

# Limites ao exercício da função de polícia administrativa pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE)

**Rafael Véras de Freitas**

Professor do Programa de Educação Continuada da FGV Direito Rio. Professor da Pós-Graduação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ. Membro da Comissão de Direito Administrativo do IAB. Mestrando em Direito da Regulação na Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado.

---

**Resumo:** O presente ensaio tem por objetivo analisar a possibilidade de a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) aplicar penalidades aos agentes regulados. Trata-se de indagação que envolve o reexame dos limites à delegação do exercício da função de polícia administrativa para particulares.

**Palavras-chave:** Regulação. Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). Função de polícia administrativa exercida por agentes privados. Procedimento de polícia. Atribuições sancionatórias. Autorregulação delegada.

**Sumário:** Introdução – **1** Um breve e necessário relato da assimetria regulatória no setor elétrico – **2** As características da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) – **3** Os limites ao exercício da função de polícia administrativa no âmbito da autorregulação delegada – **4** Conclusões – Referências

---

## Introdução

**1** Ainda que parte significativa da doutrina do Direito Administrativo — representada, especialmente, por Agustín Gordillo, em seu *Tratado de Derecho Administrativo* — continue a criticar o exercício da função de polícia administrativa, em razão do seu caráter autoritário, esse tema ainda vem sendo objeto de constantes controvérsias. A atualidade do tema justificou, inclusive, a sua revisitação na obra coletiva *Poder de Polícia na Atualidade*, coordenada por Odete Medauar e Vitor Rhein Shirato.

**2** Um dos aspectos dessa matéria que ainda causa espécie é o exercício da função de polícia por particulares. Isso porque se costuma defender a ideia de que, em razão de tal função ser exercida em decorrência de uma suposta supremacia do interesse público, não poderia ser exercida por pessoas jurídicas de direito privado. Outro argumento constantemente utilizado é o de que, na medida em que o

Estado detém o “monopólio da força”, os particulares não poderiam exercer funções que envolvessem o uso da coerção; para esse fim, seria necessário que o agente possuísse personalidade jurídica de direito público.

**3** Esses argumentos não procedem. Uma vez que a função de polícia administrativa — assim como todas as atividades administrativas — vem se “processualizando”, não restam dúvidas de que algumas de suas fases não envolvem o uso de coerção — a exemplo das fases de consentimento de polícia (*v. g.*, outorga títulos habilitantes) e de fiscalização (*v. g.*, operação de radares fotográficos de trânsito). Mas isso não significa dizer que o particular esteja autorizado a exercer todas as fases desse “*procedimento de polícia*”.

**4** A fase sancionatória, por exemplo, necessita do uso da coerção, razão por que é interdito que os particulares pratiquem atos com essa natureza.

**5** É sobre esta temática que versa o presente ensaio. Mas com uma complicação adicional: a entidade que será analisada (a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE) é composta por representantes de diversos *players* do setor elétrico (autorizatários, permissionários, concessionários e consumidores livres), fato que daria a falsa ideia de se tratar de uma entidade que exerce suas atividades no âmbito da autorregulação privada. Não é o caso, conforme será demonstrado adiante.

**6** Essa investigação se justifica, na medida em que a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), embora se configure como uma pessoa jurídica de direito privado, vem aplicando penalidades aos agentes regulados, por meio de processos administrativos e judiciais.

**7** Analisando esse contexto, o presente ensaio seguirá o seguinte itinerário: inicialmente, será apresentada a assimetria regulatória existente no setor elétrico, para que o leitor que esteja tendo o primeiro contato com esse subsistema regulado possa entender a composição da CCEE; em prosseguimento, serão apresentadas as suas principais características; depois, apresentar-se-á a natureza jurídica dessa entidade, analisando-se, a partir dessa premissa, a possibilidade de a CCEE exercer a função de polícia administrativa; ao final, serão apresentadas conclusões sobre o tema investigado.

