

1. INTRODUÇÃO

Em sua 47ª Reunião Ordinária de Diretoria, ocorrida em dezembro de 2015, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), resolveu reabrir a Audiência Pública nº 77, instaurada originariamente no ano de 2011, a qual tinha por objetivo colher subsídios para a revisão da Resolução Normativa da ANEEL nº 63, do ano de 2004. Citada Resolução “aprova procedimentos para regular a imposição de penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, bem como às entidades responsáveis pela operação do sistema, pela comercialização de energia elétrica e pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais”.

As sugestões e objeções que podem ser feitas à minuta de resolução submetida à audiência pública não podem obscurecer a constatação fundamental, qual seja, de que a iniciativa da ANEEL é, sob todos os aspectos, louvável e exemplar.

Ainda que sejam muito comuns afirmações grandiloquentes acerca da inadmissibilidade, na prática administrativa brasileira, da falta de transparência, da ausência de motivação e do não cabimento de quaisquer arroubos de autoritarismo ou mesmo de unilateralismo injustificado na ação administrativa, nem sempre a realidade corresponde ao discurso.

E tais falhas se fazem sentir com particular intensidade nas ocasiões em que está em jogo a mais severa das atividades administrativas – a atividade sancionatória.

Nesse campo, nem sempre o administrador dá a conhecer ou sequer admite dialogar com o destinatário de suas normas sobre suas pretensões punitivas em abstrato. Se o *due process* é uma exigência incontornável para se chegar à punição de um agente específico, raras vezes ele é observado neste momento prévio, de formulação da norma que será futuramente utilizada para punir.

Por isso, diz-se que a iniciativa da ANEEL, de (re)abrir uma audiência pública e, mais ainda, de submeter previamente à discussão a própria norma, é louvável e exemplar.

Ser, porém, digna de elogio à iniciativa, não significa que as propostas feitas na minuta de resolução sejam incapazes de melhorias ou mesmo que não contenham equívocos. Aliás, é justamente a possibilidade de que imperfeições existam que leva o regulador à abertura de uma audiência pública

como a presente. A ANEEL já deu mostras de que, ao convocar os interessados para discutir certa regulação, não pretende, simplesmente, cumprir um rito, mas está, antes, levando a sério as sugestões e críticas que recebe.

2. OBJETO E FUNÇÃO DA COMPETÊNCIA DA ANEEL EM TEMA DE SANCIONAMENTO DOS AGENTES DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

Diversos dispositivos do ordenamento jurídico reconhecem e consagram o poder sancionador a diferentes entes, órgãos e pessoas jurídicas que integram o universo administrativo do Estado.

Para além de diferenças estruturais, orgânicas ou outras características acessórias, o elemento fundamental que individualiza cada entidade integrante da Administração Pública e que a distingue das demais é sua competência, entendida como o conjunto de aptidões ou capacidades jurídicas que o ente possui, relativamente a um determinado objeto, para a realização de um determinado fim (para o qual foi criado).¹ É justamente este conceito que está na base da ideia da ação administrativa como função.

O tipo de competência administrativa punitiva que está em exame aqui tem natureza instrumental (com relação à sua competência regulatória) e se insere no âmbito de certas relações jurídicas especiais (*i.e.*, estabelece-se em face dos agentes setoriais e não de quaisquer privados que travam relações com a autarquia).

A ANEEL, como pessoa jurídica administrativa (autarquia), entra em diversas relações jurídicas com os mais variados sujeitos: mantém vínculos de natureza pública com o Poder Concedente (União) e com outros órgãos e outras pessoas administrativas (*v.g.*, agências estaduais, Tribunal de Contas da União); assume privados, pessoas físicas, na qualidade de funcionários; contrata terceiros para a realização de tarefas necessárias à sua organização interna (compras, fornecimentos, serviços de limpeza, informática etc.).

Também trava com certas pessoas uma relação específica, que é, pode-se dizer, o objeto central de sua competência (sua própria razão de ser, como ente administrativo). Está-se, aqui, no âmbito dos agentes do

¹ Caracterização inspirada em Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 25. ed., Malheiros: São Paulo, p. 144.

setor elétrico, titulados como concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica. De conformidade com esta multifacetada presença e atuação, o poder sancionatório da Agência não é o mesmo em todos esses casos. Interessa-nos apenas esse último.

Quanto a isso, a competência da ANEEL é estabelecida *ratione materiae* – o conjunto todo dos “serviços e instalações de energia elétrica”, ex vi art. 21, inc. XII, b da Constituição Federal – e abrange um universo de aptidões, relativamente a este objeto, esparsas por vários dispositivos das leis e regulamentos setoriais, mas que tem sua principal sede nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.427/1997 e no art. 4º do respectivo regulamento, o Decreto nº 2.335/1997.

Fazendo-se uma análise global das normas de competência da ANEEL, constata-se, sem maiores dificuldades, que a sua função primordial é dispor normas jurídicas (por via de atos administrativos normativos como são as resoluções) que implementam as escolhas normativas mais gerais feitas pelo Poder Concedente (União Federal); além disso, tem o dever de acompanhar continuamente a observância destas normas pelos agentes do setor elétrico brasileiro (fundamentalmente, as pessoas jurídicas titulares de concessão, permissão e autorização).

A espinhosa distinção entre “regulação”, de um lado, e “diretrizes” ou “políticas”,² de outro, é tema que não nos deve ocupar, sendo suficiente para os propósitos presentes fixar este ponto, que pode ser assim sintetizado: a competência primária da ANEEL em face dos agentes do setor elétrico é a de produzir normas jurídicas e conduzir atividades de acompanhamento das atividades que realizam tudo com o fim de garantir a conformação em abstrato (normativa) e a realização em concreto (fática) do serviço adequado (de que fala o art. 6º da Lei nº 8.987/1995),³ tal como manifestado nas normas jurídicas editadas por ela e pelo Poder Concedente (por distintos veículos, como leis, decretos, portarias, resoluções etc.).

