido' como de uma atuação aparentemente contraditória da própria Agência Reguladora - que, em um primeiro momento, oportunizou às autoras a regularização da situação fática, com a formalização dos

contratos faltantes para respaldar o que já constitua uma prática na sua gestão, e, tão logo apresentados os atos negociais formais à Agência Reguladora, esta procedeu à autuação, por não terem sido submetidos ao exame da ANEEL, antes de sua efetiva implementação.

Outro aspecto relevante é que (i) *em boa medida o compartilhamento parece ter decorrido também de confusões provocadas pelo procedimento de cisão da COPEL Distribuidora*, (ii) *as autoras repassaram à ANEEL os documentos requisitados, tão logo requisitados, não tumultuando a fiscalização*, e (iii) *Não se imputou, em momento algum, que tais empresas tenham sido reincidentes*.

Nessa perspectiva, considerando que *no Estado Constitucional a discricionariedade administrativa também deve ser controlada, desde que o Judiciário não ingresse em temas de mera conveniência ou oportunidade (exceção feita a casos verdadeiramente teratológicos, que colocariam em causa a própria moralidade e eficiência da atividade estatal - art. 37, CF/1988)*, e o postulado da proporcionalidade significa vedação de excessos - que podem e devem ser coibidos pelo Poder Judiciário, a fim de assegurar a escoreta atuação sancionatória do Poder Público - é de se manter a anulação dos autos de infração n.ºs 002/2013-SFF e 005/2013-SFF, ante a ausência de razões que motivem a fixação das multas em patamar tão elevado.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. MULTA. REDUÇÃO. NECESSIDADE. OBSERVÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A revisão da conclusão a que chegou o Tribunal de origem sobre o valor razoável da multa demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial. Incide ao caso a Súmula 7/STJ. 2. Agravo interno não provido. (STJ, 1ª Turma, AgInt no REsp 1.480.705/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgado em 13/03/2018, DJE 22/03/2018)

III - No tocante à insurgência da autora - exceto no ponto que se refere aos honorários advocatícios -, não há interesse processual a sustentá-la, porquanto a sentença foi-lhe favorável, ainda que a intenção fosse reforçar argumentos para manter a anulação dos autos de infração, na eventualidade de vir a ser afastado o fundamento que embasou o pronunciamento do juízo *a quo*.

IV - Os honorários advocatícios sucumbenciais foram arbitrados em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), já abrangendo ambos os feitos, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/1973.

É cediço que, sob a égide do anterior CPC (cujas disposições aplicam-se na espécie), nos casos em que não havia condenação, a verba honorária deveria ser arbitrada nos moldes do § 4º do art. 20 do CPC, não estando o julgador vinculado aos percentuais estabelecido no § 3º, observados os critérios ali estabelecidos.

Nessa linha, a ponderação dos parâmetros definidos na norma legal, notadamente o conteúdo econômico da causa (R\$ 2.647.952,43 + R\$ 912.228,70 = R\$ 3.560.181,13), a complexidade da demanda, o tempo despendido e o trabalho desenvolvido pelos advogados que atuaram no feito, evidencia a insuficiência do *quantum* arbitrado pelo juízo *a quo*, o que justifica sua majoração para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), atualizáveis a contar da data da sentença, para cada um dos feitos, mantidas as razões já declinadas para não estabelecer quantia mais elevada.

V - A autora pleiteou a substituição da garantia do juízo, consubstanciada no depósito do valor de R\$ 2.806.829,58 (dois milhões, oitocentos e seis mil oitocentos e vinte e nove reais e cinquenta e oito centavos), por seguro-garantia. Intimada, apresentou apólice no montante de R\$ 4.662.779,44 (quatro milhões, seiscentos e sessenta e dois mil setecentos e setenta e nove reais e quarenta e quatro centavos).

A Agência Nacional de Energia Elétrica, por sua vez, manifestou expressa discordância com o pedido de substituição de garantia.