## **1** Um breve e necessário relato da assimetria regulatória no setor elétrico

**8** Como é cediço, nos idos da década de 1990, todos os segmentos da cadeia de energia elétrica — geração, transmissão, distribuição e comercialização — foram objeto de desverticalização (*unbundling*). Isto é, tais segmentos, que outrora eram prestados por um agente monopolista — notadamente, por empresas estatais —, foram divididos de acordo com a incidência de maior ou menor regime

de concorrência.<sup>1</sup> Nesse cenário, os segmentos de distribuição e de transmissão, por se tratar de *monopólio natural*,<sup>2</sup> foram regulados em consonância com o regime *jurídico dos serviços públicos* (por meio de *contratos administrativos de concessão*); por outro lado, os segmentos de geração e de comercialização, em razão da sua abertura à concorrência, foram regulados *como atividades econômicas de relevante interesse público* (sujeitas a diversos títulos habilitantes),<sup>3</sup> sobretudo após a edição da Lei nº 9.648/1998. Tal configuração tinha por desiderato impedir a existência de subsídios cruzados ocultos entre os referidos segmentos.<sup>4</sup>

9 Em decorrência dessa desverticalização, instituiu-se uma *assimetria regulatória* nesse setor entre *prestadores de serviços públicos* (concessionários de transmissão e de distribuição) e *exploradores de atividades econômicas reguladas* (os autorizatários de geração, os produtores independentes de energia elétrica (PIE) e os autoprodutores de energia, na forma dos artigos 14 a 18 da Lei nº 9.074/1995).<sup>5</sup>

<sup>1</sup> A reforma do setor elétrico em questão foi implementada pela Lei nº 9.074/1995 e, ainda, aperfeiçoada pelo Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico instituído pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, que deu nova redação ao seu artigo 4º: "Artigo 4º (...) §5º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que atuem no Sistema *Interligado Nacional – SIN não poderão desenvolver atividades*: I – de geração de energia elétrica; II – de transmissão de energia elétrica; III – de venda de energia a consumidores de que tratam os arts. 15 e 16 desta Lei, exceto às unidades consumidoras localizadas na área de concessão ou permissão da empresa distribuidora, sob as mesmas condições reguladas aplicáveis aos demais consumidores não abrangidos por aqueles artigos, inclusive tarifas e prazos; IV – de participação em outras sociedades de forma direta ou indireta, ressalvado o disposto no art. 31, inciso VIII, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nos respectivos contratos de concessão; ou V – estranhas ao objeto da concessão, permissão ou autorização, exceto nos casos previstos em lei e nos respectivos contratos de concessão".

<sup>2</sup> Sobre o conceito de monopólio natural, confira-se Ben W. F. Depoorter, do Centro de Estudos Avançados em Direito e Economia da University of Ghent, em trabalho específico sobre o tema: "A natural monopoly exists in an industry where a single firm can produce output such as to supply the market at a lower per unit-cost than can two or more firms. The telephone industry, electricity and water supply are often cited as examples of natural monopolies. These industries face relatively high fixed cost structures. The costs necessary to produce even a small amount are high. In turn, once the initial investment has been made, the average costs decline with every unit produced. Competition in these industries is deemed socially undesirable because the existence of a large number of firms would result in needless duplication of capital equipment. The classic example might be that of two separate companies providing local water supplies, each constructing underground pipelines" (Regulation of Natural Monopoly. In: BOUCKAERT, Gerrit (Ed.). *Encyclopedia of Law and Economics*. v. III, p. 498).

<sup>3</sup> Nesse sentido, confira-se os ensinamentos de Marcos Juruena Villela Souto: "Os serviços de energia elétrica compreendem as etapas de geração, transmissão e distribuição; somente a segunda e terceira etapas, que utilizam os sistemas e redes públicas e envolvem o consumidor (usuário), é que, inicialmente, seriam consideradas serviços públicos. A comercialização é tida como atividade econômica". (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 54). Em igual sentido: TOLMASQUIN, Mauricio Tiomno. *Novo modelo do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Sinergia, 2011, p. 56.

<sup>4</sup> Como observado por Adriane Cristina Spiccatiti Pacheco. A contratação de compra e venda de energia elétrica pelas concessionárias de distribuição: o "novo" e o "novíssimo" modelo do setor elétrico. In: LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 368.

