



OBSERVATÓRIO DA REGULAÇÃO

Sanções Administrativas e
Processo Sancionador

ESTUDOS
TÉCNICOS
IBRAC

NÚMERO: 01/2025

ESTUDOS DO COMITÊ DE REGULAÇÃO

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

OBSERVATÓRIO DA REGULAÇÃO: SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E PROCESSO SANCIONADOR

**MATEUS PIVA ADAMI
LETICIA LINS DE ALENCAR
(Coordenação)**

Pesquisadores do Comitê de Regulação do IBRAC

Alessandra Jeronimo Ungria Galvão	Marilia Salim Kotait
Alexandre Weisz	Marina Alvarenga Araujo Gomes
Ana Clara Klein Pegorim	Marina Cardoso de Freitas
Ana Claudia Beppu	Mateus Piva Adami
Bianca Soares Silva Correia	Mauricio Carotenuto
Bruna da Cruz Vianna	Mauro Hiane de Moura
Carolina Augusta Borges Vaz Martins	Morena Marconi Fonseca Santos
Carolina Barros Fidalgo	Natássia Misae Ueno
Enrico Cesari Costa	Patrícia Regina Pinheiro Sampaio
Felipe Starzynski Zolezi Pelussi	Pedro Henrique Espagnol de Farias
Frederico de Melo Lima Isaac	Raphael Abreu Borges
Gabriel de Carvalho Fernandes	Ricardo Ferreira Pastore
Gabriela Andrade Guimarães de Oliveira	Rodrigo Macias de Oliveira
Gabriella Giovanna Lucarelli de Salvio	Sara Lima Moreira
Guilherme Venturini Floresti	Silvio Guidi
Jacqueline Leite de Souza	Sofia Motta e Pralon
Karen Mentzingen Coutinho	Sofia Silvestre
Larissa Camargo Costa	Stela Hühne Porto
Luísa de Oliveira Carvalho Crosta	Susana Ramos Reis
Marcus Vinicius de Abreu Schimitd	Thaís Borges Peixoto
Mariana Queiroz Ferreira	Túlio Jales
Mariana Zanardo Dessotti	Victor de Oliveira Curvo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Observatório da regulação [livro eletrônico]: Sanções Administrativas e Processo Sancionador / Organização Mateus

Piva Adami, Letícia Lins de Alencar

. -- São Paulo, SP:

IBRAC, 2025.

PDF

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-992056-8-2

1. Agências reguladoras - Brasil 2. Agências reguladoras - Leis e legislação I. Alencar, Letícia Lins de. II. Piva, Mateus.

22-115959

CDU-35.071.3

Índices para catálogo sistemático:

1. Agências reguladoras: Direito administrativo 35.071.3
Eliete Marques da Silva - Bibliotecária - CRB-8/9380

Editores

Josie Menezes

José Carlos Bustos

SUMÁRIO

Sobre os(as) Autores(as)	6
Apresentação.....	12
Prefácio.....	16
Capítulo 1. Introdução.....	17
Mateus Piva Adami	
Letícia Lins de Alencar	
Capítulo 2. ANA – Agência Nacional de Águas.....	19
Sofia Silvestre	
Túlio Jales	
Jacqueline Leite	
Susana Reis	
2.1. Sanção, dosimetria e <i>bis in idem</i>	20
2.2. Processo Sancionador.....	24
2.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva.....	27
Capítulo 3. ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil.....	31
Alessandra Jerônimo Ungria Galvão	
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio	
Sara Lima Moreira	
Thaís Borges Peixoto	
3.1. Sanções, dosimetria e <i>bis in idem</i>	31
3.2. Processo sancionador.....	35
3.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva.....	39
Capítulo 4. ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações.....	42
Alessandra Jerônimo Ungria Galvão	
Alexandre Weisz	
Bruna da Cruz Vianna	
Frederico de Melo Lima Isaac	
Igor Vilas de Boas Freitas	
Marcus Vinícius de Abreu Schimitd	
Maria Margarete da Rocha	
Mauricio Carotenuto	
Roberta Silva Araujo Ladeira	
Rodrigo Macias de Oliveira	
Victor de Oliveira Curvo	
4.1. Sanções, dosimetria e <i>bis in idem</i>	42
4.2. Processo Sancionador.....	50
4.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva.....	58
Capítulo 5. ANCINE – Agência Nacional do Cinema.....	62
Gabriela Andrade Guimaraes de Oliveira	

Gabriella Giovanna Lucarelli de Salvio	
Pedro Henrique Espagnol de Farias	
Raphael Abreu Borges	
Breve Introdução (Panorama Geral da ANCINE)	62
5.1. Sanções, dosimetria e <i>bis in idem</i>	62
5.2. Processo Sancionador	70
5.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva.....	76
Capítulo 6. ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica	80
Mateus Piva Adami	
Marcus Vinicius de Abreu Schimitd	
Enrico Cesari Costa	
6.1. Sanções, dosimetria e <i>bis in idem</i>	80
6.2. Processo Sancionador	86
6.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva.....	90
Capítulo 7. ANM – Agência Nacional de Mineração	93
Ana Cláudia Beppu	
Bianca Soares Silva Correia	
Gabriela Andrade Guimarães de Oliveira	
Mauro Hiane de Moura	
Marina Alvarenga	
7.1. Sanções, dosimetria e <i>bis in idem</i>	94
7.2. Processo Sancionador	100
7.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva.....	105
Capítulo 8. ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis	108
Marilia Salim Kotait	
Marina Cardoso de Freitas	
Stela Hühne Porto	
8.1. Sanções, dosimetria e <i>bis in idem</i>	108
8.2. Processo sancionador.....	112
8.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva.....	116
Capítulo 9. ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar	122
Carolina Fidalgo	
Natassia Ueno	
Silvio Guidi	
9.1. Sanções, dosimetria e <i>bis in idem</i>	122
9.2. Processo Sancionador	125
9.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva.....	130
Capítulo 10. ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários	132
Ana Clara Klein Pegorim	

Karen Mentzingen Coutinho	
Marina Cardoso de Freitas	
10.1. Sanções, dosimetria e <i>bis in idem</i>	132
10.2. Processo Sancionador	137
10.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva.....	142
Capítulo 11. ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres	145
Bianca Soares Silva Correia	
Mauro Hiane de Moura	
Pedro Henrique Espagnol de Farias	
11.1. Sanções, dosimetria e <i>bis in idem</i>	145
11.2. Processo Sancionador	149
11.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva.....	157
Capítulo 12. ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária.....	163
Carolina Fidalgo	
Larissa Camargo Costa	
Natássia Ueno	
Mariana Queiroz Ferreira	
Morena Santos	
Sofia Pralon	
12.1. Sanções, dosimetria e <i>bis in idem</i>	163
12.2. Processo Sancionador	167
12.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva.....	170
Capítulo 13. BCB - Banco Central do Brasil	172
Ricardo Ferreira Pastore	
Felipe Starzynski Zolezi Pelussi	
Gabriel de Carvalho Fernandes	
Guilherme Venturini Floresti	
13.1. Sanções, dosimetria e <i>bis in idem</i>	172
13.2. Processo Sancionador	176
13.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva.....	179
Capítulo 14. ANPD – Autoridade Nacional de Proteção de Dados.....	184
Carolina Vaz Martins	
Luísa Carvalho Crosta	
Mariana Zanardo Dessotti	
Mauricio Carotenuto	
14.1. Sanções, dosimetria e <i>bis in idem</i>	184
14.2. Processo Sancionador	189
14.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva.....	194

SOBRE OS(AS) AUTORES(AS)

ANA

Túlio Jales. Advogado em VLR Advogados, graduado e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), e doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP).

Sofia Silvestre. Advogada em VLR Advogados, graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e mestre em Direito Público pela FGV DIREITO SP.

Jacqueline Leite de Souza. Graduanda em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Estagiária em Infraestrutura no Valerim Advogados.

Susana Ramos Reis. Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e em Sociologia e Política pela Fundação Escola de Sociologia e Política (FESPSP).

ANTT

Bianca Soares Silva Correia: Graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2013) e Mestrado em Direito do Estado, na subárea de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2023). Associada Sênior das equipes de Resolução de Conflitos, Direito Administrativo e Regulatório do Veirano Advogados.

Mauro Hiane de Moura: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). É mestre em Direito pela Universidade de Chicago (LL.M.) e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Mestrado Acadêmico). Sócio de Veirano Advogados.

Pedro Henrique Espagnol de Farias: Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado em Pereira Neto | Macedo | Rocco Advogados.

ANATEL

Alessandra Jeronimo Ungria Galvão: advogada das áreas de Telecomunicações, Mídia e Tecnologia, Direito Público e Regulatório do Demarest Advogados, é mestra em Políticas Públicas pela *Queen Mary University of London*, e bacharel em Direito e em Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Possui ampla experiência em consultoria jurídica e contencioso administrativo em Direito Público nos mais diversos setores e indústrias, com atuação perante órgãos governamentais e agências reguladoras. Presta assessoria em relações governamentais e gestão de políticas públicas (*policy*), especialmente nas áreas de telecomunicações e tecnologia

Mauricio Carotenuto: advogado da área de Telecomunicações, Mídia e Tecnologia do Demarest Advogados, é pós-graduado em Direito e Tecnologia da Informação pela Universidade de São Paulo (USP), e bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Possui ampla experiência na área de regulação de telecomunicações, novas tecnologias, mídia e proteção de dados.

Bruna da Cruz Vianna: advogada das áreas de Telecomunicações, Tecnologias e Concorrencial na Telefônica Brasil S.A., é bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Possui ampla experiência em consultoria jurídica-concorrencial e regulatória; e contencioso administrativo na área de regulação de telecomunicações e novas tecnologias.

Victor de Oliveira Curvo: advogado integrante do corpo jurídico da Telefônica Brasil S.A, é bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, pós-graduado em Direito Empresarial pelo CEU *Law School*. Possui ampla experiência em temas regulatórios do setor de Telecomunicações; contratos de infraestrutura e compartilhamento; e atualmente lidera o time de Contencioso Jurídico-Regulatório da Telefônica Brasil S.A.

Rodrigo Macias de Oliveira: advogado integrante do corpo jurídico da Telefônica Brasil S.A, é bacharel em direito pela Universidade de Brasília (UnB), especialista em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito público (IDP) e em Direito Econômico e Concorrencial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP). Possui vasta experiência em mercados regulados, notadamente o de Telecomunicações e lidera, desde 2018, a Gerência Sênior de Consultoria Jurídico-Regulatória e Concorrencial na Telefônica Brasil, responsável por avaliar e criar soluções regulatórias e concorrências para a implantação de projetos complexos de M&A, parcerias estratégicas e lançamento de novos produtos e serviços.

Frederico de Melo Lima Isaac: advogado integrante do corpo regulatório da Tim Brasil S.A., é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), pós-graduado em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e em fase de finalização da Pós-Graduação em Direito Regulatório na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Possui ampla experiência em temas regulatórios do setor de telecomunicações, disputas administrativas entre agentes do setor, contratos de infraestrutura, compartilhamento, consultoria jurídica, concorrencial e regulatória, contencioso administrativo, com atuação perante institucional com os Reguladores.

Alexandre Weisz: advogado integrante do corpo regulatório da TIM Brasil S.A., é bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e Universidade Cândido Mendes. Possui ampla experiência em temas regulatórios do setor de Telecomunicações, tendo atuado em grandes escritórios de advocacias na área Regulatória/Anatel e em grandes empresas do setor.

ANEEL

Enrico Cesari Costa: Bacharel em Direito pela FD-USP. Pós-Graduando em Negócios do Setor Elétrico pela FGV. Advogado de Ulhôa Canto Advogados.

Marcus Vinicius de Abreu Schimitd: Bacharel em Direito pela PUC-SP. Especialista em Direito Econômico pela FGV Direito SP. Associado de Pereira Neto Macedo Rocco Advogados.

Mateus Piva Adami: Doutor em Direito Econômico pela USP. Professor do Programa de pós-graduação Lato Sensu da FGV Direito SP e sócio de Pereira Neto Macedo Rocco Advogados.

ANAC

Alessandra Jeronimo Ungria Galvão: advogada das áreas de Telecomunicações, Mídia e Tecnologia, Direito Público e Regulatório do Demarest Advogados, é mestra em Políticas Públicas pela Queen Mary University of London, e bacharel em Direito e em Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Possui ampla experiência em consultoria jurídica e contencioso administrativo em Direito Público nos mais diversos setores e indústrias, com atuação perante órgãos governamentais e agências reguladoras. Presta assessoria em relações governamentais e gestão de políticas públicas (policy), especialmente nas áreas de telecomunicações e tecnologia.

Thaís Borges Peixoto: advogada da área de Direito Público e Regulatório do Demarest Advogados, e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Possui experiência em modelagem de projetos de desestatização, licitações, contratos públicos e processos administrativos perante órgãos de controle e agências reguladoras. Também presta assessoria a clientes na esfera consultiva, elaborando pareceres jurídicos relacionados a questões regulatórias em diversos setores de infraestrutura.

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio: sócia da área de Regulação, Concorrência e Infraestrutura do Rennó Penteado Sampaio Advogados. Professora da FGV Direito Rio. Doutora e mestra pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi Distinguished Visiting Professor na George Mason University – Antonin Scalia Law School em 2024. Tem experiência em direito administrativo, regulatório e da concorrência.

Sara Lima Moreira: advogada das áreas de Regulação, Concorrência e Infraestrutura do Rennó Penteado Sampaio Advogados, pós-graduanda em Direito da Regulação pela UERJ e em Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente pelo Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, bacharel em Direito pela FGV Direito Rio e integrante do Laboratório de Regulação Econômica (UERJ Reg.) da Faculdade de Direito da UERJ. Tem experiência em direito administrativo, regulatório e da concorrência.

ANTAQ

Karen Mentzingen Coutinho. Advogada que atua nas áreas de Direito Público, Infraestrutura e Regulação no Lefosse Advogados. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e especialista em Direito Empresarial com ênfase em Licitações e Contratos pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ).

Ana Clara Klein Pegorim. Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogada em São Paulo.

Marina Cardoso de Freitas. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogada associada ao escritório Pereira Neto Macedo Rocco Advogados nas áreas de Direito Público e Regulação.

ANCINE

Gabriela Andrade Guimarães de Oliveira: Pós-graduanda em Direito Econômico e Regulatório pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Bacharel na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada na área de Direito Público e Regulação em Veirano Advogados.

Gabriella Giovanna Lucarelli de Salvio: Doutora em Direito Internacional e da Integração pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Internacional e da Economia pela Universidade de Warwick (Inglaterra). Bacharel pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Consultora em Souto Correa Advogados.

Pedro Henrique Espagnol de Farias: Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado em Pereira Neto | Macedo | Rocco Advogados.

Raphael Abreu Borges: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado em Grupo Globo.

ANM

Ana Claudia Beppu: Sócia da área de Direito Público e Regulação de Veirano Advogados. Doutoranda em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas – SP (2010). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (2001).

Bianca Soares Silva Correia: Associada Sênior das equipes de Resolução de Conflitos, Direito Público e Regulação do Veirano Advogados. Mestre em Direito do Estado, na subárea de Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2023). Bacharel na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2013).

Gabriela Andrade Guimarães de Oliveira: Advogada na área de Direito Público e Regulação em Veirano Advogados. Pós-graduanda em Direito Econômico e Regulatório pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Bacharel na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Mauro Hiane de Moura: Sócio de Veirano Advogados. Mestre em Direito pela Universidade de Chicago (LL.M.) e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Mestrado Acadêmico). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Marina Alvarenga Araujo Gomes: Advogada na área de Direito Público e Regulação em Veirano Advogados. Pós-graduanda em Direito Regulatório na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

ANPD

Mauricio Carotenuto: advogado da área de Telecomunicações, Mídia e Tecnologia do Demarest Advogados, é pós-graduado em Direito e Tecnologia da Informação pela Universidade de São Paulo (USP), e bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Possui ampla experiência na área de regulação de telecomunicações, novas tecnologias, mídia e proteção de dados.

Luísa de Oliveira Carvalho Crosta: advogada da área de proteção de dados e propriedade intelectual, pós-graduada pela Fundação Getúlio Vargas (GV Law SP) em Propriedade Intelectual e Direito da Inovação, bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Possui ampla experiência na área de novas tecnologias, propriedade intelectual, contratual e proteção de dados.

Carolina Augusta Borges Vaz Martins: advogada da área de proteção de dados pessoais e propriedade intelectual, pós-graduada em Direito Digital pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Co-fundadora e gestora administrativa da Competição de Arbitragem, Direito e Tecnologia (Instituto Lawgorithm). Possui ampla experiência na área de novas tecnologias, propriedade intelectual, contratual e proteção de dados.

Mariana Zanardo Dessotti: advogada da área de propriedade intelectual, tecnologia e proteção de dados, pós-graduada pela Fundação Getúlio Vargas (GV Law SP) em Propriedade Intelectual e Novos Negócios, bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Possui ampla experiência na área de propriedade intelectual, contratual e proteção de dados.

BACEN

Felipe Starzynski Zolezi Pelussi é Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (FD-USP). rabalhou em empresas de grande porte, nos setores de telecomunicações e óleo e gás. Tem como foco de atuação demandas relacionadas a Antitruste e Direito Público e Regulação.

Gabriel de Carvalho Fernandes é Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP) e Bacharel em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP). Advogado associado de Pereira Neto | Macedo | Rocco Advogados, em São Paulo.

Guilherme Venturini Floresti é Consultor da Tendências Consultoria, especializado em projetos tributários, de regulação e de contratos. Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC), no Bacharelado em Ciências Econômicas e no Bacharelado em Ciências e Humanidades, ambos da Universidade Federal do ABC (UFABC).

Ricardo Ferreira Pastore é Mestre (LLM) em Direito Econômico Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de Stanford (EUA) e especialista em Direito Econômico e Setores Regulados pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP). Sócio de Pereira Neto | Macedo | Rocco Advogados, em São Paulo.

ANP

Marilia Salim Kotait: Mestre em Ciências pelo Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (PROLAM-USP) e pós-graduanda do curso de especialização em Direito Econômico e Regulatório da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Advogada na Raízen S.A.

Marina Cardoso de Freitas: Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogada associada ao escritório Pereira Neto Macedo Rocco Advogados.

Stela Hühne Porto: Mestre em Direito Público e bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisadora do Laboratório de Regulação Econômica da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ Reg.). Advogada no escritório Rennó Penteado Sampaio Advogados.

ANVISA

Carolina Barros Fidalgo – Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), pós-graduada lato sensu em Direito Regulatório pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Larissa Camargo Costa – Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), pós-graduada em Direito Regulatório pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Natássia Misae Ueno – Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, pós-graduada em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), mestre em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP).

Mariana Queiroz Ferreira – Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, pós-graduada em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP), especialista em International Food Law Regulations pela Michigan State University.

Sofia Motta e Pralon – Bacharel em Direito na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP).

Morena Marconi Fonseca Santos – Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e pela Université Jean Moulin Lyon 3.

ANS

Carolina Barros Fidalgo – Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), pós-graduada lato sensu em Direito Regulatório pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Natássia Misae Ueno – Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, pós-graduada em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), mestre em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP).

Silvio Guidi – Graduado pela Faculdade de Direito de Curitiba, mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

APRESENTAÇÃO

Uma verdade desconfortável: não é de hoje que a sanção dá claros sinais de esgotamento. Enquanto técnica dissuasória, o recrudescimento na previsão e aplicação de sanções não tem inibido novos ilícitos. Mais do que punir aquele que transgrediu, a sanção se legitima em gerar nos agentes o comportamento de compliance pelo temor em terem seus direitos limitados ou serem constituídos em obrigações compulsórias, como o pagamento de multa. Porém, essa equação parece não fechar na prática. Apesar da ausência de pesquisa empírica que abarque todo o *enforcement* público brasileiro, a experiência prática parece sugerir que o sistema regulatório punitivo não tem evitado a ocorrência de novos ilícitos, mesmo com o aumento da previsão de infrações e a aplicação de sanções pesadas.

Chamo atenção para algumas realidades que impactam deleteriamente sobre a força sancionatória no Brasil.

Primeiramente, as mais relevantes sanções padecem de fortes problemas de aplicabilidade. A sanção de caducidade, tomada como a mais grave nos setores de infraestrutura de regulação contratual, não é aplicada. ANDRÉ PERON PEREIRA CURIATI, desenvolveu pesquisa empírica sobre 75 processos de caducidade nos setores federais de infraestrutura, constatando que em 34 deles houve decretação de caducidade, dos quais 31 se concentravam nas concessões de transmissão de energia, dois nas concessões de energia elétrica e apenas um no setor de rodovias - . Adotando-se os pressupostos da teoria da regulação responsiva, a eficiência punitiva pressupõe a capacidade de escalonamento das sanções até a mais grave, que será efetivamente exercida se necessário for. A relativa certeza de que a sanção mais gravosa não será aplicada estabelece um tipo de *moral hazard* que ajuda a explicar o baixo cumprimento das regras.

A multa é a principal sanção regulatória. Além de ser transversalmente prevista nos subsistemas regulados, a multa é largamente utilizada como medida de resposta ao cometimento de ilícitos regulatórios. No entanto, a sua efetividade é objeto de questionamento há longa data por pesquisas empíricas, auditorias institucionais e no controle. Tomando como exemplo dados apresentados neste relatório relativos à ANAC no ano de 2022, o total das multas aplicadas alcançou o patamar de R\$ 26.135.275,18, enquanto o total de arrecadação soma R\$ 4.824.507,57 , ou seja, aproximadamente apenas 18% das multas foram efetivamente arrecadadas. Os dados sugerem que multas mais baixas tendem a ser imediatamente pagas pelos regulados, o que parece explicar 79,83% de recolhimento das multas na ANTAQ em 2022 , enquanto as demais são inexoravelmente judicializadas – ou pelo próprio regulado, ou via de ação de execução fiscal. Retomando-se os dados apresentados nesse relatório relativos à ANAC, 94,94% das dívidas exigíveis estão inscritas em dívida ativa.

Outro problema dessa lógica sancionatória relaciona-se ao fato de a deterrence-based regulation reforçar a adversariedade na regulação, que mais do que nunca predica uma cooperação para alcançar decisões regulatórias eficientes e lidar com o complexo cenário de progresso tecnológico e de mudanças climáticas. A cooperação do regulado com o regulador está na base de técnicas regulatórias que já estão em amplo emprego no Brasil (como os acordos substitutivos de sanção no campo da consensualidade), em construção (a exemplo da regulação responsiva e da corregulação) ou que ainda precisam ser trabalhadas (como o *ethical business regulation*, experimentalismo e Estado Informacional).

Contradictoriamente, porém, todas essas novas estratégias de *enforcement* necessitam da força sancionatória estatal para serem efetivas. A ameaça de uma punição eficiente leva a melhores acordos; a autorregulação será mais efetiva conforme maior a certeza da eficiência punitiva estatal; até mesmo a cooperação tende a ser maior se as sanções funcionarem bem. Em suma, todas as estratégias cooperativas dependem, inexoravelmente, do comando e controle. Portanto, não há aqui superação ou aniquilamento do comando e controle, pelo contrário. A eficiência do *enforcement* público depende não apenas do desenvolvimento das técnicas regulatórias cooperativas, mas da reforma do comando e controle para esse novo horizonte de compliance regulatório.

Uma adequada reforma do comando e controle pressupõe a compreensão da realidade em que se processa, de modo que as grandes questões sejam adequadamente pontuadas para viabilizar boas respostas. A teoria pode ajudar no desenho das soluções jurídicas, mas o diagnóstico qualificado, com base empírica, é imprescindível. É justamente nesse ponto que o relatório de pesquisa Sanções Administrativa e Processo Sancionador, elaborada pelo Observatório da Regulação do IBRAC, destaca-se. Parabenizo desde já ao MATEUS PIVA ADAMI e à LETÍCIA LINS DE ALENCAR, coordenadores do projeto, e cada um dos pesquisadores envolvidos, todos de altíssimo gabarito profissional, o que confere ainda mais credibilidade à investigação empírica e análises.

* * * * *

A pesquisa que o leitor tem em mãos foi conduzida por equipe de mais de cinquenta colaboradores reunidos no âmbito do Observatório da Regulação do IBRAC. Trata-se da principal fonte de registro empírico da realidade do *enforcement* público na regulação setorial, conduzida a partir de rigorosa metodologia uniformemente aplicada a todas as Agências Reguladoras estudadas, quais sejam: ANA, ANAC, ANATEL, ANCINE, ANEEL, ANM, ANP, ANS, ANTAQ, ANTT, ANVISA, BCB e ANPD. Trata-se do mais relevante estudo sobre *enforcement* público regulatório, que sistematiza considerável quantidade de dados e de modelos regulatórios, cujo conjunto organizado verdadeiramente qualifica o olhar teórico e prático da regulação.

Apenas para enfatizar a força do trabalho, ressalto alguns achados de pesquisa da mais alta relevância para o aprimoramento do sistema de *enforcement* regulatório, em grande medida apenas alcançados graças à metodologia empírica de transversalidade escolhida.

O grupo de pesquisa aponta para uma verdadeira dispersão normativa em torno do ciclo sancionatório – desde a normatização até a forma de aprendizado institucional com a operacionalização de sanções e acordos. A pesquisa ressalta a importância de uma leitura contextualizada da legalidade sancionatória no campo regulatório, em que o contrato não se limita a estabelecer obrigações em torno da prestação do objeto contratual, mas é uma autêntica fonte de normatividade da disciplina processual sancionatória, a exemplo das minutas de contrato das 6^a e 7^a rodadas de concessão de aeroportos.

Sobre a preocupação em torno da dispersão normativa, o grupo apresenta algumas sugestões de superação a partir da prática regulatória: listagem de cláusulas essenciais em acordos, elaboração de minutas-padrão de acordos, adoção de um padrão para sanções aplicadas a editais de chamamento público (como evidenciado na ANCINE) e maior objetivação de tipos abertos.

Outro ponto de destaque na pesquisa corresponde à dissonância de atenção entre doutrina e prática sobre a atividade de fiscalização. No campo regulatório, há uma verdadeira reforma em curso na fiscalização, especialmente no sentido da adoção da regulação responsiva, como na ANAC, ANATEL (Regulamento de Fiscalização Regulatória – RFR), ANEEL, ANM (Fiscalização Responsiva da Mineração – FIRMINA) e ANTT. Igualmente relevante é a maior adoção de sanções

reputacionais, que não deixam de ser uma vertente da regulação responsiva, como a ANATEL com o seu Regulamento de Qualidade – RQUAL.

Os acordos substitutivos são uma realidade regulatória, muito embora a ANEEL tenha revogado o seu regulamento de termo de ajustamento de conduta ainda em 2016. Igualmente digno de nota é a prática mapeada em várias Agências de tolerância ou oportunidade de correção de conduta, como a reparação voluntária no âmbito da ANS, que resultou em redução de 80% do valor de suas multas, o termo de registro de ocorrência da ANTT ou a notificação para regularização da ANTAQ.

Ponto relevante da análise proposta corresponde à discricionariedade que as Agências Reguladoras dispõem para a gestão do *enforcement* regulatório. Ao passar pelos vários setores, o grupo constatou a forte presença de indeterminação jurídica nos termos infracionais e de dosimetria, o que afeta a almejada previsibilidade da atuação fiscalizatória e sancionatória, muito embora seja reconhecido o esforço das Agências na objetivação desses termos, a exemplo do Manual de fiscalização de usos de recursos hídricos editado pela ANA em 2022. Com relação à dosimetria, merecem destaque a ANATEL, que definiu em nove regulamentos específicos critérios de dosimetria para sanções conforme a tipologia de infrações, e a ANAC, que considera a atitude de compliance de autorrelato na dosimetria. Em paralelo à qualificação do debate da discricionariedade no campo sancionatório, a pesquisa nos revela o quanto que a margem de liberdade no exercício de poderes públicos jamais poderá ser reduzida a zero. Ainda que não consiga suplantar a discricionariedade, o dever regulamentar ou contratual das infrações e sanções administrativas, bem como o cuidadoso trabalho com a dosimetria são boas práticas regulatórias que se aproveitam a todo o sistema sancionatório.

O tema desafiador do *ne bis in idem* na esfera administrativa foi bem mapeado na pesquisa, que permitiu reconhecer quais estratégias são adotadas pelas Agências Reguladoras para evitar a sua ocorrência. Destaque para a previsão da regra de infração continuada, adotada na ANAC e na ANTAQ, assim como ao trabalho da ANP de consolidação regulatória, que levou à revogação de dispositivos que possibilitavam a dupla punição do agente regulado pela mesma conduta.

Por fim, o Observatório da Regulação do IBRAC traz importante contribuição no incremento da transparência pública, fundamental à qualidade regulatória, enaltecedo o valor da divulgação amigável de normas que, em geral, tendem a ser bastante complexas. As experiências da ANTT, com valioso esforço de simplificação e sistematização normativa, e da ANP, com seus painéis dinâmicos, merecem atenção.

* * * * *

A valiosa pesquisa Sanções Administrativas e Processo Sancionador, desenvolvida pelo Observatório da Regulação do IBRAC, tem muito a nos dizer sobre a realidade e a prática do *enforcement* público pelas Agências Reguladoras federais. Mais do que o clichê de que a sua leitura é indispensável aos profissionais que atuem na área, a pesquisa deve ser lida, apropriada e largamente debatida em todos os possíveis espaços de deliberação pública, a começar pela academia. A transversalidade empírica é o grande valor da pesquisa: com base em sofisticada metodologia, o grupo apresenta inédita varredura de informações e dados, bem sistematizados em tópicos que convidam à comparação de estratégias, reconhecimento de pontos convergentes e divergentes, questionamentos de setores que aproveitam aos outros e a certeza de que o chamado Direito Administrativo Sancionador Regulatório é uma alegoria que ainda precisa de maior conhecimento da realidade para se afirmar como campo de conhecimento. O Observatório da Regulação do IBRAC faz a sua belíssima contribuição nesse sentido.

Para a prática regulatória, fica a mensagem que acompanhou toda a investigação empírica: os sistemas regulatórios são essencialmente dinâmicos e devem ser sempre transmutados para a eficiência (sancionatória). Arrisco-me a dizer que os mais de cinquenta pesquisadores não dispuseram tamanho esforço para apenas descrever um cenário regulatório – por mais valoroso que esse trabalho seja, como antes mencionado. Lendo o relatório, reconheci um esforço coletivo com o otimismo certo de que o sistema sancionatório regulador pode – e deve – ser muito melhor. Críticas construtivas, experiências inovadoras bem destacadas, proposições de melhoria e registro dos movimentos de mudanças apontam para o móvel coletivo de pesquisar para reformar, sem descurar do justo reconhecimento das boas práticas em curso mapeadas. Nas entrelinhas da pesquisa está a melhor compreensão de reforma regulatória, aquela incremental, de *blueprint* e orgânica, nada que requeira emendas constitucionais ou novas leis, mas boas interpretações jurídicas e arrojados desenhos de estratégia regulatória. O advogado em sua lida prática é, portanto, um agente de transformação regulatória em potencial, tanto quanto agentes públicos de regulação, controladores, acadêmicos, regulados e cidadãos. Afinal, a própria pesquisa é indubitavelmente um veículo de transformação, com questões de endereçamento bem colocadas e divulgação de experiências a serem compartilhadas por toda a Administração Pública.

O Observatório da Regulação do IBRAC reafirma o valor da pesquisa coletiva, que leva a patamares de conhecimento fora do alcance da individualidade, e da pesquisa empírica, reveladora por essência. Um resultado formidável e absolutamente necessário.

JULIANA BONACORSI DE PALMA

Professora Associada da FGV Direito SP. Coordenadora do Núcleo Público da FGV. Mestre e doutora pela Faculdade de Direito da USP. Master of Laws pela Yale Law School.

PREFÁCIO

O direito administrativo brasileiro precisa de mais trabalhos como este, que o leitor tem em mãos e que eu tenho a honra de prefaciar. Resultado de um esforço empírico coletivo e prolongado (foram, afinal, quase dois anos de trabalho de mais de 50 pesquisadores), joga luz sobre a realidade altamente pulverizada do cenário jurídico-regulatório nacional. Produz conhecimento real, a acudir o profissional na ponta e a servir de fundamento para novas explorações acadêmicas.

A complexidade das relações entre Estado e particulares nos mercados regulados exige uma compreensão aprofundada dos instrumentos normativos, dos processos administrativos e das práticas das agências reguladoras. É nesse contexto que esta obra se revela essencial, oferecendo uma visão panorâmica e, ao mesmo tempo, detalhada das principais questões que permeiam a atividade regulatória sancionadora em diferentes setores da economia.

Em texto anterior, já havia observado que o direito administrativo aponta para o pragmatismo e, em consequência, para a maior relevância da empiria. Felizmente, são muitos e bons os autores que já acordaram para essa realidade, mas o déficit nacional é ainda muito significativo – razão adicional para acolhermos este trabalho notável.

A contribuição do livro vai para duas áreas do direito administrativo em franco desenvolvimento: o direito administrativo sancionador e o direito da regulação. Este teve seu próprio nascimento há menos de três décadas, na esteira dos processos de liberalização da economia; aquele, embora desde sempre “nascido”, ganhou recentemente maior autonomia e atenção. A evolução de ambos vem consagrando novos autores e instituições. O trabalho une as duas pontas, evidenciando a atividade sancionadora que ocorre nos setores regulados.

Mencionei tratar-se de esforço coletivo: um dos pontos fortes deste livro reside na diversidade de olhares e na expertise dos seus autores. Advogados com atuação em empresas como Telefônica Brasil, TIM Brasil, Raízen S.A., e Grupo Globo, bem como profissionais de renomados escritórios de advocacia como VLR Advogados, Demarest Advogados, Rennó Penteado Sampaio Advogados, Ulhôa Canto Advogados, Pereira Neto, Macedo, Rocco Advogados, Souto Correa Advogados e Lefosse Advogados compartilham suas perspectivas e análises sobre os desafios e as particularidades da regulação em setores como telecomunicações, energia elétrica, audiovisual, mineração, petróleo, gás natural e biocombustíveis, saúde suplementar, recursos hídricos, transportes aquaviários e terrestres, proteção de dados e o sistema financeiro nacional. Essa pluralidade de vozes enriquece a discussão e oferece ao leitor uma compreensão mais completa e matizada dos temas abordados.

A coordenação da pesquisa ficou a cargo de Mateus Piva Adami e Letícia Lins de Alencar, dois craques da teoria e da prática, reconhecidamente entre os maiores talentos da advocacia e da academia paulistana com atuação nos setores de infraestrutura. Os méritos da coordenação se enxergam não apenas na escolha do tema e da equipe de execução, mas também na construção da estrutura de enfrentamento do tema nos diversos setores. Para além de garantir a atenção pesquisador para os temas mais relevantes e atuais do direito administrativo sancionador, essa estrutura permite o levantamento de achados que dialogam entre si e que podem ser comparáveis.

Uma publicação futura, dos próprios autores ou de terceiros, poderá comparar os achados e produzir um balanço sobre os três eixos selecionados no todo do cenário regulatório federal. Eis o que fazem bons trabalhos: iluminam aspectos desconhecidos, abrem caminhos a serem desbravados. O mérito é deles; a sorte é de todos nós.

São Paulo, 11 de maio de 2025

Eduardo Jordão - Professor da FGV Direito Rio

CAPÍTULO 1. INTRODUÇÃO

*Mateus Piva Adami
Letícia Lins de Alencar*

No âmbito do exercício da função regulatória, uma das principais atribuições conferidas às agências reguladoras, independentemente do setor de atuação, é aquela de apurar e aplicar sanções administrativas. A atividade sancionatória antecede o surgimento das agências reguladoras da década de 90, porém, ao longo do tempo, passou por transformações no plano normativo e na praxe da administração pública.

Com a edição de diversas leis ao longo dos últimos anos, surgem normas com o objetivo de definir, mediante a adoção de técnica legislativa em cada setor regulado – ora de forma mais, ora de forma menos específica – as infrações e respectivas penalidades. Da mesma forma, a preocupação com o princípio do devido processo legal resultou na definição de balizas a serem observadas em meio ao processo administrativo sancionador. Mais recentemente, também mecanismos de consenso passam a ser reconhecidos, no plano legal, como ferramentas aptas a serem utilizadas na condução de tais processos administrativos.

A efetiva permeabilidade de cada órgão regulador à utilização de todo esse ferramental que se coloca à sua disposição, contudo, é variável. A pulverização do exercício da função regulatória – e, consequentemente, sancionatória – em diversos órgãos reguladores, sujeitos não somente a leis diversas, mas, também, a estruturas, recursos (orçamentários e humanos), nível de maturidade e particularidades distintas faz com que uma pluralidade de práticas seja estabelecida no cotidiano de cada agência reguladora. Em alguns casos, o órgão regulador adota práticas de vanguarda e estabelece práticas que se tornam referência para outras agências. Em outros, contudo, verifica-se que o mero cumprimento de preceitos normativos basilares e de observância mandatória pode constituir um gargalo, o que gera insegurança jurídica e prejudica o setor regulado como um todo.

O estudo teórico acerca do tema das sanções administrativas e do processo administrativo sancionador contribui, sem dúvida alguma, para o desenvolvimento destes institutos. No entanto, uma abordagem empírica, que capture e revele, de forma sistematizada, a complexidade e pluralidade das práticas estabelecidas nos permite ir além, pois nos permite identificar problemas efetivamente existentes e, a partir disso, propor ajustes e aperfeiçoamentos. É justamente este o propósito desta pesquisa.

Nesta edição do projeto do Observatório da Regulação, desenvolvido no âmbito do Comitê de Regulação do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (“IBRAC”), entre os anos de 2023 e 2024, foi reunido um grupo integrado por mais de 50 (cinquenta) pesquisadores, com experiência acadêmica e profissional em setores regulados diversos, com o objetivo de avaliar, a partir de metodologia empírica predefinida, a experiência prática de cada agências reguladoras federais em relação ao tema das *sanções administrativas e processo sancionador*.

Em meio ao trabalho, os pesquisadores foram divididos em subgrupos, responsáveis, cada um deles, pela análise da experiência prática de determinado setor regulado. Com isso, foi analisada a experiência da: ANA – Agência Nacional de Águas, ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil, ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, ANCINE – Agência Nacional do Cinema, ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, ANM – Agência Nacional de Mineração, ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural, e Biocombustíveis, ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários, ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres, ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, BCB – Banco Central do Brasil e ANPD – Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Para cada uma dessas agências reguladoras, as análises foram segregadas em três temáticas principais, a saber: (i) sanções, dosimetria e *bis in idem*; (ii) processo sancionador; e (iii) acordo, consensualidade e regulação responsiva.

Em meio à avaliação das *sanções*, *dosimetria* e *bis in idem*, foram avaliadas: (i) as normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e para se evitar *bis in idem* à luz da legislação setorial; (ii) sobre sanções, parâmetros para dosimetria e para se evitar *bis in idem* à luz da regulação infralegal; (iii) se o tema das sanções administrativas é disciplinado, ou não, em contratos e/ou em manuais e notas técnicas; (iv) o espaço para discricionariedade administrativa deixado em aberto pelas normas aplicáveis; (v) existência de regulamentação exaustiva acerca das condutas passíveis de penalização; (vi) indicação expressa, nas normas, quanto ao sujeito ativo das infrações; (vii) existência de avaliação ou diagnóstico sobre o panorama sancionatório do setor (ex. relatório de auditoria do TCU).

Para a avaliação relacionada ao tema do *processo sancionador*, foi analisado se (i) existem normas específicas, legais ou infralegais, sobre processo sancionador; (ii) se existe algum tema em relação ao qual as normas são confusas, imprecisas ou possam gerar discussões na prática; (iii) se existem particularidades nas normas processuais decorrentes das características específicas do setor; (iv) se, da análise de decisões administrativas da agência no âmbito de processo sancionador, é possível identificar eventuais aspectos críticos ou ambiguidade na aplicação das normas em vigor; (v) se é possível identificar decisões judiciais relevantes envolvendo decisões administrativas ou a regulamentação aplicável a sanções/processo sancionador; e, por fim, (vi) se existe alguma avaliação ou pesquisa sobre a efetividade dos processos sancionadores no respectivo setor regulado.

Por fim, no tocante ao tema do *acordo, consensualidade e regulação responsiva*, as pesquisas buscaram identificar se (i) a agência possui regulamentação sobre a utilização do TAC em processos sancionadores; (ii) a agência vem celebrando TAC ou acordos administrativos como forma de abreviar a tramitação do processo sancionador; e (iii) a agência tem se preocupado com a criação de sistemática de incentivos ou desincentivos para evitar o cometimento de infrações.

O resultado da avaliação realizada por cada um destes subgrupos é apresentado ao longo de cada um dos capítulos desta obra. Nos capítulos subsequentes é apresentado o diagnóstico da situação da agência reguladora, bem como a avaliação crítica dos autores e, em determinados casos, propostas para o aperfeiçoamento das práticas estabelecidas no setor, a qual representa a opinião de seus respectivos autores. Por fim, vale notar que o texto considera a legislação e regulamentação vigentes quando a análise foi realizada, ponderação relevante considerando o alto dinamismo dos setores estudados.

CAPÍTULO 2. ANA – AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS

*Sofia Silvestre
Túlio Jales
Jacqueline Leite
Susana Reis*

A Agência Nacional de Águas (“ANA”) foi criada pela Lei Federal nº 9.984, de 17 de junho de 2000, para colocar em prática as previsões da Política Nacional de Recursos Hídricos estabelecidas pela Lei das Águas (Lei Federal nº 9.433/1997).

A Agência foi vinculada, de 2000 a 2018, ao Ministério do Meio Ambiente, tendo deixado a pasta em 2018, quando passou a estar vinculada ao então Ministério do Desenvolvimento Regional. Após breve vinculação ao Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima por força da Medida Provisória nº 1.154/2023, está, desde 19 de junho de 2023, ligada ao Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional, conforme redação dada pela Lei nº 14.600/2023.

Desde a sua criação, a Agência possuía como atribuição a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, sendo parte do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH). Suas competências, à época, eram voltadas centralmente a tarefas relacionadas à regulação do uso de recursos hídricos, como outorgar o direito de uso em corpos de água de domínio da União, apoiar Estados e Municípios no enfrentamento da seca, na regulação do uso de águas locais e promover a articulação de Comitês de Bacia Hidrográfica. Inclusive, o que é ressaltado por esta última atribuição, esse trabalho nunca foi feito apenas pela Agência, afinal, ela atual junto a órgãos como o Conselho Nacional de Recursos Hídricos e as Entidades Estaduais.

A partir de 2010, a competência da ANA foi ampliada com a inclusão de uma nova atribuição institucional: a operação e segurança de reservatórios e barragens, devendo a agência executar a regulação de reservatórios de aproveitamento hidrelétrico em conjunto com a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

A inclusão dessa nova competência se deu por meio da Lei Federal nº 12.334/2010, que adicionou às competências da ANA a organização, implantação e gerência do Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens, bem como a promoção de articulação entre os órgãos fiscalizadores do setor e a elaboração de relatórios de segurança. A Resolução Conjunta ANEEL/ANA nº 03, por sua vez, criou regras para a operação de reservatórios de energia elétrica para garantir a segurança hídrica e a geração de energia.

Apenas em 2020, por fim, a Agência passou a ser responsável por estabelecer normas de referência relativas ao saneamento básico, padronizando a atuação das agências reguladoras locais pelo Brasil. Junto a essa inclusão, houve uma adição ao nome da Agência, que se tornou Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico.

A nova competência no escopo da autarquia foi incluída pela Lei Federal nº 14.026/2020, conhecida como Novo Marco Legal do Saneamento Básico. É importante mencionar que esta função se difere das demais, na medida em que cabe à ANA fornecer parâmetros gerais para a atuação regional ou estadual, não interferindo tão diretamente no setor como nas duas temáticas previamente mencionadas.

É relevante notar, assim, a evolução cronológica de temas competentes à ANA, bem como compreender qual atribuição é dada à Agência Federal dentro de cada um deles. Isso porque, enquanto há consolidação da regulação de recursos hídricos – foi para isso que a Agência foi criada – o tema da segurança de barragens e reservatórios é regulado há menos tempo. A competência da ANA em relação

ao tema do saneamento básico, por último, possui escopo diverso quando comparado com a atribuição da agência nas outras searas, na medida em que a função da Agência, neste caso, é de fornecer referência para a atuação de órgãos reguladores locais e não de atuar propriamente com a realização de medidas fiscalizatórias.

Como se perceberá, a ampliação gradual das competências da ANA está refletida nas previsões legais e aplicações práticas atuação da agência na área sancionatória, haja em conta que as características do modelo sancionatório da agência variam de acordo com cada tema de atuação (recursos hídricos, segurança de barragens e saneamento).

2.1. Sanção, dosimetria e *bis in idem*

A ANA tem três temas centrais em sua agenda regulatória, possuindo tais temas tratamentos diversos em termos de previsão sancionatória. Constatamos, após análise geral da estrutura normativa da Agência no assunto, especial robustez na área ligada a recursos hídricos, enquanto, por outro lado, o saneamento básico não possui nenhuma normativa sobre o assunto.

Com relação ao processo sancionador, ressaltamos a importância da normativa da Resolução nº 24, de 20 de maio de 2020, que é uma resolução específica, lógica e estruturada que define os procedimentos de fiscalização da segurança de barragens e do uso de recursos hídricos.

Observamos, por fim, que os três assuntos de atuação possuem arcabouços diferentes, não sendo possível traçar uma conclusão geral sobre o tema de sanções, dosimetria e *bis in idem* na ANA.

Diagnóstico
1. A legislação setorial traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar bis in idem? Caso positivo, descrever as leis relevantes.
<p>Como Agência Reguladora, a ANA possui competência para aplicar sanções aos usuários e empreendedores de sua área de regulação. Para tanto, prezando pela segurança jurídica, deve prever em suas normas infralegais as sanções e suas dosimetrias. Ainda, é positivo que haja ferramentas para evitar o <i>bis in idem</i>, uma vez que o setor regulado de águas possui atuação também dos estados e municípios, além de possíveis interferências de outros órgãos, como os Tribunais de Contas.</p> <p>Em pesquisa legislativa e documental, encontramos previsões legislativas da Agência em matéria sancionatória, estabelecidas principalmente por meio da Lei nº 9.433/1997, no que diz respeito à regulação de recursos hídricos, e da Lei nº 12.334/2010, voltada à regulação da segurança de barragens. Também identificamos relatórios sobre a aplicação de sanções, complementados por pedidos de acesso à informação via Lei de Acesso à Informação (LAI).</p> <p>No que diz respeito às atividades ligadas à regulação de recursos hídricos, a Lei nº 9.433/1997 (com redação alterada pela Lei nº 14.066/2020) estabelece os tipos infracionais (art. 49 da Lei nº 9.433/1997) e as sanções em razão da infringência de qualquer disposição legal ou regulamentar referente à execução de obras e serviços hidráulicos, derivação ou utilização de recursos hídricos, ou não atendimento das solicitações feitas pelo regulador/Concedente (art. 50 da Lei nº 9.433/1997).</p> <p>As infrações previstas pela Lei nº 9.433/1997 são as seguintes: (i) advertência por escrito; (ii) multa simples ou diária, proporcional à gravidade da infração, que pode variar de R\$ 100,00 a R\$ 50.000.000,00; (iii) embargo provisório, por prazo determinado e; (iv) embargo definitivo, com revogação da outorga.</p>

A legislação sobre recursos hídricos não dispõe de forma detalhada sobre parâmetros de dosimetria ou *bis in idem*, prevendo apenas que “*sempre que da infração cometida resultar prejuízo a serviço público de abastecimento de água, riscos à saúde ou à vida, perecimento de bens ou animais, ou prejuízos de qualquer natureza a terceiros, a multa a ser aplicada nunca será inferior à metade do valor máximo cominado em abstrato*” (art. 50, §1º da Lei nº 9.433/1997), bem como que em caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro (art. 50, §4º da Lei nº 9.433/1997).

De acordo com o Relatório de Atividades mais recente da ANA (2022), foram emitidos 232 Autos de Infração (AIs), sendo 206 advertências, 23 multas simples e 4 embargos provisórios. Quanto à Fiscalização de Uso de Recursos Hídricos, foram aplicadas 23 multas simples e 0 multas diárias, correspondendo ao valor total de multas de R\$ 60.266,66. Destas, 6 multas foram canceladas ou anuladas em instância administrativa, equivalendo ao valor de R\$ 18.400,00 em multas canceladas.

Em relação à regulação da **operação de reservatórios e barragens**, a Lei nº 12.334/2010 prevê que a competência para lavrar auto de infração e instaurar processo administrativo por descumprimento pelo empreendedor das obrigações estabelecidas nesta Lei, em seu regulamento ou em instruções dela decorrentes emitidas pelas autoridades competentes é dos órgãos fiscalizadores, incluindo aqui a ANA, e das autoridades que compõem o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama).

A Lei nº 12.334/2010, que teve seu capítulo sancionatório recentemente alterado pela Lei nº 14.066/2020, prevê em seu art. 17-C que as infrações administrativas sujeitam o infrator a uma ou mais das seguintes penalidades: **(i)** advertência; **(ii)** multa simples; **(iii)** multa diária; **(iv)** embargo de obra ou atividade; **(v)** demolição de obra; **(vi)** suspensão parcial ou total de atividades; **(vii)** apreensão de minérios, bens e equipamentos; **(viii)** caducidade do título; **(ix)** sanção restritiva de direitos (suspensão de licença, de registro, de concessão, de permissão ou de autorização; cancelamento de licença, de registro, de concessão, de permissão ou de autorização; perda ou restrição de incentivos e de benefícios fiscais; perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito).

Em relação parâmetros de dosimetria, o §1º do art. 17-C prevê que, para imposição e gradação da sanção, deve-se observar: **(i)** a gravidade do fato, considerados os motivos da infração e suas consequências para a sociedade e para o meio ambiente; **(ii)** os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de segurança de barragens; **(iii)** a situação econômica do infrator, no caso de multa. Indica, ainda, que se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, devem ser aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas.

Estabelecendo uma correlação entre infrações e suas sanções, a Lei prevê que a advertência deve ser aplicada pela inobservância das disposições desta Lei e da legislação correlata em vigor, ou de regulamentos e instruções, sem prejuízo das demais sanções previstas neste artigo.

A multa simples, por sua vez, deve ser aplicada sempre que o agente, por culpa ou dolo, **(i)** deixar de sanar, no prazo assinalado pela autoridade competente, irregularidades praticadas pelas quais tenha sido advertido ou **(ii)** opuser embaraço à fiscalização da autoridade competente. Já a multa diária deve ser aplicada sempre que o cometimento da infração se prolongar no tempo. Segundo a Lei, o valor das multas deve ser fixado por regulamento e atualizado periodicamente, com base nos índices estabelecidos na legislação pertinente, observado o mínimo de R\$ 2.000,00 e o máximo de R\$ 1.000.000.000,00.

A suspensão parcial ou total das atividades deve ser aplicada quando a instalação ou a operação da barragem não obedecer às prescrições legais, de regulamento ou de instruções das autoridades competentes.

Ainda de acordo com o Relatório de Atividades da ANA de 2022, em relação à fiscalização de Segurança de Barragens, foram emitidos 32 Autos de Infração (AIs), sendo 10 advertências, 17 multas simples, 04 multas diárias e 01 embargo provisório. Isso totalizou o valor de 78.400,00 em multas. Destas, 03 multas foram canceladas ou anuladas em instância administrativa, sendo o valor total de multas canceladas R\$ 22.200,00.

A legislação federal aplicável aos serviços de **saneamento básico** **não** traz disposições sobre infrações ou sanções que poderiam ser aplicadas pela ANA. Isso pode ser explicado em razão da competência municipal ou regional para regular os serviços de saneamento básico, o que faz com que as normas de fiscalização e descumprimentos sejam editadas pelas Entidades Reguladoras Infracionais (ERIs).

2. A regulação infralegal traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar *bis in idem*? Caso positivo, descrever os regulamentos relevantes.

Em nível infralegal, a ANA estabelece, em sua Resolução nº 24, de 20 de maio de 2020, os procedimentos acerca das atividades de fiscalização do uso de recursos hídricos e da segurança de barragens objeto de outorga em corpos d'água de domínio da União.

Tal Resolução traz normas específicas sobre infrações e sanções relacionadas à utilização de recursos hídricos e de segurança de barragens (Título IV), contendo capítulo específico sobre critérios de dosimetria para a aplicação das penalidades (Capítulo III do Título IV). Este capítulo estabelece critérios como **(i)** o valor-base das multas simples e diárias, **(ii)** as hipóteses de aumento e redução do valor-base das multas; **(iii)** estabelecimento do valor máximo das multas; **(iv)** definição do conceito de reincidência para a aplicação de sanções; **(v)** delimitação das circunstâncias atenuantes e agravantes do valor das multas.

Não foram identificadas normas que busquem evitar *bis in idem* na mencionada Resolução.

A Agência incluiu em sua Agenda Regulatória (2022-2024)¹ a previsão de edição em 2024 de norma para “*Atualizar os procedimentos de fiscalização previstos na Resolução nº 24/2020 para harmonização aos novos normativos e definição da dosimetria de multas.*”

Em relação ao setor de saneamento básico, não há normas federais infralegais sobre os temas. A Resolução nº 64/2021² até previa que a Agência editaria, no segundo semestre de 2021, “Norma de Referência sobre as Diretrizes para infrações e penalidades do prestador dos serviços de água e esgotos”. Tal Norma de Referência, no entanto, ainda não foi publicada.

3. Se pertinente, indicar se o tema das sanções administrativas também é disciplinado em **(i)** contratos; e/ou **(ii)** Manuais/Notas Técnicas. Caso haja regulação por contrato ou outros documentos oficiais aplicáveis, indicar as principais disposições sobre o tema.

Em relação ao setor de recursos hídricos e segurança de barragens, a regulação se dá eminentemente via Lei nº 9.433/1997, Lei nº 12.334/2010 e Resolução nº 24/2020 da ANA. Identificamos que em 2022 a ANA publicou seu Manual de Fiscalização de usos de recursos

¹Disponível em: https://arquivos.ana.gov.br/_viewpdf/web/?file=/resolucoes/2022/0138-2022_ato_normativo_14122022_20221215092420.pdf. Acesso em 20 mar. 2023.

²Disponível em: https://arquivos.ana.gov.br/_viewpdf/web/?file=https://arquivos.ana.gov.br/resolucoes/2021/0064-2021_Ato_Normativo_01032021_20210304083018.pdf?10:48:17. Acesso em 20 mar. 2023.

hídricos, que detém um capítulo específico com orientações sobre identificação de sanções e aplicação de penalidades³.

Já em relação ao setor de saneamento básico, a regulação se dá tanto pelos atos normativos das entidades reguladoras infranacionais quanto pelos contratos firmados localmente.

4. As normas aplicáveis preveem espaço para discricionariedade administrativa na aplicação de penalidades ou não?

As normas sancionatórias sobre uso de recursos hídricos e sobre operação e segurança de barragens concedem parâmetros objetivos que tendem a diminuir o espaço de discricionariedade do aplicador da sanção.

Os seguintes parâmetros objetivos podem ser destacados: **(i)** definição dos critérios diferenciadores entre infrações leves, médias, graves e gravíssimas (Resolução nº 24/2020 da ANA); **(ii)** indicação das ocasiões nas quais a sanção de multa poderá ser aplicada de forma direta, sem necessidade de ser antecedida por sanção de advertência; **(iii)** estabelecimento dos critérios para definição do valor-base das sanções de multa; **(iv)** definição de fatores atenuantes e agravantes.

Apesar disso, não se pode afirmar que inexiste espaço de discricionariedade na aplicação da sanção, uma vez que restará ao aplicador margem para definir o valor das multas ou mesmo a opção pela aplicação concomitante de mais de uma sanção dentro das margens de discricionariedade indicadas na norma.

5. As condutas passíveis de penalização estão definidas, de forma específica e exaustiva, em normas? Indicar, na resposta, se as condutas infracionais estão previstas em lei em sentido estrito e/ou atos normativos infralegais.

Em relação às atividades de recursos hídricos, condutas infracionais estão previstas tanto em Lei (art. 49 da Lei nº 9.433/1997) quanto em normativo infralegal (Resolução nº 24/2020 da ANA).

A Lei nº 9.433/1997 define algumas condutas infracionais específicas em relação ao uso e gestão de recursos hídricos, mas não se pode dizer que o faz de forma exaustiva. O inciso VII de seu art. 49 prevê que “serão consideradas infrações condutas que infringirem normas estabelecidas no regulamento desta Lei e nos regulamentos administrativos, compreendendo instruções e procedimentos fixados pelos órgãos ou entidades competentes”.

As condutas infracionais expressamente definidas são as seguintes: **(i)** derivar ou utilizar recursos hídricos para qualquer finalidade, sem a respectiva outorga de direito de uso; **(ii)** iniciar a implantação ou implantar empreendimento relacionado com a derivação ou a utilização de recursos hídricos, superficiais ou subterrâneos, que implique alterações no regime, quantidade ou qualidade dos mesmos, sem autorização dos órgãos ou entidades competentes; **(iii)** utilizar-se dos recursos hídricos ou executar obras ou serviços relacionados com os mesmos em desacordo com as condições estabelecidas na outorga; **(iv)** perfurar poços para extração de água subterrânea ou operá-los sem a devida autorização; **(v)** fraudar as medições dos volumes de água utilizados ou declarar valores diferentes dos medidos; **(vi)** infringir normas estabelecidas no regulamento desta Lei e nos

³Disponível

em:

https://biblioteca.ana.gov.br/sophia_web/acervo/detalhe/91762?guid=1645043508211&returnUrl=%2fsophia_web%2fresultado%2flistar%3fguid%3d1645043508211%26quantidadePaginas%3d1%26codigoRegistro%3d91762%2391762&i=3. Acesso em 10 ago 2023.

regulamentos administrativos, compreendendo instruções e procedimentos fixados pelos órgãos ou entidades competentes; (vii) obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades competentes no exercício de suas funções.

Em relação à operação e segurança de barragens, a Lei nº 12.334/2020 prevê em seu art. 17-A que “considera-se infração administrativa o descumprimento pelo empreendedor das obrigações estabelecidas nesta Lei, em seu regulamento ou em instruções dela decorrentes emitidas pelas autoridades competentes”.

Na Resolução nº 24/2020 da ANA há a previsão de que podem ser consideradas infrações leves, médias ou graves “infringir normas estabelecidas nos regulamentos administrativos concernentes a recursos hídricos, compreendendo instruções e procedimentos fixados pelos órgãos ou entidades competentes”. O grau de reprovabilidade da infração – se leve, média ou grave- dependerá de qualificadoras específicas previstas na própria Resolução.

Neste sentido, pode-se afirmar que as condutas infracionais não estão previstas **exaustivamente** seja na Lei nº 9.433/1997, na Lei nº 12.334/2010 ou na Resolução nº 24/2020 da ANA, uma vez que ambos os normativos abrem espaço para que outros regulamentos administrativos esparsos venham a assinalar novos tipos infracionais.

6. As normas são claras com relação ao sujeito ativo da infração?

A Lei nº 9.433/1997 não é clara quanto ao sujeito ativo da infração. A Lei nº 12.334/2010, por sua vez, indica que o sujeito passivo será o empreendedor, definido como “pessoa física ou jurídica que detenha outorga, licença, registro, concessão, autorização ou outro ato que lhe confira direito de operação da barragem e do respectivo reservatório, ou, subsidiariamente, aquele com direito real sobre as terras onde a barragem se localize, se não houver quem os explore oficialmente” (art. 2º, IV);

Pode-se afirmar, ainda, que a Resolução nº 24/2020 indica que as infrações e sanções podem ter como sujeitos ativos tanto os usuários quanto os empreendedores e, para infrações específicas, um ou outro.

7. Existe alguma avaliação/diagnóstico sobre o panorama sancionatório do setor (ex. relatório de auditoria do TCU). Caso positivo, quais as principais conclusões aplicáveis ao respectivo setor?

Não foi identificada avaliação ou diagnóstico que trate do panorama sancionatório no âmbito da ANA.

2.2. Processo Sancionador

Com relação ao processo administrativo sancionador, avalia-se que a Resolução nº 24/2020 é, de modo geral, positiva, haja em conta que: (i) apresenta boa descrição das condutas e omissões que constituem infrações; (ii) realiza definição prévia de instâncias administrativas hierárquicas para nas quais tramitarão os processos sancionatórios e seus recursos administrativos; (iii) contém previsão expressa dos casos nos quais o recurso administrativo será dotado de efeito suspensivo; (iv) indica os prazos para que a autoridade administrativa profira suas decisões.

Por outro lado, como pontos negativos, podemos mencionar os números pobres relacionados ao exercício do poder fiscalizatório da agência. Chama particular atenção o baixo número de autos de infração emitidos para fiscalização de barragens, apenas 32. Também pode-se mencionar o baixo valor arrecadado com multas relacionadas às infrações relacionadas ao uso de recursos hídricos (R\$ 41.866,66). Apesar do baixo número de autos de infração com imposição de multas, pode-se dizer que as poucas

multas aplicadas são processadas de forma efetiva, na medida em que os números indicam uma boa conversão das multas aplicadas daquelas efetivamente recebidas.

Ainda, é importante lembrar que a competência fiscalizatória da ANA abarca perfis de regulados com características econômicas e sociais bastante variadas, abrangendo desde o pequeno agricultor às grandes concessionárias de geração de energia. Nesse cenário, poderia ser positivo que a Agência estabelecesse mecanismos que permitissem a flexibilização ou adaptabilidade das normas procedimentais à luz dessa diferença de perfil do usuário que poderá ser sujeito passivo da ação fiscalizadora. Como exemplo, as resoluções poderiam investir mais esforços na promoção de ações educativas de fiscalização ou mesmo na constituição de uma fase preliminar de resolução consensuada de controvérsias.

Além disso, a normativa trata de maneira uniforme as infrações referentes às atividades de recursos hídricos e aquelas relacionadas ao descumprimento de normas de segurança de barragem. Esse tratamento pode ser problemático, na medida em que tais serviços podem ser disciplinados por meio de mecanismos regimes regulatórios distintos: outorga para recursos hídricos e licenças para uso de barragens.

Diagnóstico
1. Existem normas específicas (legais ou infralegais) sobre processo sancionador? Descreva, sucintamente, o rito a ser observado e, inclusive, recursos cabíveis.
<p>Para além de previsões coerentes e seguras sobre quais são as sanções e como se dará a dosimetria, é preciso que a regulação seja clara quanto ao processo sancionador. Sem a transparência relativa a como deve ser o processo, quais são suas etapas e as garantias envolvidas, agentes podem ser desestimulados a atuar no setor, dada a insegurança jurídica em eventuais sanções.</p> <p>A principal norma que disciplina o processo sancionador na ANA é a Resolução 24/2020, cujo objeto é o estabelecimento de procedimentos para o desempenho das atividades de fiscalização de uso de recursos hídricos e de segurança de barragens destinadas à acumulação de água – não há a previsão do saneamento básico.</p> <p>O art. 4º de tal norma elenca os instrumentos de fiscalização disponíveis, quais sejam (i) Notificação – NO (art. 5); (ii) Auto de Infração- AI (art. 6); (iii) Termo de Interdição Cautelar – TC (art. 7); (iv) Termo de Apreensão e Depósito – TAD (art. 8); (v) Relatório de Monitoramento de Uso – RMU (art. 10); (vi) Relatório de Cumprimento de Condicionante - RCC (art.10); e (vii) Protocolo de Compromisso – PC (art. 13).</p> <p>A respeito do rito, a Resolução estabelece que as infrações serão apuradas, processadas e julgadas mediante processo administrativo que assegure o contraditório e a ampla defesa.</p> <p>A Resolução estipula que cada infração objeto de Auto de Infração (AI) deverá ser apurada em processo administrativo independente e, uma vez constatada regularização do uso de recursos hídricos ou sanada as irregularidades quanto à segurança da barragem, o processo será arquivado, sendo desarquivado apenas se verificado ato ilegal ou erro que justifique a continuidade da apuração da infração que ensejou sua abertura.</p> <p>O usuário ou empreendedor poderá apresentar recurso administrativo em primeira instância contra o AI, TC e TAD, este quando não vinculado a um AI ou TC, no prazo de 10 dias contados da data do AR ou do recebimento pessoal.</p> <p>O Superintendente de Fiscalização exercerá a atribuição de autoridade julgadora de primeira instância. A decisão, em primeira instância, sobre recurso administrativo do usuário ou empreendedor será proferida no prazo de até 30 (trinta) dias, contados do recebimento do referido recurso, cabendo à ANA garantir a ciência do usuário ou empreendedor sobre a decisão em primeira instância. Há ainda a</p>

hipótese de apresentação de recurso administrativo em segunda instância, no prazo de 10 dias, a contar do recebimento da comunicação.

Nos recursos de infrações de natureza leve ou média, o Diretor da Área de Regulação exercerá a atribuição de autoridade julgadora de segunda instância, enquanto a Diretoria Colegiada exercerá esta função nos recursos de infrações de natureza grave ou gravíssima. O Diretor da Área de Regulação poderá, se entender pertinente, submeter, para decisão da Diretoria Colegiada, o recurso no qual exerce a função de autoridade julgadora.

A autoridade julgadora, ao proferir decisão sobre recurso administrativo, poderá cancelar ou anular o AI, reenquadrar a infração, revisar o valor da multa ou modificar a penalidade aplicada.

O recurso administrativo será processado com efeito suspensivo, a contar de sua interposição, até o recebimento da comunicação. O recurso contra aplicação da penalidade de embargo e contra lavratura de interdição cautelar será processado com efeito devolutivo, devendo ser formulado por escrito, acompanhado da documentação que o usuário ou empreendedor julgar conveniente, sob pena de não conhecimento.

O recurso não será conhecido quando interposto fora do prazo ou após exaurida a esfera administrativa. O não conhecimento do recurso não impede a ANA de rever de ofício o ato contestado, desde que apontada ilegalidade, erro ou circunstância relevante suscetível de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Na ocorrência de vício passível de retificação, poderá ser adotada a convalidação, com efeitos retroativos à data em que o ato convalidado foi lavrado. Quando a constatação de vício ou erro passível de retificação ocorrer durante a análise de recurso, caberá à respectiva autoridade julgadora declarar nulo ou retificar o AI, dando ciência ao usuário ou empreendedor. Quando a constatação de vício ocorrer fora da análise de recurso, caberá à Superintendência de Fiscalização ou à autoridade julgadora que se manifestou por último no processo declarar nulo ou retificar o AI, e dar ciência ao usuário ou empreendedor.

Não há rito específico para os demais instrumentos de fiscalização constando na Resolução 24/2020.

2. Há algum tema em relação ao qual as normas são confusas, imprecisas ou que gerem discussões na prática?

Identificamos a necessidade de que a Resolução 24/2020 melhor especifique os elementos essenciais das intimações ou notificações extrajudiciais (art. 11).

3. Existem particularidades nas normas processuais decorrentes das características específicas do setor?

A competência fiscalizatória da ANA abrange perfis de regulados com características econômicas e sociais bastante variadas, abrangendo desde o pequeno agricultor às grandes concessionárias de geração de energia. Nesse cenário, sentimos falta de que a Resolução estabelecesse mecanismos que permitissem a flexibilização ou adaptabilidade das normas procedimentais à luz dessa diferença de perfil do usuário que poderá ser sujeito passivo da ação fiscalizadora. Como exemplo, a Resolução poderia investir mais esforços na promoção de ações educativas de fiscalização ou mesmo na constituição de uma fase preliminar de resolução consensualizada de controvérsias.

Além disso, a Resolução trata de maneira uniforme as infrações referentes às atividades de recursos hídricos e àquelas relacionadas ao descumprimento de normas de segurança de barragem. Esse tratamento pode ser problemático, na medida em que tais serviços podem ser disciplinados por meio de

mecanismos regimes regulatórios distintos, outorga para recursos hídricos e licenças para uso de barragens.

4. Da análise de decisões administrativas da Agência no âmbito de processo sancionador, é possível identificar eventuais aspectos críticos/ambiguidade na aplicação das normas em vigor?

A ANA não disponibiliza suas decisões administrativas em processo sancionador para acesso público.

5. É possível identificar decisões judiciais relevantes envolvendo decisões administrativas ou a regulamentação aplicável a sanções/processo sancionador?

Não identificamos decisões judiciais relevantes contestando o exercício sancionatório da ANA.

6. Existe alguma avaliação/pesquisa sobre efetividade dos processos sancionadores neste setor regulado? É possível identificar índice de judicialização?

De acordo com o Relatório de Atividades mais recente da ANA (2022), foram emitidos 232 Autos de Infração (AIs), sendo 206 advertências, 23 multas simples e 4 embargos provisórios.

Quanto à Fiscalização de Uso de Recursos Hídricos, foram aplicadas 23 multas simples e 0 multas diárias, correspondendo ao valor total de multas de R\$ 60.266,66. Destas, 6 multas foram canceladas ou anuladas em instância administrativa, equivalendo ao valor de R\$ 18.400,00 em multas canceladas.

Em relação à fiscalização de Segurança de Barragens, foram emitidos 32 Autos de Infração (AIs), sendo 10 advertências, 17 multas simples, 04 multas diárias e 01 embargo provisório.

Foram aplicadas 21 multas, onde 17 eram multas simples e 04 multas diárias, totalizando o valor de 78.400,00 em multas. Destas, 03 multas foram canceladas ou anuladas em instância administrativa, sendo o valor total de multas canceladas R\$ 22.200,00.

Foram recebidas pela Agência 144 denúncias quanto ao uso dos recursos hídricos, segurança de barragens e saneamento básico. Deste total: (i) 85 denúncias recebidas por meio eletrônico (e-mail ou formulário digital); das quais 62% foram respondidas e 39% das denúncias recebidas não puderam ser respondidas pois os dados necessários do denunciante estavam incompletos; (ii) 29 denúncias recebidas via próton sendo 100% das denúncias respondidas.

Não foi identificada informação sobre índice de judicialização.

2.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva

Em se tratando das previsões de formas acordadas de resolução de irregularidades, a ANA apresenta três mecanismos. O PC, RMU e RCC, então, representam avanços importantes nas práticas sancionatórias, em prol de uma regulação mais efetiva. Todavia, consideramos que seria positivo que as normas que regulam o tema previssem formas de incentivo à utilização mais efetiva de tais instrumentos, de forma a privilegiá-los em comparação com as vias fiscalizatórias usuais, especialmente tendo em vista o baixíssimo uso (2 PCs no período de 3 anos).

Ainda, instrumentos administrativos não são a única maneira de praticar a regulação responsiva, e, neste ponto, a Agência também poderia ser aprimorada. Enquanto há diversas capacitações, formações e materiais educativos para gestores, faltam iniciativas assim que incluam o público externo.

Por fim, enxergamos um déficit quanto ao monitoramento e à avaliação dos resultados das políticas públicas que a ANA vem implementando. Os relatórios publicados ainda focam muito nas medidas mais tradicionais, havendo pouca transparência ativa sobre outras atuações da Agência.

Diagnóstico
1. A agência possui regulamentação sobre a utilização de TACs em processos sancionadores? Caso positivo, descrever conteúdo.
<p>Pode-se afirmar que a Agência diversificou seus instrumentos de fiscalização nos últimos anos, principalmente a partir da edição da Resolução ANA nº 24/2020. Tal Resolução atualizou as diretrizes das atividades de fiscalização da ANA, priorizando uma fiscalização que prima pela orientação dos usuários de recursos hídricos e dos empreendedores de barragens, criando instrumentos fiscalizatórios até então inexistentes, como o Relatório de Monitoramento de Uso (RMU) e o Relatório de Cumprimento de Condicionantes (RCC), e aperfeiçoando a disciplina de instrumentos que já existiam, como era o caso do Protocolo de Compromisso (PC).</p> <p>O Protocolo de Compromisso é o instrumento da ANA para a correção de irregularidades de forma acordada. Apesar de existir previsão de TAC nas resoluções da Agência, que é mais habitual no debate sobre soluções consensuais, este instrumento administrativo é voltado para a resolução de conflitos correcionais ou de caráter disciplinar que envolvam agentes públicos da ANA (condutas infracionais de menor potencial ofensivo), sendo disciplinado pela Portaria ANA nº 418/2022.</p> <p>A regulamentação do PC está presente na Resolução ANA nº 24/2020 (art. 13), que estabelece os procedimentos acerca das atividades de fiscalização do uso de recursos hídricos e da segurança de barragens objeto de outorga em corpos d'água de domínio da União. Segundo a Resolução nº 24/2020, o PC é um instrumento em que a ANA e o usuário ou empreendedor podem acordar obrigações a serem executadas e seus respectivos prazos. Ele é celebrado em situações em que é preciso medidas de médio ou longo prazos para corrigir as irregularidades relativas ao uso de recursos hídricos e ao atendimento dos normativos referentes à segurança de barragens (art. 13, § 1º e 3º).</p> <p>O PC deve conter o detalhamento das ações para a correção das irregularidades, podendo ser proposto tanto pela ANA quanto pelo usuário ou empreendedor (art. 13, § 1º). No caso de proposição pelo usuário ou empreendedor, cabe à Agência avaliar sua necessidade e eficácia, deferindo ou não o pedido de forma discricionária (art. 13, § 3º). Dentre outros elementos formais, o PC precisa conter o cronograma físico da execução das atividades, a forma de comprovação da conclusão das medidas corretivas e o prazo de vigência (art. 13, § 8º).</p> <p>A manifestação de interesse na assinatura do PC pode suspender as penalidades de multa diária e embargo provisório, observando a relevância da irregularidade, a efetividade e os prazos propostos para a conclusão das medidas corretivas (art. 13, § 4º).</p> <p>Para além de permitir a utilização do instrumento no âmbito das atividades de recursos hídricos e segurança de barragens, a Resolução especifica requisitos para a celebração de PC no caso de lançamento de esgotos domésticos, quais sejam: a existência de Serviço de Esgotamento Sanitário (SES) institucionalizado e de projeto ou estudo de concepção de sistema de esgotamento sanitário mediante avaliação técnica da ANA (art. 13, § 6º). Municípios sem SES institucionalizado somente poderão propor PC mediante a comprovação de capacidade técnica e financeira para a adequada operação do serviço (art. 13, § 7º).</p> <p>São previstas também as infrações relacionadas ao descumprimento do PC: se descumprida meta parcial estipulada no PC, o usuário ou empreendedor incorrerá em infração média (art. 17, II, a); no caso de manifestação de celebração com intenção manifestamente procrastinatória (art. 13, § 5º e</p>

art. 18, II) ou descumprimento do objetivo final do PC após o prazo de vigência, o usuário ou empreendedor incorrerá em infração grave.

Todas as infrações acima sujeitam o usuário ou empreendedor às penalidades previstas no art. 20 (advertência, multa simples ou diária e embargo provisório ou definitivo). Em caso de manifestação de celebração de PC com intenção manifestamente procrastinatória, porém, há aplicação direta da multa simples (art. 21, III).

Em relação à governança interna para o processamento dos PCs, a Resolução ANA nº 104/2021 (Regimento Interno da autarquia) prevê que caberá à Diretoria Colegiada da agência aprovar os PCs decorrentes de ações de fiscalização (art. 7º, IX). À Superintendência de Fiscalização (SFI), por seu turno, compete propor a celebração de PCs decorrentes das ações de fiscalização (art. 93, XIII). Já à Coordenação de Fiscalização de Uso (COFIU) cabe acompanhar a implementação dos PCs celebrados.

Além do PC, destacamos também que a Resolução ANA nº 24/2020 prevê outros dois instrumentos que poderão ser exigidos dos usuários e empreendedores e que podem ser inseridos dentro de uma lógica de atuação fiscalizatória preventiva, o Relatório de Monitoramento de Uso (RMU) e o Relatório de Cumprimento de Condicionantes (RCC).

O RMU tem por finalidade “permitir o acompanhamento dos usos de recursos hídricos e dos aspectos de segurança das barragens, para avaliação da regularidade quanto aos normativos vigentes” (art. 10, §1º). Caberá à ANA especificar os itens que comporão o RMU (parâmetros a serem avaliados, frequência de amostragem e pontos de coleta, dentre outros itens tecnicamente justificados), devendo o instrumento ser elaborado pelo próprio usuário de recursos hídricos ou pelo empreendedor da barragem (art. 10, §1º e 2º).