Na jurisprudência, há precedentes reconhecendo que o seguro-garantia, com prazo de validade determinado, e a fiança bancária não são equiparáveis ao depósito em dinheiro, pressupondo, a substituição de garantia, a concordância do credor. Isso porque a medida atende aos interesses do devedor e deixa o credor desprotegido - o qual fica impedido de agir para a salvaguarda e satisfação de seu crédito e, com o passar do tempo, vê tornada sem efeito a garantia oferecida.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PENHORA EM DINHEIRO POR SEGURO-GARANTIA. SUBSTITUIÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO. INDEFERIMENTO. SÚMULA 83/STJ. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência do STJ, admite-se a substituição da penhora de dinheiro por seguro-garantia apenas em hipóteses excepcionais, em que seja necessário evitar dano grave ao devedor; sem causar prejuízo ao exequente, hipótese não demonstrada no caso dos autos. 2. Na hipótese dos autos, a revisão das circunstâncias acima descritas demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, providência vedada em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno desprovido. (STJ, 4ª Turma, AgInt nos EDcl no REsp 1.661.050/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), julgado em 18/09/2018, DJe 27/09/2018)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO NOS CÁLCULOS. SÚMULA 7 DO STJ. GARANTIA DO JUÍZO COM SEGURO FIANÇA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. É pacífico no âmbito desta Corte que, dentre os bens penhoráveis, o dinheiro é preferencial aos demais, de acordo com a ordem legal estabelecida no CPC. A necessidade de substituição da garantia por outro bem é admitida somente em hipóteses excepcionais, desde que não ocasione prejuízo ao exequente. 2. A revisão do acórdão recorrido, para o acolhimento da pretensão recursal importaria o reexame do

conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada em sede especial, a teor da Súmula 7 do STJ. 3. Agravo interno não provido. (STJ, 4ª Turma, AgInt no AREsp 1.288.361/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. AUSÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO. PENHORA EM DINHEIRO POR SEGURO-GARANTIA. EXCEPCIONALIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO. INDEFERIMENTO. MEDIDA. APLICAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. ' 1. Ausência de fundamentação no acórdão recorrido não configurada. 2. Tendo a decisão impugnada decidido em consonância com a jurisprudência desta Casa, incide, na hipótese, o enunciado n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que abrange os recursos especiais interpostos com amparo nas alíneas a e/ou c do permissivo constitucional. Precedentes. 3. Razões recursais insuficientes para a revisão do julgado. 4. Agravo interno desprovido. (STJ, 3ª Turma, AgInt no AREsp 1.256.874/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 26/06/2018, DJe 29/06/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXECUÇÃO GARANTIDA POR MEIO DE DEPÓSITO EM DINHEIRO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO POR SEGURO GARANTIA JUDICIAL. INVIABILIDADE. 1. Garantida a execução fiscal por meio de depósito em dinheiro, a substituição por seguro garantia judicial só é possível com a anuência da Fazenda Pública. 2. Agravo regimental não provido. (STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 213.678/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 16/10/2012, DJe 24/10/2012)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA EM DINHEIRO POR SEGURO GARANTIA JUDICIAL. INVIABILIDADE. SISTEMA BACEN JUD. LEI 11.382/2006. DECISÃO POSTERIOR. APLICABILIDADE. 1. O STJ possui entendimento no sentido de que o seguro garantia judicial, assim como a fiança bancária, não é equiparável ao depósito em dinheiro para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151 do CTN. 2. A utilização do sistema BacenJud antes de entrar em vigor a Lei 11.382/2006 somente é admitida quando esgotados os meios necessários à localização de bens passíveis de penhora. 3. Se a decisão de 1º grau for posterior à vigência daquele regramento, mostra-se plenamente possível o bloqueio de ativos financeiros, sem estar condicionado à existência de outros bens passíveis de constrição judicial. 4. Orientação reafirmada pela Corte Especial do STJ no julgamento do REsp. 1.112.943/MA, em 15.9.2010, sob o rito do art. 543-C do CPC. 5. Embargos de Declaração acolhidos sem efeito modificativo. (STJ, 2ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.274.750/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 05/06/2012, DJe 26/06/2012)

Todavia, existem julgados do próprio Superior Tribunal de Justiça que admitem o oferecimento de seguro-garantia para o caucionamento de créditos não tributários, pelos seguintes fundamentos: (a) o art. 7º da Lei n. 10.522/2002 dispõe que "será suspenso o registro no Cadin quando o devedor comprove que i) tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei; ii) esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei" (STJ, 1ª Seção, REsp 1137497/CE, Rel. Ministro LUIZFUX, julgado em 14/04/2010, DJe 27/04/2010); (b) a norma legal refere-se à suspensão da exigibilidade nos termos da lei, e não, exclusivamente, nos termos do art.