² A melhor distinção – por mais segura – parece ser aquela que se vale de um critério *formal*, pouco respeitado hoje em dia, que faz referência à hierarquia das fontes do Direito: *grasso modo*, “políticas” e “diretrizes” deveriam ser veiculadas por meio de leis e, residualmente, por decretos. Já a regulação propriamente dita seria implementada por meio de atos administrativos normativos, como portarias (quando fosse o caso) e, sobretudo, atos da ANEEL (resoluções, cfe. a sistemática adotada hoje em dia).

³ Rigorosamente, o art. 6º aplica-se apenas à parcela das atividades do setor elétrico que tipifica *serviço público*, dado o alcance da Lei nº 8.987/1995. Em termos mais *latos* e didáticos, porém, nada impede que se resuma a competência da ANEEL a partir deste dispositivo.

Regulação e fiscalização resumem as competências primárias da ANEEL em face do setor elétrico. A sua – inegável – competência punitiva é delas um elemento instrumental e se orienta pelo que pode – e não pode – fazer a ANEEL em tema de regulação e fiscalização.

Em razão dessa inegável vinculação teleológica entre a capacidade punitiva da agência e sua competência “primária”, pode-se falar, para referir o *ius puniendi* específico da ANEEL, de um Direito Administrativo sancionador regulatório setorial incidente sobre estes sujeitos específicos (concessionários, permissionários e autorizados) – sem que se negue a competência punitiva da ANEEL em outros âmbitos que aqui não entram em linha de consideração.

Por se tratar de uma competência punitiva regulatória setorial, o principal objetivo que deve ela perseguir é a manutenção da ordem jurídica nesta esfera específica, *i.e.*, no plano da regulação do setor elétrico.

Sem que nisso vá qualquer demérito, a ANEEL não é a guardiã, nesse plano específico, de valores administrativos em abstrato, ou mesmo aplicados a esferas que não digam respeito à boa realização dos serviços e das instalações de energia elétrica. Não é, por exemplo, tarefa sua sancionar atos atentatórios à moralidade administrativa enquanto tal; ou punir atentados à boa-fé no plano da relação entre os sujeitos do setor elétrico, a menos que os atentados a tais valores tragam prejuízo ao serviço adequado.

Sua orientação punitiva é, pois, de nítido cunho pragmático. É voltada aos resultados que tal ação é capaz de produzir para garantir a observância da boa ordem setorial, a qual é avaliada não sob uma perspectiva abstrata, mas tal como desenhada pelas normas jurídicas e regulatórias editadas previamente (não é possível sancionar comportamentos que não infrinjam norma prévia e que, sobretudo, não tenham prévio tipo punitivo, apenas porque tais condutas não são aquelas reputadas as melhores pelo regulador) e estabelecida empírica e objetivamente (o serviço adequado é, em primeiro lugar, uma realidade empírica, mensurável por padrões objetivos e não, preponderantemente, por meio da valoração ética da conduta do agente).

Em síntese: a tipificação possível de condutas passíveis de sancionamento – e o próprio sancionamento, de consequência – há de guardar direta relação com valores e elementos ligados à boa execução dos serviços de energia elétrica, e não mais. Para garantir a repressão de condutas que violam outros valores e bens reputados preciosos (para outros fins), há outras instâncias.

Uma segunda ideia geral que convém citar é que, por ser de cunho regulatório setorial, o *ius puniendi* da ANEEL tem um determinado alcance subjetivo bem preciso, voltado aos agentes que detêm instalações e realizam serviços de energia elétrica, entendidos como tais aqueles sujeitos titulares de concessão, permissão ou autorização; ou que, por previsão legal, realizam tarefas instrumentais à geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica (ONS e CCEE).

Novamente: não é tarefa da Agência punir condutas, mesmo que delituosas, de sujeitos que agentes setoriais não são (ao menos no plano do sancionamento da regulação). Falta a esses últimos a capacidade infratora.

Por fim, uma terceira nota sugerida pela ideia de um Direito Administrativo sancionador da regulação diz respeito à necessidade de se reconhecer à ANEEL maiores poderes transacionais, em matéria de punição.

Manifestações concretas disso seriam, por exemplo, a maior abertura à possibilidade de mudar determinadas penas por medidas de melhoria e incremento do serviço (para além de certas metas estabelecidas regulamentariamente); atenção à dosimetria de multas e sanções de inaptidão para contratar, de modo a evitar a inviabilização ou obstaculização da execução do próprio serviço prestado, dentre outras possibilidades.

3. DA APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.846/2013 NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DA REGULAÇÃO

Muito embora incida em face da ANEEL e dos agentes setoriais, a Lei nº 12.846/2013 tem um objetivo específico – que não é relativo ao serviço (administrativo) adequado – e uma organização específica, circunstâncias que a tornam um microssistema punitivo. Em sendo assim, o sancionamento setorial ou da regulação (de que cuida a minuta de resolução) deveria manter-se distinto desse microssistema. Ele é suficientemente completo para não necessitar ser incorporado a qualquer outro (sub)ordenamento punitivo.

Caso se entenda por sua recepção no plano específico do sancionamento da punição regulatória, ela deve ocorrer cercada de cuidados e em atendimento a certas condições. Em particular:

(i) Quanto à responsabilização das pessoas físicas:

- O dispositivo referido pela ANEEL para alcançar sócios, administradores ou outras pessoas físicas de qualquer modo relacionadas com o agente

infrator, art. 3º da Lei nº 12.846/2013, não serve ao propósito de punir, com as sanções da Lei Anticorrupção, tais pessoas. Sua aplicação, *in casu*, a par de ter origem em compreensão inadequada de seu alcance, vulneraria, por exemplo, as exigências de pessoalidade ou intrascendência da pena. A única hipótese de sancionamento de pessoas físicas sob a Lei nº 12.846/2013 ocorre por meio da desconsideração da personalidade jurídica. E essa desconsideração se aplica apenas para os tipos listados no art. 5º da Lei e sob as condições estritas estipuladas no seu art. 14, as quais giram em torno de hipótese dificilmente configurável no âmbito setorial, relativa ao abuso de direito (criação da pessoa jurídica para o fim precípuo de beneficiar ilicitamente as pessoas físicas).

