



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB**

**Faculdade de Direito**

**Curso de Direito**

**A APLICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
PELA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL**

**RODRIGO CESAR NEVES MENDONÇA**

**ORIENTADOR: PROF. DR. MAMEDE SAID MAIA FILHO**

**BRASÍLIA – DF**

**2016**



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB**

**Faculdade de Direito**

**Curso de Direito**

**A APLICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
PELA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade de Brasília – UnB, elaborada sob a orientação da Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho.

**RODRIGO CESAR NEVES MENDONÇA**

**ORIENTADOR: PROF. DR. MAMEDE SAID MAIA FILHO**

**BRASÍLIA – DF**

**2016**

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB  
Faculdade de Direito

Mendonça, Rodrigo Cesar Neves. A aplicação do Direito Administrativo Sancionador pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Curso de Direito/ MAIA FILHO, Mamede Said: orientador, Brasília, 2016.

1. Direito Administrativo. 2. Delegação de serviço público. 3. Sanções administrativas. 4. ANEEL.

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito da Universidade de Brasília, submetida à aprovação da banca examinadora composta pelos seguintes membros:

---

Professor Dr. Mamede Said Maia Filho – Orientador

---

Professor Me. Bruno Rangel Avelino

---

Professora. Me. Lilian Barros de Oliveira Almeida

Brasília, 28 de junho de 2016.

Ao meu pai Dorival Mendonça que se alegrou por ter me visto iniciar o curso, mas não viveu o suficiente para me ver concluir. A vida humana, física, se esvai, mas os ensinamentos, exemplos e momentos permanecem.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, que me permitiu a oportunidade de estudar ao longo da minha vida, e não somente nesses anos como universitário.

Aos meus pais Dorival e Cleuza e a minha irmã Clicia pela participação na minha vida e na construção do meu caráter.

A toda a minha família, fonte de companheirismo e amor.

À minha esposa Josiane, pelo amor e apoio, e ao meu filho Gabriel, pela compreensão pelos momentos privados da minha companhia.

Aos eternos amigos Antônio, Alessandro, Carolina, Elton, Luiz, Nilson, Sérgio e Wilton, companheiros que sempre farão parte da minha vida.

Aos colegas de trabalho que contribuíram para a construção das informações utilizadas nesta monografia.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração pelo suporte e estrutura que me permitiram, hoje, sonhar com horizontes mais altos.

Ao professor Mamede Said Maia Filho pela orientação, apoio e confiança.

Aos professores que participaram da minha formação acadêmica.

Aos professores Bruno Rangel Avelino e Lilian Barros de Oliveira Almeida por aceitarem participar da minha banca.

“A justiça sem a força é impotente, a força sem a justiça é tirana”.

Blaise Pascal

## RESUMO

O Direito Administrativo Sancionador, localizado na fronteira entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, é um importante instrumento para regular a conduta das empresas que desempenham determinada atividade, disciplinando direitos, sempre com foco no interesse público. O serviço de geração de energia elétrica no Brasil é explorado por empresas privadas e estatais, que devem seguir o complexo arcabouço jurídico normativo setorial, sob fiscalização da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia – MME. A ANEEL, por meio de sua Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Geração, é responsável por fiscalizar as empresas do setor de geração de energia elétrica. Uma de suas atribuições é aplicar as sanções aos administrados, sempre por meio do devido processo legal e com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Contudo, as sanções administrativas, isoladamente, não são capazes de melhorar a qualidade do serviço público. Assim, no que couber, propõe-se o uso do termo de ajustamento de conduta em substituição às sanções administrativas, em especial nas matérias de competência da ANEEL, como meio mais efetivo de melhorar a qualidade do serviço de geração de energia elétrica no Brasil.

**Palavras-Chave:** Direito Administrativo. Delegação de Serviço Público. Sanções Administrativas. ANEEL.

## **ABSTRACT**

The Administrative Law Sanctioning, located on the border between administrative law and criminal law, is an important tool to regulate the conduct of companies that perform certain activity, disciplining rights, always focusing on the public interest. The power generation service in Brazil is operated by private and state companies, which must follow the complex sectoral normative legal framework under the supervision of the National Electric Energy Agency - ANEEL, authority under linked special scheme the Ministry of Mines and Energy - MME. ANEEL, through its Superintendence of Inspection of Generation Services – SFG, is responsible for overseeing the company's power generation sector. One of its duties is to apply sanctions to companies, always through due process and respect for the principles of the contradictory and full defense. However, administrative sanctions alone are not able to improve the quality of public service. Thus, as appropriate, propose the use of the conduct adjustment agreement to replace the administrative sanctions, in particular in the field of competence of ANEEL, as the most effective means of improving the quality of electricity supply service in Brazil.

**Keywords:** Administrative Law. Delegation of public service. Administrative sanctioning. ANEEL.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Equilíbrio tripartite.....	29
Figura 2 – Órgãos e entidades do setor elétrico.....	31
Figura 3 – Agências reguladoras estaduais.....	37
Figura 4 – Matriz responsiva da fiscalização.....	38
Figura 5 – Fluxograma da ação fiscalizadora.....	46
Figura 6 – Prazos da ação fiscalizadora.....	47
Figura 7 – Processos Administrativos Sancionadores.....	47
Figura 8 – Processos Administrativos Sancionadores por tipo.....	48
Figura 9 – Processos Administrativos Sancionadores por infração.....	48
Figura 10 – Termos de Intimação por tipo de usina.....	49

## LISTA DE SIGLAS

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica;  
AI – Auto de Infração;  
ACL – Ambiente de Contratação Livre;  
ACR – Ambiente de Contratação Regulada;  
CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica;  
CMSE – Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico;  
CNPE – Conselho Nacional de Política Energética;  
EPE – Empresa de Pesquisa Energética;  
EOL – Usina eólica;  
MME – Ministério das Minas e Energia;  
ONS – Operador Nacional do Sistema;  
PCH – Pequena Central Hidrelétrica;  
SFG – Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Geração;  
TA – Termo de Arquivamento;  
TAC – Termo de Ajustamento de Conduta;  
TN – Termo de Notificação;  
TI – Termo de Intimação;  
UHE – Usina hidrelétrica  
UTE – Usina termelétrica; e,  
UTN – Usina termonuclear.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1. DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>14</b>
1.1 O interesse público.....	14
1.2 A delegação de serviço público.....	16
1.3 Agências reguladoras.....	20
1.4 O direito administrativo sancionador.....	22
1.5 O termo de ajustamento de conduta.....	27
<b>2. DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL.....</b>	<b>28</b>
2.1 As atribuições da ANEEL.....	29
2.2 A ANEEL no setor elétrico.....	30
2.3 A delegação de serviço público no setor elétrico.....	32
2.4 A estrutura e o funcionamento.....	34
2.5 A fiscalização dos serviços de geração de energia elétrica.....	35
<b>3. DO PODER SANCIONADOR DA ANEEL – EXTENSÃO E LIMITES.....</b>	<b>41</b>
3.1 A Resolução Normativa ANEEL nº 63, de 12 de maio de 2004.....	41
3.2 Procedimento de ação fiscalizadora.....	42
3.3 Estatística das sanções.....	47
3.4 Excludente de responsabilidade.....	49
3.5 Proposta de uso do termo de ajustamento de conduta em substituição às sanções administrativas.....	52
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>59</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta os principais aspectos do direito administrativo sancionador brasileiro, entre eles o aplicado pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL às empresas do setor de geração de energia elétrica.

Inicialmente são expostos alguns conteúdos fundamentais do direito administrativo, como delegação de serviço público, competência normativa e fiscalizadora das agências reguladoras e sanções administrativas.

São analisados também os princípios do direito administrativo que devem estar presentes na instrução do processo administrativo sancionador, haja vista seu impacto na esfera dos direitos e garantias individuais.

Na sequência, apresenta-se a estrutura da ANEEL, o procedimento de fiscalização e as características do processo administrativo sancionador.

Busca-se analisar os contornos jurídicos do direito administrativo sancionador aplicado pela ANEEL aos casos concretos do setor de geração de energia elétrica. Ademais, são demonstrados dados estatísticos das sanções administrativas aplicadas pela ANEEL desde 1998.

É analisada, ainda, a possibilidade de utilização do termo de ajustamento de conduta em substituição à aplicação de sanções com o objetivo de tornar os resultados buscados mais efetivos, melhorando assim a qualidade do serviço público prestado ao usuário final.

Posto isso, a principal finalidade desta pesquisa intitulada “A Aplicação do Direito Administrativo Sancionador pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL” é apresentar o direito administrativo sancionador aplicado à realidade de um importante e complexo setor do serviço público brasileiro, qual seja, o setor de geração de energia elétrica, com o objetivo de regular a conduta das empresas exploradoras da atividade econômica, sempre com foco na qualidade do serviço e no interesse público. Ademais, considerando que as sanções administrativas, isoladamente, não são capazes de melhorar a qualidade do serviço público, propõe-se o uso do termo de ajustamento de conduta em substituição às sanções administrativas, em especial nas matérias de competência da ANEEL, como meio

mais efetivo de melhorar a qualidade do serviço de geração de energia elétrica no Brasil.

## **1. DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

O Direito Administrativo pode ser conceituado como o ramo do direito público que regula as funções e as atribuições da Administração Pública na busca do interesse público.

Para Hely Lopes Meirelles (1993), o Direito Administrativo é o conjunto de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas com o objetivo de realizar os fins desejados do Estado.

Por sua vez, Maria Sylvia Di Pietro (1993) define o Direito Administrativo como sendo o ramo do direito público que tem por objeto órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas da Administração Pública. Na medida em que não é possível organizá-lo em uma única lei, ele é considerado não codificado. Constituem suas fontes, além da lei em sentido amplo, a doutrina, a jurisprudência e os costumes.

Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência são aqueles previstos na Constituição. Ademais, outros princípios, não expressamente previstos no texto constitucional, como o da continuidade do serviço público, da isonomia, da razoabilidade e proporcionalidade, da motivação, da ampla defesa e contraditório, da indisponibilidade e da autotutela estão previstos na legislação infraconstitucional, como é o caso da Lei 9.784/99.

O campo de atuação do Direito Administrativo não está encaixado completamente no âmbito do Estado, seja na esfera legislativa, executiva ou judiciária. A doutrina e a jurisprudência têm, em muitos casos, ditado os rumos das decisões administrativas.

### **1.1 O Interesse Público**

O foco e a base do Direito Administrativo é o interesse público, também conhecido como utilidade pública. Ele é a razão da existência e a finalidade do Direito Administrativo. Os interesses defendidos não são os dos agentes públicos, ou de alguém em especial, mas sim os da coletividade, e, portanto, impessoais.

É importante destacar que o Direito Administrativo coloca a Administração Pública em uma posição de proeminência diante dos agentes particulares, baseada em prerrogativas especiais, consubstanciado no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, uma vez que aquele visa, primordialmente, a proteção do bem coletivo. Ademais, por sua natureza, o princípio da indisponibilidade do interesse público é uma das bases do Direito Administrativo.

O interesse público primário é o legítimo da Administração Pública, que atinge a coletividade e baseia-se na supremacia sobre o particular. Por outro lado, o interesse público secundário relaciona-se ao interesse patrimonial do Estado.

Assim, o interesse público deve servir de guia para as políticas públicas e para o agente público. Contudo, a identificação do interesse público não é simples, haja vista que a matriz de escolhas e de riscos que envolvem uma tomada de decisão é mais complexa que a leitura simples deste consagrado princípio faz parecer.

A Administração Pública, por meio de seus órgãos e entidades, toma a todo o momento decisões que, se vistas fora de contexto, parecerão não atender ao interesse público; entretanto, após uma análise da sustentabilidade do modelo, vislumbra-se um entendimento em sentido contrário.