Já o RCC pode ser solicitado pela ANA com o objetivo de comprovar o atendimento de condicionantes de outorga ou de normativos de segurança de barragens, devendo igualmente ser elaborado pelo usuário ou empreendedor (art. 10, §4º).

O não envio de ambos os instrumentos pelos usuários ou empreendedores, quando solicitados, constitui infração leve (art. 16, III, a).

2. Na prática, a Agência vem celebrando TAC/Acordos Administrativos como forma de abreviar a tramitação de processos sancionadores?

Diferentemente da emissão de AIs e aplicação de multas, a ANA não organizou em Relatório ou em seus painéis de informação a quantidade de PCs celebrados ou RMUs e RCCs solicitados.

A informação foi solicitada por pedido de acesso à informação via Lei de Acesso à Informação, no qual a ANA respondeu que realizou apenas 2 PCs entre os anos de 2020 e 2022. Ambos tratavam sobre o cumprimento de obrigações para melhoria da segurança de barragens e foram realizados em 2022.

Já em relação aos RMUs e RCCs, a Ouvidoria Geral da ANA respondeu pedido de acesso à informação indicando que a “*Superintendência de Fiscalização não requisitou RMU ou RCC dos usuários de recursos hídricos e empreendedores de barragem nos anos de 2020, 2021, 2022 e 2023.*”

3. A agência tem se preocupado com a criação de sistemática de incentivos/desincentivos para evitar o cometimento de infrações?

Para encontrar as informações relacionadas à preocupação da Agência sobre a criação de medidas que desincentivem o cometimento de infrações, foram analisados o Plano Estratégico atual, os relatórios da ANA dos últimos três anos, os programas listados pelo site da Agência, além de realizada busca exploratória por iniciativas educativas e políticas de regulação responsável

O Plano Estratégico 2023-2026 da ANA revela certa preocupação da Agência em relação à dimensão preventiva no cometimento de infrações. Tal documento prevê como objetivo a promoção de um ambiente regulatório favorável ao desenvolvimento e inovação (OE 9). Além disso, estabelece como iniciativas estratégicas as seguintes ações: (i) a “Implementação dos princípios da Regulação Responsiva nos processos de fiscalização da ANA”; (ii) a “Incorporação de novos métodos e tecnologias nos processos e nas atividades de fiscalização da ANA” e; (iii) a “Implementação de Sandbox regulatório para experimentação de soluções alternativas de gestão, operação e manutenção de infraestruturas hídricas”.

O Plano Estratégico também elenca a fiscalização responsável como diretriz da Diretoria Colegiada. Registramos que a ANA participou, em maio de 2023, do 2º Fórum das Agências Reguladoras Nacionais sobre Processo Sancionador e Regulação Responsiva. Foi afirmado, no Fórum, que a ANA “tem apoiado a incorporação dos princípios de regulação responsável nas suas ações, especialmente nas de fiscalização, seguindo os passos das agências que atualmente são referência no tema”. O exemplo utilizado para fundamentar a afirmação foi a Tomada de Subsídios nº 004/2023, que estaria colhendo contribuições para o aperfeiçoamento regulatório. Porém, em consulta ao Sistema de Participação Social da ANA, percebemos que não houve nenhuma contribuição.

Ao analisar as outras Tomadas de Subsídios disponíveis no portal, encontramos participação mais relevante. Em 2023, foram feitas 6 Tomadas de Subsídios, contra 3 em 2022 e 1 em 2021. Observamos uma baixa quantidade de participantes quando comparado ao número de contribuições. A última de 2023, por exemplo, contou com 18 participantes e 138 contribuições. Isso pode ocorrer por conta da especificidade do setor, mas também por pouca divulgação do instrumento.

Em terceiro lugar, com referência a políticas já em curso ou concluídas, encontramos a organização de programas educativos e de capacitação regulatória ao longo de relatórios da ANA, conforme referenciado abaixo. A Agência, em geral, realiza cursos, workshops e organiza especializações e mestrados profissionais nas suas três áreas de atuação para capacitar interessados, organizando relatórios sobre suas ações de capacitação, como feito em 2021.

Ainda, há outros projetos encabeçados pela ANA para, entre outros objetivos, evitar o cometimento de infrações. Entretanto, a maioria dos programas educativos da Agência são voltados para a capacitação de gestores, pouco dialogando com os usuários e empreendedores.

Apenas em relação à programas relacionados a recursos hídricos, podemos ressaltar o Programa Produtor de Água e as Jornadas de Capacitação no Encontro Nacional dos Comitês de Bacias Hidrográficas. Enquanto o primeiro é um programa educativo, voltado para melhorias de ações de produtores, o segundo busca debater sobre métodos para solução de problemas – dentre eles, as infrações.

O Programa Produtor de Água usa o conceito de Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), que estimula os produtores a investirem no cuidado do trato com as águas, recebendo apoio técnico e financeiro para implementação de práticas conservacionistas. As Jornadas de Capacitação no Encontro Nacional dos Comitês de Bacias Hidrográficas – Encob, por sua vez, consistem na organização de encontros com palestras e debates para construir em conjunto propostas voltadas a solução de problemas por meio da educação, capacitação e integração.

CAPÍTULO 3. ANAC – AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL

*Alessandra Jeronimo Ungria Galvão
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio
Sara Lima Moreira
Thaís Borges Peixoto*

3.1. Sanções, dosimetria e *bis in idem*

A análise jurídica sobre as regras que definem sanções, dosimetria da pena e ocorrência de *bis in idem* no âmbito da ANAC perpassa pela identificação da regulamentação atinente ao tema, de sua aplicação na prática por parte da Agência e dos principais aspectos positivos e negativos que destes fatores decorrem. A partir disso, é possível ainda verificar eventuais pontos de aprimoramento que podem cooperar com a regulação mais adequada e eficiente dos mercados sob regulação da ANAC.

Em primeiro lugar, no setor aeroportuário, as previsões quanto a sanções aplicáveis aos administrados constam da legislação setorial, em especial em dois diplomas principais. Nesse sentido, a Lei Federal nº 7.565/1986, que institui o Código Brasileiro de Aeronáutica (“CBA”), contém rol de infrações e penalidades que incidem sobre o setor, e Lei Federal nº 11.182/2005, que criou a ANAC, estabelece sua competência para aplicação de sanções.

Por sua vez, estão na esfera infralegal os normativos que dispõem sobre outras sanções, os ritos processuais no caso de aplicação de sanções pela ANAC, a dosimetria que deve ser aplicada e o tratamento de situações de *bis in idem*. Assim, o principal regramento sobre o tema é a Resolução nº 472/2018-ANAC, que traz o princípio da regulação responsável como cerne e a dosimetria da pena. Entre outros normativos específicos, destaque-se também a Resolução nº 566/2020-ANAC, que estabelece a infração administrativa de natureza continuada.

Ainda, vale notar que os contratos de concessão da ANAC trazem regramento relevante sobre a aplicação de sanções, como se constata da análise das minutas de contrato da 6^a e 7^a Rodadas de Concessão de Aeroportos.

De forma geral, cabe destacar que é positivo que a ANAC tenha estabelecido como princípio que norteia sua atuação sancionatória a regulação responsável, por meio da Resolução nº 472/2018-ANAC, em detrimento do tradicional método de comando e controle. Assim, verifica-se que a Agência privilegiou o diálogo com os administrados e os métodos alternativos à mera punição. Isso também se revela na adoção da infração administrativa de natureza continuada, constante da Resolução nº 566/2020-ANAC, que evita que ocorra *bis in idem*, ao estabelecer uma penalidade única para prática recorrente (afastando a aplicação de múltiplas penalidades para prática continuada).

Ainda, é louvável o fato de que a ANAC tenha por rotina o monitoramento de sua atuação de cunho sancionatório, a fim de aprimorar sua prática, seja a partir de controle interno (i.e. Relatórios de Gestão de Atividades e inclusão do tema na Agenda Regulatória), seja a partir de controle externo (i.e. implementação de recomendações do TCU), o que enriquece sua atuação.

Por outro lado, verificou-se que a ANAC tem algum nível de discricionariedade na aplicação de sanções e na dosimetria da pena quando do enquadramento fático das condutas às normas existentes. Assim, a redação dos normativos abre margem para interpretações sobre os fatos e a subsunção à norma traz alguma variação na aplicação de sanções pela ANAC, o que pode representar riscos quanto à segurança jurídica, em especial para os administrados.

Um contraponto a este aspecto advém da existência, na regulação setorial, de tabelas que descrevem condutas e penalidades (com valores mínimo, médio e máximo de multas), bem como rol de atenuantes e agravantes, constituindo fatores que mitigam as hipóteses de discricionariedade dada a forma cartesiana com a qual são apresentados.

Entretanto, por não serem determinantes e suficientes para afastar esse risco, é importante o monitoramento da ANAC sobre este ponto a fim de encontrar mecanismos para eliminar cada vez mais as hipóteses de discricionariedade.

Por fim, outro ponto que pode ser aprimorado pela Agência em seus ciclos de monitoramento é a ponderação sobre as previsões normativas de sanção constantes em regulação da Agência e as estabelecidas em contratos de concessão. Apesar do escopo da presente pesquisa não perpassar por todos os contratos de concessão já assinados pela Agência – e sim os mais recentes –, em tese tal prática pode gerar inconsistência intertemporal relevante, em especial *vis-à-vis* a regulamentação que é editada e/ou atualizada periodicamente pela Agência, o que pode ser evitado pela ANAC a fim de uma melhor regulação setorial.

Diagnóstico
1. A legislação setorial traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar <i>bis in idem</i>? Caso positivo, descrever as leis relevantes.
<p>No setor aeroportuário, a legislação relevante sobre sanções, parâmetros para dosimetria e <i>bis in idem</i> é a seguinte:</p> <p>a) <u>Lei Federal nº 7.565/1986</u>, a qual dispõe sobre o CBA. Ressalte-se que as disposições sobre as infrações e penalidades constam nos arts. 288 a 315. Ademais, não há previsão de atenuantes e agravantes, tampouco regras específicas para evitar <i>bis in idem</i>; e</p> <p>b) <u>Lei Federal nº 11.182/2005</u>, que cria a ANAC e estabelece competência geral para aplicação de sanções pela Agência, quais sejam, advertência, multa, suspensão ou cassação de certificados, de licenças e de autorizações, bem como deter, interditar e apreender aeronave ou material transportado, entre outras providências administrativas, inclusive de caráter não sancionatório (art. 8º). Não há previsão de atenuantes e agravantes, nem normas específicas para evitar <i>bis in idem</i> nesta legislação.</p>
2. A regulação infralegal traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar <i>bis in idem</i>? Caso positivo, descrever os regulamentos relevantes.
<p>A regulação infralegal relevante sobre sanções, parâmetros para dosimetria e <i>bis in idem</i> é a seguinte:</p> <p>a) <u>Resolução nº 472/2018-ANAC</u>, a qual estabelece providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da ANAC.</p> <p>A Resolução nº 472/2018-ANAC tem por premissa o exercício do poder fiscalizatório da Agência face seus regulados (pessoa física ou jurídica que exerce atividade regulada pela ANAC, sendo possuidora ou não de certificado ou outorga) e utiliza como cerne a regulação responsiva. Nesse sentido, destaca-se que o art. 3º, parágrafo único do normativo dispõe que, caso constatada infração, há três tipos de providências administrativas diferentes que podem ser tomadas pela ANAC: (i) preventiva, (ii) sancionatória e (iii) acautelatória.</p> <p>Sobre a temática da dosimetria, a Resolução dispõe serem circunstâncias atenuantes: (i) o reconhecimento da prática da infração; (ii) a adoção voluntária de providências eficazes</p>

para evitar ou amenizar as consequências da infração antes de proferida a decisão; e (iii) a inexistência de aplicação definitiva de sanções nos 12 (doze) meses anteriores à data do cometimento da infração em julgamento.

- b) Resolução nº 566/2020-ANAC, que alterou a Resolução nº 472/2018-ANAC para introduzir a figura da “infração administrativa de natureza continuada”, considerada a prática, pelo mesmo regulado, de mais de uma ação ou omissão que configurem infração administrativa de natureza idêntica, apuradas em uma mesma oportunidade fiscalizatória (art. 37-A). A infração administrativa de natureza continuada pode ser compreendida como um instrumento para evitar a prática do *bis in idem*, dado que a aplicação de multa será única para mais de uma conduta.
- c) Resolução nº 599/2020-ANAC, que estabelece o rito do procedimento administrativo para a apuração das infrações cometidas por concessionárias. No âmbito deste normativo, as infrações são constituídas por violação das cláusulas contidas nos contratos de concessão, nos editais e em seus anexos.
- d) Resolução nº 400/2016-ANAC, que dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. Há disposições sobre valores de multas em seu Anexo.
- e) Resolução nº 692/2022-ANAC, que estabelece as regras para a exploração do serviço de transporte aéreo internacional por empresas estrangeiras e as condições para operações em código compartilhado para empresas brasileiras e estrangeiras. As disposições sobre as penalidades constam nos arts. 14 a 17.
- f) Resolução nº 682/2022-ANAC, que regulamenta a coordenação de aeroportos e dispõe sobre as regras de alocação e monitoramento do uso da infraestrutura aeroportuária. O Anexo do normativo dispõe sobre sanções dada a violação das normas sobre coordenação de aeroportos e regras de alocação e monitoramento do uso da infraestrutura aeroportuária (*slots*).

3. Se pertinente, indicar se o tema das sanções administrativas também é disciplinado em (i) contratos; e/ou (ii) Manuais/Notas Técnicas. Caso haja regulação por contrato ou outros documentos oficiais aplicáveis, indicar as principais disposições sobre o tema.

O tema de sanções administrativas foi abordado nos últimos contratos de concessão da ANAC, relativos à 6^a e à 7^a Rodadas de Concessão de Aeroportos.

Nestes instrumentos jurídicos, há disposições detalhadas sobre as condutas tipificadas e as penalidades aplicáveis às concessionárias, em especial a penalidade de multa. Veja-se:

- a) Minuta do Contrato de Concessão da 6^a Rodada:

Sem prejuízo das penalidades previstas na legislação específica, poderão ser aplicadas as seguintes penalidades contratuais: (i) advertência; (ii) multa; (iii) suspensão do direito de participar de licitações e contratar com a ANAC; e (iv) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (cláusula 8.1.2). Tais penalidades são detalhadas nas seções I a V do Capítulo VIII do Contrato, assim como no Anexo 3 do Contrato.

- b) Minuta do Contrato de Concessão da 7^a Rodada:

Tal como na minuta da 6^a Rodada, sem prejuízo das penalidades previstas na legislação específica, poderão ser aplicadas as seguintes penalidades contratuais: (i) advertência; (ii) multa; (iii) suspensão do direito de participar de licitações e contratar com a ANAC; e (iv) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (cláusula 8.1.2). Tais

penalidades são detalhadas nas seções I a V do Capítulo VIII do Contrato, assim como no Anexo 3 do Contrato.

Ressalta-se ainda que a regulação de sanções por contrato pode gerar inconsistência intertemporal (análise não realizada na pesquisa, visto que somente as últimas rodadas foram estudadas).

4. As normas aplicáveis preveem espaço para discricionariedade administrativa na aplicação de penalidades ou não?

A ANAC adota sistema de tabelas nos anexos às resoluções, abarcando valores mínimo, médio e máximo das multas. A dosimetria é feita, ainda, de acordo com a presença de atenuantes e agravantes, que limitam a discricionariedade em certo grau (art. 36, § 3º, Resolução nº 472/2018-ANAC).

Também não parece haver considerável espaço para discricionariedade na definição da multa decorrente da prática de infração de natureza continuada, na medida em que o art. 37-B da Resolução nº 472/2018-ANAC traz fórmula paramétrica para o seu cálculo, que considera, de forma objetiva, a existência de circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Por outro lado, apesar do esforço da Agência para delimitar parâmetros objetivos para dosimetria da pena e considerar tabelas com penalidades e multas, o enquadramento do caso fático a essas balizas traz algum nível de discricionariedade intrínseca à ANAC.

Neste sentido, destaca-se o art. 37, §6º da Resolução nº 472/2018-ANAC, que sugere a existência de alguma discricionariedade na determinação da presença de agravantes e atenuantes, na medida em que prevê a necessidade de se considerar o contexto fático.

5. As condutas passíveis de penalização estão definidas, de forma específica e exaustiva, em normas? Indicar, na resposta, se as condutas infracionais estão previstas em lei em sentido estrito e/ou atos normativos infralegais.

As infrações no âmbito da ANAC são definidas em lei em sentido estrito e também em atos normativos infralegais, sendo específicas e taxativas, conforme normativos abaixo:

a) Lei Federal nº 7.565/1986 (CBA): lista as infrações no art. 299 e seguintes; e

b) Resolução nº 472/2018-ANAC: contém tabela com descrição das infrações, norma geral sobre sanções, agravantes, atenuantes e infrações continuadas.

6. As condutas passíveis de penalização estão definidas, de forma específica e exaustiva, em normas? Indicar, na resposta, se as condutas infracionais estão previstas em lei em sentido estrito e/ou atos normativos infralegais.

O CBA e os anexos à Resolução nº 472/2018-ANAC destacam quem é o sujeito ativo de cada conjunto de infrações.

7. Existe alguma avaliação/diagnóstico sobre o panorama sancionatório do setor (ex. relatório de auditoria do TCU). Caso positivo, quais as principais conclusões aplicáveis ao respectivo setor?

No Acórdão nº 1817/2010-Plenário, o Tribunal de Contas da União (“TCU”) determinou às agências reguladoras brasileiras, dentre as quais a ANAC, que procedessem com a identificação e adoção de mecanismos que visem o aumento da eficácia e do desempenho na arrecadação de multas. Além disso, também foi determinada a inclusão, nos Relatórios Anuais de Gestão, de uma seção específica sobre o tema “arrecadação de multas” (Acórdão nº 1.665/2014-Plenário).

Mais recentemente, no Acórdão nº 1970/2017-Plenário, o TCU determinou a inclusão, em definitivo, de várias informações nos Relatórios Anuais de Gestão, todas relacionadas ao tema de

arrecadação das multas. Ainda, os dados mais recentes da ANAC constam do Relatório de Gestão e Atividades de 2022, em especial a partir da p. 120⁴. Há gráficos e tabelas com informações relevantes sobre o valor arrecadado de multas, inclusive, com a indicação de que mais de 50% das multas foram quitadas.

Também cabe dizer que o tema do procedimento fiscalizador e sancionatório está incluído na Agenda Regulatória 2023-2024 da ANAC (Portaria nº 10.582/2023-ANAC).

Por fim, destaca-se que a ANAC debate, atualmente, proposta de resolução sobre dosimetria para providências administrativas sancionatórias no âmbito da aviação civil, conforme Nota Técnica nº 23/2022/GTNO-SPL/SPL. Potencialmente, dentre as opções regulatórias para atingimento deste objetivo, poderá ocorrer a alteração da Resolução nº 472/2018-ANAC.

3.2. Processo sancionador

Na ANAC, o processo sancionador é regulado por duas normas específicas, quais sejam, (i) a Resolução nº 472/2018-ANAC, que disciplina a atividade de fiscalização da aviação civil e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária sob competência da Agência, e (ii) a Resolução nº 599/2020-ANAC, que disciplina a atividade fiscalizatória relacionada ao cumprimento das cláusulas de editais, contratos de concessão e normas editadas para regulação desses contratos.

Entre os aspectos positivos do processo sancionador da ANAC, observáveis a partir da aplicação dos atos normativos supra indicados, menciona-se (i) a possibilidade de arbitramento sumário da multa, na hipótese de reconhecimento da infração imputada, com a redução correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor médio da penalidade cominada e (ii) o efeito suspensivo da via recursal para sanções imputadas às concessionárias com fundamento na Resolução nº 599/2020-ANAC. O primeiro reduz a utilização do aparato administrativo, diminuindo, por consequência, os gastos públicos, ao passo que o segundo garante que as concessionárias, isto é, autuadas com base na Resolução nº 599/2020-ANAC, somente serão impactadas por decisões definitivas, isto é, contra as quais não cabe mais recurso na esfera administrativa.

Por outro lado, com relação aos aspectos negativos, é de relevante destaque o nível de discricionariedade na aplicação do instituto da infração continuada e a elevada variação nos valores das penalidades pecuniárias. Verificou-se significativa divergência na aplicação do instituto da infração continuada e nos valores das penalidades pelas diferentes instâncias de decisão da Agência, o que sugere a necessidade de uniformização do tema.

Diagnóstico
1. Existem normas específicas (legais ou infralegais) sobre processo sancionador? Descreva, sucintamente, o rito a ser observado e, inclusive, recursos cabíveis.
<p>A ANAC dispõe de normas específicas sobre processo sancionador, quais sejam:</p> <p>a) <u>Resolução nº 472/2018-ANAC</u>: Estabelece as normas do processo administrativo sancionador na fiscalização da aviação civil e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária; e</p> <p>b) <u>Resolução nº 599/2020-ANAC</u>: Estabelece as normas do processo administrativo sancionador na fiscalização de concessionárias de infraestrutura aeroportuária.</p>

⁴ Relatório disponível em <<https://www.gov.br/anac/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-arquivos/relatorio-de-gestao-e-atividades-2022>>. Acesso em 19/02/2024.

Quanto ao rito e recursos cabíveis, destaca-se o seguinte:

a) Em processos fundamentados na Resolução nº. 472/2018-ANAC: o processo tem início com o auto de infração, acompanhado pela justificativa da adoção de providência sancionatória. Depois, no prazo de 20 (vinte) dias, contados da data da ciência da intimação, o autuado poderá apresentar defesa. Antes da decisão administrativa de primeira instância, poderá requerer o arbitramento sumário da pena de multa em montante correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor médio da penalidade cominada à infração, para imediato pagamento.

Ainda antes do julgamento em primeira instância, a ANAC pode empreender diligências para complementação da instrução. Se encontrados novos elementos, o autuado será intimado para se manifestar dentro do prazo de 20 (vinte) dias. A decisão poderá determinar (i) o arquivamento do processo sem aplicação de sanção; (ii) o arquivamento do processo por nulidade do auto de infração; ou (iii) a aplicação de sanção.

Cabe recurso da decisão de primeira instância. O prazo recursal é de 10 (dez) dias, contados da data da ciência da decisão. O recurso não terá efeito suspensivo.

A decisão de 2ª instância será monocrática: (i) se a decisão recorrida resultou exclusivamente em aplicação de multa(s) em montante igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais); (ii) quando a análise tratar de questões exclusivamente processuais; (iii) em decisão de recurso de indeferimento de alegação de suspeição; (iv) quando a decisão de primeira instância coincidir com orientação da Diretoria da ANAC, consolidada em súmula administrativa, independentemente da sanção aplicada; e (v) em caso de prescrição da pretensão punitiva, pagamento do crédito de multa discutido no processo, pedido de desistência recursal; ou falecimento do autuado.

As demais decisões serão julgadas por maioria em colegiado de 3 (três) membros.

A decisão poderá (i) confirmar a sanção; (ii) alterar sua espécie ou o valor da multa; (iii) declarar nulidade ou reforma da decisão de primeira instância; ou (iv) declarar nulidade do auto de infração, com anulação de todos os atos subsequentes e comunicação do teor da decisão à fiscalização para apurar a necessidade de eventual lavratura de novo auto de infração.

Se o julgamento em segunda instância puder resultar em agravamento da sanção, o autuado será intimado para alegações dentro do prazo de 10 (dez) dias.

Após, é possível o recurso à Diretoria da Agência, no prazo de 10 (dez) dias, nas hipóteses de sanções de cassação, suspensão ou multa acima do valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Destaca-se, ainda, que a Diretoria poderá rever decisões, a qualquer tempo, quando surgir fato novo ou circunstância relevante capaz de justificar a inadequação da sanção aplicada.

a) Em processos com base na Resolução nº 599/2020-ANAC: o processo também é iniciado pela lavratura do auto de infração, que conterá as mesmas características para o processo administrativo geral. O autuado também terá 20 (vinte) dias para apresentar defesa.

A fiscalização poderá anular a notificação de infração ou instruir e encaminhar o processo à autoridade competente. Caso a concessionária reconheça a infração, a sanção será atenuada em 20% (vinte por cento).

A decisão de primeira instância poderá aplicar a sanção ou arquivar o processo com ou sem a nulidade da notificação de infração.

Caberá recurso, com efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, ou o reconhecimento da infração e renúncia ao direito de recorrer, implicando redução de 25% (vinte e cinco por cento) no valor da sanção.

Caso a infração exija providência administrativa sancionatória de competência originária da Diretoria Colegiada, (i) após a instrução, a fiscalização formulará proposta de decisão à Diretoria Colegiada e (ii) pode haver diligências para complementação da instrução.

A decisão da Diretoria Colegiada determinará (i) o arquivamento do processo sem aplicação de providência administrativa sancionatória; (ii) o arquivamento do processo por nulidade da notificação de infração; ou (iii) providência administrativa sancionatória.

Por fim, mesmo após o trânsito em julgado, as decisões poderão ser revistas, a qualquer tempo, pela Diretoria Colegiada, a pedido ou de ofício, quando surgirem fato novo ou circunstância relevante suscetível de justificar a inadequação da sanção aplicada.

2. Há algum tema em relação ao qual as normas são confusas, imprecisas ou que gerem discussões na prática?

As temáticas no âmbito da função fiscalizatória da ANAC em relação às quais as normas podem ser consideradas confusas, imprecisas ou gerar discussões na prática são os seguintes:

- Variação elevada no valor da penalidade que poderá ser aplicada. A autuada não tem como antecipar esse ponto;
- Presença de certa discricionariedade na determinação da presença de agravantes e atenuantes, na medida em há a necessidade de se considerar o contexto fático (art. 37, §6º da Resolução nº 472/2018-ANAC); e
- Divergência entre primeira e segunda instâncias, bem como entre precedentes diferentes, quanto à aplicação do instituto da infração continuada (mais branda) ou de penalidades mais graves, em especial considerando a aplicação do artigo 37-A, parágrafo único da Resolução nº 472/2018-ANAC, que autoriza o afastamento do instituto da infração continuada quando constatada a existência de prática ou circunstância que evidencie violação ao dever de lealdade e boa-fé.

3. Existem particularidades nas normas processuais decorrentes das características específicas do setor?

A ANAC possui particularidades em suas normas processuais que decorrem de especificidades do setor.

No âmbito da Resolução nº 472/2018-ANAC, por exemplo, o recurso à 2ª instância poderá ser apreciado monocraticamente ou por um colegiado, formado por 3 (três) membros. Uma das hipóteses que viabiliza esse juízo meramente monocrático em 2ª instância é a decisão recorrida que tenha resultado na aplicação de multa em valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (art. 42, I). Isso pode sugerir que muitos dos processos administrativos sancionadores sejam de baixo vulto, sendo essa uma solução intermediária encontrada pela Agência para preservar o devido processo legal e realizar uma aplicação razoável/eficiente dos recursos humanos disponíveis. Caso, por outro lado, a multa aplicada tenha valor superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o recurso seguirá o rito colegiado.

Ainda no âmbito da Resolução nº 472/2018-ANAC, verifica-se que, após a decisão proferida em 2ª instância, somente é cabível recurso à Diretoria Colegiada da ANAC se a decisão recorrida implicar em sanção de cassação, suspensão ou multa acima do valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) (art. 46). Trata-se de uma questionável limitação do acesso ao administrado à Diretoria Colegiada, órgão máximo da Agência, por meio de norma infralegal. Por outro lado, trata-se de uma particularidade que reforça a presunção de que muitos dos processos administrativos sancionadores sejam de baixo vulto e que, por isso, o custo de viabilizar, indistintamente, a interposição de recursos à Diretoria superaria os benefícios advindos dessa prática.

4. Da análise de decisões administrativas da Agência no âmbito de processo sancionador, é possível identificar eventuais aspectos críticos/ambiguidade na aplicação das normas em vigor?

É possível verificar divergência entre primeira e segunda instâncias, bem como entre precedentes diferentes, quanto à aplicação de normas em vigor. Nesse sentido, verificou-se tal divergência na aplicação do instituto da infração continuada (mais branda) ou de penalidades mais graves, em especial considerando a aplicação do artigo 37-A, parágrafo único da Resolução nº 472/2018-ANAC, que autoriza o afastamento do instituto da infração continuada quando constatada a existência de prática ou circunstância que evidencie violação ao dever de lealdade e boa-fé⁵.

5. Existe alguma avaliação/pesquisa sobre efetividade dos processos sancionadores neste setor regulado? É possível identificar índice de judicialização?

Existem pesquisas e avaliações que possibilitam a análise da efetividade dos processos sancionadores na ANAC. Não há, contudo, índice de judicialização. Nesse sentido, indica-se que a Agência mantém em seu site planilhas dinâmicas com parte das informações relativas aos processos administrativos sancionadores, como os relacionados à Lei Federal nº. 7.565/1986⁶ e contratos de concessão⁷. No entanto, enquanto o painel dinâmico relacionado às penalidades aplicadas com base na Lei Federal nº. 7.565/1986 foi atualizado em 26/10/2023, os dados abertos dos processos administrativos sancionadores relativos às concessões foram atualizados, pela última vez, em 26/10/2022.

⁵ Conclusões extraídas da análise das decisões relativas aos seguintes processos retirados das pautas das 15^a, 14^a e 13^a Reuniões Deliberativas Presenciais de 2023 e da 21^a Reunião Deliberativa Eletrônica de 2023:

- (1) SEI nº 00065.003106/2023-13, no qual a decisão de primeira instância analisa a gravidade infracional e a aplicação de infração continuada. Em sede recursal, houve o afastamento das sanções restritivas de direito e a redução do valor de multa aplicada;
- (2) SEI nº 00065.048238/2020-13, em que o relator analisa a razoabilidade da aplicação das penalidades restritivas de direitos e aplica pena mais grave do que a decisão de primeira instância, entendendo que a infração ensejaria a cassação das licenças do avião;
- (3) SEI nº 00065.051167/2021-17, no qual a Diretoria Colegiada aplicou a infração continuada, mais branda em relação a outras sanções, mitigando a decisão de primeiro grau;
- (4) SEI nº 00065.012616/2023-73, no qual a primeira instância afastou a aplicação de infração continuada e a segunda instância aplicou a infração continuada, o que reduziu o valor da multa;
- (5) SEI nº 00065.026874/2021-75, no qual a primeira instância afastou a aplicação de infração continuada, enquanto a Diretoria Colegiada entendeu pela aplicação do instituto em vista da necessidade de razoabilidade e de proporcionalidade na aplicação das penas pecuniárias;
- (6) SEI nº 00058.525616/2017-80, no qual a Agência fixa que a instauração de procedimento arbitral não impediria a continuidade dos procedimentos administrativos ainda pendentes que não se confundiriam as etapas de constituição e execução do crédito;
- (7, 8 e 9) SEI nº 00065.049992/2021-51, 00065.049197/2021-63 e 00065.012616/2023-73, nos quais a Diretoria, conforme deliberações anteriores, aplica o instituto da infração continuada a partir da metodologia matemática de decaimento exponencial constante do art. 37-B da Resolução nº 472/2018-ANAC, com incidência de uma infração a cada três horas de voo e arredondamento para cima;
- (10) SEI nº. 00065.013710/2022-69, no qual o pedido de revisão não é conhecido, uma vez que não foi apresentado qualquer fato novo, inexistente ao longo das apurações dos autos.

⁶ Painel dinâmico disponível em <<https://www.gov.br/anac/pt-br/acesso-a-informacao/sancoes-administrativas/julgamento-de-autos/sancoes-aplicadas>>. Acesso em 19/02/2024.

⁷ Informações disponíveis em <<https://www.anac.gov.br/acesso-a-informacao/dados-abertos/areas-de-atauacao/fiscalizacao/lista-de-processos-administrativos-sancionadores/painel-de-processos-administrativos-sancionadores>>. Acesso em 19/02/2024.

Para além disso, destaca-se que, em 2023, foi publicado o mais recente Relatório de Gestão e Atividades da ANAC⁸, relacionado com o ano de 2022. Com base no referido relatório, é possível observar as seguintes variantes no âmbito da efetividade da aplicação das multas:

- a) Desde 2017, houve aumento progressivo do percentual de dívidas quitadas e diminuição do percentual de dívidas exigíveis (p. 120);
- b) 94,94% (noventa e quatro inteiros e noventa e quatro centésimos) do montante de dívidas exigíveis estão inscritos em dívida ativa e somente 4,57% (quatro inteiros e cinquenta e sete centésimos) estão em parcelamento corrente (p. 123);
- c) Em 2022, o total de multas aplicadas atingiu o valor de R\$ 26.135.275,18, (vinte e seis milhões, cento e trinta e cinco mil, duzentos e setenta e cinco reais e dezöito centavos); já as multas efetivamente arrecadadas somaram R\$ 4.824.507,57 (quatro milhões, oitocentos e vinte e quatro mil, quinhentos e sete reais e cinquenta e sete centavos) (p. 126); e
- d) Em 2022, foram aplicadas 2.327 multas, das quais: (i) 858 (oitocentas e cinquenta e oito) multas foram efetivamente arrecadadas, (ii) 284 (duzentas e oitenta e quatro) foram canceladas administrativamente, (iii) 48 (quarenta e oito) foram suspensas administrativamente, e (iv) 204 (duzentas e quatro) estão pendentes de inscrição no cadastro de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal (Cadin) (p. 126).

3.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva

Até 2018, na ANAC, o tema da consensualidade era regulamentado pela Resolução nº 199/2011-ANAC, que estabelecia procedimentos gerais para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (“TAC”) no âmbito da Agência. Contudo, desde a edição da Resolução nº 472/2018-ANAC, que a revogou, a ANAC não possui regulamentação específica sobre a utilização de mecanismos de consensualidade. O art. 79 da Resolução nº 472/2018-ANAC apenas menciona genericamente a possibilidade de sua celebração, de modo que, atualmente são aplicados pela Agência os parâmetros gerais definidos pela Lei Federal nº 13.848/2019 (“Lei das Agências Reguladoras”) e pela Lei Federal nº 9.469/1997. Por um lado, esse movimento possibilita a celebração de TACs em qualquer caso em que a providência administrativa “padrão” possa resultar prejuízo grave ou imediato à sociedade, mas, de outro, a ausência de previsão específica e criteriosa pode suscitar questões sobre segurança jurídica.

No entanto, a opção por deixar de ter um ato normativo que tratasse dos TACs de forma mais específica e detalhada foi intencional, uma vez que, conforme destacado no processo administrativo que deu origem à norma vigente, a Agência, por meio da sua Superintendência de Planejamento Institucional, manifestou que “(...) o normativo em questão [Resolução nº 199/2011-ANAC] não alcançou os objetivos pretendidos, conforme evidenciam os dados supracitados, tornando-se um ônus para a Administração e sem o benefício de alcançar o interesse público. Destarte, primeiramente, buscou elaborar uma proposta de revisão da Res. 199/2011, mas, diante dos dados levantados, a alternativa discutida no âmbito do GDT foi pela revogação do normativo em questão e sua incorporação na norma proposta de enforcemente e delimitação da iniciativa de celebração”⁹.

Em todo caso, é relevante destacar, como ponto negativo, a ausência de publicidade conferida aos TACs já celebrados. A Agência, por exemplo, não possui um repositório para consulta aos TACs

⁸ Relatório disponível em <<https://www.gov.br/anac/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-arquivos/relatorio-de-gestao-e-atividades-2022>>. Acesso em 19/02/2024.

⁹ Nota Técnica nº 2(SEI)/2016/SPI, produzida pela Superintendência de Planejamento Institucional no âmbito do processo nº 00058.501190/2016-98.

celebrados, o que dificulta a consulta de seus extratos. Já a busca via Sistema Eletrônico de Informações (“SEI”) da Agência retorna uma quantidade elevada de resultados aleatórios não relacionados a TACs, o que também prejudica a procura e o acesso aos referidos documentos.

Por fim, outro ponto de aprimoramento seria o estabelecimento de uma lista de cláusulas essenciais ou, ainda, a elaboração de minutas-padrão com a finalidade de aumentar a transparência no procedimento de celebração de TAC e a segurança jurídica dos agentes regulados.

Diagnóstico

1. A agência possui regulamentação sobre a utilização de TACs em processos sancionadores? Caso positivo, descrever conteúdo.

Atuamente, a ANAC não mais possui regulamentação específica sobre a utilização de TACs.

A Resolução nº 199/2011-ANAC, que estabelecia os procedimentos gerais para a celebração de TAC no âmbito da ANAC, foi revogada pela Resolução nº 472/2018-ANAC, sem substituição por outra.

Esta última Resolução traz uma menção muito breve à possibilidade de celebração de TAC, mas não menciona o rito nem lista cláusulas essenciais. Ela dispõe em seu artigo 79 sobre a possibilidade de celebração de TAC, caso a aplicação de uma providência administrativa possa resultar em prejuízo grave e imediato à sociedade, de forma que compete à Diretoria da ANAC decidir sobre a celebração de TAC, após a manifestação da respectiva Superintendência.

Desse modo, atualmente são aplicados pela Agência os parâmetros gerais definidos pela Lei Federal nº 13.848/2019 (“Lei das Agências Reguladoras”) e pela Lei Federal nº 9.469/1997.

Ainda, o regimento interno da ANAC (Resolução nº 381/2016-ANAC) dispõe que compete à Corregedoria propor a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta para resolução consensual de conflitos em que a infração disciplinar cometida por servidor da Agência seja de menor potencial ofensivo (art. 22, V). Não se trata, portanto, de previsão de Termo de Ajustamento de Conduta aplicável a agentes regulados.

2. Na prática, a Agência vem celebrando TAC/Acordos Administrativos como forma de abreviar a tramitação de processos sancionadores?

Ao que tudo indica, são poucos os TACs celebrados no âmbito da ANAC. Analisando o processo administrativo no âmbito do qual foi elaborada a Resolução nº 472/2018-ANAC (processo nº 00058.501190/2016-98), foi citado um levantamento produzido pela própria Agência¹⁰ que indica que, no período analisado, 1 (um) processo de TAC deferido perdeu seu objeto e foi arquivado, reduzindo para apenas 1 (um) a quantidade de processos celebrados de TAC que chegaram ao final.

Para além disso, a Agência não possui um repositório para consulta aos TACs celebrados e a busca via SEI da Agência retorna uma quantidade elevada de resultados aleatórios não relacionados a TACs, o que prejudica a procura e o acesso aos referidos documentos, além de sugerir pouca importância conferida ao instituto e/ou baixa frequência de sua celebração.

3. A agência tem se preocupado com a criação de sistemática de incentivos/desincentivos para evitar o cometimento de infrações?

¹⁰ Levantamento disponibilizado na Nota Técnica nº 2(SEI)/2016/SPI, produzida no âmbito do processo nº 00058.501190/2016-98

É possível verificar que a Agência tem se preocupado com a criação de sistemática de incentivos/desincentivos para evitar o cometimento de infrações e alguns dos indicativos dessa preocupação são:

(i) a edição da Resolução nº 472/2018-ANAC, que, após análise da eficácia do normativo anterior, estabeleceu nova delimitação à celebração de TAC, reconhecendo-o como providência administrativa alternativa, além do estabelecimento de medidas com caráter preventivo, como o “Aviso de Condição Irregular - ACI” e a “Solicitação de Reparação de Condição Irregular - SRCI” (art. 6º);

(ii) a condução do Projeto de Regulação Responsiva¹¹, lançado em agosto de 2020, para desenvolvimento de instrumentos regulatórios e estratégias de resposta às condutas dos regulados; e

(iii) o entendimento manifestado por Diretores da Agência em votos proferidos em processos administrativos¹², no âmbito dos quais indicam que alguns dos objetivos da ANAC seriam “*trazer o regulado para a legalidade e desencorajar sua reincidência*”, e que a Resolução nº 472/2018-ANAC “*introduziu um novo contexto de incentivos à conformidade e de abertura para adoção de soluções alinhadas ao interesse público*”.

¹¹ Disponível em <<https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/regulacao-responsiva>>. Acesso em 19/02/2024.

¹² Os votos analisados foram os seguintes: (i) voto do Diretor Rogério Benevides Carvalho, em 29/07/2021, no âmbito do Processo Administrativo nº 00065.032715/2018-12: “*Em reforço, a Resolução nº 472/2018 deu contornos mais abertos ao instrumento do TAC prevendo sua utilização ‘alternativamente’ à aplicação de uma providência administrativa que possa resultar em prejuízos à sociedade, em consonância com o que foi posteriormente previsto da nova Lei das Agências Reguladoras. Assim, há um novo contexto de incentivos à conformidade e de abertura para adoção de soluções alinhadas ao interesse público.*”; e (ii) voto do Diretor Tiago Sousa Pereira, em 23/03/2022, no âmbito do Processo Administrativo nº 00065.004536/2018-87: “*2.14. Repiso que o enforcement tem o objetivo principal de trazer o regulado para a legalidade e desencorajar sua reincidência, o que, no presente caso, se traduz no saneamento definitivo das não conformidades e na manutenção das condições que ensejaram a concessão do Certificado Operacional. Pois bem, apesar de não servir como justificativa para afastar a responsabilidade da INFRAERO, não se pode olvidar o perfil do regulado durante o período, envolvido num contexto de transição de políticas públicas no qual o próprio órgão Ministerial se fez presente nas tratativas de formulação do TAC. 2.16. Este aspecto é inclusive ressaltado pela própria área técnica, como se observa do excerto já transcrito acima, no sentido de que o TAC se mostraria o instrumento regulatório mais eficiente para a solução das não conformidades e para a preservação do interesse público, sobretudo por estabelecer medidas de mitigação de risco para cada não conformidade, até a conclusão da solução definitiva*”.

CAPÍTULO 4. ANATEL – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

Alessandra Jeronimo Ungria Galvão

Alexandre Weisz

Bruna da Cruz Vianna

Frederico de Melo Lima Isaac

Igor Vilas de Boas Freitas

Marcus Vinicius de Abreu Schimitd

Maria Margarete da Rocha

Mauricio Carotenuto

Roberta Silva Araujo Ladeira

Rodrigo Macias de Oliveira

Victor de Oliveira Curvo

4.1. Sanções, dosimetria e *bis in idem*

No setor de telecomunicações, a disciplina relativa a sanções e parâmetros para dosimetria está concentrada majoritariamente na legislação e na regulamentação editada pela ANATEL. No âmbito da legislação, a Lei Federal nº 9.472/1997 (“Lei Geral de Telecomunicações” ou “LGT”) prevê aspectos relevantes sobre as sanções administrativas, bem como o tipo penal específico para o desenvolvimento clandestino das atividades de telecomunicações. No âmbito da regulamentação, o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (“RASA”), aprovado pela Resolução nº 589/2012-ANATEL, é a principal norma infralegal que estabelece parâmetros e diretrizes para a aplicação e dosimetria de sanções pela Agência.

De acordo com o RASA, a metodologia para aplicação da sanção de multa deve ser aprovada por ato do Conselho Diretor da ANATEL, sendo que, na ausência de metodologia aprovada, as Superintendências podem utilizar suas metodologias próprias. O valor base da multa nunca será inferior ao dobro da vantagem auferida, quando estimável. Além das sanções previstas na LGT,¹³ o RASA prevê a possibilidade de imposição de obrigações de fazer, com fundamento no artigo 68 da Lei Federal nº 9.784/1999.

A regulamentação da ANATEL estabelece também hipóteses de apenamento com base em “sanções reputacionais”, tal como ocorre com o Regulamento de Qualidade (“RQUAL”), aprovado pela Resolução nº 717/2019-ANATEL, que prevê diferentes selos para as prestadoras de acordo com o nível de qualidade do serviço, e o Regulamento Geral de Acessibilidade (“RGA”), aprovado pela Resolução nº 667/2016-ANATEL, que prevê um “Ranking de acessibilidade”.

Ainda no que se refere às normas editadas pela ANATEL, vale destacar o Regulamento de Fiscalização Regulatória (“RFR”), aprovado pela Resolução nº 746/202-ANATEL, que estabelece mecanismos de regulação responsiva.

No âmbito contratual, os contratos de concessão trazem um rol não exaustivo de condutas que seriam consideradas infrações. A última versão assinada pelas concessionárias estabelece valores

¹³ Lei Federal nº 9.472/1997. Art. 173. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal: I - advertência; II - multa; III - suspensão temporária; IV - caducidade; V - declaração de inidoneidade.

máximos para cada categoria de conduta, embora tais valores já não mais estejam presentes na última versão do contrato aprovada pela ANATEL, ainda não assinada pelas concessionárias.

Dado o fato de não haver, no setor de telecomunicações, um rol exaustivo de condutas consideradas como infratoras (pelo contrário, é considerada infratora qualquer conduta em desacordo com as obrigações assumidas), a ANATEL goza de discricionariedade para definir as condutas passíveis de sanção. De igual modo, embora haja parâmetros para a definição do tipo específico de sanção a ser imposta, há razoável abertura semântica em tais parâmetros, que permite margem de atuação da ANATEL nessa definição. O mesmo ocorre na dosimetria, em que os parâmetros garantem alguma margem de discricionariedade, em especial para a classificação da gravidade da conduta.

Por fim, vale notar a ampliação que a ANATEL tem realizado no que se refere à definição do universo de sujeitos ativos da infração, sujeitos ao sancionamento. Embora, em regra, as penalidades sejam direcionadas a prestadoras de telecomunicações, a ANATEL tem caminhado para impor sanção a outros agentes, a exemplo dos usuários de telecomunicações (e.g., Despacho Decisório nº 160/2022/COGE/SCO) e às plataformas digitais de *marketplace* pelas vendas de produtos não homologados efetuadas por terceiros em suas respectivas plataformas, o que levanta discussões acerca de sua competência para tal conduta.

Diagnóstico
1. A legislação setorial traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar bis in idem? Caso positivo, descrever as leis relevantes.
<p>A Lei Geral de Telecomunicações, principal legislação do setor, prevê não apenas aspectos da organização dos serviços de telecomunicações e a criação da ANATEL, mas também estabelece as sanções administrativas e penais e os parâmetros para sua dosimetria.</p> <p>A aplicação de sanções administrativas, cuja competência foi atribuída à ANATEL (artigo 19, incisos VI, IX e XI, da LGT), deve ser efetuada conforme estabelecido no Capítulo I do Título VI da LGT, que prevê, entre outros fatores: (i) as penalidades que podem ser aplicadas pela Agência (i.e., advertência, multa, suspensão temporária, caducidade e declaração de inidoneidade); (ii) os princípios básicos a serem observados no processo sancionatório (e.g., ampla defesa e contraditório); (iii) os parâmetros para dosimetria das penas; (iv) a possibilidade de responsabilização dos administradores e controlares de pessoas jurídicas quando tiverem agido de má-fé; (v) as hipóteses em que são cabíveis os diferentes tipos de penalidade; e (vi) o valor máximo de multa (i.e., R\$ 50 milhões de reais). Não há, contudo, parâmetros específicos para evitar a dupla penalização por uma mesma conduta (i.e., <i>bis in idem</i>).</p> <p>Além das sanções administrativas, a LGT também estabelece, no Capítulo II do Título VI, tipo penal específico para a conduta de “desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações”, sancionável com pena de detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), incorrendo na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.</p> <p>O Decreto Federal nº 2.338/1997, que aprovou o regulamento da ANATEL, prevê a articulação da Agência com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, e que a competência da ANATEL prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor.</p> <p>Além da LGT, outras normas disciplinam temas afetos ao setor de telecomunicações, inclusive, mas não se limitando, a Lei Federal n.º 12.485/2011 (“Lei do SeAC”) e a Lei Federal n.º 12.965/2014 (“Marco Civil da Internet”).</p>

2. A regulação infralegal traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar bis in idem? Caso positivo, descrever os regulamentos relevantes.

Para dar concretude às previsões existentes no plano legal, a regulação infralegal da ANATEL estabelece aspectos relevantes do seu processo fiscalizatório e sancionatório.

O RFR foi editado após a ANATEL diagnosticar a baixa efetividade do modelo tradicional de processo sancionatório até então adotado, o qual era orientado exclusivamente pelo método da coerção (i.e., comando e controle). Partindo desse diagnóstico, e inspirado na teoria da regulação responsiva, o RFR prevê medidas preventivas e reparatórias que podem ser utilizadas pelo administrado para evitar a instauração de um processo sancionador. O RFR também estabelece a prerrogativa de a ANATEL adotar medidas cautelares *“indispensáveis para evitar dano grave e irreparável ou de difícil reparação”*, que podem indicar sanções específicas para a hipótese de seu descumprimento.

O RFR trouxe importantes alterações para o processo sancionatório da ANATEL mediante a alteração de dispositivos do RASA. O RASA é a principal norma infralegal que estabelece parâmetros e diretrizes para a aplicação de sanções pela ANATEL. Em suma, o referido regulamento prevê: (i) o tipo de infração que pode ser aplicada (e.g., advertência, multa, suspensão temporária); (ii) a classificação das infrações de acordo com a gravidade da conduta praticada; (iii) os parâmetros e critérios para definição das sanções; (iv) expressa previsão para impedir o *bis in idem* (art. 10, parágrafo único, do RASA); e (v) regras e parâmetros para cada sanção específica. Em que pese não haver previsão expressa na LGT, o RASA estabelece a possibilidade de a ANATEL impor obrigação de fazer ao administrado. De acordo com a Procuradoria Federal Especializada junto à Agência Nacional de Telecomunicações (“PFE/ANATEL”)¹⁴, a imposição dessa penalidade seria possível, considerando sua previsão na Lei Federal nº 9.784/1999.

O RASA estabelece, em seu artigo 39, caput, que as metodologias que orientarão o cálculo do valor base das sanções de multa serão definidas por Portarias do seu Conselho Diretor. Com a aprovação do Decreto Federal nº 10.139/2019, o Conselho Diretor passou a aprovar tais normas utilizando a nomenclatura Resolução Interna (Análise nº 232/2020/VA). Até a entrada em vigor das Portarias (ou Resoluções Internas), as Superintendências poderão aplicar metodologias próprias (artigo 39, §2º, do RASA).

Até o momento, o Conselho Diretor aprovou 9 (nove) normativos para definir as metodologias da aplicação de sanções, os quais se prestam a disciplinar as infrações relativas a (i) descumprimentos a direitos dos usuários (Resolução Interna nº 219/2023-ANATEL); (ii) licenciamento irregular de estações de telecomunicações (Portaria nº 790/2014-ANATEL); (iii) comercialização e utilização de produtos não homologados/certificados (Resolução Interna nº 161/2022-ANATEL); (iv) execução sem outorga de serviço de telecomunicações ou uso não autorizado de espectro de radiofrequências (Resolução Interna nº 188/2023-ANATEL); (v) uso irregular do espectro de radiofrequências na execução de serviços de telecomunicações (Portaria nº 787/2014-ANATEL); (vi) uso irregular do espectro de radiofrequências na execução de serviços de radiodifusão (Resolução Interna nº 205/2023-ANATEL), que atualmente está em processo de revisão; (vii) descumprimentos às metas de qualidade e dos procedimentos de coleta, cálculo e consolidação dos indicadores de qualidade previstos na regulamentação (Portaria nº 784/2014-ANATEL); (viii) óbice à fiscalização (Resolução Interna nº 40/2021-ANATEL); e (ix) descumprimento às obrigações decorrentes de compromissos de abrangência definidos em edital de licitação para autorização de uso de radiofrequência (Resolução Interna nº 285/2024-ANATEL).

¹⁴ ANATEL, Parecer nº 882/2019/PFEANATEL/PGF/AGU.

Além destas, o Conselho Diretor está discutindo a elaboração de Resolução Interna para definir a metodologia a ser aplicada na definição de valores de multas em casos de infrações de obrigações de universalização do serviço de telefonia fixa.

Recentemente, a ANATEL introduziu em sua regulamentação a hipótese de apenamento por meio de sanções reputacionais. Nesse sentido, o RQUAL estabelece uma mecânica de *ranking*, em que as prestadoras recebem selos de qualidade de diferentes níveis, variando de “A” a “E”, a depender da qualidade do serviço ofertado, a ser apurada de acordo com os índices previstos no regulamento. O RQUAL ainda prevê discricionariedade para a Agência exigir medidas para incremento da qualidade e reparação dos seus usuários em relação às empresas que possuam selos “D” e “E” (e.g., plano de ação e compensação aos consumidores). Em adição às sanções reputacionais, o RQUAL estabelece condutas específicas que podem sujeitar a prestadora à aplicação das demais sanções previstas na legislação e regulamentação (artigo 33 do RQUAL).

De modo similar, o RGA prevê um “*Ranking* de acessibilidade”, que avalia as cinco maiores prestadoras com base nos seguintes indicadores: (i) Atendimento Especializado nos Setores de Atendimento no Estabelecimento (ASA); (ii) Acessibilidade na Página da Internet (API); (iii) Eficiência dos mecanismos de interação via mensagem eletrônica, *webchat* e videochamada nos canais de atendimento remoto para pessoas com deficiência (ERA); e (iv) as Ações Voluntárias que incentivem/divulguem/assegurem os direitos das pessoas com deficiência (AVI). A ANATEL divulga a colocação das empresas em seu site institucional.

3. Se pertinente, indicar se o tema das sanções administrativas também é disciplinado em (i) contratos; e/ou (ii) Manuais/Notas Técnicas. Caso haja regulação por contrato ou outros documentos oficiais aplicáveis, indicar as principais disposições sobre o tema.

No setor de telecomunicações, o tema das sanções administrativas é majoritariamente disciplinado pelas leis e normas infralegais. Em alguma medida, também há a possibilidade de regulação por contrato. Neste sentido, cabe destacar a versão do contrato de concessão de exploração do Serviço Telefônico Fixo Comutado (“STFC”) prestado em regime público atualmente celebrada pelas concessionárias, nos termos aprovados pela Resolução nº 552/2010-ANATEL, que prevê valores máximos de multa a serem aplicadas pela ANATEL a depender do tipo de conduta infracional (Cláusula 26.1.), bem como parâmetros objetivos para caracterização das condutas sancionáveis indicadas no referido instrumento contratual.

Por outro lado, a versão do contrato de concessão mais recente, aprovado pela Resolução nº 737/2020-ANATEL e ainda não assinada pelas concessionárias, embora preveja um rol de condutas sancionáveis, já não mais aponta os valores máximos de multa.

De todo modo, o que se observa nos contratos de concessão é que, apesar de indicarem condutas passíveis de sancionamento, as descrições são genéricas, não se tratando de um rol exaustivo. Nesse sentido, a violação de quaisquer obrigações previstas em lei, regulamento, ou ato concreto da ANATEL também podem ensejar sanções às concessionárias – e não apenas as condutas descritas no contrato.

Ainda em relação aos contratos de concessão, cumpre destacar que estes preveem cláusula arbitral, estabelecendo as matérias que, havendo conflito, podem ser resolvidas mediante procedimento arbitral. Há também elementos mínimos sobre o procedimento arbitral, relativos, por exemplo, à formação do tribunal arbitral e ao rito a ser seguido.

Os termos de autorização de exploração dos serviços prestados em regime privado, por sua vez, embora tratem do tema das sanções, também possuem disciplina genérica, que não inovam substancialmente em relação ao já previsto no plano legal e regulamentar.

4. As normas aplicáveis preveem espaço para discricionariedade administrativa na aplicação de penalidades ou não?

No setor de telecomunicações, a ANATEL possui relevante espaço de discricionariedade. Isto tanto sob a perspectiva da identificação das condutas sancionáveis, quanto pela margem de discricionariedade para utilização de mecanismos consensuais (e.g., medidas preventivas e reparatórias, ou Termos de Ajustamento de Conduta - “TACs”), e até mesmo pelo grau de subjetividade dos parâmetros para identificação do tipo de sanção e dosimetria.

No que diz respeito à identificação das condutas sancionáveis, a margem de discricionariedade da ANATEL decorre, em grande medida, no fato de que não há, na legislação e regulamentação do setor – com poucas exceções – listas exaustivas de condutas sancionáveis. Pelo contrário, os atos normativos em geral, bem como contratos e atos concretos da ANATEL estabelecem deveres para os agentes regulados que, caso descumpridos, ensejam a aplicação de sanções. A possibilidade de veiculação de obrigações por atos concretos da Agência como, por exemplo, em medidas cautelares expedidas, geram elevado grau de discricionariedade da ANATEL para estabelecer uma dada conduta como passível de sancionamento.

A título de exemplo da discricionariedade da ANATEL na aplicação de sanções, destaque-se o Despacho Decisório nº 160/2022/COGE/SCO (e suas subsequentes prorrogações), por meio do qual o Conselho Diretor da Agência estabeleceu – por via meramente interpretativa - sobre o disparo massivo de chamadas uso indevido dos recursos de numeração e uso inadequado dos serviços de telecomunicações. Assim, foram delimitadas obrigações para que as prestadoras identificassem os usuários que realizam essa conduta, bem como que procedessem ao bloqueio destes usuários, a despeito de tais sanções não estarem positivadas na regulamentação da Agência. Como consequência, no caso de descumprimento das medidas previstas no Despacho, estabeleceu-se a possibilidade de aplicação de multa de até R\$50.000.000 (cinquenta mil reais) para as prestadoras de telecomunicações e para os usuários ofensores.

Em relação à adoção de mecanismos consensuais, as normas aplicáveis também conferem razoável grau de discricionariedade para a Agência, uma vez que não há parâmetros claros sobre as situações sujeitas aos mecanismos consensuais, tampouco qualquer dever de a ANATEL utilizá-los. O artigo 5 do RASA é explícito ao estabelecer que a celebração de TAC é uma prerrogativa da ANATEL, a ser realizada a seu exclusivo critério. De igual modo, a imposição de medidas preventivas e reparatórias é estabelecida como uma prerrogativa da ANATEL, nos termos do artigo 42 do RFR.

No que tange à escolha do tipo de sanção, as normas atualmente existentes conferem relativo grau de discricionariedade para a ANATEL. Por exemplo, há previsões que, para casos específicos, afastam a possibilidade de aplicação de uma dada sanção (e.g., impossibilidade de aplicação de sanção de advertência, conforme artigo 12, parágrafo único, do RASA); ou até mesmo que estabelecem a obrigação de imposição de uma determinada sanção (e.g., necessária aplicação da sanção de multa quando descumpridas as medidas preventivas ou reparatórias ou no caso de risco à vida, conforme artigo 17-A do RASA).

Ademais, o RASA indica as situações em que devem ser aplicadas cada uma das espécies de sanções (Capítulos VII a XIII). No entanto, as situações são bastante genéricas e conferem margem de discricionariedade à Agência. Veja-se, por exemplo, a previsão de que a aplicação da sanção de advertência deve ocorrer quando se tratar de uma situação que “*não justifique a imposição de pena mais grave ao infrator*”. Evidentemente, esse juízo de valor, sobre a situação que demanda a imposição de pena mais grave, guarda relevante grau de discricionariedade.

De igual modo, também há discricionariedade da Agência no que diz respeito à dosimetria da sanção a ser aplicada. Isso porque, a dosimetria é diretamente relacionada com a definição da gravidade da infração – que pode ser configurada como “leve”, “média” ou “grave”. Embora haja parâmetros para a classificação, há razoável amplitude semântica que permite que uma mesma situação se enquadre em diferentes classificações.

A discricionariedade na dosimetria é agravada pela ausência de metodologia aprovada para os diversos tipos de infrações possíveis. Embora o RASA preveja a aprovação de metodologias por Portarias/Resoluções Internas do Conselho Diretor, não há até o momento metodologia aprovada para todos os temas de infração e, nesses casos, as Superintendências poderão aplicar metodologias próprias. Ademais, o artigo 18, §4º, do RASA prevê a possibilidade de a ANATEL afastar a aplicação da metodologia para o cálculo da multa, caso se verifique, no caso concreto, que o valor da sanção não atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

5. As condutas passíveis de penalização estão definidas, de forma específica e exaustiva, em normas? Indicar, na resposta, se as condutas infracionais estão previstas em lei em sentido estrito e/ou atos normativos infracionais.

Em linhas gerais, as condutas passíveis de penalização administrativa não estão definidas de forma específica e exaustiva em normas, mas apenas aquelas puníveis na esfera penal.

Como visto, a LGT não estabelece as condutas passíveis de sanção administrativa, mas, pelo contrário, prevê que o descumprimento de quaisquer obrigações é passível de penalização. Ou seja, não há um rol de condutas previamente definidas pelo ordenamento jurídico como infrações.¹⁵ No plano legal, a única exceção é o tipo penal de prestação clandestina de serviço de telecomunicações.

Há, contudo, algumas exceções de condutas que são exaustivamente descritas como passíveis de penalização. A primeira exceção é a lista contida nos contratos de concessão, que preveem condutas sancionáveis, sem, contudo, apresentar alto grau de especificidade. Outra exceção é a previsão, do artigo 33 do RQUAL, de condutas sancionáveis. Por fim, vale mencionar também a previsão do RASA

¹⁵ PFE-ANATEL, Parecer nº 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU. Processo nº 53500.205186/2015-10. “A Lei nº 9.472, de 1997, por outro lado, em vez de definir um a um quais seriam os comportamentos ilícitos que ensejariam a aplicação de sanção administrativa, previu (art. 173) que estão sujeitas às sanções administrativas as situações de ‘infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência’. 110. Observase, assim, que Lei nº 9.472, de 1997, trilhou caminho diferente. A expressão *infração* foi utilizada não como um determinado comportamento ilícito especificado em dispositivo específico, mas sim como um sinônimo de descumprimento, na medida em que, em vez de o art. 173 referir-se a dispositivos que especificassem comportamentos ilícitos (se utilizasse, por exemplo, a expressão, ‘nas infrações previstas nesta Lei’), fez-se a opção de a Lei não especificar os comportamentos ilícitos e prever que a imposição de sanções ocorreria para toda e qualquer ‘infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres’ previstos em atos de outorga. 111. Assim, a expressão ‘infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis’ devem ser lida como ‘descumprimento desta Lei ou das demais normas aplicáveis’, o que inclusive é corroborado pela outra parte do dispositivo, que prevê a incidência de sanção para a ‘inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência’. 112. Nesse contexto, não se exige da Anatel que, no exercício de seu poder normativo, especifique os comportamentos ilícitos um a um e as sanções aplicáveis a cada comportamento. A LGT legitimou a possibilidade de a Anatel exercer seu poder normativo, mediante a edição de normas que prevejam a conduta ou o resultado esperado (o comportamento lícito) das prestadoras, sendo que o descumprimento dessas normas implica, no plano jurídico, o dever de a agência aplicar alguma sanção administrativa para o comportamento, independentemente de ter especificado na regulamentação o comportamento ilícito e a respectiva sanção atribuída a esse dado comportamento’”.

(art. 25, §1º), de que deve ser editada Resolução Interna estabelecendo um rol de infrações de simples apuração, com a correspondente indicação da sanção aplicável – se multa ou advertência.¹⁶

6. As normas são claras com relação ao sujeito ativo da infração?

A LGT e o RASA, principais normas que disciplinam as sanções administrativas e os parâmetros e critérios para sua aplicação, são claras com relação ao sujeito ativo da infração.

Como indicado na Questão 5, as normas setoriais não estabelecem um rol exaustivo de condutas sancionáveis, limitando-se a dispor que o descumprimento das obrigações normativas, contratuais ou decorrentes dos atos administrativos de efeitos concretos expedidos pela ANATEL enseja a aplicação de sanção. Consequentemente, o sujeito ativo da infração é qualquer pessoa física ou jurídica que não cumpra com referidas obrigações (art. 2, VI, do RASA).

Para fins da LGT e RASA, os principais sujeitos ativos das infrações são as prestadoras de telecomunicações e as empresas exploradoras de satélite. Tais normas ainda estabelecem a possibilidade de penalização dos controladores ou administradores das pessoas jurídicas, quando estes agirem de má-fé.

Contudo, mediante a adoção de interpretações extensivas das normas setoriais, a ANATEL vem, recentemente, ampliando o seu escopo de atuação.

Exemplo disto é a discussão acerca da possibilidade de penalização dos usuários em razão do uso inadequado dos serviços, equipamentos ou redes de telecomunicações (artigo 4 da LGT). Essa possibilidade foi estabelecida expressamente pela ANATEL no Despacho Decisório nº 160/2022/COGE/SCO e nas decisões posteriores que buscaram prorrogá-lo e aprimorá-lo (mencionados na Questão 4), bem como já foi debatida no âmbito da Tomada de Subsídios nº 13/2023, em que se discutiu a proposta da Agência de estabelecimento de regulamento dos deveres dos usuários de telecomunicações (tema novamente em debate no âmbito da Tomada de Subsídios nº 26/2024).

Outro exemplo de interpretação extensiva é aquela utilizada pela ANATEL, com base no Parecer nº 453/2021/PFE-ANATEL/PGF/AGU da PFE/ANATEL, para afastar a aplicação do artigo 19 do Marco Civil da Internet e atribuir responsabilidade às plataformas digitais de *marketplace* pelas vendas de produtos não homologados efetuadas por terceiros em suas respectivas plataformas. Atualmente, a ANATEL vem instaurando processos administrativos sancionatórios diretamente em face de referidas plataformas digitais, tendo aprovado a Portaria nº 2431/2022-ANATEL, que estabelece a Instrução de Fiscalização sobre comercialização de produtos para telecomunicações por meio do comércio eletrônico, bem como Resolução Interna nº 161/2022-ANATEL, que estabelece a metodologia de cálculo para aplicação de sanções relacionadas ao tema.

Em sentido contrário, há que se mencionar os casos de tráfegos de dados involuntário nas redes de quarta geração ("4G Off"), nos quais a Agência imputa às prestadoras a obrigação de reparo técnico-operacional nas redes, bem como de resarcimento ao usuário em caso de cobrança indevida, sem identificar os fabricantes de estações móveis como um sujeito da infração.

7. Existe alguma avaliação/diagnóstico sobre o panorama sancionatório do setor (ex. relatório de auditoria do TCU). Caso positivo, quais as principais conclusões aplicáveis ao respectivo setor?

Diferentes órgãos já realizaram avaliação/diagnóstico sobre o panorama sancionatório do setor de telecomunicações, incluindo a própria ANATEL.

¹⁶ A proposta de Resolução interna foi submetida à Consulta Pública (CP nº 57/2022) e sua edição é discutida no âmbito do Processo nº 53500.050517/2021-16.

No âmbito da Agência, já houve avaliação sobre o processo sancionatório e seus resultados em diferentes relatórios anuais publicados pela ANATEL. No relatório anual referente ao exercício de 2021¹⁷ – o mais recente publicado até o momento – a ANATEL registrou que, naquele ano, foram constituídas 1.152 (um mil, cento e cinquenta e duas) multas, equivalente a R\$ 340,7 milhões. O montante total arrecadado no exercício foi de R\$22,2 milhões. O relatório indica uma baixa arrecadação das multas constituídas em 2021, de apenas 6,5% (seis e meio por cento). No relatório anual referente ao exercício de 2020¹⁸, a ANATEL registrou 866 (oitocentas e sessenta e seis) multas constituídas, equivalentes a R\$ 392,9 milhões, com um total arrecadado das multas constituídas de R\$41,4 milhões. No ano de 2020 também houve baixa arrecadação – embora superior a de 2021 – com 10,54% (dez vírgula cinquenta e quatro por cento) das multas constituídas tendo sido arrecadadas.

Mais antigamente, em 2008, a área técnica da ANATEL chegou a editar Informe¹⁹ reconhecendo a desproporcionalidade das sanções de multa aplicadas e o impacto que tal fenômeno poderia gerar na “*capacidade econômica sistêmica, desde a capacidade de investimentos, custeio e melhoria das próprias atividades hoje acompanhadas e sancionadas, até à atratividade da exploração dos serviços como um todo*”. O referido informe foi posteriormente cancelado pela própria Agência.

Além da ANATEL, órgãos de controle também já editaram documentos com avaliações sobre as sanções no setor de telecomunicações.

Nesse sentido, vale destacar o Relatório da CGU ²⁰ (Relatório de Avaliação do Processo Sancionatório da Anatel referente ao exercício de 2020), que concluiu que apenas 8% (oito por cento) das multas constituídas foi efetivamente arrecadada pela ANATEL.

De igual modo, o diagnóstico de dificuldade na arrecadação das sanções aplicadas pela ANATEL foi corroborado pelo Tribunal de Contas da União (“TCU”) no âmbito do Acórdão nº 729/2020. Com base na análise dos exercícios de 2015 e 2016, o TCU constatou que a Agência arrecada cerca de 4,76% (quatro vírgula setenta e seis por cento) das multas que aplica, o que foi considerado baixo²¹.

O diagnóstico realizado pela ANATEL e demais órgãos de controle sobre as dificuldades inerentes ao processo sancionatório no setor de telecomunicações foi um dos principais fatores que ensejaram a edição do RFR e a alteração do RASA para inclusão de mecanismos de regulação responsável.

¹⁷ Disponível em:

<https://www.gov.br/anatel/pt-br/acesso-a-informacao/auditorias/relatorios-de-gestao> . Acesso em 31/03/2023.

¹⁸ Disponível em:

<https://www.gov.br/anatel/pt-br/acesso-a-informacao/auditorias/relatorios-de-gestao> . Acesso em 31/03/2023.

¹⁹ ANATEL, Informe nº 149/2008-PBCPA/PBCP, Superintendência de Serviços Públicos, de 26/05/2008 (C-103).

²⁰ CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Relatório de Avaliação da Agência Nacional de Telecomunicações. Disponível em: <https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/899942> . Acesso em 31/03/2023.

²¹ Vide Tabela 3, apresentada no Acórdão nº 729/2020 (TCU, Plenário, Acórdão nº 729/2020, Min. Rel. Aroldo Cedraz, Processo nº 024.820/2018-0, julgado em 01/04/2020.

4.2. Processo Sancionador

Nesta etapa do estudo técnico, foram avaliados os aspectos procedimentais das normas editadas pela ANATEL sobre processo administrativo sancionador, bem como realizados, do ponto de vista qualitativo, os principais aspectos críticos dessa temática no setor de telecomunicações. Conforme exposto no quadro abaixo, e em linha com o que já havia sido indicado anteriormente, identificou-se, que existem normas legais e infralegais tratando dos ritos, prazos e demais aspectos procedimentais no âmbito do setor de telecomunicações.

Na legislação infralegal, destaca-se o RFR, aprovado pela Resolução nº 746/2021-ANATEL, que define claramente os processos de acompanhamento e de controle, com regras sobre o rito a ser seguido e medidas que podem ser manejadas. O RFR também é reconhecido por ter incluído no âmbito do arcabouço normativo setorial, instrumentos de regulação responsiva que permitem uma atuação da ANATEL, ainda no processo de acompanhamento, com a finalidade de prevenir e reparar condutas potencialmente infratoras.

Ademais, o Regimento Interno da Anatel (“RIA”), aprovado pela Resolução nº 612/2013-ANATEL, estabelece mais especificamente e de forma mais detalhada o rito a ser seguido nos processos administrativos no âmbito da Agência, incluindo o processo administrativo sancionador denominado, no setor de telecomunicações, Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (“PADO”). Nessa norma estão previstas as fases do PADO, as regras e prazos aplicáveis, bem como os recursos cabíveis.

Na avaliação qualitativa, foram identificados alguns aspectos das normas aplicáveis ao setor de telecomunicações que podem ensejar confusões, imprecisões e que, normalmente, ensejam relevantes discussões práticas. Na resposta à Questão 2, foram tratados os seguintes temas: (i) admissibilidade de petições extemporâneas; (ii) cabimento de embargos de declaração; (iii) momento para apresentação de alegações finais; (iv) aplicabilidade do princípio da retroatividade da lei mais benéfica aos PADOs; (v) aspectos gerais sobre dosimetria; (vi) hipóteses de sigilo, em especial a classificação como “atos preparatórios”; (vii) atos irrecorríveis por supostamente não conterem “conteúdo decisório”.

Foram avaliadas, ainda, as decisões administrativas mais recentes da ANATEL, tendo sido identificado que vários dos pontos acima foram discutidos no âmbito do Conselho Diretor da Agência, mesmo que em um recorte metodológico das 10 (dez) últimas decisões proferidas por aquele órgão. Adicionalmente, também foram encontradas outras relevantes discussões, tais como: (i) a possibilidade de utilização da Receita Operacional Líquida (“ROL”) como base para dosimetria da sanção de multa e o ano da ROL a ser utilizada; (ii) a prescrição quinquenal; (iii) a força probatória de documentos unilateralmente produzidos; (iii) a aplicação da *emendatio libelli*; (iv) a aceitação da utilização de metodologia mais benéfica, editada supervenientemente; (v) a configuração da reincidência específica; e (vi) a vinculação entre a gradação da infração como leve e a aplicação da sanção de advertência.

Por fim, com relação à efetividade do processo administrativo sancionador, nota-se que, pela perspectiva da arrecadação, o recolhimento dos valores das sanções impostas pela ANATEL é mínimo entre 2019 e 2022, não superando 7% (sete por cento) das multas constituídas. Este pode ser um indicativo concreto, portanto, da baixa efetividade do processo, na medida em que as empresas sancionadas se esquivam ao recolhimento da sanção (seja em razão de aspectos formais e materiais do processo ou de uma estratégia de gestão).

Diagnóstico
1. Existem normas específicas (legais ou infralegais) sobre processo sancionador? Descreva, sucintamente, o rito a ser observado e, inclusive, recursos cabíveis.
<p>As principais normas, legais e infralegais, que tratam sobre sanções no setor de telecomunicações foram apontadas no tópico anterior. Nesse momento, serão aprofundados os aspectos procedimentais de tais normas.</p> <p>A Lei Geral de Telecomunicações, prevê, como visto, aspectos procedimentais relevantes, como (i) os princípios básicos a serem observados no processo sancionatório (e.g., ampla defesa e contraditório); (ii) os parâmetros para dosimetria das penas; e (iii) a possibilidade de responsabilização dos administradores e controlares de pessoas jurídicas quando tiverem agido de má-fé.</p> <p>As principais disposições sobre o rito a ser observado no processo sancionador no setor de telecomunicações são encontradas, contudo, na regulamentação expedida pela ANATEL.</p> <p>O Regulamento de Fiscalização Regulatória prevê dois processos específicos no âmbito da fiscalização e sancionamento no setor de telecomunicações: o processo de acompanhamento e o processo de controle.</p> <p>Conforme previsto no artigo 15 do RFR, o processo de acompanhamento compreende o <i>“conjunto de medidas destinadas ao acompanhamento, monitoramento, análise e verificação do cumprimento da legislação e da regulamentação e das condições de prestação dos serviços”</i>.</p> <p>De acordo com o RFR, antes de encerrar o processo de acompanhamento a ANATEL deve produzir um informe com a avaliação das circunstâncias analisadas (artigo 16 do RFR) e o administrado poderá sobre ele se manifestar no prazo de quinze dias (artigo 16, parágrafo único, do RFR).</p> <p>Ainda sobre o processo de acompanhamento, o RFR dispõe sobre: (i) as medidas que podem decorrer do encerramento do processo de acompanhamento (e.g., imposição de medidas preventivas ou reparatórias; imposição de medidas de controle, arquivamento do processo – artigo 17); (ii) procedimento e sistemática de obtenção de informações para instruir o processo (artigos 18 e ss.); (iii) instrumentos de inspeção (artigos 26 e ss.); (iv) etapas procedimentais e limites da fiscalização (artigos 31 e ss.); (v) possibilidade de interrupção cautelar de estação ou a execução de serviços, bem como lacrar e apreender produtos (artigos 34 e ss.); (vi) obstrução à atividade de fiscalização (artigos 39 e ss.).</p> <p>Com fundamento na teoria da regulação responsável, o RFR também prevê medidas preventivas e reparatórias que podem ser impostas aos administrados, com a finalidade de corrigir ou prevenir eventual irregularidade. O RFR detalha as medidas preventivas e reparatórias na Seção V do Capítulo II.</p> <p>Por sua vez, o processo de controle previsto no RFR compreende o <i>“conjunto de medidas destinadas à reação perante condutas em desacordo com a legislação e a regulamentação”</i>. Uma das medidas contempladas no processo de controle é o processo sancionatório (i.e., PADO), mas também podem ser utilizados outros instrumentos como a divulgação de informações, a imposição de medida cautelar ou a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta.</p> <p>O rito a ser seguido e os recursos cabíveis no âmbito do processo sancionador estão bem detalhados no RIA.</p> <p>De acordo com o artigo 80 do RIA, o PADO compreende as fases de: (i) instauração; (ii) instrução; (iii) decisão; e (iv) recurso.</p> <p>O artigo 82 do RIA prevê as regras e prazos aplicáveis ao PADO. De acordo com a sistemática ali estabelecida, o processo sancionador é iniciado com a expedição de Despacho Ordinatório de</p>

Instauração, que apontará os fatos, as normas definidoras da infração e as sanções aplicáveis. No caso de irregularidades constatadas em ação de fiscalização, o processo pode ser iniciado com auto de infração, que substituirá o Despacho Ordinatório de Instauração (artigo 80, parágrafo único, do RIA). Em todos os casos, é naturalmente imprescindível que o processo sancionador seja instaurado com a materialização dos eventuais descumprimentos.