- Em termos mais gerais, fora dos limites estreitos do art. 14, a ANEEL não possui competência para punir pessoas físicas, por falta de autorização legal para aplicar a teoria da *disregard* e por falta de capacidade infratora destes sujeitos que, não sendo agentes do setor elétrico, não têm capacidade para praticar os tipos sancionatórios da regulação.

(ii) Quanto ao uso dos tipos (infrações) da Lei nº 12.846/2013 (art. 5º) para fins de sancionamento da regulação:

- A ANEEL somente deverá utilizá-los em face dos agentes setoriais quando os atos típicos configurarem atentados ao serviço adequado e desde que observe, para estes tipos, as penas e o procedimento previsto na Lei (e não outros, eventualmente previstos na minuta de resolução).
- As infrações ou os delitos da lei não podem servir à criação, pela ANEEL, de outros tipos, “derivados” ou “adaptados”, por interpretação analógica, aos quais pretenda a Agência aplicar mecanismos e institutos da Lei nº 12.846/2013 (proibição de analogia, que não se confunde com mera interpretação ampliativa). A ANEEL pode se observar certas exigências, criar novos tipos “a exemplo” daqueles da Lei Anticorrupção, mas não lhes pode fazer incidir penas e procedimentos do diploma legal. Dentre essas exigências a serem seguidas, está aquela de adotar um especial cuidado para não incidir na vedação do *bis in idem*, em particular, no âmbito do sancionamento das infrações a princípios (normas dotadas de alta carga de generalidade e suscetíveis de diferentes concreções).
- Em particular, o tipo previsto no inc. V, do art. 5º da Lei – e reproduzido, com ligeiras modificações na minuta de resolução – há de ser interpretado estritamente, sob pena de se criminalizar injustificadamente quaisquer relações da Agência com seus regulados.

Para justificar essas assertivas, convém reproduzir os dispositivos da minuta de resolução que pretendem incorporar elementos da Lei nº 12.846/2013 ao processo punitivo da ANEEL. São eles:

Art. 11. Constitui infração, sujeita à imposição da penalidade de multa do Grupo IV: (...)

XII – criar óbice ou dificuldade ao acesso às instalações ou à disponibilização de documentos ou a quaisquer outras fontes de informação necessárias à atividade de fiscalização da ANEEL;

§ 2º No caso da infração prevista no inciso XII deste artigo, serão responsabilizadas, além da pessoa jurídica infratora, os dirigentes ou administradores, ou qualquer pessoa natural, autora, coautora ou participante do ato ilícito, nos termos dos arts. 2º e 3º c/c art. 5º, V, da Lei nº 12.846/2013.

Art. 12 Constitui infração, sujeita à imposição da penalidade de multa do Grupo V: (...)

VIII – prestar declarações ou informações inverídicas à ANEEL, falsificar, adulterar, inutilizar, simular ou alterar registros e escrituração de livros ou outros documentos exigidos no contrato de concessão ou permissão e/ou na legislação aplicável, ou financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos na Lei nº 12.846/2013;

IX – utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos ilícitos praticados;

X – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a servidor ou preposto da ANEEL, ou a terceira pessoa a ele relacionada; (...).

XIV – praticar conduta uniforme ou concertada que atente contra ou prejudique o desenvolvimento normal das operações do mercado de energia elétrica;

XV – simular competição em conluio com outro agente ou entidade com quem possua cooperação de qualquer natureza;

XVI – efetuar contratação simulada com o fim de frustrar objetivo ou forma estabelecido nas normas vigentes;

§ 1º No caso das infrações previstas nos incisos VIII, IX, X, XIV, XV e XVI deste artigo, serão responsabilizadas, além da pessoa jurídica infratora, os dirigentes ou administradores, ou qualquer pessoa natural, autora, coautora ou participante do ato ilícito, nos termos do art. 3º c/c art. 5º da Lei nº 12.846/2013.

§ 2º Nas hipóteses do parágrafo anterior, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, enquanto as pessoas naturais o serão na medida de sua culpabilidade no ato ilícito.

Deixando de lado as circunstâncias específicas que levaram à edição da Lei nº 12.846/2013 e seu regulamento, o Decreto nº 8.420/2015,⁴ e

⁴ Sobre o contexto de criação, v. Juliano Heinen, *Comentários à Lei Anticorrupção*, Fórum: Belo Horizonte, 2015, p. 24 e segs. Também, Fernanda Marinela, Fernando Paiva e Tatiany Ramalho,

limitando a análise apenas às questões que mais de perto importam para o presente artigo, tem-se o seguinte panorama.

Em primeiro lugar, a norma deixa claro, logo de início, contra quem, primordialmente, se dirige, e a quem protege (determinação subjetiva).⁵ Nos termos do art. 1º, a Lei nº 12.846/2013 volta-se às pessoas jurídicas que, tendo incidido em algum dos tipos do seu art. 5º, atentaram contra certos valores ou bens jurídicos relacionados com a Administração Pública (nacional ou estrangeira), entendido este conceito em sua maior extensão.⁶

Em segundo lugar, dúvida não há de que a Lei manifesta o exercício do *ius puniendi* estatal e não a disciplina do ressarcimento ou da reparação de dano, cfe. arts. 6º, § 3º e 13 da Lei.

Questão mais delicada – que mais reforça a exigência de uma cautelosa recepção desta norma no âmbito da competência punitiva regulatória da ANEEL – diz respeito à natureza do sancionamento.

Nada obstante as expressas referências legais à natureza administrativa e civil da punição estabelecida pela Lei, necessário considerar tratar-se de norma penal (ou penal-administrativa e não meramente administrativa),⁷ razão pela qual advogam uma aplicação – e interpretação – da Lei bastante restritiva e estrita, vedando-se, por exemplo, interpretação extensiva de seus preceitos e mesmo uso da analogia na configuração de seus tipos e suas penas.

Lei Anticorrupção, Saraiva: São Paulo, 2015, p. 18 e segs., com amplas indicações sobre os antecedentes diretos e remotos da Lei nº 12.846/2013, inclusive no plano internacional.

⁵ Alguns aspectos da determinação subjetiva podem gerar certas dúvidas ou perplexidades, mas não são diretamente relevantes para os propósitos presentes. Sobre eles, v. Juliano Heinen, *cit.*, p. 45 e segs.