Sempre é importante destacar que o destinatário do interesse público é a coletividade, e não as pessoas individualmente consideradas. Ainda, o interesse público é indisponível, cabendo à Administração Pública a atividade de geri-lo, dele não podendo se afastar em momento algum.

Pelo exposto, o interesse público está definido na lei, mas também na discricionariedade de cada agente público quando toma uma decisão, na margem de liberdade permitida pela legislação.

Ademais, serviço público é o rol de atribuições de responsabilidade da Administração Pública, que as exerce diretamente ou por meio de delegatários, sempre com foco no interesse público. Ele pode ser analisado sob dois aspectos, o objetivo e o subjetivo. De acordo com o ponto de vista subjetivo, serviço público é aquele prestado pelos órgãos do Estado. Por outro lado, sob o ponto de vista objetivo, o serviço público está relacionado à atividade e não ao seu executor. O ponto de vista objetivo responde de modo mais completo às complexas

particularidades do tema, haja vista que na atualidade diversas atividades de serviço público são realizadas por particulares.

Merece destaque o fato de que serviço público é aquele regido pelo direito público. Contudo, considerando que empresas privadas também executam serviços públicos por meio de concessão ou permissão, é mister destacar a presença do direito privado.

Outro aspecto é o que indica que serviço público é aquele que atende diretamente o interesse da população. Entretanto, muitas vezes, não é possível verificar um benefício direto, mas sim indiretos, embora fundamentais à sustentabilidade do serviço.

Conforme exposto por José dos Santos Carvalho Filho (2009), serviço público é a atividade prestada pelo Estado ou por seus delegatários, basicamente sob regime de direito público, visando a satisfação das necessidades essenciais e secundárias da coletividade.

Fábio Medina Osório (2000) o designa como sendo aquele que exige a presença, direta ou indireta, do Estado em sua prestação, além do necessário interesse geral e do uso de poderes públicos, tudo compondo um quadro normativo caracterizador dessa categoria.

Contudo, é importante destacar que há atividades do Estado que dificilmente seriam enquadradas como de interesse público, bem como há atividades exercidas por particulares que são de interesse geral.

## **1.2 A delegação de serviço público**

O Estado brasileiro pode, em determinadas situações, realizar diretamente os serviços públicos ou delegá-los por meio de concessão, permissão ou autorização.

Por meio da delegação, transfere a execução do serviço (e não a titularidade do serviço) a uma pessoa jurídica de direito privado que o exercerá por sua conta e risco. A titularidade do serviço permanece sendo do Estado.

A Constituição Federal estabelece:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

A Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, art. 2º, II, define a concessão de serviço público da seguinte forma:

A delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Assim, o Estado delega o exercício de um serviço público a um particular, que o presta em nome do Poder Público e mediante as regras do delegante, por sua conta e risco, sendo remunerando, como regra, pela cobrança de tarifa e tendo a garantia de um equilíbrio econômico financeiro. Pode ser contratual, quando concedido aos particulares, ou legal, quando concedido pessoas jurídicas administrativas, como são as autarquias, as fundações de direito público e as empresas estatais.

A concessão exige autorização legislativa, regulamentação por decreto e concorrência pública. O poder concedente pode encampar a realização do serviço mediante a devida indenização. Ademais, a extinção da concessão pode se dar pelo advento do termo contratual, encampação, caducidade ou anulação da concessão.

A Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, art. 2º, IV, define a permissão de serviço público da seguinte forma:

A delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Assim, a permissão de serviço público depende de licitação. Contudo, a delegação ocorre a título precário, permitindo com que ela possa ser revogada sem indenização (exceto se ocorrer por prazo determinado).

A permissão, historicamente, era reconhecida como ato administrativo, o que a distinguia do contrato administrativo de serviço público. Contudo, com a regulamentação do art. 175 da Constituição por meio da Lei 8.987/95, cristalizou-se

o entendimento de que a permissão deve ser formalizada por meio de contrato de adesão, destacando a natureza bilateral do instituto.

Ao conferir a natureza de contrato à permissão, o legislador infraconstitucional pode ter criado uma confusão nos institutos de delegação de serviço público. Apesar de destacar que sua delegação ocorre a título precário, por conta e risco da pessoa física ou jurídica detentora de seu direito de exploração, o estabelecimento de regime contratual fortalece os laços entre contratante e contratado, dificultando a clara compreensão do seu âmbito de aplicação.

Conforme explica José dos Santos Carvalho Filho (2009), os dois institutos, concessão e permissão, são formalizados por contratos administrativos; têm o mesmo objetivo, qual seja, a prestação de serviços públicos; resultam de delegação negocial; não dispensam licitação prévia; e recebem de forma idêntica a incidência de particularidades desse tipo de delegação, como supremacia do Estado, mutabilidade contratual, remuneração tarifária etc.

As diferenças entre os institutos residem em questões pontuais. A concessão pode ser contratada por pessoa jurídica ou consórcio de empresas, e a permissão por pessoa jurídica ou pessoa física.

Além disso, a permissão, diferentemente da concessão, se dá a título precário, embora tenha natureza contratual. Essa definição demonstra a contradição que o legislador infraconstitucional deu à figura da permissão, haja vista que os contratos de delegação de serviço público estão fundamentados no interesse público e na indisponibilidade do serviço público e não podem ser considerados precários, revogáveis a qualquer tempo pela Administração. O Estado e os delegatários não podem abandonar a prestação do serviço livremente porque se trata de contrato de serviço público.

A diferença entre os institutos é tão tênue que alguns doutrinadores criaram a figura da permissão contratual que, diferentemente da permissão simples, estabelece uma série de direitos ao permissionário.

A fragilidade do instituto da permissão na delegação de serviços públicos, no que concerne às diferenças com a concessão, bem como às contradições intrínsecas ao instituto, está gerando o seu desuso, sendo que, em alguns serviços

públicos, como o de geração de energia elétrica, ele praticamente não está sendo mais utilizado.

A permissão não tem as garantias e as seguranças da concessão nem tampouco a liberdade e praticidade das autorizações, estando restrita a casos pontuais e de baixo impacto.

A autorização é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao particular a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aprovação previa da administração. Sua delegação é unilateral e discricionária. Importante ressaltar o art. 21, XII, “b”, da Constituição Federal:

Art. 21. Compete à União:

(iii)

XII - explorar, diretamente ou mediante **autorização** (grifo nosso), concessão ou permissão:

(...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

(...)

A autorização concede ao particular, por sua conta e risco, a exploração de determinado serviço público. A titularidade do serviço permanece com o Estado, mas sua execução é delegada a particulares. Importante ressaltar que este instituto buscou dar à execução de determinados serviços a natureza de direito privado, ou seja, um negócio como qualquer outro, embora o contratante seja a Administração Pública. Embora os princípios do Direito Público estivessem presentes, a exploração da atividade seria entendida como um negócio privado, não cabendo ao particular alegar cláusulas excludentes de responsabilidades pelo descumprimento de regras. O risco seria primordialmente assumido pelo particular, que poderia auferir eventuais lucros decorrentes de mudança no cenário macroeconômico, mas também absorver perdas.

Contudo, novamente há uma diferença entre a teoria e a prática. A evolução do instituto na jurisprudência, tanto judicial quanto administrativa, tem provocado uma aproximação desse instituto com os outros de natureza contratual. O agente econômico explorador da atividade acaba constantemente recorrendo à Administração Pública para ser indenizado de eventuais perdas provocadas por casos fortuitos, de força maior e por atos do Poder Público, ou seja, a

Administração, em determinadas situações, promove o ressarcimento ao particular por meio de um reequilíbrio econômico financeiro de fato, instrumento criado para as concessões.

As autorizações estão passando por um período de ampla expansão. Importantes segmentos dos serviços públicos estão sendo delegados a particulares ou, por vezes, a empresas estatais, por meio de autorização em razão de sua simplicidade e praticidade, quando comparada com as concessões.

No setor de geração de energia elétrica, por exemplo, apenas a concessão de uso de bem público, como as hidrelétricas acima de 50 MW, são delegadas por meio de concessões. Outros tipos de empreendimentos, como eólicos, térmicos e fotovoltaicos são, em regra, concedidos por meio de autorizações. O país, portanto, está estruturando o estratégico setor de geração de energia elétrica com base em autorizações, o que mitiga o discurso de que esse instituto é precário, unilateral, e revogável a qualquer tempo. A prática está proporcionando um fortalecimento acentuado deste instituto, fato este que a doutrina já começa a reconhecer.

### **1.3 As agências reguladoras**

A Administração Pública engloba as entidades e órgãos, bem como seus agentes, cujo objetivo é realizar a gestão de determinadas áreas sociais.

Ressalte-se que a Administração Pública não se resume à administração direta, que abrange o governo propriamente dito e os ministérios, mas também a indireta ou descentralizada, que engloba as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

Nesse contexto, destacam-se as agências reguladoras, autarquias em regime especial que regulam atividades públicas setoriais, normatizando-as e fiscalizando-as. Além de exercerem o controle de determinados ramos de serviços públicos, tais agências atuam no sentido de facilitar a participação social em suas decisões.

Elas são criadas por lei específica, tendo como suas principais funções:

- Funcionar como um equilíbrio entre as demandas governamentais, dos agentes setoriais e dos cidadãos;
- Elaborar normas para o setor regulador;
- Fiscalizar normas e instalações;

- Gerir as outorgas de delegação (concessão, permissão e autorização) dos serviços públicos.
- Receber e tratar as reclamações dos usuários dos serviços; e,
- Promover a participação social nas decisões.

Embora a delegação dos serviços a particulares seja, em regra, da administração direta, as agências reguladoras participam ativamente dos processos inerentes a essa atividade.

As decisões das agências reguladoras são tomadas por uma diretoria colegiada. Os processos são sorteados, pautados e votados; e os diretores possuem mandato fixo, o que lhes proporciona autonomia decisória.

Tais agências foram criadas na década de 1990 no contexto da desestatização de importantes setores, como o de telecomunicações e de energia elétrica. A partir do momento em que se decidiu transferir aos particulares a exploração de parte dos serviços públicos, antes desempenhados diretamente pelo Estado, viu-se a necessidade da criação de entidades públicas com capacidade técnica de normatizar e fiscalizar setores complexos da economia.

Foi atribuída a essas agências significativa autonomia administrativa e decisória, sempre sob supervisão, mas não subordinação, do respectivo ministério. Seus dirigentes são indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, além de possuírem mandatos fixos, o que lhes proporciona a tão importante autonomia.

Há, ainda, um espaço de sobreposição entre o ministério supervisor e a respectiva agência reguladora. Por vezes, atividades desempenhadas pelas agências são avocadas pelo ministério e, em outras, trabalhos similares são desempenhados em ambos.

Assim, as agências, por meio de seus dirigentes e servidores, travam uma luta diária pelo fortalecimento de sua autonomia e pelo aumento da qualidade de suas decisões. Agências fortes realizarão os fins de atender ao interesse público por meio do equilíbrio entre Estado, empresas e cidadãos.

Questão tormentosa reside na liberdade normativa das agências reguladoras. A liberdade que elas têm para elaborar normas abstratas para serem aplicadas aos

administrados é tamanha que há quem defenda a ideia de que deveriam estar ligadas ao Poder Legislativo, e não ao Executivo.

As normas elaboradas pelas agências devem respeitar os limites estabelecidos na Constituição e na lei, sendo que eventuais excessos podem ser devidamente questionados na esfera judicial. Entretanto, a abstração das leis deixa uma elevada margem de liberdade normativa às agências, que adentram neste território com responsabilidade, mas também com profundidade.

Esse elevado poder normativo conferido às agências decorre, em parte, do alto grau de especificidade dos temas tratados e da necessidade de dar respostas concretas aos complexos casos que se apresentam para decisão. Não parece razoável que o Congresso Nacional tivesse que normatizar uma infinidade de situações provenientes dos mais diversos setores, o que legitima a competência normativa das agências.