Instaurado o processo sancionador, o interessado é intimado para apresentar defesa, no prazo de quinze dias.

Encerrada a instrução processual, o administrado deve ser intimado para apresentar alegações finais no prazo de dez dias.

Após, deve ser proferida decisão – por Despacho Decisório se em primeira instância, ou por Acórdão, se no âmbito do Conselho Diretor da Agência. Da decisão, cabe recurso administrativo – se proferida pela área técnica – ou pedido de reconsideração – se tomada em única instância pelo Conselho Diretor.

Com relação à duração do processo, o RIA prevê que, a partir da intimação do interessado para apresentação de defesa, a instrução do processo deve ser finalizada em 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogável por igual período. Após a completa instrução do processo, deve ser proferida decisão em 30 (trinta) dias, prazo que também pode ser prorrogado por igual período.

Por fim, vale mencionar as previsões da Lei Federal nº 9.784/1999 (“Lei Federal do Processo Administrativo”), que traz previsões conceituais e principiológicas sobre a atuação das partes envolvidas nos processos administrativos e, no que se refere ao processo sancionador, estabelece a possibilidade de revisão, a qualquer tempo, de sanção aplicada em processo administrativo quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes (artigo 65 da Lei Federal do Processo Administrativo).

2. Há algum tema em relação ao qual as normas são confusas, imprecisas ou que gerem discussões na prática?

Para promover a análise qualitativa das normas com a finalidade de identificar potenciais imprecisões ou pontos que suscitem discussões, foram avaliados os aspectos procedimentais. Os principais pontos identificados constam a seguir:

Petições extemporâneas. Um primeiro ponto que já gerou discussão no setor diz respeito ao momento de apresentação de petições para serem consideradas pelo Conselho Diretor da ANATEL. Conforme exposto na Análise nº 115/2017/SEI/LM (Processo nº 53500.061638/2017-07), seria costumeira a apresentação de petições pelos interessados após a submissão do processo pela área técnica ao Conselho Diretor. Essa prática geraria prejuízos para a análise dos processos. Por essa razão, a ANATEL editou a Súmula nº 21/2017-ANATEL, que estabelece que as “*petições extemporâneas, quando não caracterizado abuso do exercício do direito de petição, devem ser conhecidas e analisadas pelo Conselho Diretor desde que protocolizadas até a data de divulgação da pauta de Reunião na Biblioteca e na página da Agência na internet.*”.

Cabimento de embargos de declaração. Outro aspecto procedural controverso diz respeito à possibilidade de os interessados oporem embargos de declaração em face das deliberações do Conselho Diretor da ANATEL. Não há na legislação ou regulamentação aplicável previsão de cabimento de embargos de declaração em face de decisões do Conselho Diretor da ANATEL. O artigo 15 do Código de Processo Civil prevê a sua aplicação supletiva e subsidiária no caso de ausência de normas que regulem processos administrativos. A ANATEL entende que o recurso não é cabível por ausência de previsão legal ou regulamentar.

Alegações finais. O momento para a apresentação de alegações finais em processos administrativos é mais um aspecto procedural que gera grande debate no setor de telecomunicações. O artigo 83 do RIA prevê a intimação para a apresentação de alegações finais deve ocorrer “*após o encerramento da instrução processual*”. De forma similar, o artigo 44 da Lei Federal do Processo Administrativo prevê o direito do interessado se manifestar em alegações finais quando “*encerrada a instrução*”. Ademais, o Código de Processo Civil, em seus artigos 357 e seguinte, traz os conceitos de saneamento e organização do processo, que não estão sendo observados pelo procedimento da Agência. Nada obstante tais previsões, a ANATEL, por diversas vezes, expede intimação para o administrado apresentar alegações finais na sequência da apresentação da sua defesa administrativa. Isto é, sem que haja qualquer avaliação dos argumentos de defesa deduzidos – e antes de produzido qualquer ato tendente a sanear ou avaliar o mérito do caso –, a ANATEL intima o administrado para apresentar alegações finais. Essa prática é comumente impugnada pelos administrados em suas manifestações e recursos.

Retroatividade da lei mais benéfica. Há discussões relacionadas também à aplicação da lei no tempo. Por diversas vezes, os administrados requerem a aplicação retroativa de uma norma superveniente mais benéfica. Sustentam, para tanto, a necessidade de aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica, previsto na Constituição Federal (art. 5º, inciso XL), para o direito penal, dada a proximidade desse ramo do direito com o direito administrativo sancionador. A ANATEL historicamente defende a aplicação do princípio do *tempus regit actum*, sustentando a incidência da norma vigente à época da infração. Excepcionalmente admite a retroatividade de norma, especialmente em casos de alteração de dosimetria de sanção de multa, ainda que este fato gere *reformatio in pejus* (outro ponto controvertido).

Força probatória de documentos unilateralmente produzidos. A forma de comprovar situações de fato também enseja, por vezes, discussões em processos administrativos sancionadores da ANATEL. Em geral, a Agência entende que não são aptas a afastar a presunção de legitimidade de que gozam os atos dos agentes fiscalizadores provas produzidas unilateralmente pelo regulado. Assim, em alguns casos, não há clareza sobre quais provas deveriam ser produzidas para demonstrar a inexistência de infração.

Dosimetria. A definição da dosimetria das sanções a serem aplicadas costuma gerar alguma controvérsia no setor. Isto ocorre seja em relação a qual documento deve ser utilizado para aplicar os parâmetros da dosimetria, bem como sobre os próprios critérios da dosimetria. Outro tema controvertido é o entendimento da ANATEL de que é possível a aplicação de novas metodologias de cálculo para fatos anteriores à sua publicação, ainda que isto gere *reformatio in pejus*.

Hipóteses de sigilo. De acordo com a Lei Federal do Processo Administrativo, o RIA e a Lei nº 12.527/2011 (“Lei de Acesso à Informação”), os processos administrativos são, em regra, públicos. É possível, contudo, que, por solicitação do particular peticionante ou por ato de ofício da própria Agência, seja restringido o acesso a determinados documentos, quando houver fundamento legal para tanto. A ANATEL comumente restringe o acesso a documentos dos processos administrativos sancionadores, com fundamento no artigo 7º, §3º, da Lei Acesso à Informação, sob o argumento de que se trata de “*atos preparatórios à tomada de decisão*”. Os administrados argumentam que a ANATEL adota uma interpretação demasiadamente ampliativa dos atos que poderiam ser considerados preparatórios, em prejuízo do direito à ampla defesa. Na prática, o administrador se vê sem a oportunidade de se manifestar sobre a avaliação realizada pela área técnica sobre seus argumentos de defesa – o que é agravado, como visto, pelo fato de que também não podem se manifestar após o Informe em alegações finais.

Atos irrecorríveis. O RIA expressamente prevê a impossibilidade de interposição de recurso contra o ato que determine a instauração de processo sancionador (artigo 82, § 2º, do RIA). Ademais, em regra, os recursos em sentido amplo só podem ser manejados em face de atos que possua conteúdo decisório. Ocorre, no entanto, que, por vezes, o regulador utiliza instrumentos que, em tese, não possuem conteúdo decisório (e.g., despacho ordinatório – vide artigo 40, V, do RIA) para impor obrigações ou restringir direitos. Nesses casos, o regulador entende pelo descabimento do recurso, exclusivamente pelo fato de se voltar contra ato que, em tese, não pode ser considerado uma “decisão”.

Reformatio in Pejus. É possível identificar que, por diversas vezes, os regulados sustentam a vedação do agravamento das sanções aplicadas pela Administração Pública em decorrência do princípio da segurança jurídica e das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF). De acordo com essa linha de argumentação, a administração não poderia se valer do disposto no artigo 64 da Lei Federal nº 9.784/1999 para majorar a sanção imposta ao administrado. Isto porque o dispositivo trataria de processos administrativos em geral, prevendo a possibilidade de modificação da decisão da qual decorra gravame à situação do administrado, nada se referindo aos processos administrativos sancionadores e muito menos em majoração da sanção já imposta. Apesar disto, a ANATEL usualmente afasta a argumentação, admitindo a possibilidade de *reformatio in pejus*, o que foi, inclusive, sedimentado na Súmula nº 22/2019-ANATEL.

3. Existem particularidades nas normas processuais decorrentes das características específicas do setor?

Conforme indicado no tópico anterior, o RASA, prevê, no seu artigo 25, a possibilidade de decisão sumária do processo administrativo no caso de infrações de simples apuração. Nesses casos, haverá sumariamente a decisão pela aplicação da sanção de advertência ou multa no patamar mínimo e o processo é arquivado.

A ANATEL deve estabelecer, em Resolução Interna do Conselho Diretor, as infrações que podem ser classificadas como “de simples apuração”, o que não foi realizado até o momento. Já houve submissão da minuta de resolução interna à Consulta Pública e aguarda-se a aprovação da minuta no âmbito do processo 53500.050517/2021-16.

A norma estabelece as seguintes condições para a decisão sumária: (i) reconhecimento da materialidade e confissão da autoria pelo infrator; (ii) apresentação de prova inequívoca de cessação da infração e, quando cabível, de reparação total do dano ao usuário; (iii) renúncia do direito de litigar administrativamente; (iv) reconhecimento do valor da multa.

Na hipótese de se entender que não foram preenchidas as condições para o arquivamento, a autoridade devolverá o valor da multa pago e o infrator será intimado para apresentar defesa, seguindo o rito ordinário de processo administrativo sancionador.

Além desse ponto, não foram identificadas particularidades nas normas processuais que decorram de características específicas do setor.

4. Da análise de decisões administrativas da Agência no âmbito de processo sancionador, é possível identificar eventuais aspectos críticos/ambiguidade na aplicação das normas em vigor?

Para a avaliação de eventuais aspectos críticos/ambiguidade na aplicação das normas em vigor, foram analisadas as últimas 10 (dez) decisões proferidas pelo Conselho Diretor da ANATEL em processos sancionatórios na data do respectivo levantamento.

As decisões, identificadas a partir da ata de reunião divulgada pela ANATEL, foram todas proferidas na 924ª Reunião do Conselho Diretor da ANATEL, realizada em 08 de setembro de 2023:

Análise nº 40/2023 – Processo nº 53500.024714/2021-71;
Análise nº 39/2023 – Processo nº 53542.000688/2021-08;
Análise nº 78/2023 – Processo nº 53516.000666/2022-38;
Análise nº 103/2023 – Processo nº 53500.048214/2022-14;
Análise nº 81/2023 – Processo nº 53504.002479/2022-28;
Análise nº 39/2023 – Processo nº 53504.000399/2022-38;
Análise nº 66/2023 – Processo nº 53500.334305/2022-61;
Análise nº 52/2023 – Processo nº 53500.211716/2015-51;
Análise nº 64/2023 – Processo nº 53500.043850/2022-41;
Análise nº 20/2023 – Processo nº 53500.005997/2019-38.

A partir deste universo de decisões, foi possível identificar aspectos críticos e de ambiguidade na aplicação das normas em vigor. Abaixo consta uma análise mais detalhada sobre os principais aspectos críticos identificados nas decisões analisadas a partir do recorte metodológico realizado:

Análise nº 40/2023 – Processo nº 53500.024714/2021-71. Do ponto de vista processual, há que se destacar duas relevantes divergências que protagonizaram os autos e, por consequência, a análise do Conselheiro Relator. A primeira diz respeito ao fato de a prestadora entender que ANATEL utiliza a ROL como um fator objetivo para o cálculo da sanção de multa sem previsão normativa, já que, de acordo com o seu entendimento sustentado, o artigo 176 da LGT estabelece que na aplicação da sanção serão considerados fatores objetivos – “*a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica*”, e que o artigo 179 da mesma lei, ainda que indique a observância da condição econômica do infrator, também prevê a exigência de proporcionalidade entre a gravidade da falta apurada e a intensidade da sanção. Assim, “*Admitir-se esse tipo de graduação faz com que uma mesma infração (como esta que gerou as multas aplicadas pela ANATEL) receba uma sanção maior apenas porque a prestadora, por atuar no país todo, tem uma receita global nacional maior*”. Sobre esse aspecto, a ANATEL afastou os argumentos da prestadora sob o fundamento de que a utilização da ROL está prevista na regulamentação referente a aplicação de sanções de multas, o que demonstra a sua legalidade.

O segundo ponto de debate se refere ao ano da ROL a ser utilizada no racional do cálculo da sanção de multa. A área técnica entendeu que a ROL deveria ser a do ano de 2020 e a PFE sugeriu que fosse aplicada a do ano de 2022. Por fim, a Agência utilizou a de 2020, levando em consideração o entendimento de que “*a ROL a ser utilizada deve ser a do exercício imediatamente anterior ao da aplicação da sanção (decisão de primeira instância)*”

Análise nº 39/2023 – Processo nº 53542.000688/2021-08. Na presente análise, a ANATEL entendeu pelo afastamento da metodologia inicialmente empregada no cálculo de valor-base da multa, em razão de metodologia superveniente que melhor atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Outro aspecto debatido foi a exclusão da atenuante de confissão em virtude de retratação não configurar agravamento de pena para efeitos do rito previsto, conforme sustentado pela prestadora. No entendimento da Agência, o §4º do artigo 20 do RASA não deixa dúvidas, já que prevê expressamente que “*a retratação da confissão, de forma clara e expressa, em qualquer instância, torna prejudicada a incidência da atenuante prevista no inciso V e não configura agravamento de pena para efeitos do rito previsto no art. 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784, de 1999.*”

Análise nº 81/2023 – Processo nº 53504.002479/2022-28. Dentre os pontos debatidos nos autos, destaca-se a controvérsia sobre o conceito de reincidência específica, em que a prestadora

entende que não há a sua verificação no caso em questão, já que não foram apuradas as mesmas condutas na mesma estação transmissora, tratando de fatos diversos em outras estações em localidade distinta. Em sentido contrário, a ANATEL sustentou que o conceito de reincidência específica não denota que “*a infração tenha ocorrido na mesma estação, e muito menos que seja resultado das mesmas condições de oscilação de energia e quedas de raios, pois a norma prevê apenas a repetição de falta de igual natureza, ou seja, infração cometida pelo mesmo infrator ao mesmo dispositivo normativo ou contratual, no período de 5 (cinco) anos anterior à data do cometimento da nova infração*”.

Para além do ponto anterior, apesar da análise não indicar a apresentação de argumentação da prestadora, seria possível questionar a possibilidade de a reincidência específica ensejar, ao mesmo tempo, o afastamento da sanção de advertência e o agravamento da multa.

Por fim, outro aspecto definido pela ANATEL é de que não existe, atualmente, qualquer vinculação das infrações leves à sanção de advertência, tendo em vista que, ainda que a nova redação do RASA tenha excluído a condição de que poderia ser aplicada a sanção de advertência desde que não houvesse reincidência específica, em seu inciso I, viabiliza a discricionariedade ao aplicador da norma de analisar caso a caso e, se assim entender, a despeito de se tratar de uma infração leve, ao infrator deve ser aplicada sanção mais gravosa.

Análise nº 52/2023 – Processo nº 53500.211716/2015-51. Nestes autos se discutiu a possibilidade de *reformatio in pejus*. Apesar da argumentação suscitada pela prestadora recorrente, a ANATEL reiterou seu entendimento sobre a possibilidade de agravamento da sanção, desde que a interessada seja intimada para se manifestar da possibilidade de agravamento. Também se discutiu a tese da aplicabilidade do instituto da *emendatio libeli*, uma vez que a Agência entendeu pela alteração da capitulação legal imputada, sustentando que tal fato não geraria cerceamento de defesa, uma vez que o administrador se defenderia da conduta entendida como irregular e não da capitulação legal realizada. Outro aspecto crítico discutido nos autos diz respeito à prescrição quinquenal. A prestadora alega que os fatos ocorridos em momento anterior a cinco anos da intimação do processo administrativo sancionador estariam prescritos. A ANATEL entendeu que não seria aplicável a tese, pois a conduta analisada nos autos se caracterizaria como uma infração de caráter permanente, bem como pela existência de inúmeros marcos interruptivos previstos no artigo 2º da Lei Federal nº 9.873/1999.

Análise nº 64/2023 – Processo nº 53500.043850/2022-41. Há um aspecto crítico nesse processo, que discute a aplicação de penalidade por não entrada em operação de sistema de telecomunicações no prazo fixado no ato de outorga. Nesse caso, o Conselho Diretor entendeu, acolhendo argumento da prestadora, que, apesar da previsão da possibilidade de aplicação da sanção de caducidade, deveria ser aplicada a sanção de advertência, uma vez que, houve a entrada em operação do sistema de telecomunicações, ainda que intempestivamente. Interessante notar, sobre esse tema, que o Conselho Diretor da ANATEL aprovou, recentemente, a Súmula nº 24/2023-ANATEL, que consolida e traz segurança jurídica para o entendimento sobre a possibilidade de conversão da sanção de caducidade em pena menos gravosa em situações análogas aquela tratada neste processo.

Análise nº 20/2023 – Processo nº 53500.005997/2019-38. Sob a perspectiva processual, há ao menos 4 (quatro) aspectos críticos discutidos neste caso. O primeiro deles diz respeito à força comprobatória de documentos unilateralmente produzidos pela prestadora e eventual cerceamento de defesa. Para afastar a caracterização da sanção, a prestadora apresentou relatórios internos que demonstrariam a inexistência da prática em desacordo com a regulamentação. A ANATEL sustentou que os documentos unilateralmente produzidos pela prestadora não seriam hábeis a afastar a presunção de veracidade da fiscalização e que deveriam ter sido apresentadas telas do sistema. A prestadora alega que o entendimento da Agência ensejou cerceamento de defesa, uma vez que ao longo da instrução

processual não lhe foi oportunizado apresentar outros elementos de prova a corroborar seus relatórios internos e que a ANATEL não lhe requereu a apresentação de alguma prova específica. A ANATEL entendeu pela inexistência de cerceamento de defesa pois a prestadora poderia ter apresentado as provas que julgassem pertinente ao longo de todo o processo.

Discutiu-se nesse processo, também, a possibilidade de retroatividade da norma mais benéfica. A prestadora alega que, por se enquadrar como Prestadora de Pequeno Porte (“PPP”), estaria isenta de parcela das obrigações entendidas como irregulares. A ANATEL externou o entendimento de que o processo administrativo sancionador deve ser regido pelo princípio do *tempus regit actum* e que a aplicação da retroatividade da norma mais benéfica seria restrita ao direito penal.

Outros dois pontos críticos tratados neste processo dizem respeito à dosimetria da sanção. A ANATEL reconheceu os argumentos da prestadora para descaracterizar a infração de “sistêmica” para “pontual”, uma vez que teria atingido um universo reduzido de usuários. Além disso, a multa foi revista para considerar a ROL mais recente disponível à época do Despacho Decisório.

6. Existe alguma avaliação/pesquisa sobre efetividade dos processos sancionadores neste setor regulado? É possível identificar índice de judicialização?

A partir de uma análise entre o montante de multas arrecadado e do montante de multas aplicado, pode-se ter uma primeira visão sobre a efetividade dos processos sancionadores instaurados pela ANATEL ao longo dos últimos anos.

Historicamente, o percentual de arrecadação de multas da ANATEL já foi mais efetivo. Em relatórios divulgados pelo TCU,²² de 2005 a 2009, foram aplicados mais de R\$ 218 milhões em multas, sendo que o percentual de arrecadação atingiu o patamar de 82,6% (oitenta e dois vírgula seis por cento) na média (aproximadamente R\$ 180 milhões). Por outro lado, de 2008 a 2010, referido percentual de arrecadação de multas caiu drasticamente para 4,28% (quatro vírgula vinte e oito por cento) - dos mais de R\$ 5,8 bilhões de multas aplicadas, apenas R\$ 250 milhões foram arrecadados.

Pode-se inferir, a partir desta primeira análise, que a arrecadação da ANATEL foi mais efetiva nos seus anos iniciais, sendo que a partir de 2008 houve um aumento expressivo não só do volume de multas, mas também do valor médio das sanções aplicadas, o que pode ter contribuído/intensificado um processo de redução na arrecadação.

Observando para os anos mais recentes, os Relatórios de Gestão da ANATEL²³ de 2019 a 2022 nos permitem investigar com um pouco mais de detalhes a performance anual na arrecadação das sanções aplicadas pela Agência. Com base neste documento, é possível extrair as seguintes conclusões: (i) de 2019 a 2022, a Agência constituiu uma média de R\$ 868 milhões de multas por ano; (ii) a arrecadação para o mesmo período foi da ordem de R\$ 42 milhões por ano; e (iii) a arrecadação média foi, então, de 7% (sete por cento) das multas constituídas no período.

Importante esclarecer que os Relatórios de Gestão divulgados pela ANATEL consideram que multas constituídas são aquelas apuradas e consolidadas por meio de regular processo administrativo, em que não seja mais cabível qualquer recurso na esfera administrativa - somente após o trânsito em

²² Disponível em:

https://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2009/Textos/Ficha%204%20-%20Arrecadacao%20de%20Multas.pdf. Acesso em 15/02/2024.

https://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2010/fichas/Ficha%203.2_cor.pdf. Acesso em 15/02/2024.

²³ Disponível em: <https://www.gov.br/anatel/pt-br/acesso-a-informacao/auditorias/relatorios-de-gestao>. Acesso em 15/02/2024.

julgado a sanção torna-se líquida, certa e exigível e a ANATEL pode adotar as ações de cobrança cabíveis.

4.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva

Nesta etapa, foram examinados os mecanismos de consensualidade e regulação responsiva implementados pela ANATEL, especialmente no que se refere à celebração de TACs.

A disciplina relacionada à celebração de TACs no âmbito de processos sancionadores do setor de telecomunicações está concentrada majoritariamente na regulamentação editada pela ANATEL. Na regulamentação setorial, destaca-se o Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta ("RTAC"), aprovado pela Resolução nº 629/2013-ANATEL, que define os parâmetros e diretrizes para celebração dos TACs, com previsões sobre o procedimento, os requisitos e as condições a serem observadas. Ademais, a norma estabelece aspectos relevantes relativos à negociação dos TACs e à competência da Superintendência e do Conselho Diretor da Agência para deliberar sobre a matéria.

Além das disposições do RTAC, a competência da ANATEL para celebrar TACs é prevista no RASA, aprovado pela Resolução n.º 589/2012-ANATEL, e no RIA, aprovado pela Resolução n.º 612/2013-ANATEL.

Em que pese seus aspectos positivos, o RTAC está atualmente sob revisão pela ANATEL, pois a Agência identificou aspectos procedimentais e normativos que diminuem a efetividade dos TACs e devem ser aprimorados, dentre os quais (i) o longo lapso temporal entre o requerimento de TAC e sua efetiva celebração; (ii) o prazo relativo à suspensão dos PADOS é inferior ao período comumente necessário para formalização do Termo; e (iii) a insegurança jurídica quanto à metodologia de cálculo dos valores correspondentes aos compromissos adicionais em TACs e à interpretação dos dispositivos que disciplinam a multa diária.

Desde a aprovação do RTAC, apenas 3 (três) TACs foram celebrados pela Agência, o que é um indicativo concreto da necessidade de aperfeiçoamento dos instrumentos de aplicação da solução, com vistas à adoção plena de uma lógica de regulação responsiva. Ao identificar a baixa eficácia de seu sistema fiscalizatório e sancionatório, a ANATEL decidiu reformatar esse sistema, resultando na aprovação do RFR, através da Resolução nº 746/2021-ANATEL. Embora não tenha aderido completamente à lógica de regulação responsiva, na medida em que a instauração de um processo sancionatório e a consequente aplicação de sanção ainda é possível mesmo na hipótese de cumprimento das medidas preventivas e reparatórias, o novo RFR estabeleceu um processo fiscalizatório que permite ao regulado corrigir sua conduta e/ou reparar os danos produzidos para evitar ou reduzir a sanção imposta.

Adicionalmente, destaca-se o RQUAL, aprovado pela Resolução nº 717/2019-ANATEL, o qual estabelece uma sistemática que recompensa ou reprime o comportamento dos agentes regulados com a divulgação de informação sobre o nível da sua prestação de serviço.

Portanto, a inspeção dos aspectos procedimentais das regulamentações, bem como a análise crítica dessa temática no setor de telecomunicações, permite concluir que (i) a regulamentação vigente viabiliza a celebração de TACs, embora os mecanismos para sua aplicação necessitem de aprimoramento; e (ii) a adoção de instrumentos de regulação responsiva, por meio da reforma do RFR e da edição do RQUAL, têm o potencial de prevenir e corrigir comportamentos potencialmente

infratoras, proporcionando ao regulado a oportunidade de remediar eventual infração e/ou danos causados, com o objetivo de evitar ou minimizar a penalidade imposta.

Diagnóstico
1. A agência possui regulamentação sobre a utilização de TACs em processos sancionadores?
Caso positivo, descrever conteúdo.
<p>A ANATEL possui regulamentação que versa sobre a utilização de TACs em processos sancionadores. As diretrizes e procedimentos para sua formalização estão estabelecidas principalmente no RIA, RASA, e RTAC.</p> <p>Os artigos 54 e 133, XLVIII, do RIA e o artigo 5 do RASA dispõem sobre a competência da ANATEL e de seu Conselho Diretor para celebrar TACs.</p> <p>O RTAC detalha a temática e versa sobre o procedimento, os requisitos e as condições para celebração dos TACs na Agência. De acordo com o RTAC, os TACs poderão ser propostos a qualquer tempo, seja de ofício pela ANATEL ou mediante requerimento dos administrados (artigo 4, caput, do RTAC). O RTAC estabelece ainda que serão objeto de TAC processos nos quais não tenha sido proferida decisão transitada em julgado na esfera administrativa (artigo 1, § 1º, do RTAC), sendo que a celebração de acordos relativos a processos com decisão administrativa transitada em julgado reger-se-á pelas disposições da Lei Complementar nº 73/1993, da Lei Federal nº 9.469/1997, e pelas demais diretrizes normativas da Advocacia Geral da União sobre o tema (artigo 1º, § 2º, do RTAC).</p> <p>Quanto ao procedimento, o RTAC prevê que as requisições para a celebração de TACs devem ser encaminhadas à Superintendência competente e importarão em manifestação expressa de tentativa de resolução conciliatória, interrompendo o prazo de prescrição da pretensão punitiva (artigo 5º, caput). O juízo de admissibilidade do pleito cabe à Superintendência competente para propor ou aplicar sanções sobre a respectiva matéria (artigo 7º, caput) e, caso admitido o requerimento, ocorrerá a suspensão da tramitação dos processos administrativos relativos ao requerimento do TAC até deliberação do Conselho Diretor, ressalvadas hipóteses específicas previstas no Regulamento (artigo 8º). Da decisão de inadmissibilidade do requerimento caberá recurso ao Conselho Diretor (artigo 7º, § 3º).</p> <p>Nos termos do RTAC, a negociação dos termos do TAC e a análise técnica sobre o pedido formulado, com indicação das condições para a formalização do TAC ou as razões para a sua rejeição, ficará a cargo de Comissão de Negociação integrada pelos Superintendentes de Planejamento e Regulamentação (“SPR”), de Relações com Consumidores (“SRC”), de Competição (“SCP”), de Fiscalização (“SFI”) e de Controle de Obrigações (“SCO”), que a presidirá (artigo 9º, caput). A PFE/ANATEL manifestar-se-á sobre a proposta a ser encaminhada pela Comissão de Negociação ao Conselho Diretor no prazo de 60 (sessenta) dias (artigo 9º, § 2º).</p> <p>O RTAC aponta que compete ao Conselho Diretor, por decisão irrecorrível, deliberar de forma final sobre a celebração de TAC (artigo 11, caput), acarretando o arquivamento dos processos administrativos a que ele se refere, ressalvadas as condutas não contempladas na negociação, cuja apuração e sancionamento devem seguir seu curso, em autos próprios (artigo 11, § 3º, do RTAC).</p> <p>O RTAC estabelece, ainda, que na ocorrência de atraso ou descumprimento de obrigações correspondentes a mais de 50% (cinquenta por cento) do valor de referência do TAC, a ANATEL declarará seu descumprimento integral mesmo durante o seu período de vigência (artigo 29, caput, do RTAC).</p> <p>O RTAC está atualmente sob revisão pela ANATEL no âmbito do Processo nº 53500.012166/2019-12, tendo em vista a identificação pela Agência de pontos que requerem aprimoramento na regulamentação, quais sejam: (i) longo lapso temporal entre o requerimento de TAC</p>

e sua efetiva celebração; (ii) prazo relativo à suspensão dos PADOS é inferior ao período comumente necessário para formalização do Termo; e (iii) insegurança jurídica quanto à (a) metodologia de cálculo dos valores correspondentes aos compromissos adicionais em TACs e quanto à (b) interpretação dos dispositivos que disciplinam a multa diária, vez que não está claro se o artigo prevê limite máximo (“teto”) ou mínimo (“piso”) da referida modalidade de multa.

2. Na prática, a Agência vem celebrando TAC/Acordos Administrativos como forma de abreviar a tramitação de processos sancionadores?

Desde a aprovação do RTAC pela Resolução nº 629/2013-ANATEL, a ANATEL celebrou 3 (três) TACs.²⁴

O primeiro foi com a TIM, em junho de 2020, com período de vigência de 4 (quatro) anos e Valor de Referência na ordem de R\$ 639MM. O valor a ser investido pela TIM para atendimento aos compromissos adicionais (artigo 19 do RTAC) é de R\$ 386MM. No TAC celebrado com a TIM, foram admitidos 53 (cinquenta e três) processos sancionatórios que foram arquivados em troca do atendimento dos compromissos nele firmados.

Em dezembro de 2020, a ANATEL celebrou com a Algar seu segundo TAC. O período de vigência do acordo é de 30 (trinta) meses e o Valor de Referência é de cerca de R\$ 44 MM e o valor a ser investido pelo Grupo Algar para atendimento aos compromissos adicionais (artigo 19 do RTAC) prevê um investimento de R\$ 38 milhões nos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Goiás.

Em 28 de fevereiro de 2022, a ANATEL celebrou com a Telefônica/Vivo seu terceiro TAC. O período de vigência do acordo é de 4 (quatro) anos e o Valor de Referência é da ordem de R\$ 435MM. O valor a ser investido para atendimento aos compromissos adicionais corresponde a R\$ 216MM. Neste TAC, foram admitidos 24 (vinte e quatro) processos sancionatórios que foram arquivados em decorrência dos compromissos de ajustamento de conduta firmados.

3. A agência tem se preocupado com a criação de sistemática de incentivos/desincentivos para evitar o cometimento de infrações?

Conforme já adiantado nos tópicos anteriores, a ANATEL identificou a baixa eficácia de seu sistema fiscalizatório e sancionatório, que até então se voltava exclusivamente para a adoção de técnicas de comando e controle (i.e., fiscalização, apuração da infração e aplicação de penalidade). Este diagnóstico levou a Agência a reformatar seu sistema fiscalizatório e sancionatório, o que culminou com a aprovação do RFR, através da Resolução nº 746/202-ANATEL.

O RFR adotou conceitos da teoria da regulação responsiva e estabeleceu instrumento, denominados de “medidas preventivas e reparatórias” que buscam criar incentivos/desincentivos para evitar o cometimento de infrações. Entre essas medidas, destacam-se: (i) a divulgação de informações; (ii) a orientação aos administrados; (iii) a notificação para regularização; e (iv) o plano de conformidade.

Embora não tenha aderido por completo à lógica de regulação responsiva, dado que a instauração de um processo sancionatório e a consequente aplicação da sanção ainda é possível mesmo na hipótese de cumprimento das medidas preventivas e reparatórias, o novo regulamento estabelece um processo fiscalizatório em que há a oportunidade do regulado de corrigir a sua conduta e/ou reparar os dados eventualmente produzidos, para afastar ou pelo menos atenuar a sanção a ser imposta.

²⁴ Vide: <https://www.gov.br/anatel/pt-br/regulado/acompanhamento-e-controle/conheca-os-termos-de-ajustamento-de-conduta-tacs>. Acesso em 11/12/2023.

Também vale reforçar, conforme adiantado anteriormente, a sistemática estabelecida no RQUAL para a fiscalização da qualidade na prestação do serviço de telecomunicações. Em síntese, o RQUAL estabelece uma sistemática pela qual os diversos níveis de aderência da conduta dos regulados com a regulamentação estabelecida são traduzidos em selos. Assim, não há efetivamente a aplicação de sanção, na forma como tradicionalmente considerada – a não ser em casos específicos – e o comportamento dos agentes regulados é recompensado ou reprimido com a divulgação de informação sobre o nível da sua prestação de serviço.

CAPÍTULO 5. ANCINE – AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA

Gabriela Andrade Guimaraes de Oliveira

Gabriella Giovanna Lucarelli de Salvio

Pedro Henrique Espagnol de Farias

Raphael Abreu Borges

Breve Introdução (Panorama Geral da ANCINE)

A Agência Nacional do Cinema – ANCINE foi criada a partir da edição da Medida Provisória nº 2.228-1 de 6 de setembro de 2001²⁵, enquanto autarquia especial, dotada de autonomia administrativa e financeira, apresentando a finalidade de fomentar, regular e fiscalizar a indústria cinematográfica e videofonográfica brasileira. Atualmente, a Agência é vinculada ao Ministério da Cultura – MINC.

Dentre os objetivos da ANCINE elencados no art. 6º da MP nº 2.228-1/2001, destacam-se: (i) promover a cultura nacional e a língua portuguesa mediante o estímulo ao desenvolvimento da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional em sua área de atuação; (ii) aumentar a competitividade da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional por meio do fomento à produção, à distribuição e à exibição nos diversos segmentos de mercado; (iii) estimular a diversificação da produção cinematográfica e videofonográfica nacional e o fortalecimento da produção independente e das produções regionais com vistas ao incremento de sua oferta e à melhoria permanente de seus padrões de qualidade; (iv) garantir a participação das obras cinematográficas e videofonográficas de produção nacional em todos os segmentos do mercado interno e estimulá-la no mercado externo; e (v) zelar pelo respeito ao direito autoral sobre obras audiovisuais nacionais e estrangeiras.

Quanto às suas competências dispostas no art. 7º da MP nº 2.228-1/2001, merecem ser ressaltadas as seguintes: (i) fiscalizar o cumprimento da legislação referente à atividade cinematográfica e videofonográfica nacional e estrangeira nos diversos segmentos de mercados, na forma do regulamento; (ii) promover o combate à pirataria de obras audiovisuais; (iii) aplicar multas e sanções, na forma da lei; (iv) aprovar e controlar a execução de projetos de coprodução, produção, distribuição, exibição e infra-estrutura técnica a serem realizados com recursos públicos e incentivos fiscais, ressalvadas as competências dos Ministérios da Cultura e das Comunicações e (v) fornecer os Certificados de Produto Brasileiro às obras cinematográficas e videofonográficas.

A ANCINE é dirigida por uma Diretoria Colegiada composta por 1 (um) Diretor-Presidente, nomeado pelo Presidente da República, e 3 (três) Diretores, com mandatos não coincidentes de 5 (cinco) anos, vedada a recondução, à luz do art. 8º da MP nº 2.228-1/2001. Constituem exemplos de receitas da Agência: (i) o produto da arrecadação das multas resultantes do exercício de suas atribuições e (ii) o produto da execução da sua dívida ativa, conforme disposto no art. 11 da MP nº 2.228-1/2001.

5.1. Sanções, dosimetria e *bis in idem*

No plano legal, nota-se que há diferentes diplomas normativos, com abrangências distintas, que disciplinam a aplicação de sanções no setor audiovisual, notadamente a Medida Provisória nº

²⁵ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2228-1.htm

2.228-1 de 2001, a Lei Federal nº 12.485/2011, a Lei Federal nº 11.437/2006 e o Decreto Federal nº 6.590/2008.

Em nível infralegal, ressalta-se a Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE, que regulamenta o processo administrativo para aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades cinematográfica, videofonográfica e de comunicação audiovisual de acesso condicionado, estabelecendo as sanções aplicáveis, critérios para fixação de penalidades e regra para prevenção de *bis in idem*.

Um aspecto salutar a ser destacado na atuação sancionatória da ANCINE está relacionado à adoção de um padrão para sanções aplicadas a Editais de Chamamento Público. Essa padronização, embora possa não endereçar casos concretos que possuem determinadas particularidades, proporciona maior previsibilidade aos interessados, transmitindo maior segurança jurídica à atuação da Agência.

A principal dificuldade identificada na realização da pesquisa foi a falta de transparência efetiva da Agência. Do ponto de vista sancionatório, o problema é agravado, dado o possível prejuízo à ampla defesa. Essa ausência de publicidade de processos administrativos prejudica o acesso a conteúdo de interesse público, como Pareceres, Notas Técnicas, despachos etc.

Os manuais disponibilizados pela Agência, embora possuam uma linguagem simples e didática, não trazem maiores esclarecimentos práticos sobre o procedimento de aplicação das sanções, o que poderia ser uma função dos Manuais.

Em linha com o obstáculo destacado acima, foi identificada a necessidade de aprimoramento das ferramentas de acesso às normas, decisões e materiais produzidos, por exemplo, via adoção do SEI. No mesmo sentido, é recomendável a disponibilização de documentos (e.g., decisões de aplicação de sanção) de forma pública para conhecimento da fundamentação utilizada, para uma jurisprudência administrativa da ANCINE.

Outra sugestão de aperfeiçoamento diz respeito à reestruturação da atuação sancionatória da ANCINE. Conforme identificado pelo TCU, a Agência apresenta uma baixa efetividade na arrecadação das multas aplicadas (i.e., 4,26%, em diagnóstico de 2020). Dado que essa alternativa pode indicar uma baixa efetividade das sanções impostas pela ANCINE, uma alternativa para repensar a atuação sancionatória da Agência seria a adoção de mecanismos de regulação responsável, em linha com o que já vem sendo adotado por outras Agências reguladoras federais.

Diagnóstico
1. A legislação setorial traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar bis in idem? Caso positivo, descrever as leis relevantes.
Sim, a legislação do setor audiovisual brasileiro contém normas que tratam sobre sanções, parâmetros para dosimetria e para evitar bis in idem. Nesse sentido, cumpre observar a Medida Provisória nº 2.228-1 de 2001 ²⁶ (“MP nº 2.228-1/01”), que criou a Agência Nacional do Cinema (“ANCINE”) e estabeleceu normas sobre a regulação e fomento da atividade audiovisual no Brasil, dentre outras medidas.

²⁶ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2228-1.htm

Com efeito, a norma prevê a competência da Agência, enquanto autarquia especial, para fiscalizar o cumprimento da legislação à atividade cinematográfica e videofonográfica nacional e estrangeira, nos diversos segmentos de mercado, e sancionar condutas em desconformidade com o arcabouço legal e normativo vigente (vide incisos II e IV do artigo 7º).

Por conseguinte, a MP n.º 2.228-1/01 prevê a aplicação de penalidades pela ANCINE (e.g., advertências, multas, suspensões temporárias de atividades, cancelamento de registro, interdições, entre outras medidas), em caso de descumprimento das obrigações legais e regulatórias relacionadas à produção, distribuição, exibição e outras atividades do setor cinematográfico e audiovisual.

Como exemplo, citamos a sujeição do administrado às penalidades e acréscimos moratórios previstos nos arts. 44 e 61 da Lei Federal nº 9.430/1996²⁷, na ausência de recolhimento da CONDECINE no prazo legal.

No que concerne à dosimetria das sanções, a MP n.º 2.228-1/01 estabelece critérios a serem observados para a fixação do valor da sanção, tais como: (i) a gravidade da infração; (ii) o porte econômico do infrator; (iii) a reincidência da conduta, entre outros, como medida a assegurar a observância aos princípios de proporcionalidade e razoabilidade ao se estabelecer penalidades adequadas e proporcionais à gravidade da infração cometida.

Outro ponto a ser observado é a previsão de articulação da ANCINE com os demais órgãos competentes com vistas a otimizar a consecução dos seus objetivos, inclusive aqueles em âmbito sancionatório, medida esta que permite evitar *bis in idem*.

O Decreto Federal n.º 6.590/2008, que dispõe sobre o procedimento administrativo para aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades cinematográfica e videofonográfica e em outras atividades a elas vinculadas, traz disposições gerais sobre a fiscalização das atividades, sobre as infrações²⁸ – classificação e tipificação -a instauração de procedimento administrativo²⁹³⁰ e seus prazos³¹ e, ainda, sobre dosimetria das penas³² e *bis in idem*³³.

Já a Lei Federal nº 12.485/2011, conhecida como Lei do SeAC ou da TV Paga, ao regulamentar a prestação do serviço de TV Paga no país, também trata das sanções, dos critérios para dosimetria das penalidades e dos parâmetros para evitar o *bis in idem*.

No atinente às sanções, a Lei do SeAC prevê que, na hipótese de descumprimento das obrigações previstas na Lei (e.g., descumprimento de obrigações de veiculação de conteúdo nacional, de obrigações de acessibilidade e de obrigações de carregamento de canais de programação, dentre outras), as empresas no exercício das atividades de programação ou empacotamento da comunicação audiovisual de acesso condicionado estarão sujeitas a aplicação das seguintes sanções pela ANCINE: (i) advertência; (ii) multa não inferior a R\$ 2.000,00 (dois mil reais) nem superior a R\$ 5.000.000,00

²⁷ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm

²⁸ Decreto n.º 6.590/2008. Artigos 13 e Capítulo IV. e Capítulo V. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6590.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20procedimento%20administrativo,vinculadas%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias.

²⁹ Decreto n.º 6.590/2008. Art. 4º.

³⁰ Decreto n.º 6.590/2008. Art. 16.

³¹ Decreto n.º 6.590/2008. Art. 10.

³² Decreto n.º 6.590/2008. Art. 14.

³³ Decreto n.º 6.590/2008. Art. 6º.

(cinco milhões de reais) para cada infração cometida; (iii) suspensão temporária do credenciamento, por prazo não superior ao de 30 (trinta) dias e (iv) cancelamento do credenciamento.

Ademais, para a aplicação de sanções, deverão ser observados pela Agência: (i) a natureza e a gravidade da infração, (ii) os danos dela resultantes para os assinantes, (iii) a vantagem auferida pelo infrator, (iv) as circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, (v) os antecedentes do infrator e (vi) a reincidência específica (i.e., repetição de falta de igual natureza após decisão administrativa anterior).

Cumpre ainda observar, que a existência de sanção anterior será tida, pela Agência, como um agravante na aplicação de nova sanção. Além disso, as infrações praticadas por pessoa jurídica poderão atingir (i.e., penalizar), com multa, os administradores ou controladores que tiverem agido de má-fé, desde que comprovada.

Outrossim, cumpre destacar a competência da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) para regulamentar e fiscalizar os serviços de telecomunicações no Brasil (e.g., TV Paga) e, por conseguinte, de atuar na aplicação de sanções relacionadas à distribuição de conteúdo pelas prestadoras de SeAC, em caso de descumprimento das normas vigentes.

Já, o princípio do no *bis in idem*, enquanto proteção para que não haja duplicidade de punições ou penalidades pelo mesmo ato ou infração, deve ser especialmente observado com relação ao SeAC, na medida em que o serviço é regulado por duas Agências reguladoras (ANCINE e ANATEL), ensejando a adoção de medidas que busquem evitar a duplicidade sancionatória, tais como:

1. Cooperação e Compartilhamento de informações relevantes, entre ANATEL e ANCINE, para a fiscalização do SeAC (e.g., intercâmbio de dados, relatórios, documentos, análises técnicas etc.);
2. Competências Delimitadas: A Lei Federal nº 12.485/2011 estabelece claramente as competências de cada Agência reguladora em relação ao SeAC; e
3. Garantia de aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa para assegurar ao administrado o direito de se manifestar e apresentar defesa nos processos, caso haja duplicidade de fiscalização.

Na mesma toada, a Lei Federal nº 11.437/2006³⁴, prevê a classificação das infrações cometidas nas atividades audiovisuais em “leves”, “graves” e “gravíssimas” e estabelece a aplicação de (i) advertências (para as infrações consideradas leves), ficando o infrator notificado a fazer cessar a irregularidade, sob pena de imposição de outras sanções previstas em lei; (ii) multa simples com valor entre R\$ 500,00 (quinhentos reais) e R\$ 100.000,00 (cem mil reais), quando o infrator incorrer na prática de infrações leves ou graves e nas hipóteses em que, advertido por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las no prazo assinalado; e (iii) multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), caso as distribuidoras e programadoras não forneçam (a) relatórios periódicos sobre a oferta, consumo e receitas auferidas com a exploração de obras; (b) as cópias das obras audiovisuais não contenham marca indelével e irremovível com a identificação do detentor do direito autoral no Brasil, com todas as informações que o identifiquem; e (c) caso as empresas de produção, distribuição, exibição (nacionais ou estrangeiras) não se registrem na ANCINE.

Outrossim, estabelece que para os efeitos desta Lei, da Lei Federal nº 8.685/1993 (“Lei do Audiovisual”), e dos demais instrumentos normativos aplicáveis às atividades audiovisuais, serão consideradas as sanções restritivas de direito abaixo, sem prejuízo das sanções de advertência e multa:

- I - Perda ou suspensão de participação nos programas do Fundo Nacional da Cultura (FNC) em categoria de programação específica;

³⁴ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11437.htm

II - Perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

III - proibição de contratar com a administração pública, pelo período de até 2 (dois) anos; e

IV - Suspensão ou proibição de fruir dos benefícios fiscais da legislação audiovisual, pelo período de até 2 (dois) anos.

Por fim, cabe ressaltar a dosimetria das penalidades e a aplicação de sanções pela ANCINE devem observar o devido processo legal e os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e do contraditório e ampla defesa.

2. A regulação infralegal traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar bis in idem? Caso positivo, descrever os regulamentos relevantes.

Sim, a ANCINE, enquanto autarquia federal brasileira responsável pela regulação, fiscalização e fomento da indústria cinematográfica e audiovisual no país, estabelece, por meio de regulação infralegal, atos normativos (e.g., Instruções Normativas, Portaria, Resoluções etc.) para regulamentar a legislação vigente, inclusive no que concerne a previsão de sanções e parâmetros para dosimetria, conforme demonstrado abaixo.

Nos termos da Resolução de Diretoria Colegiada nº. 119/2022-ANCINE³⁵, que dispõe sobre o processo de elaboração de atos normativos de atribuição da Diretoria Colegiada da ANCINE, compete ao Colegiado a expedição de atos que tratem de matérias relacionadas à regulação, fiscalização e fomento da Agência³⁶.

Deste modo, a Instrução Normativa n.º 109/2012-ANCINE (“IN n.º 109/12”)³⁷ regulamenta o processo administrativo para aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades cinematográfica, videofonográfica e de comunicação audiovisual de acesso condicionado, bem como em outras atividades a elas vinculadas.

Neste sentido, a IN n.º 109/12 prevê (i) a gradação das infrações (leves, graves e gravíssimas); (ii) as penalidades aplicáveis a cada hipótese de infração (e.g., advertência, multa, suspensão temporária do credenciamento ou cancelamento do credenciamento); (iii) as circunstâncias atenuantes ou agravantes; (iv) os critérios para fixação da sanção (e.g., a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para os assinantes, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica, entendida como a repetição de falta de igual natureza após decisão administrativa definitiva anterior, salvo se decorridos dois anos do cumprimento da respectiva punição); (v) o dever de a ANCINE de observar o princípio da proporcionalidade ao analisar a gravidade da falta e a intensidade da sanção, como medida a evitar o excesso ou a inadequação da dosimetria da pena; (vi) os direitos do administrado, inclusive à ampla defesa e ao contraditório; (v) o procedimento de instauração de processos administrativo e os prazos aplicáveis, dentre outras previsões.

³⁵ Disponível em: <https://www.gov.br/ancine/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/resolucoes-diretoria-colegiada/resolucao-no-119#:~:text=abril%20de%202022-Resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20Diretoria%20Colegiada%20n.%C2%BA%20119%2C%20de,11%20de%20abril%20de%202022&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20de,ANCINE%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias.>

³⁶ Resolução de Diretoria Colegiada nº. 119/2022-ANCINE. Art. 2º.

³⁷ Disponível em: <https://www.gov.br/ancine/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-109>

Outro ponto importante abordado na norma é a prevenção do *bis in idem*, ou seja, da duplicitade de penalidades pelo mesmo fato ou conduta. A IN n.º 109/12 estabelece que a aplicação de sanções pela ANCINE deve considerar as penalidades já aplicadas ou em curso em outros processos administrativos ou judiciais, buscando evitar a sobreposição de sanções pelo mesmo ato infracional.

Já a Instrução Normativa n.º 159/2021-ANCINE (“IN n.º 159/21”)³⁸ que regulamenta os procedimentos para apresentação e análise das prestações de contas de recursos públicos aplicados em projetos audiovisuais executados por meio de ações de fomento direto e indireto. A norma estabelece (i) as hipóteses de sanções, a serem aplicadas após o encerramento do prazo recursal (e.g., advertência, inabilitação da proponente, dentre outras); (ii) a inscrição da proponente como inadimplente – limitando suas atividades até que ocorra a regularização da prestação de contas; (iii) a possibilidade de instauração de Tomada de Contas Especial - TCE ou de cobrança administrativa por meio de processo administrativo específico, conforme normas estabelecidas pelo Tribunal de Contas da União ou pela Procuradoria-Geral Federal, bem como (vi) as hipóteses de devolução de recursos pela proponente, dentre outras medidas relacionadas ao descumprimento das disposições legais e/ou regulamentares vigentes.

Por sua vez, a Instrução Normativa n.º 170/2024-ANCINE (“IN n.º 170/24”)³⁹, ao regulamentar o cumprimento e a aferição da obrigação de cota de tela (i.e., de exibição de obras cinematográficas brasileiras de longa metragem pelas empresas exibidoras) prevê, por exemplo, que o infrator estará sujeito a multa correspondente a 5% (cinco por cento) da receita bruta média diária de bilheteria do complexo, limitada ao montante de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), a ser apurada no ano da infração, em consonância com o art. 59 da Medida Provisória n.º 2228-1, de 2001.

Contudo, caso não seja possível apurar o valor da receita bruta por falta de informações, a ANCINE deverá arbitrá-lo em observância a diversos critérios, tais como: (i) receita bruta referente ao último período em que a pessoa jurídica manteve escrituração; (ii) o valor do capital constante do último balanço patrimonial conhecido ou registrado; (iii) a soma dos valores devidos no mês a empregados; (iv) o valor mensal do aluguel devido, dentre outros, como medida a garantir a proporcionalidade e a justiça na aplicação das sanções.

Cumpre ainda observar a Instrução Normativa n.º 60/2007-ANCINE (“IN n.º 60/07”)⁴⁰, que regulamenta o art. 37 da MP 2228-1 e dispõe sobre o procedimento administrativo para cobrança da CONDECINE em atraso, aplicação de sanções, apreciação de impugnações e recursos. A norma em comento prevê, por exemplo, que em caso de inadimplemento, o valor consolidado da CONDECINE será o resultante da atualização do débito originário, com as penalidades e acréscimos moratórios, observados o agravamento e a redução de valores, previstos pela norma. Outrossim, estabelece as hipóteses de aplicação de multas, os critérios atenuantes e agravantes e dispõe sobre o processo administrativo fiscal.

Em breve síntese, diversas são as normas sancionatórias que têm por objetivo estabelecer parâmetros claros à aplicação de sanções, à dosimetria e a evitar o *bis in idem*.

³⁸ Disponível em: <https://www.gov.br/ancine/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-159>

³⁹ Disponível em: <https://www.gov.br/ancine/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-170>

⁴⁰ Disponível em: <https://www.gov.br/ancine/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-60>

3. Se pertinente, indicar se o tema das sanções administrativas também é disciplinado em (i) contratos; e/ou (ii) Manuais/Notas Técnicas. Caso haja regulação por contrato ou outros documentos oficiais aplicáveis, indicar as principais disposições sobre o tema.

Observa-se padrão em cláusulas de sanções⁴¹ das minutas de contratos⁴² disponibilizados em Editais ANCINE 2021 e 2022 ainda abertos à época desta análise.

Embora tenham sido identificados contratos administrativos celebrados entre a ANCINE e terceiros, cujo objeto é a prestação de serviços, estes não foram analisados por estarem fora do escopo deste diagnóstico. O Manual de Prestação de Contas⁴³ e o Manual de Aplicação da Logomarca⁴⁴ disponibilizados no site ANCINE se restringem às normas em vigor, respectivamente IN nº 159/2021 e IN nº 130/2016, não trazendo entendimentos adicionais.

4. As normas aplicáveis preveem espaço para discricionariedade administrativa na aplicação de penalidades ou não?

Em linhas gerais, as normas são bem delimitadas, especificando circunstâncias atenuantes/agravantes; gravidades das infrações etc.

Por outro lado, em muitos dispositivos, há um intervalo muito grande entre a menor e maior multa a ser aplicada, por exemplo no Art. 36, §4º Lei do SeAC⁴⁵ (R\$ 2 mil – R\$ 5 milhões), de forma a deixar a cargo do julgador a definição do valor final com base em princípios de razoabilidade, proporcionalidade e outras circunstâncias.

Chama atenção, por exemplo, que tanto no Decreto nº 6590/2008⁴⁶ quanto na IN 109/2012⁴⁷, “para a determinação da multa, o agente público levará em consideração as consequências da infração para a indústria cinematográfica e videofonográfica no Brasil, a situação econômica do infrator e a

⁴¹ “CLÁUSULA DÉCIMA – SANÇÕES. A inobservância das obrigações assumidas em decorrência deste CONTRATO constitui motivo para imposição das seguintes sanções, sem prejuízo de outras sanções administrativas, civis e penais: a) vencimento antecipado do CONTRATO, sujeitando a PRODUTORA à devolução do valor integral e atualizado do investimento objeto deste CONTRATO, acrescido cumulativamente de: i. juros moratórios equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, acumulados mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento dos recursos até o mês anterior ao do pagamento e de 1% (um por cento) no mês do pagamento; ii. multa de 20% (vinte por cento), calculada sobre o valor total dos recursos liberados; b) multa de até 20% (vinte por cento), calculada sobre o valor total dos recursos liberados, se gravíssima a natureza da infração; c) multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), se grave a natureza da infração; ou d) advertência, na hipótese de infração considerada leve ou quando ponderadas a primariedade da conduta, a possibilidade de saneamento e a lesividade da conduta aos interesses do FSA.”

⁴²Disponíveis em: https://www.gov.br/ancine/pt-br/fsa/como-participar/chamadas-publicas-1/chamadas-disponiveis/CHAMADAPBLICA2022BRDEFSAProduoTVVOD_comanexos.pdf. Acesso em: 14/04/2023.

⁴³ Disponível em: https://www.gov.br/ancine/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/manuais/MANUALDEPC_v2.3_16.09.2022.pdf. Acesso em: 14/04/2023.

⁴⁴ Disponível em: <https://www.gov.br/ancine/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/manuais/ManualdeAplicacaodeLogomarcas0324agosto22.pdf>. Acesso em: 14/04/2023.

⁴⁵ Lei nº 12.485/2011. Art. 36. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12485.htm#artigoArtigo%202036%20empresas%20cancelam%20de%20cadernete

⁴⁶ Decreto nº 6.590/2008. Art. 14. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/1/_16590-1.htm

⁴⁷ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 19. Disponível em: <https://www.gov.br/ancine/pt-br/acao-a/>

informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-109#:~:text=Art.%2019.%20Para%20a%20determina%C3%A7%C3%A3o%20da%20multa%2C%20o%20agente%20p%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%A7%C3%A3o%20levar%C3%A1%20em%20considera%C3%A7%C3%A3o%20as%20consequ%C3%A7%C3%A3o%C3%A7%C3%A3o%20d%C3%A7%C3%A3o%20infra%C3%A7%C3%A3o%20para%20a%20ind%C3%A7%C3%A3o%20cinematogr%C3%A7%C3%A3o%20fica%20e%20videofono%20gr%C3%A7%C3%A3o%20fica%20no%20Brasil%2C%20a%20situ%C3%A7%C3%A3o%20econ%C3%A7%C3%A3o%20mica%20do%20infrator%20e%20a%20reincid%C3%A7%C3%A3o%C3%A7%C3%A3o.

reincidência.”. A “situação econômica” e “reincidência” são indicados pela legislação, porém, as consequências da infração poderão ser diversas, de modo a deixar ao arbítrio do julgador sua aferição.

Ainda, pelo Art. 13, §3º da Lei 11437/ 2006⁴⁸, é previsto que, na ausência de sanção específica prevista em lei, será privilegiada a aplicação de multa simples que varia de R\$ 500 a R\$ 100 mil. Note que o legislador sequer cogita a possibilidade de aplicação de advertência.

Pela análise dos documentos mapeados, como Manuais, Editais, AIRs, não foi possível comprovar a existência de decisões discricionárias da Diretoria Colegiada da ANCINE sobre aplicação de sanções/penalidades, tendo em vista a falta de transparência e publicidade das decisões.

5. As condutas passíveis de penalização estão definidas, de forma específica e exaustiva, em normas? Indicar, na resposta, se as condutas infracionais estão previstas em lei em sentido estrito e/ou atos normativos infralegalis.

Sim. As condutas passíveis de penalização estão definidas, de forma específica e exaustiva, nas normas da ANCINE, que compreendem tanto a legislação em sentido estrito, quanto atos normativos infralegalis da Agência.

Essas normas detalham as condutas que são consideradas infrações à legislação cinematográfica e audiovisual, tais como o descumprimento de obrigações relativas à produção, distribuição, exibição, programação, publicidade, classificação indicativa, entre outras atividades do setor.

Logo, pode-se considerar que as infrações e as respectivas sanções aplicáveis estão definidas de forma clara e específica nas normas da ANCINE, o que possibilita a identificação precisa das condutas passíveis de penalização, bem como as consequências decorrentes do seu cometimento.

Dessa forma, visa-se garantir a transparência e a previsibilidade do processo sancionatório, assegurando aos agentes do setor uma compreensão clara de suas obrigações e das penalidades que podem ser aplicadas em caso de descumprimento.

6. As normas são claras com relação ao sujeito ativo da infração?

Sim, as normas da ANCINE, em grande maioria, são claras em relação ao sujeito ativo da infração, a exemplo do que se verifica na MP 2.228-1/01⁴⁹, na Lei nº 12.485/11⁵⁰, na IN n.º 158/21⁵¹, na IN n.º 170/24⁵², entre outras.

7. Existe alguma avaliação/diagnóstico sobre o panorama sancionatório do setor (ex. relatório de auditoria do TCU). Caso positivo, quais as principais conclusões aplicáveis ao respectivo setor?

⁴⁸ Lei nº 11.437/2006. Art. 13 §§ 2º e 3º. Disponíveis em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111437.htm#:~:text=%C2%A7%202%C2%BA%20A%20multa,de%20multa%20simples

⁴⁹ Medida Provisória nº 2.228-1/01. Art.37. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2228-1.htm#:~:text=Art.%C2%A037.%C2%A0%C2%A0%C2%A0O%20n%C3%A3o%20recolhimento%20da%20CONDECINE%20no%20prazo%20sujeitar%C3%A1%20o%20contribuinte%20%C3%A0s%20penalidades%20e%20acr%C3%A9scimos%20morat%C3%B3rios%20previstos%20nos%20arts.%2044%20e%2061%20da%20Lei%20no%209.430%2C%20de%2027%20de%20dezembro%20de%201996.

⁵⁰Lei nº 12.485/2011. Art. 35. Disponível em: Art. 35. O não cumprimento do disposto nesta Lei por prestadora do serviço de acesso condicionado implicará a aplicação das penalidades previstas na [Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111437.htm#:~:text=%C2%A7%202%C2%BA%20A%20multa,de%20multa%20simples).

⁵¹ Instrução Normativa nº 158/2021-ANCINE. Art. 2º, II. Disponível em: <https://www.gov.br/ancine/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-158#:~:text=II%20%20conta%20de.aprovado%20pela%20ANCINE%3B>

⁵²Disponível em: <https://www.gov.br/ancine/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-170>

Em 2010, o TCU realizou um amplo relatório de levantamento de auditoria sobre a arrecadação de multas administrativas aplicadas por Agências reguladoras e outros órgãos e entidades federais com atribuições de fiscalização e controle. Considerando as suas atribuições legais, a Ancine foi incluída na auditoria realizada pelo Tribunal.

Naquela oportunidade, analisando o período de 2005 a 2009, o TCU identificou: (i) a baixa quantidade de multas aplicadas pela Ancine (i.e., 359 multas); (ii) a ínfima arrecadação desses valores pela Agência (i.e., percentual de arrecadação inferior a 1%); (iii) baixo percentual de inscrição de inadimplentes no Cadin (i.e., 3,3%); e (iv) a absoluta inexistência de execuções fiscais oriundas das multas administrativas (cf. Acórdão nº 1817/2010).

O tema voltou a ser avaliado pelo TCU por meio de sucessivos relatórios de monitoramento das determinações emitidas em 2010. Os resultados do acompanhamento desempenhado pelo Tribunal foram refletidos nos Acórdãos nº 482/2012, 1665/2014, 1215/2015, 1970/2017 e 729/2020.

No diagnóstico mais recente, de 2020, ao analisar os exercícios de 2015 e 2016, as conclusões do TCU foram no seguinte sentido: (i) baixa quantidade de multas aplicadas (i.e., 287); (ii) baixo valor de multas aplicadas (i.e., R\$ 25 milhões); (iii) baixo percentual de multas arrecadadas (i.e., 4,26%); (ii) inexistência de pendências na inscrição de devedores no Cadin. Conforme afirmado pela própria Ancine junto ao TCU, os números demonstram uma evolução na atuação sancionatória da Agência, que vem conseguindo melhorar o seu rendimento na arrecadação de multas. O desempenho da Ancine, no entanto, embora acima da média das demais Agências e entidades monitoradas, é significativamente inferior aos entes mais bem avaliados pelo TCU (e.g., ANA e ANTAQ, que possuem, respectivamente, 42,25% e 32,50% de arrecadação de multas aplicadas).

O TCU também teceu importantes recomendações e impôs determinações à ANCINE no que diz respeito à metodologia de análise das prestações de contas dos recursos públicos destinados a projetos audiovisuais pelo aporte de incentivos fiscais previstos em lei (fomento indireto) ou de repasses provenientes da ANCINE e do Fundo Setorial do Audiovisual - FSA (fomento direto). A decisão, no entanto, embora relevante para o desempenho das competências da Agência, incluindo aquelas relacionadas à fiscalização do uso de recursos públicos em projetos audiovisuais, não se refere especificamente à sua atuação sancionatória.

5.2. Processo Sancionador

O processo sancionador no âmbito da ANCINE é disciplinado, em suma, por dois diplomas normativos: o Decreto Federal nº 6.590/2008 e a Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Enquanto o Decreto estabelece disposições processuais com um grau relativamente superficial de detalhamento, a Instrução aprofunda essa disciplina e acrescenta regras mais pormenorizadas sobre o processo sancionador na Agência.

Um aspecto positivo positivo identificado no processo sancionador no âmbito da atuação sancionatória da ANCINE está relacionado à ausência de particularidades setoriais que pudessem dificultar a compreensão da atuação sancionatória da Agência. De fato, o regramento aplicável ao processo sancionador no âmbito da ANCINE, tanto em nível legal como infralegal, é relativamente comum, não apresentando maiores óbices à compreensão de observadores que não estejam familiarizados com o setor.

Nesse aspecto, também se verifica a dificuldade mencionada anteriormente, relativa à falta de transparência efetiva da Agência. Essa ausência de publicidade de processos administrativos

prejudica o acesso a precedentes da Agência relacionados à aplicação de sanções, impedindo que se possa definir uma jurisprudência da ANCINE em matéria sancionatória. Esse aspecto vem inclusive sendo alvo de questionamentos públicos à atuação da Agência. Cita-se, a título de exemplo, a denúncia apresentada pela Associação dos Servidores Públicos da Ancine (Aspac), em outubro de 2022, que ensejou autuação pelo Ministério Público Federal. Sustentou a Associação, dentre diversos pontos, a ausência de transparência por parte da Agência, destacando-se: (i) sigilo irrestrito nos processos administrativos e (ii) indeferimento dos pedidos de acesso à informação.

Como já pontuado acima, a superação dessa dificuldade passa pelo necessário aprimoramento das ferramentas de acesso às normas, decisões e materiais produzidos. No mesmo sentido, é recomendável a disponibilização de decisões de aplicação de sanção de forma pública para conhecimento da fundamentação utilizada, permitindo a efetiva formação de uma jurisprudência administrativa da ANCINE. Recomenda-se também que o Colegiado passe a editar enunciados de súmula e disponibilizar informativos de jurisprudência que possam facilitar a compreensão de seu posicionamento sobre temas de natureza sancionatória.

Diagnóstico
1. Existem normas específicas (legais ou infralegais) sobre processo sancionador? Descreva, sucintamente, o rito a ser observado e, inclusive, recursos cabíveis.
<p>O Decreto Federal n.º 6.590/2008⁵³ dispõe sobre o procedimento administrativo para aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades cinematográfica e videofonográfica e em outras atividades a elas vinculadas. A norma prevê que as infrações constatadas no desempenho das atividades sujeitas ao controle e fiscalização da ANCINE serão apuradas em procedimento administrativo, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.⁵⁴</p> <p>Geralmente, o processo é iniciado com a lavratura de auto de infração pelos agentes públicos com atribuição e poder de polícia em exercício na ANCINE.⁵⁵ De todo modo, também é possível que qualquer pessoa, tendo constatado a prática de infração administrativa, dirija representação à autoridade administrativa competente.⁵⁶</p> <p>O procedimento administrativo deve observar os seguintes prazos: (i) 20 dias para o oferecimento de defesa ou impugnação contra o auto de infração, contados da data da ciência da autuação; (ii) 30 dias, prorrogável por igual período mediante justificativa, para a autoridade julgar o auto de infração, contados da data da apresentação da defesa ou impugnação; (iii) 20 dias para a interposição de recurso contra a decisão condenatória ou para efetuar o pagamento da multa, contados da decisão de primeira instância; e (iv) 10 dias para pagamento da multa, contados da data da intimação da decisão recursal.⁵⁷</p> <p>Em nível infralegal, a Instrução Normativa nº 109/2012 regulamenta o processo administrativo para aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades cinematográfica, videofonográfica e de comunicação audiovisual de acesso condicionado. A norma estabelece os</p>

⁵³ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6590.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20procedimento%20administrativo,vinculadas%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias.

⁵⁴ Decreto n.º 6.590/2008. Art. 4º.

⁵⁵ Decreto n.º 6.590/2008. Art. 5º.

⁵⁶ Decreto n.º 6.590/2008. Art. 9º.

⁵⁷ Decreto n.º 6.590/2008. Art. 10.

interessados a quem é permitida a participação no processo administrativo⁵⁸, bem como aqueles servidores ou autoridades cuja atuação é vedada.⁵⁹

A Instrução Normativa nº 109/2012 também estabelece que os atos processuais serão realizados em dias úteis, no horário normal de funcionamento da Ancine.⁶⁰ De acordo com a norma, os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.⁶¹

Além de reproduzir os prazos já estabelecidos no Decreto nº 6.590/2008, a Instrução Normativa nº 109/2012 também prevê que o interessado terá 10 dias para manifestação no caso em que novos elementos de prova venham aos autos após a fase de defesa e 20 dias para recorrer da decisão que indeferir pedido de parcelamento.⁶²

Quando os indícios da prática de infração não forem suficientes para a instauração de processo administrativo, a Ancine pode instaurar, de ofício, um procedimento de averiguação.⁶³ Nesse procedimento, a Agência pode requisitar informações e documentos.⁶⁴ Ao final, será determinada a instauração de processo administrativo, caso haja indícios da autoria e da materialidade da infração, ou o arquivamento.⁶⁵

A norma define que o processo administrativo pode ser iniciado por representação, denúncia ou ato de ofício.⁶⁶ No caso de múltiplas infrações, o Superintendente de Fiscalização poderá, motivadamente, instaurar um ou vários processos distintos, considerando, dentre outros fatores, a natureza das infrações e as circunstâncias dos fatos.⁶⁷

A Instrução Normativa nº 109/2012 disciplina o conteúdo do auto de infração, bem como a forma de sua elaboração.⁶⁸ A norma também impõe à Ancine a necessidade de fundamentação e motivação da decisão proferida, reconhecendo ou não a procedência das imputações e aplicando as penalidades cabíveis.⁶⁹

A norma também regulamenta o direito à interposição de recurso em face da decisão de primeira instância. Nessa hipótese, o Superintendente de Fiscalização deve reconsiderar a sua decisão no prazo de 5 dias ou encaminhar o recurso à Diretoria Colegiada.⁷⁰

É previsto, ainda, que o recurso não possui, em regra, efeito suspensivo, mas que ele pode ser atribuído pelo Superintendente de Fiscalização ou Diretor-relator, de ofício ou a pedido, quando houver

⁵⁸ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 5º.

⁵⁹ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 13.

⁶⁰ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 76.

⁶¹ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 78.

⁶² Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 80.

⁶³ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 93.

⁶⁴ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 94.

⁶⁵ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 95.

⁶⁶ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 96.

⁶⁷ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 101.

⁶⁸ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Arts. 106 a 111.

⁶⁹ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 117.

⁷⁰ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 120.

justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação.⁷¹ O recurso deve ser julgado no prazo de 30 dias, prorrogável por igual período, contados do recebimento dos autos pela Diretoria Colegiada.⁷²

Nesse caso, a decisão proferida no julgamento do recurso será definitiva.⁷³ A decisão será comunicada ao recorrente, indicando que não paga a dívida na data consignada, poderá ela ser anotada no CADIN e inscrita na Dívida Ativa da União.⁷⁴

Por fim, vale notar que a Instrução Normativa nº 109/2012 prevê que os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes que justifiquem a inadequação da penalidade aplicada.⁷⁵ Nessa hipótese, não poderá ocorrer o agravamento da sanção.⁷⁶

2. Há algum tema em relação ao qual as normas são confusas, imprecisas ou que gerem discussões na prática?

A atuação sancionatória da Agência Nacional do Cinema (ANCINE) no Brasil é regulamentada por diversas normas que, em alguns casos, podem ser consideradas confusas, imprecisas ou passíveis de discussões na prática. Um exemplo notório é a Lei do SeAC (Lei nº 12.485/2011), que estabelece as diretrizes para o setor audiovisual.

A interpretação de algumas das disposições da norma pode ser ambígua, levando a debates sobre o alcance das sanções e as circunstâncias em que devem ser aplicadas. Como exemplo, destaca-se a falta de clareza dos critérios para aferição do cumprimento das quotas de conteúdo, capaz de gerar incertezas e debates sobre as penalidades aplicáveis.

A Medida Provisória nº 2.228-1 de 2001, bem como a Lei Federal nº 11.437/2006, também são objeto de discussões quanto à confusão e à imprecisão de seus dispositivos, especialmente no que se refere à obrigatoriedade ou à isenção de recolhimento de CONDECINE⁷⁷. Neste sentido, os agentes regulados aduzem que as normas não são claras quanto a forma de cálculo, as alíquotas incidentes e o adequado recolhimento da CIDE, especialmente sob a ótica de agentes que atuem em diferentes segmentos do setor audiovisual.

A Instrução Normativa nº 109/2012⁷⁸ e a Instrução Normativa nº 159/2021⁷⁹ também são criticadas pelo setor por sua complexidade e falta de clareza na definição de procedimentos e critérios para a aplicação de sanções, o que pode dificultar a compreensão e o cumprimento das normas por parte dos agentes regulados.

Outro ponto de controvérsia diz respeito à prestação de contas de projetos audiovisuais financiados com recursos públicos. A ANCINE exige um detalhado processo de prestação de contas, com inúmeras regras e exigências técnicas que muitas vezes são vistas como excessivamente

⁷¹ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 124.

⁷² Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 125.

⁷³ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 127, caput.

⁷⁴ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 127, §2º.

⁷⁵ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 129, caput.

⁷⁶ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 129, parágrafo único.

⁷⁷ Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional

⁷⁸ A Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE “regulamenta o processo administrativo para aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades cinematográfica, videofonográfica e de comunicação audiovisual de acesso condicionado, bem com outras a elas vinculadas.”

⁷⁹ A Instrução Normativa nº 159/2021-ANCINE “dispõe sobre os procedimentos para apresentação e análise das prestações de contas de recursos públicos aplicados em projetos audiovisuais de competência da ANCINE, executados por meio de ações de fomento direto e indireto.”

burocráticas e difíceis de serem cumpridas. Essa falta de clareza e rigidez nas normas de prestação de contas pode resultar em penalidades para agentes, mesmo em casos de pequenas irregularidades administrativas.

3. Existem particularidades nas normas processuais decorrentes das características específicas do setor?

Em âmbito normativo, não são identificadas particularidades processuais substanciais e decorrentes das especificidades do setor. Contudo, na prática, a Agência vem sendo alvo de críticas pelo setor sobre: (i) a falta de transparência e de publicidade e, na mesma toada, de sigilo irrestrito nos processos administrativos; (ii) o indeferimento dos pedidos de acesso à informação; (iii) o descumprimento de prazos processuais previstos no arcabouço legal e normativo da Agência e, por conseguinte, morosidade, entre outras.

4. Da análise de decisões administrativas da Agência no âmbito de processo sancionador, é possível identificar eventuais aspectos críticos/ambiguidade na aplicação das normas em vigor?

Não.

Corroborando o exposto no item “1. Sanções, dosimetria e *bis in idem*”, constata-se que o principal aspecto negativo é justamente a ausência de transparência sobre as decisões administrativas tomadas pela ANCINE ao longo dos seus processos sancionadores, de modo que a falta de publicidade se apresenta como clara ofensa aos princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública, do mesmo modo que tolhe o exercício do direito fundamental ao devido processo legal administrativo que apregoa a observância dos princípios da ampla-defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, legalidade, finalidade, dentre outros.

Desses princípios, ressalta-se, ainda, a motivação por se apresentar enquanto um dos elementos ou pressupostos dos atos administrativos. A ausência de transparência, nesse caso, inviabiliza, inclusive, o conhecimento das razões que fundamentam determinada decisão administrativa.

Da obra de Bandeira de Mello⁸⁰, temos que a motivação integra a “formalização” do ato, sendo para ele um requisito formalístico. A motivação, então, é a própria exposição dos motivos, pela qual são enunciados “(a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado”.

Pela Teoria dos Motivos Determinantes, Binenbojm⁸¹ elucida que a Administração deve responder pelos motivos que define enquanto pressuposto para a realização do ato administrativo, vinculando-se tanto à realidade quanto à juridicidade das razões indicadas pelo administrador para motivar o ato. Assim, a validade do ato estará vinculada à existência de fatos indicados pela Administração como pressuposto fático-jurídico.

Nesse sentido, vale ressaltar que as deliberações disponibilizadas publicamente pela Agência, no âmbito de processos sancionadores, carecem de uma motivação que permita uma compreensão mínima sobre os fundamentos que pautaram a decisão. Essa prática, além de obstar a própria

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2014.

⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. - 3 ed. revista e atualizada - Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

compreensão da decisão pelos administrados, com prejuízos ao contraditório e à ampla defesa, dificultam a formação de uma jurisprudência administrativa da Agência. Veja-se, a título de exemplo: Deliberação nº 2495-E/2022-ANCINE; Deliberação nº 345-E/2023-ANCINE; Deliberação nº 388-E/2023-ANCINE; Deliberação nº 14-E/2021-ANCINE; Deliberação nº 1550-E/2023-ANCINE.