⁶ A partir dos elementos basicamente fornecidos pelo art. 37, *caput*, da Constituição de 1988, a Administração Pública pode ser entendida como o conjunto de estruturas vinculadas às entidades federativas (União, Estados, DF e Municípios), de modo direto (órgãos e demais estruturas organizativas internas dessas entidades federativas) ou indireto (i.e., órgãos e demais estruturas organizativas das autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e fundações – cf. art. 37, XIX e XX, CF 1988), no âmbito dos três Poderes (sobretudo, e institucionalmente, no âmbito do Poder Executivo), e que exercem primordialmente funções público-administrativas, i.e., uma ampla gama ou feixe das mais diversas e diferentes atividades originariamente estatais e que não constituem legislação, jurisdição ou política, sob um regime jurídico básico de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

⁷ Veja, por exemplo, Modesto Carvalhosa, *cit.*, p. 34.

Quanto ao regime de responsabilidade, nota-se que a Lei nº 12.846/2013 distanciou-se expressamente da regra geral do direito sancionatório, adotando a responsabilidade objetiva (art. 2º).⁸ Vale dizer: configurada alguma das condutas listadas em um dos cinco incisos do art. 5º, ofendido algum dos bens jurídicos indicados no *caput*, no interesse ou benefício do agente, a punição é devida, independentemente de um juízo de culpabilidade (*lato sensu*: dolo ou culpa *stricto sensu*) do infrator.

No que atine às sanções, a Lei prevê, no art. 6º, multas – em valores que variam entre 0,1 a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos – ou publicação extraordinária da decisão condenatória.

Por fim, o tipo e a sanção são relacionados entre si em um procedimento administrativo punitivo bastante específico, estabelecido detalhadamente na Lei nº 12.846/2014 (arts. 8º e segs.) e regulamentado pelo Decreto nº 8.420/2015. Dentre as notas características de tal procedimento estão, por exemplo: a competência da autoridade administrativa máxima do ente lesado para instaurá-lo (art. 8º, *caput*); a possibilidade de avocação do caso pela Controladoria Geral da União (CGU) –cfe. art. 8º, § 2º –; a condução do procedimento por uma comissão formada por funcionários estáveis (art. 10) etc.

Essas sucintas anotações são suficientes para mostrar que a Lei nº 12.846/2013, forma um “microsistema” punitivo na esfera administrativa, pois articula de modo concatenado e orgânico: (i) os sujeitos aos quais se destina; (ii) os atos ilícitos que constrói; (iii) os valores ou bem jurídicos que protege; (iv) a natureza do nexa entre conduta e tipificação (objetiva); (v) as penas específicas; e (vi) o procedimento a ser observado.

Por fim, e como fechamento desse microsistema, a finalidade da Lei, apontada de modo uníssono pela doutrina,⁹ é combater o que infelizmente é um mal endêmico no Brasil, ou seja, a corrupção, entendida como “(...) uma relação social (de caráter pessoal, extramercado e ilegal) que se estabelece

⁸ Não se entram em discussões mais aprofundadas acerca das questões apontadas por Juliano Heinen, *cit.*, p. 70 e segs. e Fernanda Marinella *et al.*, *cit.*, p. 67 e segs.

⁹ A Lei nº 12.846/2013 insere-se como microsistema em um ordenamento mais amplo de tutela da Administração Pública e de punição de condutas atentatórias a ela e aos valores que incarna. Estão-lhe próximas as Leis indicadas por Juliano Heinen, *cit.*, p. 31. Em sentido semelhante a quanto dito por Modesto Carvalhosa, veja-se Juliano Heinen, *cit.*, p. 41; Fernanda Marinella, *cit.*, p. 17 e segs.

entre dois agentes ou dois grupos de agentes (corruptos e corruptores), cujo objetivo é a transferência de renda dentro da sociedade ou do fundo público para a realização de fins estritamente privados. Tal relação envolve a troca de favores entre os grupos de agentes e geralmente a remuneração dos corruptos ocorre com o uso de propina ou de qualquer tipo de *pay-off*, prêmio ou recompensa”.¹⁰

É importante enfatizar esse aspecto porque há descrições de condutas típicas na Lei nº 12.846/2013 que, em sua literalidade, parecem guardar remota ou nenhuma relação com este fenômeno social, o que poderia ensejar o entendimento (equivocado) de que se pode fazer uso deste diploma legal afastado do plano da corrupção. Tal, porém, não há de ser admitido, na medida em que a interpretação desses dispositivos há de levar em conta o que se poderia qualificar como a *ratio* da Lei nº 12.846/2013:

Isto posto, a *ratio* da presente Lei é de punir administrativamente (Capítulo IV) e responsabilizar judicialmente (Capítulo VI), as pessoas jurídicas por terem contribuído para a prática de atos de corrupção que devastam o Estado e a coletividade, pelas nefastas consequências morais, sociais e políticas dessa promiscuidade delituosa.¹¹

Mais uma vez, e agora pelo ângulo da teleologia, verifica-se quão delicada deve ser a operação de transposição da Lei nº 12.846/2013, para o plano do sancionamento da regulação. Em sua configuração própria, tal Lei não tem preocupação direta e imediata com o valor ou bem jurídico fundamental que justifica a ação punitiva da ANEEL e a informa, qual seja, o já mencionado “serviço adequado de energia elétrica”.

Diante desses elementos e do que se disse antes sobre a competência sancionatória da ANEEL, parece recomendável, como medida de boa política sancionatória, **manter separado o plano punitivo da corrupção do plano punitivo dos atentados ao serviço adequado**, sem que se negue, por certo, a incidência da Lei nº 12.846/2013 em face da ANEEL, como se passa a ver.

¹⁰ Definição da Corregedoria Geral da União (CGU).

¹¹ Modesto Carvalhosa, *cit.*, p. 86.

3.1. A ANEEL em Face da Lei nº 12.864/2013

Reitere-se: dúvida não há de que a Lei nº 12.846/2013 também se destina à ANEEL, sendo ela uma autarquia (Administração Indireta).

A sua incidência se dará em dois âmbitos distintos.