#### **1.4 O direito administrativo sancionador**

No âmbito do Direito Administrativo, a Administração é competente para regular a conduta do agente particular, ampliando ou restringindo seus direitos, de acordo com o ordenamento jurídico, sempre com foco no interesse público.

Pode-se falar do direito administrativo sancionador aplicado aos servidores públicos, ou àqueles que têm relação direta com a Administração, o que representa o poder disciplinar, ou, ainda, do poder de polícia aplicado aos administrados de forma geral. Esse último é o foco desse trabalho.

No confronto entre o interesse público e o privado, surge, muitas vezes, a necessidade de impor restrições aos direitos dos indivíduos. Nesse momento, quando o Poder Público interfere na liberdade das pessoas com o objetivo de garantir o interesse da coletividade, está presente o poder de polícia.

O poder de polícia, sob o ponto de vista amplo, está relacionado a qualquer restrição do Estado em relação a direitos individuais. Entretanto, sob o ponto de vista estrito, é uma prerrogativa conferida aos agentes públicos de restringir a liberdade e a propriedade, nos limites permitidos pela lei.

Neste ponto, é importante destacar que a discricionariedade do agente público no que concerne à aplicação de sanções é ampla, haja vista que, na maior

parte das vezes, a capacidade de ação é limitada diante dos diversos casos de irregularidades, o que o leva a dar prioridade aos casos mais graves. Essa prioridade, na prática, significa que a atuação do agente público não irá alcançar todos os fatos por uma questão de limitação de equipamentos e de recursos humanos. Ademais, as técnicas modernas de fiscalização têm permitido aos agentes públicos identificarem os casos em que uma ação educativa é mais eficaz que a punitiva. Ainda, a discricionariedade está presente no valor das penalidades e na identificação de atenuantes e agravantes. Portanto, a discricionariedade é de fundamental importância no âmbito das sanções administrativas e do próprio direito administrativo. A realidade exige respostas e atitudes rápidas, e a liberdade de ação do agente público é crucial ao sucesso desse processo.

Assim, as normas jurídicas são aplicadas pelo agente público aos casos concretos, o que pode resultar em penalidades administrativas, com consequências jurídicas ao particular. O direito administrativo sancionador está na fronteira do direito administrativo com o direito penal. Ele representa uma abordagem específica no tradicional poder de polícia administrativa. O processo administrativo sancionatório deve estar fundamentado e legitimado na Constituição Federal, sempre com respeito aos princípios democráticos.

O Estado tem a obrigação de regular, condicionar e limitar o exercício de direitos e liberdades valendo-se, muitas vezes, de instrumentos de sanção. O direito administrativo sancionador tem sido fundamental na tutela dos serviços públicos prestados por particulares, desempenhado por meio das competências reguladoras e fiscalizatórias dos órgãos competentes.

O poder de polícia pode ser separado em originário, ou seja, aquele conferido diretamente ao Estado, e o derivado, delegado a entidades da administração indireta. Para isso é necessário que a delegação ocorra por meio de lei e no limite das práticas fiscalizatórias da atividade.

É importante diferenciar a polícia administrativa da polícia judiciária. A polícia administrativa é restrita ao âmbito da própria Administração. Por sua vez, a polícia judiciária, embora exerça atividade administrativa, prepara a atuação da função jurisdicional penal. Ainda, a polícia administrativa tem foco nas atividades do indivíduo e limita sua ação sobre elas. A polícia judiciária, por outro lado, pode limitar a liberdade do próprio indivíduo.

Ademais, esse poder de polícia pode se dar por meio de consentimentos, quando o Poder Público autoriza a execução de determinada atividade por meio de licenças ou autorizações. Outra forma, contudo, do exercício do poder de polícia é por meio de atos de fiscalização, preventivos ou repressivos, com a aplicação de sanções. Neste ponto reside o direito administrativo sancionador.

As normas de aplicação das sanções demandam o devido processo administrativo, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

A sanção administrativa é uma pena aplicada pelo Poder Público àquele que voluntariamente descumpriu uma norma administrativa. Ela está relacionada ao poder punitivo do Estado. Segundo Fábio Medina Osório (2000), sanção é um mal, um castigo, e, portanto, implica um juízo de privação de direitos, imposição de deveres, restrição de liberdades, condicionamentos, ligados ao cometimento de um ilícito administrativo.

Importante ressaltar que há diferentes graus de gravidade dos ilícitos. A aplicação da sanção deve ser proporcional ao ilícito, pois sua finalidade está ligada à pretensão disciplinar e ao ressarcimento. Ademais, medidas de ressarcimento ao erário, coativas e preventivas, estão relacionadas ao conceito de sanção.

Com a retirada do Estado de diversos setores da área econômica, seu papel passou a se concentrar nas atividades de regulação e fiscalização. Assim, a “privatização” da atividade foi compensada por uma publicização dos conceitos de controle, regulação e fiscalização.

O direito administrativo sancionador protege valores específicos relativos à presença do Estado em determinadas atividades, seja de forma direta ou indireta. É importante destacar que o Estado atua mesmo quando delega os serviços aos particulares. Essa característica aprofunda a competência regulatória do Estado.

Importante destacar que o processo administrativo sancionador parte do pressuposto da responsabilidade da Administração Pública de garantir o serviço de qualidade prestado ao cidadão. Por este entendimento, e considerando que os serviços são prestados por empresas particulares, ou estatais, o Poder Público por meio dos órgãos competentes normatiza, fiscaliza e impõe sanções no caso de descumprimento de regras.

O agente público tem o dever de impor a sanção ao administrado no caso da identificação de irregularidades. A discricionariedade está presente na dosimetria das sanções, de acordo com a norma regulamentadora específica.

A Lei nº 8.666/1993 estabelece que:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Assim, a advertência é a sanção mais branda, aplicada aos casos de descumprimento dos contratos administrativos. Ela poderá ser utilizada diante de eventuais inexecuções parciais de cláusulas contratuais e representa uma forma de advertir o contratado para que sane as pendências ou imperfeições, sob pena de aplicação das demais sanções.

A multa é penalidade pecuniária em razão do descumprimento de dever legal ou contratual. O seu valor deve ser proporcional ao dano cometido ou à conduta esperada, tendo a função de desestimular comportamentos ilegais. Destaca-se que a multa pode ser aplicada cumulativamente com outras sanções.

A suspensão temporária consiste no impedimento transitório de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública por até 2 anos.

A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública dura enquanto estiverem presentes seus efeitos, cessando com a extinção dos motivos da punição e com o ressarcimento dos danos causados à Administração.

As sanções administrativas somente podem ser aplicadas dentro de processo administrativo específico, instaurado por autoridade competente, onde se garanta a ampla defesa e o contraditório ao contratado que supostamente cometeu a infração. O ato administrativo de instauração deve possuir a identificação do processo; a indicação da legislação a ser aplicada; o prazo para a conclusão dos trabalhos da

comissão processante; dentre outros. O contratado deve ser devidamente notificado para que possa apresentar defesa.

Importante destacar que a sanção administrativa nos casos de infrações a normas legais e contratuais é um poder-dever da Administração Pública, que deve se balizar pelo interesse público indisponível. Ademais, a sanção deve ser proporcional ao dano provocado pela infração.

No Estado Democrático de Direito, os atos que impõem restrição a direitos devem ser devidamente motivados e obedecer a princípios constitucionais e legais. Assim, uma série de pressupostos deve ser cumprida pelo agente público de forma a garantir a legalidade do processo administrativo sancionador, tais como:

- Legalidade;
- Tipicidade;
- Devido Processo Legal;
- Proporcionalidade;
- *Non bis in idem*;
- Culpabilidade;
- Pessoalidade da Sanção;
- Presunção de Inocência; e,
- Prescrição.

Assim, somente pode ser considerada uma ação típica a que descumpra determinada norma jurídica; que conceda ao administrado o direito ao devido processo legal; cuja sanção seja aplicada com proporcionalidade; e apenas uma única vez para cada irregularidade.

Ainda, a autoexecutoriedade permite à Administração impor as penalidades sem o consentimento dos particulares nem de qualquer outro Poder. Em alguns casos, entretanto, como no caso das multas, a cobrança somente pode se dar pela via judicial. Destaca-se que qualquer violação no que concerne à aplicação de sanção poderá ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário.

Importante ressaltar que grande parte das decisões administrativas de aplicação de sanções tem sido objeto de ações judiciais, o que tem provocado diversos prejuízos e insegurança jurídica. Essa intersecção entre o Poder Judiciário

e os órgãos administrativos demonstra que as instituições brasileiras têm muito a evoluir, com a definição clara das respectivas competências.

Assim, em que pese a inafastabilidade da jurisdição, a recorrente reforma de decisões administrativas pelo Judiciário tem gerado insegurança jurídica, o que tem o condão de provocar queda nos investimentos pelas empresas, prejudicar a qualidade do serviço, e dificultar o planejamento do setor.

Na aplicação do direito administrativo sancionar, o princípio da proporcionalidade é essencial. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2004), é preciso que a Administração tenha cautela na sua atuação, nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei. A desproporcionalidade entre a conduta praticada e a sanção oposta pode configurar abuso de poder e a invalidação da medida na esfera judicial.

Portanto, a sanção deve ser aplicada na medida exata do prejuízo causado pelo administrado, sendo imprescindível que o processo administrativo seja instruído com as informações corretas, de acordo com as normas e como resultado de investigação fiscalizatória adequada. Além disso, o administrado deve poder se defender no processo sobre cada item da sanção aplicada, em respeito ao princípio da ampla defesa. Assim, o direito processual é fundamental à validade do processo administrativo sancionador.

### **1.5 O termo de ajustamento de conduta – TAC**

O termo de ajustamento de conduta é uma forma de transação que pode ser utilizada pelos órgãos públicos legitimados para a propositura de ação civil pública, conforme estabelecido no § 6º do art. 5º da Lei 7.347/85, tais como: Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e associações (em funcionamento há pelo menos um ano e que inclua o tema pertinente entre suas finalidades). Ressalta-se que o Ministério Público tem se destacado no uso do termo de ajustamento de conduta como instrumento da sua atuação na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por meio do TAC, os órgãos públicos legitimados firmam com o causador de algum dano aos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos o

compromisso de regularização de sua conduta, que tem a natureza de título executivo extrajudicial. Ademais, ele tem se demonstrado muito mais célere que os processos judiciais na tutela dos interesses defendidos.

O TAC é uma forma de acordo entre a Administração e o administrado e pode ser uma alternativa à imposição das sanções administrativas. Este instrumento tem o potencial de tornar as ações das agências reguladoras, por exemplo, mais efetivas no que concerne à fiscalização da qualidade dos serviços públicos prestados pelos agentes econômicos, sempre com foco na bem da coletividade.

Este importante instrumento de defesa de direitos está regulamentado em diversos órgãos. Na Agência Nacional de Energia Elétrica, ele consta da Resolução Normativa nº 63/2004, que indica que a agência poderá, alternativamente à imposição de penalidade, firmar com a concessionária, permissionária ou autorizada de serviços e instalações de energia elétrica termo de ajustamento de conduta visando à adequação da conduta irregular.

Assim, é possível notar a relação de proximidade entre o processo administrativo sancionador e os termos de ajustamento de conduta. Ambos buscam, de forma direta ou indireta, mudar o comportamento do agente no que se refere a descumprimentos e obrigações legais e regulamentares, bem como à produção de dano à coletividade.

A utilização do processo administrativo sancionador pela Administração Pública já está consolidado em nosso ordenamento jurídico. Por outro lado, o uso do termo de ajustamento de conduta, embora em expansão nos últimos anos, ainda é tímido quando comparado com a aplicação de penalidades. Neste contexto, é importante a reflexão de quais destes instrumentos melhor atende ao interesse público e de que forma eles podem ser harmonizados com o objetivo de satisfazer os interesses da coletividade.