Nesse contexto, identificamos denúncia apresentada pela Associação dos Servidores Públicos da Ancine (Aspac)⁸², em outubro de 2022, que ensejou autuação pelo Ministério Público Federal. Sustentou a Associação, dentre diversos pontos, a ausência de transparência por parte da Agência, destacando-se: (i) sigilo irrestrito nos processos administrativos e (ii) indeferimento dos pedidos de acesso à informação.

Quanto ao primeiro ponto, alegou a Associação que a Agência mantém os documentos dos processos administrativos em sigilo por considerá-los “documentos preparatórios”, em uma deturpação do Art. 7º, §3º da Lei nº 12.527/2011⁸³, que não proibiria a publicização de documentos preparatórios, porém, assegura a obrigatoriedade de se publicizar após edição do ato final. Esta é a melhor interpretação disposta no Manual de Aplicação da Lei de Acesso à Informação na Administração Pública Federal, da Controladoria-Geral da União: a negativa de acesso aos documentos é medida excepcional quando em caso de risco ao processo ou risco à sociedade. Por essa razão, a classificação como “documento preparatório” somente assegura o sigilo nos casos de risco e apenas por tempo determinado, até a edição do ato decisório. Todavia, o que se observa é que, mesmo após a edição de atos decisórios, a Agência mantém os documentos com esta classificação, permanecendo em sigilo.

Quanto aos pedidos de informação pela plataforma Fala.br, alega a Associação que a ANCINE, na maioria dos casos, nega deferimento dos pedidos sem a devida fundamentação. Quanto aos recursos a instâncias superiores, dos 23 recursos apresentados em 2021, apenas 2 foram parcialmente providos e, em 2022, nenhum havia sido deferido.

Apesar da autuação, o processo no MPF foi arquivado em abril de 2023⁸⁴.

6. Existe alguma avaliação/pesquisa sobre efetividade dos processos sancionadores neste setor regulado? É possível identificar índice de judicialização? É possível identificar índice de judicialização?

Conforme indicado na primeira etapa do levantamento, ao analisar os exercícios de 2015 e 2016, as conclusões do TCU (Acórdão nº 729/2020) sobre a atuação sancionatória da Ancine foram no seguinte sentido: (i) baixa quantidade de multas aplicadas (i.e., 287); (ii) baixo valor de multas aplicadas (i.e., R\$ 25 milhões); (iii) baixo percentual de multas arrecadadas (i.e., 4,26%); (ii) inexistência de pendências na inscrição de devedores no Cadin. Conforme afirmado pela própria Ancine junto ao TCU, os números demonstram uma evolução na atuação sancionatória da Agência, que vem conseguindo melhorar o seu rendimento na arrecadação de multas, ao longo dos anos. O desempenho da Ancine, no entanto, embora acima da média das demais Agências e entidades monitoradas, é significativamente

⁸² Disponível em: <https://farofafa.com.br/2022/10/14/ancine-e-autuada-pela-2a-vez-em-uma-semana-pelo-mpf/>. Acesso em: 20/11/2023.

⁸³ Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/lei/l12527.htm#:~:text=%C2%A7%203%C2%BA%20O%20direito%20de%20acesso%20aos%20documentos%20ou%20%C3%A0s%20informa%C3%A7%C3%A9s%20neles%20contidas%20utilizados%20como%20fundamento%20da%20tomada%20de%20decis%C3%A3o%20e%20do%20ato%20administrativo%20ser%C3%A1%20assegurado%20com%20a%20edi%C3%A7%C3%A3o%20do%20ato%20decis%C3%A3o%20respectivo.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm#:~:text=%C2%A7%203%C2%BA%20O%20direito%20de%20acesso%20aos%20documentos%20ou%20%C3%A0s%20informa%C3%A7%C3%A9s%20neles%20contidas%20utilizados%20como%20fundamento%20da%20tomada%20de%20decis%C3%A3o%20e%20do%20ato%20administrativo%20ser%C3%A1%20assegurado%20com%20a%20edi%C3%A7%C3%A3o%20do%20ato%20decis%C3%A3o%20respectivo.)

⁸⁴ Documentos de procedimento preparatório dentro do MPF e da deliberação, Disponíveis em: <https://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/protected/download/recuperarIntegraUnico?etiqueta=PGR-00132024%2F2023>. Acesso em: 20/11/2023.

inferior aos entes mais bem avaliados pelo TCU (e.g., ANA e ANTAQ, que possuem, respectivamente, 42,25% e 32,50% de arrecadação de multas aplicadas).

No mais, não foi possível localizar análises da Agência ou dos demais órgãos de controle (e.g., CGU) sobre o tema da efetividade das sanções, bem como a elaboração de um índice de judicialização. A partir do levantamento, nota-se que o controle externo exercido sobre a Ancine é majoritariamente focado nas atividades de fomento da Agência, com pouca atenção para a sua atuação sancionatória – exceto pelo acompanhamento do TCU, mencionado acima.

5.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva

A ANCINE regulamentou a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta – TACs junto a agentes econômicos regulados desde 2015, a partir da Instrução Normativa nº 118, de 16 de junho de 2015. Todavia, como bem salientado pela própria Agência, em sede de sua Agenda Regulatória para o biênio 2023-2024, a matéria merece revisão, haja vista as “dificuldades encontradas nos últimos anos para realização destes termos”. Conforme especificado pela Agência, foram identificados problemas (aspectos negativos) a serem endereçados desde a edição da IN, sendo necessário estudo para a revisão do normativo, tais como: (i) existência de lacunas normativas no tocante ao procedimento, resultando em insegurança jurídica por parte dos agentes regulados e da Ancine; (ii) falta de agilidade no procedimento, inclusive com ausência de previsão de prazos para a fase de negociação e celebração do TAC; e (iii) ausência de previsão normativa de equipe técnica especializada ou comissão para comandar a negociação e gerenciar o procedimento.

Aqui também se verifica, como nos demais pontos deste estudo, os reflexos da falta de transparência identificada, o que prejudica o próprio atendimento do interesse público em se ter conhecimento sobre os fundamentos das decisões que admitem ou não a celebração de TACs. Do mesmo modo, não é disponibilizado acesso público aos TACs, sob argumento de tratamento sigiloso das informações. Entende-se importante a centralização das informações relacionadas à celebração de TACs na própria página da Agência na internet, de modo que estejam acessíveis ao público geral tanto os normativos, decisões, quanto exemplares dos Termos.

A reavaliação da matéria terá importante missão de fortalecer os “procedimentos que busquem uma composição alternativa de conflitos em substituição ao modelo tradicional sancionador”, o que, por sua vez, tende a se alinhar às melhores práticas regulatórias de consensualidade administrativa, garantindo maior segurança jurídica na celebração dos Termos.

Diagnóstico
1. A Agência possui regulamentação sobre a utilização de TACs em processos sancionadores? Caso positivo, descrever conteúdo.
Sim. Trata-se da Instrução Normativa nº 118, de 16 de junho de 2015 ⁸⁵ , que dispõe sobre o procedimento de celebração e acompanhamento de Termo de Ajuste de Conduta – TAC e dá outras providências.

⁸⁵ Instrução Normativa nº 118/2015-ANCINE. Disponível em: <https://www.gov.br/ancine/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-118>

Preliminarmente, ressalta-se que a IN nº 118/2015 tem sido objeto de revisão desde a edição da Agenda Regulatória ANCINE 2021-2022. O Relatório de Cumprimento⁸⁶ da Agenda Regulatória ANCINE 2021-2022 indica que já houve "20% de cumprimento até 31/12/2022" da ação de revisão, estando esse processo ainda em "fase de estudos". Até o momento, não houve abertura de consulta pública para a participação social quanto ao tema. Pela atual Agenda Regulatória ANCINE 2023-2024⁸⁷, consta que a IN está sob revisão pela seguinte justificativa: "necessidade de revisão normativa da regulamentação sobre procedimentos de celebração e acompanhamento de Termo de Ajuste de Conduta (TAC), diante das dificuldades encontradas nos últimos anos para realização destes termos e visando o fortalecimento de procedimentos que busquem uma composição alternativa de conflitos em substituição ao modelo tradicional sancionador." Tendo sido identificados, conforme Ação 6 da Agenda Regulatória ANCINE 2023-2024, os seguintes problemas: (i) existência de lacunas normativas no tocante ao procedimento, resultando em insegurança jurídica por parte dos agentes regulados e da Ancine; (ii) falta de agilidade no procedimento, inclusive com ausência de previsão de prazos para a fase de negociação e celebração do TAC; (iii) ausência de previsão normativa de equipe técnica especializada ou comissão para comandar a negociação e gerenciar o procedimento.

Destaca-se que o requerimento de TAC e sua celebração não importam a confissão, nem reconhecimento de conduta ilícita (art. 3º).

À Área Técnica da ANCINE recarregará a prerrogativa de instruir o processo; acompanhar e fiscalizar o cumprimento do TAC; encaminhar à Diretoria Colegiada parecer sobre o cumprimento do TAC e, por fim, aplicar penalidades estipuladas no TAC (art. 4º).

À Diretoria Colegiada é atribuída a competência para decidir sobre a admissibilidade do TAC, deliberar sobre seus termos e decidir sobre seu cumprimento. Importa destacar que o Diretor-Presidente é quem firmará o TAC (art. 5º).

A proposição do TAC poderá ocorrer de ofício ou a pedido do agente econômico, em petição específica à ANCINE. Destaca-se que o aceite do agente econômico ao TAC proposto de ofício ou o pedido do agente econômico para celebração de TAC interrompe o prazo prescricional da pretensão punitiva (art. 6º).

O agente econômico poderá desistir do requerimento a qualquer tempo. Se após aceita a minuta de TAC, a desistência impede novo pedido de TAC (art. 12).

Não serão permitidas propostas de TAC (i) depois de decisão definitiva do processo sancionador; (ii) havendo descumprimento de TAC vigente por período de 2 (dois) anos; (iii) tendo a proposta objetivo de corrigir descumprimento de outro TAC e (iv) tendo a nova proposta o mesmo objeto de TAC vigente (art. 7º).

A Área Técnica elaborará parecer sobre a admissibilidade da proposição dentro do prazo 30 dias (art. 8º).

Os processos administrativos de apuração de infração permanecerão suspensos até que (i) seja definitiva a decisão sobre admissibilidade ou (ii) seja definitiva a decisão de cumprimento ou descumprimento do TAC (art. 9º).

A celebração do TAC implica o (i) arquivamento de processos administrativos de apuração de infração objeto do próprio TAC, desde que a multa para descumprimento do TAC seja maior ou

⁸⁶ Relatório de Cumprimento da Agenda Regulatória ANCINE 2021-2022. Disponível em: https://www.gov.br/ancine/pt-br/assuntos/atribuicoes-ancine/regulacao/Relatoriodecumprimentodaagendaregulatoria21_22.pdf. Acesso em: 14/12/2023.

⁸⁷ Agenda Regulatória ANCINE 2023-2024. Disponível em: <https://www.gov.br/ancine/pt-br/assuntos/atribuicoes-ancine/regulacao/AR2324psCP.pdf>. Acesso em: 14/12/2023.

igual à multa previamente imposta e (ii) suspensão dos processos administrativos, desde que a multa para descumprimento do TAC seja inferior à multa previamente imposta (art. 10).

As etapas a serem cumpridas, após admissão, para celebração do TAC são: (i) reuniões de negociação entre representantes da ANCINE e o representante legal do agente econômico, ou procurador devidamente constituído, em local, data e hora indicados pela ANCINE; (ii) elaboração de minuta do TAC pela ANCINE; (iii) manifestação da Procuradoria Federal junto à ANCINE sobre a minuta; (iv) deliberação da Diretoria Colegiada acerca dos termos do TAC; (v) entrega da minuta do TAC pela ANCINE ao agente econômico signatário, por meio de correspondência oficial com aviso de recebimento; (vi) manifestação do agente econômico quanto ao aceite ou não do conteúdo do TAC, por escrito, no prazo de até 15 (quinze) dias, contados do recebimento da minuta; (vii) assinatura do TAC em local, data e hora indicados pela ANCINE, com a presença do representante legal do agente econômico ou do seu procurador devidamente constituído; e (viii) publicação do extrato do TAC no Diário Oficial da União – DOU, e na página da ANCINE na internet (art. 10).

Celebrando o TAC, o agente econômico se obriga a (i) cessar a prática das atividades objeto do TAC; (ii) corrigir irregularidades e (iii) executar ações que beneficiam o setor regulado (art. 14).

Estas são as cláusulas necessárias para o TAC: (i) compromisso do agente econômico de tomar as medidas descritas nos incisos I, II e III do art. 14, obedecendo ao cronograma de metas e obrigações estipuladas, o qual indicará expressamente quais itens possuem caráter estruturante, quando cabível; (ii) suspensão ou arquivamento dos respectivos processos administrativos de apuração de infração a que fizer referência, conforme o caso; (iii) especificação da conduta objeto do ajuste, acompanhada da relação dos respectivos processos administrativos; (iv) valor da multa a ser aplicada no caso de descumprimento do termo; (v) valor da multa a ser aplicada no caso de descumprimento de cada um dos itens do cronograma de metas e obrigações isoladamente, sem prejuízo de multa periódica fixada pela mora na sua execução; (vi) vigência do TAC; (vii) ressarcimento das despesas de investigação da infração e de instrução do procedimento administrativo, se for o caso; (viii) indenização dos danos eventualmente provocados à coletividade; (ix) foro, que será a Seção Judiciária da Justiça Federal do Rio de Janeiro; (x) expressa menção à natureza de título executivo do TAC; (xi) obrigação de prestação de informações periódicas pelo agente econômico à ANCINE sobre a execução do cronograma de metas e obrigações (art. 15).

O TAC será considerado (i) cumprido, sendo atendidos todos seus itens; (ii) parcialmente cumprido, sendo atendidos mais de 50% dos itens e (iii) descumprido, com atendimento inferior a 50% dos itens (art. 16).

A Diretoria Colegiada da ANCINE emitirá certidão sobre o cumprimento, cumprimento parcial ou descumprimento do TAC (art. 18).

No caso de descumprimento, mora ou inadimplemento do TAC, será encaminhado à Procuradoria Federal junto à ANCINE para execução judicial das obrigações, como título executivo extrajudicial (art. 20).

2. Na prática, a Agência vem celebrando TAC/Acordos Administrativos como forma de abreviar a tramitação de processos sancionadores?

Identificamos a celebração de um TAC pela Ancine junto à Cinépolis Operadora de Cinemas do Brasil Ltda., em 2023. Por meio da TAC, a empresa se compromete a sanar os déficits de descumprimentos da cota de tela identificados pela Ancine em sua fiscalização. Adicionalmente, a Cinépolis se compromete a exibir filmes brasileiros, um dia por mês, em determinados cinemas, a

preços promocionais, e a pagar valor equivalente a 10% das multas presumíveis relacionadas a processos sancionadores suspensos.⁸⁸

Há também diversas propostas de acordo sob análise da Ancine, ainda não celebradas até o momento de conclusão da presente pesquisa.

3. A Agência tem se preocupado com a criação de sistemática de incentivos/desincentivos para evitar o cometimento de infrações?

A regulamentação de sanções da Ancine possui instrumentos que buscam desincentivar o cometimento de infrações, mas é possível classificá-los como esforços tímidos nesse sentido.

O principal mecanismo é o da reparação voluntária e eficaz, também encontrado em outras normas setoriais. Conforme estabelece a Instrução Normativa nº 109/2012, atuando em caráter preventivo e orientador, a Ancine pode, antes mesmo da lavratura do auto de infração, alertar sobre a irregularidade verificada, assinalando prazo para que ela seja sanada, ou determinar a imediata cessação da prática irregular.⁸⁹ Nessa hipótese, o processo será arquivado, caso a irregularidade seja sanada.⁹⁰

O mecanismo, no entanto, só se aplica a agentes que não tenham sido condenados definitivamente pela prática de igual infração, no prazo de dois anos entre a decisão condenatória definitiva anterior e a prática da nova infração.⁹¹ Nesse sentido, ao vedar a aplicação de uma medida reparatória e preventiva a agentes que sejam reincidentes, é possível afirmar que a regulamentação atua para desincentivar a prática de infrações.

Considera-se, contudo, que se trata de passo tímido em relação à adoção de mecanismos de regulação responsável, uma vez que a regulamentação da Ancine ainda está pautada em uma abordagem de comando e controle.

⁸⁸ Informações obtidas diretamente junto à Ancine, por meio de resposta obtida a pedido de acesso à informação protocolado sob o nº 01481000652202346.

⁸⁹ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 102.

⁹⁰ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 103.

⁹¹ Instrução Normativa nº 109/2012-ANCINE. Art. 105, inciso II.

CAPÍTULO 6. ANEEL – AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA

Mateus Piva Adami
Marcus Vinicius de Abreu Schimitd
Enrico Cesari Costa

6.1. Sanções, dosimetria e *bis in idem*

No plano legal, o tema das sanções e dosimetria é tratado no âmbito da Lei Federal nº 9.427/1996, que dispõe sobre as competências da ANEEL. A referida lei estabelece parâmetros tímidos, se restringindo a regulamentar diretrizes gerais para aplicação de multas pela agência. Além disso, também cabe indicar a Lei Federal nº 12.334/2010, conforme alterada pela Lei Federal nº 14.066/2020, que dispõe sobre a fiscalização de barragens, e traz parâmetros mais claros e objetivos para que os órgãos fiscalizadores de barragem, dentre eles a ANEEL, apliquem penalidades. Em ambas, não há instrumentos para se evitar o *bis in idem*.

No âmbito infralegal, o Decreto Federal nº 2.335/1997, que regulamenta a Lei Federal nº 9.427/1996, estabelece os tipos de penalidades que poderão ser adotadas pela ANEEL. A Resolução Normativa nº 846/2019 – ANEEL, que aprova os procedimentos para imposição de penalidades pela ANEEL, traz os parâmetros e critérios para a aplicação de penalidades aos agentes do setor de energia elétrica, de modo bastante detalhista. A Lei Federal nº 12.334/2010, conforme alterada pela Lei Federal nº 14.066/2020, foi regulamentada pela ANEEL apenas recentemente pela Resolução Normativa nº 1.064/2023 – ANEEL, porém, essa regulamentação não tratou da aplicação de penalidades, mas apenas dos critérios e ações de segurança a serem observadas pelas usinas hidrelétricas sob fiscalização da ANEEL.

Já no que se refere ao âmbito contratual, os contratos de concessão para prestação de serviços públicos e os contratos regulados de energia elétrica, em regra, fazem apenas remissão às sanções previstas em lei ou na regulamentação. Cabe indicar também as Regras de Comercialização (“RdC”) e os Procedimentos de Comercialização (“PdC”), que são aprovados pela ANEEL, e que trazem os regramentos que devem ser observados nos contratos e operações de comercialização de energia elétrica. Essas regras se aplicam a todos os agentes participantes da CCEE e preveem penalidades (*i.e.*, multa e exclusão ou suspensão da CCEE) por descumprimentos de regras relacionadas aos contratos de comercialização de energia elétrica. A aplicação da penalidade é de competência da CCEE, com recurso para a ANEEL. Recentemente, a competência da CCEE para aplicação de multas vem sendo contestada, uma vez que o REsp nº 1.950.332-RJ, julgado pelo STJ reconheceu que não há lei formal autorizando direta e expressamente a competência desse órgão para aplicar multas diretamente aos particulares.

No que se refere à discricionariedade administrativa para aplicação de penalidades, o que se observa é a existência de parâmetros amplos para a definição do tipo de sanção (*e.g.*, “baixa ofensividade” como critério para a sanção de advertência) e para a dosimetria. Por outro lado, há parâmetros detalhados para a aplicação de circunstâncias agravantes e atenuantes.

As condutas passíveis de sancionamento estão detalhadamente tipificadas na regulamentação, já que há 102 condutas infratoras previstas na regulamentação. Embora com alguns “tipos” mais abertos, por exemplo, “*implantar, operar ou manter instalações de energia elétrica e os respectivos equipamentos de forma inadequada, em face dos requisitos legais, regulamentares ou contratuais aplicáveis*”, a regulamentação parece trazer previsões claras sobre os casos que podem estar sujeitos a penalidades. Em relação ao sujeito da infração, ele será o detentor da autorização, permissão ou concessão para atividade

relacionada ao setor elétrico que cometeu o ato lesivo; ou o agente vendedor/comprador que cometeu o ato lesivo, no caso de penalidades relacionados ao RdC ou PdC.

Em relação à efetividade das sanções impostas, o diagnóstico é de que a ANEEL não tem conseguido fazer com que as sanções aplicadas sejam efetivamente cumpridas pelos agentes do setor. Em avaliações realizadas pelo TCU, foi apontada a necessidade de melhorias na gestão das multas aplicadas, bem como na utilização de instrumentos de fiscalização e na comunicação com os agentes do setor. As avaliações realizadas até o momento sobre o processo fiscalizatório da ANEEL apontam para a existência de um alto número de multas aplicadas e um percentual significativo de multas não arrecadadas, o que pode indicar problemas na efetividade do sistema sancionatório.

Em geral, observa-se como aspecto positivo a existência de uma regulamentação detalhada sobre as sanções, com diversas graduações e parâmetros para dosimetria. Além disso, há um adequado grau de discricionariedade para a tipificação e dosimetria.

Como principais pontos negativos, destaca-se a existência de parâmetros tímidos na Lei Federal nº 9.427/1996 para sanções e dosimetria e a existência de previsão legal apenas para aplicação da sanção de multa. Em relação a esse último ponto, entende-se que há a possibilidade de questionamentos, nos termos da decisão proferida na ADI nº 5.906/DF, pelo STF, já que é possível sustentar que outras penalidades previstas pela regulamentação da agência para além da aplicação de multa, não possuem base legal. Também é digno de nota como aspectos negativos: a ausência de tratamento adequado para evitar o *bis in idem* e a ausência de regulamentação sobre sanções e dosimetria na Lei de Barragens.

Diante desses pontos, entende-se que poderiam ser introduzidos no arcabouço normativo instrumentos mais adequados para evitar a prática do *bis in idem*, bem como que mereceria uma avaliação a possibilidade de o legislador estabelecer indicações mais claras quanto aos limites da atuação sancionatória da ANEEL.

Por fim, parece importante um aprofundamento e estudo de alternativas, inclusive sobre o aprimoramento de técnicas de regulação responsiva, para buscar maior efetividade na arrecadação de sanções de multa impostas pela ANEEL.

Diagnóstico

1. A legislação setorial traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar *bis in idem*? Caso positivo, descrever as leis relevantes.

A Lei Federal nº 9.427/1996 (“Lei da ANEEL”) dispõe, de maneira geral, sobre a competência da ANEEL para fixar multas administrativas às concessionárias, permissionários e autorizados de serviços de energia (art. 3º, X). A lei determina os valores máximos para as multas (i.e., 2% do faturamento ou do valor estimado da energia produzida). Não há indicação de parâmetros de dosimetria ou instrumentos para se evitar o *bis in idem*, tanto pela aplicação de penalidades por outros órgãos públicos, quanto pela aplicação de duas penalidades para uma mesma conduta.

A Lei da ANEEL determina que a agência deverá “*implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995;*” (art. 3º, I); “*gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público;*” (art. 3º, IV) “*estabelecer mecanismos de regulação e fiscalização para garantir o atendimento à totalidade do mercado de cada agente de distribuição e de comercialização de energia elétrica*”(art. 3º, XVII); e “*regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação.*”

É possível questionar se os conceitos genéricos devem ser considerados *standards* adequados e suficientes para dar sustentação jurídica às resoluções da ANEEL que regulamentam a aplicação de penalidades, nos termos da decisão proferida na ADI 5.906/DF pelo STF.

Também merece nota a Lei Federal nº 12.334/2010 (“Lei de Segurança de Barragens”), com redação dada pela Lei Federal nº 14.066/2020, que dispõe que os órgãos fiscalizadores de barragens poderão aplicar as seguintes penalidades para agentes infratores da Política Nacional de Segurança de Barragens (art. 17-C): advertência; multa simples; multa diária; embargo de obra ou atividade; suspensão parcial ou total de atividades; apreensão de minérios, bens e equipamentos; caducidade do título; e sanção restritiva de direitos (e.g., suspensão de licença, cancelamento de licença, perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais e de financiamento oficial).

A lei traz parâmetros para aplicação de multas, estabelecendo que o órgão fiscalizador deverá considerar: a gravidade dos fatos, os antecedentes do infrator e a sua situação econômica (art. 17-C, §1), como também indica que o valor da multa será regulamentado pelos órgãos de fiscalização e deverão observar o limite mínimo de R\$2 mil e o limite máximo de R\$1 bilhão. A lei, entretanto, não traz dispositivos para se evitar o *bis in idem*.⁹²

2. A regulação infralegal traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar bis in idem? Caso positivo, descrever os regulamentos relevantes.

O Decreto Federal nº 2.335/1997 regulamenta as penalidades que poderão ser adotadas pela ANEEL no âmbito de sua atividade de fiscalização (art. 17), quais sejam: advertência escrita, multas, suspensão temporária de participação em licitações, intervenção administrativa⁹³, revogação da autorização ou caducidade da concessão.

O decreto cria alguns parâmetros de dosimetria, indicando hipóteses que as multas deverão ser graduadas segundo a natureza e a gravidade das infrações e aplicadas em múltiplos, conforme regulamento da ANEEL (art. 17, §4). Ele, porém, não traz dispositivos para se evitar o *bis in idem*.

Em segundo lugar, podemos mencionar a Resolução Normativa nº 846/2019 – ANEEL que traz os parâmetros e critérios para a aplicação de penalidades aos agentes do setor de energia elétrica.

A regulamentação é bastante detalhista, indicando as sanções que podem ser aplicadas aos agentes do setor (art. 5º): advertência, multa, embargo de obra, interdição de instalações, obrigações de fazer e não fazer, suspensão temporária de participação em licitações e de contratar com a ANEEL, revogação de autorização, intervenção e caducidade.

A advertência pode ser aplicada para agentes não reincidentes em penalidades passíveis de aplicação de multa quando o regulador reconhecer haver “*baixa ofensividade*” (art. 6º). Além disso, a resolução também cria grupos de infração, que variam de I a V para a aplicação da penalidade de multa (art.8º). Quanto maior o grupo, mais grave é a infração, e maior o valor da multa a ser pago (i.e., a penalidade máxima para o Grupo I é de 0.125% e para o Grupo V é de 2% do valor da Receita Operacional Líquida ou do valor estimado da energia produzida pelo agente).

⁹² Cabe apontar que, recentemente, a ANEEL regulamentou a Lei de Segurança de Barragens por meio da Resolução Normativa nº 1.064/2023-ANEEL. Essa resolução, porém, não dispõe sobre a aplicação de penalidades, mas apenas os critérios e ações de segurança de barragens que devem ser observadas pelas usinas hidrelétricas fiscalizadas pela ANEEL.

⁹³ Há diversos argumentos para se afastar a intervenção administrativa como uma penalidade. Porém, como a lei assim o dispõe, indica-se esse instituto como uma infração nesse documento.

Para fixação da base da multa, a ANEEL dispõe que deverão ser levados em consideração os seguintes elementos: abrangência, a gravidade, os danos causados para o serviço e usuários, as vantagens auferidas e as circunstâncias agravantes e atenuantes da infração (art. 22, §6º). No que se refere ao *bis in idem*, há previsão dizendo que as penalidades previstas na resolução incidiram sem prejuízo “*das sanções de natureza civil e penal*” e “*das sanções administrativas específicas previstas na legislação setorial, incluindo normas editadas, aprovadas ou homologadas pela ANEEL, desde que não impliquem mais de uma sanção de igual natureza para um mesmo fato gerador*” (art. 5º, §2º, II).

3. Se pertinente, indicar se o tema das sanções administrativas é disciplinado em contratos e/ou somente em atos normativos. Caso haja regulação por contrato, indicar as principais disposições sobre o tema, levando-se em consideração os contratos mais recentes.

Destacam-se as Regras de Comercialização (“RdC”) e os Procedimentos de Comercialização (“PdC”). Essas normas se aplicam a todos os agentes participantes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (“CCEE”) e são aprovadas e revisadas pela ANEEL. Elas preveem penalidades por descumprimentos das regras relacionadas aos contratos de comercialização de energia elétrica como: (i) mediação ou coleta de informações de forma inadequada pelos agentes, (ii) penalidades contratuais de não fornecimento de medições anemométricas e climatológicas adequadas e não fechamento de ciclo combinado; e (iii) ausência de lastro nas operações de compra ou venda de energia.

Para todos os casos, a penalidade é de multa que é determinada através das fórmulas constantes nos Módulos 13 e 22 das RdC e no Módulo 6 do PdC.

Chama atenção o fato de que quem aplicará a referida penalidade é a própria CCEE, que é uma associação civil privada, sendo garantido recurso do agente para a ANEEL. Trata-se de elemento importante pois, recentemente, a competência da CCEE para aplicação de tais penalidades foi contestada no âmbito do REsp nº 1.950.332-RJ, pelo STJ, que reconheceu que não há lei formal autorizando direta e expressamente a competência desse órgão para aplicar diretamente multas aos particulares.

Além disso, é importante destacar que não há sanções previstas em contratos de concessão e permissão ou em autorizações da ANEEL. Esses instrumentos apenas fazem remissão às sanções previstas em lei (e.g., aquelas previstas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos e Lei de Concessões) ou previstas em regulamentação da ANEEL.

4. As normas aplicáveis preveem espaço para discricionariedade administrativa na aplicação de penalidades ou não?

Sim. No âmbito da Resolução Normativa nº 846/2019 – ANEEL há possibilidade de se aplicar advertência para agentes, não reincidentes, em penalidades passíveis de aplicação de multa (art. 9º a 13) quando o regulador reconhecer haver “*baixa ofensividade*” (art. 6º).

Além disso, a resolução reconhece uma margem de apreciação para aplicação de penalidades na dosimetria da pena, determinando que a definição do valor da multa leve em consideração a abrangência, a gravidade, os danos causados para o serviço e usuários, as vantagens auferidas e as circunstâncias agravantes e atenuantes da infração (art. 22, §6º). Essa margem de apreciação se mostra evidente quando há determinação para que as Superintendências das agências uniformizem suas metodologias e fórmulas de dosimetria (art. 23, §7º).

De todo modo, a resolução cria parâmetros detalhados para a aplicação de circunstâncias agravantes e atenuantes, indicando os percentuais de aumento ou redução da base da multa. São consideradas circunstâncias agravantes: a reincidência específica, o não atendimento tempestivo das determinações da ANEEL e os antecedentes (art. 23); e são consideradas circunstâncias atenuantes: a cessão espontânea e a recuperação total do dano (art. 24).

Para outras infrações além da multa a ANEEL cria exigências e procedimentos específicos enquadrando as a atuação da agência reguladora (arts.14 a 20).

Especificamente na penalidade de revogação da autorização e suspensão do direito de participar de licitações e contratar com a ANEEL a regulamentação exige certa discricionária da agência, pois requer que sejam reconhecidas situações de “*inexecução total ou parcial de obrigações legais, regulamentares e contratuais que possa resultar grave prejuízo às atividades do setor de energia elétrica*” (art. 17), e “[*infrações]que, a critério da ANEEL, impliquem prejuízo considerável ao desenvolvimento das atividades autorizadas ou configurem sistemática inadimplência setorial.*”(art. 18).

5. As condutas passíveis de penalização estão definidas, de forma específica e exaustiva, em normas? Indicar, na resposta, se as condutas infracionais estão previstas em lei em sentido estrito e/ou atos normativos infralegais.

Sim, as normas são detalhadas de forma bastante exaustiva. Conforme indicado no item 2, a tipificação se dá primordialmente no âmbito infralegal, pela Resolução Normativa nº 846 - ANEEL.

Nela são indicados 17 tipos de infração do Grupo I, 20 tipos de infração do Grupo II, 22 tipos de infração do Grupo III, 25 tipos de infração do Grupo IV, e 18 infrações do Grupo V.

Alguns desses tipos são mais abertos como “*implantar, operar ou manter instalações de energia elétrica e os respectivos equipamentos de forma inadequada, em face dos requisitos legais, regulamentares ou contratuais aplicáveis*” e outros mais detalhados como “*deixar de reconhecer ou reconhecer incorretamente o valor dos juros devidos em razão de saldos não aplicados em Pesquisa & Desenvolvimento ou Eficiência Energética, conforme estabelecido na legislação*”.

Além disso, são apresentados requisitos e/ou diretrizes objetivas para que a ANEEL aplique e outras penalidades para além de multa como obrigação de fazer e de não fazer (art. 14 e 15), embargo de obra e interdição de instalações (art. 16), suspensão do direito de participar de licitações (art. 17), revogação de autorização (art. 18), intervenção para adequação do serviço público (art. 19), e caducidade da concessão ou permissão (art. 20).

6. As normas são claras com relação ao sujeito ativo da infração?

Sim, o agente ativo da infração será o detentor da autorização, permissão ou concessão para atividade relacionada ao setor elétrico que cometeu o ato lesivo; ou o agente vendedor/comprador que cometeu o ato lesivo, no caso de penalidades relacionados ao RdC ou PdC.

7. Existe alguma avaliação/diagnóstico sobre o panorama sancionatório do setor (ex. relatório de auditoria do TCU). Caso positivo, quais as principais conclusões aplicáveis ao respectivo setor?

Sim, há avaliação a atuação da ANEEL em relação ao panorama sancionatório do setor elétrico. Não apenas pela própria Agência, como também existem relatórios de auditoria do TCU.

O TCU, no âmbito do Acórdão nº 1817/2020, iniciou um levantamento realizado sobre o volume das multas aplicadas pelas agências reguladoras, incluindo a ANEEL.

Mais recentemente, no Acórdão nº 729/2020⁹⁴, o TCU avaliou a efetividade das ações de fiscalização e aplicação de sanções pela ANEEL e outras agências em relação a irregularidades no acompanhamento de sanções e multas administrativas.

Uma das principais conclusões foi a de que a ANEEL não tem conseguido fazer com que as sanções aplicadas sejam efetivamente cumpridas pelos agentes do setor. Além disso, foi apontada a necessidade de melhorias na gestão das multas aplicadas, bem como na utilização de instrumentos de fiscalização e na comunicação com os agentes do setor.

Outro exemplo de relatório de auditoria do TCU que aborda a atuação da ANEEL é o Acórdão nº 1.970/2017 - Plenário⁹⁵, que avaliou a efetividade das ações de fiscalização da ANEEL em relação às empresas distribuidoras de energia elétrica. Uma das conclusões foi a de que a ANEEL precisa melhorar a gestão das multas aplicadas, incluindo o acompanhamento da execução das sanções e a cobrança das multas não pagas.

Além do TCU, a ANEEL também já realizou diagnóstico sobre o seu processo fiscalizatório. Em seu próprio relatório anual de gestão mais recente, referente ao exercício de 2021⁹⁶, a ANEEL dedicou um item intitulado "Gestão das multas aplicadas em decorrência da atividade de fiscalização", no qual apresentou indicadores relativos a "Multas das Entidades Fiscalizadoras". Segundo o relatório, 90% das multas estão exigíveis e definitivamente constituídas. Sob a perspectiva do número de multas, ainda de acordo com o relatório, em 2021, das 182 multas aplicadas (R\$ 230.624.608,47), 46,15% foram arrecadadas (84 multas, no valor de R\$ 75.887.220,23). Considerando o valor das multas, apenas 32,9% do montante aplicado teria sido arrecadado. O documento cita ainda o Acórdão 1.970/2017 - TCU - Plenário, que determinou o acompanhamento de tais dados.

O relatório anual também traz dados relevantes sobre a relação entre multas aplicadas e arrecadas nos anos anteriores. Das informações ali contidas, é possível verificar que, em 2020 e 2019, o número absoluto de multas que foram arrecadas é bastante elevado. Em 2019, das 79 multas aplicadas, 77 foram arrecadas. Para 2020, foram arrecadas 90 das 93 multas aplicadas. Apesar de obter sucesso em arrecadar a maior parcela das multas aplicadas nesses anos, a análise denota que as multas de maior valor não são arrecadas. Isso porque, em 2019, apenas R\$120.664.675,67 foi arrecado de um montante total de R\$ 250.638.899,61 aplicado. Em 2020 há situação similar. Do montante total de R\$ 293.126.951,14 aplicado, apenas R\$119.057.189,04 foi arrecadado.

⁹⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 729/2020 - Plenário. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2351326%22>. Acesso em: 11/04/2023.

⁹⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1.970/2017 – TCU – Plenário. Processo nº TC 019.279/2016-0. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2269852%22>. Acesso em: 11/04/2023.

⁹⁶ ANEEL. Relatório Anual de Gestão 2021. Brasília, 2022. 284 p. Disponível em: <https://biblioteca.aneel.gov.br/acervo/detalhe/223304>. Acesso em: 11 abr. 2023.

Já no documento de Demonstrações Contábeis e Notas Explicativas da ANEEL⁹⁷ mais recente, referente ao ano 2022, registrou, naquele ano, um crédito referente a multas nas atividades do setor de energia elétrica equivalente a R\$ 1.683.850.495,56 (p. 8).

Em resumo, há avaliações e diagnósticos sobre o panorama sancionatório do setor elétrico, incluindo a ANEEL, realizados por órgãos como o TCU. Essas avaliações apontam para a existência de um alto número de multas aplicadas e um percentual significativo de multas não arrecadadas, o que pode indicar problemas na efetividade do sistema sancionatório.

6.2. Processo Sancionador

Em linhas gerais, a percepção decorrente da pesquisa realizada é de que a ANEEL possui um procedimento administrativo para aplicação de sanção bem definido em sua regulamentação, que estabelece etapas, prazos e recursos de forma clara, garantindo o exercício do contraditório e da ampla defesa pelos administrados.

Nessa perspectiva, o tema é regulado pela Norma de Organização nº 1, que trata de forma abrangente sobre os processos administrativos no âmbito da ANEEL e, em especial pela Resolução Normativa nº 846/2019 – ANEEL que prevê aspectos mais específicos dos processos administrativos sancionadores.

Foi possível identificar que o tema da dosimetria das sanções é um aspecto que suscita questionamentos e críticas dos agentes interessados, o que, aparentemente, é um ponto de atenção e de aprimoramento que está sendo tratado pela ANEEL (e.g. Notas Técnicas nº 189/2019–SFG/ANEEL e nº 010/2022-SFG/ANEEL). A análise de decisões administrativas recentes proferidas pela ANEEL corrobora a existência de questionamentos acerca da dosimetria. No recorte metodológico adotado, foi possível identificar discussões acerca de diferentes aspectos da metodologia empregada para a aplicação de penalidade, em especial sobre a ausência de objetividade na definição da gravidade da infração. Para esse ponto específico, uma possível melhoria seria estabelecer critérios claros na regulamentação para definição da gravidade da infração.

Ademais, da análise das últimas decisões da ANEEL sobre aplicação de sanções, também foram identificados aspectos relacionados à: (i) tempestividade; (ii) alegação de *bis in idem*; (iii) abrangência de regime especial de fiscalização orientativa; (iv) limites da competência da ANEEL, entre outros. Não foi possível confirmar, contudo, se esses temas decorrem do recorte temporal realizado ou se estão presentes de forma mais perene nas discussões administrativas acerca de penalidades.

Por fim, com relação à efetividade do processo sancionador no âmbito da ANEEL, o que foi possível identificar a partir dos dados disponibilizados pela ANEEL é que há baixa quantidade de multas canceladas ou suspensas administrativamente, e que, embora em números absolutos haja razoável nível de arrecadação, quando são analisadas as multas sob a perspectiva dos seus valores, o montante arrecadado é baixo.

⁹⁷ ANEEL. Demonstrações Contábeis e Notas Explicativas 2022. Brasília, 2022. 132 p. Disponível em: https://git.aneel.gov.br/publico/centralconteudo-/raw/main/relatorioseindicadores/infocontabilfinanc/Demonstracoes_contabeis_NE_2022.pdf. Acesso em: 11 abr. 2023.

Diagnóstico
1. Existem normas específicas (legais ou infralegais) sobre processo sancionador? Descreva, sucintamente, o rito a ser observado e, inclusive, recursos cabíveis.
<p>A Norma de Organização nº 1 (Resolução Normativa nº 273/2007 – ANEEL) dispõe, dentre outros temas, sobre os processos decisórios da ANEEL em relação às atividades de regulação e fiscalização. Nela estão disciplinados os ritos processuais que devem ser observados pela ANEEL (incluindo os sancionadores).</p> <p>Além disso, a Resolução Normativa nº 846/2019 - ANEEL dispõe, de maneira mais específica, quanto aos procedimentos para imposição de penalidades.</p> <p>Também é digno de nota, que os (a) editais relacionados aos leilões de geração, transmissão e distribuição da ANEEL; (b) os contratos de compra e venda de energia e potência no ambiente regulado; e (c) as autorizações, as permissões e concessões de serviço público e as concessões uso de bem público de ativos de energia elétrica; podem conter previsões de penalidades específicas para além das normas acima mencionadas.</p> <p>Um processo típico de aplicação de sanções na ANEEL observaria o seguinte rito: (1) a Superintendência competente emite um Termo de Notificação (TN) indicando as potenciais não conformidades cometidas por um agente (além dos demais elementos previstos no artigo 25 da Resolução Normativa nº 846/2019) que, por sua vez, tem prazo de até 15 dias para manifestar-se sobre o documento (art. 26); (2) se comprovada a não conformidade e/ou a manifestação do agente se mostrar insatisfatória, a Superintendência deverá lavrar Auto de Infração (AI) (art. 27, §2º), indicando as infrações cometidas e penalidades aplicáveis, além dos demais elementos previstos no artigo 29; (3) o agente poderá recolher o valor da multa em até 20 dias (art. 29, inciso V e art. 38) e/ou apresentar recurso contra o AI em até 10 dias (art. 36)⁹⁸, que terá efeito suspensivo, salvo nas hipóteses de intervenção, embargo de obra ou interdição de instalações (art. 36, parágrafo único); (4) a Superintendência deverá analisar o recurso no prazo de 5 dias e, caso não reconsidere sua decisão, deverá encaminhá-lo à Diretoria da ANEEL que poderá confirmar, modificar, anular ou revogar a decisão recorrida (art. 37).</p>
2. Há algum tema em relação ao qual as normas são confusas, imprecisas ou que gerem discussões na prática?
<p>As normas relativas à dosimetria na aplicação de penalidades da ANEEL já foram objeto de diversas críticas e discussões no setor, principalmente no que concerne a dosimetria na aplicação de penalidades editalícias, seja pela ausência de regramento específico claro (no caso das penalidades editalícias), seja pela ausência de uma padronização nos procedimentos adotados pelas superintendências e outras agências estaduais conveniadas.</p> <p>A ANEEL vem buscando sanar tais problemas com a consolidação de entendimentos regulatórios por meio de notas técnicas elaboradas por suas superintendências, como pode ser visto, por exemplo, nas Notas Técnicas nº 189/2019–SFG/ANEEL e nº 010/2022-SFG/ANEEL.</p>

⁹⁸ Nos termos do art. 38, §2º, da REN 846/2019-ANEEL, caso o infrator renuncie expressamente o direito de interpor recurso, no prazo de 10 dias, ele fará jus ao fator de redução de 25% no valor da multa aplicada, caso efetue o pagamento dentro do prazo definido, vedado o parcelamento.

3. Existem particularidades nas normas processuais decorrentes das características específicas do setor?

Conforme disciplinado na convenção de Comercialização de Energia Elétrica, instituída pela Resolução Normativa nº 957/2021 - ANEEL, incumbe à ANEEL rever os atos praticados no âmbito da CCEE, de ofício ou mediante interposição de pedido de impugnação (artigo 4º, §2º e artigo 40 da Convenção).

Nesses casos, o rito observado no processo sancionador é distinto, pois a infração é caracterizada pela própria CCEE e a matéria é levada à apreciação da ANEEL a partir de pedido de impugnação. A partir daí, o processo segue o rito estabelecido pela ANEEL para os demais processos administrativos sancionadores.

Ademais, a ANEEL é classificada como um órgão fiscalizador de barragens nos termos da Lei Federal nº 12.334/2010 (Lei de Segurança de Barragens), dessa forma, a aplicação de penalidades relacionadas à política de segurança de barragens deverá observar os procedimentos especiais previstos nessa lei e no Capítulo IV-A da Resolução Normativa nº 846/2019.

Ademais, cabe apontar que os agentes do setor elétrico também estão sujeitos ao art. 4º-C, da lei 9.074/1995 que permite que a ANEEL deixe de aplicar penalidades de extinção de outorga caso o agente comprometa-se a alterar o controle societário do ativo em questão.

4. Da análise de decisões administrativas da Agência no âmbito de processo sancionador, é possível identificar eventuais aspectos críticos/ambiguidade na aplicação das normas em vigor?

Para a análise aqui desenvolvida, foram consideradas as 10 (dez) últimas decisões proferidas pelo órgão máximo da ANEEL. A identificação das decisões foi realizada a partir do sistema da biblioteca da ANEEL, usando como filtro para o tipo de decisão “*Votos e Despachos*” e para o tema “*multas*”, “*penalidades*”, e “*atos de infração*”.

Adotando essa metodologia, as decisões administrativas consideradas para essa pesquisa, foram as seguintes: (i) Despacho 3719/2023⁹⁹; (ii) Despacho 3580/2023¹⁰⁰; (iii) Despacho 3335/2023¹⁰¹; (iv) Despacho 2943/2023¹⁰²; (v) Despacho 2607/2023¹⁰³; (vi) Despacho 2617/2023¹⁰⁴; (vii) Despacho 2723/2023¹⁰⁵; (viii) Despacho 2724/2023¹⁰⁶; (ix) Despacho 2250/2023¹⁰⁷; (x) Despacho 2607/2023¹⁰⁸.

A partir da análise das decisões administrativas da ANEEL no âmbito de processo sancionador, é possível identificar alguns aspectos críticos e ambiguidades decorrentes de (i) retificações retroativas de parâmetros contratuais; (ii) tempestividade; (iii) abrangência de período de

⁹⁹ Disponível em https://www2.aneel.gov.br/cedoc/adsp20233719_1.pdf. Acesso em 11/03/2024.

¹⁰⁰ Disponível em: https://www2.aneel.gov.br/cedoc/adsp20233580_1.pdf. Acesso em 11/03/2024.

¹⁰¹ Disponível em: https://www2.aneel.gov.br/cedoc/adsp20233335_1.pdf. Acesso em 11/03/2024.

¹⁰² Disponível em: https://www2.aneel.gov.br/cedoc/adsp20232943_1.pdf. Acesso em 11/03/2024.

¹⁰³ Disponível em: https://www2.aneel.gov.br/cedoc/adsp20232607_1.pdf. Acesso em 11/03/2024.

¹⁰⁴ Disponível em: https://www2.aneel.gov.br/cedoc/adsp20232617_1.pdf. Acesso em 11/03/2024.

¹⁰⁵ Disponível em: https://www2.aneel.gov.br/cedoc/adsp20232723_1.pdf. Acesso em 11/03/2024.

¹⁰⁶ Disponível em: https://www2.aneel.gov.br/cedoc/adsp20232724_1.pdf. Acesso em 11/03/2024.

¹⁰⁷ Disponível em: https://www2.aneel.gov.br/cedoc/adsp20232250_1.pdf. Acesso em 11/03/2024.

¹⁰⁸ Disponível em: https://www2.aneel.gov.br/cedoc/adsp20232607_1.pdf. Acesso em 11/03/2024.

fiscalização orientativa; (iv) alegação de bis in idem; (v) falta de objetividade na definição da gravidade da infração; (vi) limites da competência da ANEEL, entre outros; que podem gerar incertezas na interpretação e aplicação das normativas. Entretanto, normativas específicas não parecem ter sua validade contestada.

Ao analisar as decisões administrativas da ANEEL, algumas questões críticas e ambiguidades na aplicação das normas em vigor se destacam:

(i) Retificação Retroativa da Garantia Física (Despacho 3719/2023): A empresa contesta a penalidade por insuficiência de lastro, em razão da retificação retroativa da garantia física. Esse aspecto gerou confusão e levanta a questão de como a ANEEL lida com situações de alterações retroativas nas condições contratuais.

(ii) Tempestividade (Despacho 3580/2023 e Despacho 2723/2023):

Despacho 3580/2023 Na Nota Técnica nº 61/2023/SFT/ANEEL entendeu-se que o recurso interposto seria intempestivo, uma vez que, antes da apresentação do recurso, a distribuidora teria protocolado carta nos autos requerendo, entre outros temas, a sua remessa para apreciação da Diretoria da ANEEL. A ANEEL entendeu que a primeira carta protocolada não seria um recurso, mas mera manifestação nos autos, o que não ensejaria a intempestividade do recurso.

Despacho 2723/2023: Narra-se controvérsia acerca da tempestividade do recurso considerando que foi postado nos Correios antes do prazo final, mas recebido pelo órgão competente após a data. Entendeu-se por considerar a data do protocolo postal e reconhecer a tempestividade do recurso.

(iii) Abrangência da fiscalização com caráter orientativo (Despacho 3580/2023): Ao aprovar o plano de transferência de controle da Enel Goiás para a Equatorial Energia, a ANEEL expressamente previu no Despacho nº 3.498/2023 que seria aplicada fiscalização com caráter orientativo no primeiro ano após a assinatura do aditivo ao Contrato de Concessão (i.e., 2023). No Despacho nº 3580/2023, discute-se a penalidade de redução dos níveis tarifários em razão do não cumprimento de metas do Plano de Universalização Rural e Programa Luz para Todos. Após manifestação das áreas técnicas e órgãos de assessoramento jurídico, a ANEEL entendeu que a penalidade de redução tarifária não seria uma penalidade *strictu sensu*, de modo que sua aplicação não seria regulada pela Resolução Normativa nº 846/2019 – ANEEL e, consequentemente, não teria sido suspensa pelo Despacho 3.498/2023. Ademais, entendeu que a fiscalização orientativa só incidiria sobre fatos apurados relativos ao ano de 2023, e não sobre fatos anteriores, apenas verificados em 2023.

Uma possível sugestão de melhoria para afastar insegurança desse tipo seria detalhar, na hipótese de imposição de uma fiscalização orientativa, exatamente quais penalidades estariam abarcadas nesse regime especial de fiscalização, tanto sob a perspectiva material quanto temporal. Ademais, seria válido indicar, expressamente, que outros instrumentos de fiscalização da ANEEL, como a impossibilidade de recebimento de subsídios em casos de inadimplência setorial, ou a redução de tarifas, não são abarcados pela fiscalização orientativa.

(iv) *Bis in idem* entre penalidade e ressarcimento (Despacho 2607/2023): A Companhia Energética de Pernambuco – Neoenergia Pernambuco contesta a aplicação da multa devida ao descumprimento de prazos para atendimento de pedidos de ligações novas. Um dos argumentos apresentados é o de que a penalidade ensejaria *bis in idem* considerando a obrigação de ressarcimento dos usuários. A ANEEL alega que o ressarcimento não tem caráter punitivo e é um “*mecanismo regulatório de incentivo à busca de maior eficiência pelos concessionários de distribuição*”.

Uma possível sugestão de melhoria para afastar insegurança desse tipo seria positivar na regulamentação a previsão de que o ressarcimento não afasta a possibilidade de aplicação de penalidade.

(v) Falta de objetividade para definição da gravidade (Despacho 2607/2023): A Companhia Energética de Pernambuco – Neoenergia Pernambuco contesta a aplicação da multa devido ao descumprimento de prazos para atendimento de pedidos de ligações novas. Um dos argumentos apresentados é o de que não houve adequada avaliação da gravidade da infração, conforme exige o artigo 22 da Resolução Normativa nº 846/2019. - ANEEL A ANEEL expôs o entendimento de que “*no caso concreto, nem sempre as fiscalizações de um determinado tema são recorrentes tampouco é possível estabelecer uma metodologia objetiva, situação que autoriza a Superintendência valer-se de juízo de valor, diante de seu poder discricionário, mas sempre considerando a proporcionalidade entre a gravidade da infração e a intensidade da penalidade*”.

Uma alternativa para aprimoramento desse ponto seria estabelecer critérios claros na regulamentação para definição da gravidade da sanção.

Repartição de competência entre ANEEL e ANP (Despacho 3335/2023): A empresa Azulão Geração de Energia S.A. contesta a aplicação de penalidade de multa em decorrência de não conformidades em UTE (i.e., manutenção ou operação inadequada do sistema de liquefação de Gás Natural e por descumprimento do requisito de confiabilidade exigido em leilão). A empresa alega que a ANEEL não seria competente para fiscalizar o sistema de liquefação de gás natural, sendo essa atribuição da ANP. A ANEEL afastou o argumento defendendo que o entendimento levaria a um absurdo, pois seria atribuída à ANP competência para fiscalizar se o sistema de armazenamento e liquefação é capaz de atender aos requisitos estabelecidos pela ANEEL na licitação de atividade de geração.

5. Existe alguma avaliação/pesquisa sobre efetividade dos processos sancionadores neste setor regulado? É possível identificar índice de judicialização?

O Relatório Anual da ANEEL contém capítulo específico sobre gestão das multas aplicadas em decorrência da atividade de fiscalização que, dentre outros pontos, indica: (i) a quantidade de multas canceladas e suspensas em instâncias administrativas; e (ii) os percentuais de recolhimento de multas.

Da análise do Relatório Anual de 2023 da ANEEL é possível verificar os seguintes dados: (1) as multas aplicadas pela ANEEL têm índices ínfimos de suspensão (0,00%) e cancelamento (0,68%) em instâncias administrativas; e (2) a arrecadação das multas aplicadas é bastante baixa (16,91%).

Em atenção à determinação do item 22 do Acórdão nº 1.970/2017 do TCU, a ANEEL divulgou em seu relatório de gestão referente ao exercício de 2022 indicadores de multas.

Abaixo, alguns aspectos que podem ser destacados dos indicadores ali expostos:

(i) baixa quantidade de multas canceladas ou suspensas;

(ii) apesar de, em números absolutos, haver grande arrecadação de multas aplicadas no período de 2022 (135 multas arrecadas de um total de 154 multas aplicadas – representando uma arrecadação, em números absolutos, de 87,66%), há baixa arrecadação quando são avaliadas as sanções sob a perspectiva de seus valores (R\$154.984.408,26 arrecadados de um montante total de R\$916.573.532,31 multas aplicadas – representando 16,91%).

6.3. Acordo, consensualidade e regulação responsável

No tema de acordo e consensualidade, possui destaque o histórico da ANEEL na regulamentação e celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (“TAC”). Em um primeiro momento, com marco

importante em 2004 a partir da aprovação da Resolução Normativa nº 63/2004, a ANEEL buscou disciplinar aspectos mais gerais sobre a celebração de TACs. Parâmetros mais detalhados sobre esse instrumento só foram introduzidos em 2008, com a Resolução Normativa nº 333/2008 – ANEEL.

Em 2016, no processo de revisão das normas relativas aos TACs, a ANEEL concluiu que esses instrumentos apresentavam alto custo processual e baixa eficácia, decidindo por revogar as resoluções que tratavam do tema, o que foi feito através da Resolução Normativa nº 712/2016 – ANEEL. Desde então não há a celebração de TACs no âmbito da ANEEL.

Considerando a relevância que tem ganhado o tema da consensualidade no direito administrativo moderno, a ANEEL poderia considerar a possibilidade de avaliar a reintrodução da disciplina e utilização de TACs, a partir da experiência adquirida com os casos anteriores, ainda que o instrumento venha a ser inicialmente utilizado apenas para casos específicos.

Já no que se refere ao tema da regulação responsiva, a ANEEL tem adotado, ao menos desde 2014, mecanismos para reestruturar sua atividade fiscalizatória, em um projeto que ficou denominado como “Projeto de Fiscalização Estratégica”. Os principais elementos de regulação responsiva podem ser observados na Resolução Normativa nº 846/2019 – ANEEL, sendo o principal deles o plano de resultados. Esse instrumento permite que os administrados firmem com a ANEEL um plano para melhoria do desempenho, o que se encontra alinhado com as práticas da regulação responsiva.

Apesar dos relevantes avanços realizados para introdução de instrumentos de regulação responsiva no arcabouço normativo da ANEEL, há espaço para maior detalhamento e aprofundamento de técnicas de regulação responsiva.

Diagnóstico

1. A agência possui regulamentação sobre a utilização de TACs em processos sancionadores? Caso positivo, descrever conteúdo

A ANEEL não tem regulamentação específica relacionadas a TAC, pois a Diretoria revogou as normas que regulavam esse instrumento em 2016. Explica-se sucintamente:

A Resolução Normativa nº 63/2004 - ANEEL, que aprovou os procedimentos para aplicação de penalidades aos agentes do setor elétrico, previa a possibilidade de celebração de TACs, mas não detalhava de maneira extensiva os elementos e requisitos que deveriam ser observados por esse instrumento. A ANEEL somente veio a criar parâmetros mais detalhados sobre o uso do TAC com a Resolução Normativa nº 333/2008 - ANEEL.

Porém, durante o processo de revisão dessa norma, a ANEEL entendeu que os TACs vinham apresentando alto custo processual e baixa eficácia, por esse motivo, optaram por revogar as resoluções que regulavam esse instrumento por meio da Resolução Normativa nº 712/2016 - ANEEL.

2. Na prática, a Agência vem celebrando TAC/Acordos Administrativos como forma de abreviar a tramitação de processos sancionadores?

Não há celebração de TACs na ANEEL desde a edição da Resolução Normativa nº 712/2016 - ANEEL que revogou a regulamentação que tratava do tema (v. item acima).

3. A agência tem se preocupado com a criação de sistemática de incentivos/desincentivos para evitar o cometimento de infrações?

Ao menos desde 2014 a ANEEL tem demonstrado preocupação em reestruturar sua atividade fiscalizatória em um contexto de adoção de técnicas de regulação responsiva, em um projeto que foi denominado de “Projeto de Fiscalização Estratégica”. Na Nota Técnica nº 217/2015-SFE/ANEEL, expedida em 15 de dezembro de 2015, no âmbito do processo nº 48500.000610/2015-93, estão detalhadas as principais etapas que foram propostas, à época, para a reestruturação da fiscalização por parte da ANEEL, contemplando medidas de monitoramento e prevenção, alinhadas com a teoria da regulação responsiva.

Por sua vez, na Nota Técnica nº 001/2016-SFG/ANEEL, de 8 de janeiro de 2016, foi proposta uma nova estrutura organizacional para a ANEEL, com a finalidade de atender à reestruturação pretendida com o “Projeto de Fiscalização Estratégica”.

Mais especificamente no âmbito normativo, é possível observar que instrumentos e princípios da regulação responsiva foram introduzidos na Resolução Normativa nº 846/2019 - ANEEL. No artigo 2º, está previsto, como finalidade regulatória das fiscalizações a “*educação e orientação dos agentes do setor de energia elétrica*”, bem como a “*prevenção de condutas violadoras da lei, dos regulamentos e dos contratos*”.

Também ficou estabelecida, no artigo 3º, a adoção do procedimento de “monitoramento e controle” que declaradamente tem como um dos propósitos “*prevenir práticas irregulares*” (inciso V).

O principal mecanismo ficou previsto no artigo 4º: o plano de resultados. De acordo com a norma, diante de evidências que apontem degradação ou sinalizem deterioração da prestação dos serviços ou do equilíbrio econômico da concessão ou permissão, os agentes setoriais podem firmar com a ANEEL um plano para melhoria de desempenho. Esse plano deve conter, no mínimo, objeto, prazo, ações para reversão da situação identificada e critérios de acompanhamento dos resultados. A norma prevê que o plano de resultados não constitui regime excepcional regulatório ou de sanções administrativas (art. 4º, §2º).

CAPÍTULO 7. ANM – AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO

*Ana Cláudia Beppu
Bianca Soares Silva Correia
Gabriela Andrade Guimarães de Oliveira
Mauro Hiane de Moura
Marina Alvarenga*

A ANM foi criada pela Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017¹⁰⁹, em substituição ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), a quem competia regular e fiscalizar a atividade minerária desde 1934. A necessidade de atualização levou à extinção do DNPM e à instituição da ANM, cuja finalidade é, nos termos da sua lei de criação, gerir os recursos minerais da União, bem como regular e fiscalizar as atividades para o aproveitamento dos recursos minerais no Brasil.

No exercício de suas competências, listadas no extenso rol de incisos do artigo 2º da Lei nº 13.575/2017, a ANM observará e implementará as orientações e diretrizes previstas no Código de Mineração, instituído pelo Decreto-Lei nº 227/1967, na legislação correlata e nas políticas estabelecidas pelo Ministério de Minas e Energia (MME).

Cabe à Agência, dentre outras atividades, implementar a política nacional para as atividades de mineração e estabelecer as normas e os padrões para o aproveitamento dos recursos minerais, de acordo com as políticas de planejamento setorial definidas pelo MME e as melhores práticas da indústria de mineração.

No âmbito da sua atividade fiscalizatória, a ANM poderá realizar vistorias, notificar, autuar infratores, adotar medidas acautelatórias como de interdição e paralisação, impor as sanções cabíveis, firmar termo de ajustamento de conduta, constituir e cobrar os créditos delas decorrentes, bem como comunicar aos órgãos competentes a eventual ocorrência de infração, quando for o caso. Além disso, a Agência deve regular, fiscalizar, arrecadar, constituir e cobrar créditos decorrentes da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), da Taxa Anual por Hectare (TAH) e das multas aplicadas.

Além disso, a ANM é responsável por estabelecer os requisitos técnicos, jurídicos, financeiros e econômicos a serem atendidos pelos interessados na obtenção de títulos minerários, gerir os direitos e os títulos minerários para fins de aproveitamento de recursos minerais e estabelecer as condições para o aproveitamento das substâncias minerais destinadas à realização de obras de responsabilidade do poder público.

A ANM é dirigida por uma Diretoria Colegiada, composta por 4 (quatro) Diretores e um Diretor-Geral, a quem cabe, dentre outras atribuições, a representação da Agência e a Presidência da Diretoria Colegiada. A ANM conta, também em sua estrutura organizacional, com Procuradoria, Ouvidoria, Corregedoria, Auditoria e unidades administrativas.

¹⁰⁹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13575.htm

7.1. Sanções, dosimetria e *bis in idem*

Com a publicação da Resolução ANM nº 122/2022¹¹⁰, que dispõe sobre os procedimentos para apuração das infrações, sanções e os valores das multas aplicáveis em decorrência do não cumprimento das obrigações previstas na legislação do setor mineral, parece ter havido um ganho significativo de clareza e sistematização das regras sobre penalidades e exercício de poder de polícia no setor.

Até a edição da Resolução ANM nº 122/2022, as normas que previam sanção por inadimplemento de obrigações eram esparsas e dispersas na legislação. A sua publicação decorre de um esforço para consolidar as normas relacionadas a sanções e sua dosimetria em uma única norma, de modo a proporcionar maior clareza, uniformidade e coerência na disciplina das sanções administrativas no âmbito da atividade minerária, incluindo a definição de critérios para a dosimetria das penalidades e a prevenção do *bis in idem*. Assim, tal norma busca trazer maior segurança jurídica e eficiência na aplicação das sanções, contribuindo para a melhoria da gestão e fiscalização da atividade minerária no Brasil.

Diagnóstico
1. A legislação setorial traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar <i>bis in idem</i>? Caso positivo, descrever as leis relevantes.
<p>Sim. A legislação setorial relativa à atividade mineral no Brasil contém normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar <i>bis in idem</i>.</p> <p>Nesse sentido, de acordo com o inciso XI do artigo 2º da Lei nº 13.575/2017, a ANM, enquanto autarquia federal, possui competência para <i>"fiscalizar a atividade de mineração, podendo realizar vistorias, notificar, autuar infratores, adotar medidas acauteladoras como de interdição e paralisação, impor as sanções cabíveis, firmar termo de ajustamento de conduta, constituir e cobrar os créditos delas decorrentes, bem como comunicar aos órgãos competentes a eventual ocorrência de infração, quando for o caso"</i>.</p> <p>Na mesma toada, o artigo 45 da Lei nº 9.784/1999¹¹¹ e o artigo 2º, § 2º, da Lei nº 12.608/2012¹¹² estabelecem o dever de atuação da Agência em situações de risco, autorizando a Administração Pública a adotar providências acauteladoras mesmo sem a prévia manifestação do interessado e asseguram que a incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco.</p> <p>Além disso, a Lei nº 9.605/1998¹¹³, conhecida como Lei de Crimes Ambientais por dispor sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, também estabelece sanções administrativas, civis e penais para condutas lesivas, incluindo a atividade mineral em desconformidade com as normas ambientais. Referida Lei prevê multas, suspensão de atividades, apreensão de produtos e equipamentos, dentre outras sanções, e</p>

¹¹⁰

Disponível

em: https://anmlegis.datalegis.inf.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=00000122&seqAto=000&valorAno=2022&orgao=ANM/MME&cod_modulo=414&cod_menu=7348.

¹¹¹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm.

¹¹² Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12608.htm.

¹¹³ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm.

estabelece critérios para a dosimetria das penas, considerando a gravidade da infração, o porte econômico do infrator, a reincidência da conduta, a cooperação com as autoridades, entre outros fatores. Além disso, a Lei de Crimes Ambientais veda o *bis in idem*, evitando-se a duplicidade de punições pelo mesmo fato.

Ademais, o Código de Mineração estabelece (i) as normas gerais para a atividade minerária no Brasil, (ii) a competência da ANM para aplicação das sanções (salvo quando há caducidade, ocasião em que a competência será do MME) e (iii) as medidas de segurança relacionadas à atividade. Em 2020, artigos do Decreto-Lei nº 227/1967¹¹⁴ sobre sanções administrativas foram modificados e atualizados pela Lei nº 14.066/2020¹¹⁵, responsável por uma reforma mais abrangente na legislação setorial aplicável à atividade de mineração.

Nos termos do Código de Mineração, dentre as sanções administrativas previstas em razão do descumprimento da legislação setorial, estão: advertência, multa, suspensão total ou parcial da atividade, caducidade do título de autorização ou concessão e apreensão de minério.

O Código de Mineração prevê, ainda, parâmetros a serem observados na dosimetria das sanções ao estabelecer que a sanção deve ser fixada em função da gravidade da infração, da reincidência, da negligência ou imprudência do infrator, entre outros fatores, e prevê a proibição do *bis in idem*.

A Lei nº 12.334/2010¹¹⁶, por sua vez, estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens e tem como objetivo regulamentar a forma como a ANM realiza a fiscalização das barragens e aplica sanções em caso de descumprimento das normas de segurança. Nesse sentido, a norma prevê (i) que qualquer pessoa, ao constatar infração administrativa, pode dirigir representação à autoridade competente, para fins do exercício do seu poder de polícia; (ii) à autoridade competente que tiver conhecimento de infração administrativa a obrigação de promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de corresponsabilidade; (iii) medidas de prevenção e reparação de danos causados por acidentes em barragens de mineração e (iv) a aplicação de sanções administrativas em caso de descumprimento das normas de segurança. critérios para a graduação das sanções, levando em consideração a gravidade e os motivos da infração, a reincidência, a negligência ou imprudência do infrator, entre outros fatores.

Destaca-se também o Decreto nº 9.406/2018¹¹⁷, que tipifica as infrações administrativas e estabelece procedimentos administrativos para apuração de infrações, bem como para a aplicação de sanções administrativas previstas na Política Nacional de Segurança de Barragens.

De acordo com este Decreto, compete à ANM instaurar processo administrativo para apurar infrações à Lei nº 12.334/2010, assegurando aos infratores o direito ao contraditório e à ampla defesa. Outrossim, o Decreto prevê critérios para a dosimetria das sanções administrativas, levando em consideração a natureza, a gravidade da infração e os danos resultantes desta, a capacidade econômica e a reincidência do infrator e as circunstâncias agravantes e atenuantes.

¹¹⁴ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm.

¹¹⁵ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14066.htm.

¹¹⁶ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12334.htm.

¹¹⁷ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9406.htm.

2. A regulação infralegal traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar bis in idem? Caso positivo, descrever os regulamentos relevantes.

Sim, a ANM regulamentou as sanções administrativas, a dosimetria e a prevenção do *bis in idem*, no exercício do seu poder fiscalizatório e sancionatório.

Abaixo as principais normas relacionadas:

A Resolução ANM nº 122/2022 determina critérios para dosimetria das sanções administrativas aplicáveis às infrações à legislação mineral, tais como: a natureza, a gravidade e repercussão social e econômica da infração; o dano causado, a culpabilidade e a reincidência do infrator; o benefício obtido com a infração; a cooperação do infrator; a adoção de medidas mitigadoras; a efetividade da fiscalização e outros elementos relevantes. Em suma, a Resolução busca assegurar que as sanções sejam proporcionais à gravidade da infração e às circunstâncias do caso, evitando punições excessivas ou desproporcionais. Seu Anexo V contém um detalhado rol de “fatores de agravamento” de multas que deve ser utilizado em sua dosimetria.

A Resolução ANM nº 95/2022¹¹⁸, por sua vez, dispõe sobre a segurança de barragens de mineração e as obrigações e responsabilidades atribuídas ao empreendedor, tais como de elaboração e apresentação de Planos de Segurança de Barragens (PSB), do Plano de Ação de Emergência para Barragens de Mineração e de Relatório de Causas e Consequências do Acidente (RCCA), dentre outras, e as penalidades administrativas relacionadas a incidentes.

Particularmente quanto às penalidades e sanções, referida Resolução determina que deverão ser observadas as disposições constantes no artigo 17-C da Lei nº 12.334/2010¹¹⁹, que as estabelece as sanções restritivas de direitos, e normas correlatas, assim como nos artigos 7º e 10 da Resolução ANM nº 7/2019¹²⁰, independente do regime minerário associado à barragem de mineração.

Dentre as penalidades referenciadas, merecem destaque: a advertência, a multa (simples ou diária), o embargo de obra ou atividade, a suspensão parcial ou total das atividades, a caducidade de título e as sanções restritivas de direitos¹²¹.

Feitas estas considerações, cabe ressaltar que, até a publicação da Resolução ANM nº 122/2022, as normas que tratavam sobre sanções e traziam parâmetros para dosimetria e para evitar *bis in idem* eram esparsas e dispersas em diferentes legislações e regulamentos.

A legislação minerária brasileira é composta por diversas normas, incluindo leis, decretos, resoluções e outras regulamentações, que foram emitidas em diferentes momentos e por diferentes

¹¹⁸

Disponível

em:

https://anmlegis.datalegis.inf.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=getAtoPublico&sgl_tipo=RES&num_ato=00000095&seq_ato=RET&vlr_ano=2022&sgl_orgao=ANM/MME&cod_tipo=&des_item=&des_item_fim=&num_linha=&cod_modulo=566&cod_menu=8303&iframe=true

¹¹⁹

Disponível

em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12334.htm#:~:text=Art.%2017%2DC.%20As%20infra%C3%A7%C3%A7%C3%85es%20administrativas%20suj,eitam%20o%20infrator%20a%201%20\(uma\)%20ou%20mais%20das%20seguintes%20penalidades%3A](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12334.htm#:~:text=Art.%2017%2DC.%20As%20infra%C3%A7%C3%A7%C3%85es%20administrativas%20suj,eitam%20o%20infrator%20a%201%20(uma)%20ou%20mais%20das%20seguintes%20penalidades%3A)

¹²⁰

Disponível

em:

https://anmlegis.datalegis.inf.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=0000007&seqAto=000&valorAno=2019&orgao=ANM/MME&cod_modulo=351&cod_menu=6675

¹²¹ Nos termos do artigo 17-C, § 9º, da Lei nº 12.334/2010, são sanções restritivas de direitos: a suspensão de licença, de registro, de concessão, de permissão ou de autorização, o cancelamento de licença, de registro, de concessão, de permissão ou de autorização, a perda ou restrição de incentivos e de benefícios fiscais e a perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito.

órgãos, resultando em uma falta de uniformidade e coerência nas normas relacionadas a sanções e dosimetria, tornando a aplicação dessas normas complexa e sujeita a interpretações diversas.

Desta feita, a dispersão normativa dificultava a compreensão das regras e procedimentos relacionados às sanções administrativas na atividade minerária, bem como a dosimetria adequada das penalidades, uma vez que não havia uma norma específica que consolidasse de forma clara e detalhada os parâmetros a serem seguidos.

Além disso, a ausência de uma norma específica que tratasse do *bis in idem* (ou “*não dupla punição*”) na regulamentação setorial também gerava incertezas e divergências na aplicação das sanções, uma vez que não havia uma orientação clara sobre como evitar a aplicação de sanções duplicadas pelo mesmo fato.

Assim sendo, o Decreto nº 10.965/2022¹²² fixou prazo de 180 dias para que a ANM estabelecesse, em Resolução, os procedimentos e critérios para aplicação das sanções, os valores das multas e os critérios de reincidência. Diante disso, instaurou-se o Processo n.º 48051.001278/2022-49, para a criação de Grupo de Trabalho (GT-Sanções), cujos trabalhos levaram à elaboração e à publicação da Resolução n.º 122/2022).

3. Se pertinente, indicar se o tema das sanções administrativas também é disciplinado em (i) contratos e/ou (ii) Manuais/Notas Técnicas. Caso haja regulação por contrato ou outros documentos oficiais aplicáveis, indicar as principais disposições sobre o tema, levando-se em consideração os contratos mais recentes.

Em regra, as autorizações de pesquisa e as concessões de lavra não dispõem sobre sanções administrativas¹²³. Entende-se que são aplicáveis as disposições gerais da regulação setorial que tipificam infrações a estabelecem sanções.

Ainda que não haja regulamentação sobre a utilização de TACs em processos sancionadores, em linha com o inciso XI do artigo 2º da Lei nº 13.575/2017, a ANM tem competência para adotar medidas acauteladoras e *firmar termo de ajustamento de conduta*. Em 2021, a ANM chegou a promover uma tomada de subsídios (“*Tomada de Subsídios nº 03/2021*”) abrangendo este tema.

Nesse sentido, exemplificativamente, destacamos um Termo de Compromisso celebrado em 25 de fevereiro de 2022, com interveniência da ANM, pelo Estado de Minas Gerais e o MPMG com a mineradora Vale S.A. em virtude do não cumprimento do prazo para descaracterização de barragens estipulado pela Lei Estadual de Minas Gerais nº 23.291/2019¹²⁴, conhecida como Lei Mar de Lama Nunca Mais.

O objeto do Termo de Compromisso celebrado entre as partes define as regras para adequação das estruturas da Vale ao que dispõe a Lei Mar de Lama Nunca Mais, mediante a fixação de medidas necessárias de segurança e a definição de procedimento para a descaracterização das barragens Forquilha I, Forquilha II, Forquilha III, Grupo, Área IX, Baixo João Pereira, Dique

¹²²

Disponível

em:

https://anmlegis.datalegis.inf.br/action/TematicaAction.php?acao=abrirVinculos&cotematica=15843970&cod_menu=6783&cod_modulo=405.

¹²³

A base de registros da ANM está disponível em: https://anmlegishom.datalegis.inf.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=linkPublico&link_publico=%2FactionDatalegis.php%3Facao%3Dcategorias%26cod_modulo%3D411%26menuOpen%3Dtrue

¹²⁴ Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LEI/23291/2019/>.

Auxiliar (5 MAC), Campo Grande, Dique 1^a (Conceição), Dique 1B (Conceição), Ipoema, Dique 2 (Pontal), Dique 3 (Pontal), Dique 4 (Pontal), Cordão Nova Vista (Pontal), Minervino (Pontal), Vargem Grande, B3/B4, Xingu, Doutor e Sul Superior, bem como estipula indenização, a título de dano moral coletivo, no valor de R\$ 236.759.722,00 milhões.

4. As normas aplicáveis preveem espaço para discricionariedade administrativa na aplicação de penalidades ou não?

Em relação à discricionariedade administrativa na aplicação de penalidades pela ANM, a legislação prevê certa margem de avaliação por parte da autoridade administrativa, mas também estabelece critérios e limites para garantir a legalidade, a imparcialidade e a proporcionalidade na imposição das penalidades.