Um primeiro – que pouco interessa aqui – diz respeito à posição da ANEEL como “pura” Administração Pública, *i.e.*, como ente que, qualquer que seja a sua competência específica, realiza licitações e contratos administrativos para dotar-se de meios para funcionar, contrata pessoal para compor seu quadro funcional, realiza procedimentos internos de auditoria e fiscalização e lida com dinheiros públicos. Essas atividades envolvem, em maior ou menor grau, o contato da autarquia com sujeitos privados, inclusive pessoas jurídicas, circunstância que traz à consideração as normas da Lei nº 12.846/2013.

O segundo âmbito diz respeito à incidência dessa mesma lei em face da ANEEL, em sua qualidade e atividade de ente regulador e fiscalizador dos serviços e das instalações de energia elétrica. Este é o ângulo que importa.

E, quanto a isso, há que se dizer, em primeiro lugar, que todos os agentes setoriais estão obrigados, em suas relações com a ANEEL, a observar os comandos – e a não cometer os ilícitos – previstos na Lei nº 12.846/2013. Na medida em que esses sujeitos são pessoas jurídicas e têm relações contínuas e intensas com a autarquia, não é de se excluir que possam praticar atos tipificados em algum dos incisos do art. 5º e lesivos a algum dos bens jurídicos apontados em seu *caput* (patrimônio público, princípios da administração pública ou compromissos internacionais assumidos pelo Brasil).

O ponto, porém, que pode suscitar discussão diz respeito à conveniência, ou mesmo correção jurídica, de recepcionar esse sancionamento no âmbito específico da disciplina punitiva da regulação, tal como foi ela delineada anteriormente.

Isso porque, os objetivos da Lei nº 12.846/2013 não são os mesmos que orientam o sancionamento das atividades que atentam contra a regulação. Como visto, a preocupação da Lei é com o fenômeno da corrupção, que degrada o patrimônio nacional ou os princípios da boa administração; a preocupação da ANEEL, *in casu*, é com a manutenção da boa prestação dos serviços e das instalações de energia elétrica. Essa distinção de objetivos sugere manter distintas as duas competências sancionatórias, inclusive porque a penalização dos ilícitos previstos na Lei nº 12.846/2013 é completamente diversa daquela prevista na minuta de resolução. Penas e procedimentos não são harmônicos, visto que os objetivos não são os mesmos.

É certo que se poderia entender – e essa parece ser a posição da ANEEL – que atos de corrupção são, em alguma medida, lesivos ao serviço adequado.

Com todo o respeito que merece, discorda-se desse entendimento, na medida em que ele acaba por confundir a específica razão de ser de duas competências sancionatórias da Agência – combate à corrupção e a ofensas ao serviço adequado, tendo, por efeito, reduzir a importância de um e de outro. De qualquer sorte, esse não parece ser o entendimento da ANEEL, que, em sua minuta de resolução, pretendeu receptionar e funcionalizar a Lei nº 12.846/2013 à disciplina sancionatória da regulação dos serviços e das instalações de energia elétrica.

3.2. A Responsabilização das Pessoas Físicas no Âmbito da Lei nº 12.846/2013 e da Minuta de Resolução

Quanto a esse problema, a doutrina afirma o que, de resto, está expresso na Lei (art. 1º):

O sujeito ativo dos delitos tipificados na presente Lei é a pessoa jurídica, não se podendo falar em iniciativa delituosa dos seus dirigentes e funcionários. (...) Não há, portanto, autoria mediata da pessoa jurídica e imediata de seus gestores ou de terceiros, pessoas físicas.¹²

Em todo o caso, pretende a ANEEL alcançar as pessoas físicas de algum modo relacionadas com a pessoa jurídica infratora, nos ilícitos que relaciona com a Lei nº 12.846/2013. Vale-se, para tanto, expressamente, do art. 3º desta norma:

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.¹³

¹² Modesto Carvalhosa, *cit.*, p. 69. Ainda segundo este autor, também não se aplica à Lei a teoria do Domínio do Fato.

¹³ Sobre o elemento específico da culpabilidade, Fernanda Marinela, *cit.*, p. 75, suscita questão importante (que, porém, não está em questão aqui): “Ressalte-se, porém, por relevante, que assim como tem sido interpretada a Lei de Improbidade Administrativa quanto à respon-

Ocorre que, como se depreende de sua leitura, o art. 3º não está a impor a aplicação do microsistema punitivo da Lei nº 12.846/2013 às pessoas físicas que menciona. Ou, mais concretamente, não está a afirmar que tais sujeitos jurídicos possam ter contra si aplicadas as penas do art. 6º da Lei. Seu alcance e propósito são outros.

O que, em verdade, o dispositivo faz é remeter a eventual punição das pessoas físicas a um distinto ambiente normativo – direito comercial, da empresa, penal ou civil – no qual a conduta que tais pessoas tiveram e que levou a pessoa jurídica a incorrer em algum dos tipos do art. 5º, será analisada e, se for o caso, punida, segundo as exigências e os padrões próprios deste distinto ordenamento sancionatório – inclusive com distinto procedimento e diversas penas.

Por outras palavras: se o ato praticado pela pessoa física que levou ao enquadramento da pessoa jurídica sob a Lei nº 12.846/2013 for tipificado e tido por punível por norma de outro ordenamento punitivo, o sancionamento da pessoa jurídica a quem foi imputado o ato, para os fins da Lei Anticorrupção, não impede o sancionamento da pessoa física.

A doutrina vai nessa direção:

Importante anotar que as pessoas físicas que praticarem atos lesivos à Administração Pública não estão sujeitas à Lei Anticorrupção que expressamente somente é aplicada às pessoas jurídicas. O presente artigo [3º] apenas reitera a teoria de que as pessoas físicas e jurídicas são independentes e cada qual responsável pelos atos praticados.¹⁴

Em todas as hipóteses, inclusive da coautoria de que fala o art. 3º, o delito praticado pela pessoa física remete às leis, aos procedimentos e a instâncias diversas daquela ora instituída, como reiterado.¹⁵

Veja-se que não se está aqui sequer tratando do princípio da incomunicabilidade de instâncias, visto que não se trata de uma só pessoa punida em duas esferas (civil e administrativa ou administrativa e penal etc.), mas de duas pessoas punidas por dois atos jurídicos distintos (ainda que provenientes de um mesmo ato físico).

sabilização dos agentes públicos, entende-se que somente poderão ser responsabilizados os dirigentes e administradores de pessoas jurídicas que agirem orientadas pelo **dolo específico** de lesionar a Administração Pública nacional ou estrangeira, não sendo alcançando os inábeis e imperitos. Esse tem sido o entendimento atual dos Tribunais Superiores.