## **2. DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL**

A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal.

## 2.1 As atribuições da ANEEL

Entre as atribuições da ANEEL estão as atividades relacionadas à regulação e fiscalização da produção de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Considerando a missão da ANEEL, de proporcionar condições favoráveis para que o desenvolvimento do mercado de energia elétrica ocorra com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade, o Decreto nº 2.335, de 1997, detalhou as diretrizes por meio das quais a agência deve orientar suas atividades de forma a cumprir a missão estabelecida; entre as quais se destacam: prevenção de potenciais conflitos entre agentes do setor de energia elétrica; regulação e fiscalização realizadas com o caráter de simplicidade; criação de condições para a modicidade das tarifas, sem prejuízo da oferta e com ênfase na qualidade do serviço de energia elétrica; criação de ambiente para o setor de energia elétrica que incentive o investimento, de forma que os agentes tenham assegurada a viabilidade econômica e financeira, nos termos do respectivo contrato; educação e informação dos agentes e demais envolvidos sobre as políticas, diretrizes e regulamentos do setor de energia elétrica; e transparência e efetividade nas relações com a sociedade.

A execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica poderá ser descentralizada pela União para os estados e para o Distrito Federal visando à gestão associada de serviços públicos, mediante convênio de cooperação.

A ANEEL deve atender ao interesse público a partir do equilíbrio entre a tríplice demanda dos atores: Governo, consumidores e agentes regulados. A figura 1 representa esse equilíbrio.



Figura 1 – Equilíbrio tripartite

Portanto, a ANEEL funciona como uma balança entre os interesses estratégicos do Governo, a expectativa dos consumidores de qualidade do serviço e modicidade tarifária, e os objetivos de estabilidade das regras e contratos dos agentes regulados.

Os cidadãos e as empresas esperam da ANEEL que as tarifas de energia elétrica sejam cobradas no valor mais baixo possível e que o serviço seja prestado com qualidade, mantendo as taxas de falhas e interrupções em níveis ínfimos. Por outro lado, os agentes regulados buscam maximizar sua remuneração dentro das regras estabelecidas. Ademais, com vista à estabilidade regulatória, fundamental para que os investimentos econômicos ocorram, eles esperam que os contratos sejam honrados e que as regras sejam as mais claras possíveis. Ainda, o Governo, definidor das políticas públicas, espera que a ANEEL, como entidade reguladora e fiscalizadora, seja capaz de garantir seus interesses estratégicos.

Neste ponto merece destaque a importância das agências reguladoras. Elas devem tomar, muitas vezes, decisões que contrariam os interesses do Governo, o que somente é possível com a existência de autonomia decisória.

A ANEEL atua em um setor altamente complexo e especializado formado por empresas particulares e estatais; nacionais e estrangeiras; de grande e de pequeno porte; associações; cidadãos, entidades governamentais; e representantes de todos os poderes da união e das unidades da federação. Essa atuação somente é possível equilibrando as demandas dos atores citados, sempre em prol do interesse público.

## **2.2 A ANEEL no setor elétrico**

A Constituição Federal prevê, em seu art. 21, XII, “b”, que a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica pode ser realizada diretamente pelo Governo Federal ou indiretamente por meio da outorga de concessões, permissões ou autorizações. Historicamente, tais serviços eram explorados principalmente pelo Governo Federal.

A estrutura normativa do setor elétrico atual tem origem na década de 1990. Em 13 de fevereiro de 1995, o Governo Federal promulgou a Lei 8.987, que regulamentou o artigo 175 da Constituição Federal, e, em 7 de julho de 1995, a Lei 9.074, que estabeleceu normas para outorga e prorrogação das concessões de

serviços públicos existentes e desverticalização dos serviços de energia elétrica. Em 15 de agosto de 1995, por meio da Emenda Constitucional nº 6, foi autorizado o investimento estrangeiro no setor elétrico brasileiro.

A Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, instituiu a ANEEL com suas atribuições de órgão regulador e, em 6 de agosto de 1997, foi criado o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE por meio da Lei nº 9.478. Ademais, em 15 de março de 2004, o Governo Federal promulgou a Lei 10.848 em um esforço para reestruturar o setor, tendo por meta proporcionar aos consumidores, o fornecimento seguro de energia elétrica com modicidade tarifária. A Lei do Novo Modelo do Setor Elétrico, como ficou conhecida, foi regulamentada por decretos presidenciais, dentre os quais o Decreto nº 5.163/04, o qual dispôs, principalmente, sobre a comercialização de energia elétrica.

A estrutura do setor elétrica é complexa. Ela envolve diversos órgãos e entidades com responsabilidades específicas, conforme demonstrado na figura 2.



**Figura 2 – Órgãos e entidades do setor elétrico**

Neste contexto, seguem breves considerações sobre cada um desses órgãos:

- Conselho Nacional de Política Energética (CNPE): é responsável pela elaboração de propostas da política setorial e por rever periodicamente a matriz energética.
- Ministério das Minas e Energia (MME): é responsável por formulação e implementação de políticas para o setor energético, de acordo com as diretrizes do CNPE.
- Empresa de Pesquisa Energética (EPE): é uma empresa pública federal dotada de personalidade jurídica de direito privado, vinculada ao MME, e

responsável pelos estudos que subsidiam o planejamento do setor energético.

- Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE): foi constituído pelo MME e, sob sua coordenação direta, é responsável pela avaliação permanente da segurança do suprimento e pela definição de ações preventivas em caso de desequilíbrios entre oferta e demanda.
- Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel): é vinculada ao MME e responsável pela regulação e fiscalização do setor elétrico, bem como pela realização de leilões de concessão de empreendimentos de geração e de transmissão.
- Operador Nacional do Sistema (ONS): pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, está autorizado a executar as atividades de coordenação e controle das operações de geração e transmissão de energia elétrica do SIN, sob a fiscalização da Aneel.
- Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE): pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, é responsável pela administração do mercado de energia, sob a fiscalização da Aneel.
- Eletrobrás: exerce a função de *holding* das empresas estatais federais.

### **2.3 A delegação de serviço público no setor elétrico**

A lei das concessões estabelece, dentre outras disposições, as condições que a concessionária deverá cumprir na prestação de serviços de energia elétrica, os direitos dos consumidores e as obrigações da concessionária e do poder concedente. Ademais, a concessionária deve cumprir os regulamentos vigentes do setor elétrico.

O setor elétrico convive com as modalidades concessão, permissão e autorização. Ademais, os empreendimentos de pequeno impacto são, simplesmente, registrados na ANEEL, ou seja, comunica-se à ANEEL sobre sua existência.

As empresas que pretendam construir ou operar instalações para geração hidrelétrica com potência acima de 50 MW, transmissão ou distribuição de energia devem participar de processos licitatórios. Por outro lado, empreendimentos de geração de energia que não usam um bem público (potencial hidrelétrico) são autorizados pela agência, não participando, portanto, de licitação.

Ainda, as empresas que desejem atuar em geração hidrelétrica com potência superior a 3 MW e igual ou inferior a 50 MW, ou geração de outras fontes, como térmica, eólica ou solar, devem solicitar autorização ao MME ou à ANEEL, conforme o caso.

É importante ressaltar que existem dois ambientes de contratação de energia. O Ambiente de Contratação Regulada – ACR contempla os empreendimentos que comercializam energia por meio de leilões, com um conjunto de regras e obrigações elevado. O Ambiente de Contratação Livre – ACL, por sua vez, é composto por empreendimentos que não comercializam energia em leilões e possuem, assim, liberdade para vender energia aos consumidores livres. O montante de energia comercializado no ACR representa 75% do total no Brasil.

Os empreendimentos que comercializam energia no ACR são outorgados por meio de contratos de concessão ou autorizações celebrados com o Ministério de Minas e Energia. Os empreendimentos pertencentes ao ACL, por outro lado, são outorgados por meio de resoluções autorizativas emitidas pela ANEEL.

Os empreendimentos de pequeno porte, quais sejam, hidrelétricos até 3 MW, e eólicos, solares e térmicos até 5 MW, são dispensados de outorga, devendo somente ser registrados na ANEEL.

As concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica ocorrem por prazo determinado. Esse prazo, em regra, é limitado a 35 anos para novas concessões de geração e 30 anos para novas concessões de transmissão ou distribuição.

Ressalta-se ainda a existência das permissões para cooperativas de eletrificação rural como um dos únicos casos desta modalidade de delegação no setor elétrico. Conforme visto, as permissões não possuem a segurança jurídica das concessões, nem tampouco a praticidade das autorizações, estando caindo em desuso.

Aqui cabe destacar uma questão que ainda deve evoluir na relação entre os órgãos e entidades do setor elétrico. O Ministério de Minas e Energia, como poder concedente do setor elétrico, é competente para emitir as outorgas do setor elétrico. Contudo, ele delega parte da atividade de emissão das outorgas à ANEEL, principalmente para as usinas de menor porte.

## **2.4 A estrutura e o funcionamento**

A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL é formada, basicamente, por uma diretoria colegiada e pelas superintendências de processos organizacionais. A diretoria é constituída por cinco diretores, sendo que um deles é o Diretor Geral. Os diretores são indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal para um mandato de quatro anos permitida uma recondução.

A diretoria reúne-se, ordinariamente, segundo calendário anual por ela estabelecido, ou extraordinariamente, quando houver matéria urgente, mediante convocação do Diretor-Geral ou de três dos diretores, que deliberarão sobre as matérias de sua competência com, no mínimo, três votos convergentes.

As matérias submetidas à deliberação da Diretoria, devidamente instruídas com as informações e pareceres técnicos e jurídicos, serão relatadas por um Diretor, o qual será o primeiro a proferir voto. O diretor que se declarar impedido de votar deverá justificar essa posição.

A ANEEL é organizada em superintendências que atuam nas áreas de concessão, regulação e fiscalização, nos processos de geração, transmissão e distribuição, dentre outras.

As áreas de concessão são responsáveis por instruir os processos de emissão de resoluções de autorização para que uma empresa atue no setor de geração ou transmissão, por sua conta e risco. Ademais, também é competente para instruir os processos de celebração de contratos de concessão em parceria com Ministério de Minas e Energia.

As áreas de regulação, por sua vez, são responsáveis pela emissão dos regulamentos do setor elétrico dentro dos limites estabelecidos pela legislação, sendo que essas regras impõem limites e obrigações aos administrados.

Finalmente, as áreas de fiscalização são competentes para monitorar os índices de desempenho das instalações elétricas e para aplicar as sanções administrativas aos agentes econômicos, sempre respeitando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

## **2.5 A fiscalização dos serviços de geração de energia elétrica**

O Decreto nº 2.335, de 1997, indica que a ação fiscalizadora da ANEEL visa primordialmente à educação e orientação dos agentes do setor de energia elétrica; à prevenção de condutas violadoras da lei e dos contratos; e, à descentralização de atividades complementares aos estados, com os propósitos de:

- Instruir os agentes e consumidores quanto ao cumprimento de suas obrigações;
- Fazer cumprir os contratos, as normas e os regulamentos da exploração dos serviços e instalações de energia elétrica;
- Garantir o atendimento aos padrões de quantidade, adequação, finalidade, qualidade, custo, prazo e segurança dos serviços e instalações de energia elétrica;
- Subsidiar, com informações e dados necessários, a ação regulatória, visando à modernização do ambiente institucional.