151 do CTN, o qual se aplica, regularmente, às ações tributárias, em observância ao princípio da legalidade estrita, nos termos do art. 111 do CTN; (c) a Lei n.º 13.043/2014, em seu art. 73, procedeu à alteração dos artigos 7º, 9º, 15 e 16 da Lei n.º 6.830/1980, incluindo o seguro-garantia como instrumento apto à garantia do crédito em execução fiscal; (d) por ser adequado à garantia da execução fiscal, em que há cobrança do crédito, o seguro-garantia, por decorrência lógica, também serve à garantia de créditos discutidos em outras ações para o fim de suspensão de sua exigibilidade e, portanto, serve à suspensão da executoriedade da sanção administrativa, com a consequente suspensão do registro no CADIN, e (e) o Superior Tribunal de Justiça tem afastado a exigência do acréscimo de 30% (trinta por cento), por ocasião do oferecimento de seguro garantia, exceto em substituição de penhora, nos termos do § 2º do art. 656 do CPC (STJ, REsp n.º 1.550.478/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, decisão em 17 de setembro de 2015).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CAUÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO. SEGURO-GARANTIA. REQUISITOS DA PORTARIA 164/2014 DA PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. CONTROVÉRSIA QUE EXIGE ANÁLISE DE PORTARIA. ATO NORMATIVO NÃO INSERIDO NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno ajuizado contra decisão publicada em 07/02/2018, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015. II. Trata-se, na origem, de Agravo de Instrumento, interposto pela parte agravada contra decisão do Juízo de 1º Grau, que, em Ação Anulatória movida pela recorrida em face da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, indeferiu o pedido de substituição da prestação de caução apresentada nos autos por seguro-garantia, com prazo de validade. O acórdão do Tribunal de origem deu parcial provimento ao Agravo de Instrumento para autorizar a substituição da carta fiança pelo seguro-garantia, desde que atendidos os requisitos da Portaria 164/2014, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida. IV. Na forma da jurisprudência, "o apelo nobre não constitui via adequada para análise de ofensa a resoluções, portarias ou instruções normativas, por não estarem tais atos normativos compreendidos na expressão 'lei federal', constante da alínea 'a' do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal" (STJ, REsp 1.613.147/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/09/2016). Na hipótese, não obstante a apontada violação a dispositivos de lei federal, a controvérsia foi dirimida a partir da análise da Portaria 164/2014, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - diploma normativo que não se insere no conceito de lei federal -, fugindo, assim, da hipótese constitucional de cabimento deste recurso.

V. O entendimento firmado pelo Tribunal a quo - no sentido de que, atendido ao que determina a Portaria 164/2014, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, a apólice constituirá garantia idônea, ainda que tenha prazo de validade, cabendo ao juízo originário o exame desses requisitos, quando de sua apresentação nos autos - não pode ser revisto,

pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, sob pena de ofensa ao comando inscrito na Súmula 7 desta Corte. Precedentes do STJ. VI. Agravo interno improvido. (STJ, 2ª Turma, AgInt no REsp 1716772/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018)