¹⁴ Fernanda Marinela, *cit.* p. 73.

¹⁵ Modesto Carvalhosa, *cit.*, p. 69.

Tal como se encontra, a punição pretendida (aplicação das penas da Lei nº 12.846/2013 previstas para as pessoas jurídicas também às pessoas físicas, com base no art. 3º da Lei, cfe. art. 11, § 2º e art. 12, §§ 1º e 2º da minuta de resolução) atenta contra o consagrado princípio da impessoalidade ou “intranscendência” da pena.

Tal princípio encontra-se expresso no art. 5º, XLV da Constituição de 1988: “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido*”. Esse princípio se reforça com o dispositivo constitucional seguinte, que prevê, inclusive como consequência lógica do inciso XLV do art. 5º, a obrigatoria “**individualização** da pena” art. 5º, XLVI da Constituição de 1988, pressupondo, portanto, que cada pessoa responde até o limite de seus próprios atos. Excepcionalmente, e desde que cumpridos determinados requisitos formais previstos expressamente no art. 5º, XLV, CF 1988, admite-se a chamada transmissibilidade (ou a transcendência) da infração a terceiros.¹⁶

No âmbito administrativo sancionador, esse princípio está manifestamente consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça,¹⁷ assim como na doutrina especializada:

¹⁶ Excepcionalmente, e desde que cumpridos determinados requisitos formais previstos expressamente no art. 5º, XLV, CF 1988, admite-se a chamada transmissibilidade (ou a transcendência) da infração a terceiros.

Mas isso também significa que a introdução de uma norma de exceção à pessoalidade/intranscendência não está à disposição da Administração Sancionadora, uma vez que a transmissibilidade ou transferência da pena da pessoa do infrator (no caso do setor elétrico: de uma pessoa concessionária, permissionária ou autorizada) para terceiros (incluídos aqui os agentes pessoas físicas dessas concessionárias, permissionárias ou autorizadas) somente pode ser efetuada “nos termos da lei”, isto é, nos termos de uma **lei parlamentar**, i.e., uma lei em sentido formal.

Logo, fica excluída pela Constituição de 1988 qualquer possibilidade de uma norma administrativa de caráter regulamentar (inclusive o Decreto do Presidente da República, e com maior razão ainda uma Resolução Normativa da ANEEL) dispor sobre matéria de transmissibilidade ou transferência de pena/sanção administrativa.

¹⁷ STF (AC-QO 266, j. 27/5/2004, in DJU 28/10/2004, p. 36) CADIN (LEI Nº 10.522/2002) – As consequências gravosas resultantes do ato de inscrição no CADIN (Lei nº 10.522/2002), por configurarem limitação de direitos, não podem ultrapassar a esfera individual das empresas governamentais ou das entidades paraestatais alegadamente devedoras, que nesse cadastro federal tenham sido incluídas, sob pena de violação ao princípio da intranscendência (ou da personalidade) das sanções e das medidas restritivas de ordem jurídica. Consequente impossibilidade de o Estado-membro sofrer limitações em sua esfera jurídica, motivadas

O princípio da pessoalidade da pena, de natureza constitucional, se estende, em tese, ao Direito Administrativo Sancionador e é um desdobramento do princípio da culpabilidade. Trata-se de direito fundamental inerente ao devido processo legal punitivo. (...) A pena administrativa somente pode atingir a pessoa sancionada, o agente efetivamente punido, não pode ultrapassar de sua pessoa. É certo que esta pessoa pode ser física ou jurídica, não importa.¹⁸

A única possibilidade de aplicação das penas da Lei nº 12.846/2013 à pessoa física está em seu art. 14:

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Neste caso, a pessoa física será enquadrada como incurso em algum dos tipos do art. 5º, processada e penalizada nos termos da Lei nº 12.846/2013. Ocorre, porém, que há condições bem estritas:

- (i) A autorização legal – necessária – vale apenas para os ilícitos tipificados no art. 5º (e não para outros, eventualmente inspirados nesta norma).
- (ii) É necessário que a criação da personalidade jurídica tenha se dado exatamente para permitir ou facilitar a prática dos atos ilícitos. Ela foi apenas um veículo para a fraude ou corrupção desejadas praticar: “facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos”. Deve haver a intenção específica (dolo) das pessoas físicas de usar a pessoa jurídica para a prática dos atos típicos.
- (iii) Não se aplica a quaisquer pessoas físicas meramente relacionadas com a pessoa jurídica (como no caso do art. 3º); apenas os sócios e/ou administradores com poderes de gerência.

Fora dessa, não há outra possibilidade.¹⁹

pela só circunstância de, a ele, enquanto ente político maior, acharem-se administrativamente vinculadas as entidades paraestatais, as empresas governamentais ou as sociedades sujeitas ao seu poder de controle. Precedentes. No mesmo sentido, STF (AC-MC-AgR 3.670, Tribunal Pleno, j. 7/5/2015, in DJe-158 DIVULG 12/8/2015 PUBLIC 13/8/2015).

No STJ, confira-se o Resp. nº 1.251.697-PR, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 12/4/2012.

¹⁸ Fábio Medina Osório, *cit.*, p. 394/395.

¹⁹ Com base nos argumentos que seguem, poderia ser questionada, de modo mais amplo, qualquer pretensão punitiva da ANEEL em face das pessoas físicas, a qual (pretensão punitiva)

Veja-se que falece à ANEEL, quanto às pessoas físicas, competência *ratione personae*, em caráter absoluto (*i.e.*, não lhe é facultado punir pessoas físicas **em qualquer infração setorial**).