A título de exemplo, assim como em várias normas vigentes, o artigo 64 do Decreto-Lei nº 227/1967¹²⁵ estabelece que as multas aplicadas pela ANM devem ser proporcionais e observar uma série de critérios (e.g., a gravidade e os motivos da infração, a reincidência, a negligência ou imprudência do infrator, entre outros fatores).

Assim, embora haja certa discricionariedade administrativa na aplicação de penalidades pela ANM, essa discricionariedade é limitada pelos critérios e princípios estabelecidos na legislação aplicável e na Constituição Federal, visando garantir a legalidade e a justiça na imposição das penalidades aos infratores.

5. As condutas passíveis de penalização estão definidas, de forma específica e exaustiva, em normas? Indicar, na resposta, se as condutas infracionais estão previstas em lei em sentido estrito e/ou atos normativos infralegais.

Sim, as condutas passíveis de penalização pela ANM estão definidas de forma específica e exaustiva em lei em sentido estrito e atos normativos infralegais.

O Decreto-Lei nº 9.406/2018¹²⁶ prevê diversas infrações e penalidades relacionadas à atividade minerária. Por exemplo, o seu artigo 54 estabelece uma lista de infrações, tais como lavra clandestina, extração mineral sem autorização, não cumprimento de obrigações contratuais e regulatórias, entre outras.

Além disso, a ANM pode estabelecer atos normativos infralegais, como regulamentos, portarias e instruções normativas, que detalham as infrações e penalidades, a exemplo daqueles referenciados na pergunta #2, bem como os procedimentos administrativos para sua aplicação.

Essas normas têm o objetivo de definir de forma clara e detalhada as condutas que são consideradas infrações e passíveis de penalização pela ANM, garantindo assim a segurança jurídica e a previsibilidade na atuação da agência reguladora.

6. As normas são claras com relação ao sujeito ativo da infração?

¹²⁵ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm#:~:text=Art.%2064.%20A%20multa%20variar%C3%A1,Nacional%20de%20Minera%C3%A7%C3%A3o%20Parte%20Dispon%C3%ADvel

¹²⁶ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm#:~:text=Art.%2064.%20A%20multa%20variar%C3%A1,Nacional%20de%20Minera%C3%A7%C3%A3o%20Parte%20Dispon%C3%ADvel

Sim. Como regra, as normas da ANM são claras em relação ao sujeito ativo da infração e o definem como qualquer pessoa física ou jurídica que realiza a atividade minerária, seja de forma regular ou irregular, e que cometa uma conduta proibida ou deixe de cumprir uma obrigação estabelecida na legislação aplicável.

Nesse sentido, o Decreto-Lei nº 9.406/2018 estabelece que o sujeito ativo das infrações relacionadas à atividade minerária pode ser tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica que realiza a atividade de mineração, como o titular de autorização de pesquisa, concessão de lavra, permissão de lavra garimpeira, ou mesmo aquele que realiza atividade de mineração sem a devida autorização.

Na mesma linha, os atos normativos infralegais da ANM, como regulamentos, portarias e instruções normativas, em sua grande maioria, também estabelecem o sujeito ativo das infrações de forma detalhada, especificando as obrigações e proibições aplicáveis aos diferentes agentes envolvidos na atividade minerária.

7. Existe alguma avaliação/diagnóstico sobre o panorama sancionatório do setor (ex. relatório de auditoria do TCU). Caso positivo, quais as principais conclusões aplicáveis ao respectivo setor?

No âmbito do processo normativo de elaboração da Resolução ANM nº 122/2022 (Processo n.º 48051.001278/2022-49), o GT-Sanções apresentou um fluxograma (SEI 4395703) e o histórico do antigo processo sancionador da Agência (SEI 4621054). Nessa ocasião, a área técnica da Agência destacou que tal levantamento evidenciava a complexidade da atuação da Agência e os desafios a serem enfrentados no estabelecimento de um processo sancionador transparente, consistente e profissional, de modo que o setor regulado e toda a sociedade pudessem ter a percepção da presença do Estado, representado pela ANM.

Nesse sentido, entendeu-se imperativo definir etapas, prazos para defesa, recursos e as instâncias pelas quais cada processo de apuração pode tramitar. Ou seja, que fosse estabelecido, objetivamente, o fluxo das etapas, os prazos e a forma de interlocução com os agentes regulados. Não foram identificadas avaliações ou diagnósticos adicionais.

No Acórdão nº 1.116/2020-Plenário (anterior, portanto, à Resolução ANM nº 122/2022), no âmbito de auditoria voltada especificamente a barragens de rejeitos, o TCU constatou a ocorrência de *"falhas na execução das ações de fiscalização das atividades de mineração"*, o que teria comprometido *"a obtenção de informações minimamente fidedignas de seus regulados"*. Nas palavras da Relatora, Ministra Ana Arraes, *"não posso me conformar com a cômoda situação de a ANM não atuar preventivamente porque o empreendedor não prestou as informações corretas e tempestivas. Ora, como expus, há evidências nos autos de omissão dessa agência em seu papel regulador, consubstanciada pela falta de cuidado com a prática elementar que qualquer regulador deve ter: zelar pela obtenção de informações minimamente fidedignas de seus regulados, considerando a natural existência de assimetria de informações, oriunda do monopólio natural das atividades reguladas. Essa falta de cuidado, com as devidas vêniás, faz do regulador mera instância burocrática, com custos inúteis tanto para o setor público quanto para o setor privado neste assunto, o de segurança de barragens de mineração, visto sua ineficácia"*. Não se trata propriamente de uma crítica à atuação da Agência na aplicação de penalidades, mas de uma crítica mais abrangente quanto ao *exercício de seu poder de polícia*.

Em direção similar, no Acórdão nº 2.914/2020-Plenário (também anterior à Resolução nº 122/2022), o TCU ressaltou a *"insuficiência do quadro de pessoal frente às competências da ANM"*

– e destacou que já vinha “*há cerca de 10 anos (...) apontando deficiências estruturais em relação aos recursos humanos do então DNPM*”. Para o Relator, Min. Aroldo Cedraz, haveria uma “*falta de estrutura patente*” na Agência – que já teria se refletido, inclusive, em uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal com vistas à adoção de medidas estruturais para a revisão da política federal de aprovação, licenciamento e fiscalização de barragens — na qual se falou em “*problemas estruturais*” anteriores à conversão do DNPM em ANM, “*dentre eles, os déficits de recursos humanos, materiais e financeiros mínimos para o seu regular funcionamento*” e em “*processo de sucateamento estrutural do DNPM, sucedido pela ANM*”.

Particularmente com relação ao panorama sancionatório do setor depois da Resolução ANM nº 122/2022, a ANM adotou importantes iniciativas para dar continuidade ao diálogo com o setor regulado, com o propósito de identificar eventuais ajustes e aprimoramentos da Resolução ANM nº 122/2022, tais como: (i) a Tomada de Subsídios nº 2/2022¹²⁷, (ii) a Reunião Participativa nº 1/2023 e (iii) o Grupo de Trabalho cujas atividades foram direcionadas a avaliar contribuições recebidas na Tomada de Subsídios nº 2/2022 e na Reunião Participativa nº 1/2023. Tais iniciativas estão detalhadas no capítulo 2. *Processo Sancionador* a seguir.

7.2. Processo Sancionador

A Resolução ANM nº 122/2022 dedicou um capítulo à disciplina do processo administrativo sancionador para aplicação de penalidades em virtude de irregularidades identificadas pela autoridade competente da ANM, descrevendo o rito processual a ser observado na apuração das infrações e aplicação de sanções.

De acordo com a Resolução ANM nº 122/2022, tal procedimento administrativo é instaurado mediante ato da autoridade competente da ANM, de ofício ou com base em representação ou comunicação.

A regulamentação dispõe, ainda, a respeito da comunicação dos atos e prazos processuais. De se notar que o autuado será intimado sobre todos os atos do processo que resultem em imposição de obrigações, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse. Dispõe-se, ainda, aspectos relacionados às etapas do processo, quais sejam: a defesa, as decisões em primeira instância, ao recurso e à decisão em segunda instância. Particularmente com relação à multa, a Resolução ANM nº 122/2022 estabeleceu os parâmetros e critérios para a sua fixação.

Um dos pontos de debate a respeito da recém-editada Resolução ANM Nº 122/2022 está relacionado ao fato de que a sua elaboração não foi procedida de Análise de Impacto Regulatório, como prevê a Lei nº 13.848/2019¹²⁸ e o Decreto nº 10.411/2020¹²⁹, ao argumento de urgência na regulamentação sobre o tema. Diante disso, e com vistas a dar continuidade ao diálogo com o setor regulado, a ANM adotou importantes iniciativas visando o aprimoramento da norma vigente (e.g., abertura de Tomada de Subsídios, realização de Reunião Participativa e instituição de Grupo de

¹²⁷ Informações disponíveis em: <https://app.anm.gov.br/ParticipaPublico/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=110>.

¹²⁸ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm.

¹²⁹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2010.411%20DE%2030%20DE%20JUNHO%20DE%202020&text=Regulamenta%20a%20an%C3%A1lise%20de%20impacto,que%20lhe%20confere%20o%20art.

Trabalho para analisar as contribuições da sociedade recebidas) que culminaram na edição, já no primeiro semestre de 2023, da Resolução ANM nº 136/2023¹³⁰, que alterou dispositivos da Resolução ANM nº 122/2022.

É importante pontuar, por fim, que ainda não se tem clareza quanto ao nível de discussão prática decorrente de eventual imprecisão ou falta de clareza das normas recém editadas pela ANM, na medida em que as regras dela decorrentes ainda não foram aplicadas de forma massiva.

Diagnóstico
1. Existem normas específicas (legais ou infralegais) sobre processo sancionador? Descreva, sucintamente, o rito a ser observado e, inclusive, recursos cabíveis.
<p>Sim. Existem normas específicas na regulamentação setorial sobre processo sancionador.</p> <p>Em primeira análise, importa destacar a Resolução ANM nº 122/2022, que previu, no seu Capítulo IV - Do Processo Administrativo Sancionador - PAS, o rito processual a ser observado na apuração das infrações e aplicação de sanções, inclusive dos valores das multas, pelo não cumprimento das obrigações previstas na legislação do setor mineral.</p> <p>Em primeiro lugar, por meio da referida Resolução é definido¹³¹ como se dá o processo administrativo sancionador (PAS) no âmbito da Agência, que poderá ser instaurado mediante ato da autoridade competente da ANM, de ofício ou com base em representação ou comunicação.</p> <p>Em termos de forma, restou estabelecido os itens obrigatórios do auto de infração lavrado, após a abertura do processo administrativo, já descritos na introdução deste capítulo 2. <i>Processo Sancionador</i>, a saber: (i) numeração sequencial, (ii) identificação e endereço do autuado, (iii) local e a data da lavratura, (iv) a descrição objetiva do fato ou do ato constitutivo da infração objeto de apuração, incluindo data e, quando pertinente, a hora e/ou local da ocorrência, (v) indicação da disposição legal e/ou da legislação complementar infringida, (vi) indicação da penalidade imposta ao agente regulado, (vii) indicação do prazo e forma para apresentação da defesa, e (viii) identificação e a assinatura do autuante.</p> <p>O autuado será intimado acerca de todos os atos do PAS que acarretem imposição de deveres, encargos, penalidades ou limitações ao exercício de direitos e atividades, bem como de quaisquer outros atos de interesse dele.</p> <p>Nesse sentido, do auto de infração caberá defesa escrita, que deverá ser interposta no prazo de 20 (vinte) dias, a contar da data de ciência da intimação. Decorrido o prazo retomencionado, o processo será submetido à autoridade competente da ANM para julgamento.</p> <p>O PAS encaminhado para julgamento em primeira instância deverá ser instruído com os seguintes documentos: (i) auto de infração; (ii) Relatório de Fiscalização; (iii) comprovante de intimação do autuado; (iv) defesa ou manifestação do autuado, se houver; e (v) certidão de decurso de prazo ou de juntada da defesa.</p>

¹³⁰

Disponível

em:

https://anmlegis.datalegis.net/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&num_ato=00000136&sgl_tipo=RES&sgl_orgao=ANM/MME&vlr_ano=2023&seq_ato=000&cod_tipo=&des_item=&des_item_fim=&num_linha=&cod_modulo=351&cod_menu=6675

¹³¹ “Art. 32. O procedimento administrativo para apuração de infrações será instaurado mediante ato da autoridade competente da ANM, de ofício ou com base em representação ou comunicação recebida na forma do art. 36 e art. 37 desta Resolução.”

A esse respeito, ressalte-se que a autoridade competente para julgamento em primeira instância poderá, ainda em momento anterior à decisão, determinar a realização de diligências para complementação da instrução visando a elucidação do quanto apurado. Na hipótese de se identificar novos elementos probatórios, que possam influenciar a decisão administrativa, o autuado será intimado para, novamente no prazo de 20 (vinte) dias, se manifestar sobre a documentação apresentada.

Após findada a instrução do processo, a autoridade determinará em primeira instância o arquivamento do processo sem aplicação de sanção, por ausência de infração ou por nulidade do auto de infração, ou aplicará a sanção.

Da decisão em primeira instância que aplicar providência administrativa sancionatória caberá recurso, a ser interposto no prazo de 20 (vinte) dias, a contar da data de ciência da decisão. O recurso terá efeito suspensivo na parte em que impugnar a decisão, as correspondentes ações de inscrição no Cadastro de Inadimplentes Setorial mantido pela ANM e no Cadastro Informativo de Créditos não quitados do setor público federal (CADIN), bem como de remessa à Procuradoria Federal junto à ANM para inscrição em Dívida Ativa.

No julgamento do recurso, a autoridade poderá confirmar a decisão; reformar, total ou parcialmente a decisão de primeira instância; ou ainda declarar a nulidade da decisão ou de qualquer outro ato do processo.

2. Há algum tema em relação ao qual as normas são confusas, imprecisas ou que gerem discussões na prática?

Sim. Embora submetida ao Processo de Participação de Controle Social, mediante a Audiência Pública nº 3/2022¹³², a edição da Resolução ANM nº 122/2022 não foi precedida da Análise de Impacto Regulatório (“AIR”), como determina o artigo 6º da Lei nº 13.848/2019¹³³ e artigo 3º do Decreto nº 10.411/2020¹³⁴, ao argumento de que era urgente a regulamentação sobre o tema.

Na fase de análise de contribuições da Audiência Pública nº 3/2022, verificou-se a necessidade de dar continuidade ao diálogo com o setor regulado, com vistas à identificação da necessidade de eventuais ajustes e aprimoramentos da Resolução ANM nº 122/2022. Para tanto, a ANM adotou 3 (três) importantes iniciativas: (i) abriu a Tomada de Subsídios nº 2/2022, no período de 20/12/2022 a 02/02/2023, para obter contribuições sobre a necessidade de se aprimorar a Resolução ANM nº 122/2022; (ii) realizou 6 (seis) sessões no âmbito da Reunião Participativa nº

¹³²

Disponível

em:

<https://app.anm.gov.br/ParticipaPublico/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=105>.

¹³³ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm

¹³⁴ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm#:~:text=Art.%203%C2%BA%C2%A0%20A%20edi%C3%A7%C3%A3o%2C%20a%20altera%C3%A7%C3%A3o%20ou%20a%20revoga%C3%A7%C3%A3o%20de%20atos%20normativos%20de%20interesse%20geral%20de%20agentes%20econ%C3%B4micos%20ou%20de%20usu%C3%A1rios%20dos%20servi%C3%A7os%20prestados%2C%20por%20%C3%B3rg%C3%A3os%20e%20entidades%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%A3blica%20federal%20direta%C2%A0aut%C3%A1rquica%20e%20fundacional%20ser%C3%A7%C3%A1o%20precedida%20de%20AIR

1/2023¹³⁵, nas quais os convidados e interessados puderam obter mais informações sobre a matéria, tirar dúvidas e apresentar propostas à ANM; e (iii) instituiu um Grupo de Trabalho, na forma da Portaria ANM nº 1326/2023¹³⁶, para avaliar contribuições recebidas na Tomada de Subsídios nº 2/2022 e na Reunião Participativa nº 1/2023 e propor medida para o aprimoramento da Resolução ANM nº 122/2022.

O Diretor de Relações Institucionais do Instituto Brasileiro de Mineração (IBRAM) registrou, na 2^a sessão da Reunião Participativa nº 1/2023, que o instituto e seus associados discordam da condução do processo normativo, dada a dispensa de AIR, considerando os significativos impactos que a resolução promoveu no setor, especialmente em virtude do curto período para discussão da norma disponibilizado pela Agência - inicialmente, de apenas 05 (cinco) dias.

Ainda na visão do IBRAM, os valores das multas definidos na referida resolução se mostram desproporcionais à atividade, além de trazer insegurança jurídica aos empresários do setor mineral.

Os valores das multas decorrentes do descumprimento da legislação têm sido intensamente debatidos pelo setor mineral. Pela análise das contribuições recebidas no âmbito da Tomada de Subsídios nº 2/2022, é possível notar que existem ressalvas quanto aos critérios utilizados para determinar as punições e à discricionariedade estabelecida em alguns pontos da referida resolução.

Outro ponto de preocupação em relação aos mineradores de pequeno e médio porte, está em que o descumprimento de uma simples obrigação formal pode levar à inviabilidade econômica do seu empreendimento.

As iniciativas da Agência resultaram na edição da Resolução ANM nº 136, de 31 de maio de 2023¹³⁷, que alterou 6 (seis) dispositivos da Resolução ANM nº 122/2022. Dentre outros, definiu-se *(i)* os níveis de gravidade de cada infração, com objetivo de facilitar a compreensão e avaliação por parte do setor regulado (artigos 23 e 29) e *(ii)* que não cabe a aplicação de danos para as multas de cobrança de Compensação Financeira pela Exploração Mineral (CFEM) (artigo 57, § 3º).

De se notar que a Resolução ANM nº 122/2023 ainda não foi aplicada de forma massiva. Dessa forma, ainda que o ambiente da sua edição tenha sido conturbado, não se sabe o nível da discussão prática decorrente de eventual imprecisão ou falta de clareza das normas.

3. Existem particularidades nas normas processuais decorrentes das características específicas do setor?

¹³⁵

Informações

disponíveis

em:

[https://app.anm.gov.br/ParticipaPublico/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=111#:~:text=REUNI%C3%83O%20PARTICIPATIVA%20n%C2%BA%201%2F2023%20\(Sess%C3%B5es%2020a%206\)&text=A%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20ANM%20n%C2%BA%20122,das%20obriga%C3%A7%C3%A3o%20previstas%20na%20legisla%C3%A7%C3%A3o.](https://app.anm.gov.br/ParticipaPublico/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=111#:~:text=REUNI%C3%83O%20PARTICIPATIVA%20n%C2%BA%201%2F2023%20(Sess%C3%B5es%2020a%206)&text=A%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20ANM%20n%C2%BA%20122,das%20obriga%C3%A7%C3%A3o%20previstas%20na%20legisla%C3%A7%C3%A3o.)

¹³⁶

Disponível

em:

https://anmlegis.datalegis.inf.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&sgl_tipo=POR&num_ato=00001326&seq_ato=INT&vlr_ano=2023&sgl_orgao=DG/ANM/MME&cod_modulo=351&cod_menu=8014.

¹³⁷

Disponível

em:

https://anmlegis.datalegis.inf.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirResenhaAno&cod_menu=6675&cod_modulo=351.

Não.

4. Existe alguma avaliação/pesquisa sobre efetividade dos processos sancionadores neste setor regulado? É possível identificar índice de judicialização?

Nos termos da Resolução ANM nº 122/2022, a Diretoria Colegiada da ANM reavaliará, até 01/05/2024, os procedimentos para valoração de multas e, se for o caso, fará as adequações cabíveis (artigo 69).

Além disso, conforme item (2) acima, com vistas a dar continuidade ao diálogo com o setor regulado para identificar a necessidade de eventuais ajustes e aprimoramentos da Resolução ANM nº 122/2022, a ANM (i) abriu a Tomada de Subsídios nº 2/2022, no período de 20/12/2022 a 02/02/2023, para obter contribuições sobre a necessidade de se aprimorar a Resolução ANM nº 122/2022; (ii) realizou 6 (seis) sessões no âmbito da Reunião Participativa nº 1/2023, nas quais os convidados e interessados puderam obter mais informações sobre a matéria, tirar dúvidas e apresentar propostas à ANM; e (iii) instituiu um Grupo de Trabalho, na forma da Portaria ANM nº 1.326/2023, para avaliar contribuições recebidas na Tomada de Subsídios nº 2/2022 e na Reunião Participativa nº 1/2023 e propor medida para o aprimoramento da Resolução ANM nº 122/2022.

Tal como destacado no item #2 acima, a Resolução ANM nº 122/2023 é recente e ainda não foi aplicada de forma massiva, pelo que ainda não é possível determinar o grau de efetividade dos processos sancionadores no setor mineral à luz da regulamentação vigente.

Decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União ao examinar a conduta da ANM sugerem que a Agência enfrenta dificuldades materiais que afetam a atividade de fiscalização.

No corpo do Acórdão 1403/2023-Plenário, consta ter havido uma queda de 57% no número de autuações emitidas pela ANM entre 2018 e 2022. A ANM, em manifestação, teria buscado justificar essa redução “*em razão da redução do número de servidores da agência*”. O Ministro Benjamin Zymler concordou que poderia haver “*alguma relação de causalidade entre esses dois fatores*” - pois, no mesmo período, o número de servidores da Agência foi reduzido em 22% - mas ela “*não [explicava] por si só a redução do número de autuações*”. O TCU indicou que efetuaria uma análise mais aprofundada no processo resultante do Acórdão nº 1108/2023-Plenário.

Antes disso, no Acórdão 2914/2020-Plenário (anterior à Resolução nº 122/2022), o TCU constatou que “*a estrutura quantitativa de pessoal herdada do antigo DNPM pela ANM, que já era deficiente, não recebeu incrementos após o advento de dezessete novas competências e atribuições estabelecidas mediante a lei que criou a Agência*”. Entre 2015 e 2019, a ANM teria perdido 18% de sua força de trabalho; em 2018, 37% de seus servidores já haviam cumprido requisitos para aposentadoria (mas permaneciam em atividade e recebiam abono de permanência). O Tribunal registrou que “*há cerca de 10 anos, [vinha] apontando deficiências estruturais em relação aos recursos humanos do então DNPM*”.

Essas dificuldades não eram exclusivamente de pessoal, pois o TCU nota que “*entre 2015 e 2019, houve diminuição do total autorizado para as despesas discricionárias da ANM, entre as quais se incluem despesas com atividades finalísticas*” – e “*a ANM [vinha] sofrendo constantes contingenciamentos, dificultando sobremaneira a execução orçamentária*”. Em 2019, o contingenciamento havia atingido 19% da doação para suas despesas discricionárias.

Ao final de seu voto, o Min. Aroldo Cedraz afirmou que “*a falta de estrutura da ANM [era] tão patente*” e que “*a efetividade de ambiciosos planos e metas em relação ao setor mineral*

“não será uma realidade se a agência reguladora do setor continuar a ter uma estrutura totalmente incompatível com o nível de exigência institucional e com as novas responsabilidades assumidas”.

7.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva

Em pesquisa no SEI da ANM, não foi possível identificar celebração de Termo de Ajustamento de Conduta ou outros acordos administrativos de natureza semelhante entre a Agência e os seus administrados.

De todo modo, em 13 de maio de 2021, a ANM deu o primeiro passo para a regulamentação do artigo 2º, XI, e do artigo 13, parágrafo único, inciso II, ambos da Lei nº 13.575/2017, que assim preveem:

Art. 2º A ANM, no exercício de suas competências, observará e implementará as orientações e diretrizes fixadas no Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração), em legislação correlata e nas políticas estabelecidas pelo Ministério de Minas e Energia, e terá como finalidade promover a gestão dos recursos minerais da União, bem como a regulação e a fiscalização das atividades para o aproveitamento dos recursos minerais no País, competindo-lhe:

XI - fiscalizar a atividade de mineração, podendo realizar vistorias, notificar, autuar infratores, adotar medidas acautelatórias como de interdição e paralisação, impor as sanções cabíveis, firmar termo de ajustamento de conduta, constituir e cobrar os créditos das decorrentes, bem como comunicar aos órgãos competentes a eventual ocorrência de infração, quando for o caso;

Art. 13. A ANM, por meio de resolução, disporá sobre os processos administrativos em seu âmbito de atuação, notadamente sobre:

Parágrafo único. Resolução sobre a apreensão e o leilão a que se refere o inciso V do caput deste artigo incluirá, para hipóteses excepcionais devidamente justificadas: II - a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta com vistas a autorizar que o próprio infrator promova a venda do bem apreendido, situação em que o valor de venda deverá ser integralmente revertido à ANM.

A Agência abriu a Tomada de Subsídios nº 3/2021 para normatizar os procedimentos relativos à resolução de controvérsias mediante a utilização da mediação, conciliação e arbitragem administrativa, promovendo a regularização de condutas entre partes e com o próprio órgão de forma mais célere, eficiente e efetiva.

Da Agenda Regulatória 2022 – 2024¹³⁸ consta o tema *“Meios alternativos de solução de conflitos: Arbitragem, Conciliação e TAC”*.

Existe iniciativa da Agência no sentido de se incentivar uma fiscalização responsável, tais como a plataforma Fiscalização Responsiva da Mineração (FIRMINA), proposta pela Superintendência de Produção Mineral, e o estabelecimento de um ranking com níveis de não-conformidade (risco regulatório) para direcionar as ações de fiscalização às empresas com maiores taxas de irregularidade.

¹³⁸

Informações disponíveis em:
<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZGUzYzhkYWMtOWJkZS00ZWVjLWIxNzQtMmExN2Y5Y2YzNWFlIiwidCI6ImEzMDgzZTIxLTc0OWItNDUzNC05YWZhLTU0Y2MzMTg4OTdiOCJ9.>

Diagnóstico
1. A agência possui regulamentação sobre a utilização de TACs em processos sancionadores? Caso positivo, descrever conteúdo.
<p>Não.</p> <p>Em 13 de maio de 2021, a ANM abriu a Tomada de Subsídios nº 3/2021 para normatizar os procedimentos relativos à resolução de controvérsias mediante a utilização da mediação, conciliação e arbitragem administrativa, promovendo a regularização de condutas entre partes e com o próprio órgão de forma mais célere, eficiente e efetiva.</p> <p>Trata-se do primeiro passo para a regulamentação do artigo 2º, XI, e do artigo 13, parágrafo único, inciso II, ambos da Lei nº 13.575/2017.</p> <p>Para tanto, a Agência solicitou contribuições a 11 (onze) questionamentos, conforme a seguir:</p> <p>(1) Em quais hipóteses seriam instaurados os procedimentos de Resolução de Conflitos?</p> <p>(2) O que deve ser observado pela ANM para a realização de mediações, arbitragens administrativas e conciliações?</p> <p>(3) Em quais situações seriam cabíveis a instauração de procedimento de resolução de Conflitos na relação entre superficiário e titular do direito mineral?</p> <p>(4) Em quais situações seriam cabíveis a instauração de procedimento de resolução de Conflitos na relação entre a ANM e os titulares de direitos mineralários?</p> <p>(5) Em quais situações seriam cabíveis a instauração de procedimento de resolução de Conflitos na relação entre titulares de direitos mineralários?</p> <p>(6) Os conflitos em que já existir processo judicial em tramitação poderão se utilizar dos procedimentos de Resolução de Conflitos na ANM?</p> <p>(7) O ajuste de conduta será celebrado em quais hipóteses?</p> <p>(8) Em quais hipóteses de lavra em desconformidade com a legislação mineral o TAC poderia ser celebrado?</p> <p>(9) Em quais hipóteses poderia ser aplicado o TAC para fins de regularização de pendências em processo mineralício?</p> <p>(10) Quais seriam as contraprestações possíveis para o minerador quando da celebração do TAC com a ANM?</p> <p>(11) Há algum outro ponto não constante nas perguntas acima que deva constar na regulamentação do Termo de Ajustamento de Conduta na ANM?</p> <p>A iniciativa refletiu a inclusão do eixo temático "<i>Meios alternativos de solução de conflitos: arbitragem, conciliação e TAC</i>" na Agenda Regulatória de 2020 – 2021 da ANM. Em 2022, a ANM elaborou o Relatório de Fechamento da Agenda Regulatória ANM 2020-2021 (Nota Técnica nº 35/2022-GPOR/SRG-ANM/DIRC), em que atualizou os avanços verificados na iniciativa que, à época, contava com estudos preliminares, Nota Técnica preliminar e minuta de Resolução preliminar executadas. A serem concluídos, restavam análise das contribuições apresentadas na Tomada de Subsídios nº 3/2021, análise jurídica e análise institucional.</p> <p>De acordo com o Relatório de Fechamento da Agenda Regulatória ANM 2020-2021, há dois processos associados ao tema: 48051.005368/2020-47 e 48051.001812/2021-36. No âmbito do</p>

Processo nº 48051.005368/2020-47, incluiu-se, em 10/02/2021, uma minuta de resolução para critérios e procedimentos para celebração de TAC entre a ANM e os titulares de direito minerário.

O tema (*"Meios alternativos de solução de conflitos: Arbitragem, Conciliação e TAC"*) também consta da Agenda Regulatória 2022 – 2024. Há, ainda, um subtema neste eixo que diz respeito a definições e procedimentos relacionados à lavra ilegal e irregular.

2. Na prática, a Agência vem celebrando TAC/Acordos Administrativos como forma de abreviar a tramitação de processos sancionadores?

Não. Em pesquisa no SEI da Agência, não foi possível identificar celebração de Termo de Ajustamento de Conduta ou outros acordos administrativos de natureza semelhante entre a Agência e administrados.

Além disso, a ANM ainda não regulamentou a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta previsto na Lei nº 13.575/2017 - (i) a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, no âmbito da fiscalização das atividades de mineração, compete à ANM (artigo 2º, XI), e (ii) é possível a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta para autorizar que o próprio infrator promova a venda do bem apreendido, situação em que o valor de venda deverá ser integralmente revertido à ANM (artigo 13, parágrafo único, II).

Tal como explicado no item #1 acima, o tema vem sendo objeto de iniciativas pela Agência, não tendo havido, ainda, conclusão.

3. A agência tem se preocupado com a criação de sistemática de incentivos/desincentivos para evitar o cometimento de infrações?

Existe iniciativa da Agência no sentido de se incentivar a fiscalização responsável.

Trata-se da plataforma Fiscalização Responsiva da Mineração (FIRMINA), proposta pela Superintendência de Produção Mineral, para melhorar a eficiência, a efetividade e a transparência de suas ações de fiscalização.

Proposta em 28 de abril de 2022, a plataforma é uma solução tecnológica para a fiscalização do setor mineral de forma racional, com base em indicadores de conformidade e mediante análise de dados integrados e automatizados, gerados a partir de informações de outras ferramentas, sistemas e banco de dados, internos e externos.

No universo de empresas a serem fiscalizadas, um *ranking* com níveis de não-conformidade (risco regulatório) irá direcionar as ações de fiscalização às empresas menos adimplentes com relação às regras e obrigações do setor mineral, otimizando a alocação de pessoas e recursos da ANM.

Também há registro de que, em julho de 2022, a Agência promoveu curso, para 35 de seus servidores, tendo por objeto o tema “fiscalização responsável”.

CAPÍTULO 8. ANP – AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS

Marilia Salim Kotait

Marina Cardoso de Freitas

Stela Hühne Porto

8.1. Sanções, dosimetria e *bis in idem*

8.1.1. Síntese dos principais aspectos negativos/positivos:

Destacam-se, entre os principais aspectos positivos relacionados aos processos sancionadores da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, a existência de lei sobre penalidades – qual seja, a Lei Federal nº 9.847/1999 - o alto nível de detalhamento da regulação sobre os procedimentos aplicáveis, e a existência de documentos técnicos sobre as regras de dosimetria das penas aplicadas pela Agência (como Notas Técnicas e Orientações de Julgamento). Os três pontos são destacados tendo em vista contribuírem para a segurança jurídica do setor e dos agentes regulados, nos níveis legal e regulatório.

Do lado dos aspectos negativos, vale mencionar a inexistência da previsão de regras ou parâmetros que evitem a configuração de *bis in idem*, tanto na Lei quanto na regulação, e a ausência de padronização dos tipos penais previstos na Lei Federal nº. 9.847/1999. Isso porque são previstas situações em que uma mesma conduta enseja diferentes sanções, como é o caso da regra prevista no art. 10, V. Além disso, não foi possível identificar na Lei a utilização de critérios para determinação das multas mínimas e máximas para as condutas tipificadas. Para certas infrações graves, a multa máxima pode ser considerada irrisória (por exemplo, para o agente que exercer atividade sem autorização a multa prevista pode variar entre R\$ 50.000,00 e R\$ 200.000,00).

Ademais, não há espaço para avaliações casuísticas da gravidade da infração pelo regulador na aplicação do conceito de "reincidência" (nos termos da Lei, *"quando o infrator pratica uma infração depois da decisão administrativa definitiva que o tenha apenado por qualquer infração [...]"*, conforme art. 8º, § 1º). Ou seja, para fins da aplicação da reincidência, atualmente as regras da Lei não permitem qualquer diferenciação subjetiva do agente infrator que apresenta sua conduta com dolo ou culpa grave, em relação àquele que comete erros pontuais e não intencionais, ou objetiva, em relação à natureza ou gravidade da conduta.

8.1.2. Principais pontos de aprimoramento identificados:

Tendo em vista os aspectos negativos acima mencionados, há espaço para aprimoramentos em relação à explicitação de critérios para determinação das penas de multa para as condutas tipificadas, incluindo a aplicação do conceito de reincidência, e a revogação dos dispositivos que possibilitam a dupla punição do agente regulado pela mesma conduta (*bis in idem*).

Nesse sentido, os valores das multas mínimas e máximas previstos na Lei Federal nº 9.847/1999 poderiam ser revistos e/ou atualizados, com base em critérios mais claros e de forma que novos valores máximos de multas sejam capazes de inibir de forma mais eficiente a prática das condutas pelos agentes. Além disso, há oportunidade para o aperfeiçoamento dos critérios para aplicação de outras penalidades – como suspensão de atividades e até a revogação automática da autorização para operar – de modo que o regulador possa considerar critérios como gravidade e continuidade da conduta.

Diagnóstico
1. A legislação setorial traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar bis in idem? Caso positivo, descrever as leis relevantes.
<p>Conforme acima, a Lei Federal nº 9.847/99 disciplina as sanções aplicáveis diante do descumprimento das obrigações regulatórias consentâneas ao setor de óleo e gás, estabelecendo não apenas (i) o rol de penalidades aplicáveis; como também (ii) hipóteses de aplicação das sanções; (iii) valores mínimo e máximo de multas; (iv) parâmetros gerais para aplicação das penalidades descritas; (v) hipóteses de responsabilização dos sócios/responsáveis pela sociedade apenadas; e (vi) hipótese de responsabilidade solidária entre os agentes regulados.</p> <p>Cabe observar que, ainda que a lei traga uma disciplina mais robusta quanto às sanções aplicáveis, deixa espaço importante para a regulamentação, especialmente no que refere a critérios de dosimetria para aplicação de multas.</p> <p>Ademais, não foram identificados parâmetros para evitar <i>bis in idem</i> - o que também deixa espaço para disciplina do tema na esfera regulamentar. Sobre esse aspecto, destaca-se uma disposição que, pelo contrário, sugere a existência de <i>bis in idem</i> no apenamento de infrações à ordem econômica, diante da previsão, no art. 10, V da Lei, da aplicação da pena de revogação de autorização diante “<i>praticar, no exercício de atividade relacionada ao abastecimento nacional de combustíveis, infração da ordem econômica, reconhecida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade ou por decisão judicial</i>”.</p> <p>Além da Lei Federal nº 9.847/99, destacam-se (i) a Lei Federal nº 14.134/2019, que estabelece alguns parâmetros gerais para aplicação de sanções em face do descumprimento de obrigações imputadas aos transportadores de gás natural (por exemplo, o art. 10, que trata de hipóteses de revogação de autorização); e (ii) a Lei Federal nº 8.176/1991, que tipifica crimes contra a ordem econômica associados ao setor de combustíveis (trata-se de matéria criminal, fora do âmbito de atuação da ANP).</p>
2. A regulação infralegal traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar bis in idem? Caso positivo, descrever os regulamentos relevantes.
<p>A regulamentação infralegal traz normas sobre a aplicação de sanções e dos parâmetros para dosimetria de multas, e, nesse sentido, destacam-se (i) o Decreto Federal nº 2.593/1999, que regulamenta a Lei Federal nº 9.847/99 e detalha as etapas do processo administrativo sancionador (ex. conteúdo do auto de infração, local de sua lavratura; regras de citação e intimação, forma e prazo de defesa do autuado, instrução, apresentação de alegações finais, julgamento, cabimento de recurso, parâmetros de decisão); e (ii) a própria regulação da ANP.</p> <p>A maior contribuição da regulamentação em relação ao que já previu a Lei Federal nº 9.847/99 se dá na parte procedural e no detalhamento da forma de aplicação de conceitos e hipóteses legalmente previstos, tais como: caracterização de antecedência, aplicação da reincidência, e previsão de prazos para correção de não-conformidades antes da lavratura de autos de infração. Em determinados casos, foram detalhados elementos para a verificação da gravidade da conduta infracional, que pode ser um balizador para a aplicação de sanções.</p> <p>Por outro lado, não foram identificadas normas que contribuam, por exemplo, para a graduação da gravidade das infrações, definição de critérios para a dosimetria das penas de multa, ou que busquem evitar casos de <i>bis in idem</i>.</p> <p>As portarias e resoluções da ANP que tratam dos temas mencionados serão detalhadas mais adiante, mas vale enumerá-las desde já:</p>

- (i) Portaria nº 234/2003-ANP, especificamente no que se refere a processos sancionadores de participações governamentais, as penas e a sua dosimetria;
- (ii) Resolução nº 688/2017-ANP, que estabelece os casos em que os agentes econômicos poderão adotar medidas reparadoras de forma a ajustar sua conduta ao disposto na legislação aplicável e evitar a aplicação das penalidades;
- (iii) Resolução nº 780/2019-ANP, que estabelece requisitos para desconsideração de infração às normas do abastecimento nacional de combustíveis para fins de reincidência;
- (iv) Resolução nº 805/2019-ANP, que estabelece parâmetros referentes à instrução e ao julgamento dos processos administrativos sancionadores iniciados por um Auto de Infração;
- (v) Portaria nº 265/2020-ANP, que contém o Regimento Interno da ANP e prevê as regras aplicáveis aos processos administrativos da Agência, dentre os quais os sancionadores;
- (v) Resolução nº 851/2021-ANP, sobre o procedimento de fiscalização de segurança operacional das atividades de exploração e produção de petróleo atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural; e
- (viii) Resolução nº 915/2023-ANP, que dispõe sobre os parâmetros de caracterização de antecedentes e reincidências para o fim de aplicação das penalidades previstas na Lei nº 9.847/1999, e hipóteses de sua desconsideração.

3. Se pertinente, indicar se o tema das sanções administrativas também é disciplinado em (i) contratos; e/ou (ii) Manuais/Notas Técnicas. Caso haja regulação por contrato ou outros documentos oficiais aplicáveis, indicar as principais disposições sobre o tema.

Quanto aos contratos da ANP, foram analisadas as minutas da 17ª Rodada de Licitação e Contratos Exploratórios, realizada pela ANP em 7 de outubro de 2021.

Essa minuta contratual previa sanções contratuais específicas, como por exemplo, multa pelo descumprimento da obrigação de conteúdo local, prevista na cláusula 20.12.

De acordo com as cláusulas 29.1 e 29.2 de mencionada minuta, tais sanções são aplicáveis em caso de descumprimento contratual, sem prejuízo do eventual cabimento de outras sanções legais em caso de descumprimento da lei aplicável pelo contratado, bem como a responsabilização por eventuais perdas e danos por ele causados.

No que diz respeito à disciplina de Manuais/Notas Técnicas, há, no arcabouço regulatório da ANP, Notas Técnicas e outros documentos técnicos sobre a metodologia e o cálculo de penalidades, que detalham os critérios que devem ser utilizados para calcular as sanções de multa.

Nesse sentido, citam-se os seguintes documentos:

- (i) Nota Técnica nº 191/SSM/2017, da Superintendência de Segurança Operacional e Meio Ambiente – SSM, sobre a metodologia de cálculo das penas de multa aplicadas no âmbito da SSM, aplicável às infrações ocorridas até 20/03/2022;
- (ii) Orientação de Julgamento nº 1/2022/SSM/ANP, da Superintendência de Segurança Operacional, que estabelece a metodologia de cálculo das penas de multa aplicadas no âmbito da SSM, aplicável às infrações ocorridas a partir de 21/03/2022;
- (iii) Nota Técnica Conjunta nº 003/2011/SDP/NFP, da Superintendência de Desenvolvimento e Produção e do Núcleo de Fiscalização da Medição da Produção de Petróleo e Gás Natural, sobre parâmetros para dosimetria da pena de multa nos processos de queima de gás natural em excesso;

- (iv) Nota Técnica nº 066/2014/NFP, do Núcleo de Fiscalização da Medição da Produção de Petróleo e Gás Natural, sobre parâmetros para dosimetria da pena de multa nos processos sobre irregularidades ocorridas nos sistemas de medição, aplicável às infrações ocorridas até 21 de maio de 2021;
- (v) Despacho Decisório nº 2/2021/NFP, do Núcleo de Fiscalização da Medição da Produção de Petróleo e Gás Natural, sobre parâmetros para dosimetria da pena de multa nos processos sobre irregularidades ocorridas nos sistemas de medição, aplicável às infrações ocorridas a partir 21 de maio de 2021; e
- (vi) Nota Técnica nº 42/2021/SEP/ANP-RJ, da Superintendência de Exploração, sobre revisão da metodologia de cálculo das penas de multa aplicadas no âmbito da Superintendência.

Por fim, vale mencionar a existência de documento técnico sobre Orientações de Julgamento, focado em orientações para a tipificação e qualificação de condutas, aplicável em processos sancionadores da fiscalização do abastecimento.

4. As normas aplicáveis preveem espaço para discricionariedade administrativa na aplicação de penalidades ou não?

Sim, embora haja uma disciplina exaustiva das condutas passíveis de punição, elas trazem, em várias hipóteses, tipos abertos, que podem admitir, em tese, algum espaço para interpretação (a depender de como as obrigações regulatórias sejam disciplinadas – por exemplo, as normas de segurança).

Além disso, a regulação da ANP traz apenas em alguns poucos casos parâmetros para a classificação das não conformidades (crítica, leve e grave), como ocorre na Resolução nº 851/2021-ANP, que trata da fiscalização das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural baseado na avaliação da eficácia do sistema de gestão implementado.

De modo geral, no entanto, há espaço para discricionariedade na graduação das sanções, como na avaliação da gravidade das condutas para fins de aplicação de multa. Nesse ponto, o esforço para descrição e revisão da metodologia de cálculo da penalidade de multa restringe-se a poucas Superintendências.

5. As condutas passíveis de penalização estão definidas, de forma específica e exaustiva, em normas? Indicar, na resposta, se as condutas infracionais estão previstas em lei em sentido estrito e/ou atos normativos infralegais.

Sim, as condutas passíveis de penalização encontram-se previstas em lei em sentido estrito (Lei Federal nº 9.847/99), cabendo à regulamentação o detalhamento dos procedimentos inerentes ao processo administrativo sancionatório.

A legislação também estabelece, no caso das multas, os valores mínimo e máximo a serem considerados, além de parâmetros gerais para a aplicação das sanções.

No entanto, algumas dessas infrações apresentam descrição genérica e dependem da avaliação das obrigações disciplinadas pelas demais normas setoriais para o devido contorno e subsunção de uma conduta infracional. Nesse sentido, cita-se como exemplos as seguintes tipificações da Lei Federal nº 9.847/99:

(i) “*deixar de atender às normas de segurança previstas para o comércio ou estocagem de combustíveis, colocando em perigo direto e iminente a vida, a integridade física ou a saúde, o patrimônio público ou privado, a ordem pública ou o regular abastecimento nacional de combustíveis*” (art. 3º, VIII);

- (ii) “*não enviar, na forma e no prazo estabelecidos na legislação aplicável, as informações mensais sobre suas atividades*” (art. 3º, XIX); e
- (iii) “*comercializar gás natural em desacordo com a legislação aplicável*” (art. 3º, XX).

6. As normas são claras com relação ao sujeito ativo da infração?

As condutas infracionais descritas pela legislação, em geral, não nomeiam os potenciais infratores. Mas, isso, por si só, não é sinal de falta de clareza. Aqui, há uma necessidade de diálogo com as obrigações imputadas aos agentes regulados.

Quanto a essas, entende-se que são, em geral, bem específicas quanto ao destinatário de cada obrigação.

7. Existe alguma avaliação/diagnóstico sobre o panorama sancionatório do setor (ex. relatório de auditoria do TCU). Caso positivo, quais as principais conclusões aplicáveis ao respectivo setor?

Foram identificados os seguintes documentos:

- (i) Sumário Executivo de auditoria operacional, integrada com aspectos de conformidade, de 2022, com o objetivo de analisar se os procedimentos de fiscalização da ANP desenvolvidos, principalmente, pela Superintendência de Desenvolvimento da Produção (SDP), elaborado pelo TCU; e
- (ii) Relatório de Avaliação da ANP, de 2022, (Relatório e-Aud nº 836463), elaborado pela CGU.

Nenhum dos documentos, contudo, trata diretamente dos temas abordados neste estudo.

8.2. Processo sancionador

8.2.1. Síntese dos principais aspectos negativos/positivos:

Com base na análise da legislação e de decisões administrativas, identificou-se os seguintes aspectos positivos do processo administrativo sancionador instaurado no âmbito da ANP: (i) a simplicidade e clareza do rito processual; (ii) a previsão de Orientações de Julgamento, documentos que visam uniformizar o entendimento dos julgadores ou orientar os seus trabalhos, (art. 34 da Resolução nº 805/2019-ANP); (ii) a possibilidade de adoção de medidas reparadoras pelos agentes econômicos antes da aplicação de penalidades.

No que se refere aos aspectos negativos, destaca-se a existência de dois pontos de incerteza quanto ao procedimento administrativo, a saber: (i) se a remissão à segunda instância julgadora, em caso de decisão recorrida pela autoridade julgadora que não modificasse seu entendimento, seria automática; e (ii) em quais hipóteses o processo deve ser remetido à Procuradoria Federal junto à ANP, ante a vagueza de sua previsão normativa (“existência de dúvida jurídica, de excepcional complexidade da matéria discutida ou de necessidade de orientação em questão relevante com potencial multiplicativo”).

Há de se ressaltar, ainda, que embora seja positiva a iniciativa da ANP de uniformizar o seu entendimento por meio de Orientações de Julgamento, por se tratar de documentos que afetam diretamente a posição dos administrados, esses deveriam ter a oportunidade de contribuir em seu processo de elaboração.

8.2.2. Principais pontos de aprimoramento identificados:

Além dos pontos indicados no item acima, especialmente a alteração legislativa para inclusão de critérios para a fixação dos valores máximos e mínimos das multas aplicáveis, sugere-se que como pontos de aprimoramento a possibilidade de participação, pelos agentes regulados, do processo de elaboração de Orientações de Julgamento, que, atualmente, nos termos do art. 34 da Resolução nº 805/2019-ANP, é realizado exclusivamente no âmbito das respectivas unidades organizacionais da ANP.

Diagnóstico
1. Existem normas específicas (legais ou infralegais) sobre processo sancionador? Descreva, sucintamente, o rito a ser observado e, inclusive, recursos cabíveis.
<p>No que diz respeito à normas legais, a Lei Federal nº 9.847/99 (Lei de Penalidades) não detalha os processos sancionadores, porém traz em seu bojo algumas diretrizes gerais (ex. reincidência).</p> <p>Em relação à normas infralegais, a ANP possui algumas normas sobre processo sancionador:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Portaria nº 265/2020-ANP (Regimento Interno): Prevê as regras aplicáveis aos processos administrativos, dentre os quais os sancionadores. Entre outros temas relacionados a processos sancionadores, são previstas hipóteses de medida cautelar de fiscalização e medida regulatório-cautelar e a interposição de recurso administrativo. Nesse sentido, é previsto que caberá recurso, no prazo de 10 dias, por razões de legalidade e de mérito, e que, salvo disposição em contrário, a autoridade que proferiu a decisão será competente para conhecer do recurso, analisar o pedido de concessão de efeito suspensivo, e reconsiderar sua decisão ou encaminhá-lo à Diretoria Colegiada, para apreciação do mérito. A Diretora Colegiada é a instância máxima recursal, nas matérias submetidas à alcada da ANP. Dentre outras hipóteses, menciona-se que o recurso não será conhecido quando interposto contra ato normativo, de caráter geral e abstrato, editado pela ANP; contra atos de mero expediente ou preparatórios de decisões, bem como em face de informes e pareceres. <p>A Portaria ainda prevê que das decisões tomadas pela Diretoria Colegiada em única instância caberá pedido de reconsideração, distribuindo-se o processo a novo relator, aplicando-se, no que couber, as regras referentes ao recurso.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Resolução nº 805/2019-ANP: Estabelece os parâmetros para instrução e julgamento dos processos administrativos sancionadores iniciados por auto de infração. De forma resumida, o processo inicia-se com a lavratura do auto de infração, seguida da instrução do processo pela unidade organizacional que lavrou o respectivo auto de infração ou por outra unidade designada. O autuado será citado para apresentar defesa, no prazo de 15 dias corridos. Recebida a defesa, a unidade organizacional responsável pela instrução do processo deverá elaborar despacho de instrução. O autuado será informado sobre os atos administrativos realizados e intimado para apresentação de alegações finais, no prazo de 5 dias corridos. Encerrada a instrução processual, a autoridade julgadora proferirá a decisão de primeira instância, que julgará o auto de infração procedente, procedente em parte, improcedente ou nulo. Em caso de fixação da pena de multa, a autoridade julgadora observará os critérios legais da condição econômica, gravidade da infração, antecedentes e vantagem auferida. Após ser proferida decisão com aplicação de penalidade, o processo deverá ser encaminhado ao Núcleo de Gestão de Créditos - NGC para que esta unidade providencie a intimação do agente autuado. Se o auto de infração for julgado nulo ou

improcedente, a intimação da decisão caberá à própria unidade julgadora que, após a intimação do autuado, extinguirá o processo. Em face da decisão que imponha penalidades, o autuado poderá interpor recurso em até 10 dias corridos, o qual será encaminhado ao julgador de primeira instância, para realização do juízo de admissibilidade. Caso o recurso seja admitido para seguimento, o julgador de primeira instância realizará o juízo de reconsideração acerca da decisão proferida. Se a decisão for mantida, o processo seguirá para a decisão de segunda instância (Diretoria Colegiada), precedida de parecer da Procuradoria Federal junto à ANP nas hipóteses de existência de dúvida jurídica, de excepcional complexidade da matéria discutida ou de necessidade de orientação em questão relevante com potencial multiplicativo.

- **Resoluções n.º 915/2023-ANP e 780/2019-ANP:** Dispõe sobre os parâmetros de caracterização de antecedentes e reincidências; e sobre os requisitos para desconsideração de infração para fins de reincidência.
- **Resolução n.º 688/2017-ANP:** Estabelece os casos em que os agentes econômicos poderão adotar medidas reparadoras de forma a ajustar sua conduta ao disposto na legislação aplicável e evitar a aplicação das penalidades.

2. Há algum tema em relação ao qual as normas são confusas, imprecisas ou que gerem discussões na prática?

O rito a ser seguido é, no geral, bem delimitado pela regulação.

Na prática, contudo, há dúvidas sobre a remissão automática à segunda instância julgadora, no caso de decisão recorrida pela autoridade julgadora não modificar seu entendimento. Ademais, as hipóteses para remissão do processo à Procuradoria são bastante vagas (“existência de dúvida jurídica, de excepcional complexidade da matéria discutida ou de necessidade de orientação em questão relevante com potencial multiplicativo”).

3. Existem particularidades nas normas processuais decorrentes das características específicas do setor?

Nas fiscalizações às instalações de revendedores varejistas relacionadas à qualidade dos combustíveis comercializados, os produtos podem ser apreendidos e as instalações interditadas mesmo antes da apresentação de defesa administrativa pelo agente regulado, conforme Resolução nº 898/2022-ANP.

4. Da análise de decisões administrativas da Agência no âmbito de processo sancionador, é possível identificar eventuais aspectos críticos/ambiguidade na aplicação das normas em vigor?

Com base nas informações públicas disponíveis relativas às últimas 10 decisões administrativas da Diretoria Colegiada da ANP, não identificamos eventuais aspectos críticos ou de ambiguidade. Registramos que a Diretoria Colegiada, nas decisões analisadas, pelo contrário, determinou expressamente a adoção de parâmetros definidos pelas Orientações de Julgamento e de recomendações da Procuradoria Federal. Confira-se os exemplos abaixo:

1. Determinação de que, em situações análogas, fossem cumpridas as diretrizes das Orientações de Julgamento quanto à dosimetria da pena, “sempre que a materialidade da infração reste comprovada, as condutas estejam perfeitamente descritas nas OJs e

desde que não haja conflito com os enquadramentos definidos pela Lei nº 9.847/1999.” ([RD nº 474/2023](#))

2. Determinação de que “em situações análogas sejam observadas as recomendações da Procuradoria Geral da ANP quanto ao enquadramento da infração, em especial, que o princípio da proporcionalidade não seja adotado para alterar a subsunção do fato à norma (enquadramento), ficando a sua aplicação restrita à graduação da pena pecuniária.” ([RD nº 476/2023](#)).

6. Existe alguma avaliação/pesquisa sobre efetividade dos processos sancionadores neste setor regulado? É possível identificar índice de judicialização?

Não se identificou dados ou relatórios referentes ao índice de judicialização das sanções aplicadas pela ANP. No entanto, há análises e dados consolidados sobre as atividades de fiscalização, lavratura de auto de infração, aplicação de multas, inscrição das multas em dívida ativa para fins de sua cobrança judicial, bem como estatísticas de sua arrecadação, que buscam monitorar a efetividade dos processos sancionatórios no âmbito da ANP.

Destaca-se, nesse sentido, o protagonismo do monitoramento do tema pelo TCU que, desde 2010, tem acompanhado e proposto melhorias na governança dos processos sancionatórios pelas Agências Reguladoras, incluindo a ANP, conforme Acórdãos n.º [1.817/2010](#); [482/2012-Plenário](#); [1.665/2014](#); [1.215/2015](#); [1.970/2017-Plenário](#) e [729/2020-Plenário](#).

Destaca-se, ainda, a análise do tema pela CGU, [no Relatório emitido em julho de 2019](#), referente à prestação anual de contas da Agência em 2018, ocasião em que a necessidade de melhorias na governança dos processos sancionatórios da ANP foi o tema principal do Relatório. Os principais apontamentos relacionaram-se à necessidade de melhorias no sistema de gestão dos processos sancionadores, pouco integrados e sem capacidade de gestão de todas as etapas processuais. Apontou-se, por exemplo, que os gestores ainda faziam controle processual por meio de planilha Excel, o que os expunha a diversas fragilidades (ex. reduzido grau de segurança da informação) e retrabalhos (redigitação de dados já cadastrados, maior abertura para erros). Também se mencionou a ausência de um sistema informatizado para o acompanhamento das ações de cobrança, capaz de efetuar as amortizações necessárias quando da vinculação de pagamentos às multas aplicadas, exigindo, por exemplo, uma atualização manual do status no processo após a quitação do pagamento. Sem prejuízo, o monitoramento adequado do risco prescricional foi apontado como aspecto positivo, a despeito da precariedade do sistema.

Não foi identificada, contudo, uma nova avaliação (mais recente) do tema pela CGU, comparando o cenário então identificado ao atual.

Sem prejuízo, observa-se que algumas melhorias apontadas como necessárias para avanços no sistema de gestão de multas pela Agência encontram-se refletidas em seus [Relatórios de Gestão Anual](#), que consolidam dados sobre os processos sancionatórios instaurados a cada ano, seu status, com explicações gerais sobre circunstâncias que geraram ações fiscalizatórias ou a majoração das multas; valor de multas aplicadas e recolhidas; créditos inscritos no CADIN; monitoramento do risco de prescrição, trazendo, ainda, um comparativo da evolução das sanções aplicadas e de sua arrecadação ao longo dos anos.

Em termos gerais, observa-se um aumento nos valores de multa arrecadados pela Agência a partir do Relatório de Gestão de 2022, segundo o qual, entre 2011-2022, a Agência recolheu o maior valor histórico de multas, equivalente a R\$ 426,76 milhões de reais. Contudo, não é possível, a partir do Relatório, extraír uma conclusão imediata da maior eficiência arrecadatória da Agência,

dado que não há, por exemplo, informação sobre a origem dessas multas (ex. valores referentes a processos antigos, detalhamento das circunstâncias que acarretaram esta maior arrecadação).

Já a partir dos dados de arrecadação anual analisados pelo TCU, complementados pelo último Relatório de Gestão da ANP, nota-se alguma evolução arrecadatória, porém, sem grandes nuances ou evidências de que haja uma tendência de evolução permanente neste sentido:

- Média de arrecadação de multas aplicadas entre 2011 a 2014 de 20,04% (Fonte: TCU)
- Média de arrecadação de multas aplicadas entre 2014 a 2015 de 45% (Fonte: TCU)
- Média de arrecadação de multas aplicadas entre 2021 a 2022 de 30,31% (Fonte: média calculada pelo grupo com base nos dados extraídos do Relatório de Gestão de 2022 da ANP).

8.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva

8.3.1. Síntese dos principais aspectos negativos/positivos:

Como principais pontos positivos identificados na regulação da ANP relativamente ao tema, citamos: (i) a existência de experiência prévia com a celebração de TACs, para o que há um processo devidamente regulamentado, conferindo parâmetros claros para a sua celebração; (ii) a divulgação dos TACs celebrados no sítio eletrônico da Agência, conferindo transparência a respeito; (iii) a previsão, na regulação, da possibilidade de ajuste de conduta pelos regulados antes da aplicação de penalidades para infração de menor gravidade, incentivando sua correção antes da abertura de um processo sancionatório; e (iv) o uso de ferramentas que buscam dar transparência sobre a regularidade dos agentes regulados, que pode incentivar sua maior regularidade no cumprimento das regras setoriais.

Já como principais aspectos negativos, aponta-se (i) a ausência de uma regulamentação mais abrangente para a disciplina de TAC ou de alternativas à prática de comando e controle, que busque formas mais céleres e eficientes para a solução de irregularidades; (ii) o fato de os TACs celebrados serem restritos a situações específicas dos contratos de produção e exploração, envolvendo o cumprimento de obrigações de conteúdo local constantes de contratos extintos ou com fases encerradas - solução que parece ter sido pensada para a situação isolada, e não como prática regulatória a ser incorporada na rotina da Agência, como alternativa aos processos sancionadores

8.3.2. Principais pontos de aprimoramento identificados:

Diante dos pontos positivos e negativos listados, identifica-se espaço para aprimoramento regulatório da Agência no uso de práticas consensuais e de regulação responsiva para incentivar a regularidade dos agentes regulados e viabilizar a solução de irregularidades de modo mais eficiente, ampliando as ferramentas à disposição da Agência para buscar uma maior conformidade setorial.

Como exemplos de ações que poderiam ser implementadas nesse sentido, cite-se: (i) a possível ampliação do uso de notificações para reparação de infrações a um maior número de condutas, (ii) a regulamentação ampla do uso de TACs, de modo a incentivar o maior uso do instrumento, como alternativa eficaz à reparação e condutas e alternativa aos processos sancionadores; (iii) o robustecimento da divulgação de informações setoriais, por meio de painéis dinâmicos de fácil acesso, que possibilitem a maior transparência sobre a regularidade dos agentes.

Diagnóstico
1. A agência possui regulamentação sobre a utilização de TACs em processos sancionadores? Caso positivo, descrever conteúdo.
<p>Sim. A ANP possui regulamentação sobre o uso de TACs, a qual é restrita à hipótese de descumprimento de obrigação de conteúdo local dos contratos de produção e exploração de petróleo. Assim, não há regulação de caráter geral sobre a utilização de TACs em relação a qualquer obrigação contratual ou regulatória.</p> <p>O tema é regulamentado pela Resolução n.º 848/2021-ANP, que trata da celebração de TACs diante do descumprimento de compromisso constante de cláusula de conteúdo local dos contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural extintos ou com fases encerradas antes de 12/04/2018 e depois de solicitação de aditamento (e antes de concluído o processo de aditamento).</p> <p>A Resolução prevê que o processo para celebração de TAC deverá ser iniciado por requerimento do operador do contrato, que, após a suspensão do processo sancionador pela ANP, também deve apresentar proposta de TAC prevendo a forma, quantidade e valor dos compromissos (sobre aquisição de bens e serviços, pagamento contingente, e eventual pagamento adicional), o agente responsável, os prazos e marcos temporais do compromisso, e os pagamentos obrigatórios e de compatibilização, se for o caso. A Resolução prevê regras bastante específicas aplicáveis aos compromissos assumidos no TAC e respectivos prazos e marcos temporais.</p> <p>A ANP poderá aprovar integralmente a proposta de TAC, aprovar a proposta de TAC com condicionantes específicas ou reprová-la.</p> <p>Em havendo a celebração de TAC, o agente deverá apresentar, periodicamente, relatório sobre os compromissos executados e a comprovação da capacidade econômico-financeira compatível com a execução dos compromissos restantes.</p> <p>A execução do TAC será objeto de fiscalização pela ANP, e, no caso de descumprimento, será aplicada multa, a título de cláusula penal compensatória, em valor equivalente à soma (atualizada pelo IGP-DI), de (i) 50% do valor de referência do TAC e (ii) valor dos compromissos restantes.</p> <p>A Resolução nº 848/2021-ANP é o único regulamento da ANP sobre a utilização de TACs em processos sancionadores.</p>
2. Na prática, a Agência vem celebrando TAC/Acordos Administrativos como forma de abreviar a tramitação de processos sancionadores?
<p>A ANP tem celebrado TACs em caso de descumprimento de compromisso constante de cláusula de conteúdo local dos contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural extintos ou com fases encerradas, em observância à Resolução n.º 848/2021-ANP.</p> <p>Até o momento, foram celebrados 25 TACs, listados a seguir.</p> <p><u>TAC nº 208199</u></p> <p>Proponentes: Petrobras</p> <p>Agente Responsável: Petrobras</p> <p>Processo SEI nº: 48610.208199/2022-84</p> <p>Início: 01/09/2022</p> <p><u>TAC nº 211365</u></p> <p>Proponentes: Petrobras e Petrogal</p> <p>Agente Responsável: Petrobras</p>

Processo SEI nº: 48610.211365/2022-20

Início: 01/10/2022

TAC nº 212923

Proponentes: Petrobras e Equinor

Agente Responsável: Petrobras

Processo SEI nº: 48610.212923/2022-74

Início: 01/10/2022

TAC nº 213558

Proponentes: Petrobras, Ecopetrol e ONGC

Agente Responsável: Petrobras

Processo SEI nº: 48610.213558/2022-15

Início: 01/12/2022

TAC nº 214112

Proponentes: Petrobras e Petronas

Agente Responsável: Petrobras

Processo SEI nº: 48610.214112/2022-16

Início: 01/01/2023

TAC nº 214336

Proponentes: Petrobras e Total

Agente Responsável: Petrobras

Processo SEI nº: 48610.214336/2022-10

Início: 01/01/2023

TAC nº 214480

Proponentes: Petrobras e IBV

Agente Responsável: Petrobras

Processo SEI nº: 48610.214480/2022-56

Início: 01/01/2023

TAC nº 214248

Proponentes: Petrobras e Repsol

Agente Responsável: Petrobras

Processo SEI nº: 48610.214248/2022-18

Início: 01/01/2023

TAC nº 214716

Proponentes: Petrobras, BP e Neptune

Agente Responsável: Petrobras

Processo SEI nº: 48610.214716/2022-54

Início: 01/01/2023

TAC nº 214585

Proponentes: Petrobras, Enauta e 3R

Agente Responsável: Petrobras

Processo SEI nº: 48610.214585/2022-13

Início: 01/01/2023

TAC nº 214719

Proponentes: Repsol, Petrobras, Woodside e Vale

Agente Responsável: Petrobras

Processo SEI nº: 48610.214719/2022-98

Início: 01/01/2023

TAC nº 213566

Proponentes: Petrobras, Enauta e Petrogal

Agente Responsável: Petrobras

Processo SEI nº: 48610.213566/2022-61

Início: 01/02/2023

TAC nº 213165

Proponentes: Petrobras e Sonangol

Agente responsável: Petrobras

Processo SEI nº: 48610.213165/2022-10

Início: 01/02/2023

TAC nº 214720

Proponentes: Petrobras e Vale

Agente responsável: Petrobras

Processo SEI nº: 48610.214720/2022-12

Início: 01/02/2023

TAC nº 214718

Proponentes: 3R Areia Branca

Agente responsável: 3R Areia Branca

Processo SEI nº: 48610.214718/2022-43

Início: 01/02/2023

TAC nº 214722

Proponentes: 3R Candeias e Sonangol Guanambi

Agente responsável: 3R Candeias

Processo SEI nº: 48610.214722/2022-10

Início: 01/02/2023

TAC nº 214724

Proponentes: 3R Macau

Agente responsável: 3R Macau

Processo SEI nº: 48610.214724/2022-09

Início: 01/03/2023

TAC nº 214711

Proponentes: Eneva

Agente responsável: Eneva

Processo SEI nº: 48610.214711/2022-21

Início: 01/04/2023

TAC nº 214723

Proponentes: Petrobras + Total + Vale

Agente responsável: Petrobras

Processo SEI nº: 48610.214723/2022-56

Início: 01/04/2023 Total + Vale

Agente responsável: Petrobras
Processo SEI nº: 48610.214723/2022-56
Início: 01/04/2023

TAC nº 214704

Proponentes: ExxonMobil e PRIO Forte
Agente responsável: ExxonMobil
Processo SEI nº: 48610.214704/2022-20
Início: 01/07/2023

TAC nº 214712

Proponentes: Karoon
Agente responsável: Karoon
Processo SEI nº: 48610.214712/2022-76
Início: 01/09/2023

TAC nº 214913

Proponentes: Origem
Agente responsável: Origem
Processo SEI nº: 48610.214913/2022-73
Início: 01/10/2023

TAC nº 215520

Proponentes: Prio Forte
Agente responsável: Prio Forte
Processo SEI nº: 48610.215520/2023-68
Início: 01/10/2023

TAC nº 214721

Proponentes: Petrobras, Anadarko e IBV
Agente responsável: Petrobras
Processo SEI nº: 48610.214721/2022-67
Início: 01/12/2023

TAC nº 222494

Proponentes: Petrobras
Agente responsável: Petrobras
Processo SEI nº: 48610.222494/2022-43
Início: 01/12/2023

Cabe destacar que, nos termos do art. 43 da Resolução nº 848/2021-ANP, os TACs celebrados pela Agência com fundamento da referida resolução devem ser publicados em sítio [eletrônico específico](#) a fim de assegurar transparência e publicidade.

3. A agência tem se preocupado com a criação de sistemática de incentivos/desincentivos para evitar o cometimento de infrações?

Não identificamos regras ou ações previstas na Agenda Regulatória da ANP que evidenciem a intenção de implementar, de forma estruturada, sistemática de incentivos para evitar o cometimento de infrações. As normas, de modo geral, se voltam à implementação de sistema de comando e controle, buscando estabelecer procedimentos e parâmetros para a aplicação de sanções diante da apuração de infrações.

Sem prejuízo, verifica-se regras voltadas à estipulação de prazo para a reparação das condutas pelos agentes infratores, antes da instauração de processo sancionatório, como as trazidas pela Resolução n.º 688/2017-ANP. A sistemática pode, em alguma medida, ser enquadrada como um exemplo de regulação responsável ao viabilizar técnicas de persuasão e correção das infrações, em detrimento da instauração de processos sancionadores (os quais, contudo, poderão ser instaurados caso os agentes não corrijam suas condutas dentro do prazo fixado).

A ANP também conta com “painéis dinâmicos” em que consolida e torna públicas e de fácil acesso informações setoriais relevantes envolvendo o cumprimento das obrigações setoriais. No entanto, os dados são focados no segmento de exploração e produção, não abrangendo todos os agentes econômicos sujeitos à regulação e fiscalização da Agência, conforme detalhado a seguir. Em alguma medida, a divulgação desses dados pode ser vista como forma de incentivo ao cumprimento das obrigações setoriais, considerados os danos reputacionais dos agentes econômicos enquadrados como “inadimplentes”.

- Painel Dinâmico de Adimplência de produtores de combustíveis e biocombustíveis junto ao “Sistema de Informações de Movimentação de Produtos – SIMP”, que traz informações sobre o envio de dados mensais pelos agentes regulados ao sistema, conforme exigências da Resolução n.º 729/2018- ANP. O painel abrange os contratantes de prestação de serviço, formuladores de combustível, centrais petroquímicas, produtores de biodiesel, produtores de biometano, produtores de etanol, produtores de solventes, refinadores e processadores de gás natural.
- Painel Dinâmico de Fiscalizações em Instalações de Exploração e Produção, com informações relacionadas às não conformidades e fiscalizações realizadas em instalações de exploração e produção de petróleo e gás natural, que traz informações sobre as não conformidades identificadas, agente infrator e o grau de criticidade da consulta (i.e., crítica, grave, leve e moderada).

Por fim, a Agência também divulga dados brutos consolidados sobre todas as fiscalizações conduzidas, possibilitando a identificação/divulgação de agentes infratores nos demais segmentos regulados (ainda que de forma menos visual e acessível).

CAPÍTULO 9. ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Carolina Fidalgo

Natassia Ueno

Silvio Guidi

9.1. Sanções, dosimetria e *bis in idem*

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (“ANS”) foi criada pela Lei federal nº. 9.961/2000, para regular as atividades relacionadas à assistência suplementar à saúde, possuindo, nos termos dessa lei, competência para editar normas, fiscalizar e aplicar sanções aos agentes do setor, em função do descumprimento das normas setoriais.

A partir do levantamento realizado, identificamos que a regulação do setor da saúde suplementar possui normas detalhadas e claras sobre dosimetria de penalidades, adotando soluções inovadoras para buscar o atendimento ao princípio da proporcionalidade, tais como: (i) incentivo à reparação voluntária em diversos momentos até a lavratura do auto de infração, o que pode levar ao arquivamento do processo ou à redução da penalidade aplicável no caso concreto; (ii) critério de compatibilização da penalidade aplicável a infrações que provoquem efeitos coletivos, evitando *bis in idem*; (iii) amplo detalhamento dos tipos infracionais e das penalidades aplicáveis a cada um deles.

Há, ainda, dois pontos adicionais que merecem ser ressaltados: a regulação setorial criou a figura das NIPs (“Notificação de Intermediação Preliminar”), um instrumento que visa à solução consensual de conflitos entre operadoras e beneficiários de planos de saúde e que pode culminar na reparação voluntária.

A regulação setorial também prevê uma sistemática de suspensão temporária de planos de saúde mal avaliados pelos beneficiários (“Monitoramento da Garantia de Atendimento” – Resolução nº. 566/2022), como uma espécie de medida cautelar, mas sem ampla defesa e contraditório, que se baseia em reclamações apresentadas pelos beneficiários e, em parte, em análise comparativa entre operadoras. Esse último ponto foi objeto de ampla controvérsia, tendo sido objeto de ações judiciais que discutiram a constitucionalidade e legalidade da adoção de medidas dessa natureza, sem ampla defesa e contraditório.

Como pontos de aperfeiçoamento, identificamos (i) a possibilidade de aprofundamento do tema das infrações continuadas, que foi incluído na Consulta Pública nº. 65/2021, mas posteriormente retirado; (ii) a necessidade de detalhamento dos critérios de dosimetria aplicáveis às penalidades não pecuniárias, em especial a de inabilitação permanente; (iii) a compatibilização entre a redução da penalidade decorrente da presença de fatores atenuantes (10%) e os descontos ofertados para pagamento da multa sem defesa ou recurso (de até 40%); (iv) a necessidade de compatibilização entre as regras aplicáveis à suspensão temporária prevista pela Resolução nº. 566/2022, e os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, bem como compatibilização entre esses procedimentos e futuros processos administrativos sancionadores, a fim de evitar que as operadoras sejam penalizadas duas vezes pelo mesmo motivo (suspenção temporária + sanções administrativas).

Diagnóstico
1. A legislação setorial traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar <i>bis in idem</i>? Caso positivo, descreva as leis relevantes.
A Lei nº. 9.961/2000, que cria a ANS, prevê, em seu art. 4º, competência genérica para fiscalização e aplicação de penalidades.

A única penalidade especificamente prevista por essa lei encontra-se prevista no § 1º desse mesmo artigo: “A recusa, a omissão, a falsidade ou o retardamento injustificado de informações ou documentos solicitados pela ANS constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até vinte vezes, se necessário, para garantir a sua eficácia em razão da situação econômica da operadora ou prestadora de serviços”.

As demais penalidades têm fundamento específico na Lei nº. 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde (em especial art. 25 e 35-D).

Com relação à dosimetria, essa lei é sucinta e prevê apenas que o valor das multas deverá ser compatível com o porte econômico da operadora ou prestadora de serviço e a gravidade da infração, não podendo ser inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ou superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) (vide arts. 27 e 35-D).

2. A regulação infralegal traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar bis in idem? Caso positivo, descrever os regulamentos relevantes.

No âmbito infralegal, há quatro normas da ANS que versam sobre aplicação de penalidades e medidas restritivas no âmbito da saúde suplementar:

(i) RESOLUÇÃO NORMATIVA - RN nº 483/2022, que dispõe sobre os procedimentos adotados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS para a estruturação e realização de suas ações fiscalizatórias.

Essa norma prevê regras sobre Reparação Voluntária e Eficaz (RVE) e sobre os efeitos da confissão de culpa. Ambas as hipóteses reduzem o valor final da multa aplicável. A RVE pode, em alguns casos, evitar a instauração do processo administrativo sancionador.

(ii) RESOLUÇÃO NORMATIVA - RN Nº 489/2022, que dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde.

Essa é a principal norma sobre o tema.

Os parâmetros gerais de dosimetria para a aplicação de sanções pecuniárias são previstos nos arts. 7º, 8º, 9º, 10 e 11 da Resolução nº. 489/2022.

Os parâmetros para aplicação de penalidades não pecuniárias são previstos nos arts. 14, 15 e 16 da Resolução nº. 489/2022.

O art. 9º da Resolução nº. 489/2022 prevê o critério de compatibilização para infrações que produzam efeitos de natureza coletiva, evitando que o agente regulado tenha contra si lavrados tantos autos de infração quanto beneficiários concretamente afetados por sua conduta irregular.

O art. 17 afasta a possibilidade de aplicação da penalidade de advertência nos casos de reincidência, que é considerada um fator agravante. Mas o limite temporal para computação da reincidência é limitado. Só é considerada reincidência a prática da mesma infração dentro do prazo de 1 (um) ano do “trânsito em julgado” da decisão condenatória anterior.

(iii) RESOLUÇÃO NORMATIVA ANS Nº 543/2022, que dispõe sobre a concessão de Autorização de Funcionamento das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde e sobre o Registro de Produtos, e versa especificamente sobre a penalidade de cancelamento da autorização (arts. 21 e seguintes).

Essa resolução prevê a possibilidade de cancelamento da autorização de funcionamento da operadora de planos de saúde na hipótese de “ocorrência das hipóteses previstas na regulamentação normativa vigente quanto à aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde, em conformidade com o art. 25, VI, da Lei nº 9.656/98” (art. 22, II).

(iv) RESOLUÇÃO NORMATIVA ANS Nº 566/2022, que dispõe sobre a garantia de atendimento dos beneficiários de plano privado de assistência à saúde, e prevê hipótese de suspensão temporário do plano.

Essa norma prevê prazos máximos para atendimento aos beneficiários de planos de saúde (art. 3º) e a possibilidade de suspensão temporária da comercialização de planos de saúde em caso de “descumprimento reiterado das regras dispostas nesta Resolução Normativa, que possa constituir risco à qualidade ou à continuidade do atendimento à saúde dos beneficiários, a ANS poderá adotar as seguintes medidas” (art. 15).