*PROCESSUAL CIVIL. TUTELA CAUTELAR. INDISPONIBILIDADE DE BEM IMÓVEL DECRETADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRO PREJUDICADO. POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE FIANÇA BANCÁRIA COMO GARANTIA PARA O AFASTAMENTO DA DECRETAÇÃO DE NULIDADE DA ALIENAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR PROCEDENTE. 1. Proferido o despacho denegatório de seguimento do Recurso Especial no Tribunal a quo, fica prejudicada a questão preliminar concernente ao não conhecimento da Medida Cautelar por força das Súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal. 2. O acórdão objeto do REsp 555.827 determinou à autora o depósito em dinheiro do montante de R\$ 16.000.000,00, a título de garantia, como condição para o afastamento do decreto de nulidade do registro de aquisição de parte ideal de terreno, cuja indisponibilidade foi estabelecida em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e União Federal contra, dentre outros, a empresa OK Óleos Vegetais Ind. e Com. Ltda, proprietária original do imóvel. 3. **A possibilidade de substituição do depósito em dinheiro por medidas alternativas de caução, como é o caso da fiança bancária ou do seguro garantia, tem sido uma tendência observada na legislação brasileira e revelada por dispositivos do novo Código de Processo Civil (Lei n. 10.135/15), como os Arts. 533, §2º; 835, §2º e 848, parágrafo único.** 4. **A opção do legislador em prestigiar a fiança bancária como medida alternativa ao depósito em dinheiro se justifica por representar, por um lado, mecanismo de menor onerosidade ao devedor, especialmente no curso de demandas judiciais em que a matéria litigiosa não está definitivamente resolvida.** Todavia, não há prejuízo quanto à eficácia da garantia e à tutela do crédito, uma vez que se trata de mecanismo que atende aos parâmetros do que se denomina garantia ideal. 5. Ainda que ressalvado meu entendimento, e o deste Superior Tribunal, no sentido de que a substituição de depósitos em dinheiro por fiança bancária ou seguro-garantia não é procedimento que possa ser realizado sem a prévia anuência da Fazenda Pública (REsp 1.592.339/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/5/2016, DJe 1/6/2016), o fato é que, no caso dos autos, não se trata de substituição de garantia, pois o depósito em dinheiro ainda não foi efetivado. Além disso, a autora não figura na condição de parte, devedor ou executado na relação jurídica materializada na Ação Civil Pública; trata-se somente de terceiro afetado pela decretação de nulidade da alienação da parte ideal do terreno em que edificou Shopping Center na cidade de Brasília. 6. Importante considerar que, **embora nossa legislação busque tutelar o interesse do credor, a regra geral é que não se deve proporcionar gravame injustificável ao devedor, o que ocorrerá quando, existindo mecanismos suficientes à tutela do crédito, opta-se por aquele que gerará consequências especialmente graves à manutenção de suas atividades. Trata-se do princípio da menor onerosidade ao devedor, que tem sido reconhecido por esta Corte em precedentes.** (AgInt no REsp 1.290.362/RJ, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 23/6/2016, DJe 29/6/2016; e AgRg na MC 23.906/PB, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/3/2015, DJe 23/3/2015) 7. Em suma, atento às peculiaridades do caso, considero que os requisitos para a tutela cautelar estão presentes, uma vez que, além do fumus boni iuris acima fundamentado, o periculum in mora é revelado pelos evidentes impactos que a disposição de montante de tal dimensão acarretará às atividades empresariais da autora. 8. Agravos Regimentais conhecidos e não providos. Medida Cautelar interposta por Iguatemi Empresa de Shopping-Centers S/A julgada procedente. (STJ, 2ª Turma, MC 17.015/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016 - grifei)*

Depreende-se da análise dos autos que a apólice apresentada pela autora (OUT 2 do evento 6) contém cláusula com o seguinte teor:

5. Renovação:

5.1. A renovação da apólice deverá ser solicitada pelo tomador, até sessenta dias antes do fim de vigência da apólice.

5.1.1. O tomador poderá não solicitar a renovação somente se comprovar não haver mais risco a ser coberto pela apólice ou se apresentada nova garantia.

5.2. A seguradora somente poderá se manifestar pela não renovação com base em fatos que comprovem não haver mais risco a ser coberto pela apólice ou quando comprovada perda de direito do segurado. (grifei)

Observe-se, ainda, que: (1) a autora pretende substituir caução oferecida em ação anulatória, para fins de suspensão da exigibilidade de crédito lançado contra si, e não penhora em dinheiro realizada em execução ou cumprimento de sentença, o que afasta o perigo de prejuízo imediato à ANEEL; (2) ainda que a matéria litigiosa não esteja definitivamente resolvida, a anulação dos autos de infração está sendo confirmada por esta Corte e os recursos cabíveis não têm previsão de efeito suspensivo; (3) o valor em depósito é expressivo, o que corrobora a assertiva de que é necessário à sustentabilidade econômico-financeira de seu empreendimento; (4) a recusa apresentada pela ANEEL é genérica, não tendo sido apontada circunstância que denote a existência de risco de dilapidação ou insuficiência patrimonial, a comprometer o pagamento futuro da dívida objeto de discussão judicial, e (5) *embora nossa legislação busque tutelar o interesse do credor, a regra geral é que não se deve proporcionar gravame injustificável ao devedor, o que ocorrerá quando, existindo mecanismos suficientes à tutela do crédito, opta-se por aquele que gerará consequências especialmente graves à manutenção de suas atividades* (princípio da menor onerosidade ao devedor) (STJ, 2ª Turma, MC 17.015/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016).

À vista de tais considerações, é de se admitir a substituição da garantia.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação da ANEEL e à remessa necessária e por conhecer em parte o recurso adesivo da autora para, na parte conhecida, dar-lhe provimento..

Documento eletrônico assinado por **VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Desembargadora Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40000722740v157** e do código CRC **c60d18a6**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA

Data e Hora: 3/2/2019, às 13:57:54

5045351-54.2013.4.04.7000

40000722740 .V157