Isto porque, suas normas dirigem-se diretamente aos agentes do setor elétrico, *i.e.*, às empresas, pessoas jurídicas. São elas os agentes legitimados a explorar serviços e instalações de energia elétrica (na qualidade de concessionários, permissionários ou autorizados) e são elas que, de consequência, praticam os atos setoriais.²⁰

A corroborar esse entendimento, o próprio dispositivo sobre o qual a minuta de resolução está assentada, neste ponto específico, não deixa margem a dúvidas quanto aos destinatários da punição a ser aplicada pela ANEEL:

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

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

Vista sob outra perspectiva, pode-se dizer que não possuem as pessoas físicas **capacidade infratora**. Com efeito, “para que alguém seja imputável, passível de determinado modelo de responsabilização há de preencher certos requisitos, geralmente fixados em campo legislativo, mas também aceitos como reconduzíveis à ordem constitucional a partir de processos interpretativos. Trata-se, sem sombra de dúvida, de verificar se o agente é

existe em esfera mais ampla do que aquela relacionada com a Lei nº 12.846/2013. Nesse sentido, passível de crítica é a definição de **agente infrator**, tal como estabelecida no art. 4º, § 2º, inc. I, da minuta.

²⁰ É óbvio que os atos, em última análise, são das pessoas físicas, mas isso não importa, em razão dos institutos da imputação e da apresentação que são, exatamente, o que dá corpo à ideia de pessoa jurídica.

um sujeito ativo legalmente apto a cometer o ilícito administrativo. Se não o é, resulta inviável reconhecer-lhe capacidade infratora.”²¹

A própria ANEEL, de resto, reconhece isso, cfe. item III.7.1. da Nota Técnica nº 01/2015-ASD/ANEEL:

86. (...) cabe ressaltar a conclusão constante do Parecer nº 0327/2013-PGE/ANEEL/PGF/AGU, no sentido de que esta Agência ‘não pode impor multas para sujeitos que não são titulares de um ato de outorga [a exemplo dos particulares que exploram empreendimento de geração submetido a regime de registro], porque não tem competência legal para tanto’.

Por fim, também se chega aos mesmos resultados quando a matéria é analisada sobre o prisma da teoria da “desconsideração da pessoa jurídica”, na medida em que para poder operar esse mecanismo seria igualmente necessária uma prévia lei formal autorizadora, eis que também neste caso se está a falar de transmissão/transferência de responsabilidade e de imputação. E autorização legislativa para tanto só há nos casos e sob as condições estreitas do art. 14 da Lei nº 12.846/2013.

Como se vê, inviável penalizar as pessoas jurídicas, tal como pretendido na minuta de resolução.²²

Quanto às infrações da minuta de resolução que reproduzem fielmente um dos tipos do art. 5º da Lei, o que se há de dizer é que, caso se admita que estes tipos possam ser importados para o plano do sancionamento regulatório, a ANEEL deverá aplicar-lhe exatamente o procedimento e as penas previstas na Lei nº 12.846/2013 e no seu regulamento, não lhe sendo possível aplicar outras vias de investigação ou punição.

Da mesma forma, a multa regulada pela Lei nº 12.846/2013 e detalhadamente disciplinada no art. 17 e segs. do Decreto nº 8.420/2015 não se confunde com as multas previstas na minuta de resolução em análise.

Como já se disse, a Lei nº 12.846/2013, forma um microsistema punitivo completo, não é possível admitir que possa a ANEEL “fatiar” este microsistema, criando para os tipos infracionais previstos na Lei outro procedimento e outro sancionamento.

²¹ Fábio Medina Osório, *cit.*, p. 363-364.

²² Há ainda outras questões que a minuta de resolução não resolve, como a identificação exata do modo como seria aplicada a pena à pessoa física (se em duplicidade ou partilhada); o modo como se dará a participação da pessoa física no processo (devido), dentre outras. Sobre este último ponto, confira-se Juliano Heinen, *cit.*, p. 99.

3.3. Nota sobre o inc. V do art. 5º da Lei nº 12.846/2013

Aparentemente inspirada pelo inc. V, do art. 5º da Lei nº 12.846/2013, a ANEEL tipificou algumas condutas específicas às quais pretende aplicar, dentre outros mecanismos da Lei Anticorrupção, a responsabilidade objetiva:

Art. 11 (...)

XII - criar óbice ou dificuldade ao acesso às instalações ou à disponibilização de documentos ou a quaisquer outras fontes de informação necessárias à atividade de fiscalização da ANEEL.

Art. 12 (...)

VIII - prestar declarações ou informações inverídicas à ANEEL, falsificar, adulterar, inutilizar, simular ou alterar registros e escrituração de livros ou outros documentos exigidos no contrato de concessão ou permissão e/ou na legislação aplicável (...).

Dado o texto que descreve o tipo, situações pouco recomendáveis poderão se verificar.

Pense-se, por exemplo, em uma rotineira fiscalização conduzida pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) para aferir a qualidade dos serviços de distribuição de energia elétrica, na qual a empresa, por descuido, fornece informação parcialmente equivocada acerca de seus indicadores de continuidade do serviço que lhe seja mais benéfica. Ou ainda, em contexto semelhante, uma empresa de transmissão de energia reporta à Agência a informação correta, mas a apresenta de um modo particularmente complexo, que poderia ter sido evitado caso tivesse ela adotado certa metodologia ou tecnologia mais moderna e simples de análise e compilação de dados.

O que estas duas situações hipotéticas, propositalmente mal definidas, têm ou podem ter em comum? Afora a circunstância de serem genéricas e imprecisas, a possibilidade de virem a ser sancionadas em regime de responsabilidade objetiva e de poderem alcançar, sob certas condições, as pessoas físicas dos administradores, gestores ou qualquer pessoa natural que tenha participado do ato tipificado como lesivo.

Caso se aceite essa ideia, ocasiões para punição objetiva e severa dos agentes setoriais iriam se multiplicar exponencialmente, podendo gerar resultados exatamente opostos àqueles buscados pela Lei Anticorrupção. Tal como construídos os tipos infracionais e, considerando a frequência, complexidade e recorrência das atividades ordinárias de fiscalização da Agência, corre-se o risco de transformar as relações cotidianas do regulador com seus regulados em um espaço permanente de sobressaltos, desconfiância e, no limite, intimidação (ainda que não o deseje a ANEEL).