A suspensão temporária da comercialização de planos de saúde que reiteradamente violem o disposto na Resolução nº. 566/2022 é uma medida adotada pela ANP ao final de cada ciclo de Monitoramento da Garantia de Atendimento, que consiste no acompanhamento, pela ANS, do acesso dos beneficiários às coberturas contratadas, realizado trimestralmente, com base nas reclamações apresentadas pelos beneficiários à agência reguladora.

A partir da quantidade de reclamações apresentadas dentro de um determinado trimestre, as operadoras são classificadas em faixas, a fim de possibilitar uma análise comparativa entre elas. Para as operadoras que reiteradamente se enquadrarem na pior faixa, é aplicada a medida de suspensão temporária de comercialização dos seus planos.

3. Se pertinente, indicar se o tema das sanções administrativas também é disciplinado em (i) contratos; e/ou (ii) Manuais/Notas Técnicas. Caso haja regulação por contrato ou outros documentos oficiais aplicáveis, indicar as principais disposições sobre o tema.

Não aplicável

4. As normas aplicáveis preveem espaço para discricionariedade administrativa na aplicação de penalidades ou não?

Sim, algumas normas utilizam cláusulas abertas para tipificação, por exemplo:

(i) Lesão irreversível (art. 5º, I da Resolução nº. 489/2022).

(ii) Risco à saúde (art. 7º, I da Resolução nº. 489/2022).

(iii) Incorrer em práticas irregulares ou nocivas à política de saúde pública (art. 33 da Resolução nº. 489/2022).

Além disso, para penalidades que não são pecuniárias, os critérios de dosimetria são mais subjetivos.

5. As condutas passíveis de penalização estão definidas, de forma específica e exaustiva, em normas? Indicar, na resposta, se as condutas infracionais estão previstas em lei em sentido estrito e/ou atos normativos infralegais.

Sim, as condutas estão previstas na Resolução nº. 489/2022 (arts. 18 a 114).

6. As normas são claras com relação ao sujeito ativo da infração?

Sim, o art. 1º e o art. 2º, § 1º da Resolução nº. 489/2022 versam sobre o tema e preveem que podem ser sujeitos ativos:

(i) Todas as operadoras de planos privados de assistência à saúde, incluindo as administradoras de benefícios.

(ii) Seus administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados.

(iii) Prestadores de serviços de saúde.
7. Existe alguma avaliação/diagnóstico sobre o panorama sancionatório do setor (ex. relatório de auditoria do TCU). Caso positivo, quais as principais conclusões aplicáveis ao respectivo setor?
Em nosso levantamento, encontramos o Acórdão 79/2017, do Tribunal de Contas da União (Processo: 023.176/2015-6), que versa de forma geral sobre dificuldades na fiscalização e arrecadação de multas.
Contudo, não foram tecidas considerações sobre questões relacionadas à dosimetria de penalidades.

9.2. Processo Sancionador

O processo sancionador da ANS é disciplinado principalmente pela Resolução normativa RN nº. 483/2022. Mas há que se fazer destaque também para a Resolução normativa nº. 566/2022, que versa sobre o Monitoramento da Garantia de Atendimento, e sobre a possibilidade de suspensão de comercialização de planos de saúde.

Como aspecto positivo, pode ser apontada uma forte tendência à resolutividade, por meio de TCACs e RVEs. Como aspecto negativo, pode ser apontado o fato de que a suspensão de comercialização de produtos não é tida como sanção, não havendo espaço para contraditório e ampla defesa.

Diagnóstico
1. Existem normas específicas (legais ou infralegais) sobre processo sancionador? Descreva, sucintamente, o rito a ser observado e, inclusive, recursos cabíveis.
No âmbito legal, a disciplina da matéria é bastante sucinta. O art. 10 da Lei nº. 9.961/2000 prevê, em seu § 2º, que “dos atos praticados pelos Diretores caberá recurso à Diretoria Colegiada como última instância administrativa”.
<p>A Lei nº. 9.656/98, por sua vez, se limita a estabelecer que:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, cabendo à ANS dispor sobre normas para instauração, recursos e seus efeitos, instâncias e prazos (art. 29). (ii) Antes de aplicada a penalidade, o processo administrativo poderá ser suspenso mediante assinatura termo de compromisso de ajuste de conduta, que terá eficácia de título executivo extrajudicial (art. 29, § 1º), o qual deverá conter as seguintes obrigações: I - cessar a prática de atividades ou atos objetos da apuração; e II - corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes, e deverá prever, dentre outras coisas, o valor da multa a ser imposta no caso de descumprimento, não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de acordo com o porte econômico da operadora ou da prestadora de serviço. (iii) O art. 29-A prevê, ainda, que a ANS poderá celebrar com as operadoras termo de compromisso, quando houver interesse na implementação de práticas que consistam em vantagens para os consumidores, com vistas a assegurar a manutenção da qualidade dos serviços de assistência à saúde. <p>No âmbito infralegal, há duas normas da ANS que versam sobre o assunto:</p>

(i) a RESOLUÇÃO NORMATIVA - RN Nº 483/2022, que dispõe sobre os procedimentos adotados pela ANS para a estruturação e realização de suas ações fiscalizatórias.

Alguns pontos devem ser destacados:

(a) O art. 2º, § 3º, faz referência à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

(b) Os arts. 5º e seguintes versam sobre a Notificação para Intermediação Preliminar (“NIP”), uma fase prévia ao processo sancionador, que ocorre em plataforma digital e que visa à solução de conflitos entre beneficiários e operadoras. Nesse processo, a operadora pode atender à demanda do usuário, o que será considerado como uma hipótese de reparação voluntária e eficaz (“RVE”). De acordo com o art. 15, a demanda classificada como não resolvida é a única hipótese que prosseguirá para abertura de processo administrativo sancionador e lavratura de auto de infração, enquanto as demais serão finalizadas após a fase de classificação.

(c) De acordo com o art. 20, “considera-se reparação voluntária e eficaz - RVE a adoção pela operadora de medidas necessárias para a solução da demanda, resultando na reparação dos prejuízos ou danos eventualmente causados e no cumprimento útil da obrigação”.

(d) A lavratura de autos de infração é concentrada na Diretoria de Fiscalização – DIFIS.

(e) O art. 33 prevê a possibilidade de pagamento antecipado da multa com desconto, sem apresentação de defesa, hipótese em que o interessado fará jus a um desconto percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o valor da multa correspondente à infração administrativa apurada no auto de infração ou na representação lavrados. Contudo, essa hipótese é regulamentada como confissão do requerente quanto à matéria de fato e reconhecimento da ilicitude da conduta.

(f) Quando a multa é paga após a decisão de 1ª instância, o seu valor é reduzido em 20% (art. 41);

(g) O art. 34 prevê que a reparação posterior também dá direito a redução da multa em até 80%.

(ii) a RESOLUÇÃO NORMATIVA – RN Nº 566/2022, que dispõe sobre a garantia de atendimento dos beneficiários de plano privado de assistência à saúde e prevê a hipótese de suspensão cautelar da comercialização de planos em virtude do descumprimento reiterado das normas setoriais.

Os critérios para a aplicação da medida de suspensão temporária da comercialização dos planos são atualmente detalhados pela Instrução normativa nº. 31/2022 da ANS. Destacam-se os seguintes pontos:

(a) “o acompanhamento e a avaliação da garantia de atendimento serão realizados continuamente e os resultados apurados trimestralmente” (art. 3º).

(b) “serão objeto de avaliação as demandas de reclamações de beneficiários recepcionadas pela ANS, que tenham como referência toda e qualquer restrição de acesso à cobertura assistencial, processadas no âmbito do procedimento da Notificação de Intermediação Preliminar – NIP” (art. 4º).

(c) as operadoras serão comparadas, considerando um índice que é calculado a partir da divisão do número de NIPs recebidas pela ANS por operadora e o número de beneficiários do plano, multiplicado por 10.000:

2. MÉTODO DE CÁLCULO:

NIPs Assistenciais¶

$$x = \frac{\sum \text{NIPs Assistenciais}}{\bar{x} \text{ beneficiários}} \times 10.000¶$$

Onde:¶

$\sum \text{NIPs Assistenciais}$: → reclamações que tenham como referência toda e qualquer restrição de acesso à cobertura assistencial, processadas no âmbito-NIP.¶

$\bar{x} \text{ beneficiários}$: → média da quantidade de beneficiários dos últimos três meses informados pela operadora no SIB/ANS.¶

A partir dos resultados desse cálculo, as operadoras são classificadas em 4 faixas (art. 10).

As operadoras sem reclamações são classificadas na faixa 0.

As operadoras que obtiverem resultado abaixo da média de todas as reclamações de todas as operadoras são classificadas na faixa 1.

As operadoras que obtiverem resultado acima desta média são distribuídas nas faixas 2 e 3, sendo a primeira destinada às operadoras com resultado maior ou igual à mediana e menor ou igual a 50% (cinquenta por cento) acima da mediana, e a última ao resultado maior que 50% (cinquenta por cento) acima da mediana.

(d) “A cada período de avaliação, o risco à qualidade ou à continuidade do atendimento à saúde dos beneficiários será mensurado a partir da consolidação de avaliações”, considerando os seguintes critérios (art. 15):

(i) número absoluto de reclamações recebidas por cada operadora.

(ii) Análise comparativa entre operadoras, considerando a classificação nas faixas acima mencionadas. Será considerada em risco “a operadora que permanecer, no segundo período consecutivo, enquadrada na faixa 3 de avaliação e preencher, pelo menos, um dos seguintes requisitos: I – não tenha havido redução de, no mínimo, dez por cento, no seu IO, em comparação ao período imediatamente anterior; ou II – o seu IO, segundo o método box-plot, represente um valor discrepante”.

É importante destacar que a medida de suspensão da comercialização de planos de saúde não é precedida de ampla defesa e contraditório. Como se vê, ela se pauta em análise periódica da quantidade de reclamações recebidas pela operadora, sob o procedimento das NIPs.

2. Há algum tema em relação ao qual as normas são confusas, imprecisas ou que gerem discussões na prática.

Sim, o tema da suspensão temporária dos planos de saúde, já mencionado acima.

Esse tema foi objeto de ampla controvérsia, tendo sido objeto de ações judiciais que discutiram a constitucionalidade e legalidade da adoção de medidas dessa natureza, sem ampla defesa e contraditório.

Em um primeiro momento, foram proferidas decisões liminares que suspenderam as medidas de suspensão de comercialização de planos de saúde impostas pela ANP com base no Monitoramento da Garantia de Atendimento.

Vide, por exemplo, decisão proferida pela 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, no âmbito do processo nº 0022317-66.2013.4.02.5101, ajuizado pela Federação Nacional de Saúde Suplementar (“FENASAÚDE”) em face da ANS, em que restou consignado que “não se revela razoável que, mesmo sem a constatação da irregularidade, ou seja, sem qualquer juízo, ainda que provisório, acerca da responsabilidade da operadora de plano de saúde, haja computação de pontos negativos na avaliação da garantia de atendimento, sobretudo porque, nos autos do processo

administrativo a ser instaurado, ainda serão feitas diligências, garantido o contraditório e a ampla defesa”.

Em vista disso, foi determinada a exclusão, da avaliação de garantia de atendimento, das reclamações que tenham sido respondidas pelas operadoras de plano de saúde e em relação às quais a agência reguladora tenha opinado no sentido do encaminhamento para a realização de diligências, enquanto não houver um juízo conclusivo no sentido de que foi cometida infração por parte da operadora de plano de saúde.

Decisões judiciais liminares como essas, contudo, foram suspensas pelo STJ e STF, no bojo do pedido de Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.807 - RJ (2013/0339946-5), e na Medida Cautelar na Reclamação Rcl 16546 MC / DF.

O Superior Tribunal de Justiça afirmou que houve alteração do aspecto de procedimento interno da agência reguladora que “visou a proteger com maior eficácia o consumidor em importante aspecto da vida, qual seja a saúde, devendo, principalmente, resguardá-la, mas também privilegiar a ordem pública sob o viés administrativo”. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, afirmou que a cautela recomenda a manutenção do ato da agência reguladora, cujo poder regulatório deve ser prestigiado.

Posteriormente, no mérito, prevaleceu, pelo menos até o momento, o entendimento de que não há ilegalidade do procedimento adotado pela ANS para suspensão dos planos de saúde¹³⁹, não havendo

¹³⁹ APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. REGULARIDADE DO SISTEMA DE AVALIAÇÃO DA GARANTIA DE ATENDIMENTO DOS BENEFICIÁRIOS PELAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. INSTRUÇÃO NORMATIVA nº 38/12. ARTIGO 12-A DA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 259/11. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 42/13. SUSPENSÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS. LEI Nº 9.656/98. 1 - As Notificações de Investigação Preliminar foram instituídas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS mediante a Resolução Normativa nº 226, de 05 de agosto de 2010, da Diretoria Colegiada, tendo por finalidade a mediação na solução de conflitos entre consumidores e operadoras de planos privados de assistência à saúde, acerca das demandas de negativa de c obertura. 2 - A Resolução Normativa nº 259/11 passou a regulamentar a garantia de atendimento dos beneficiários de planos privados de saúde, estipulando os prazos máximos em que deverão ocorrer os atendimentos dos beneficiários. Com a vigência do artigo 12-A, da Resolução Normativa nº 259/11, houve a previsão da possibilidade de suspensão da comercialização dos produtos das operadoras de planos de saúde que apresentassem o descumprimento reiterado dos prazos de atendimentos definidos na norma legal, constituindo risco à qualidade ou à c continuidade do atendimento à saúde dos beneficiários. 3 - A Instrução Normativa nº 42/13 tem por objetivo avaliar a garantia de acesso dos beneficiários frente às coberturas previstas na Lei nº 9.656/98 relativas aos contratos e seus regulamentos, o cumprimento dos prazos e demais garantias dispostas na Resolução Normativa nº 259/11, bem como verificar possíveis irregularidades que constituam risco à qualidade e/ou continuidade do atendimento prestado aos beneficiários, sendo certo que o referido ato normativo não alargou a incidência da Resolução Normativa nº 226/10, tampouco contrariou o d isposto na Resolução Normativa nº 259/11. 4 - Pela redação do artigo 6º, inciso I, da Instrução Normativa nº 42, de 26 de fevereiro de 2013, situações nas quais ainda não foi constatada negativa indevida de cobertura, mas apenas determinado o encaminhamento para a abertura de processo administrativo para apurar eventual infração, serão consideradas negativamente para fins de avaliação da garantia de a tendimento. 5 - Em sede de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos da ação cautelar originária deste recurso, indeferiu a medida liminar pleiteada pela ora apelante, esta Quinta Turma Especializada, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, a fim de 1 deferir parcialmente a medida liminar, para excluir da avaliação de garantia de atendimento, tão somente, as reclamações que tenham sido respondidas pelas operadoras de plano de saúde e em relação às quais a agência reguladora tenha opinado no sentido do encaminhamento para a realização de diligências, enquanto não houver um juízo conclusivo no sentido de que foi c omitida infração por parte da operadora de plano de saúde. 6 - No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos da Suspensão de Liminar nº 1.807/RJ, determinou a suspensão de tal decisão, ao fundamento de que houve alteração do aspecto de procedimento interno da agência reguladora que, certamente, visou a proteger com maior eficácia o consumidor em importante aspecto da vida, qual seja a saúde, devendo, principalmente, resguardá-la, mas também privilegiar a ordem pública sob o viés administrativo. Destacou-se, ainda, que a decisão atentou contra o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, causando, por conseguinte, grave lesão à ordem pública e, em última a nálise, à saúde de uma imensa coletividade. 7 - Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação nº 16.546, ajuizada contra a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, afirmou que a cautela

que se falar “em violação ao contraditório e à ampla defesa no âmbito do monitoramento da garantia de atendimento, pois a operadora tem o prazo de cinco dias úteis para garantir a cobertura ou a negar, de forma fundamentada, com a documentação que deu suporte à mencionada decisão”.

3. Existem particularidades nas normas processuais decorrentes das características específicas do setor?

Sim, como mencionado acima, as normas setoriais preveem pelo menos duas particularidades que valem ser ressaltadas neste estudo:

- (i) procedimentos para reparação voluntária de irregularidades – os NIPs, que, por um lado, podem evitar a instauração de processos administrativos sancionadores, mas, de outro, são contabilizados para fins de monitoramento da garantia de atendimento e podem justificar a suspensão temporária dos planos de saúde que sejam considerados em risco;
- (ii) procedimento trimestral de suspensão temporária de planos de saúde, com base em critérios comparativos entre operadoras.

4. Da análise de decisões administrativas da Agência no âmbito de processo sancionador, é possível identificar eventuais aspectos críticos/ambiguidade na aplicação das normas em vigor?

Não foi possível ter acesso, de forma consolidada, aos precedentes da ANS a fim de permitir uma resposta a essa pergunta.

5. É possível identificar decisões judiciais relevantes envolvendo decisões administrativas ou a regulamentação aplicável a sanções/processo sancionador?

Fazemos referência à resposta ao item 2.

6. Existe alguma avaliação/pesquisa sobre efetividade dos processos sancionadores neste setor regulado? É possível identificar índice de judicialização?

Em nosso levantamento, encontramos o Acórdão 79/2017, do Tribunal de Contas da União (Processo: 023.176/2015-6), que versa de forma geral sobre dificuldades na fiscalização e arrecadação de multas.

Contudo, não foram tecidas considerações sobre questões relacionadas à dosimetria de penalidades.

recomenda a manutenção do ato da agência reguladora, cujo poder regulatório deve ser prestigiado. Posteriormente, ante a ausência de interesse no prosseguimento do feito, foi extinta a reclamação sem resolução do mérito. 8 - Diante da força persuasiva das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, deixa-se de adotar o entendimento antes defendido nos autos do agravo de instrumento nº 2013.02.01.011510-0, para considerar regulares as normas que avaliam o desempenho das operadoras de planos de saúde em razão das reclamações efetuadas pelos beneficiários. 9 - Acerca da contabilização de reclamações feitas por usuários que não adaptaram seus contratos à Lei nº 9.656/98, o artigo 11 da Resolução Normativa nº 259/11 expressamente prevê a aplicabilidade das regras de garantia de atendimento dispostas na mencionada Resolução aos planos privados de assistência à saúde celebrados antes da vigência da Lei nº 9.656/98, salvo se neles houver previsão contratual que disponha de forma diversa, motivo pelo qual é cabível a utilização das reclamações formuladas por esses consumidores na avaliação de desempenho das operadoras. 10 - Não há que se falar em violação ao contraditório e à ampla defesa no âmbito do monitoramento da garantia de atendimento, pois a operadora tem o prazo de cinco dias úteis para garantir a cobertura ou a negar, de forma fundamentada, com a documentação que deu suporte à mencionada decisão, conforme disposto nos artigos 10 e 16 da Resolução Normativa nº 226/10. 11 - Recurso de apelação desprovido. ACÓR DÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, accordam os Membros da Quinta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao recurso de apelação, na forma do Relatório e do Voto, que ficam fazendo parte do presente julgado. (TRF2. Apelação Cível nº. 0022317-66.2013.4.02.5101, Des. Rel. FIRLY NASCIMENTO FILHO, j. 12.07.2016).

9.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva

A ANS pode celebrar termos de ajustamento de conduta com fundamento no art. 29 da Lei nº. 9.656/2000, regulamentado pela Resolução normativa nº. 372/2015. Além disso, da regulamentação da ANS, há fortes incentivos à reparação voluntária, com previsão de descontos de até 80% sobre o valor da multa correspondente à infração administrativa apurada no auto de infração lavrado.

Diagnóstico
1. A agência possui regulamentação sobre a utilização de TACs em processos sancionadores? Caso positivo, descrever conteúdo.
Sim. A ANS pode celebrar termos de ajustamento de conduta com fundamento no art. 29 da Lei nº. 9.656/2000, regulamentado pela Resolução normativa nº. 372/2015.
Seguem abaixo os principais pontos da Resolução nº 372/2015:
<ul style="list-style-type: none"> (i) Celebração do TCAC é discricionária. (ii) TCAC pode ser proposto até o trânsito em julgado da decisão de aplicação de penalidade no processo sancionador. (iii) A assinatura do TCAC não importa em confissão da operadora quanto à matéria de fato, nem o reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração. (iv) Não serão objeto de TCAC os atos tipificados como negativa de cobertura nos procedimentos de urgência e emergência. (v) Durante o prazo de vigência do TCAC, fica suspensa a prescrição dos processos administrativos sancionadores. (vi) Cumpridas as obrigações, serão extintos os atos objetos de apuração que estavam nele expressamente elencados. (vii) Como regra, será celebrado um TCAC por tipo sancionador, mas excepcionalmente, a critério da DIFIS, poderão ser agrupados no mesmo TCAC infrações enquadradas em mais de uma tipificação sancionadora.
2. Na prática, a Agência vem celebrando TAC/Acordos Administrativos como forma de abreviar a tramitação de processos sancionadores?
Sim. Neste link, podem ser encontrados os TCACs já celebrados: https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/operadoras/compromissos-e-interacoes-com-a-ans-1/termos-de-compromisso/termo-de-compromisso-de-ajuste-de-conduta
Um deles foi o TCAC celebrado com a Hapvida Assistência Médica, referente a 171 processos sancionadores e multas que atingiam o total de R\$ 12 milhões.
Nesse processo, se discutiu a possibilidade de avaliação/contabilização retroativa dos investimentos determinados pelo TCAC. Ou seja, se discutia a possibilidade de a empresa contabilizar investimentos já realizados para comprovar o cumprimento do TCAC.
Também foi discutido o agrupamento de diversos tipos de infração em um mesmo TCAC, envolvendo irregularidades reiteradas (https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/pareceres-expoem-brechas-em-negociacao-entre-ans-e-hapvida-04112021).
Esse tema já tinha sido objeto de deliberação pelo TCU, no Acórdão 2121/2017: “em atenção à decisão do Conselho Diretor da Anatel nos termos da Análise nº 68/2017, não admite como compromissos adicionais em TAC as ações, atividades e investimentos que já tenham sido realizados

pelas operadoras ou que estejam em andamento no momento da assinatura do instrumento, com vistas a garantir o interesse público do ajuste e a sua efetividade”.

3. A agência tem se preocupado com a criação de sistemática de incentivos/desincentivos para evitar o cometimento de infrações?

Sim. Em nosso levantamento, pudemos identificar pelo menos dois tipos de medidas:

(a) Sunshine regulation + Suspensão temporária da comercialização dos planos de saúde com base em critérios comparativos.

A ANS possui um programa de Monitoramento da Garantia de Atendimento, que avalia as operadoras a partir de reclamações de descumprimento dos prazos máximos para realização de consultas, exames e cirurgias ou negativa de cobertura assistencial. A partir dessas informações as operadoras são classificadas em faixas, possibilitando uma análise comparativa entre elas.

As informações são processadas periodicamente, e os resultados são divulgados trimestralmente.

As operadoras reiteradamente com pior resultado são obrigadas a suspender o ingresso de novos beneficiários em seus planos. A cada trimestre a listagem de planos é reavaliada, e as operadoras que deixarem de apresentar risco à assistência à saúde são liberadas, pelo monitoramento, para oferecer os planos para novas comercializações.

(b) Incentivos à reparação voluntária e eficaz (RVE).

A Resolução 483/2022 prevê descontos de até 80% sobre o valor da multa correspondente à infração administrativa apurada no auto de infração lavrado em caso de reparação voluntária e eficaz.

CAPÍTULO 10. ANTAQ – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS

*Ana Clara Klein Pegorim
Karen Mentzingen Coutinho
Marina Cardoso de Freitas*

10.1. Sanções, dosimetria e *bis in idem*

Como principais **pontos positivos** identificados em relação à disciplina dos processos sancionadores no âmbito da ANTAQ, destaca-se: (i) a transparência e previsibilidade decorrente da descrição do rol de infrações pela regulamentação; (ii) a definição de multas máximas para cada infração, o que possibilita maior segurança jurídica quanto aos valores a serem aplicados pelos agentes regulados, bem como de parâmetros gerais para a graduação das sanções; (iii) a previsão da advertência como pena alternativa à multa para infrações leves e médias; (iv) a possível notificação dos infratores para cumprimento de suas obrigações antes da lavratura de Autos de Infração, estimulando a correção das condutas; (v) a mitigação de *bis in idem* pela disciplina das hipóteses de infração continuada, que impedem a lavratura de um novo auto de infração para a mesma conduta ainda não apurada em processo sancionador ou na hipótese de o agente infrator ainda não ter conhecimento do objeto do processo instaurado.

Já como principais **pontos negativos**, destaca-se o caráter genérico dos parâmetros gerais definidos para a graduação/dosimetria das sanções, que possibilitam uma maior margem e interpretação ao regulador. A falta de uma metodologia específica para a graduação das multas pode gerar certa insegurança jurídica aos agentes regulados e possibilitar a ausência de isonomia na aplicação das sanções, principalmente em razão de autoridades diversas com competência pela condução dos processos sancionadores, a depender da gravidade da conduta, que englobam instâncias diversas das Unidades Regionais, as Superintendências de fiscalização das Unidades Regionais e a Diretoria Colegiada da ANTAQ. Tal insegurança também é verificada no âmbito da regulação dos contratos, que possuem uma baixa densidade normativa na regulação das infrações e sanções aplicáveis, o que confere ampla discricionariedade aos Poderes Concedentes e ao regulador para a fixação *ex post* das sanções aplicáveis - o que, embora possa ser visto como algo positivo para o não engessamento da ação do regulador, pode gerar insegurança jurídica em relação aos riscos associados a uma dada contratação e sua viabilidade econômica.

Outro aspecto negativo verificado é a contrariedade da disciplina regulatória e legal em relação a critérios para mitigação do *bis in idem*. A conclusão decorre da contradição existente entre (i) o art. 48 da Lei Federal n.º 12.815/2013, o qual prevê a cumulação de sanções, quando o infrator tiver incorrido em mais de uma infração, apenas se estas não forem idênticas, e (ii) o art. 22, § único da Resolução n.º 3.259/2014-ANTAQ, que prevê a cumulação de sanções mesmo diante de infrações idênticas, indo na contramão da aparente pretensão de se evitar o *bis in idem* verificada na legislação.

Por fim, diante dos pontos negativos citados, identificou-se como **principais pontos para eventual aprimoramento** da regulação: (i) a previsão de medidas para maior previsibilidade das infrações aplicáveis aos contratos (ex. parâmetros gerais que devam ser observados pelo regulador e que assegurem aos arrendatários uma maior segurança em relação às consequências aplicáveis diante de eventual infração); (ii) a disciplina de parâmetros mais claros e objetivos para a graduação das sanções ou

de metodologias a serem adotadas para este fim, reduzindo o espaço de discricionariedade, especialmente em razão dos múltiplos órgãos competentes pela condução de ações de fiscalização e abertura de processos sancionadores (e.g., fórmulas para gradação das sanções ou diretrizes mais específicas para o arbitramento das multas); (iii) a consolidação do rol de infrações num diploma único, facilitando o seu conhecimento pelos agentes regulados; (iv) a compatibilização da regulamentação com as diretrizes legais a fim de se evitar o *bis in idem*

Diagnóstico
1. A legislação setorial traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar <i>bis in idem</i>? Caso positivo, descrever as leis relevantes.
<p>Sim. A legislação setorial traz normas nas Leis Federais n.º 10.233/2001 e n.º 12.815/2013, cujo regime é detalhado a seguir.</p> <p>A Lei Federal n.º 10.233/2001, que criou a ANTAQ, é a principal lei com disciplina sobre sanções aplicáveis ao setor portuário, estabelecendo parâmetros gerais para sua aplicação, entre os quais:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) Delimitação do rol de sanções aplicáveis de revisão do rol de penas aplicáveis diante do descumprimento dos deveres leais previstos, bem como das obrigações estipuladas pelos contratos de concessão, permissão e autorização, que incluem as penas de advertência, multa, suspensão, cassação, declaração de inidoneidade e perdimento de veículo pela ANTAQ (art. 78-A); (ii) Delimitação de parâmetros gerais para a aplicação das sanções previstas, como (ii.a.) a previsão de que deverá ser considerada a gravidade da infração, os danos resultantes para o serviço e usuário, a vantagem auferida pelo infrator e circunstâncias agravantes e atenuantes, além da reincidência (art. 78-D e F); (ii.b.) a previsão de teto máximo para a aplicação de multa previsto em R\$ 10 milhões, cujos valores serão definidos pelo regulador conforme a gravidade da infração (art. 78-F). (ii.c) restrição da aplicação das penas de suspensão e cassação diante de infrações graves e de parâmetros gerais para sua aplicação, como a aplicação da pena de cassação pelo Poder Concedente, após sua recomendação pela ANTAQ (arts. 78-A, §2º, art. 78-H e 78-G); e (ii.d) aplicação da pena de declaração de inidoneidade diante de atos ilícitos, voltados a frustrar os objetivos de licitação ou contrato (art. 78-I); (iii) Previsão de garantias processuais mínimas, como o direito ao contraditório e à ampla defesa e da admissão de medidas cautelares (art. 78-B e C); (iv) Possível sancionamentos dos administradores de pessoas jurídicas diante de atuação dolosa ou culposa (art. 78-E). <p>Nota-se, com base nãos parâmetros legais acima sintetizados que, diferentemente do que se observa em outros setores, a Lei n.º 10.233/01 não busca enumerar todo o rol de infrações a que estão sujeitos os agentes regulados, fazendo apenas referência à possível aplicação de sanções diante do descumprimento dos deveres prescritos pelos contratos de concessão, permissão e termos de autorização. Tampouco traz parâmetros para evitar o <i>bis in idem</i>.</p> <p>A Lei Federal nº 12.815/2013 – que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuário – também traz algumas disposições complementares, listando (i) condutas caracterizadas como infração (art. 46); (ii) rol de penalidades aplicáveis às infrações descritas, adicionando consequências não previstas pela Lei Federal n.º 10.233/01 como a proibição de ingresso no porto organizado (art. 47); e (iii) e parâmetros gerais para aplicação das sanções (art. 48), que tratam (iii.a.) da hipótese de apuração,</p>

num mesmo processo, da prática de duas ou mais infração pela mesma pessoa física ou jurídica, prevendo a aplicação cumulativa das penas cominadas se as infrações não forem idênticas. (iii.b.) da reunião, em um mesmo processo, dos diversos autos ou representações de infrações continuadas; e (iii.c.) da caracterização, como continuada, da repetição de infração ainda não apurada ou nas hipóteses em que o infrator ainda não tenha conhecimento do objeto de processo já instaurado.

Verifica-se que, embora a Lei de Portos não tenha a mesma pretensão da Lei n.º 10.233/01 de disciplinar, de forma abrangente, os parâmetros para aplicação de sanções, traz diretrizes relevantes, enumerando determinadas infrações e trazendo parâmetros para a apuração de condutas continuadas e infrações múltiplas cometidas por um mesmo infrator, que tendem a evitar o *bis in idem*.

2. A regulação infralegal traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar bis in idem? Caso positivo, descrever os regulamentos relevantes.

Sim. Na regulação infralegal da ANTAQ, destaca-se a disciplina trazida pela **Resolução n.º 3.259/2014-ANTAQ** que detalha os parâmetros gerais estabelecidos pela legislação para a dosimetria das sanções e para a caracterização dos agentes infratores. Dentre as principais regras trazidas, destaca-se:

- (i) A previsão de diretrizes gerais para a graduação das sanções como de natureza leve, média, grave ou gravíssima, quando não houver tal indicação na regulamentação específica da ANTAQ (art. 35);
- (ii) O detalhamento das hipóteses em que cada uma das sanções listadas deverá ser aplicada e possibilidade de sua cumulação, como por exemplo entre a pena de multa e suspensão ou multa e cassação diante de infrações de natureza grave e gravíssima (arts. 47, 54 a 62). Destaca-se, nesse sentido, a previsão da pena de advertência como alternativa à pena de multa nos casos de infrações de natureza leve e média, desde que não se verifique prejuízo à prestação do serviço, aos usuários, ao mercado, ao meio ambiente e ao patrimônio público (art. 54);
- (iii) Previsão de que a pena de multa será aplicada nas hipóteses específicas listadas pela regulamentação da ANTAQ e detalhamento de parâmetros a serem ponderados para a sua dosimetria, como o porte da empresa e as circunstâncias agravantes e atenuantes art. 55);
- (iv) Os aspectos a serem ponderados para a caracterização de circunstâncias agravantes e atenuantes na dosimetria das sanções e caracterização da gravidade da sanção (art. 52). O dispositivo também caracteriza as hipóteses de reincidência genérica e específica e de infração continuada, em linha com as diretrizes legais, prevendo que “[s]erão consideradas continuadas as infrações quando se tratar de repetição de falta de mesma espécie ainda não apurada ou objeto do processo, de cuja instauração o infrator não tenha conhecimento por meio de intimação” (art. 52, §6º);
- (v) Os possíveis agentes infratores a serem apenados, que incluem aqueles que tiverem agido por ação ou omissão, culpa ou dolo no cometimento de infração imputada a pessoa jurídica ou ao seu administrador e controlador (arts. 49 e 50).

Assim como verificado em relação à Lei Federal nº 12.815/2013, a Resolução n.º 3.259/2014-ANTAQ trata da possibilidade de cumulação de penalidades. No entanto, a norma infralegal parece conflitar com a diretriz trazida pela lei em questão ao prevê, em seu art. 22, § único que “[q]uando o infrator, mediante mais de uma ação ou omissão, praticar duas ou mais infrações administrativas, idênticas ou não, aplicam-se cumulativamente as penalidades em que haja incorrido” Ao passo em que o art. 48 da Lei de Portos determina que “[a]purada, no mesmo processo, a prática de 2 (duas) ou

mais infrações pela mesma pessoa física ou jurídica, aplicam-se cumulativamente as penas a elas cominadas, se as infrações não forem idênticas”. Portanto, a diretriz legal tendente a mitigar os casos de *bis in idem* não foi acolhida, nos mesmos termos, pela regulamentação da ANTAQ, o que evidencia aparente contradição entre a regulamentação e legislação.

Cabe também destacar a disciplina de infração continuada prevista pela Resolução n.º 3.259/2014-ANTAQ, em linha com as diretrizes legais, segundo a qual uma mesma infração será considerada como tal quando o agente infrator incorrer na mesma falta ainda não apurada ou objeto de processo que ainda não tenha conhecimento, o que pode ser considerado, em alguma medida, como parâmetro para o afastamento de *bis in idem*. Para além da resolução acima descrita, de caráter geral, verifica-se na regulamentação da ANTAQ normas específicas que estabelecem obrigações regulatórias e infrações decorrentes do seu descumprimento, detalhando

(i) **Resolução 75/2022-ANTAQ:** estabelece obrigações relacionadas à prestação de serviços adequados em instalações portuárias e rol de infrações relacionadas, assim como as penalidades aplicáveis em cada caso conforme o agente envolvido, fixando a multa máxima aplicável (i.e., autoridade portuária, arrendatário, autorizatário, operador portuário). A norma prevê a competência de autoridades distintas para o julgamento de cada pena (i.e., Chefe da Unidade Regional - URE, nas infrações de natureza leve ocorridas em área sob sua jurisdição direta; o Gerente de Fiscalização de Portos e Instalações Portuárias, nas infrações de natureza leve ocorridas em local sem jurisdição de URE e nas infrações de natureza média; o Superintendente de Fiscalização e Coordenação das URE, nas infrações de natureza grave; e a Diretoria Colegiada, nas infrações de natureza gravíssima e/ou em que o Parecer Técnico Instrutório recomende a cominação de penalidades de proibição de ingresso na área do porto organizado por período de trinta a cento e oitenta dias e declaração de inidoneidade). A norma também reforça os parâmetros gerais disciplinados pela **Resolução n.º 3.259/2014-ANTAQ** para a aplicação das sanções.

Resolução n.º 5029-ANTAQ: disciplina a reserva de vagas a jovens de baixa renda no âmbito do transporte aquaviário e estabelece penalidades relacionadas.

Resolução n.º 5032-ANTAQ: dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários, dos agentes intermediários e das empresas que operam nas navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e longo curso, e estabelece infrações administrativas relacionadas.

3. Se pertinente, indicar se o tema das sanções administrativas é disciplinado em contratos e/ou somente em atos normativos. Caso haja regulação por contrato, indicar as principais disposições sobre o tema, levando-se em consideração os contratos mais recentes.

Tendo como embasamento de pesquisa (a) contrato de concessão (e.g. o Contrato de Concessão entre FIP Shelf 119 Multiestratégia e a União, por Intermédio do Ministério da Infraestrutura e a Companhia Docas do Espírito Santo – CODESA, com a Interveniente-Anuência da ANTAQ), (b) contratos de arrendamento (e.g. o Contrato de Arrendamento nº 024/2023-APPA, de 23 de Fevereiro de 2023, entre a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA) e Fortepar Operações Portuárias S.A., bem como Contrato de Arrendamento nº 05/2022, entre a União, por Intermédio do Ministério da Infraestrutura, com a Interveniente da ANTAQ e da Companhia das Docas do Estado da Bahia, e Intermarítima Portos e Logística S.A.) e, ainda, contratos de transição (e.g. o Contrato nº 06/2023 - Contrato de Transição entre a Companhia Docas do Rio de Janeiro - Portosrio e a Ultracargo Logística S/A.) observa-se que os contratos (i) não são exaustivos nem taxativos em relação às penalidades e às sanções que podem ser aplicadas em razão de descumprimentos de obrigações

previstas contratualmente; (ii) fazem referência ao descumprimento das obrigações regulatórias e à regulamentação aplicável da Antaq; e (iii) não estabelecem parâmetros para dosimetria, para evitar *bis in idem*, tampouco para a aplicação das penalidades. Portanto, conclui-se por uma baixa densidade normativa nos contratos, permitindo ampla discricionariedade aos Poderes Concedentes e deixando grande espaço ao regulador e à regulamentação.

4. As normas aplicáveis preveem espaço para discricionariedade administrativa na aplicação de penalidades ou não?

Sim. Na regulamentação da ANTAQ, há a definição de multas máximas e parâmetros gerais para aplicação das demais penas, deixando espaço para alguma discricionariedade da Agência no momento de avaliar a situação concreta em contraposição a conduta estabelecida.

Esse espaço de discricionariedade é ainda maior nos contratos, na medida em que há apenas a disposição genérica indicando que o descumprimento das obrigações pode ensejar a aplicação das penalidades descritas, sem uma descrição objetiva das infrações e penas máximas. Nota-se, ainda, que os contratos não estabelecem de maneira clara as regras para aplicação de sanções contratuais, o que também amplia o espaço de discricionariedade e traz maior insegurança para o contratado, quanto a forma de aplicação de sanções ou multas.

5. As condutas passíveis de penalização estão definidas, de forma específica e exaustiva, em normas? Indicar, na resposta, se as condutas infracionais estão previstas em lei em sentido estrito e/ou atos normativos infralegais.

Não há uma norma exaustiva que estabeleça todas as condutas passíveis de penalização pela ANTAQ, as quais são objeto de resoluções diversas da ANTAQ que tratam sobre as instalações portuárias e atividade de navegação, bem como de disciplina no âmbito de contratos (e.g., concessão e arrendamento).

Observa-se um movimento nos contratos de concessão mais recentemente editados de tratamento das infrações no âmbito da regulação da ANTAQ, buscando-se uma maior uniformidade no tratamento do tema e flexibilidade regulatória.

Quanto à disciplina contratual, observa-se, ainda, que há um tratamento mais genérico das infrações, sem uma delimitação das condutas, como ocorre na regulamentação da ANTAQ, o que pode dar margem a uma maior discricionariedade do Poder Concedente.

6. As normas são claras com relação ao sujeito ativo da infração?

Sim. A descrição das infrações busca indicar quais os potenciais sujeitos passivos e dialogam com a disciplina de obrigações para os respectivos agentes.

7. Existe alguma avaliação/diagnóstico sobre o panorama sancionatório do setor (ex. relatório de auditoria do TCU). Caso positivo, quais as principais conclusões aplicáveis ao respectivo setor?

Em decisões recentes envolvendo processos de desestatização (Acórdãos n.^o 245/2023 e n.^o 2931/2020), o TCU também analisou a disciplina de penalidades nos contratos de concessão da CODESA e Porto de Itajaí e apontou a necessidade de uma disciplina mais específica do tema das penalidades, para uma maior objetividade e transparência na atividade de fiscalização, mediante:

- descrição de elementos objetivos mínimos necessários para quantificar as sanções e sua graduação
- A quantidade de ocorrências para caracterização de um dado descumprimento

- Detalhamento dos descumprimentos que podem acarretar a aplicação da pena de caducidade
- Gradação das multas

Pontuou, nesse sentido, a inexistência de regras na regulamentação da ANTAQ que disciplinem as penalidades aplicáveis diante do descumprimento dos parâmetros de desempenho previstos. E que, como regra, os contratos devem ter sistema de penalidades autônomo, independente da regulamentação, que dialogue com a relevância das obrigações nele previstas.

As decisões fazem menção às respostas dadas pela ANTAQ que evidenciou preocupação com a maior rigidez decorrente da disciplina contratual do tema, apontando a regulação como meio mais adequado, a fim de se garantir mais flexibilidade e uniformidade na aplicação da regulamentação.

A despeito dos apontamentos trazidos pela Unidade Técnica, os apontamentos da Agência foram considerados pelo TCU que, contudo, recomendou o detalhamento das penalidades decorrentes do descumprimento das disposições contratuais pela Antaq.

A ANTAQ informou que as normas que tratam de penalidades (Resoluções n.º 259/2014-ANTAQ e 75/2022-ANTAQ) estavam em fase final de reformulação.

Para além da análise referenciada, destaca-se também o acompanhamento realizado pelo TCU em relação à arrecadação de multas pelas Agências Reguladoras, que traz dados positivos em relação à ANTAQ quando comparada com as demais Agências, considerando o período de análise entre 2015 a 2016, como o baixo percentual de pendências no CADIN, ausência de multa suspensas administrativamente e média de multas arrecadadas de 30%, superior à das demais Agências, além da adoção de recomendações realizadas pela TCU (cf. Acórdão n.º 729/2020-Plenário).

10.2. Processo Sancionador

Como principais **aspectos positivos** identificados, cite-se os seguintes: (i) o procedimento sancionador no âmbito da ANTAQ, no geral, é claro, em especial no que se relaciona ao rito procedural a ser observado e às penalidades aplicáveis; (ii) há previsões que estimulam a reparação das condutas tanto antes da lavratura de Auto de Infração (e.g. notificação para regularização, nos termos do Art. 11 da Resolução n.º 3.259/2014-ANTAQ) quanto no curso do processo (e.g. circunstâncias atenuantes previstas no Art. 52, §1º da Resolução n.º 3.259/2014-ANTAQ); (iii) existência de prazo determinado para a atuação da fiscalização e dos órgãos julgadores, o que confere uma maior previsibilidade a respeito; (iv) adoção de práticas de responsividade no planejamento dos processos de fiscalização da Agência e previsão do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), como alternativa à aplicação de sanções.

Em relação aos **aspectos negativos**, relaciona-se os seguintes: (i) multiplicidade de órgãos julgadores e a limitação das instâncias recursais podem gerar decisões dispare, especialmente diante da previsão apenas de multas máximas e discricionariedade existente para a gradação das sanções; (ii) ausência de consolidação de todas as regras aplicáveis num diploma único (e.g. hipóteses de notificação de reparação) e consequente existência de regras pulverizadas podem dificultar a atuação dos agentes autuados; (iii) limitação do momento de manifestação dos interessados na celebração de TAC, o que, embora possa ser visto como positivo no sentido de incentivar a correção de condutas dos agentes regulados antes do término do processo sancionador, também pode limitar as oportunidades de uso do instrumento pela Agência; (iv) ausência de detalhamento do rito a ser conduzido pela Agência diante de pedidos de reconsideração à Diretoria Colegiada (ex. necessidade de sorteio do processo a um novo diretor); Já no que diz respeito aos principais **pontos de**

aprimoramento identificados a partir dos levantamentos realizados, menciona-se os seguintes: (i) consolidação das regras processuais aplicáveis em uma única norma referencial ou, no limite, criação de página específica que facilite a identificação dessas regras pulverizadas; (ii) possível ampliação das “janelas” para celebração de TAC após decisão em fase recursal; (iii) previsão de oportunidade de manifestação do autuado caso haja alterações formais nas condutas que lhe são imputadas, a fim de viabilizar o devido exercício do contraditório e ampla defesa, aspecto que não é previsto de forma clara pela regulamentação a tratar da hipótese de correção dos autos de infração (cf. art. 39, §3º da Resolução n.º 3.259/2014-ANTAQ); (iv) elaboração de manuais ou de diretrizes que viabilizem diretrizes mais específicas para a graduação das sanções, buscando possibilitar uma maior uniformidade na sua aplicação pelas Unidades Regionais competentes; (v) melhor detalhamento do procedimento aplicável aos recursos previstos, a fim de facilitar o maior entendimento quanto às hipóteses de sua aplicação, bem como do rito de tramitação dos pedidos de reconsideração direcionados à Diretoria Colegiada da Agência, dada a ausência de detalhamento a respeito na regulamentação.

Diagnóstico
1. Existem normas específicas (legais ou infralegais) sobre processo sancionador? Descreva, sucintamente, o rito a ser observado e, inclusive, recursos cabíveis.
<p>Sim. No âmbito da ANTAQ, a principal norma a ser observada é a Resolução n.º 3.259/2014-ANTAQ, que dispõe sobre a fiscalização e o procedimento sancionador em matéria de competência desta Agência. Nos termos da referida norma, o procedimento sancionador no âmbito da ANTAQ observa, em suma, o seguinte rito:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Notificação ao fiscalizado para que regularize aspectos relacionados à prestação do serviço ou à exploração de infraestrutura aquaviária e portuária, bem como para dar cumprimento às obrigações legais, regulamentares ou decorrentes de instrumentos contratuais sob regulação da ANTAQ (art. 11). • Se tal notificação não for cumprida no prazo, poderá ser lavrado um Auto de Infração (art. 11, § único). • Caso a irregularidade ofereça risco iminente, o agente de fiscalização poderá determinar medida administrativa cautelar de interdição das atividades do fiscalizado até que a irregularidade seja devidamente sanada (art. 14). • Cabimento de pedido de reconsideração à própria ANTAQ visando o cancelamento da medida cautelar imposta pelo agente, demonstrando, de forma fundamentada, os motivos que ensejam o cancelamento. • Após a lavratura de Auto de Infração, o fiscalizado poderá apresentar sua defesa no prazo de 15 dias, momento no qual também deverá solicitar a produção das provas (art. 25 e ss). • Emissão do Parecer Técnico Instrutório dirigido à autoridade julgadora, no qual opinará sobre a defesa e as provas nela requeridas, bem como a respeito de eventual requerimento de celebração de TAC, indicando também, se for o caso, as sanções que entende aplicáveis, assim como eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 32). • No julgamento da defesa, poderá aplicar ao fiscalizado as sanções de (i) advertência, (ii) multa, (iii) suspensão, (iv) cassação, (V) declaração de inidoneidade; e (vi) declaração de caducidade (art. 47).

- Contra essa decisão, poderá ser interposto recurso voluntário ou pedido de reconsideração (caso a autoridade julgadora tenha sido a Diretoria da ANTAQ) (art. 63). Observa-se, contudo, que, na hipótese de apresentação de Pedido de Reconsideração para a Diretoria Colegiada, a regulamentação não detalha o procedimento a ser adotado para o seu julgamento, como, por exemplo, se o processo deve ser sorteado para um novo diretor.

Cabe destacar que o rito sofre modulações a depender da autoridade competente pelo julgamento inicial do processo sancionador, que poderá ser instaurado pela Gerência Regional (GRE), a URE ou a Superintendência de Fiscalização e Coordenação das UREs, conforme art. 23 da Resolução n.º 3.259/2014-ANTAQ.

As normas processuais são também complementadas por disposições gerais previstas nos seguintes regulamentos:

(i) **Regimento Interno da ANTAQ** (Resolução nº 3.585/2014-ANTAQ): que estabelece, por exemplo, competências associadas aos processos sancionadores, como, por exemplo, competência da Diretoria, das Superintendências, das Gerências e dos Chefes de Unidade Regionais em relação à instauração e julgamento do processo administrativo sancionador;

(ii) **Resolução 75/2022-ANTAQ**: que, como descrito acima, estabelece obrigações relacionadas à prestação de serviços adequados em instalações portuárias e rol de infrações relacionadas, mas também as autoridades competentes para o julgamento das infrações listadas, conforme gravidade da pena (i.e., Chefe da Unidade Regional - URE, nas infrações de natureza leve ocorridas em área sob sua jurisdição direta; o Gerente de Fiscalização de Portos e Instalações Portuárias, nas infrações de natureza leve ocorridas em local sem jurisdição de URE e nas infrações de natureza média; o Superintendente de Fiscalização e Coordenação das URE, nas infrações de natureza grave; e a Diretoria Colegiada, nas infrações de natureza gravíssima e/ou em que o Parecer Técnico Instrutório recomende a cominação de penalidades de proibição de ingresso na área do porto organizado por período de trinta a cento e oitenta dias e declaração de inidoneidade); e

(ii) **Resolução n.º 66/2022-ANTAQ** que trata da instrução processual no âmbito dos Gabinetes de diretores e a realização das reuniões da Diretoria Colegiada. A norma traz regras gerais de tramitação e deliberação dos processos administrativos perante a Diretoria Colegiada da ANTAQ, incluindo regras para a distribuição de processos e recursos, contagem de prazos, sustentação oral, entre outros pontos.

2. Há algum tema em relação ao qual as normas são confusas, imprecisas ou que gerem discussões na prática?

Sim, existem pontos que poderiam ser aperfeiçoados nas normas para aumentar a segurança jurídica quanto ao procedimento adotado. De maneira especial, destacamos os seguintes pontos confusos ou imprecisos:

- Indefinição da autoridade julgadora a quem deve ser dirigida a defesa, em esclarecimentos preliminares e na defesa *stricto sensu*.
- Seleção do recurso cabível diante da multiplicidade de instrumentos estabelecidos nas normas do setor (recurso voluntário x pedido de reconsideração x recurso de ofício).
- Limitação à hipótese de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), já que há restrição prevista em relação ao momento da apresentação e de julgamento do recurso voluntário.
- Indefinição quanto ao procedimento para cassação e declaração de caducidade e também quanto a forma de inclusão do Poder Concedente no processo administrativo.

3. Existem particularidades nas normas processuais decorrentes das características específicas do setor?

Em termos processuais, as normas seguem, de maneira geral, etapas comuns aos processos administrativos sancionadores. Sem prejuízo, algumas peculiaridades procedimentais podem ser destacadas, como: (i) a existência de variações procedimentais a depender da autoridade julgadora; (ii) a previsão de recurso de ofício para a autoridade superior diante de decisão pela redução de multas superiores a 50 mil ou pela anulação de Auto de Infração com multa superior a 150 mil (art. 66 da Resolução nº 3.585/2014-ANTAQ); e (iii) a previsão de notificação para a reparação das condutas antes da lavratura de Auto de Infração, o que, embora também seja prática adotada por outras Agências, chama atenção no caso da ANTAQ por constar da própria disciplina do processo sancionador, como etapa a ser, como regra, adotada pela Agência, sempre que cabível (art. 11 da Resolução nº 3.585/2014-ANTAQ).

As demais peculiaridades dizem respeito à própria disciplina das infrações e respectivas sanções, que guardam compatibilidade com a regulação do setor portuário, como a definição de rol específico de penalidades do setor e outras particularidades como:

- A previsão da pena de cassação de porto organizado, arrendamento ou autorização de instalações portuárias.
- A previsão da pena de suspensão. Ou seja, restrição temporária do exercício dos direitos decorrentes dos instrumentos contratuais sob regulação da ANTAQ.
- A existência de autoridades julgadoras e recursais diversas a depender da natureza/gravidade da infração (i.e., Chefe da Unidade Regional, gerente regional, Superintendência de Fiscalização e Coordenação, Diretoria Colegiada).
- Rol de circunstâncias agravantes e atenuantes.

4. Da análise de decisões administrativas da Agência no âmbito de processo sancionador, é possível identificar eventuais aspectos críticos/ambiguidade na aplicação das normas em vigor?

Não foram identificadas discussões processuais que evidenciem a existência de aspectos críticos na regulamentação do processo sancionador¹⁴⁰.

A maior parte das discussões trazidas, nos processos analisados, diziam respeito ao mérito (existência ou não de prática infratora). As questões processuais de maior relevância verificadas envolviam vícios dos autos de infração (e.g., referência a norma revogada, falhas na identificação da autoria da conduta) tendo, conduto, acarretado entendimento pela insubsistência do auto de infração.

Verificou-se, ainda, dois outros pontos de ordem processual que, embora não nos pareçam pontos críticos, poderiam ser objeto de esclarecimento a fim de promover maior clareza aos processos sancionatórios e evitar judicializações:

- (i) **Produção de provas:** houve manifestação em um dos processos pela ANTAQ no sentido de que não teria havido justificativa para a produção de provas; ao que a parte envolvida respondeu que tal justificativa seria descabida, suscitando violação ao devido exercício

¹⁴⁰ Foram analisados, para fins da presente questão, os seguintes processos administrativos nº 50300.006111/2019-31, 50300.003405/2022-15, 50300.004776/2022-14, 50300.011358/2020-11, 50300.021403/2021-19, 50300.008858/2022-20, 50300.004396/2021-91, 50300.004113/2019-96, 50300.012568/2023-61 e 50300.002452/2022-33.

de defesa. A ANTAQ considerou a questão prejudicada na medida em que, havendo oportunidades diversas para a parte apresentar provas, não o fez.

Sem prejuízo, o item sobre “provas” na Resolução n.º 3.259/2014-ANTAQ poderia ser detalhado para deixar claras as hipóteses em que as provas serão consideradas como descabidas; bem como para esclarecer melhor os casos em que há necessidade de justificativa para produção de provas (na medida em que estas podem, a princípio, serem juntadas independentemente de qualquer pedido)¹⁴¹.

- (ii) **Notificação para regularização:** a ausência de notificação prévia para reparação também foi um aspecto trazido para pleitos de anulação do Auto de Infração. O argumento foi desconsiderado na medida em que as condutas envolviam não se encontravam entre aquelas sujeitas à possibilidade de notificação de reparação, antes da lavratura de AI¹⁴². Neste caso, um possível aprimoramento seria a indicação, por exemplo, em anexo à Resolução 3.259/2014-ANTAQ, das normas que disciplinam as hipóteses e prazos para implementação de medidas reparadoras, a fim de facilitar a compreensão do tema. No caso analisado, as hipóteses de reparação consideradas como aplicáveis constavam da Ordem de Serviço nº 2/2020/SFC, não parecendo, em princípio, de fácil conhecimento de qualquer interessado.

No Relatório de Gestão de 2022, há referência também a diretriz interna no sentido de que não sejam expedidas Notificações de Regularização no prazo de 1 ano a contar da última expedida (hipótese em que um AI deve ser lavrado). Neste caso, pode ser conveniente também a maior clareza dessa regra (eventualmente, no próprio texto da Resolução).

Reclassificação de infração após a lavratura de AI: o fato ocorreu em um dos processos, tendo permanecido o entendimento de que “[a] reclassificação da infração posteriormente a defesa não ofende as garantias de ampla defesa ou do contraditório visto que o autuado se defende do fato a ele imputado, não de sua classificação jurídica”¹⁴³. O entendimento é corroborado pelo art. 39, §3º da Resolução n.º 3.259/2014-ANTAQ, o qual prevê que, desde que presentes os elementos mínimos exigidos de um AI para caracterização da infração, não haverá nulidade na incorreção da capitulação legal, regulamentar ou contratual. Neste caso, apenas quando houver prejuízo, e o vício for sanável, o procedimento poderá ser anulado, com o aproveitamento dos atos regularmente produzidos.

Mas, um possível aprimoramento nestes casos, em que houver vício, sem prejuízo, seria a previsão e prazo complementar para manifestação do autuado, diante das correções promovidas, a fim de viabilizar seu adequado direito de defesa frente a todos os aspectos que lhe são imputados.

6. Existe alguma avaliação/pesquisa sobre efetividade dos processos sancionadores neste setor regulado? É possível identificar índice de judicialização?

A principal avaliação identificada foi realizada pela própria ANTAQ, constando do seu Relatório de Gestão Anual. Com relação à efetividade dos processos sancionadores, identificou-se o seguinte:

¹⁴¹ Processo n.º 50300.006111/2019-31.

¹⁴² Processo n.º 50300.006111/2019-31.

¹⁴³ Processo n.º 50300.006111/2019-31.

Arrecadação: em relação aos resultados de arrecadação, o Relatório de Gestão de 2022 da ANTAQ indica um percentual de recolhimento de multas de 79,83% por vias administrativas, o qual, em termos de valores, foi equivalente a R\$ 5,5 MM, em patamar inferior ao dos anos anteriores em que se arrecadou R\$ 7,8MM (2020) e R\$ 10,2MM (2021).

Essa queda arrecadatória parece ser explicada pela diminuição do número de autos de infração lavrados e, por conseguinte, de processos sancionadores, que foram equivalentes a 361 em 2022, com queda de 34% em relação a 2021.

Permanência de irregularidade: o Relatório de Gestão de 2022 da ANTAQ também aponta queda no índice de permanência de irregularidade a partir de 2019 (redução e 55% no comparativo entre 2018 e 2022); bem como na redução do cometimento de infrações idênticas às anteriormente praticadas (verificada apenas em relação a 5% das empresas fiscalizadas).

Essa redução parece estar associada à nova diretriz adotada pela Agência em relação às Notificações de Correção, que não podem ser novamente emitidas dentro de 1 ano; bem como às práticas de fiscalização responsiva adotadas pela Agência desde 2020, em que a intensidade e a frequência das ações fiscais passaram a ser definidas conforme o comportamento histórico das empresas em relação à conformidade regulatória.

10.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva

Como principais **pontos positivos** identificados em relação à disciplina dos **acordos e práticas de consensualidade e regulação responsiva** no âmbito da ANTAQ, destaca-se: (i) a utilização de TACs como alternativa à condução de processos sancionadores e o uso recorrente do procedimento pela Agência; (ii) o regulamentação específica estabelecendo os critérios e procedimentos para a celebração de TAC, com parâmetros que trazem maior isonomia na atuação da Agência, que possui sistema de fiscalização/sanção descentralizado; (iii) adoção de práticas de regulação responsiva no sistema de fiscalização, de tal modo que os planos de fiscalização passam a considerar o histórico comportamental dos agentes fiscalizados.

Já como principais **pontos negativos**, destaca-se: (i) a limitação do momento de proposição do TAC (até a apresentação e recurso voluntário), o que reduz o potencial de utilização do instrumento, pelos agentes fiscalizados e pela própria Agência; (ii) falta de clareza sobre os parâmetros para classificação dos agentes regulados, dentro do sistema de fiscalização baseado em riscos, o que traz opacidade para o mecanismo de fiscalização responsiva estabelecido pela Agência.

Por fim, diante dos pontos negativos citados, identificou-se como **principais pontos para eventual aprimoramento** da regulação: (i) a positivação de parâmetros claros para classificação dos agentes, dentro do sistema de fiscalização baseado em riscos, o que traria ganhos de transparência para a regulação responsiva e, além disso, também pode permitir que os agentes ativamente atuem no sentido de conquistar classificação melhor dentro do sistema de riscos; (ii) a expansão do uso do TAC como alternativa às sanções aplicadas, mediante análise de conveniência e oportunidade da autoridade competente; (iii) a positivação das diretrizes adotadas pela Agência na implementação das Notificações de Correção de Irregularidade que, segundo informações trazidas pelo Relatório de Gestão da Agência de 2022, não seriam permitidas no prazo de 1 (um) ano a contar da última expedida (hipótese em que um AI deve ser lavrado); (iv) o estabelecimento de guia prático para os agentes regulados consolidando os critérios ponderados pela Agência na aplicação de fiscalização responsiva;

celebração de TACs; aplicação de sanções (e.g., atenuantes, agravantes), trazendo maior transparência à forma de atuação da Agência e incentivando boas práticas no setor.

Diagnóstico
<p>1. A agência possui regulamentação sobre a utilização de TACs em processos sancionadores? Caso positivo, descrever conteúdo.</p> <p>Sim. Os critérios e procedimentos para a celebração de TAC são disciplinados pela Resolução n.º 92/2022, que estabelece:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Os objetivos a serem considerados para a celebração de TAC, que envolvem, cumulativamente, (i) a adequação, reparação ou compensação de conduta irregular; (ii) o saneamento dos efeitos de sanção; (iii) o aprimoramento da execução da atividade regulada. • Critérios a serem ponderados na decisão pela celebração de TAC: decisão discricionária, que deve levar em consideração: (i) proporcionalidade e razoabilidade da solução em relação à gravidade da conduta; (ii) elementos que justifiquem/recomendem o ajuste progressivo e gradual da conduta; (iii) capacidade do TAC para evitar a sucessão de condutas e estimular o cumprimento da regulamentação; (iv) compatibilidade da medida com os direitos dos usuários, individuais e coletivos. • Hipóteses em que TAC não será admitido (que buscam desincentivar a reincidência nas mesas irregularidades): (i) conteúdo idêntico a TAC vigente; (ii) correção do descumprimento de outro TAC; (iii) o interessado houver descumprido TAC envolvendo a mesma irregularidade/situação fática nos 36 meses antecedentes à decisão de descumprimento; (iv) ausência de interesse público na celebração. • Definição de minuta padrão a ser considerada e dos elementos essenciais ao TAC, que englobam, dentre outros: (i) justificativa da celebração do TAC; (ii) infração apurada e fundamento para a regularização da conduta; (iii) compromissos assumidos pelo compromissário; (iv) multas aplicáveis pelo descumprimento da obrigação principal, que devem corresponder ao valor máximo previsto para o tipo infracional aplicável ou a duas vezes esse valor caso já aplicada a multa; (v) vigência e condições para eventual prorrogação, limitada ao mesmo período • Efeitos da celebração de TAC: não importa confissão quanto às matérias de fato associadas; implica o arquivamento do processo administrativo sancionador quando o TAC englobar todas as infrações administrativas em discussão. O mesmo efeito não será aplicado quando o TAC for celebrado em processos de natureza não sancionadora. • Definição de etapas procedimentais a serem consideradas: (i) proposição pela autoridade competente ou pelo próprio interessado até o julgamento do recurso administrativo voluntário; (ii) avaliação da conveniência e oportunidade pela autoridade aprovadora; (iii) definição de prazo para manifestação do interessado em relação à proposta de TAC, sob pena de configuração de recusa; (iv) submissão da minuta de TAC à Diretoria Colegiada; (v) submissão da minuta final à PFA; (vi) abertura de processo apartado para assinatura da minuta aprovada e acompanhamento do TAC e designação e servidor para o seu acompanhamento; (vii) publicação do TAC no DOU; (viii) arquivamento do processo sancionador que envolva a conduta; (vii) manifestação da Superintendência responsável pelo cumprimento do TAC quando do seu termo final; (viii) arquivamento do processo caso atestado o cumprimento do

TAC ou abertura de prazo para defesa do compromissário caso constatado o seu descumprimento; (viii) cabimento de recurso à Diretoria Colegiada caso decisão se mantenha pelo descumprimento do TAC, que também deliberará sobre o valor da multa proposto pela Superintendência.

2. Na prática, a Agência vem celebrando TAC/Acordos Administrativos como forma de abreviar a tramitação de processos sancionadores?

Sim. A ANTAQ já vinha se utilizando dos TACs dentro de processos sancionatórios, mesmo antes de sua regulamentação na Resolução n.º 92/2022-ANTAQ. Para fins ilustrativos, indicamos que a Agência celebrou, ao menos, 5 TACs em 2021 e 4 TACs em 2023, após a regulamentação da utilização de TACs.

Verifica-se que, no período considerado, os TACs celebrados pela Agência envolveram obrigações de fazer, especialmente relacionadas a temas de segurança ou regularidade das instalações (e.g. falta de autorizações de outras entidades, como Corpo de Bombeiros ou IPHAN). Nota-se que os TACs celebrados envolvem compromisso quanto a realização de ações complexas (inclusive obras), que envolvem um plano de regularização para o aprimoramento das instalações e sistemas de segurança, obtenção de autorizações, redução da clandestinidade ou forma de intervenção em patrimônio ambiental.

3. A agência tem se preocupado com a criação de sistemática de incentivos/desincentivos para evitar o cometimento de infrações?

Sim. Entre os incentivos/desincentivos para evitar o cometimento de infrações, identificamos os seguintes:

(i) a adoção de práticas de fiscalização responsiva por parte da Agência, implementada a partir da Portaria nº 448/2019-DG/ANTAQ, em que planos de fiscalização passam a considerar o histórico comportamental dos agentes fiscalizados, buscando calibrar as ações fiscalizatórias à conduta histórica identificada. A metodologia possibilita a qualificação dos regulados em 3 níveis de riscos (A, B e C), para os quais é definida metodologia distinta de fiscalização (que poderá ser simplificada para agentes de menor risco);

(ii) a previsão de mecanismos de notificação para regularização de infração antes da lavratura de Auto de Infração nas hipóteses descritas pela regulamentação;

(iii) a existência de diretriz interna para que não sejam expedidas notificações de regularização no prazo de 1 (um) ano a contar da última expedida (hipótese em que um AI deve ser lavrado)¹⁴⁴;

(iii) há uma grande transparência dos dados setoriais, que se entende tratar-se de meio de incentivo à maior adequação regulatória; e

(iv) não é permitida a admissão de TACs quando, nos últimos 36 meses, o interessado houver descumprido TAC referente à mesma irregularidade ou situação fática, contados da decisão definitiva sobre o descumprimento (Art. 6º, III da Resolução n.º 92/2022).

¹⁴⁴ “Face a diretriz interna, não pode ser expedida NOCI pelo período de 1 ano a contar da expedição da última NOCI pela mesma infração, devendo neste caso ser lavrado Auto de Infração diretamente, exceto quando o fiscal identificar que a emissão de uma nova NOCI dará maior celeridade ao processo, não configurando medida protelatória pela empresa, caso em que deverá motivar expressamente a sua escolha.” (ANTAQ. Relatório de Gestão de 2022. Disponível em: relatorio_de_gestao_2022_v-final.pdf (www.gov.br). Acesso em 17.03.2024).

CAPÍTULO 11. ANTT – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES

Bianca Soares Silva Correia

Mauro Hiane de Moura

Pedro Henrique Espagnol de Farias

A ANTT foi criada pela Lei Federal nº 10.233/2001, como consequência do processo de desestatização pelo qual passou o setor de transportes na década de 1990, notadamente a partir da outorga à iniciativa privada da exploração de malhas ferroviárias regionais anteriormente centralizadas pela Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA). No setor rodoviário, a lei também promoveu a reestruturação de competências entre os diversos entes que possuíam atribuições relacionadas à matéria, para que a gestão regulatória da exploração rodoviária fosse centralizada pela ANTT.

Nesse sentido, a Lei Federal nº 10.233/2001 outorgou à ANTT competências amplas sobre os setores rodoviário e ferroviário para, entre outras tarefas: (i) outorgar a particulares a exploração dos serviços¹⁴⁵; (ii) editar normas para regular a prestação dos serviços¹⁴⁶; (iii) fiscalizar o cumprimento das obrigações legais, regulamentares e contratuais dos agentes econômicos que atuam no setor¹⁴⁷; e (iv) aplicar sanções aos agentes regulados.¹⁴⁸

11.1. Sanções, dosimetria e *bis in idem*

O regime sancionatório do setor de transportes tem como característica a pulverização de tipos infracionais e sanções aplicáveis. No plano legal, nota-se que a Lei Federal nº 10.233/2001 estabelece o rol de sanções aplicáveis ao descumprimento dos deveres estabelecidos nos contratos de concessão e termos de autorização outorgados pela ANTT, bem como os critérios genéricos a serem considerados na dosimetria das sanções.

Em nível infralegal, a Resolução nº 5.083/2016-ANTT é a norma geral aplicável às atividades e serviços regulados pela ANTT. Embora essa norma não estabeleça tipos infracionais ou mesmo defina um rol de sanções aplicáveis, ela prevê critérios gerais para a aplicação de penalidades pela ANTT.

No mais, a identificação dos tipos infracionais e respectivas sanções a que estão sujeitos os agentes econômicos que atuam no setor parece estar diretamente vinculada à modalidade de serviço prestado, uma vez que essa constatação irá determinar a regulamentação aplicável e o instrumento de outorga da atividade. É no subsistema normativo específico de cada atividade econômica regulada pela ANTT que se encontram grande parte das infrações e sanções aplicáveis.

Apesar dessa pulverização, no diagnóstico realizado, foi identificada a facilidade de acesso à regulamentação da ANTT, por meio do sistema adotado pela Agência (i.e., ANTTlegis) e a publicidade dos manuais de fiscalização, utilizados para operacionalizar a aplicação de sanções. Outro aspecto salutar está relacionado à existência de critérios, ainda que relativamente genéricos, para a dosimetria das sanções, tanto na legislação setorial como na Resolução nº 5.083/2016-ANTT.

¹⁴⁵ Lei nº 10.233/2001, arts. 25, III, e 26, VI.

¹⁴⁶ Lei nº 10.233/2001, arts. 24, IV, V e XVIII, e 25, V.

¹⁴⁷ Lei nº 10.233/2001, arts. 25, IV, e 26, VII.

¹⁴⁸ Lei nº 10.233/2001, art. 78-A.

Esses critérios contribuem para mitigar a insegurança jurídica que poderia decorrer da assimetria dos regimes sancionatórios aplicáveis a diferentes agentes econômicos, uma vez que a atuação da Agência tende a se pautar pelos mesmos parâmetros, como era de se esperar.

As principais dificuldades identificadas ao longo da pesquisa foram: (i) a dispersão dos tipos infracionais e sanções aplicáveis, conforme mencionado; e (ii) a fragilidade no acompanhamento contratual realizado pela ANTT, constatada pelo TCU em relação à fiscalização de obrigações das concessionárias de rodovias, e na arrecadação de multas aplicadas, considerando o percentual ínfimo de multas arrecadas pela ANTT.

Como sugestões de aperfeiçoamento, identificamos a importância de reforçar os esforços de simplificação e sistematização normativa, a fim de lidar com a fragmentação dos tipos infracionais e sanções do setor. Uma alternativa seria buscar uma consolidação dos tipos infracionais e sanções por modalidade de transporte e por tipo de instrumento de outorga (e.g., concessões e autorizações).

Outra recomendação diz respeito à adoção de mecanismos alternativos para nortear a atuação sancionatória da Agência, com a finalidade de focar na conformação da atuação dos agentes regulados com as suas obrigações, especialmente tendo em vista o baixo percentual de arrecadação de multas (i.e., 0,75%) vis-à-vis a alta quantidade total de multas aplicadas (i.e., 550.803). Conforme será detalhado na seção 11.3, a ANTT já vem adotando medidas voltadas à responsividade de sua atuação sancionatória.

Diagnóstico

1. A legislação setorial traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar bis in idem? Caso positivo, descrever as leis relevantes.

Sim. A Lei Federal nº 10.233/2001 estabelece o rol de sanções aplicáveis ao descumprimento dos deveres estabelecidos nos contratos de concessão e termos de autorização outorgados pela ANTT, a saber: (i) advertência; (ii) multa; (iii) suspensão; (iv) cassação; (v) declaração de inidoneidade; e (vi) perdimento do veículo.

A referida legislação também estabelece parâmetros genéricos para a dosimetria, ao prever que a aplicação das sanções deverá considerar a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os antecedentes do infrator e a reincidência genérica ou específica.

Adicionalmente, a Lei Federal nº 10.233/2001 estabelece que, nas infrações praticadas por pessoa jurídica, também serão punidos com sanção de multa seus administradores e controladores, quando tiverem agido com dolo ou culpa.

Por fim, a norma fixa um limite máximo para a sanção de multa de R\$ 10 milhões, estabelecendo que ela poderá ser aplicada isoladamente ou em conjunto com outra sanção. Também foram definidos critérios para a aplicação das sanções de suspensão, cassação e declaração de inidoneidade, variando conforme a gravidade e as circunstâncias da infração.

Em paralelo à legislação setorial, também foram editadas, a nível legal, normas específicas para disciplinar determinados temas. Essas normas também possuem regramento acerca das sanções especificamente aplicáveis às infrações aos deveres nela previstos. A esse respeito, cita-se: (i) a Lei Federal nº 11.442/2007, que dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração; (ii) a Lei Federal nº 10.209/2001 e o Decreto Federal nº 3.525/2000, que instituem e regulamentam o Vale-Pedágio obrigatório sobre o transporte rodoviário de carga; (iii) a Lei

Federal nº 13.703/2018, que institui a Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas; (iv) o Decreto Federal nº 2.521/1998, que dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; e (v) o Decreto Federal nº 1.832/1996, que aprovou o Regulamento de Transportes Ferroviários.

2. A regulação infralegal traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar bis in idem? Caso positivo, descrever os regulamentos relevantes.

Sim. Assim como a legislação setorial, a regulação infralegal apresenta uma norma geral, aplicável a todas as modalidades de transporte reguladas pela ANTT, e normas específicas, que disciplinam tanto modalidades distintas de transporte (i.e., rodoviário, ferroviário, passageiros, cargas) como determinados temas (e.g., produtos perigosos, investimentos obrigatórios, metas de segurança etc).

A Resolução nº 5.083/2016-ANTT consiste na norma geral aplicável às atividades e serviços regulados pela ANTT. Embora essa norma não estabeleça tipos infracionais ou mesmo defina um rol de sanções aplicáveis, ela prevê critérios gerais para a aplicação das penalidades pela ANTT. Note-se, por exemplo, que a norma define um rol exemplificativo de circunstâncias atenuantes e agravantes para aplicação de penalidades, bem como delimita os contornos da reincidência. Adicionalmente, a Resolução nº 5.083/2016-ANTT fixa o prazo prescricional para a ação punitiva da ANTT e as causas interruptivas da prescrição.

Os tipos infracionais e a definição das sanções aplicáveis a cada conduta foram previstas por regulamentações específicas.

No caso do transporte rodoviário, foram identificadas as seguintes normas específicas: (i) Resolução nº 233/2003-ANTT, que regulamentou a imposição de penalidades por parte da ANTT, no que tange ao transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros realizado por operadora brasileira; (ii) Resolução nº 3.075/2009-ANTT, que regulamenta a imposição de penalidades ao serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, operado em regime de autorização especial; (iii) Resolução nº 4.071/2013-ANTT, que regulamentou as infrações sujeitas às penalidades de advertência e multa por inexecução contratual na exploração da infraestrutura rodoviária federal concedida; (iv) Resolução nº 5.947/2021-ANTT, que atualizou o Regulamento para o Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos e aprovou as suas Instruções Complementares; (v) Resolução nº 5.862/2019-ANTT, que regulamentou o cadastro da Operação de Transporte necessário para a geração do Código Identificador da Operação de Transporte - CIOT para o Transportador Autônomo de Cargas; (vi) Resolução nº 5.982/2022-ANTT, que regulamentou procedimentos para inscrição e manutenção no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas – RNTRC; (vii) Resolução nº 5.867/2020-ANTT, que disciplinou os pisos mínimos do serviço de transporte rodoviário remunerado de cargas; e (viii) Resolução nº 5.998/2022-ANTT, que regulamenta o transporte rodoviário de produtos perigosos.

No que diz respeito ao transporte ferroviário, faz-se referência às seguintes normas: (i) Resolução nº 5.990/2022-ANTT, que regulamenta a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas desvinculado da exploração de infraestrutura por Agente Transportador Ferroviário; (ii) Resolução nº 5.974/2022-ANTT, que dispõe sobre o Transporte Ferroviário de Passageiros; (iii) Resolução nº 5.944/2021-ANTT, que disciplina a prestação a prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas; (iv) Resolução nº 2.748/2008-ANTT, que regulamentou os procedimentos e parâmetros técnicos complementares a serem adotados no transporte ferroviário de produtos perigosos; (v) Resolução nº 5.443/2017-ANTT, que estabeleceu procedimentos relativos ao Plano Trienal de Investimentos - PTI no âmbito das concessões ferroviárias; e (vi) Resolução nº 5.831/2018-ANTT, que

disciplina o estabelecimento, a revisão e a apuração das metas de produção e de segurança no âmbito das concessões ferroviárias.