<sup>5</sup> Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto: "A maior transformação neste cenário parece ser mesmo a introdução da competição em um mesmo serviço com distintas incidências regulatórias, ou seja, com a concomitância entre prestadores sujeitas ao regime público e ao regime privado, ainda que ambas subordinadas a restrições de acesso para exploração de atividade econômica específica (necessidade de prévia licença — concessão, permissão ou autorização, conforme o caso). É o que ocorre hoje no setor de telecomunicações entre concessionárias e autorizatários do serviço de telefonia fixa; no setor de energia elétrica, onde deveriam competir concessionárias e autorizatárias na geração e comercialização de energia" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de*

**10** Nesse quadrante, os concessionários de transmissão e de distribuição celebram com o Poder Concedente (nesse particular, o Ministério de Minas e Energia – MME) *um contrato administrativo típico* – com todas as exorbitâncias a ele inerentes (v. g., cláusulas regulamentares, de aplicação de penalidades, de extinção unilateral, de encampação da concessão), além de se vincularem a *um padrão contratual de adequação na prestação dos serviços delegados*, o qual deve considerar, além de outros indicativos, a sua *continuidade* (artigo 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995 c/c artigo 22 da Lei nº 8.078/1990).

**11** Diversamente, os geradores e comercializadores, via de regra, se submetem ao título habilitante da “Autorização”. Não se trata, por evidente, do tradicional instituto das “Autorizações” do Direito Administrativo, por meio do qual o Poder Público, no exercício da sua função extroversa de polícia administrativa, facultava aos particulares, a título precário, o exercício de determinada atividade.<sup>6</sup> O instituto da “Autorização” sofreu profundas alterações com a incorporação dos conceitos de “*serviço de interesse econômico geral*”, da União Europeia, e das *public utilities*, do Direito estadunidense. Nessa direção, Eduardo García de Enterría observa que, atualmente, a autorização se destina não apenas a garantir a observância de valores como a tranquilidade, a segurança e a salubridade dos cidadãos, mas à disciplina de atividades econômicas de relevante interesse coletivo.<sup>7</sup>

**12** Isso porque tais atividades de relevante interesse coletivo, em razão dos seus efeitos sistêmicos, demandam uma regulação muito mais abrangente do que o controle negativo do exercício de direitos; necessitam, pois, de um controle permanente acerca do seu exercício pelos particulares.<sup>8</sup>

**13** Trata-se de atividades privadas que congregam, embora não sejam tituladas pelo Estado (serviços públicos), interesses difusos da sociedade; são atividades exercidas pelo particular, por direito próprio, no âmbito da liberdade de iniciativa (art. 1º, IV, e art. 170, *caput*, da CRFB), mas que *são submetidas à prévia*

*Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-FLORIANO-MARQUES-NETO.pdf>>.

<sup>6</sup> MOREIRA. Autorizações e contratos de serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 60.

<sup>7</sup> Confira-se: “La crisis del esquema tradicional se ha hecho especialmente aguda a partir del momento en el que, rebasando el ámbito propio del orden público en su triple dimensión comprensiva de la tranquilidad seguridad y salubridad ciudadanas, en función del cual fue pensado dicho esquema, la autorización se ha visto trasplantada al complejo campo de las actividades económicas, en el que se le hace jugar sistemáticamente un papel que no se reduce ya al simple control negativo del ejercicio de derechos, sino que se extiende a la regulación misma del mercado, con el propósito decidido de orientar y encauzar positivamente la actividad autorizada en el sentido de objetivos previamente programados o, al menos, implícitamente definidos por las normas aplicables” (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, p. 137-138).

<sup>8</sup> Nesse sentido, confira-se Alexandre Santos de Aragão: “As atividades de que estamos tratando são atividades econômicas privadas; não são desenvolvidas pelo Estado, seja diretamente, seja através de concessão ou permissão. São prestadas pelos particulares por direito próprio, mas o Estado as sujeita a um controle constante e que pode em alguns aspectos imiscuir-se em elementos contratuais da prestação da atividade, para que ela, não apenas não agrida o interesse público, mas também contribua para a sua realização” (*Direito dos serviços públicos*, p. 187).