Sabe-se bem que essa não é a intenção e, provavelmente, não será a conduta da ANEEL. Viu-se, ainda, no item II.2., que a mera realização da conduta (ilícito formal) não é suficiente para que se tenha o ato ilícito propriamente dito; são necessários outros elementos ali elencados, notadamente a ofensa aos bens jurídicos relacionados no *caput* do art. 5º, a pretendida utilidade da ação realizada (em benefício ou no interesse do agente), dentre outros. Ademais, confia-se em um juízo objetivo e ponderado (recorrendo aos cânones da razoabilidade e proporcionalidade), em cada caso concreto, acerca do que configura uma “dificuldade” ou “óbice”.

O ponto, porém, é não deixar vicejar sequer a possibilidade abstrata de dificuldades futuras. Mesmo com essas cautelas, entende-se que a simples tipificação, tal como se encontra, deveria ser reconsiderada, à luz do que já vem dizendo a doutrina especializada, relativamente à fonte normativa que inspira esse tipo, em particular.

Pelo que se pode depreender da reflexão dos estudiosos que se debruçaram sobre o tema, este específico dispositivo exige aturada cautela e interpretação (mais intensamente) restritiva:

O inciso V do art. 5º institui um tipo objetivo de delito de corrupção de pessoa jurídica que (...) deve ser restritivamente interpretado e aplicado ao caso concreto. (...)

Isto posto, a incidência do tipo objetivo se dá no campo da obstrução dos atos de investigação, de inquérito e do devido processo penal-administrativo e que se materializam pela destruição de provas documentais e materiais, ameaça a testemunhas ou, pelo contrário, seu induzimento.

Portanto, ‘dificultar’ é obstruir os procedimentos de fiscalização, do inquérito e do processo penal-administrativo por meios de ilícitos de natureza material (documental) e pessoal (induzimento)²³.

Mais uma vez será preciso ter cautela na aplicação da Lei, afinal, o inciso não estipula expressamente o que deverá ser entendido como dificultar. Por exemplo, o simples atraso na prestação de informações solicitadas por órgão fiscalizatório caracterizará o ato lesivo à AP passível de sanções da Lei Anticorrupção?

Em se tratando de responsabilidade objetiva, não será avaliado se esta atitude pretendia ou não dificultar as atividades de fiscalização ou investigação, uma vez que não é avaliado o elemento subjetivo da conduta – culpa ou dolo. A omissão quanto ao dever de colaboração das pessoas jurídicas com os órgãos de fiscalização quando lhe for solicitadas informações e

²³ Modesto Carvalhosa, *cit.*, p. 244-245.

documentos é passível de responsabilização, por sua vez o não cumprimento de prazos, independentemente dos motivos, poderá ser tratado como um comportamento que dificulta a investigação e/ou fiscalização apta a ensejar a aplicação de sanção para a pessoa jurídica.

Este é um dos pontos que também merece todo cuidado para que não tenhamos abusos na aplicação da Lei e principalmente a instalação de uma política de perseguição das autoridades administrativas em relação às pessoas jurídicas, criando um outro ciclo de atos corruptos.²⁴

Se há de servir de inspiração para tipos (que não serão regulados pela Lei nº 12.846/2013), ele deve ser entendido assim: (i.) o “dificultar” deve ser intencional e substancial; (ii.) materializado em condutas positivas de destruição de provas, adulteração de registros etc.; (iii.) a atividade administrativa “dificultada” deve ser um procedimento investigativo (processo administrativo punitivo, no caso da ANEEL) e não uma mera fiscalização de rotina.

4. CONCLUSÃO

Em termos gerais, a Lei nº 12.846/2013 aplica-se à ANEEL, na medida em que a Agência é integrante da Administração Pública (autarquia) e aos sujeitos privados (empresas) que com ela se relacionam, sejam eles agentes setoriais ou não.

Ocorre, porém, que há problemas de variada ordem no modo específico como se deu a recepção do diploma legal na minuta de resolução.

A Lei nº 12.846/2013 constitui-se em um microsistema sancionatório, cuja função não é a de tipificar e punir condutas que atentem contra a noção normativa de serviço adequado de energia elétrica (elemento nuclear em torno do qual orbita a competência sancionatória da ANEEL, relativamente à regulação setorial). Ainda que se pretenda incorporar a Lei nº 12.846/2013, ao âmbito do sancionamento da regulação dos serviços de energia elétrica, não é possível aplicar instrumentos, penas e procedimentos da Lei nº 12.846/2013 a tipos delituais que não sejam exatamente aqueles previstos no art. 5º da Lei (como foi o caso de certas infrações previstas na minuta, inspiradas nos tipos legais, mas que com eles não se confundem).

Por outro lado, não é possível aplicar, para os tipos delituais da minuta de resolução que reproduzem exatamente os tipos do art. 5º da Lei nº

²⁴ Fernanda Marinela, *cit.*, p. 109.

12.846/2013, instrumentos, penas e procedimentos distintos daqueles previstos no diploma legal (como foi o caso de outras infrações previstas na minuta, idênticas àquelas da Lei, às quais, porém, a Agência deixou de aplicar o procedimento punitivo legal, em favor daquele previsto na minuta). Também, não é possível à ANEEL punir as pessoas físicas de qualquer modo vinculadas à pessoa jurídica infratora (o agente setorial), nos termos em que pretendido.

Ainda, em termos gerais, para que sejam admissíveis, na nova resolução, medidas de agravamento de punições de infrações que já se encontram disciplinadas na Resolução nº 63/2004, devem ser observadas as seguintes exigências: (i.) razoabilidade e proporcionalidade da mudança, incluindo-se, aí, os exames de adequação e a necessidade da nova configuração, mais intensamente punitiva; (ii.) motivação suficiente, em particular, comprovação da ineficácia do arranjo anterior para realizar os objetivos (repressivos e pedagógicos) da disciplina sancionatória e indicação das razões pelas quais o regulador acredita que a nova configuração melhor atenderá tais objetivos.