3. Se pertinente, indicar se o tema das sanções administrativas também é disciplinado em (i) contratos; e/ou (ii) Manuais/Notas Técnicas. Caso haja regulação por contrato ou outros documentos oficiais aplicáveis, indicar as principais disposições sobre o tema.

Sim. Também há previsões sobre sanções em *contratos de concessão* celebrados pela ANTT. As concessões rodoviárias mais recentes assinadas pela ANTT (Ecovias do Cerrado e ViaSul, ambos em 2019) tipificam infrações, estabelecem sanções e fazem referência às penalidades previstas no “*Contrato e nas demais disposições legais e regulamentares da ANTT*”. Concessões ferroviárias também possuem dispositivos semelhantes: dois contratos recentes (subconcessões referentes à ao Trecho 1 da FIOL e ao Tramo Central da Ferrovia Norte Sul, assinados respectivamente em 2019 e em 2021), na mesma linha, tipificam infrações, estabelecem sanções e fixam regras para sua aplicação. Há, por fim, previsões referentes a sanções nos contratos de adesão que instrumentalizam as autorizações para a construção de ferrovias; nos contratos celebrados em 2023¹⁴⁹, existem (i.) cláusulas fazendo referência à “regulamentação específica” para a aplicação de penalidades, de modo geral; e (ii.) cláusula tipificando hipóteses e condições para extinção da autorização (são, respectivamente, as cláusula Décima Segunda e Décima Terceira de tais contratos de adesão).

Além disso, a ANTT disponibiliza *manuais de fiscalização* aplicáveis a algumas das atividades e serviços que regula¹⁵⁰.

4. As normas aplicáveis preveem espaço para discricionariedade administrativa na aplicação de penalidades ou não?

Em termos. Existem regras de dosimetria, bases de cálculo, reincidência específica e genérica, agravantes e atenuantes (inclusive na norma geral aplicável aos processos sancionadores iniciados pela ANTT – a Res. 5.083/2016). Mesmo assim, existe um espaço discricionário que permite à Diretoria da ANTT conceder uma espécie de benefício ao agente punido – e fazer com que sanções de suspensão, cassação ou declaração de inidoneidade sejam convertidas em multa.¹⁵¹

5. As condutas passíveis de penalização estão definidas, de forma específica e exaustiva, em normas? Indicar, na resposta, se as condutas infracionais estão previstas em lei em sentido estrito e/ou atos normativos infralegais.

Estão previstas sobretudo em resoluções editadas pela ANTT e contratos celebrados entre a Agência e os agentes regulados, onde são tipificadas infrações e reguladas as sanções previstas, de

¹⁴⁹ Disponíveis em <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/ferrovias/autorizacoes-ferroviarias-1/contratos-de-adesao-celebrados>. Acesso em 17/04/2023.

¹⁵⁰ Disponíveis em <<https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/fiscalizacao-e-multas/manuais-de-fiscalizacao>>. Acesso em 17/04/2023.

¹⁵¹ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 65. Nos casos em que houver previsão legal, regulamentar ou contratual para a decretação de caducidade da outorga ou aplicação da penalidade de suspensão, cassação ou declaração de inidoneidade, a Diretoria Colegiada da ANTT poderá, alternativamente, aplicar a pena de multa considerando a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

maneira geral, na Lei nº 10.233/2001 (sobretudo em seu art. 78-A). Esta maneira de regular o exercício do poder de polícia da Administração Pública parece ter sido validada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI nº 5.906 (que examinou *apenas* a Resolução nº 233/2003-ANTT, mas cujos fundamentos parecem ser aplicáveis a todas demais resoluções mencionadas no item 2 deste Relatório de Diagnóstico.).

6. As normas são claras com relação ao sujeito ativo da infração?

Sim. O fracionamento do tema em várias resoluções específicas e contratos tipificando infrações ajuda a identificar quais seriam seus potenciais sujeitos ativos.

7. Existe alguma avaliação/diagnóstico sobre o panorama sancionatório do setor (ex. relatório de auditoria do TCU). Caso positivo, quais as principais conclusões aplicáveis ao respectivo setor?

No Acórdão nº 601/2023-Plenário, o TCU concluiu que o acompanhamento contratual realizado pela ANTT não consegue verificar a totalidade das obrigações das concessionárias de rodovias. Nas palavras do Relator, Min. Antonio Anastasia, “*a sistemática baseada em planos anuais apresentados pelas próprias concessionárias (...) redonda em uma atuação burocrática e inefetiva da Agência reguladora*”. O Tribunal também indicou haver “*gestão deficiente dos contratos de concessão rodoviária*” e “*não utilização das medidas de enforcement*” neles previstos.

Em sentido convergente, no Acórdão nº 2.644/2019-Plenário, o TCU concluiu que um determinado contrato de concessão de rodovias estava sendo mal gerenciado – com a aplicação de descontos insuficientes e com a falta de adoção, por parte da ANTT, para remediar um cenário de inadimplemento contratual por parte da concessionária. Segundo o voto do Relator, Min. Bruno Dantas, a ANTT deveria “*adotar as medidas de sua competência para apurar os prejuízos decorrentes da inexecução contratual e, se for o caso, executar as garantias de fiel cumprimento das obrigações contratuais*”. O Tribunal sublinhou que “*diante de um quadro generalizado de inexecução contratual, não [restava] dúvida de que [o TCU deveria] determinar à ANTT a imediata retomada do curso natural do processo de fiscalização de descumprimento contratual, o que [poderia] ensejar a aplicação de penalidades diversas e, até mesmo, a decretação de caducidade da concessão*”.

Por fim, vale mencionar o diagnóstico mais recente do TCU sobre a atuação sancionatória das agências reguladoras federais, incluindo a ANTT. Conforme se extrai do Acórdão nº 729/2020, o TCU concluiu que a ANTT, embora aplique um alto volume de multas (i.e., 550.803), arrecada apenas um percentual ínfimo das sanções aplicadas (i.e., 0,75%).¹⁵²

11.2. Processo Sancionador

No plano legal, a Lei Federal nº 10.233/2001 prevê disposições genéricas sobre o processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades, estabelecendo que ele deve ser circunstanciado e permanecerá em sigilo até decisão final. Adicionalmente, a norma resguarda garantias ao administrado, ao assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa, permitida a adoção de medidas cautelares de necessária urgência.

¹⁵² Os dados se referem aos exercícios de 2015 e 2016.

Em nível infralegal, a Resolução nº 5.083/2016-ANTT disciplina o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização. A norma uniformiza o rito do processo sancionador, para as diferentes atividades sob competência da ANTT, estabelecendo fases processuais claras, critérios para participação de interessados, modalidades recursais, etc.

No diagnóstico realizado, foram identificados aspectos salutares relacionados ao processo sancionador no âmbito da ANTT, em especial: (i) a facilidade de acesso à jurisprudência da ANTT, seja por meio da consulta às Atas das Reuniões da Diretoria Colegiada da Agência ou pelo próprio sistema de processo eletrônico; (ii) a relativa clareza da regulamentação aplicável ao processo sancionador (i.e., Resolução nº 5.083/2016-ANTT), que inclusive prevê modalidades recursais usualmente não previstas em outros setores, ao menos não de forma expressa (e.g. Embargos de Declaração); e (iii) a existência de alternativas que buscam reduzir a litigiosidade na aplicação de sanções e incentivar a conformação dos agentes à regulamentação (e.g. TRO).

Como sugestões de aperfeiçoamento, identificamos a importância de reforçar os esforços de simplificação e sistematização normativa, a fim de lidar com a fragmentação dos tipos infracionais e sanções do setor. Uma alternativa seria aprofundar os esforços de consolidação da jurisprudência da Diretoria Colegiada da ANTT, por meio da edição mais frequente de enunciados de súmula – que já vem sendo editados pela Diretoria sobre determinados assuntos – e/ou da divulgação de informativos de jurisprudência, que pudessem auxiliar no entendimento da posição do órgão máximo de deliberação da Agência sobre a aplicação de sanções, especialmente nos casos em que há diversas normas aplicáveis à conduta infracional. Cita-se, a título de exemplo de boa prática, a Súmula nº 10/2021, em que o Diretor-Geral da ANTT esclarece o posicionamento da Agência no sentido de que as sanções administrativas previstas em contrato de concessão prevalecem sobre aquelas consignadas em regulamentação normativa.

Outra recomendação diz respeito ao aprofundamento da adoção de mecanismos alternativos para nortear a atuação sancionatória da Agência, que possuem caráter responsável e têm como principal objetivo a conformação da atuação dos agentes regulados com as suas obrigações. Essa pode ser uma alternativa para lidar com a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas. Um exemplo de medidas a serem aprofundadas é o TRO, que prioriza a cessação das irregularidades identificadas em detrimento da instauração automática de um processo sancionador.

Ainda, em linha com a previsão que autoriza à conversão da sanção de caducidade, suspensão, cassação ou declaração de inidoneidade em multa, a Agência poderia estudar a possibilidade de converter sanções pecuniárias em obrigações de fazer, em linha com o que já vem sendo feito em outros setores (e.g., telecomunicações) – não necessariamente apenas no âmbito de TACs.

Diagnóstico

1. Existem normas específicas (legais ou infralegais) sobre processo sancionador? Descreva, sucintamente, o rito a ser observado e, inclusive, recursos cabíveis.

A Lei Federal nº 10.233/2001 prevê que o processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades será circunstaciado e permanecerá em sigilo até decisão final.¹⁵³ Adicionalmente, a norma assegura expressamente o contraditório e a ampla defesa, permitida a adoção de medidas cautelares de necessária urgência.¹⁵⁴

O Decreto Federal nº 2.521/1998, que dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, também contém algumas disposições sobre o tema. De acordo com a norma, a aplicação das penalidades ali previstas terá início com a lavratura de auto de infração¹⁵⁵, que será registrado no órgão competente da Agência Nacional de Transportes Terrestres ou na entidade conveniada, dele dando-se conhecimento ao infrator.¹⁵⁶ Segundo a norma, o infrator pode exercer o direito de defesa, no prazo de 15 dias úteis.¹⁵⁷

Nesse caso, a instrução e decisão sobre a aplicação de penalidade será realizada por Comissão constituída de, pelo menos, três servidores designados em portaria baixada pelo dirigente da ANTT.¹⁵⁸ Dessas decisões, cabe interposição de recurso, no prazo de 15 dias úteis, contados da data da intimação do ato ou do recebimento da notificação, no caso de multa.¹⁵⁹

Em nível infralegal, a Resolução nº 5.083/2016-ANTT disciplina o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização.

A norma estabelece que a autoridade competente poderá, de ofício ou à vista de representação, efetuar averiguações preliminares, quando os indícios da prática de infração não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.¹⁶⁰ Esse procedimento de averiguações preliminares pode durar até 30 dias úteis, prorrogáveis mediante justificativa. Após a conclusão das averiguações, a autoridade determinará: (i) o seu arquivamento, se inexistente infração; (ii) a instauração de processo administrativo sancionador; e (iii) a realização de novas diligências.¹⁶¹

Anteriormente à instauração de procedimento de averiguações preliminares ou de processo administrativo, a norma faculta à autoridade competente que: (i) nos casos previstos em regulamento ou contrato, alerte o ente regulado sobre as inconformidades verificadas, indicando prazo para que sejam sanadas mediante lavratura de Termo de Registro de Ocorrência (“TRO”); e (ii) determine a imediata cessação e correção da inconformidade, inclusive, aplicando as demais medidas administrativas previstas em regulamento específico ou contrato.¹⁶² O TRO é caracterizado como uma

¹⁵³ Lei Federal nº 10.233/2001, art. 78-B.

¹⁵⁴ Lei Federal nº 10.233/2001, art. 78-C.

¹⁵⁵ Decreto Federal nº 2.521/1998, art. 87.

¹⁵⁶ Decreto Federal nº 2.521/1998, art. 88, caput.

¹⁵⁷ Decreto Federal nº 2.521/1998, art. 88, parágrafo único.

¹⁵⁸ Decreto Federal nº 2.521/1998, art. 89.

¹⁵⁹ Decreto Federal nº 2.521/1998, art. 93.

¹⁶⁰ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 17.

¹⁶¹ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 19.

¹⁶² Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 20.

medida de caráter preventivo e orientador, que busca evitar a necessidade de instauração de processo administrativo sancionador.

Esgotado o prazo para correção da inconformidade apontada no TRO, sem que seja comprovado o atendimento, será lavrado auto de infração.¹⁶³ Nessa hipótese, o infrator será comunicado da infração por meio da Notificação de Autuação.¹⁶⁴

Instaurado o processo administrativo sancionador, a Resolução nº 5.083/2016-ANTT prevê que as atividades de instrução serão realizadas de ofício ou mediante determinação da autoridade, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.¹⁶⁵

A norma define que, inexistindo disposição específica, o prazo decadencial de 5 dias para a realização de quaisquer atos processuais, salvo motivo de força maior.¹⁶⁶

Também são definidas a forma e os documentos que devem instruir a defesa do administrado.¹⁶⁷ O prazo previsto para a apresentação será de 30 dias, improrrogáveis, salvo motivo devidamente comprovado de força maior.¹⁶⁸ A regulamentação admite a realização de sustentação oral na reunião em que o processo tenha sido incluído em pauta, pelo prazo de 15 minutos.¹⁶⁹

Ao final da fase instrutória, incluindo a apresentação de defesa e eventuais provas pelo administrado, a autoridade competente elaborará relatório final, circunstanciado e conclusivo, propondo a aplicação das penalidades cabíveis ou o arquivamento do processo.¹⁷⁰ Os autos serão, então, encaminhados à autoridade julgadora para proferir decisão.¹⁷¹

Os processos administrativos sancionadores serão decididos pela Diretoria Colegiada, no caso de infrações apuradas em Processo Administrativo Ordinário, ou pelo Superintendente de Processos Organizacionais ou Gerente, na hipótese de infrações objeto de Processo Administrativos Simplificado, conforme definido pela regulamentação.¹⁷² Em ambas as hipóteses, a decisão deve ser proferida no prazo de 30 dias, prorrogável por igual período, em caso de justificada necessidade.¹⁷³

A norma facilita que o administrado oponha embargos de declaração em face da decisão, no prazo de 5 dias contados de sua intimação, na hipótese de erro material, omissão, contradição ou obscuridade.¹⁷⁴ Opostos embargos, interrompem-se os prazos para apresentação de recursos ou manifestações.¹⁷⁵ Os embargos devem ser apreciados no prazo de 5 dias.¹⁷⁶

Após eventual decisão sobre os embargos ou decisão de aplicação da sanção à qual não tenham sido opostos embargos, inicia-se o prazo de 10 dias para a interposição de recurso.¹⁷⁷ O recurso deve

¹⁶³ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 25.

¹⁶⁴ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 30.

¹⁶⁵ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 32.

¹⁶⁶ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 34.

¹⁶⁷ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 41.

¹⁶⁸ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 42.

¹⁶⁹ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 43.

¹⁷⁰ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 53.

¹⁷¹ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 54.

¹⁷² Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 55.

¹⁷³ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 56, caput.

¹⁷⁴ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 56, §2º.

¹⁷⁵ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 56, §3º.

¹⁷⁶ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 56, §4º.

¹⁷⁷ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 57, caput.

ser encaminhado à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar em 5 dias, o encaminhará à autoridade superior, desde que presente os requisitos de admissibilidade recursal.¹⁷⁸

Na hipótese de decisão proferida pela Diretoria Colegiada da ANTT, caberá pedido de reconsideração.¹⁷⁹

Em regra, os recursos devem ser recebidos sem efeito suspensivo, salvo em hipótese de justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, em que o efeito suspensivo pode ser atribuído de ofício ou a requerimento.¹⁸⁰

A regulamentação prevê o prazo de 30 dias, prorrogável por igual período em caso de justificada necessidade, para o julgamento do recurso.¹⁸¹ Se a decisão agravar a situação do recorrente, este será intimado para que se manifeste, em 10 dias.¹⁸²

A decisão proferida pela ANTT no julgamento do recurso é definitiva, assim como na hipótese de esgotado o prazo para recurso, sem que tenha sido interposto.¹⁸³

O rito acima pode ser abreviado, na hipótese de infrações puníveis com advertência ou multa, que admitem o Processo Administrativo Simplificado.¹⁸⁴ Nesse caso, o rito estabelecido é, em síntese, o seguinte:

- lavratura de auto de infração;¹⁸⁵
- notificação do infrator ou representante legal da sociedade empresária para apresentação de defesa, no prazo de 30 dias;¹⁸⁶
- decisão motivada do Gerente responsável, aplicando penalidade ou determinando o arquivamento do processo;¹⁸⁷
- interposição de recurso ao Superintendente no prazo de 10 dias;¹⁸⁸

Na hipótese de Processo Administrativo Ordinário, a Resolução nº 5.083/2016-ANTT estabelece que a instrução deve ser realizada por uma Comissão Processante, composta por três servidores efetivos designados pela autoridade instauradora, mediante Portaria.¹⁸⁹ Encerrada a instrução, o interessado será intimado para manifestar-se, no prazo improrrogável de 10 dias, em sede de alegações finais.¹⁹⁰ Ato contínuo, o Relatório da Comissão Processante é juntado ao processo e encaminhado à autoridade competente para decisão.¹⁹¹ Nesse caso, é fixado o prazo de 120 dias, prorrogáveis por igual período, contados a partir da data da Portaria que instala a comissão, para que o processo se encerre.¹⁹²

¹⁷⁸ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 57, §2º.

¹⁷⁹ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 57, §3º.

¹⁸⁰ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 59.

¹⁸¹ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 60, caput.

¹⁸² Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 60, §2º.

¹⁸³ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 62.

¹⁸⁴ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 81.

¹⁸⁵ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 82, caput.

¹⁸⁶ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 83.

¹⁸⁷ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 84.

¹⁸⁸ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 85.

¹⁸⁹ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 89.

¹⁹⁰ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 92.

¹⁹¹ Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 93.

¹⁹² Resolução nº 5.083/2016-ANTT. Art. 91.

2. Há algum tema em relação ao qual as normas são confusas, imprecisas ou que gerem discussões na prática?

Conforme indicado na resposta 4 abaixo, o principal tema sobre o qual as normas se demonstram confusas ou imprecisas na prática é a dosimetria da pena. Em virtude da dispersão dos tipos infracionais e sanções aplicáveis, identificada na primeira fase da pesquisa, há dificuldades práticas na definição da sanção aplicável e da gravidade da conduta imputada ao infrator. Em alguns casos, a ANTT acaba tendo de resolver antinomias que surgem na aplicação de diferentes diplomas legais (e.g., o art. 36, §5º, do Decreto nº 2.521/1998 e o art. 78-I da Lei nº 10.233/2001).

3. Existem particularidades nas normas processuais decorrentes das características específicas do setor?

Uma particularidade a ser indicada é a existência de dois ritos de processos administrativos sancionadores distintos: (i) o Processo Administrativo Simplificado; e (ii) o Processo Administrativo Ordinário. Na primeira hipótese, o processo é instruído pela Gerência e julgado pela Superintendência, cabendo recurso administrativo em face da decisão. Na segunda hipótese, a instrução é realizada por uma Comissão Processante e o julgamento pela Diretoria Colegiada da ANTT, sendo cabível pedido de reconsideração.

Destaca-se também a existência do TRO, instrumento de caráter preventivo e orientador, que busca evitar a necessidade de instauração de processo administrativo sancionador – aumentando a responsividade da fiscalização exercida pela Agência. Conforme esclarecido pela própria ANTT, anteriormente, esse mecanismo era aplicável apenas às concessões rodoviárias, mas sua adoção foi estendida para todas as modalidades de transporte reguladas e fiscalizadas pela Agência, como resultado da Resolução nº 5.083/2016-ANTT.¹⁹³

Outro ponto que merece destaque é a previsão regulamentar expressa da possibilidade de oposição de embargos de declaração. Embora essa modalidade recursal também seja aplicada em outros setores, é notável que ela não costuma ser prevista, ao menos não de forma expressa.

Nenhuma dessas particularidades, no entanto, parece estar associada a uma característica específica do setor de transportes.

4. Da análise de decisões administrativas da Agência no âmbito de processo sancionador, é possível identificar eventuais aspectos críticos/ambiguidade na aplicação das normas em vigor?

No âmbito dos Processos nº [50500.237550/2022-33](#), [50500.018403/2022-66](#), [50500.012727/2022-91](#), [50500.009599/2022-06](#) e [50500.012713/2022-77](#), a ANTT aplicou a sanção de cassação a empresas que operaram serviço de fretamento em desconformidade com a regra de “circuito-fechado”, estabelecida pela Resolução ANTT nº 4.777/2015. A base legal para a aplicação desta sanção é o art. 36, §5º, do Decreto nº 2.521/1998 e o art. 78-H da Lei nº 10.233/2001. A redação do art. 36 estabelece que, na hipótese da prática da referida infração, a transportadora será declarada inidônea e terá sua outorga cassada imediatamente. O art. 78-H determina que infrações graves podem gerar a cassação, mas não define quais condutas estariam abarcadas por esse conceito.

¹⁹³ Disponível em: https://portal.antt.gov.br/resultado/-/asset_publisher/m2By5inRuGGs/content/id/141813. Acesso em 06.10.2023.

Para justificar a aplicação da sanção de cassação, a Diretoria Colegiada da ANTT adotou o seguinte argumento: se o Decreto nº 2.521/1998 estabeleceu a cassação à empresa que operar viagens em modalidade de transporte diversa da que lhe foi autorizada, tal conduta é considerada, do ponto de vista normativo, de natureza grave; se a conduta é de natureza grave, o artigo 78-H determina que seja aplicada a pena de cassação.

Nesses casos, é interessante notar o entendimento consolidado da ANTT no sentido de que seria inaplicável a declaração de inidoneidade prevista no Decreto nº 2.521/1998, uma vez que a superveniente Lei nº 10.233/2001 estabeleceu, em seu art. 78-I, que essa sanção se dirige a quem tenha praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos de licitação ou a execução de contrato. De acordo com a Agência, a sanção de inidoneidade seria inaplicável ao regime de autorização, sendo o art. 36, §5º, do Decreto nº 2.521/1998 aplicável apenas no que tange à sanção de cassação da outorga. O mesmo entendimento foi aplicado pela ANTT no Processo nº [50500.219877/2022-23](#), que envolvia a apresentação de documentos adulterados e cuja sanção definida pelo no art. 86, II, do Decreto nº 2.521/1998 também seria a cassação e a declaração de inidoneidade.

No Processo nº [50500.123195/2021-35](#), a empresa infratora sofreu mais de 150 autuações, sendo 56 delas por trafegar com veículo em serviço, apresentando defeito em equipamento ou item obrigatório. Neste caso, a pena de cassação foi convertida em multa, com base nos artigos 65 e seguintes da Resolução nº 5.083/ 2016-ANTT. Este exemplo ilustra a ampla margem de discricionariedade atribuída à ANTT pela regulamentação para a conversão da sanção de cassação em multa, bem como a relevância que uma análise de caráter consequencialista possui nesse processo. A despeito do número de autuações e do perfil das infrações (i.e., condutas que, segundo a própria Agência, colocariam em risco a segurança dos usuários), a sanção foi convertida em multa. Nessa conversão, a Agência levou em consideração o número de localidades atendidas pela empresa infratora, que poderiam ficar desassistidas pela cassação da outorga, e a apresentação de um plano de ação com medidas que visavam à melhoria da prestação de serviços.

Nos Processos nº [50500.219841/2022-40](#) e [50500.231082/2022-93](#) temos o mesmo contexto fático: as empresas possuíam Termo de Autorização de Serviços Regulares (TAR) e Licença Operacional (LOP) válidos, no entanto, não possuíam veículo habilitado em suas frotas no Sistema de Habilitação (SISHA). No primeiro caso, a empresa prontamente respondeu à instauração do processo sancionador, sanando as irregularidades identificadas e, por esse motivo, tendo o processo arquivado. No segundo caso, a empresa manteve-se inerte e descumpriu determinação de suspensão de suas linhas, o que resultou na aplicação da sanção de advertência pela ANTT. Para fundamentar o arquivamento do processo no primeiro caso, a Agência indicou expressamente o seu objetivo institucional de adoção de uma atuação responsável, de modo a calibrar as sanções aplicadas de acordo com a maior ou menor colaboração dos agentes regulados.¹⁹⁴

Os precedentes mapeados levam à conclusão de que o aspecto mais crítico na aplicação das normas da ANTT reside na dosimetria da pena. Devido à dispersão dos tipos infracionais e sanções aplicáveis, identificada na primeira fase da pesquisa, há dificuldades práticas na definição da sanção aplicável às infrações identificadas. Do mesmo modo, há casos em que falta clareza sobre a gravidade da conduta imputada ao infrator.

Uma alternativa para mitigar os impactos desse aspecto sobre a segurança jurídica do setor seria aprofundar os esforços de uniformização jurisprudencial. A ANTT parece preocupada com esse cenário, o que é evidenciado pela edição de enunciados de súmula para lidar com eventuais antinomias.

¹⁹⁴ Vide Mapa Estratégico ANTT 2020-2030, aprovado pela Deliberação nº 246/2021.

Cita-se, a título de exemplo a Súmula nº 10/2021, em que o Diretor-Geral da ANTT esclarece o posicionamento da Agência no sentido de que as sanções administrativas previstas em contrato de concessão prevalecem sobre aquelas consignadas em regulamentação normativa. Por outro lado, é interessante notar como a ANTT vem se valendo da margem de discricionariedade que lhe foi atribuída pela legislação e regulamentação para adotar uma atuação mais responsável, beneficiando agentes regulados que adotam medidas em prol da regularização de suas condutas.

5. Existe alguma avaliação/pesquisa sobre efetividade dos processos sancionadores neste setor regulado? É possível identificar índice de judicialização?

Em 2013, o TCU havia determinado à ANTT que (i.) “[instaurasse] processo disciplinar, no prazo de sessenta dias (...) para apurar responsabilidades pela morosidade dos processos de apuração de responsabilidade e aplicação de penalidades das concessões rodoviárias da 2ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais”; (ii.) “[ajustasse], no prazo de sessenta dias, o art. 59 do Regulamento anexo à Resolução ANTT nº 442/2004, de modo a adequá-lo ao art. 61 da Lei nº 9.784/99, retirando o efeito suspensivo conferido indiscriminadamente aos recursos administrativos”; e (iii.) “[elaborasse] (...) plano de ação [contemplando] uso de instrumentos, instalações e outros meios adequados e suficientes para aferição das obrigações contratuais” e “elaboração de manual de fiscalização das concessões de exploração da infraestrutura federal”.¹⁹⁵

Em 2019, uma auditoria operacional do TCU concluiu que o Programa de Concessões Rodoviárias Federais possuía inadequada estruturação e apresentava desempenho insuficiente. Relatório elaborado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil afirmou que o Programa de Concessões “não tem atingido os resultados esperados, pois os investimentos programados não têm sido realizados”. Nesse contexto, a unidade técnica efetuou uma auditoria em 2019 para “entender quais ações (inações) poderiam estar contribuindo com essas inexecuções, bem como entender como a ANTT [estava] se preparando para resolver a inadimplência verificada nos contratos”.

Dentro do mesmo processo, em março de 2023, o Plenário do TCU determinou à ANTT a apresentação de um detalhado plano de ação para melhorar sua fiscalização de concessões de rodovias. Em seu voto, o Min. Antonio Anastasia salientou que “a metodologia preconizada na Resolução-ANTT 1.187/2005 e na Portaria 216/2019/SUINF para a fiscalização dos contratos de concessão não se [mostrava] adequada à realidade das rodovias concedidas. A sistemática baseada em planos anuais apresentados pelas próprias concessionárias - com a indicação das obras e serviços a serem realizados no período seguinte – [redundava] em uma atuação burocrática e inefetiva da Agência reguladora”.

O Min. Weder de Oliveira, em voto apartado, observou que os achados de auditoria “[refletiam] refletem um quadro persistente de insuficiência fiscalizatória, que resultaram na quase incapacidade de a ANTT acompanhar os contratos de concessão em sua totalidade, a não utilização das medidas impositivas para adequação das concessionárias aos parâmetros contratuais e a até mesmo a incapacidade operacional de, se necessário, promover a extinção antecipada dos contratos de concessão.”¹⁹⁶

Além disso, conforme indicado na primeira etapa da pesquisa, o diagnóstico do TCU, por meio do Acórdão nº 729/2020, sobre o processo sancionador nas agências reguladoras dá conta de que a

¹⁹⁵ Acórdão 3237/2013-Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Julgado em 27.11.2013.

¹⁹⁶ Acórdão 601/2023-Plenário. Rel. Min. Antonio Anastasia. Julgado em 29.03.2023.

ANTT, embora aplicasse um alto volume de multas (i.e., 550.803), arrecadava apenas um percentual ínfimo das sanções aplicadas (i.e., 0,75%).¹⁹⁷

É possível identificar também Relatório da CGU sobre o tema, datado de 01 de outubro de 2019, que avaliou a atuação da ANTT entre os exercícios de 2014 e 2018.¹⁹⁸ De acordo com a CGU, o processo sancionador da ANTT envolveu, nesse período, um total de 1,4 milhão de autos de infração, que somavam R\$ 2,29 bilhões em multas. Deste montante, foram arrecadados em torno de R\$ 170 milhões até dez/2018, ou cerca de 7,4%, revelando a baixa efetividade do processo sancionador, de acordo com a CGU.

A CGU identificou, ainda, um desempenho insatisfatório da Agência nas atividades de instrução, julgamento e cobrança. Segundo o Relatório, essa situação decorre do modelo concebido para definição das competências das autoridades julgadoras, uma vez que este restringe a um pequeno grupo de autoridades, que são aquelas investidas em cargos de gestão (Superintendentes e Gerentes), uma grande quantidade de processos para serem julgados. O resultado desse contexto é um gargalo no fluxo de tramitação processual, gerando um aumento do passivo de processos pendentes de conclusão a cada ano.

De acordo com a CGU, contatou-se a existência de 7.031 autos de infração lavrados entre 2014 e 2018 suspensos ou cancelados por decisão judicial (totalizando R\$ 52 milhões em multas), além de outras ações judiciais, seja com o intuito de discutir o mérito das penalidades aplicadas pela ANTT ou por ausência de pagamento, e aquelas encaminhadas pela Procuradoria Federal junto à ANTT para cobrança judicial.

11.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva

A Agência possui um longo histórico – neste momento, com mais de 20 (vinte) anos – de edição de normas sobre “*termos de ajustamento de conduta*” e de sua celebração com os agentes econômicos submetidos às suas competências. Esse longo histórico se reflete (i.) no *amadurecimento das rotinas e critérios* para avaliação e celebração de TACs (evoluindo do breve “*Regulamento de Termo de Ajuste de Conduta*” anexo à Resolução nº 152/2003-ANTT para o procedimento detalhado estabelecido na Resolução nº 5.823/2018-ANTT); (ii.) em um volume substancial de TACs celebrados com diferentes agentes; e mesmo (iii.) em algum grau de “*experimentalismo institucional*”, tendo a Agência se servido do instrumento “TAC” para efetuar, em um determinado caso, aquilo que sua Procuradoria qualificou como “*uma negociação de público para público, no qual ambas as partes têm como motor principal da ação a busca pelo interesse público*”.

Também é bastante nítido que a ANTT busca deliberadamente implementar institutos, regras e rotinas alinhadas ao conceito de “*regulação responsiva*”. Em fevereiro de 2020, a Agência determinou a seus servidores que observassem, “*no exercício de suas atividades (...) as diretrizes de atuação responsiva*” – e, em 2021, a ANTT incluiu em seu Mapa Estratégico o chamado “*Projeto Atuação Responsiva*”, expressamente baseado nos conceitos e práticas difundidos pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (“OCDE”).

¹⁹⁷ Acórdão 729/2020-Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz. Julgado em 01.04.2020. Os dados se referem aos exercícios de 2015 e 2016.

¹⁹⁸ Relatório de Auditoria nº 201900671. Disponível em <https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/912298>. Acesso em: 06.10.2023.

Um Relatório de Avaliação de Resultado Regulatório divulgado em 2023 sugere que práticas de regulação responsiva encontram diferentes graus de receptividade nas Superintendências da Agência. Institucionalmente, contudo, a posição da ANTT parece continuar firme: Relatórios de Análise de Impacto Regulatório disponibilizados em Audiência Pública que estava em curso na data de finalização desta análise afirmavam que “*a regulação responsiva é muito mais do que uma teoria. É firmemente baseada e aplicada na prática regulatória*”. Esse movimento da Agência pode estar relacionado com as dificuldades de fiscalização constatadas por TCU e CGU – e que foram apontadas no tópico anterior deste relatório.

Diagnóstico

1. A agência possui regulamentação sobre a utilização de TACs em processos sancionadores? Caso positivo, descrever conteúdo.

Sim, a Resolução nº 5.823/2018-ANTT dispõe sobre os requisitos e procedimentos para celebração e acompanhamento de TACs firmados para correção ou compensação de descumprimentos de obrigações contratuais, legais ou regulamentares. Até a edição da norma, a possibilidade de celebração de TACs era prevista, de forma menos detalhada, nas regulamentações aplicáveis às sanções administrativas (i.e., Resolução nº 152/2003-ANTT, Resolução nº 442/2004-ANTT e, posteriormente, Resolução nº 5.083/2016-ANTT).

A Resolução nº 5.823/2018-ANTT estabelece que os TACs podem ser propostos pela ANTT ou pelos agentes regulados (definidos como “*concessionárias, permissionárias, autorizatárias, transportadores habilitados e demais inscritos sujeitos à regulação da ANTT*”).¹⁹⁹ A proposta deve conter, no mínimo, a indicação (i) da conduta a ser corrigida ou compensada, bem como dos processos administrativos abrangidos, se for o caso, (ii) das obrigações assumidas, acompanhadas de respectivo cronograma de execução. A proposta deverá ser acompanhada de prova da regularidade fiscal do agente regulado.²⁰⁰

A norma impede a celebração de TAC quando (i) o agente regulado tiver descumprido TAC há menos de 3 (três) anos, contados da decisão definitiva que confirmar o descumprimento, (ii) o acordo tiver por objeto obrigação presente em TAC anteriormente celebrado, (iii) não restar comprovado interesse público na celebração e (iv) se já tiver sido aplicada penalidade por decisão definitiva em processo administrativo sancionador. Caso haja ação judicial pendente relativa aos processos sancionatórios em relação aos quais houver interesse em celebrar um TAC, o agente regulado deverá comprovar sua renúncia em tais processos até a data de assinatura do TAC.²⁰¹

A partir do recebimento de proposta de TAC, é feito um juízo de admissibilidade e avaliação sobre o mérito pela Superintendência competente no prazo de 30 (trinta) dias.²⁰² A Superintendência deverá emitir uma decisão fundamentada manifestando seu entendimento: caso a proposta seja inadmitida, rejeitada ou caso seja solicitada a realização de alterações em seu conteúdo, a proponente pode recorrer da decisão ou promover as adequações sugeridas no prazo de 15 (quinze) dias. Se houver a interposição de recurso, a Superintendência pode retratar-se ou encaminhar o recurso para apreciação pela Diretoria Colegiada.²⁰³

¹⁹⁹ Resolução nº 5.823/2018-ANTT. Art. 2º, *caput* e §1º.

²⁰⁰ Resolução nº 5.823/2018-ANTT. Art. 3º.

²⁰¹ Resolução nº 5.823/2018-ANTT. Art. 4º.

²⁰² Resolução nº 5.823/2018-ANTT. Art. 5º, *caput*.

²⁰³ Resolução nº 5.823/2018-ANTT. Art. 5º, §§ 1º, 2º e 3º.

Admitida a proposta, o agente regulado tem 5 (cinco) dias úteis para apresentar minuta de TAC, que será encaminhada à Procuradoria Federal junto à ANTT para manifestação sobre os aspectos jurídicos da proposta e, em seguida, submetida à Diretoria Colegiada.²⁰⁴

Se o TAC for proposto pela própria ANTT, a proposta deve ser encaminhada ao agente regulado para manifestação no prazo de 30 (trinta) dias e, caso admitida, segue o mesmo rito (i.e., manifestação da Procuradoria e submissão à Diretoria Colegiada).²⁰⁵

Cabe à Diretoria Colegiada decidir, em última análise, sobre a conveniência da celebração do TAC: ela irá avaliar *“se a celebração do TAC é o meio mais adequado e próprio à celebração do interesse público no caso concreto, considerando, entre outros aspectos, a proporcionalidade da proposta em relação à gravidade da conduta em análise e à efetiva proteção dos direitos da coletividade”*. A decisão proferida pela Diretoria Colegiada será irrecorrível.²⁰⁶

Caso o agente regulado desista da celebração de um TAC após a admissibilidade da proposta pela Superintendência competente, não será mais possível apresentar um nova proposta de TAC com o mesmo objeto.²⁰⁷

A celebração do TAC não suspende o curso de processos administrativos sancionatórios que tenham por objeto a aplicação de multas por descumprimento – salvo quando esses descumprimentos já tenham sido corrigidos ou tenham exauridos seus efeitos, hipótese em que os objetos de tais processos serão incorporados ao compromisso. Serão suspensos durante o curso do TAC, contudo, os processos de caducidade, de cassação, de declaração de inidoneidade, de revogação ou de apuração de infração de natureza grave.²⁰⁸

A norma prevê o conteúdo mínimo do TAC (e.g., partes, obrigações, compromissos, penalidades, garantias etc) e os parâmetros para a definição do seu valor de referência. Quando já houver ocorrido a correção dos descumprimentos das obrigações contratuais, ou seus efeitos já houverem sido exauridos, o valor de referência corresponderá a no mínimo 60% (sessenta por cento) dos valores estimados para penalidades nos processos abrangidos pelo termo, e será fixado proporcionalmente às fases em que se encontrarem os processos na data de decisão da Diretoria Colegiada que aprovar a celebração do TAC.²⁰⁹

Por fim, a Resolução nº 5.823/2018-ANTT estabelece as regras para a fiscalização do TAC, as consequências do seu descumprimento parcial, incluindo penalidades aplicáveis, a forma de apuração do cumprimento do acordo e as causas para rescisão.

Havendo descumprimento parcial do TAC, o agente regulado será notificado para corrigir as inconformidades apontadas e apresentar justificativas no prazo de 15 (quinze) dias, sendo também indicada uma medida coercitiva em tal notificação. Caso as justificativas apresentadas forem rejeitadas, a medida coercitiva será aplicada imediatamente. O descumprimento parcial do TAC poderá levar à aplicação das seguintes medidas coercitivas: (i.) multa, (ii.) suspensão temporária dos serviços regulados, (iii.) redução temporária do valor das tarifas.²¹⁰

A rescisão do TAC também será precedida de contraditório: caso haja inadimplemento das obrigações quanto ao tempo, lugar ou forma convencionados no ajuste; atraso superior à metade do prazo estabelecido para o cumprimento da respectiva obrigação; ou descumprimento parcial em

²⁰⁴ Resolução nº 5.823/2018-ANTT. Art. 5º, §§ 4º e 5º.

²⁰⁵ Resolução nº 5.823/2018-ANTT. Art. 6º.

²⁰⁶ Resolução nº 5.823/2018-ANTT. Art. 8º.

²⁰⁷ Resolução nº 5.823/2018-ANTT. Art. 7º.

²⁰⁸ Resolução nº 5.823/2018-ANTT. Art. 10.

²⁰⁹ Resolução nº 5.823/2018-ANTT. Arts. 11 e 12.

²¹⁰ Resolução nº 5.823/2018-ANTT. Arts. 14, 15, 16, 17, 18 e 19.

razão do qual a obrigação se torne inútil ou impossível, a Superintendência competente certificará a ocorrência de tal fato e notificará o agente regulado para a apresentação de defesa em 15 (quinze) dias. A própria Superintendência apreciará, de início, as razões de defesa: se rejeitá-las, encaminhará à Diretoria Colegiada uma proposta de rescisão do TAC; se aceitá-las, encaminhará à Diretoria uma proposta de prorrogação do prazo necessário ao adimplemento das obrigações, quando cabível.²¹¹

Rescindido o TAC, serão instaurados ou retomados, conforme o caso, os processos de caducidade, cassação, declaração de inidoneidade, revogação ou de apuração de natureza grave eventualmente suspensos em razão do compromisso.²¹²

2. Na prática, a Agência vem celebrando TAC/Acordos Administrativos como forma de abreviar a tramitação de processos sancionadores?

Sim, a ANTT celebrou diversos TACs ao longo dos anos. Por meio da [Deliberação nº 261, de 19 de setembro de 2014](#), a Diretoria Colegiada da ANTT aprovou a celebração de TACs junto a concessionárias de rodovias federais, para adoção de medidas de compensação em decorrência de irregularidades verificadas no âmbito de Processos Administrativos Simplificados em trâmite perante a Agência.

Foram celebrados TACs para suspender a tramitação de processos administrativos sancionadores em curso (“TAC Multas”), como também para impedir a instauração de procedimentos desse tipo (“TAC Plano de Ação”). No caso dos TACs Multas, o valor total das multas a serem aplicadas foi convertido na realização de obras não previstas nos contratos de concessão, executadas com base em um Plano de Ação. Nos TAC Planos de Ação, o Plano de Ação pactuado buscou a regularização do cronograma físico da concessão.

A partir da referida Deliberação, foram celebrados 8 (oito) TACs para suspensão de processos administrativos sancionadores²¹³ e 8 (oito) TACs para evitar a instauração de processos.²¹⁴

Mais recentemente, a Diretoria Colegiada aprovou, por meio da [Deliberação nº 284, de 04 de outubro de 2022](#), a celebração de TAC junto à Concessionária Rota do Oeste (“CRO”). O TAC estabelece, em síntese (i) o saneamento dos inadimplementos contratuais identificados, (ii) a suspensão de processos administrativos sancionadores e, cumprido o Plano de Ação, a extinção integral do passivo regulatório, (iii) a renúncia ao procedimento arbitral em curso perante a CCI.

É interessante notar que esse TAC prevê basicamente a reestruturação da concessão, ao ser condicionado à saída do então controlador da CRO em favor de sociedade de economia mista do Estado do Mato Grosso (MT-PAR). O acordo prevê, ainda, a realização de nova troca de controle, após o cumprimento de determinadas etapas, impedindo o grupo controlador anterior de voltar a compor o quadro de acionistas da concessão.²¹⁵

²¹¹ Resolução nº 5.823/2018-ANTT. Arts. 19, 20, 21, 22 e 23.

²¹² Resolução nº 5.823/2018-ANTT. Art. 23.

²¹³ Os TACs foram celebrados em relação às seguintes concessões: (i) Autopista Fernão Dias; (ii) Autopista Fluminense; (iii) Autopista Litoral Sul; (iv) Autopista Planalto Sul; (v) Autopista Régis Bittencourt; (vi) Rodovia Transbrasiliana; (vii) Via Bahia; (viii) Rodovia do Aço.

²¹⁴ Os TACs foram celebrados em relação às seguintes concessões: (i) Autopista Fernão Dias; (ii) Autopista Fluminense; (iii) Autopista Litoral Sul; (iv) Autopista Régis Bittencourt; (v) Rodovia Transbrasiliana; (vi) Rodovia do Aço; (vii) Nova Dutra; e (viii) Ecosul.

²¹⁵ Para mais detalhes sobre o TAC celebrado junto à CRO, cf. Voto DDB/ANTT/MI 92/2022, de lavra do Diretor Davi Ferreira Gomes Barreto, de 04 de outubro de 2022: <https://antt.gov.br/documents/498202/0/Voto+DDB+092-2022.pdf/e99aeacd-8672-6cfa-6b2e-f25b820dda23?t=1664976063423>.

Na fundamentação de sua decisão, a ANTT sugeriu que este seria um TAC “atípico” por envolver “uma negociação de público para público, no qual ambas as partes têm como motor principal da ação a busca pelo interesse público. Consiste, essencialmente, na combinação de suas políticas públicas, federal ou estadual, com um único objetivo: promover uma ampliação do bem-estar da sociedade, e em especial dos usuários da rodovia, diante de outras alternativas que se mostram muito inferiores nesse aspecto”²¹⁶.

Adicionalmente, vale notar que a ANTT já celebrou TACs com concessionárias de ferrovias: (i) em 2004, com a América Latina Logística S.A., com o objetivo de retomar a operação ferroviária em determinado trecho²¹⁷; (ii) em 2005, com a América Latina Logística Malha Oeste S.A., a América Latina Logística Malha Paulista S.A. e a Ferrovia Transnordestina Logística S.A.; (iii) em 2007, com a Ferrovia Centro-Atlântica S.A.; (iv) em 2008, com a América Latina Logística Malha Oeste S.A. e a Ferrovia Centro-Atlântica S.A.; (v) em 2009, com a América Latina Logística Malha Paulista S.A.; (vi) em 2010, com a América Latina Logística Malha Sul S.A.; (vii) em 2013, com a Transnordestina Logística S.A., bem como com a MRS Logística S.A. conjuntamente com a América Latina Logística Malha Paulista S.A.; e (viii) em 2023, com a Associação Brasileira de Preservação Ferroviária (“ABPF”).²¹⁸

Por fim, destaca-se que a Agência já firmou TAC com a Vale S.A., no que diz respeito ao serviço de transporte de passageiros. Por meio do acordo, datado de 2015, a concessionária se comprometeu à adequação da Estrada de Ferro Vitória Minas e do Trem Turístico Ouro Preto – Mariana às exigências normativas de acessibilidade das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida.

3. A agência tem se preocupado com a criação de sistemática de incentivos/desincentivos para evitar o cometimento de infrações?

Conforme já indicado na segunda etapa da presente pesquisa, a Resolução nº 5.083/2016-ANTT prevê a aplicabilidade do Termo de Registro de Ocorrência (“TRO”), instrumento de caráter preventivo e orientador, que busca evitar a instauração de processo administrativo sancionador – aumentando a responsividade da fiscalização exercida pela Agência. Por meio do TRO, a ANTT assinala prazo para a correção de inconformidade identificada, de modo que, se comprovado o atendimento, sequer é lavrado auto de infração.

Conforme esclarecido pela própria ANTT, anteriormente esse mecanismo era aplicável apenas às concessões rodoviárias, mas sua adoção foi estendida para todas as modalidades de transporte reguladas e fiscalizadas pela Agência, como resultado da Resolução nº 5.083/2016-ANTT.²¹⁹ A [Deliberação nº 135/2023](#), ao aprovar relatório de Avaliação de Resultado Regulatório sobre a Resolução nº 5.083/2016-ANTT, explicou que a instituição do TRO tinha por objetivo promover “uma atuação mais eficiente e alinhada com a visão institucional da ANTT no que se refere à atuação responsável”. A SUROD informou ter aplicado 8.747 TROs ao longo do ano de 2022 – dos quais apenas 451 foram convertidos em processos litigiosos. A SUFIS e a SUFER

²¹⁶ Trecho da manifestação da PF-ANTT, Despacho de Aprovação 205/2022/PF-ANTT/PGF/AGU (SEI 13394721), transcrita no voto do Diretor Davi Ferreira Gomes Barreto. Disponível em <https://antt.legis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=detalharAto&tipo=VTO&numeroAto=00000112&seqAto=000&valorAno=2022&orgao=DDB/ANTT/MI&codTipo=&desItem=&desItemFim=&cod_menu=5408&cod_modulo=161&pesquisa=true>. Acesso em 18.02.2024.

²¹⁷ Cf: https://antt-hml.antt.gov.br/noticia/aberta/-/asset_publisher/ES3IO01qMsue/content/id/190753.

²¹⁸ As informações foram confirmadas junto à própria ANTT, em resposta a pedido de acesso formulado sob o Protocolo nº 50001052685202332.

²¹⁹ Disponível em: https://portal.antt.gov.br/resultado/-/asset_publisher/m2By5inRuGGs/content/id/141813. Acesso em 06.10.2023.

informaram “não terem feito uso desse instrumento”, mas o Relatório de ARR ressalta que “em consulta às áreas, não se identificou nenhuma manifestação contrária ao uso do TRO ou a sua inadequada regulamentação no âmbito da Resolução nº 5.083/2016”. Quando da revisão da Resolução nº 5.083, “esse mecanismo [poderia] ser objeto de discussão (...) especialmente com o intuito de aprimorar sua regulamentação e aumentar sua eficiência e efetividade”.

De modo geral, a ANTT vem adotando esforços para a adoção de maior responsividade em sua atuação regulatória. Em fevereiro de 2020, foi editada a [Portaria nº 34/2020](#), na qual foi determinado aos servidores da ANTT que observassem “no exercício de suas atividades (...) as diretrizes de atuação responsável” indicadas em tal portaria. A “atuação responsável” foi definida como “processo alicerçado no uso contínuo, individual ou em conjunto, de diferenciação por risco regulatório, de evidências e incentivos a fim de proporcionar maior efetividade e eficiência no ciclo do processo regulatório da ANTT” (art. 2º, I). Caberia às unidades organizacionais da Agência identificar ações para adoção de conceitos de regulação responsável e alterar ou propor a alteração de normas, processos, metodologias, projetos, entre outras atividades.

Também merece destaque o Projeto Atuação Responsiva (“PAR”), incluído expressamente no Mapa Estratégico da ANTT para o Ciclo do Planejamento Estratégico 2020-2030, pela [Deliberação nº 246/2021](#). Esta iniciativa está baseada no *toolkit* da Fiscalização e Implementação da Regulação da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) e tem o objetivo de alterar a cultura de fiscalização e controle para uma cultura de atuação responsável e efetiva entre regulação e fiscalização.²²⁰ Em novembro de 2021, com efeito, a ANTT promoveu uma série de seminários para seus servidores sobre o tema “Atuação Responsiva”.²²¹

Assim, é esperado que na ampla revisão que a ANTT vem realizando em relação à regulamentação das concessões rodoviárias, sejam adotados mecanismos de regulação responsável. A Resolução nº 5.950/2021-ANTT, editada como primeira etapa do chamado Regulamento de Concessões Rodoviárias (“RCR”), já prevê que a Agência aprovará periodicamente a classificação das concessionárias, a partir de critérios estabelecidos na regulamentação, compondo índice de desempenho regulatório.²²²

No momento em que este relatório está sendo redigido, está em curso a Audiência Pública 12/2023, que tem por objeto a coleta de sugestões e contribuições à minuta que estabelece a quarta norma do RCR - a qual irá regulamentar a fiscalização e as penalidades aplicáveis. No Relatório de Análise de Impacto Regulatório disponibilizado em tal audiência pública, a tomada de posição da Agência fica clara: afirma-se que “há fortes evidências de que a regulamentação responsável oferece melhores resultados do que a sanção uniforme de toda e qualquer violação, mas as leis e práticas legais nem sempre permitem isso. É, portanto, indispensável que a regulamentação permita explicitamente a diferenciação na resposta à execução (...) dependendo das circunstâncias”²²³. Um Relatório Complementar de Análise de Impacto Regulatório disponibilizado na mesma audiência destaca que “a regulação responsável é muito mais do que uma teoria. É firmemente baseada e aplicada na prática regulatória” – embora não houvesse “relatos na literatura nem na prática da sua utilização no setor de rodovias”²²⁴.

²²⁰ Disponível em https://portal.antt.gov.br/zh/resultado/-/asset_publisher/m2By5inRuGGs/content/id/389142. Acesso em 16.02.2024.

²²¹ Disponível em < <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/ultimas-noticias/suart-da-inicio-a-serie-de-seminarios-virtuais-sobre-atuacao-responsiva>>. Acesso em 18.02.2024.

²²² Resolução nº 5.950/2021-ANTT. Art. 10.

²²³ Relatório de Análise de Impacto Regulatório. SEI 12776174.

²²⁴ Relatório de Análise de Impacto Regulatório – AIR – SEI 16354348. Complementação da AIR – SEI nº 12776174.

CAPÍTULO 12. ANVISA – AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA

Carolina Fidalgo

Larissa Camargo Costa

Natássia Ueno

Mariana Queiroz Ferreira

Morena Santos

Sofia Pralon

12.1. Sanções, dosimetria e *bis in idem*

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (“ANVISA”) foi instituída pela Lei Federal nº 9.782/1999. Entretanto, a principal norma que, ainda hoje, tutela o processo administrativo sanitário sancionador na esfera federal data da década de 70.

Trata-se da Lei Federal nº 6.437/1977, norma que configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas e dá outras providências. Muito embora haja algumas outras leis que versem sobre temas específicos e que também orientem a atividade sancionatória da ANVISA - a exemplo da Lei Federal nº 9.294/1996, que dispõe sobre restrições ao uso e propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas - a norma geral, utilizada como fundamento para a maior parte dos processos administrativos sancionadores ainda é a Lei Federal nº 6.437/1977.

Os aspectos mais sensíveis da referida norma estão assentados em três questões.

A primeira delas reside no fato de que, não obstante a lei segregue penalidades com fundamento na gravidade das condutas e no dano potencial à saúde, estabelecendo parâmetros qualitativos e quantitativos, além de regras de dosimetria, é fato que ainda confere um elevado grau de discricionariedade ao regulador, comprometendo, em alguma medida, a segurança jurídica desse tipo de procedimento.

A segunda decorre do fato de que alguns tipos infracionais são bastante abertos e genéricos o que permite que, por vezes, uma mesma conduta possa ser enquadrada em mais de uma hipótese.

A terceira está relacionada à falta de clareza quanto aos efeitos concretos da reincidência genérica. O parágrafo único do art. 8º prevê que a reincidência específica torna o infrator passível de enquadramento na penalidade máxima e impõe a caracterização da infração como gravíssima. O art. 2º, §2º, por sua vez, afirma que as multas serão aplicadas em dobro em caso de reincidência, não especificando se essa reincidência é específica ou genérica. A nosso ver, a reincidência específica não pode produzir dois simultâneos efeitos - aplicação em dobro e enquadramento na penalidade máxima, o que, por si só, revela hipótese de *bis in idem*. As poucas decisões judiciais sobre o tema seguem esse entendimento, aplicando a regra do art. 2º, § 2º para as hipóteses de reincidência genérica e a regra do art. 8º para as hipóteses de reincidência específica.

No ano de 2023, a Lei Federal nº 6.437/1977 sofreu relevante e positiva alteração promovida pela Lei Federal nº 14.671/2023. A nova norma inseriu o art. 28-A na lei em questão que possibilitou a celebração de termo de compromisso com potenciais infratores. O dispositivo está em linha com o viés responsável, educativo e colaborativo que deve permear toda a atividade regulatória, além de revelar um desejável estímulo à consensualidade. Essa Lei, contudo, depende de regulamentação, a qual até o momento não foi publicada.

Apesar disso, não há óbices à utilização do instituto assim como já se faz na seara de celebração de Termos de Ajustamento de Conduta e Medida Reparadora de Conduta.

Embora a alteração tenha vindo em bom tempo, nos parece desejável que se promova uma reforma mais abrangente da Lei Federal nº 6.437/1977 com vistas a estabelecer critérios de dosimetria de pena mais claros e seguros e com vistas a conferir mais clareza às hipóteses e aos efeitos da reincidência.

Diagnóstico
1. A legislação setorial traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar <i>bis in idem</i>? Caso positivo, descreva as leis relevantes.
<p>A principal norma que tutela o processo administrativo sanitário sancionador é a Lei Federal nº 6.437/1977.</p> <p>A referida lei estabelece diferentes penalidades, aplicáveis segundo o tipo de infração cometida, com vistas a reprimir a conduta, mitigar os efeitos da infração e/ou evitar que danos sejam causados ou se perpetuem.</p> <p>A lei também segregava as penalidades com base na gravidade ou no potencial lesivo da conduta. Com relação aos valores, temos o seguinte: Infração Leve (R\$ 2 mil à R\$ 75 mil); Infração Grave (R\$ 75 mil até R\$ 200 mil); e Infração Gravíssima (R\$ 200 mil até R\$ 1,5 milhão).</p> <p>Mesmo havendo os critérios acima estabelecidos, a ANVISA ainda goza de excessiva discricionariedade na aplicação de penalidades, o que compromete a segurança jurídica do processo e até mesmo a isonomia.</p> <p>Além disso, vale destacar que muitas condutas tipificadas como infração são genéricas e repetidas em diversos incisos, o que pode ensejar o enquadramento da mesma conduta em mais de um dispositivo e eventualmente justificar a aplicação de mais de uma penalidade por conduta infratativa, em possível violação ao princípio da proporcionalidade e à vedação do <i>bis in idem</i>. Como os precedentes da ANVISA em processos administrativos sancionadores não são públicos, não é possível realizar uma análise ampla das decisões da agência a fim de confirmar o tratamento que é comumente dispensado em casos concretos. Alguns integrantes do grupo apontaram já terem observado, em suas práticas profissionais, hipóteses em que mais de um auto de infração foi lavrado com fundamento na mesma conduta infratativa, acarretando a aplicação de mais de uma penalidade de multa.</p> <p>Além da lei geral, acima indicada, a ANVISA também aplica penalidade com fundamento em leis específicas.</p> <p>A título de exemplo, mencione-se a Lei Federal nº 9.294/1996, que dispõe sobre restrições ao uso e propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.</p> <p>A norma estipula as seguintes penalidades para hipóteses de infração (art. 9º): advertência, suspensão do veículo de divulgação da publicidade, de qualquer outra propaganda do produto, por prazo de até trinta dias; obrigatoriedade de veiculação de retificação ou esclarecimento para compensar propaganda distorcida ou de má-fé; apreensão do produto, multa, de R\$5 mil a R\$100 mil, aplicada conforme a capacidade econômica do infrator, suspensão da programação da emissora de rádio e televisão, pelo tempo de dez minutos, por cada minuto ou fração de duração da propaganda transmitida em desacordo com a Lei, observando-se o mesmo horário.</p>

Outra questão sensível, e que pode ensejar *bis in idem* está relacionada aos efeitos da reincidência previstos pela lei em questão.

O art. 2º, §2º da Lei Federal nº 6.437/77 estabelece que as multas serão aplicadas em dobro em caso de reincidência. Entende-se que o dispositivo cuida de hipótese de reincidência genérica, eis que o art. 8º, parágrafo único trata da reincidência específica indicando que esta torna o infrator passível de enquadramento na penalidade máxima e caracterização da infração como gravíssima.

Localizamos acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que anulou, em parte, decisão proferida pela ANVISA reconhecendo que foram aplicados, simultaneamente, os efeitos da reincidência genérica e específica, o que representa, também, hipótese de *bis in idem*.²²⁵

Para medicamentos, produtos para saúde, cosméticos e saneantes, a Lei Federal nº 6.360/1976 também possui algumas disposições relevantes para fins de dosimetria (vide, em especial, seu art. 67), não obstante também se apliquem, a esse setor, as normas gerais da Lei Federal nº 6.437/1977.

A Lei Federal nº 14.785/2023, que versa sobre agrotóxicos, prevê penalidades próprias.

2. A regulação infralegal traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar *bis in idem*? Caso positivo, descrever os regulamentos relevantes.

A norma geral que trata das penalidades sanitárias é a Lei Federal nº 6.437/1977 (a Lei de Processo Administrativo Sanitário).

Como visto na resposta à pergunta anterior, alguns temas também são abordados por leis próprias. Tendo em vista o princípio da especialidade, sempre que se estiver diante de um tema tutelado por normas específicas, a ANVISA deve se pautar pela norma em questão.

A título de exemplo, mencione-se a Lei Federal nº 9.294/1996 que estabelece restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígeros, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. A referida norma estabelece penalidades próprias para violação aos seus dispositivos, dentre as quais multa a ser fixada entre R\$5.000,00 e R\$100.000,00.

A Lei Geral – Lei Federal nº 6.437/1977 – possui, por outro lado, a seguinte disposição: “*Art. 10 - São infrações sanitárias: (...) V - fazer propaganda de produtos sob vigilância sanitária, alimentos e outros, contrariando a legislação sanitária: pena - advertência, proibição de propaganda, suspensão de venda, imposição de mensagem retificadora, suspensão de propaganda e publicidade e multa.*”

²²⁵ Veja-se: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ANVISA. AUTO DE INFRAÇÃO SANITÁRIA. PRODUTO IMPORTADO SEM LICENÇA PRÉVIA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE E CAUSA DE AUMENTO DE PENA COMO CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA MULTA. BIS IN IDEM. ILEGITIMIDADE. 1. À luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a reincidência da autora nas infrações sanitárias não pode ser utilizada como circunstância agravante e causa de aumento de pena ao mesmo tempo. 2. Utilizando-se o fator de reincidência como agravante, a infração cometida torna-se grave (art. 4º), legitimando a cominação da pena em R\$20.000,00, valor mínimo estipulado pela lei. Elevá-la ao dobro em razão da reincidência que já fora computada pela Administração Pública como circunstância agravante configura *bis in idem*, vedado pelo ordenamento jurídico. 3. Em virtude da sucumbência reciproca nenhuma das partes deve arcar com o pagamento de honorários advocatícios. 5. Dá-se parcial provimento ao recurso de apelação.” (TRF-1, julgado em 14/05/2013, Apelação Cível nº 0038990-10.2001.4.01.3800, 4ª Turma Suplementar, Relator Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira).

As multas previstas pela Lei Federal nº 6.437/1977 podem alcançar o patamar de R\$1,5 milhões. Em hipóteses como essa, contudo, a ANVISA deve se ater às sanções previstas pela norma especial.

Não há uma norma infralegal que estabeleça parâmetros para dosimetria de pena, para evitar *bis in idem* ou para prevenir a aplicação da norma menos específica em prejuízo do administrado.

3. Se pertinente, indicar se o tema das sanções administrativas também é disciplinado em (i) contratos; e/ou (ii) Manuais/Notas Técnicas. Caso haja regulação por contrato ou outros documentos oficiais aplicáveis, indicar as principais disposições sobre o tema.

Não aplicável.

4. As normas aplicáveis preveem espaço para discricionariedade administrativa na aplicação de penalidades ou não?

Sim. Ainda que as condutas sejam tipificadas, são apresentadas na legislação muitas vezes de forma genérica.

Além disso, não obstante a Lei nº 6.437/77 preveja hipóteses atenuantes e agravantes, e estabeleça alguns critérios gerais para a definição da gravidade das condutas, ainda assim é verificada ampla margem de discricionariedade por parte do agente na fixação do valor da penalidade.

A título de exemplo, no que concerne à pena de multa, a Lei Federal nº 6.437/1977 estabelece os seguintes patamares para aplicação de pena de multa (art. 2º, §1º): I - nas infrações leves, de R\$ 2.000,00 a R\$ 75.000,00; II - nas infrações graves, de R\$ 75.000,00 a R\$ 200.000,00; III - nas infrações gravíssimas, de R\$ 200.000,00 a R\$ 1.500.000,00.

Especialmente em se tratando de infrações gravíssimas, há um grande intervalo entre o valor máximo e mínimo da multa que pode ser fixada. E em alguns setores, percebe-se uma discrepância entre as multas aplicadas a diferentes agentes, o que evidencia uma avaliação subjetiva acerca do grau de reprovabilidade da conduta.

Há, ainda, que se considerar que, como já relatado, os processos administrativos sancionatórios não são públicos. Isso faz com que o agente regulado não consiga realizar uma análise comparada ou mesmo entender a lógica adotada pela Anvisa para aplicação de penalidades. Tal circunstância também obsta a realização de um exame que vise identificar eventuais distorções e mesmo uma possível conduta não isonômica que pode estar sendo adotada.

5. As condutas passíveis de penalização estão definidas, de forma específica e exaustiva, em normas? Indicar, na resposta, se as condutas infracionais estão previstas em lei em sentido estrito e/ou atos normativos infralegais.

A Lei de Processo Administrativo Sanitário prevê, em seu art. 10, condutas gerais nas quais pode ser enquadrado qualquer tipo de violação à legislação sanitária.

Por exemplo, são tipos infracionais, de acordo com essa lei, o “*descumprimento de normas legais e regulamentares, medidas, formalidades, outras exigências sanitárias relacionadas a estabelecimentos e às boas práticas de fabricação de matérias-primas e de produtos sob vigilância sanitária*” (art. 10, XXXV), e “*descumprir atos emanados das autoridades sanitárias competentes visando à aplicação da legislação pertinente*” (art. 10, XXXI).

6. As normas são claras com relação ao sujeito ativo da infração?

Não. A Lei Federal nº 6.437/1977 não é clara quanto a quem seria o sujeito ativo da infração. A norma menciona a figura do infrator, mas não o conceitua. Está expresso na Lei Federal nº 6.437/1977 e Lei Federal nº 6.360/1976, que, via de regra, as sanções recaem sobre os responsáveis pelo produto (titulares do registro do produto perante a ANVISA) - que são

fabricantes ou importadores - isso quando a infração está relacionada ao produto. Mas nada impede que também seja considerado, como infrator, uma distribuidora, ou um laboratório, por exemplo, se a infração estiver relacionada com alguma atividade e não produto.

7. Existe alguma avaliação/diagnóstico sobre o panorama sancionatório do setor (ex. relatório de auditoria do TCU). Caso positivo, quais as principais conclusões aplicáveis ao respectivo setor?

No Acórdão 732/2020, exarado pelo TCU²²⁶, o Tribunal de Contas da União apontou a existência de problemas como a baixa efetividade das sanções aplicadas e ineficiência na gestão do acervo processual. Algumas constatações que conduziram o tribunal a essa conclusão serão mencionadas a seguir:

Sobre dosimetria: o TCU questionou a efetividade de multas de baixo valor para empresas de médio e grande porte: “132.1. Assim sendo, pode-se concluir que as multas aplicadas até o valor de R\$ 6.000,00 são relativas a infrações leves, com baixo risco sanitário e, conforme pesquisa no cadastro da Receita Federal, 45% das multas foram aplicadas em micro ou pequenas empresas. Há que se questionar se multas no valor de R\$ 6.000,00 são realmente impactantes para as empresas de médio e grande porte, além do fato de que empresas de grande porte estão sendo multadas em valores iguais às micro e pequenas empresas, contrariando o disposto na Lei 6.437/77, o qual prevê que o porte deve ser considerado na dosimetria da pena”.

Sobre o baixo índice de punição efetiva aos infratores sanitários, o TCU apontou a falta de celeridade para a conclusão dos processos administrativos sancionadores: “126. Ao longo desta auditoria, levantaram-se dados a respeito do PAS na Anvisa, sendo estes relativos ao período de janeiro/2015 a julho/2019, conforme abaixo: a) baixo índice de pagamento das multas (apenas 45% das multas transitadas em julgado entre 2015 e 07/2019 foram pagas); b) elevado número de PAS declarados prescritos (a unidade correicional da Anvisa recebeu, entre 01/2015 e 07/2019, 2.471 PAS, os quais foram declarados prescritos e enviados àquela unidade para apuração de eventuais infrações disciplinares); c) tempo médio entre a autuação e o trânsito em julgado correspondente a 5,1 anos; 127. Assim, observando os números acima citados, verifica-se que o PAS padece de uma baixa celeridade processual, haja vista o tempo médio entre a autuação e o trânsito em julgado ser superior a cinco anos, o que ultrapassa qualquer limite do considerado razoável para a duração processual, afrontando o princípio constitucional da duração razoável do processo.”

12.2. Processo Sancionador

Diagnóstico
1. Existem normas específicas (legais ou infralegais) sobre processo sancionador? Descreva, sucintamente, o rito a ser observado e, inclusive, recursos cabíveis.

O rito geral a ser observado no processo sancionador sanitário encontra-se previsto pela Lei Federal nº 6.437/1977 (Lei de Processo Administrativo Sanitário). As principais disposições encontram-se resumidas abaixo:

²²⁶

Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2303%252F2013/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/7/%2520>. Acesso em 13/04/2023.

Lavratura de auto de infração (art. 12 e art. 13); Forma de notificação dos infratores (art. 17); O infrator poderá oferecer defesa/ impugnação no prazo de 15 dias contados de sua notificação (art. 22); Determinação de apreensão de amostras para apuração de ilícitos (art. 23 - art. 28); Possibilidade de apresentação de recurso em face das decisões condenatórias, inclusive quando se tratar de multa (art. 30) e da decisão de decretação de intervenção sobre o estabelecimento (art. 5º); Caso seja mantida a decisão, ainda cabe recurso para a autoridade superior (art. 31); Previsão de prazo para pagamento da multa em 30 dias contados da notificação (art. 33); Previsão de elaboração de laudo de análise condenatório definitivo prévio à declaração de cancelamento do registro e determinação de apreensão e inutilização do produto (art. 34); Inutilização de produtos/ cancelamento de registro apenas após a publicação de decisão irrecorrível na imprensa oficial (art. 35); Caso se constate a possibilidade de aproveitamento do produto, previsão de destinação à distribuição para estabelecimentos assistenciais (art. 36); Previsão de prescrição de disposições legais/ regulamentares de ordem sanitária: 5 anos (art. 38).

A Lei Federal nº 9.782/1999, que cria a ANVISA, prevê a possibilidade de interposição de um único recurso, este endereçado à Diretoria Colegiada, no prazo de 30 (trinta) dias. O dispositivo prevê, ainda, que esse recurso será dotado de efeito suspensivo (art. 15, §2º e 3º).

O prazo em questão, contudo, não se aplica a decisões proferidas em sede de processos administrativos sancionatórios. Isso porque a Lei Federal nº 6.437/1977, mais específica, prevê um prazo 20 (vinte) dias para interposição de recurso em face de decisão condenatória (art. 30, parágrafo único).

A Resolução da Diretoria Colegiada nº 266/2019 - ANVISA também versa sobre o assunto, dispendo sobre os procedimentos relativos à interposição de recursos administrativos em face das decisões proferidas pela ANVISA. Em especial, vale destacar: Os recursos administrativos interpostos em face das decisões proferidas pelas unidades organizacionais da ANVISA, incluindo os processos de contencioso administrativo-sanitário (entendidos estes como os processos sancionatórios), serão julgados em segunda instância pela Gerência-Geral de Recursos e, em última instância, pela Diretoria Colegiada. Na prática, portanto, há duas instâncias revisoras na ANVISA - a GGREC e a DICOL; O art. 11 prevê a possibilidade de a autoridade prolatora da decisão exercer juízo de retratação no prazo de 05 dias contados da data em que interposto o recurso em face da decisão por ela prolatada. Os arts. 14, 15 e 16 preveem hipóteses de impedimento e suspeição e indicam providências a serem adotadas nesses casos; O art. 17 versa sobre efeito suspensivo e estabelece ser essa a regra que só pode ser afastada justificadamente e com fundamento na existência de risco sanitário; O art. 32 prevê prazo máximo para decisão (90 dias, prorrogáveis).

A Resolução da Diretoria Colegiada nº 585/2021 - ANVISA, que aprova o Regimento Interno da agência, também contém regras importantes sobre o tema, a seguir resumidas: O art. 56 e seguintes regulamentam o funcionamento da Gerência Geral de Recursos, prevendo, ainda, a existência de Coordenações de Recursos Especializados. O art. 204, §1º prevê a possibilidade de a autoridade prolatora da decisão recorrida exercer juízo de retratação em até 5 (cinco) dias contados da data da interposição do recurso. O art. 206 prevê que qualquer interessado pode interpor recurso administrativo não sendo o direito à interposição condicionado à prévia participação do recorrente no processo do qual tenha resultado a decisão recorrida. O art. 209 versa sobre o efeito suspensivo de que gozam todos os recursos - em regra - e que poderá ser afastado pela DICOL quando forem relevantes os fundamentos da decisão recorrida e quando da sua inexecução puder resultar risco sanitário. O dispositivo prevê ainda que os recursos interpostos em face de decisões condenatórias

apenas terão efeito suspensivo no que tange às penalidades pecuniárias, “não impedindo a imediata exigibilidade do cumprimento de obrigação subsistente”. O art. 210 prevê o prazo máximo para decisão prolação de decisões (prorrogáveis por 90 dias).

2. Há algum tema em relação ao qual as normas são confusas, imprecisas ou que gerem discussões na prática.

Como já mencionado no módulo 1, a Lei nº 6.437/77 prevê tipos de infrações sanitárias um tanto quanto abertos e genéricos, o que pode fazer com que, por vezes, uma mesma conduta, ao menos em tese, possa ser enquadrada em mais de um tipo de infração. Além disso, e como já apontado, as regras relativas aos efeitos da reincidência genérica e específica não são claras e podem dar ensejo a hipóteses de *bis in idem*.

3. Existem particularidades nas normas processuais decorrentes das características específicas do setor?

As principais especificidades do setor são as seguintes: (i) Existência de instância revisora intermediária - a Gerência-Geral de Recursos (GGREC), o que possibilita a interposição de mais de um recurso administrativo em face de decisões condenatórias; (ii) Existência de normas que estabelecem que os recursos, em regra, são dotados de efeito suspensivo, especialmente aqueles interpostos em face de decisões que impõem sanções pecuniárias.

4. Da análise de decisões administrativas da Agência no âmbito de processo sancionador, é possível identificar eventuais aspectos críticos/ambiguidade na aplicação das normas em vigor?

Não é possível responder a essa questão com segurança uma vez que a ANVISA não publiciza as suas decisões, de forma que os agentes regulados não têm condições de identificar parâmetros adotados em casos semelhantes, a não ser que o tema chegue a uma reunião de Diretoria Colegiada (que como regra é aberta ao público, salvo se a parte interessada requerer sigilo) ou seja judicializado.

5. É possível identificar decisões judiciais relevantes envolvendo decisões administrativas ou a regulamentação aplicável a sanções/processo sancionador?

Não aplicável.

6. Existe alguma avaliação/pesquisa sobre efetividade dos processos sancionadores neste setor regulado? É possível identificar índice de judicialização?

Sim, sendo a referência: “BRITO, Lívia Caldas. A baixa efetividade do processo administrativo sancionador no âmbito da Anvisa: uma análise da aplicabilidade do mecanismo de autodenúncia à luz da teoria da regulação responsiva. 2021. 108 f. Dissertação (Mestrado profissional em Direito Econômico e Desenvolvimento). – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.²²⁷ Veja-se o resumo da obra: “Este trabalho parte do exame de relatório de auditoria, elaborado pelo Tribunal de Contas da União, que constata a baixa efetividade do processo administrativo sancionador no âmbito da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. A partir desses dados, busca-se examinar o contexto de atuação da agência reguladora no Brasil, além de determinar os objetivos que a regulação busca alcançar, para que se possa constatar o prejuízo decorrente da baixa efetividade do processo administrativo sancionador e, por consequência, do baixo poder da agência de aplicação de penalidades aos seus entes regulados. Assim é que se propõe estudar o mecanismo de autodenúncia enquanto uma possibilidade de ferramenta a ser utilizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária enquanto alternativa ao processo administrativo sancionador e enquanto ferramenta que possibilite trazer os regulados à conformidade em relação à normas regulatórias, tudo isso à luz da moderna teoria da regulação responsiva. Este estudo, portanto, examina a possibilidade de

²²⁷ Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3807>. Acesso em 19/02/2024.

existência de um mecanismo de autodenúncia, informado pela teoria da regulação responsiva, e a compatibilidade, tanto do mecanismo, quanto da teoria regulatória, com a regulação sanitária.” (...) “O TCU, ao examinar a velocidade média de julgamentos dos processos administrativos sanitários, afirmou que são necessárias mudanças drásticas na eficiência processual da Gerência Geral de Recursos, pois afirmou que sem essas alterações o tempo médio de tramitação dos recursos não apenas não iria diminuir, mas aumentaria, “havendo o justo receio de que, no limite, haverá prescrição em massa de processos” (...) “No período de 2015 e 07/2019, verificou-se que 7.004 PAS transitaram em julgado. Com base nesses processos, foram aplicadas multas que totalizaram R\$ 117.343.913,00; o tempo médio entre a autuação e o trânsito em julgado foi de 1.879 dias (5,1 anos); e o valor total arrecadado dessas multas foi de R\$ 41.232.580,00. Além disso, das multas aplicadas, 45% foram pagas, representando 35% do valor total das multas. Quando separadas de acordo com o valor, as multas de valor entre R\$ 50.000,00 e R\$ 500.00,00 tiveram um índice de não pagamento bem superior às outras faixas, de 73,76%, o que explica a baixa representatividade, em termos de valor, das multas pagas. Ainda de acordo com os dados, 72% do valor total das multas são de multas mais elevadas, o que demonstra que quando as empresas são multadas em valores mais elevados, há maior probabilidade de interposição de recurso. Do total de 7.004 multas transitadas em julgado, analisando-se as 2.800 multas de maior valor (40% do total), estas representam 80% do valor total das multas aplicadas. Em outras palavras, 40% do total de multas aplicadas corresponde a 80% do valor de todas as multas aplicadas somadas. Conforme já exposto, caso a multa cobrada administrativamente não seja paga, o processo é encaminhado para que seja realizada a cobrança judicial. Ocorre que, ainda assim, o percentual de pagamento mesmo com essa nova cobrança é de 19%.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). TC 001.814/2019-2. Auditoria. Anvisa).”