*autorização estatal* (art. 170, parágrafo único, da CRFB) e aos *influxos da regulação setorial* (art. 174 da CRFB).

**14** Essa *assimetria regulatória* (entre prestadores de serviços públicos e exploradores de atividades econômicas reguladas) no Setor Elétrico ficou ainda mais evidente com o advento da Lei nº 10.848/2004 (“Novíssimo Modelo” do Setor Elétrico), editado como reação ao racionamento energético vivido pelo país, em 2001.<sup>9</sup>

**15** Essa dualidade de regimes jurídicos foi evidenciada, sobretudo, pela criação de dois ambientes para a comercialização de energia: o Ambiente de Contratação Livre (ACL) e o Ambiente de Contratação Regulada (ACR).

**16** No Ambiente de Contratação Regulada (ACR), a compra da energia pelas distribuidoras (*prestadoras de serviços públicos*) passou a ser totalmente regulada, ficando estas obrigadas a garantir 100% de seu mercado (artigo 2º da Lei nº 10.848/2004), *com vistas a assegurar a continuidade desse serviço público*. As geradoras (*exploradoras de atividades econômicas reguladas*), por sua vez, passaram a vender energia em leilões<sup>10</sup> para um *pool* de distribuidores (*prestadores de serviços públicos*). Nesse modelo, substituiu-se a concorrência “no mercado” pela concorrência “pelo mercado”. Finalizado esse procedimento, ocorre o encontro entre os mundos “físico” e “contratual”, na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).<sup>11</sup> No âmbito dessa entidade, a contratação regulada é formalizada por meio de Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado (CCEARs).

**17** Em síntese e considerando a complexidade que envolve esse setor regulado, é assim que está desenhada, atualmente, a *assimetria regulatória* existente entre *prestadores de serviços públicos* (os concessionários de distribuição e de transmissão) e os *exploradores de atividades econômicas reguladas* (os geradores e os comercializadores).

**18** Como se pode perceber, a CCEE é o “eixo de encontro” entre agentes regulados que possuem regimes jurídicos distintos, tendo a função de equilibrar, financeiramente, o setor elétrico; daí a importância de se averiguar a natureza jurídica dessa entidade e os limites à sua atuação.

<sup>9</sup> Conforme o disposto na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 144/2003 (EM nº 00095/MME): “2. Os objetivos primordiais das mudanças propostas são a correção das deficiências diagnosticadas no Sistema Elétrico brasileiro e a adequação de rumos tomados no passado que comprometeram a eficácia do planejamento e inibiram os investimentos na expansão desse Setor, necessários para dar suporte ao crescimento econômico e ao desenvolvimento social do País. (...) Na desverticalização proposta, as concessionárias não poderão mais exercer atividades de geração, transmissão, nem comercialização para os chamados consumidores livres, de forma concomitante a sua atividade primordial de distribuição de energia aos seus consumidores cativos. Excepcionamos, por motivos de política energética, as operações realizadas nos sistemas isolados, os casos das pequenas distribuidoras que tenham geração própria destinada ao suprimento de seu próprio mercado, bem como a geração distribuída, que deverão ser objeto de regulamentação específica”.

<sup>10</sup> Aqui, englobados os leilões de “energia nova” e de energia “velha”.

<sup>11</sup> Como ressaltado em LIMA, Ricardo Gobbi. Comercialização de energia: alguns conceitos e princípios. In: LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 368.

## 2 As características da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE)

**19** A Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, autorizou a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). Trata-se de pessoa *jurídica de direito privado* (é importante grifar-se), sem fins lucrativos, que exerce a sua atividade em razão de autorização do Poder Concedente, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica,<sup>12</sup> bem como desses com seus consumidores, no âmbito do Sistema Interligado Nacional (SIN), mediante contratação regulada ou livre.

**20** A CCEE é constituída por titulares dos títulos habilitantes da concessão, da permissão e da autorização — decorrentes da assimetria regulatória anteriormente relatada —, bem como por outros agentes vinculados aos serviços e às instalações de energia elétrica, e pelos consumidores livres.<sup>13</sup>

**21** Entre outras atribuições, essa entidade é responsável pela contabilização e pela liquidação financeira do chamado “Mercado de Curto Prazo”, com base nos valores previstos nos Contratos de Compra e Venda de Energia nela registrada. Em síntese: a referida entidade contabiliza as diferenças entre aquilo que foi produzido e o que foi efetivamente contratado, na forma dos Procedimentos de Comercialização aprovados pela ANEEL.