Especificamente para a Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Geração, o Regimento Interno atribui a competência de controlar e fiscalizar os serviços e instalações de geração de energia elétrica (em operação e em obras), desde a implantação ou ampliação até a sua operação; os agentes de operação de sistemas e de comercialização de energia no setor elétrico, em conjunto com as demais áreas de fiscalização da ANEEL; os encargos setoriais e programas de governo afetos aos agentes de geração; e o cumprimento das obrigações constantes dos contratos de concessão e de autorizações de geração.

Pelo exposto, ressaltamos a abrangência do parque gerador brasileiro de energia elétrica, fiscalizado pela ANEEL. O Brasil possui no total 4.494 empreendimentos em operação, totalizando 142.460.960 kW de potência instalada. Em relação aos novos empreendimentos, ressalta-se que está prevista para os próximos anos uma adição de 42.837 kW na capacidade de geração do país, proveniente dos 727 novos empreendimentos.

Neste contexto, a legalidade e a efetividade do direito administrativo sancionador dependem da adequada estruturação do processo de fiscalização setorial, no caso, o realizado pela ANEEL sobre as empresas de geração de energia elétrica. Assim, a agência reguladora organizou suas atividades conforme exposto abaixo.

O organograma da superintendência de fiscalização da ANEEL incentiva um modelo de trabalho dinâmico, flexível e orgânico. Estes são elementos importantes para dois valores primordiais ao ciclo de gestão: autonomia e colaboração. Enquanto autonomia tem relação com uma dimensão importante da atuação individual, pois significa capacidade de se governar pelos próprios meios, colaboração aponta para um princípio da dimensão coletiva de atuação de cada pessoa da equipe e tem a ver com execução de atividades e perseguição de objetivos comuns a partir de uma rede de relacionamento.

A equipe Implantação é responsável pela fiscalização dos novos empreendimentos. A equipe Produção é responsável pela fiscalização dos empreendimentos que já produzem energia e a equipe Decisão é responsável pela atuação preventiva e orientativa da superintendência, valendo-se de diversas formas de garantia da qualidade do serviço, inclusive a aplicação de penalidades. Ela deverá cuidar, então, não só da instrução final do processo de fiscalização, especificamente na elaboração de documentos relacionados às sanções, mas de participar e instruir as ações desde o início dos processos administrativos. Assim, o foco não é a punição, mas sim a garantia da conformidade regulatória por meio da promoção da mudança do comportamento dos agentes regulados.

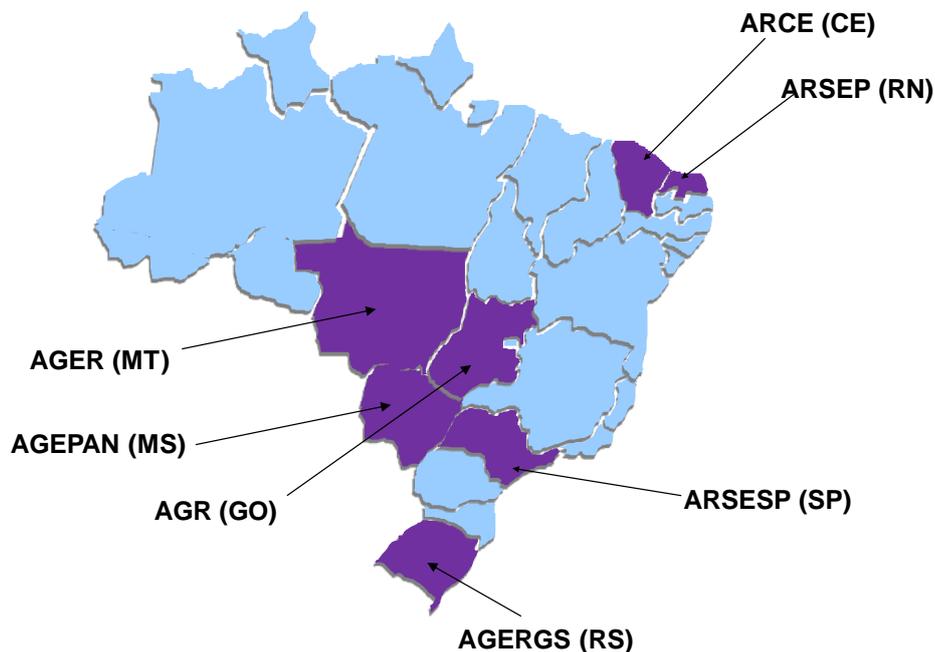
É possível vislumbrar uma evolução no propósito da ação fiscalizadora. Seu objetivo não é aplicar sanções e punir os agentes de geração, embora esta seja uma importante ferramenta a ser utilizada, mas, primordialmente, instruir os agentes; fazer cumprir contratos, normas e regulamentos; garantir os padrões de qualidade e confiabilidade; garantir os requisitos de adequação e finalidade; e subsidiar a regulação.

O conceito de interesse público, assim, não está ligado à imposição da sanção, mas sim à mudança do comportamento irregular do agente, buscando uma maior efetividade das medidas adotadas.

Para o desempenho de suas atribuições institucionais, a SFG utiliza equipe própria, descentralização aos Estados e terceirização a particulares credenciados.

A equipe própria é composta por servidores de carreira do quadro de especialistas em regulação dos serviços públicos de energia elétrica, aprovados em concurso público de provas e títulos.

Ademais, para empreendimentos de geração de menor porte, a ANEEL delega a determinados estados da Federação a execução de atividades fiscalizatórias. Os termos estabelecidos no convênio são renovados, anualmente, por meio de contrato, por meio do qual são definidas as regras e a obrigação de prestação de contas por parte da entidade federativa estadual. Atualmente, a SFG descentraliza as atividades de fiscalização de empreendimentos aos estados destacados na Figura 3.



**Figura 3 – Agências reguladoras estaduais**

É importante destacar que as agências estaduais possuem competências plenas na fiscalização dos empreendimentos sob suas responsabilidades, devendo, inclusive, instruir os processos sancionatórios, quando devidos.

Ainda no que se refere às agências, a ANEEL somente pode firmar convênios com os estados que possuam agências estaduais e concedam a devida autonomia administrativa e decisória aos seus diretores.

Ainda, a ANEEL pode contar com profissionais contratados para subsidiar as fiscalizações. Esses contratados não possuem competência de realizar as fiscalizações ou instruir processos sancionatórios, mas tão somente de auxiliar na coleta das informações necessárias à fiscalização.

As atividades de fiscalização da ANEEL englobam tópicos diversos, tais como segurança patrimonial; comunicação com os centros de operação; controle da central de geração; gestão da manutenção; recursos humanos; conservação e ergonomia; instruções; e procedimentos de operação.

A estratégia da SFG para o desempenho das ações fiscalizadoras é se basear no conceito de risco regulatório. Essa estratégia fundamenta-se nos princípios de diferenciação de risco regulatório: visão de longo prazo, integração de informações, promoção de conformidade regulatória, coordenação e consolidação, processo claro e justo, base em evidências, profissionalismo e seletividade.

Neste contexto, a Pirâmide de Conformidade Regulatória (Figura 4) sistematiza os padrões usuais de comportamento de agentes regulados e os associa às práticas adequadas a serem adotadas pela fiscalização regulatória, a fim de garantir a pretendida conduta.



**Figura 4 – Matriz responsiva da fiscalização**

Pode-se verificar que para as empresas que querem obedecer às normas do setor elétrico, a ação fiscalizatória busca simplificar as etapas e os processos. Contudo, para as empresas que estão decididas a não seguir tais normas, a ação fiscalizatória poderá aplicar sanções administrativas, mediante o devido processo legal, sempre respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Utilizando a Pirâmide de Conformidade Regulatória e o conceito de diferenciação de risco regulatório aplicado à fiscalização de empreendimentos de geração de energia, chega-se ao modelo de negócio da SFG, que pode ser representado de forma esquemática por um modelo de fiscalização em 3 níveis: monitoramento, ação remota e ação presencial.

O primeiro nível, ou monitoramento, é o mais abrangente e envolve o universo de todos os agentes de geração de energia. Nesse nível, os agentes são monitorados por meio de indicadores de qualidade e desempenho gerados a partir de dados obtidos por meio de formulários de auto declaração dos próprios agentes e de bases de dados de outras instituições, como o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

A fiscalização realiza uma análise de risco de forma a se filtrar os empreendimentos que apresentam um risco potencial para uma determinada avaliação. Convém destacar que a análise de risco realizada nessa etapa, por abranger o universo total dos agentes, deve dispor de uma base de dados organizada e de indicadores quantitativos, de modo a viabilizar cruzamentos de informações automatizados e uma análise sistematizada.

Ressalta-se que o resultado do monitoramento, além de permitir a seleção dos empreendimentos de maior risco, também visa permitir que seja feita uma análise geral do setor em relação a determinados padrões, como por exemplo o tempo médio de construção e a disponibilidade média de usinas.

O segundo nível, ou ação remota, envolve um conjunto menor de usinas, justamente aquelas selecionadas por meio da análise de risco realizada no monitoramento. Este nível contempla uma análise mais minuciosa dos indicadores, análise documental e solicitação ao agente de informações complementares. Como a análise realizada nessa etapa é mais minuciosa e conta com informações qualitativas detalhadas, é possível que sejam observados eventuais casos de “falso positivo”, ou seja, casos em que a avaliação de risco realizada no nível de monitoramento não se confirme.

Caso a investigação de segundo nível seja suficiente para apuração da adequação ou inadequação regulatória e conclusão da ação de fiscalização, os procedimentos e ritos formais da fiscalização que devem visar à orientação aos

agentes, à correção de condutas inadequadas e à prevenção de falhas ou tendência de falhas futuras podem ser realizados sem a necessidade de uma ação presencial.

Contudo, em diversos casos é necessária a realização de uma fiscalização presencial, seja pela necessidade de se coletar mais evidências, seja pela necessidade intrínseca da inspeção *in loco* de alguns tipos de fiscalização. Nesses casos, a fiscalização avança para o terceiro nível do modelo, que é a ação presencial. Observa-se que na maior parte dos casos a fiscalização presencial só será realizada após a realização das etapas anteriores, o que traz foco e inteligência na inspeção de campo, além de otimização dos recursos do regulador e dos agentes regulados. Em outras palavras, a fiscalização de campo irá focar itens selecionados e estudados nas etapas anteriores, ou seja, nas que existem evidências de possíveis problemas e/ou necessidade de confirmação de vistoria em campo. Tendo em vista que empreendimentos de geração de energia elétrica normalmente se encontram em lugares de difícil acesso e que a presença física de representantes do regulador demanda recursos significativos, é fundamental que as fiscalizações de campo sejam objetivas e tenham foco específico.

É importante destacar que para a devida aplicação do direito administrativo sancionador pela Administração Pública, é necessária toda uma estrutura de fiscalização prévia, de modo que a sanção seja aplicada na medida certa, e com respeito ao devido processo legal. Neste sentido, diversos órgãos públicos, entre eles a ANEEL, têm passado por um acentuado processo de modernização de suas práticas regulatórias de forma que as ações sejam efetivas e exatas. Assim, uma fiscalização é baseada no risco regulatório, ou seja, por meio do monitoramento à distância calcula-se o potencial risco de cada empresa descumprir regulamentos e selecionam-se os casos cujos descumprimentos causem maior impacto ao serviço público regulado, de forma a concentrar as ações de investigação.

Pelo exposto, pode-se verificar a presença de certa dose de discricionariedade nas formas de atuação, de forma que a sanção administrativa seja primordialmente aplicada aos casos mais graves, cujos eventuais descumprimentos da legislação causem maior dano ao serviço.

Para os demais casos, em que as empresas estão dispostas a cumprir a regulação, a ação fiscalizatória deve se pautar menos na aplicação da sanção, e mais nas atividades preventivas e orientativas. Novamente, usa-se o conceito de

risco regulatório, fundamental ao direito administrativo, para disciplinar a aplicação das sanções administrativas.