Também é discutido na obra o baixo recolhimento de multas e os benefícios da teoria da regulação responsiva para a vigilância sanitária no Brasil.

12.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva

Embora a ANVISA tenha competência para celebrar termos de ajustamento de conduta não só com fundamento na alteração realizada pela Lei Federal nº 14.671/2023 à Lei Federal nº 6.437/1977, mas também pela previsão geral constante da Lei da Ação Civil Pública, o tema até o momento não foi por ela regulamentado e não há notícias recentes sobre a utilização efetiva desse instrumento pela referida Agência Reguladora.

Diagnóstico
1. A agência possui regulamentação sobre a utilização de TACs em processos sancionadores? Caso positivo, descrever conteúdo.
<p>Especificamente no caso dos processos administrativos sanitários, com a publicação da Lei Federal nº 14.671/2023, foi inserida na Lei Federal nº 6.437/1977 - que trata das infrações à legislação sanitária federal - a possibilidade de celebração de Termo de Compromisso entre órgãos de controle e fiscalização integrantes do SNVS e infratores, no art. 28-A.</p> <p>Esse ponto ainda não foi regulamentado e não há registros recentes de que a ferramenta já venha sendo utilizada.</p>
2. Na prática, a Agência vem celebrando TAC/Acordos Administrativos como forma de abreviar a tramitação de processos sancionadores?

Em que pese a ANVISA, na qualidade de Agência reguladora federal, já se encontrar legitimada a realizar TACs ou instrumentos semelhantes, não só com fundamento na alteração realizada pela Lei Federal nº 14.671/2023, mas também pela previsão geral constante da Lei da Ação Civil Pública, não temos informações sobre a aplicação efetiva desses institutos.

3. A agência tem se preocupado com a criação de sistemática de incentivos/desincentivos para evitar o cometimento de infrações?

A publicação da norma indica a preocupação do legislador no aperfeiçoamento de práticas que prestigiam a solução de irregularidades à aplicação de penalidades diretas. Porém, a Agência ainda não regulamentou o tema.

CAPÍTULO 13. BCB - BANCO CENTRAL DO BRASIL

*Ricardo Ferreira Pastore
Felipe Starzynski Zolezi Pelussi
Gabriel de Carvalho Fernandes
Guilherme Venturini Floresti*

13.1. Sanções, dosimetria e *bis in idem*

O Banco Central do Brasil (“BCB”) foi instituído pela Lei Federal nº 4.595/1964, assumindo a autarquia federal o posto de autoridade monetária do País e tendo diversas atribuições previstas pelo art. 10 da referida Lei, que podem ser sintetizadas na formulação e execução da política monetária, a emissão e controle da circulação da moeda nacional e a supervisão do Sistema Financeiro Nacional (“SFN”).

Na qualidade de órgão supervisor do SFN, o BCB assumiu o papel de regular e policiar as instituições financeiras, as instituições de pagamentos e todas as demais por ele supervisionadas. É por meio das funções de regulamentação e fiscalização desempenhadas pelo BCB que são garantidas a estabilidade, credibilidade e higidez do SFN.

Para tanto, o BCB estipula diversas normas para as instituições por ele supervisionadas, tais como imposição de requisitos mínimos para abertura e funcionamento das instituições, determinação de procedimentos de envio regular de informações sobre operações e clientes e monitoramento de atividades e exposição ao risco dos agentes de mercado. O aspecto coercitivo destas atribuições, de modo a tornar efetivo o papel de fiscalizador do BCB, se concretiza por meio de seu *Processo Administrativo Sancionador* (“PAS”), onde a autarquia analisa e julga as eventuais infrações cometidas pelas instituições por ela supervisionadas.

Atualmente, o PAS do BCB é instituído no âmbito legal pela Lei Federal nº 13.506/2017²²⁸ e é regulado pela Resolução nº 131/2017/BCB. Antes destas normas, em que pese houvesse alguma regulação por meio de normativas do BCB sobre PAS²²⁹, não havia uma descrição pormenorizada das infrações ou mesmo maior detalhamento sobre o rito processual do PAS (COSTA, 2021, p. 83)²³⁰, de modo que era predominante uma maior discricionariedade do BCB, especialmente quanto a dosimetria das sanções aplicadas (MENDES, 2020, p. 130)²³¹.

Com a edição da Lei Federal nº 13.506/2017, a sistemática do PAS foi reformulada. Dentre as principais alterações normativas é possível apontar que: as infrações passaram a ser mais específicas e com rol mais extenso; a discricionariedade do BCB na dosimetria fora mitigada por meio da utilização de parâmetros objetivos para a determinação de sanções e estipulação de teto para as penas; e que foi a criada

²²⁸ Ressalta-se que a mesma Lei Federal também institui o PAS para a Comissão de Valores Mobiliários -CVM.

²²⁹ Cita-se as revogadas Resolução nº 494/74/BCB e Resolução nº 1.065/85/BCB, que regulavam a aplicação de penalidades em instituições financeiras.

²³⁰ COSTA, Pedro Luiz Chagas. *O processo administrativo das instituições financeiras à luz da Lei nº. 13.506/2017*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.

²³¹ MENDES, Humberto Cestaro Teixeira. A Dosimetria da Penalidade Administrativa Aplicada pelo Banco Central, após a Vigência da Lei 13.506, de 13 de novembro de 2017. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, v. 14, n. 1, p. 127-143, 2020.

a instituição do termo de compromisso no âmbito do BCB para infrações tidas como não graves (LUPI & BONSERE, 2021, p. 96)²³².

Já a Resolução nº 131/2021/BCB é responsável por trazer maior detalhamento quanto o rito do PAS, trazer os parâmetros para a aplicação das penalidades administrativas e definir procedimento para a celebração de termos de compromisso, imposição de medidas acautelatório, aplicação de multas cominatórios e a celebração de acordos administrativos em processo de supervisão.

Dentre os aspectos positivos deste arcabouço normativo do PAS do BCB, é possível afirmar que a atual legislação reduziu a margem de discricionariedades, especialmente no processo de determinação de penalidades. Tal aspecto pode ser observado por meio da utilização de fatores para a ponderação das penas-bases de acordo com características objetivas dos agentes sancionados, os quais estão previstos em tabela do Anexo I à Resolução BCB/2021/BCB.

Também é possível apontar que a norma prevê PAS específicos (mais céleres e simplificados) para condutas tidas como menos graves, como é o caso do PAS para reconhecimento de atraso na entrega de informações (capitais brasileiros no exterior e os capitais estrangeiros no País e sobre informações necessárias para a compilação das estatísticas macroeconômicas oficiais), conforme o Art. 67 e seguintes da Resolução nº 131/2021/BC. Tais previsão adequa o processo administrativo a gravidade dos ilícitos, fazendo com que a autoridade utilize os PAS “ordinários” para os casos tidos como mais graves.

Por outro lado, como aspectos negativo, é necessário apontar que a atual legislação ainda peca por discricionariedades, especialmente quanto a abertura de PAS a pretexto de juízo de oportunidade e conveniência. Neste caso, cita-se a falta de definição precisa de certos termos, como o termo “*infrações graves*”, citado no art. 4º da Lei Federal nº 13.506/2017, onde é mencionado que a infração grave seria aquela que gera situações como “*dano à liquidez, à solvência ou higidez*” ou “*contribuir para gerar indisciplina no mercado financeiro*”, sem que haja parâmetros objetivos que determinem tal situação. As “*infrações graves*” possuem tratamento diferenciado no âmbito da Resolução nº 131/2021/BC, visto que não poderão ser objeto de termos de compromisso (art. 74, §1º da Resolução nº 131/2021/BC) e elevam o piso e o teto das multas aplicadas (art. 47, Resolução nº 131/2021/BC).

Outro fato que deve ser observado é a ausência de previsão quanto a regras de modo a evitar possível *bis in idem*. Tanto a Lei Federal nº 13.506/2017 quanto a Resolução nº 131/2021/BCB não trazem quaisquer previsões quanto a possíveis sobreposições de sanções por outras autoridades, mas que venham ao encontro de possível sanções por parte do BCB (por exemplo, sanções por ilícitos consumeristas ou mesmo relativo a proteção de dados de correntistas).

Logo, como pontos de aperfeiçoamento é possível apontar tanto a necessidade de aprimorar a técnica legislativa empregada na Resolução nº 131/2021/BCB, especialmente que eventuais outras normas tragam parâmetros objetivos para determinação de infração é grave; bem como o atual arcabouço regulatório do PAS traga pelo menos diretrizes para evitar que haja o *bis in idem* durante o processo sancionatório, evitando que fatos considerados por outras autoridades administrativas sejam novamente considerados para agravar as sanções aplicadas.

Diagnóstico

1. A legislação setorial traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar *bis in idem*? Caso positivo, descrever as leis relevantes.

²³² LUPI, André Lipp Pinto Basto; BONSERE, Silvana Fátima Mezaroba. Processo Administrativo Sancionador do Banco Central: avanços e controvérsias. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, v. 15, n. 1, p. 94-112, 2021.

Sim.

No âmbito legal, a principal norma para as sanções administrativas é a Lei Federal nº 13.506/2017.

A previsão das infrações consta no art. 3º da Lei Federal nº 13.506/2017, que contém dezessete incisos com descrições de infrações. Aponta-se que as infrações descritas contêm tanto normas sancionadoras perfeitas quanto normas sancionadoras em branco (i.e., fazendo referências a obrigações determinadas por outros normativos).

O art. 4º apresenta as condições para que uma infração seja tida como grave, a saber (i) causar dano à liquidez, à solvência ou à higidez ou assumir risco incompatível com a estrutura patrimonial de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei; (ii) contribuir para gerar indisciplina no mercado financeiro ou para afetar a estabilidade ou o funcionamento regular do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios, do Sistema de Pagamentos Brasileiro ou do mercado de capitais; (iii) dificultar o conhecimento da real situação patrimonial ou financeira de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei; e (iv) afetar severamente a finalidade e a continuidade das atividades ou das operações no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios ou do Sistema de Pagamentos Brasileiro.

As penas estão previstas no art. 5º da Lei Federal nº 13.506/2017, a saber: I - admoestação pública; II - multa; III - proibição de prestar determinados serviços para as instituições mencionadas no caput do art. 2º desta Lei; IV - proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação; V - inabilitação para atuar como administrador e para exercer cargo em órgão previsto em estatuto ou em contrato social de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei; VI - cassação de autorização para funcionamento.

No que concerne a dosimetria, a Lei Federal nº 13.506/2017, em seu art. 10, apenas menciona os parâmetros a serem utilizados na dosimetria de forma genérica, a saber: I - a gravidade e a duração da infração; II - o grau de lesão ou o perigo de lesão ao Sistema Financeiro Nacional, ao Sistema de Consórcios, ao Sistema de Pagamentos Brasileiro, à instituição ou a terceiros; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a capacidade econômica do infrator; V - o valor da operação; VI - a reincidência; VII - a colaboração do infrator com o Banco Central do Brasil para a apuração da infração.

Além disso, a Lei Federal nº 13.506/2017 traz previsão de teto para a pena de multa (art. 7º) e de inabilitação (art. 8º).

2. A regulação infralegal traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar bis in idem? Caso positivo, descrever os regulamentos relevantes.

Sim.

Além de realizar menção às condutas previstas na Lei Federal nº 13.506/2017, a Resolução nº 131/2021/BCB traz infrações próprias, como infrações praticadas por administradores de consórcios (Art. 40, Resolução nº 131/2021/BCB) e infrações ao cumprimento da Lei Federal nº 9.613/1998 (art. 41, Resolução nº 131/2021/BCB).

Quanto a dosimetria das sanções, a Resolução nº 131/2021/BCB traz, nos arts. 47 a 56, os pisos e os tetos das bases das penas de multa e de inabilitação, como seu limite. O art. 46 contém os parâmetros que determinam os condicionantes da dosimetria, a saber: I - a capacidade econômica do infrator; II - o grau de lesão ou o perigo de lesão ao Sistema Financeiro Nacional, ao Sistema de Consórcios, ao Sistema de Pagamentos Brasileiro, à instituição ou a terceiros; III - o grau de

reprovabilidade da conduta do infrator; IV - a expressividade dos valores das operações irregulares; V - a duração da infração ou a prática sistemática ou reiterada; e VI - os antecedentes do infrator.

Além disso, o anexo da Resolução nº 131/2021 traz uma tabela com as penas a serem aplicados. Referida tabela leva em consideração o tipo de instituição ou tipo de atividade bem como se sujeito ativo é Pessoa Jurídica ou Pessoa Física em cargo de administração, diretoria ou outro cargo executivo na PJ sancionada.

3. Se pertinente, indicar se o tema das sanções administrativas também é disciplinado em (i) contratos; e/ou (ii) Manuais/Notas Técnicas. Caso haja regulação por contrato ou outros documentos oficiais aplicáveis, indicar as principais disposições sobre o tema.

Não aplicável.

Até o presente momento, não há qualquer publicação oficial do Banco Central para além das normas jurídicas que regule ou traga maior detalhamento para os PAS.

4. As normas aplicáveis preveem espaço para discricionariedade administrativa na aplicação de penalidades ou não?

Sim.

A Lei Federal nº 13.506/17 trouxe diversos dispositivos que limitaram a aplicação discricionária das penalidades, especialmente na sua dosimetria. Contudo, ainda restam espaços para discricionariedade administrativa, tanto de forma positiva quanto negativa.

Em termos positivos, é possível ressaltar o juízo de conveniência do BCB para eixar de aplicar penalidades. De acordo o art. 11 da Lei Federal nº 13.506/17, o BCB pode, em decisão fundamentada, deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância por meio da assinatura de um Termo de Compromisso.

Em termos negativos, a discricionariedade observada pode se dar tanto pela descrição genérica de alguns tipos sancionadores, bem como pela falta de padrões objetivos que determinem termos como “infrações graves”.

5. As condutas passíveis de penalização estão definidas, de forma específica e exaustiva, em normas? Indicar, na resposta, se as condutas infracionais estão previstas em lei em sentido estrito e/ou atos normativos infralegais.

As principais condutas infracionais estão previstas em lei em sentido estrito. O art. 3º da Lei Federal nº 13.506/2017 traz uma lista com dezessete incisos de condutas passíveis de infração. Algumas das infrações fazem menção ao descumprimento de dispositivos normativos previstos em normas legais e regulamentares do Banco Central, sendo normas penais em branco.

Há, contudo, condutas previstas em atos normativos infralegais. A Resolução nº 131/2021/BCB também traz infrações próprias, como infrações praticadas por administradores de consórcios (Art. 40, Resolução nº 131/2021/BCB) e infrações ao cumprimento da Lei Federal nº 9.613/1998 (art. 41, Resolução nº 131/2021/BCB)

Os tipos sancionadores, em que pese a extensão dos dispositivos mencionados anteriormente, não são completamente fechados. Algumas das infrações previstas no art. 3º da Lei Federal nº 13.506/2017 trazem tipos genéricos de condutas, tais como “opor embaraço à fiscalização do Banco

Central do Brasil” e “deixar de atuar com diligência e prudência na condução dos interesses de pessoa mencionada”

6. As normas são claras com relação ao sujeito ativo da infração?

Sim. De acordo o art. 2º da Lei Federal nº 13.506/2017, o sujeito ativo da infração (i.e., o sujeito passivo do PAS) será somente às instituições financeiras, as instituições supervisionadas pelo BCB, os integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro e as pessoas (físicas ou jurídicas) que prestem serviços de auditorias independente para tais instituições, bem como aqueles que, mesmo sem autorização do BCB, realizam atividade que está sujeita à supervisão ou vigilância do BCB.

7. Existe alguma avaliação/diagnóstico sobre o panorama sancionatório do setor (ex. relatório de auditoria do TCU). Caso positivo, quais as principais conclusões aplicáveis ao respectivo setor?

Em termos efetivos, não.

Até o momento da confecção do presente relatório, o Banco Central apenas realizou um evento em 29 de novembro de 2022 relacionado aos 5 anos da promulgação da Lei Federal nº 13.506/2017, onde foram apresentados panoramas gerais, como os principais pontos positivos trazidos pela Lei Federal nº 13.506/2017 em relação a sistemática anterior e apresentação de alguns números relacionado a aplicação de multas, o poderia trazer alguns indícios de aprimoramento na aplicação de multas no âmbito do PAS do BCB.

Contudo, não houve disponibilização do material apresentado e não houve, ao menos por parte do Banco Central, aprofundamento do debate trazido em material institucional.

O Banco Central também divulga alguns números, como os valores de multas aplicadas por ano e valores recebidos a título de multas.

Contudo, tais valores por si só não permitem uma avaliação adequada quanto ao panorama sancionatório do setor.

13.2. Processo Sancionador

A Resolução nº 131/2021/BCB consolida as normas que tratam do rito de tramitação do processo administrativo sancionador e regulamenta a aplicação da Lei nº 13.506/2017.

Conforme registrado, dentro dos **aspectos positivos** identificados na referida resolução, estão o estabelecimento de rito simplificado de tramitação para apuração de infrações de menor potencial lesivo, a possibilidade de celebração de termo de compromisso a qualquer momento até uma decisão administrativo de primeira instância e a previsão de reexame obrigatório de órgão colegiado para decisões que envolvam a imposição de multa superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

Por sua vez, no que se refere aos **aspectos negativos**, a referida resolução herda os mesmos quesitos observados na Lei Federal nº 13.506/2017, abrindo margem para discricionariedade na abertura de processos administrativos sancionadores, no juízo de celebração de termos de compromisso e na definição de quais tipos correspondem a uma “infração grave”. Adicionalmente, é de se notar que há abertura terminológica em parte dos tipos infracionais e em elementos a serem levados em conta em juízo de dosimetria.

Por fim, cabe destacar que a Resolução nº 131/2021/BCB estabelece um regime de publicidade ambíguo para as decisões tomadas. Isso porque as decisões podem ser publicadas na íntegra ou em versão resumida, não havendo critérios claros que determinem em quais hipóteses cada tipo de publicação é aplicável (Resolução Nº 131/2021/BCB, art. 33). Por esta razão, este é o principal **ponto de aperfeiçoamento** identificado em relação à técnica legislativa da referida resolução.

Diagnóstico
1. Existem normas específicas (legais ou infralegais) sobre processo sancionador? Descreva, sucintamente, o rito a ser observado e, inclusive, recursos cabíveis.
Sim. Conforme mencionado no Quesito 2 do Item 1 acima, a Resolução nº 131/2021/BCB consolida as normas de rito de processo administrativo sancionador e regulamenta a aplicação da Lei Federal nº 13.506/2017. De acordo com os dispositivos previstos pela Resolução nº 131/2021/BCB, é disciplinado o rito processual que pode ser sintetizado nas seguintes etapas: (i) a instauração de PAS e a citação do acusado para cientificá-lo das irregularidades a ele imputadas e a facultar-lhe o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa(art. 11, Resolução nº 131/2021/BCB), (ii) a fase instrutória do processo (art. 25, Resolução nº 131/2021/BCB), (iii) apresentação de defesa (art. 23, Resolução nº 131/2021/BCB), (iv) decisão da autoridade, nos termos dos requisitos previstos (art. 30, Resolução nº 131/2021/BCB) e, (v) intimação para cientificação da imposição de sanções, quando aplicáveis. É prevista a possibilidade de interposição de recursos (art. 34, Resolução nº 131/2021/BCB) contra decisão condenatória ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). Adicionalmente, destaca-se que o rito processual estabelecido contempla ainda a previsão de possibilidade de imposição, pelo BCB, de medidas acautelatórias e da celebração, entre BCB e acusado, de termo de compromisso, desde que antes da decisão de primeira instância. Por fim, há previsão de rito processual simplificado para infrações de menor lesividade.
2. Há algum tema em relação ao qual as normas são confusas, imprecisas ou que gerem discussões na prática?
Sim. Mais especificamente, foi possível identificar espaços para grande discricionariedade nos seguintes tópicos: <ul style="list-style-type: none">- Abertura do processo administrativo sancionador. A Resolução nº 131/2021/BCB não estabelece quais são os elementos suficientes e necessários para a instauração de um PAS. Por outro lado, são previstas como diretrizes para a não instauração de PAS a baixa lesão ao bem jurídico tutelado e a efetividade e eficiência do instrumento ou da medida de supervisão alternativo utilizado tanto para o saneamento da irregularidade administrativa quanto para a dissuasão da reincidência da conduta.- Celebração de TC. A Resolução nº 131/2021/BCB estabelece grande discricionariedade ao BCB ao estabelecer que propostas de Termos de Compromisso serão conhecidas (i.e., processadas ou rejeitadas de pronto) em juízo de cognição sumária, sendo possível sua rejeição em casos em que “não houver interesse do Banco Central do Brasil na sua celebração” (art. 74, §1º, II).

- Conceitos jurídicos indeterminados. A Resolução nº 131/2021/BCB prevê conceitos jurídicos indeterminados que dependem da atuação discricionária do BCB e podem gerar dúvidas para os administrados, como “infração grave”. Adicionalmente, tipos infracionais (e.g., “deixar de atuar com diligência e prudência na condução dos interesses” de agentes regulados pelo BCB) e critérios de dosimetria (e.g., “ocorrência de dano à imagem da instituição ou do segmento em que atua”) também possuem natureza semântica aberta.

3. Existem particularidades nas normas processuais decorrentes das características específicas do setor?

Sim.

Mais especificamente, a Resolução nº 131/2021/BCB é fundamentada na racionalidade de regulação do Sistema Financeiro Nacional e Sistema Brasileiro de Pagamentos, visando criar ferramentas sancionadoras para o BCB no contexto do exercício de suas funções de vigilância prudencial de risco sistêmico e prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo (§5 do Voto 194/2021–BCB, de 19 de agosto de 2021).

Nesse sentido, constituem bens jurídicos tutelados, para fins da Resolução nº 131/2021/BCB, aqueles cuja legislação impõe ao Banco Central do Brasil o dever de resguardar, em especial: a estabilidade e a solidez do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios e do Sistema de Pagamentos Brasileiro; o regular funcionamento das instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil; o adequado relacionamento das instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil com clientes e usuários de produtos e de serviços financeiros; e a prevenção da utilização do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios e do Sistema de Pagamentos Brasileiro para a prática de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores e para o financiamento do terrorismo.

4. Da análise de decisões administrativas da Agência no âmbito de processo sancionador, é possível identificar eventuais aspectos críticos/ambiguidade na aplicação das normas em vigor?

Em linhas gerais, é possível apontar para os seguintes pontos:

(i) Grande discricionariedade para (a) abertura de processo, (b) celebração de TAC e (c) definição de “infração grave”

(ii) Parte dos tipos infracionais é aberta – e.g., “deixar de atuar com diligência e prudência na condução dos interesses” de agentes regulados pelo BCB (art. 3, XIII da Lei 13.506/2017);

(iii) Elementos de dosimetria também são abertos – e.g., agravante “ocorrência de dano à imagem da instituição ou do segmento em que atua” (Res. 131, art. 51, II); e

(iv) Publicidade seletiva*. Decisões podem ser publicadas na integra ou em versão resumida – não há critério que determine em que hipóteses cada tipo de publicação é aplicável (Res. 131, art. 33).

* Através de levantamento manual de 102 (cento e duas) decisões de PAS do Bacen publicadas no Diário Oficial da União, foi possível verificar (i) que a grande maioria das decisões, em versão resumida, versam sobre PFs por infrações de menor potencial lesivo (e.g., atraso no envio de informações – 57 casos); (ii) quatro processos foram registrados com publicação completa (PE 154373, PE 171284, PE 154373 e PE169751), indicando multas com valores expressivos e/ou condutas

complexas; e (iii) a elaboração de cenários de aplicação de multas em benefício de representados em casos que ensejavam a aplicação do quadro legal anterior ao vigente. Por sua vez, em levantamento manual de 11 (onze) acórdãos do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) oriundos de recursos interpostos em face do BCB, identificou-se que, deste conjunto amostral, em apenas 2 (dois) casos promoveu-se a revisão da dosimetria da decisão original.

5. É possível identificar decisões judiciais relevantes envolvendo decisões administrativas ou a regulamentação aplicável a sanções/processo sancionador?

Em que pese pesquisa jurisprudencial indique que há, em âmbito de Poder Judiciário, tentativas de anular decisões proferidas em âmbito do Processo Administrativo Sancionador, não se vislumbrou nenhuma decisão de cunho relevante, mormente quando a maioria consiste em negativas de pleitos.

Ressalta-se que não foram encontradas decisões de segundo grau ou superior tratando especificamente de decisões proferidas no âmbito da Resolução nº 131/2021/BCB. Dito isso, especificamente para a jurisprudência do STJ, é possível identificar precedentes estabelecendo que o BCB não substitui o CRSFN como autoridade coatora após a interposição de recurso administrativo (e.g., AgInt no AREsp 1745229/SP, AgInt no REsp 1587714/RS).

6. Existe alguma avaliação/pesquisa sobre efetividade dos processos sancionadores neste setor regulado? É possível identificar índice de judicialização?

Não foram identificadas pesquisas e/ou avaliações institucionais sobre a efetividade de processos sancionadores no setor.

13.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva

A Lei Federal nº 13.506/2017 estabeleceu 2 (duas) modalidades de acordos administrativos, a saber, (i) o Termo de Compromisso (“TC”) e o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (“APS”). As características e a operacionalização dessas modalidades de acordos são regulamentadas por meio da Lei Federal nº 13.506/2017, da Resolução nº 131/2021/BCB, da Resolução nº 340/2023/BCB (Regimento Interno do BCB) e do Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre a autarquia e o Ministério Público Federal (“MPF”) em 13 de março de 2015.

Em síntese, os TCs podem ser propostos pela parte investigada a qualquer momento do processo administrativo sancionador, até a prolação da decisão de primeira instância (art. 71 da Resolução nº 131/2021/BCB). Para celebrar tal acordo, o proponente deve declarar a cessação da conduta investigada e indicar medidas para correção de suas irregularidades, quantificando os prejuízos dela decorrentes e o valor de contribuição pecuniária a ser recolhida ao BCB (art. 72 da Resolução nº 131/2021/BCB). A apresentação da proposta de acordo não suspende o processo administrativo em curso, mas, por outro lado, não importa confissão quanto a matéria de fato ou reconhecimento de ilicitude da conduta analisada (art. 11, §1º, e art. 14, par. único, da Lei Federal nº 13.506/2017) e, assim como os documentos apresentados pelo interessado, recebe tratamento sigiloso (art. 13, §1º, da Lei Federal nº 13.506/2017 e art. 83 da Resolução nº 131/2021/BCB).

Esses acordos devem ser analisados pelo Comitê de Decisão de Termo de Compromisso (art. 4º, IV, do Regimento Interno do BCB) e abrangem apenas infrações leves ou médias – ou seja, não cobrem

as infrações graves previstas no art. 4º da Lei Federal nº 13.506/2017 – e, uma vez celebrados, suspendem o processo administrativo sancionador em curso perante a instituição proponente (ou evitam a instauração do referido procedimento) (art. 15 da Lei Federal nº 13.506/2017). Uma vez constatado o cumprimento do TC, o processo administrativo sancionador será arquivado, e a aplicação da pena não persistirá em razão da perda de seu objeto (art. 15 da Lei Federal nº 13.506/2017).

Por sua vez, os APS podem ser propostos por pessoas físicas ou jurídicas antes ou após a instauração de processo administrativo sancionador, com vistas à confissão de participação em infrações à legislação setorial e à colaboração com o BCB na apuração dos fatos investigados (art. 30 da Lei Federal nº 13.506/2017 e art. 95 da Resolução nº 131/2021/BCB). Dentre outros requisitos, o proponente deve (i) no caso de pessoa jurídica, ser o primeiro a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; (ii) confessar sua participação no ilícito e cessar as infrações reportadas; e (iii) identificar os demais envolvidos por meio de informações e documentos inéditos e suficientes (art. 30 da Lei Federal nº 13.506/2017 e art. 95 da Resolução nº 131/2021/BCB).

As propostas de APS são analisadas pelo Comitê de Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (art. 4º, VI, “b”, do Regimento Interno do BCB) e são tratadas de forma sigilosa até que esses acordos sejam celebrados (art. 30, §1º, da Lei Federal nº 13.506/2017). A rejeição de propostas de celebração desses acordos não implica qualquer tipo de confissão quanto a matéria de fato ou reconhecimento de ilicitude pelo proponente, devendo, nessa hipótese, o BCB devolver ou descartar os documentos apresentados pelo proponente e não os utilizar para outros fins (art. 14, par. único, e 31, §1º, da Lei Federal nº 13.506/2017, e arts. 83 e 105 da Resolução nº 131/2021/BCB).

De uma forma geral, como **aspectos positivos**, observa-se que os acordos celebrados pelo BCB (até o momento, apenas TCs) são divulgados ao público (sob a forma de versões tarjadas) e apresentam informações pertinentes acerca do valor da contribuição pecuniária recolhida pelas instituições investigadas e de valores restituídos por estas últimas a seus clientes. Esses elementos são positivos na medida em que tendem a estimular o compliance interno de instituições supervisionadas pela referida autarquia, elevando a perspectiva de apuração de infrações e reduzindo os custos financeiros e de recursos humanos associados ao processo administrativo sancionador no âmbito da referida Autarquia. Além disso, confirmam que o BCB vem se utilizando dos TCs como forma de abreviar a tramitação de processos administrativos sancionadores, com relativo grau de sucesso.

Por outro lado, nosso levantamento identificou **aspectos negativos** associados à disciplina normativa e à sistemática de divulgação de informações relativas aos TCs e aos APS. São eles:

- (i) Com relação aos TCs, nota-se que esses acordos possuem escopo (apenas infrações leves e médias) e momento de propositura (até decisão de primeira instância) limitados. Além disso, as versões públicas dos TCs celebrados pelo BCB omitem informações acerca das condutas objeto desses acordos e dos parâmetros levados em consideração pela Autarquia para a definição dos valores de contribuição pecuniária e de restituição a clientes arcados por instituições investigadas. Esses elementos podem representar obstáculos à celebração de acordos e, por consequência, à implementação, pelo BCB, de uma cultura sancionadora lastreada na solução alternativa de conflitos.
- (ii) Por sua vez, a Lei Federal nº 13.506/2017 e a Resolução nº 131/2021/BCB não conferem qualquer tipo de imunidade penal como contrapartida à celebração de APS e, ao mesmo tempo, exigem que os proponentes dessa modalidade de acordo confessem sua participação no ilícito. Esses elementos tendem a reduzir os incentivos para que instituições celebrem essa modalidade de acordo (a qual, ressalta-se, aplica-se a infrações de natureza grave). Não por acaso, o próprio BCB indicava em seu site que nenhum APS havia sido celebrado até a data de conclusão do presente relatório.

Nesse sentido, como **pontos de aperfeiçoamento**, é recomendável que a sistemática legal em vigor seja revista de forma a estender o escopo (para infrações graves) e o momento de propositura (após decisão de primeira instância e antes da decisão final do BCB) dos TCs e, com isso, obter maiores ganhos em matéria de economia processual e de cessação mais célere de infrações de maior potencial lesivo ao Sistema Financeiro Nacional, ao Sistema de Consórcios, ao Sistema de Pagamentos Brasileiro ou ao mercado de capitais. Além disso, também é recomendável que a sistemática legal seja revista a fim de conferir imunidade penal em contrapartida à celebração de APS, reforçando-se os incentivos de instituições supervisionadas e pessoas físicas para a celebração desse tipo de acordo junto ao BCB. Por fim, entende-se que o BCB deveria considerar a divulgação de informações sobre condutas objeto dos TCs e do APS e, quando aplicável, dos parâmetros para definição dos valores de contribuição pecuniária e de restituição a clientes arcados por instituições investigadas, de forma a facilitar a compreensão do alcance e das características desses acordos por eventuais interessados.

Finalmente, identificou-se que o BCB também vem se utilizando de estratégias de autorregulação obrigatória no desenho de iniciativas específicas (como, por exemplo, a estruturação do Open Finance, por meio da Resolução Conjunta nº 1/2020/CMN-BCB, e a regulação das atividades das registradoras de recebíveis de cartões de crédito, por meio da Resolução nº 264/2022/BCB) e de escalonamento (ou graduação) de penalidades aplicáveis na hipótese de infrações. Essas estratégias apontam para o uso, pelo BCB, de mecanismos de regulação responsiva para evitar o cometimento de infrações pelos agentes supervisionados pela Autarquia.

Diagnóstico

1. A agência possui regulamentação sobre a utilização de TACs em processos sancionadores? Caso positivo, descrever conteúdo.

Sim. A Lei Federal nº 13.506/2017, que dispõe sobre o Processo Administrativo Sancionador no âmbito do Banco Central do Brasil (BCB), prevê mecanismos alternativos de solução de controvérsias, a saber, (i) o Termo de Compromisso (TC); e (ii) o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (APS). Adicionalmente, a Resolução nº 131/2021/BCB, o Regimento Interno do BCB e o Acordo de Cooperação Técnica BCB-MPF regulamentam as disposições da Lei Federal nº 13.506/2017 e delimitam, com maior clareza, as atribuições do BCB e do MPF em relação a esses acordos.

Nos subtópicos abaixo, apresenta-se uma descrição geral da regulamentação aplicável ao TC e ao APS.

i. Termo de Compromisso (TC)

- Acordo pelo qual uma instituição investigada pelo BCB compromete-se a cessar a prática investigada (ou seus efeitos).
- Pode ser proposto a qualquer momento até a prolação da decisão de primeira instância do BCB.
- Requisitos para celebração:

Prática investigada deve constituir infração leve ou média (TC não cobre infrações graves).

Proponente deve declarar cessação da conduta investigada e indicar medidas para correção das irregularidades, quantificação de prejuízos e valor da contribuição pecuniária a ser recolhida ao BCB.

- Proposta de TC (i) não suspende o PAS em curso; (ii) não implica confissão; e (iii) é sigilosa.
 - Caso celebrado, o TC evita a instauração de Processo Administrativo Sancionador (PAS) ou suspende o andamento de PAS já instaurado.
 - Celebração não impede o BCB de informar o MPF acerca de propostas de APS que contenham indícios de infrações penais.
 - Uma vez cumprido o TC, o processo administrativo será arquivado, e a aplicação da pena não persistirá em razão da perda de objeto.
- ii. Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (APS)
 - Modalidade de acordo pela qual pessoas físicas ou jurídicas confessam infrações à legislação e colaboram com o BCB na apuração dos fatos.
 - Pode ser proposto antes ou após a instauração de PA (neste caso, só antes da decisão de primeira instância e se identificar infratores ou informações/documentos desconhecidos pelo BCB).
 - Requisitos para celebração:
 - Pessoa jurídica deve ser o primeiro a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação.
 - O proponente deverá confessar sua participação no ilícito e cessar as infrações noticiadas.
 - Além disso, o proponente deve identificar os demais envolvidos por meio de informações e documentos inéditos e suficientes.
 - Celebração permite a extinção da ação punitiva ou redução de 1/3 a 2/3 da penalidade administrativa.
 - APS não confere imunidade penal ou civil a pessoas físicas ou jurídicas.
 - Há possibilidade de extensão dos benefícios a empresas do grupo e PFs (administradores e ex-administradores).
 - Proposta de APS é sigilosa. A rejeição da proposta não implica confissão (e, nesse caso, BCB devolverá documentos apresentados).
 - Celebração não impede o BCB de informar o MPF acerca de propostas de APS que contenham indícios de infrações penais.

2. Na prática, a Agência vem celebrando TAC/Acordos Administrativos como forma de abreviar a tramitação de processos sancionadores?

Sim, parcialmente. Até a data de fechamento deste relatório, o BCB não havia celebrado nenhum APS. Por outro lado, desde 2018, o BCB celebrou 94 (noventa e quatro) TCs junto a instituições supervisionadas. Ao todo, esses acordos somaram (i) R\$ 177 milhões, a título de restituições a clientes dessas instituições; e (ii) R\$ 2 bilhões, a título de contribuição pecuniária. Além disso, eles foram acompanhados por uma série de obrigações acessórias para seu efetivo cumprimento, especialmente no que tange à restituição de valores aos clientes.

3. A agência tem se preocupado com a criação de sistemática de incentivos/desincentivos para evitar o cometimento de infrações?

Sim. O BCB vem adotando a autorregulação responsiva com o objetivo de criar incentivos ao não cometimento de infrações por agentes regulados. Isso vem se dando, por exemplo, por meio (i) do uso de estratégias de autorregulação obrigatória no desenho de regulações setoriais; e (ii) do escalonamento (ou graduação) de penalidades aplicáveis na hipótese de infrações e de uma ênfase na colaboração do investigado com o BCB na apuração da infração como elemento de cálculo da sanção a ser aplicada.

Com relação ao item (i) acima, um exemplo importante refere-se à obrigação prevista pela Resolução Conjunta nº 1/2020/ CMN-BCB de que as instituições participantes do Open Finance:

- Elaborem uma convenção, sujeita à aprovação do BCB, para disciplinar aspectos específicos do Open Finance pré-definidos pelo BCB (e.g., padrões tecnológicos, encaminhamento de demandas, tratamento/resolução de disputas, etc); e
- Criem uma estrutura de governança para garantir (i) representatividade e pluralidade no Open Finance, (ii) acesso não discriminatório; e (iii) mitigação de conflitos de interesse, entre outros.

Conforme se observa, essa abordagem, também adotada pelo BCB em outras iniciativas (como, por exemplo, a regulação da interoperabilidade entre registradoras de recebíveis de cartões de crédito, por meio da Resolução nº 264/2022/BCB), baseia-se em uma delegação de funções regulatórias aos agentes privados (criação de regras, monitoramento/fiscalização e julgamento sobre o cumprimento delas).

Por sua vez, quanto ao item (ii) acima, observa-se que a Lei Federal nº 13.506/2017 e a Resolução nº 131/2021/BCB estabelecem um escalonamento de penalidades que podem ser aplicadas na hipótese de infrações, a saber:

- Admoestação pública
- Multa
- Proibição de prestar determinados serviços públicos
- Proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação
- Inabilitação para exercer determinadas atividades
- Cassação de autorização para funcionamento.

Ademais, o cálculo da sanção a ser aplicada pelo BCB levará em consideração, entre outros aspectos, a colaboração do infrator com o BCB para a apuração da infração.

CAPÍTULO 14. ANPD – AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Carolina Vaz Martins

Luisa Carvalho Crosta

Mariana Zanardo Dessotti

Mauricio Carotenuto

14.1. Sanções, dosimetria e *bis in idem*

A Lei Federal nº 13.709/2018 (“Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais” ou “LGPD”) trouxe avanços importantes no que concerne à privacidade e proteção de dados pessoais no Brasil. Dentre outras questões, a LGPD estabeleceu obrigações aos agentes de tratamento de dados, assegurou direitos aos titulares de dados, previu regras sobre sanções administrativas, além de ter criado a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD” ou “Autoridade”), autoridade com competência exclusiva para regulamentação do tema.

A ANPD foi efetivamente constituída em novembro de 2020. Em 2022, foi transformada em autarquia especial, com independência técnica e decisória. Desde sua instituição, a Autoridade tem promovido debates públicos, inclusive mediante a promoção de tomadas de subsídios, consultas públicas e audiência públicas, bem como contribuído para o amadurecimento e regulamentação do tema no país, mediante a publicação de resoluções que regulamentaram os processos administrativos fiscalizatório e sancionador e definiram parâmetros para a aplicação de sanções administrativas.

A edição da LGPD e a regulamentação estabelecida pela ANPD foram fundamentais para garantir maior segurança jurídica aos agentes de tratamento e titulares de dados. Em relação às sanções administrativas, dosimetria e parâmetros para evitar *bis in idem*, essas normas setoriais estabeleceram, por exemplo, a competência exclusiva da ANPD para aplicar sanções administrativas previstas na LGPD, os procedimentos a serem observados pelas partes envolvidas em processos fiscalizatório e sancionatório, a dosimetria e do rol exaustivo das penalidades que podem ser aplicadas pela Autoridade. Outro ponto positivo foi a valorização e incentivo à implementação das políticas e programas de *compliance* em LGPD, inclusive considerando tal conduta como uma circunstância atenuante para aplicação de sanção.

Embora seja louvável o resultado alcançado pela ANPD em menos de 4 (quatro) anos de atuação, os levantamentos realizados no âmbito deste estudo técnico indicam que pontos específicos em temas afetos a sanções administrativas poderiam ser objeto de aperfeiçoamento em prol de uma maior segurança jurídica, tais como a definição ou melhoria na definição de termos que impactam diretamente a dosimetria da pena (e.g., tratamento em larga escala); a adoção de mecanismos aptos a reduzir a discricionariedade administrativa (e.g., elaboração de lista específica e exaustiva de condutas sancionáveis); e o amadurecimento do processo de fiscalização e aplicação de sanções.

Em que pese seja uma autoridade com pouco tempo de atuação, a ANPD vem buscando instrumentos para seu fortalecimento institucional, tanto mediante o posicionamento em debates caros à sociedade, a exemplo da regulação de plataformas digitais e da inteligência artificial no Brasil, quanto pela criação de quadro de servidores e carreira próprios, para que possa intensificar cada vez mais sua atuação na proteção de dados pessoais. Deste modo, a expectativa é que as normas setoriais naturalmente amadureçam nos próximos anos.

Diagnóstico
1. A legislação setorial traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar <i>bis in idem</i>? Caso positivo, descrever as leis relevantes.
<p>A LGPD, principal legislação sobre privacidade e proteção de dados pessoais no Brasil, estabelece regras sobre sanções administrativas, parâmetros para dosimetria e limites para evitar <i>bis in idem</i>.</p> <p>De acordo com a LGPD, a ANPD possui competência exclusiva para aplicar as sanções administrativas nela previstas, sendo que as suas competências prevalecerão, no que se refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública (artigo 55-K). Por outro lado, a Lei esclarece, ainda, que a aplicação das sanções administrativas pela ANPD não substitui a aplicação de sanções administrativas, civis ou penais definidas na Lei Federal nº 8.078/1990 (“Código de Defesa do Consumidor” ou “CDC”) e em legislação específica (artigo 52, § 2º).</p> <p>Na Seção I do Capítulo VIII da LGPD constam as principais regras sobre o tema, tais como (i) as sanções aplicáveis pela ANPD (e.g., advertência, multa diária e simples, publicização da infração, bloqueio ou eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração, suspensão parcial do funcionamento do banco de dados, proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados, etc.), e (ii) os parâmetros e critérios a serem considerados para dosimetria das sanções administrativas (e.g., gravidade e natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados, boafé do infrator, reincidência, grau do dano, etc.).</p> <p>Além da LGPD, outras normas disciplinam temas afetos à proteção de dados pessoais, inclusive, mas não se limitando, a Lei Federal nº 12.965/2014 (“Marco Civil da Internet” ou “MCI”), e a Lei Federal nº 9.472/1997 (“Lei Geral de Telecomunicações” ou “LGT”).</p>
2. A regulação infralegal traz normas sobre sanções, parâmetros para dosimetria e parâmetros para evitar <i>bis in idem</i>? Caso positivo, descrever os regulamentos relevantes.
<p>Como mecanismo de prevenção ao <i>bis in idem</i> e na tentativa de alcançar a punição mais acertada e justa possível aos agentes de tratamento que violarem os termos da LGPD, a ANPD emitiu, por meio de regulação infralegal, os fundamentos de seus processos fiscalizatório e sancionatório. Conforme indicado abaixo, há 2 (duas) normas infralegais que versam sobre o tema e dispõem que agentes de tratamento de dados pessoais suspeitos de violação aos termos da LGPD devem sofrer processo fiscalizatório que observem o devido processo legal e confirmam ao agente o direito ao contraditório, bem como asseguram que as sanções administrativas aplicadas ao agente infrator sejam proporcionais a sua conduta.</p> <p>A Resolução nº 1/2021-ANPD, que aprovou o Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador (“Regulamento sobre Processo Administrativo”), alterado pela Resolução nº 4/2023-ANPD, dispõe sobre os procedimentos inerentes ao processo de fiscalização, que envolve as atividades de monitoramento, orientação e prevenção, e as regras a serem observadas no âmbito do processo administrativo sancionador da ANPD.</p> <p>De acordo com o Regulamento sobre Processo Administrativo, a atuação repressiva é caracterizada pela atuação coercitiva da Autoridade, voltada à interrupção de situações de dano ou risco, à recondução à plena conformidade e à punição dos responsáveis mediante a aplicação das sanções previstas no artigo 52 da LGPD, por meio de processo administrativo sancionador (artigo 15, § 4º). Além de replicar os princípios estabelecidos na Lei nº 9.784/1999 (i.e., princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório,</p>

segurança jurídica, interesse público e eficiência), a norma fixa alguns critérios que deverão ser observados pela ANPD na condução dos processos administrativos, quais sejam: (a) atendimento a fins de interesse geral; (b) adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; (c) observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos interessados; (d) adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos interessados; (e) impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; e (f) interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação (artigo 39).

Nos termos do Regulamento sobre Processo Administrativo, a aplicação de sanção ocorrerá em conformidade com a regulamentação específica, por meio de processo administrativo sancionador (artigo 2º, § 1º). A decisão deverá ser motivada, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, bem como aplicará a respectiva sanção, quando cabível, seguindo os parâmetros e critérios definidos no § 1º do art. 52 da LGPD e na regulamentação específica (artigo 55, § 1º).

Para definir os parâmetros e critérios para aplicação de sanções administrativas, bem como as formas e dosimetrias para o cálculo do valor-base das sanções de multa, a ANPD editou a Resolução nº 4/2023-ANPD, que aprovou o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas (“Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativa”).

De forma geral, o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativa prevê, entre outros aspectos: (i) quais são as sanções administrativas que podem ser aplicadas pela ANPD; (ii) a classificação das infrações de acordo com a gravidade e natureza da conduta praticada e do direito pessoal afetado (i.e., leve, média ou grave); (iii) a metodologia de cálculo do valor-base das sanções de multa; (iv) circunstâncias agravantes e atenuantes; (v) o método de pagamento da sanção de multa; (vi) possibilidade de adoção de outras medidas administrativas pela ANPD (i.e., afastar a metodologia de dosimetria de sanção de multa ou substituir a aplicação de sanção por outra constante no regulamento, nos casos em que for constatado prejuízo à proporcionalidade entre a gravidade da infração e a intensidade da sanção); e (vii) regras específicas para aplicação cada sanção administrativa.

Por fim, vale ressaltar que outras autoridades também possuem competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais, cabendo à ANPD articular sua atuação com tais órgãos (artigo 55-K, parágrafo único, da LGPD). A título de exemplo, destaca-se a competência detida pela ANATEL para regulamentar temas relacionados à segurança cibernética, exercida, por exemplo, por meio da edição do Regulamento de Segurança Cibernética Aplicada ao Setor de Telecomunicações (“R-Ciber”), aprovado pela Resolução nº 740/2020-ANATEL.

3. Se pertinente, indicar se o tema das sanções administrativas também é disciplinado em (i) contratos; e/ou (ii) Manuais/Notas Técnicas. Caso haja regulação por contrato ou outros documentos oficiais aplicáveis, indicar as principais disposições sobre o tema.

As sanções administrativas são disciplinadas apenas pela LGPD e por atos normativos da ANPD. Entretanto, os controladores e operadores dos dados pessoais possuem liberdade para estabelecer contratualmente responsabilidades advindas de infrações à LGPD.

Cabe destacar, outrossim, que a ANPD periodicamente publica guias orientativos sobre temas diversos relacionados à proteção de dados pessoais (e.g., tratamento de dados para fins acadêmicos, uso de cookies, legítimo interesse), os quais, em que pese não tenham efeito normativo vinculante, representam as interpretações da Autoridade e certamente nortearão a avaliação de potenciais descumprimentos às regras da LGPD.

4. As normas aplicáveis preveem espaço para discricionariedade administrativa na aplicação de penalidades ou não?

As normas aplicáveis preveem espaço para discricionariedade na aplicação de sanções administrativas aos agentes de tratamento que violarem a LGPD, tanto sob a perspectiva da identificação das condutas sancionáveis, quanto em razão do grau de subjetividade dos parâmetros utilizados pela ANPD para identificação e dosimetria da sanção aplicável, bem como pela possibilidade de seu afastamento no caso concreto.

No que diz respeito à identificação das condutas sancionáveis, a margem de discricionariedade da ANPD decorre, em grande medida, no fato de que não há, na legislação e regulamentação aplicável, lista exaustiva de condutas sancionáveis. Pelo contrário, os atos normativos em geral se limitam a estabelecer deveres gerais para os agentes regulados que, caso descumpridos, podem ensejar a aplicação de sanções diversas.

Em relação à escolha e dosimetria da sanção, as normas atualmente existentes igualmente conferem relativo grau de discricionariedade para a ANPD.

Não obstante o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas estabeleça a metodologia a ser considerada pela ANPD ao aplicar sanções administrativas aos agentes infratores, o próprio Regulamento prevê que a ANPD pode afastar a metodologia de dosimetria de sanção de multa ou substituir a aplicação de sanção por outra quando constatado prejuízo à proporcionalidade entre a gravidade da infração e a intensidade da sanção (artigo 27), sendo que tal decisão *"não poderá ser baseada em valores jurídicos abstratos e deverá ser motivada e fundamentada, demonstrando a necessidade e a adequação da medida imposta, a desproporcionalidade constatada, o interesse público a ser protegido"* (artigo 27, parágrafo único).

O Regulamento estabelece, ainda, que a dosimetria está diretamente relacionada com a definição da gravidade da infração – que pode ser configurada como “leve”, “média” ou “grave”. Embora haja parâmetros para tal classificação, há razoável amplitude semântica que permitiria, em tese, o enquadramento de uma infração a diferentes classificações. Veja-se, por exemplo, que a infração será considerada média quando *“puder afetar significativamente interesses e direitos fundamentais dos titulares de dados pessoais, caracterizada nas situações em que a atividade de tratamento puder impedir ou limitar, de maneira significativa, o exercício de direitos ou a utilização de um serviço, assim como ocasionar danos materiais ou morais aos titulares, tais como discriminação; violação à integridade física; ao direito à imagem e à reputação; fraudes financeiras ou uso indevido de identidade, desde que não seja classificada como grave”* (artigo 8º, § 2º).

5. As condutas passíveis de penalização estão definidas, de forma específica e exaustiva, em normas? Indicar, na resposta, se as condutas infracionais estão previstas em lei em sentido estrito e/ou atos normativos infralegais.

As condutas passíveis de penalização administrativa não estão definidas de forma específica e exaustiva em normas. A LGPD, em seu artigo 52, dispõe que os agentes de tratamento de dados que infringirem a legislação ficarão sujeitos às sanções administrativas previstas na LGPD e aplicáveis pela ANPD. O Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativa prevê em seu artigo 8º e seguintes os critérios de infração (leve, média e grave) e com base nesses critérios é possível definir a ocorrência de infração e seu grau. Por exemplo, a *“infração será considerada média quando puder afetar significativamente interesses e direitos fundamentais dos titulares de dados pessoais, caracterizada nas situações em que a atividade de tratamento puder impedir ou limitar, de maneira significativa, o exercício de direitos ou a utilização de um serviço, assim como ocasionar danos materiais ou morais aos titulares, tais como discriminação; violação à integridade física; ao direito à imagem e à reputação; fraudes financeiras ou uso indevido de identidade, desde que não seja classificada como grave”*

imagem e à reputação; fraudes financeiras ou uso indevido de identidade, desde que não seja classificada como grave” (artigo 8, § 2º).

6. As normas são claras com relação ao sujeito ativo da infração?

Sim. Os artigos 42 e 52 da LGPD dispõem sobre a responsabilização dos agentes de tratamento, indicando que o controlador e/ou o operador podem ser responsabilizados, em caso de dano patrimonial, moral, individual ou coletivo ou violação à legislação de proteção de dados pessoais. Os parágrafos do artigo 42 trazem clareza quanto à responsabilidade solidária do controlador e operador de dados.

7. Existe alguma avaliação/diagnóstico sobre o panorama sancionatório do setor (ex. relatório de auditoria do TCU). Caso positivo, quais as principais conclusões aplicáveis ao respectivo setor?

Não foi identificada qualquer avaliação/diagnóstico sobre o panorama sancionatório do setor até a data de conclusão desta análise técnica.

Em linhas gerais, a ANPD publicou o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativa em 27 de fevereiro de 2023, tendo aplicado 4 (quatro) sanções administrativas desde então, sendo em apenas 1 (um) dos casos a de multa.

Em 23 de março de 2023, a ANPD publicou a primeira lista de processos administrativos sancionadores instaurados pela Coordenação-Geral de Fiscalização (“CGF”). A lista incluía 7 (sete) órgãos da administração pública e 1 (uma) empresa privada. Os 8 (oito) processos investigavam as seguintes condutas: não atendimento à requisição/determinação da ANPD; ausência de comunicação a titulares de incidente de segurança; ausência de medidas de segurança; ausência de encarregado de dados pessoais; ausência de comunicação de incidente de segurança; ausência de comprovação de hipótese legal; ausência de registro de operações; e não envio de Relatório de Impacto de Proteção de Dados.

Em 31 de janeiro de 2024, a ANPD disponibilizou em seu site informações atualizadas sobre a atividade fiscalizatória e sancionatória da Autoridade, inclusive, mas não se limitando, (i) ao número de comunicação de incidentes de segurança recebidas e o tipo de incidente reportado; (ii) ao número de requerimentos (denúncia ou petições) enviados por titulares de dados; (iii) à lista das Notas Técnicas já publicadas pela CGF, e (iv) às listas de processos administrativos de monitoramento, fiscalização e sancionadores em andamento e já concluídos.²³³

De acordo com as informações mais recentes disponíveis no site da ANPD à época desta análise técnica, havia 13 (treze) processos de fiscalização, 4 (quatro) processos de monitoramento e 9 (nove) processos sancionatórios em andamento, os quais foram instaurados pela CGF contra órgãos da administração pública, empresas privadas e públicas.

Além disto, ressalta-se que a Agenda de Avaliação de Resultados Regulatórios da ANPD, aprovada pela Autoridade por meio da Resolução nº 5/2023-ANPD, prevê que o Regulamento sobre Processo Administrativo e o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativa serão objeto de Avaliações de Resultados Regulatórios (“ARR”), as quais estão previstas para serem concluídas em dezembro de 2026. De acordo com a ANPD, “as ARR’s podem servir para fornecer diagnósticos sobre o alcance dos objetivos originalmente pretendidos pelos atos normativos, além de

²³³ Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/composicao-1/coordenacao-geral-de-fiscalizacao>. Acesso em 14/02/2024.

*contribuir para gerar subsídios para tomadas de decisões pela ANPD e apontar soluções para possíveis problemas com a aplicabilidade dos regulamentos”*²³⁴

Cabe destacar, por fim, que a auditoria mais recente do Tribunal de Contas da União (“TCU”) sobre o tema foi realizada em 2022 e teve como propósito avaliar o nível de adequação de 382 (trezentas e oitenta e duas) organizações públicas federais à LGPD.²³⁵ O TCU verificou, à época, risco alto à privacidade de dados pessoais tratados pela Administração Pública Federal, na medida em que 58,9% (cinquenta e oito vírgula nove por cento) se encontravam em estágio inicial de adequação à LGPD.²³⁶ Em razão disso, o TCU recomendou aos órgãos a adoção de uma série de medidas.

14.2. Processo Sancionador

A LGPD preceitua que a ANPD assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso ANPD no âmbito do seu processo administrativo sancionador. Para estabelecer os procedimentos inerentes ao processo de fiscalização e as regras a serem observadas no âmbito do processo sancionador e na aplicação de sanções administrativas, a ANPD editou a Resolução nº 1/2021-ANPD, que aprovou o Regulamento sobre Processo Administrativo, e a Resolução nº 4/2023-ANPD, que aprovou o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativa. Além deles, a Autoridade aprovou a Resolução nº 2/2022-ANPD, que estabelece regras diferenciadas para agentes de tratamento de pequeno porte.

De um modo geral, as normas acima indicadas são essenciais para garantir previsibilidade e segurança aos agentes de tratamento, além de permitir a aplicação da LGPD e a imposição de sanções pela ANPD.

Considerando a incipiente atuação da ANPD em processos sancionadores até o momento, não é possível identificar com a devida precisão eventuais ritos processuais que mereçam aprimoramento. De todo modo, a partir dos levantamentos realizados, foram identificados, desde logo, diversos temas em relação aos quais as normas são confusas, imprecisas e/ou que geram discussões na prática, especialmente relacionados à possível parcialidade do julgador, à ausência de prazos para realização de atos processuais, à vedação ao recurso contra despacho de instauração do processo, à necessidade de motivação do indeferimento de pedidos de produção de prova, ao momento da abertura de prazo para apresentação de alegações finais, e ao *reformatio in pejus*.

Por fim, constatou-se a existência de intensa atividade por parte da Autoridade em matéria de monitoramento, fiscalização e sancionamento. Contudo, a identificada escassez de servidores públicos para atender toda a demanda prejudica a sua atuação no combate às violações à LGPD. Com um corpo técnico ampliado e treinado, a ANPD poderá ampliar as fiscalizações e agilizar a análise dos processos sancionadores, garantindo uma resposta mais rápida às possíveis violações.

²³⁴ Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-publica-agenda-de-avaliacao-de-resultados-regulatorios>. Acesso em 14/04/2023.

²³⁵ Processo TCU nº 039.606/2020-1. Disponível em: <https://conecta-tcu.apps.tcu.gov.br/tvp-por-numero/03960620201>. Acesso em 24/03/2023.

²³⁶ Acórdão 1384/2022 – TCU – Plenário. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=783028>. Acesso em 24/03/2023.

Diagnóstico
<p>1. Existem normas específicas (legais ou infralegais) sobre processo sancionador? Descreva, sucintamente, o rito a ser observado e, inclusive, recursos cabíveis.</p> <p>Sim. A LGPD introduz o tema, indicando que o processo administrativo sancionador deve assegurar o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso (art. 55-J, IV). A Resolução nº 1/2021-ANPD, que aprovou o Regulamento sobre Processo Administrativo, e a Resolução nº 4/2023-ANPD, que aprovou o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativa, detalham o rito a ser observado e os recursos cabíveis.</p> <p>Em síntese, o rito do processo sancionador observará o seguinte:</p> <ol style="list-style-type: none"> I. <u>Procedimento Preparatório</u>: quando os indícios da prática de infração não forem suficientes para a instauração imediata de processo administrativo sancionador, a CGF poderá, de ofício ou diante de requerimento, mediante procedimento preparatório, efetuar averiguações preliminares (artigo 40 do Regulamento sobre Processo Administrativo). II. <u>Instauração</u>: a instauração do processo administrativo sancionador poderá ocorrer (a) de ofício pela CGF, (b) em decorrência do processo de monitoramento, ou (c) diante de requerimento em que a CGF, após efetuar a análise de admissibilidade, delibere pela abertura imediata de processo sancionador (artigo 37 do Regulamento sobre Processo Administrativo). III. <u>Defesa</u>: em caso de decisão de lavratura do auto de infração, a CGF intimará o agente de tratamento para apresentar defesa em 10 (dez) dias úteis (artigo 47 do Regulamento sobre Processo Administrativo). IV. <u>Instrução</u>: a ANPD poderá realizar diligências e juntar novas provas aos autos, independentemente do prazo de defesa do autuado, visando à celeridade processual e à mitigação de riscos, assegurado o contraditório (artigo 48 do Regulamento sobre Processo Administrativo). Outrossim, cabe ao autuado a prova dos fatos que alegar, podendo, inclusive, solicitar a produção de provas periciais, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para instrução (artigos 50, 51 e 52 do Regulamento sobre Processo Administrativo). V. <u>Alegações Finais</u>: é facultado prazo de 10 (dez) dias úteis para manifestação do autuado antes da elaboração do relatório de instrução, se entre a defesa e a instrução processual forem produzidas novas provas (artigo 53 do Regulamento sobre Processo Administrativo). VI. <u>Relatório de Instrução</u>: transcorrido o prazo de defesa, será elaborado relatório de instrução que subsidiará a decisão de primeira instância e o processo será concluso à CGF para decisão (artigo 54 do Regulamento sobre Processo Administrativo). VII. <u>Decisão</u>: finda a instrução processual, a CGF proferirá a decisão de primeira instância (artigo 55 do Regulamento sobre Processo Administrativo). O autuado será intimado para cumprir a decisão de primeira instância ou interpor recurso administrativo ao Conselho Diretor da ANPD (artigo 58 do Regulamento sobre Processo Administrativo). VIII. <u>Recurso</u>: o autuado poderá interpor recurso administrativo ao Conselho Diretor, como instância administrativa máxima, no prazo de 10 (dez) dias úteis, contados da intimação da decisão (artigo 58 do Regulamento sobre Processo Administrativo). Recebido o recurso administrativo, a CGF poderá reconsiderar sua decisão, ou remeter o processo ao Conselho Diretor para prosseguimento, acompanhado de análise dos pressupostos gerais de admissibilidade recursal, da concessão do efeito suspensivo e do mérito do pedido,

além de outras informações que entender pertinentes (artigo 62, § 3º, do Regulamento sobre Processo Administrativo).

- *Efeito suspensivo*: o recurso administrativo terá efeito suspensivo limitado à matéria contestada da decisão, ressalvadas as hipóteses de fundado receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da decisão recorrida (artigo 60 do Regulamento sobre Processo Administrativo).
- *Julgamento pelo Conselho Diretor*: o Diretor Relator se manifestará sobre a admissibilidade e sobre o provimento total ou parcial, ou indeferimento do recurso, fundamentando seu voto. Em seguida, os demais Diretores votarão conforme os fundamentos legais e regulamentares. Se da apreciação do recurso puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser intimado para formular suas alegações no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, antes da decisão (artigo 65 do Regulamento sobre Processo Administrativo).
- (i) Revisão: os processos administrativos que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada. (artigo 68 do Regulamento sobre Processo Administrativo).

2. Há algum tema em relação ao qual as normas são confusas, imprecisas ou que gerem discussões na prática?

- I. A partir dos levantamentos realizados, foram identificados diversos temas em relação aos quais as normas são confusas, imprecisas e/ou que geram discussões na prática, a saber:
 - II. Imparcialidade do julgador: o mesmo órgão da ANPD – a CGF – é responsável tanto por instaurar e instruir o processo administrativo sancionador como por proferir a decisão de primeira instância, o que pode levantar discussões sobre eventual parcialidade do julgador (Título III do Regulamento sobre Processo Administrativo).
 - III. Prazos para realização dos atos processuais: não foram determinados prazos específicos para que a ANPD cumpra cada etapa do processo administrativo sancionador, o que pode afetar a celeridade processual.
 - IV. Recurso contra despacho de instauração do processo: há discussões sobre a potencial incompatibilidade entre a vedação à possibilidade de apresentação de recurso administrativo contra despacho de instauração do processo administrativo sancionador (artigo 38 do Regulamento sobre Processo Administrativo) e os direitos ao contraditório e ampla defesa.
 - V. Pedidos de produção de prova: a CGF possui a prerrogativa de indeferir pedidos de produção de provas sem que haja determinação expressa acerca da necessidade de fundamentar tal indeferimento (artigo 51 do Regulamento sobre Processo Administrativo), o que pode ser apontado como incompatível com o princípio da motivação.
 - VI. Alegações finais: a abertura de prazo para apresentação de alegações finais ocorre antes da disponibilização do relatório de instrução ou de qualquer outro documento pela ANPD que analise os fundamentos da defesa do autuado (artigo 53 do Regulamento sobre Processo Administrativo), o que pode ser reputado como prejudicial ao exercício pleno da ampla defesa.

VII. Recurso administrativo: a norma permite que da apreciação do recurso administrativo interposto decorra “*gravame à situação do recorrente*” (artigo 65, § 1º do Regulamento sobre Processo Administrativo), o que poderia ser entendido como violação ao princípio da vedação à *reformatio in pejus*.

3. Existem particularidades nas normas processuais decorrentes das características específicas do setor?

A LGPD estabelece princípios gerais de proteção de dados pessoais que se aplicam a todos os setores e organizações que realizam tratamento de dados pessoais no Brasil. Apesar de a ANPD possuir competência para emitir orientações setoriais ou regulamentos específicos para determinados setores, conforme necessário, até o momento não há, no âmbito das normas da ANPD, particularidades que diferenciem significativamente o processo sancionador com base nas características específicas de cada setor.

É importante mencionar, no entanto, a Resolução nº 2/2022-ANPD, que aprovou o regulamento de aplicação da LGPD para agentes de tratamento de pequeno porte. Para os agentes enquadrados nessa categoria, a Resolução estabelece que todos os prazos estabelecidos em regulamentos pela Autoridade correrão em dobro, uma medida que leva em consideração as limitações e recursos disponíveis para esses agentes em comparação com organizações de maior porte.

4. Da análise de decisões administrativas da Agência no âmbito de processo sancionador, é possível identificar eventuais aspectos críticos/ambiguidade na aplicação das normas em vigor?

Até a data de conclusão desta análise técnica, apenas 5 (cinco) processos administrativos sancionadores haviam sido julgados em primeira instância pela ANPD e tiveram seus documentos disponibilizados ao público, quais sejam:

(i) Nº do Processo: 00261.000489/2022-62

Agente de Tratamento: Telekall Infoservices (“Telekall”)

Motivo da Instauração: não atendimento a determinação da ANPD

Decisão: aplicação das sanções de advertência e multa simples no total de R\$ 14.400,00 (catorze mil e quatrocentos reais)

(ii) Nº do Processo: 00261.000574/2022-21

Agente de Tratamento: Instituto de Pesquisa Jardim Botânico do Rio de Janeiro (“JBRJ”);

Motivo da Instauração: falta de comunicação de incidente de segurança à ANPD e aos titulares e por deixar de atender requisições da ANPD

Decisão: arquivamento sem aplicação de sanção

(iii) Nº do Processo: 00261.001192/2022-14

Agente de Tratamento: Secretaria de Educação do Distrito Federal (“SEEDF”)

Motivo da Instauração: falta de comunicação de incidente aos titulares, ausência de comprovação que os sistemas utilizados atendem aos requisitos de segurança, padrões de boas práticas e governança, ausência de comprovação da manutenção de registros das operações de tratamento de dados pessoais, não apresentação de RPD e por deixar de atender requisições da ANPD

Decisão: aplicação da sanção de advertência

(iv) Nº do Processo: 00261.001886/2022-51

Agente de Tratamento: Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina (“SES/SC”)

Motivo da Instauração: ausência de comunicação a titulares de incidente de segurança; ausência de medidas de segurança; não atendimento a determinações da ANPD

Decisão: aplicação das sanções de advertência e imposição de medida corretiva

(v) Nº do Processo: 00261.001969/2022-41

Agente de Tratamento: Instituto de Assistência ao Servidor Público Estadual de São Paulo (“IAMSPE”)

Motivo da Instauração: ausência de comunicação a titulares de incidente de segurança; ausência de medidas de segurança

Decisão: aplicação das sanções de advertência e imposição de medida corretiva

A reduzida quantidade de decisões administrativas impossibilita a identificação de aspectos críticos e/ou ambiguidades na aplicação das normas em vigor em processos sancionadores promovidos pela ANPD.

5. É possível identificar decisões judiciais relevantes envolvendo decisões administrativas ou a regulamentação aplicável a sanções/processo sancionador?

Não foram identificadas decisões judiciais relevantes envolvendo decisões administrativas ou a regulamentação aplicável a sanções/processo sancionador, possivelmente em razão da reduzida quantidade de decisões administrativas proferidas pela ANPD até a data da conclusão desta análise técnica.

6. Existe alguma avaliação/pesquisa sobre efetividade dos processos sancionadores neste setor regulado? É possível identificar índice de judicialização?

De acordo com o artigo 20 do Regulamento sobre Processo Administrativo, a ANPD tem a obrigação de emitir anualmente o Relatório de Ciclo de Monitoramento (“RCM” ou “Relatório”), cuja função é avaliar as atividades de fiscalização realizadas no ciclo anterior, incluindo os temas prioritários, apresentando indicadores e resultados relevantes.

O primeiro RCM elaborado pela ANPD foi publicado em 18 de agosto de 2023 e abrange o período de janeiro a dezembro de 2022. De acordo com o documento, foram recebidos, em 2022, 1.045 (mil e quarenta e cinco) requerimentos, entre denúncias e petições de titulares, e 287 (duzentos e oitenta e sete) comunicações de incidentes de segurança, além de terem sido instaurados 15 (quinze) processos de fiscalização e 8 (oito) processos administrativos sancionadores.

Em 8 de dezembro de 2023, a ANPD publicou o segundo RCM, que avaliou as atividades do primeiro semestre de 2023, direcionando as estratégias orientativas, preventivas e repressivas da fiscalização. De acordo com o Relatório, a Autoridade recebeu 496 (quatrocentos e noventa e seis) requerimentos, entre denúncias e petições de titulares, e 163 (cento e sessenta e três) comunicações de incidentes de segurança, além de terem sido instaurados 2 (dois) processos de fiscalização e 1 (um) processo administrativo sancionador.

Destaca-se, ainda, que foram instaurados 8 (oito) processos administrativos sancionadores em 2022, enquanto apenas 1 (um) foi instaurado em 2023. Deste total, a ANPD decidiu em primeira instância 5 (cinco) processos. Assim, não há informações suficientes sobre a efetividade das decisões proferidas no âmbito de tais procedimentos, tampouco índice de judicialização.

A bem da verdade, em que pese exista uma atividade intensa por parte da ANPD, denota-se dos Relatórios uma escassez de servidores públicos para atender toda a demanda. Inclusive, a

Autoridade aponta neles a necessidade da realização de novos processos de recrutamento para contratação de novos servidores e a promoção de programas de capacitação para os novos e antigos servidores.

Espera-se que a efetividade dos processos sancionadores e o nível de judicialização variem à medida que a ANPD obtenha mais experiência e estrutura e os agentes de tratamento se adaptem às normas de proteção de dados pessoais.

14.3. Acordo, consensualidade e regulação responsiva

De acordo com a LGPD, compete à ANPD celebrar, a qualquer momento, compromisso com agentes de tratamento para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa no âmbito de processos administrativos, nos termos do Decreto-Lei nº 4.657/1942. A Resolução nº 1/2021-ANPD, que aprovou o Regulamento sobre Processo Administrativo, dispõe, por sua vez, sobre a possibilidade do agente de tratamento parte de processo sancionador apresentar à CGF proposta de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (“TAC”), cuja celebração deverá seguir a legislação aplicável e a regulamentação própria da ANPD.

Entretanto, a Autoridade ainda não editou a regulamentação específica sobre TACs, o que é necessário para que o instituto possa ser empregado. Esperada para iniciar em 2024, a regulamentação do TAC é fundamental para que os agentes de tratamento tenham ciência sobre as infrações à LGPD passíveis de celebração de TAC, os requisitos impostos aos agentes de tratamento para celebração de TAC, bem como o rito aplicável para sua celebração (e.g., prazos e procedimento de análise).

O Regulamento sobre Processo Administrativo estabelece, também, o dever de a ANPD atuar de modo responsável, inclusive mediante a orientação dos agentes de tratamento, dos titulares de dados e demais integrantes ou interessados no tratamento de dados, e a adoção de medidas preventivas, que visem a reconduzir o agente de tratamento à plena conformidade ou evitar ou remediar situações que acarretem risco ou dano aos titulares de dados.

Em análise das sanções administrativas aplicadas pela ANPD até então, notou-se uma tendência de valorização das medidas preventivas. Grande parcela dos processos administrativos sancionadores somente foram instaurados pela Autoridade, por exemplo, em razão do não atendimento e/ou do atendimento insuficiente às determinações da ANPD de orientação e prevenção.

Diagnóstico

1. A agência possui regulamentação sobre a utilização de TACs em processos sancionadores? Caso positivo, descrever conteúdo.

A regulamentação da ANPD permite a utilização de TACs em processos sancionadores. De acordo com o Regulamento sobre Processo Administrativo, o interessado poderá apresentar à CGF proposta de TAC, que será submetida ao Conselho Diretor da ANPD para deliberação. A suspensão do processo terá início após a assinatura do TAC, e o seu arquivamento ocorrerá após verificado o cumprimento integral do termo (artigo 43).

Por outro lado, o Regulamento sobre Processo Administrativo estabelece que a celebração de TAC deve seguir a legislação aplicável e a regulamentação própria da ANPD (artigo 44). Ocorre que a Autoridade ainda não editou referida regulamentação, necessária para celebração de TACs. De acordo com a Agenda Regulatória da ANPD para o biênio 2023-2024, o início do processo regulatório de regulamentação do TAC está previsto para 2024.

2. Na prática, a Agência vem celebrando TAC/Acordos Administrativos como forma de abreviar a tramitação de processos sancionadores?

A ANPD não celebrou nenhum TAC/acordo administrativo. Espera-se que esta ferramenta passe a ser utilizada a partir da edição da regulamentação específica sobre o tema pela ANPD.

3. A agência tem se preocupado com a criação de sistemática de incentivos/desincentivos para evitar o cometimento de infrações?

Sim. O Regulamento sobre Processo Administrativo estabelece o dever de a ANPD atuar de modo responsável (artigo 15), seja mediante a orientação dos agentes de tratamento (artigo 27) ou a adoção de medidas preventivas (artigo 30).

As medidas de orientação, que não constituem sanção, visarão à conscientização e à educação dos agentes de tratamento, dos titulares de dados pessoais e dos demais integrantes ou interessados no tratamento de dados pessoais.

Constituem medidas de orientação, entre outras: (i) elaboração e disponibilização de guias de boas práticas e de modelos de documentos para serem utilizados por agentes de tratamento; (ii) sugestão aos agentes regulados da realização de treinamentos e cursos; (iii) elaboração e disponibilização de ferramentas de autoavaliação de conformidade e de avaliação de riscos a serem utilizadas pelos agentes de tratamento; (iv) reconhecimento e divulgação das regras de boas práticas e de governança; e (v) recomendação de: a) utilização de padrões técnicos que facilitem o controle pelos titulares de seus dados pessoais; b) implementação de Programa de Governança em Privacidade; e c) observância de códigos de conduta e de boas práticas estabelecidas por organismos de certificação ou outra entidade responsável (artigos 27 a 29).

A ANPD poderá também estabelecer atividade preventiva, visando a reconduzir o agente de tratamento à conformidade ou evitar ou remediar situações que acarretem risco ou dano relevante aos titulares de dados. As medidas aplicadas pela CGF ao longo da atividade preventiva não constituem sanção ao agente regulado (artigos 30 e 31).

De acordo com o Regulamento sobre Processo Administrativo, são consideradas medidas preventivas: (i) divulgação de informações; (ii) aviso; (iii) solicitação de regularização ou informe; e (iv) plano de conformidade. A CGF poderá indicar outras medidas, desde que compatíveis com esta norma. Caso o agente de tratamento que se beneficiar de qualquer das medidas acima não as atenda, a ANPD, a seu critério, poderá exigir a adoção de outras medidas preventivas ou atuar de modo repressivo, determinando a adoção de medidas compatíveis (artigo 32).

Em caso de instauração de processo administrativo sancionador, o não atendimento de medida preventiva será considerado agravante para a dosimetria da pena (artigo 32, § 2º, II).

Em análise das 4 (quatro) sanções administrativas aplicadas pela ANPD até então, notou-se uma tendência de valorização das medidas preventivas. Nos casos envolvendo a IAMSPE, SES/SC e SEEDF, por exemplo, os respectivos processos administrativos sancionadores somente foram instaurados pela Autoridade em razão do não atendimento e/ou do atendimento insuficiente às determinações da ANPD de orientação e prevenção.