### **3. DO PODER SANCIONADOR DA ANEEL – EXTENSÃO E LIMITES**

Compete à ANEEL, no âmbito de suas atribuições de fiscalização das instalações e serviços de energia elétrica, a apuração de infrações e aplicação de penalidades aos agentes de geração de energia elétrica.

#### **3.1 A Resolução Normativa ANEEL nº 63, de 12 de maio de 2004**

A Resolução Normativa ANEEL nº 63, de 12 de maio de 2004, é a norma utilizada para a imposição de penalidades aos agentes regulados. Essa norma aprovou os procedimentos para regular a imposição de penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, bem como às entidades responsáveis pela operação do sistema, pela comercialização de energia elétrica e pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais.

É importante destacar que as penalidades previstas nesta resolução aplicam-se sem prejuízo das sanções administrativas específicas previstas na legislação e regulamentação setorial vigentes, incluindo normas editadas ou homologadas pela ANEEL, desde que não impliquem em mais de uma sanção disciplinar para um mesmo fato gerador (*bis in idem*).

A Resolução Normativa ANEEL nº 63, de 12 de maio de 2004, está estruturada da seguinte forma:

- Título I – Das penalidades (art. 1º ao 17)
  - Infrações e sanções;
  - Critérios para fixação de multas.
- Título II – Dos procedimentos (art. 18 a 35)
  - Ação fiscalizadora;
  - Termo de compromisso de ajuste de conduta;
  - Aplicação de penalidades pelos superintendentes;

- Aplicação de penalidades pela diretoria da ANEEL ou pelo Poder Concedente;
- Recurso.
- Título III – Disposições finais (art. 36 ao 39)

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

- Advertência;
- Multa;
- Embargo de obras;
- Interdição de instalações;
- 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;
- Revogação de autorização;
- Intervenção administrativa;
- Caducidade da concessão ou da permissão.

### **3.2 Procedimento da Ação Fiscalizadora**

A ação fiscalizadora consubstancia-se em relatório de fiscalização, do qual se fará termo de notificação (TN), emitido em duas vias, contendo: Identificação do órgão fiscalizador e respectivo endereço; nome, endereço e qualificação da notificada; Descrição dos fatos levantados; Indicação de não conformidade(s) e/ou determinação de ações a serem empreendidas pela notificada, se for o caso; Identificação do representante do órgão fiscalizador, com seu cargo, função, número da matrícula e assinatura; Local e data da lavratura.

Ressalta-se que o termo de notificação possui tripla função: informar ao agente fiscalizado as constatações observadas durante a fiscalização; instar o agente a se manifestar; e determinar ao agente as ações necessárias para que sejam corrigidas as possíveis irregularidades.

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

Quando da análise da manifestação da notificada, poderão ser solicitadas outras informações julgadas necessárias ao melhor esclarecimento dos fatos relatados.

A superintendência responsável pela ação fiscalizadora poderá, excepcionalmente, conceder prorrogação do prazo, desde que solicitada tempestivamente e devidamente justificada pela notificada.

A decisão acerca da instauração do processo administrativo pode resultar na imposição das penalidades às empresas. O TN será arquivado quando não comprovada a não conformidade ou sendo consideradas procedentes as alegações da notificada.

Assim, o temo de notificação é peça administrativa que expõe ao agente regulado uma eventual irregularidade e dá a ele a oportunidade de se defender, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Contudo, caso os argumentos de defesa não sejam capazes de reverter as não conformidades identificadas pelo agente público, será lavrado o auto de infração.

Assim, o auto de infração cristaliza a existência de irregularidade, tais como: comprovação da não conformidade; ausência de manifestação tempestiva da interessada; serem consideradas insatisfatórias as alegações apresentadas; não serem atendidas, no prazo, as determinações da ANEEL.

Entretanto, poderá a ANEEL, alternativamente à imposição de penalidade, firmar com a concessionária, permissionária ou autorizada de serviços e instalações de energia elétrica termo de compromisso de ajuste de conduta, visando à adequação da conduta irregular às disposições regulamentares e/ou contratuais aplicáveis, conforme regulamentação específica. Ressalta-se que o uso desse importante instrumento ainda se dá de forma tímida pela ANEEL.

Do termo de compromisso de ajuste de conduta constará, necessariamente, o estabelecimento de multa pelo seu descumprimento, cujo valor será correspondente ao montante da penalidade que seria aplicada, acrescido de 20%.

O auto de infração (AI), emitido pelo superintendente responsável pela ação fiscalizadora, será instruído com o TN 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.

A exposição de motivos destaca todas as irregularidades constatadas pela equipe de fiscalização, permitindo assim a devida defesa do autuado, valorizando, novamente, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A base para elaboração das multas é o faturamento da empresa, quais sejam, as receitas oriundas da venda de energia elétrica e prestação de serviços. Para as usinas que ainda não entraram em operação comercial, é estimado um valor da energia a ser produzida.

Na fixação do valor das multas serão consideradas a abrangência e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pela infratora e a existência de sanção administrativa irrecorrível, nos últimos quatro anos. Assim, respeita-se o princípio da proporcionalidade, ou seja, a sanção imposta tem relação direta com a gravidade do dano causado aos usuários finais.

A penalidade de multa poderá ser convertida em advertência, desde que: a infratora não tenha sido autuada por idêntica infração nos últimos quatro anos anteriores ao da sua ocorrência; e as consequências da infração sejam de pequeno potencial ofensivo. Novamente, em respeito ao princípio da proporcionalidade, quando o dano for de baixo potencial ofensivo, a multa pode ser convertida em advertência.

A empresa deverá pagar a multa no prazo de 10 dias contados da decisão da última instância recursal, a partir do recebimento do aviso do recebimento. O não recolhimento da multa no prazo gera a inscrição da empresa no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal– CADIN. Ressalta-se que o valor da multa será atualizado pela taxa SELIC ou outro indicador que o venha a substituir. Ressalta-se que a Administração não possui a competência para a cobrança da multa (autoexecutoriedade), que somente poderá se dar pela via

judicial. Entretanto, a inscrição no CADIN pode dificultar o acesso da empresa a futuras delegações de serviço público.

O aviso do recebimento é condição para a continuidade do processo sancionatório, ou seja, a Administração deve assegurar que o agente recebeu o auto de infração, de modo a permitir a sua defesa, direito este tão caro no Estado Democrático de Direito.

O prazo para interposição de recurso será de dez dias, contado do recebimento do AI. O recurso terá efeito suspensivo na parte em que impugnar o AI, e será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar, no prazo de cinco dias, o encaminhará à Diretoria da ANEEL, que poderá confirmar modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida. Se da decisão decorrer gravame à situação da recorrente, esta deverá ser cientificada para que formule suas alegações no prazo de dez dias, contado da juntada do aviso de recebimento da notificação.

Em regra, as áreas técnicas estão restritas ao regulamento, tendo uma margem reduzida de discricionariedade depois que o processo administrativo sancionatório foi iniciado. Contudo, a diretoria da agência poderá alterar os contornos das sanções, podendo diminuir seu valor ou até desconstituí-las se entender que algum princípio do direito administrativo foi violado, ou que a sanção perdeu o objeto em razão de posterior regularização da irregularidade pela empresa.

As agências estaduais conveniadas com a ANEEL para a execução das atividades descentralizadas poderão aplicar determinados tipos de penalidades. Os procedimentos de fiscalização poderão ser ajustados às peculiaridades de cada agência conveniada, desde que garantido à autuada o direito à ampla defesa e ao contraditório e observados os prazos e as fases do processo.

O termo de notificação – TN é arquivado mediante lavratura do termo de arquivamento (TA) quando, após a manifestação, não há comprovação da não conformidade ou as alegações do notificado são consideradas procedentes.

O embargo de obras e interdição de instalações refere-se a medidas administrativas que visam garantir o interesse público, no sentido do desenvolvimento regular das atividades setoriais. Ele ocorre sem prejuízo das penalidades de advertência e multa. Constitui infração, sujeita às penalidades de

embargo ou interdição, respectivamente, a realização de obras ou a posse de instalações sem a necessária autorização ou concessão da ANEEL ou que ponham em risco a integridade física ou patrimonial de terceiros. Nessas hipóteses, o recurso será recebido sem o efeito suspensivo.

As sanções de suspensão temporária de participação em licitações do setor elétrico; de revogação da outorga; de intervenção administrativa; e de caducidade da concessão ou da permissão são medidas extremas tomadas pelo Poder Público quando ocorre completo descumprimento de obrigações legais e/ou regulamentares fundamentais por partes dos agentes.

Em casos mais graves, de total inadimplência da empresa, as áreas de fiscalização da ANEEL poderão propor à diretoria termo de intimação - TI, com proposta de caducidade de concessão ou permissão. Entendendo cabível a iniciação do procedimento proposto, a diretoria autorizará, mediante despacho, a expedição do termo de intimação – TI. Nesse caso, a ANEEL encaminhará os autos do respectivo processo administrativo, devidamente instruído, ao Ministro de Estado de Minas e Energia, com vistas à decisão do poder concedente.

A advertência é uma sanção de censura ou admoestação em face de conduta irregular, porém considerada como de pequeno potencial ofensivo.

A ação fiscalizadora estrutura-se conforme a Figura 5.

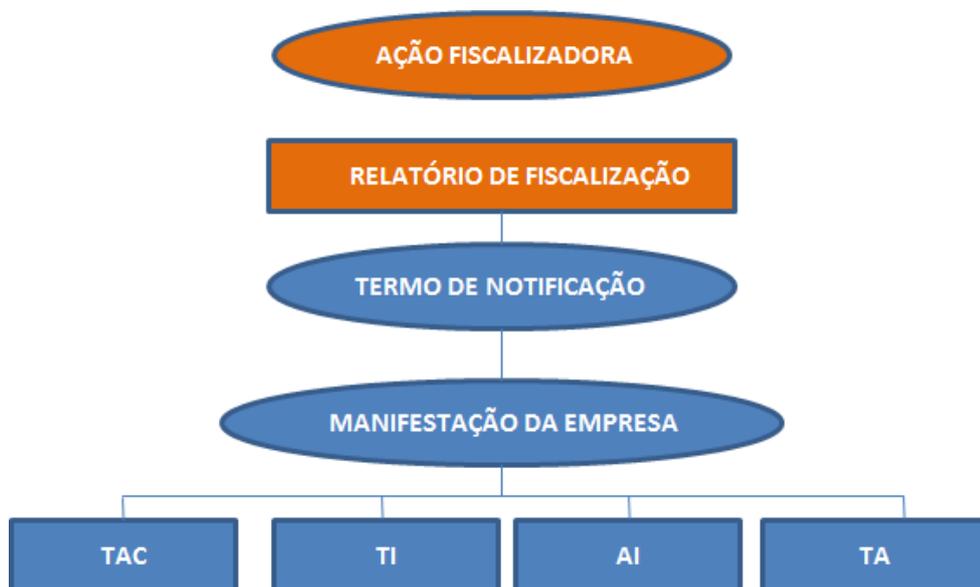


Figura 5 – Fluxograma da ação fiscalizadora

Os prazos envolvidos na Ação Fiscalizadora são indicados na Figura 6.



Figura 6 – Prazos da ação fiscalizadora

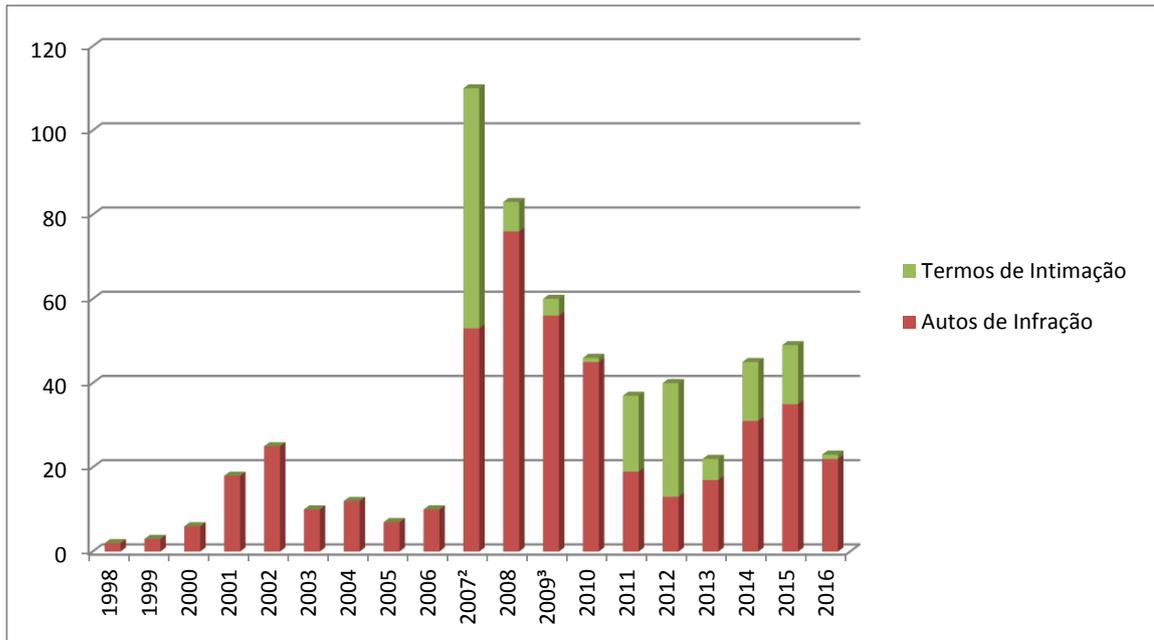
### 3.3 Estatísticas das sanções

Entre 1998 e março de 2016 foram lavrados pela Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Geração, da ANEEL, 460 autos de infração com aplicação de penalidade de multa pecuniária na maior parte dos casos, e 148 termos de intimação, que correspondem à proposta de revogação das outorgas, totalizando, assim, 608 processos administrativos sancionadores. A Figura 7 detalha o número de processos sancionadores por ano.

Processos punitivos iniciados pela SFG			
Ano	Autos de Infração	Termos de Intimação	Total
1998	2	0	2
1999	3	0	3
2000	6	0	6
2001	18	0	18
2002	25	0	25
2003	10	0	10
2004	12	0	12
2005	7	0	7
2006	10	0	10
2007 <sup>2</sup>	53	57	110
2008	76	7	83
2009 <sup>3</sup>	56	4	60
2010	45	1	46
2011	19	18	37
2012	13	27	40
2013	17	5	22
2014	31	14	45
2015	35	14	49
2016	22	1	23
<b>Total</b>	<b>460</b>	<b>148</b>	<b>608</b>

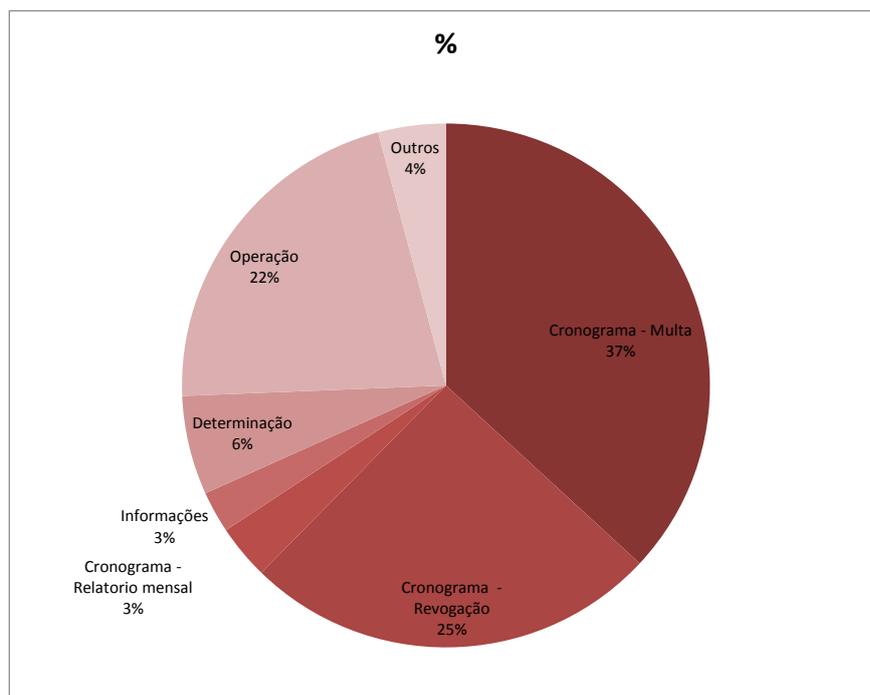
Figura 7 – Processos Administrativos Sancionadores

A Figura 8, por sua vez, demonstra a proporção entre autos de infração (multas pecuniárias) e termos de intimação (propostas de revogação). É possível verificar que o número de autos de infração é maior, haja vista que as propostas de revogação são medidas extremas que somente são tomadas pela superintendência quando verificada situação de elevado prejuízo ao setor elétrico.



**Figura 8 – Processos Administrativos Sancionadores por tipo**

A figura 9 demonstra as principais irregularidades ensejadoras de abertura de processos administrativos sancionadores.



**Figura 9 – Processos Administrativos Sancionadores por infração**

Percebe-se que o atraso nos cronogramas de implantação pactuados entre o Poder Público e as empresas de geração é responsável pela maioria dos processos administrativos sancionadores (37% de multa e 25% de propostas de revogação). Na sequência, 22% dos casos são provenientes de empreendimentos que já produzem energia, pelos mais diversos motivos, como questões relacionadas à qualidade da operação e da manutenção da usina. Outras motivações estão relacionadas ao descumprimento de determinação da equipe de fiscalização, bem como ao não envio de informações sobre os empreendimentos.

Importante destacar, conforme já exposto, que a maior parte das sanções aplicadas pela SFG está relacionada a autos de infração por meio de multas pecuniárias. Contudo, quando o empreendimento não demonstra viabilidade de ser implantado, o que pode gerar prejuízos consideráveis ao planejamento e à segurança energética, é proposto termo de intimação recomendando a revogação da outorga. Conforme supracitado, a SFG propõe a citada revogação, que deve ser posteriormente confirmada pela diretoria colegiada da ANEEL.

A Figura 10 contém a quantidade de termos de intimação ao longo dos anos, divididos por tipo de empreendimento.

Relação Termos de Intimação / Tipo de Empreendimento							
	PCH	UHE	EOL	UTE	UTN	Solar	Totais
2007	31	0	21	5	0	0	57
2008	7	0	0	0	0	0	7
2009	3	0	0	1	0	0	4
2010	0	0	1	0	0	0	1
2011	16	0	0	2	0	0	18
2012	2	0	3	22	0	0	27
2013	4	0	0	1	0	0	5
2014	0	0	0	1	0	0	1
<b>Total</b>	<b>63</b>	<b>0</b>	<b>25</b>	<b>32</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>120</b>

Figura 10 – Termos de Intimação por tipo de usina

### 3.4 Excludente de responsabilidade

A responsabilidade está relacionada à obrigação de reparação, em pecúnia, em razão de um dano causado. Ela pode ser dividida em subjetiva ou objetiva. A subjetiva está condicionada à ideia de culpa. Por outro lado, a objetiva independe da de culpa.

Alguns motivos são capazes de excluir a responsabilidade das empresas pelo descumprimento de normas estabelecidas em atos e contratos: caso fortuito, de força maior ou ato do Poder Público. Caso fortuito e força maior são eventos imprevisíveis ou de difícil previsão, que não geram, em regra, responsabilidade pelo descumprimento. O fortuito interno, entretanto, por estar ligado ao risco da atividade, pode gerar a responsabilidade.

Muitos doutrinadores tratam os institutos como se fossem sinônimos; até hoje há divergências a respeito do tema, mas o Código Civil trata do tema e adotou, em seu art. 393, a seguinte definição:

O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.  
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Caso fortuito é o evento que não se pode prever. A força maior é o evento previsível, mas inevitável, como são os eventos da natureza. Ainda, atos do Poder Público são decisões e ações que geram efeitos sobre as empresas, inclusive tornando alguns empreendimentos inviáveis.

Assim, quando da instrução de um processo administrativo sancionador, é avaliado se está presente alguma excludente de responsabilidade, o que pode gerar o arquivamento do referido processo.

Destaca-se que quando uma empresa celebra um contrato de concessão ou recebe uma autorização para implantar e explorar um empreendimento de geração ou de transmissão de energia, o sistema elétrico se programa para que na data estabelecida nos contratos tais obras estejam concluídas. Os eventuais atrasos na conclusão desses empreendimentos são prejudiciais ao setor na medida em que compromete o planejamento e a definição de preços tarifários módicos. Assim, quando uma empresa prevê que irá atrasar a conclusão dos empreendimentos, ela, normalmente, solicita à ANEEL o reconhecimento de excludentes de responsabilidade por esse atraso, ou seja, alega que o atraso foi gerado por causas externa, não havendo, assim, a presença do elemento culpa.

A definição de que a empresa deve responder pelo atraso independentemente de culpa ainda está sendo construída pela jurisprudência administrativa e jurídica. O rigor na análise dos processos de reconhecimento de

excludente de responsabilidade tem variado com o tempo, com uma tendência de imputar à empresa a responsabilidade pelos atrasos, com todas as consequências sancionatórias que este fato acarreta, independentemente da existência de culpa.

Contudo, alguns aspectos ainda colocam em dúvida o tal entendimento. Quando o órgão competente declara a inviabilidade ambiental do empreendimento, tem-se configurado um ato do Poder Público que, em regra, afasta a responsabilidade e o dever de reparação. Contudo, alegações relativas a eventos da natureza, como por exemplo, chuva, não são causas de excludente de responsabilidade, haja vista o dever da empresa de planejar a executar as obras considerando tais ocorrências.

Ainda, alguns agentes econômicos buscam colocar a culpa pelo atraso nos empreendimentos em fornecedores de equipamentos ou banco financiadores. Tais argumentos não são acatáveis haja vista que as delegações de geração e transmissão de energia elétrica, apesar das cláusulas de direito público, são exploradas na forma de um negócio privado, por conta e risco do empreendedor.

Assim, em regra, a empresa é responsável pelo descumprimento de cláusulas normativas e contratuais independentemente da existência de culpa. Entretanto, algumas causas decorrentes de caso fortuito, de força maior ou de ato do Poder Público têm o condão de excluir da empresa a obrigação pelo ressarcimento do prejuízo gerado ao setor elétrico.

É importante destacar que, caso não haja uma causa excludente de responsabilidade reconhecida pelo Poder Público, a empresa, além de ter a obrigação de ressarcir os danos e prejuízos causados, fica sujeita à ação da fiscalização e à imposição de uma sanção administrativa, sempre respeitando o devido processo legal e os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Destaca-se ainda que os processos de reconhecimento de excludente de responsabilidade para fins de apuração do dever de indenização e os processos de aplicação de sanção administrativa são independentes, embora o resultado de um possa impactar o do outro.

### 3.5 Proposta de uso do termo de ajustamento de conduta em substituição às sanções administrativas

Conforme acima exposto, desde 1998 foram aplicados, somente pela Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Geração, da ANEEL, 608 sanções administrativas. Se forem somadas às penalidades aplicadas pelas agências estaduais conveniadas, esse número será consideravelmente maior. Contudo, a aplicação das sanções administrativas não teve o condão de melhorar a qualidade do serviço de geração de energia elétrica.

O entendimento supracitado pode ser aplicado a outros tipos de serviços públicos, respeitadas as particularidades de cada um. Serviços como de telecomunicações ou de saúde suplementar possuem qualidade aquém do ideal, apesar de serem atividades reguladas, fiscalizadas e sujeitas à aplicação de diversas penalidades.

Assim, é possível verificar que a sanção administrativa, apesar de ser um importante instrumento de correção de conduta, alicerçado pela aplicação do poder de polícia administrativa, não poderá, isoladamente, melhorar a qualidade do serviço prestado aos usuários finais.

Assim, propõe-se que o instrumento do termo de ajustamento de conduta – TAC seja utilizado com maior intensidade pelas fiscalizações dos diversos serviços públicos brasileiros, em especial o realizado pela ANEEL.

O TAC possui previsão legal na Lei 7.347/85, que disciplina a ação civil pública por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, da seguinte forma:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico

(...)

**§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais,**

**mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.** (grifo nosso)

Ademais, na ANEEL, o TAC está regulamentado na Resolução Normativa nº 63/2004 conforme abaixo:

Art. 21. Poderá a ANEEL, alternativamente à imposição de penalidade, firmar com a concessionária, permissionária ou autorizada de serviços e instalações de energia elétrica termo de compromisso de ajuste de conduta, visando à adequação da conduta irregular às disposições regulamentares e/ou contratuais aplicáveis, conforme regulamentação específica.

Ressalta-se que as agências reguladoras, entre elas a ANEEL, já celebraram TACs com empresas concessionárias de serviço público com vistas à recuperação de danos causados e em benefício do consumidor.

Considerando esse raciocínio, após a identificação de uma irregularidade pela Administração Pública, o administrado receberia o termo de notificação – TN de forma a poder exercer com plenitude o seu direito de defesa. Após o recebimento da resposta da empresa e a constatação da irregularidade, ao invés da emissão do auto de infração com a penalidade de multa, a equipe de fiscalização estabeleceria um plano de melhoria a ser aplicado pela empresa em suas próprias instalações. Esse plano seria específico para resolver o problema identificado, melhorando a qualidade do serviço público prestado e, conseqüentemente, atendendo ao interesse público.

Haveria, assim, uma mudança do enfoque da ação fiscalizatória da esfera da aplicação da sanção para a esfera da correção da irregularidade. É sempre importante lembrar que o objetivo da Administração Pública não é simplesmente aplicar penalidades, mas sim garantir a qualidade do serviço público prestado. Ademais, muitas vezes, os valores pagos em multas pelas empresas são retirados dos seus planos de investimentos, gerando um resultado reverso aos fins pretendidos, que estão relacionados à qualidade do serviço público.

Ainda, caso a empresa descumpra o termo de ajustamento de conduta firmado com o Poder Público, ela deverá pagar multa acrescida de 20%, conforme já estabelecido na Resolução Normativa nº 63/2004.

O termo de ajustamento de conduta tem sido utilizado cada vez mais pelo Ministério Público e os resultados têm sido positivos, não havendo motivos para não aumentar o seu uso pelos órgãos da Administração Pública.

O uso dos TACs, ao invés de sanções, propiciaria uma maior aceitação da ação fiscalizatória do Poder Público, aumentando sua legitimidade frente aos administrados.

Ademais, grande parte dos casos de sanções administrativas acaba sendo judicializada, o que arrasta suas cobranças por anos, aumentando a já sobrecarregada estrutura administrativa e judicial.

O termo de ajustamento de conduta incentiva um aumento da qualidade da fiscalização da agência na medida em que se buscará conhecer com exatidão as causas da irregularidade da empresa, de modo que esta possa melhorar a qualidade dos seus serviços e, conseqüentemente, o atendimento ao interesse público.

Uma particularidade do TAC objeto da proposta deste trabalho reside no fato de que o compromisso do agente econômico será o de sanar as irregularidades identificadas pela ANEEL em sua própria empresa. Como exemplo, pode-se citar uma empresa que apresente uma manutenção de baixa qualidade nos equipamentos de sua usina, o que provoca constantes desligamentos. Essa empresa ficará sujeita à imposição de uma sanção administrativa. Contudo, a ANEEL poderia celebrar com ela um termo de ajustamento de conduta por meio do qual ela se responsabilizaria em investir o valor equivalente à sanção nos sistemas de manutenção da empresa, melhorando assim a qualidade do serviço prestado.

O exemplo supracitado tem potencial de ser mais efetivo que a sanção administrativa no que concerne à qualidade do serviço e ao interesse público. Ademais, a agência continuará com a prerrogativa de aplicar a sanção administrativa em caso de descumprimento do TAC ou quando entender pertinente, sempre respeitando a ampla defesa.

Pelos motivos expostos, confirma-se que a utilização estruturada do TAC tem potencial de melhorar a qualidade do serviço prestado na medida em que (i) canaliza os recursos da empresa para a melhoria de suas instalações e, conseqüentemente, da qualidade do serviço prestado ao usuário; (ii) aumenta a legitimidade do órgão público diante dos administrados; (iii) diminui a judicialização dos casos de sanções administrativas e, conseqüentemente, a sobrecarga sobre os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário. Ademais, (iv) não é necessária alteração de leis ou regulamentos; (v) já é utilizado com sucesso pelo Ministério Público; (vi) seu

descumprimento poderá ser punido; e (vii) a imposição de sanção continuará sendo uma prerrogativa da Administração.

Portanto, a ação fiscalizatória baseada no conceito de risco e de responsividade, associada ao uso estruturado dos temas de ajustamento de conduta, poderá melhorar a qualidade do serviço prestado, sempre com foco no interesse público e na supremacia do interesse público sobre o privado.

## CONCLUSÃO

O direito administrativo sancionador, localizado na fronteira entre o direito administrativo e o direito penal, é um importante instrumento para regular a conduta das empresas que desempenham determinada atividade, disciplinando direitos, sempre com foco no interesse público.

O Estado brasileiro delegou a particulares, por meio de concessão, permissão ou autorização, a exploração de diversas atividades econômicas. Essa “privatização” da execução exigiu um aprofundamento da publicização das atividades de regulação e fiscalização. Assim, o direito administrativo sancionador tornou-se essencial para o cumprimento pelas empresas das normas cada vez mais complexas dos setores explorados.

As agências reguladoras, como órgãos da administração indireta, após a década de 1990 foram alçadas a uma posição de destaque nas atividades de regulação e fiscalização, sendo a aplicação de sanções administrativas uma de suas atribuições. As agências, criadas por lei, aplicam o poder de polícia nas fases de delegação de serviços por autorizações e no momento de imposição de restrição a direitos. Ademais, as agências também possuem amplo poder regulamentar, limitado pelo ordenamento jurídico.

O serviço de geração de energia elétrica no Brasil é explorado por empresas privadas e estatais, que devem seguir o complexo arcabouço jurídico normativo setorial, sob fiscalização da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia – MME.

A ANEEL, por meio de sua Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Geração é responsável por fiscalizar as empresas do setor de geração de energia. Uma de suas atribuições é aplicar as sanções aos administrados, sempre por meio do devido processo legal e com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

As sanções administrativas aplicadas pela ANEEL estão fundamentadas na Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004, que aprovou os procedimentos para regular a imposição de penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, bem

como às entidades responsáveis pela operação do sistema, pela comercialização de energia elétrica e pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais.

Com base na supracitada resolução normativa, a ANEEL pode aplicar aos agentes diversas sanções, tais como advertência, multa, embargo de obras e revogação. Na aplicação de sanções, diversos princípios devem ser seguidos, como o da legalidade, tipicidade, devido processo legal e proporcionalidade.

Ademais, caso não haja uma causa de excludente de responsabilidade, o administrado causador de algum dano estará sujeito ao dever de repará-lo e à aplicação de uma sanção administrativa, sempre respeitando o devido processo legal.

É importante destacar que as sanções administrativas representam um importante instrumento para assegurar que as regras do setor elétrico estão sendo cumpridas. Contudo, isoladamente, não são capazes de garantir a qualidade do serviço público prestado, no caso, o serviço de geração de energia elétrica.

Quando se analisa, por exemplo, o cenário dos empreendimentos em implantação no Brasil, verifica-se que as multas aplicadas isoladamente têm baixo potencial de inverter a tendência de atraso na conclusão das obras. As dificuldades de estruturação financeira das empresas, por si só, representam um árduo caminho para a viabilização dos empreendimentos. Assim, a fiscalização, utilizando-se de técnicas de mapeamento de risco e tomando decisões a partir de indicadores, monitora a implantação das usinas de forma a contribuir na superação dos obstáculos para a implantação e operação das usinas.

Ressalta-se, entretanto, que o foco da Administração Pública não deve ser aplicar sanções, mas sim garantir a qualidade do serviço prestado pelos administrados aos usuários finais. O Estado, como titular do serviço, deve exigir do concessionário, permissionário ou autorizado que o serviço delegado seja prestado da melhor forma possível e com modicidade tarifária. Assim, a utilização do termo de ajustamento de conduta, associado à aplicação de sanção, poderá ser mais efetivo no alcance desses objetivos.

O uso do TAC, contudo, exigiria uma mudança cultural no enfoque da ação fiscalizatória, que se concentraria bem mais no resultado da ação, mudança esta que está em curso.

Ressalta-se que as sanções administrativas, principalmente as pecuniárias, retiram, muitas vezes, os recursos financeiros que poderiam ser utilizados para a melhoria das instalações da empresa e, conseqüentemente, do serviço público prestado.

Assim, o uso do termo de ajustamento de conduta – TAC, em substituição às sanções administrativas, seria benéfico para o interesse público na medida em que a Administração pactuaria com o administrado o valor equivalente da multa em investimento na própria empresa, com o objetivo de corrigir a irregularidade e, portanto, melhorar a qualidade do serviço prestado.

Além disso, o TAC, já está devidamente regulamentado no sistema jurídico brasileiro, entre eles na ANEEL, sendo que sua utilização aumentaria a legitimidade do Poder Público frente aos administrados e diminuiria os processos administrativos sancionadores judicializados.

Além disso, o TAC já é utilizado com sucesso pelo Ministério Público, sendo que não há motivos para que não seja utilizado, também, pela Administração Pública. Ainda, a prerrogativa de aplicação de sanção em caso de descumprimento do TAC, ou quando entender pertinente continuará com a Administração Pública.

Portanto, a sanção administrativa, por si só, não melhorará a qualidade do serviço público prestado, ainda que seja um importante instrumento para garantir a conformidade regulatória, contribuindo para que as regras do setor sejam cumpridas, e se garanta a devida prestação do serviço de geração de energia elétrica no Brasil. Contudo, o termo de ajustamento de conduta poderia ser utilizado com maior intensidade em substituição às sanções administrativas em razão de sua maior efetividade para a melhoria da qualidade do serviço prestado, sempre com foco no bem-estar coletivo e na indisponibilidade do interesse público.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: *Lumem Juris*. 2009.

FERNANDES, Eduardo Rossi. **As sanções administrativas aplicadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica– ANEEL: Um estudo sobre a regulamentação e as práticas da Agência**. 2013. Dissertação (Mestrado em regulação) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Guerra, Sérgio. **Agências Reguladoras: Da organização administrativa à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Guerra, Sérgio. **Discricionariedade, Regulação E Reflexividade: Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

IORIO ARANHA, Márcio. **Manual de Direito Regulatório**. Londres: Laccademia Publishing, 2014.

JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Forense, 1979.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1993.

ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa ANEEL nº 63, de 12 de maio de 2004**. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2004063.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica. **Acompanhamento da Expansão da Oferta de Geração de Energia Elétrica**. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/acompanhamento-da-expansao-da-oferta-de-geracao-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica. **Banco de Informações de Geração**. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/AgenteGeracao/agentegeracao.cfm>>. Acesso em: 21 abr. 2016.