<sup>12</sup> Na verdade, trata-se de uma contratação compulsória, como assevera Fabio Almeida Lima: “No setor elétrico brasileiro, é usual a imposição aos concessionários, permissionários e autorizados à exploração de atividades relacionadas à cadeia da energia elétrica (Geração, Transmissão e Distribuição), do dever de celebrar determinados contratos (*duty of contract*). São exemplos de contratos cuja celebração foi imposta aos agentes do setor elétrico: o Contrato de Conexão ao Sistema de Distribuição-CCD, os Contratos Iniciais, o Contrato de Uso dos Sistemas de Distribuição-CUSD. Em tais ajustes, as cláusulas são pré-estabelecidas pelo órgão regulador. Impõem-se aos agentes a celebração de várias avenças como condição para desempenhar atividades econômicas na área de energia elétrica. Com o CCEAR não é diferente. Previsto na Lei nº 10.848/04, o CCEAR é o instrumento de comercialização de energia elétrica firmado no ambiente regulado de comercialização, ou seja, através dos chamados leilões públicos de energia elétrica (licitações). Por meio desse instrumento contratual, cujos termos são previamente aprovados pela ANEEL, os vencedores dos leilões de energia deverão formalizar um contrato bilateral quanto aos efeitos. De um lado dessa avença figuram todos os agentes de distribuição de eletricidade como compradores, e do outro a concessionária ou autorizada de geração de energia elétrica como vendedora” (LIMA, Fabio Almeida. Os leilões de energia: uma análise do Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 41-68).

<sup>13</sup> Nos termos do artigo 4º, §1º, do Decreto nº 5.177/2004, são agentes de participação obrigatória na CCEE: “os concessionários, permissionários ou autorizados de geração que possuam central geradora com capacidade instalada igual ou superior a 50 MW; II – os autorizados para importação ou exportação de energia elétrica com intercâmbio igual ou superior a 50 MW; III – os concessionários, permissionários ou autorizados de serviços e instalações de distribuição de energia elétrica cujo volume comercializado seja igual ou superior a 500 GWh/ano, referido ao ano anterior; IV – os concessionários, permissionários ou autorizados de serviços e instalações de distribuição de energia elétrica cujo volume comercializado seja inferior a 500 GWh/ano, referido ao ano anterior, quando não adquirirem a totalidade da energia de supridor com tarifa regulada; V – os autorizados de comercialização de energia elétrica, cujo volume comercializado seja igual ou superior a 500 GWh/ano, referido ao ano anterior; VI – os consumidores livres e os consumidores que adquirirem energia na forma do §5º do art. 26 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996”.

**22** Posteriormente, eventuais diferenças, positivas ou negativas, são liquidadas no “Mercado de Curto Prazo” ao Preço de Liquidação de Diferenças (PLD) (artigo 2º, inciso V, do Decreto nº 5.177/2004). Ao final desse procedimento, são identificados os agentes que produziram mais energia do que venderam (uma espécie de Credor) e os agentes que produziram menos energia do que venderam, ou que consumiram mais do que compraram (uma espécie de devedor).<sup>14</sup>

**23** Sucede que, não raro, quando ocorre o descasamento entre os referidos “credores” e “devedores”, são descumpridas obrigações regulatórias. Cite-se, como exemplos, a não apresentação de “lastro”, assim considerado como a garantia física proporcionada por empreendimento de geração própria ou de terceiro; e o descumprimento da obrigação de aportar garantias financeiras ao empreendimento, as quais se constituem como uma garantia financeira de que o agente poderá arcar com eventuais diferenças decorrentes dos contratos de comercialização, sem comprometer a segurança do sistema.

**24** Nessas hipóteses, os agentes regulados ficarão sujeitos à aplicação de penalidades pela CCEE, nos termos de sua Convenção de Comercialização, sem prejuízo de eventuais penalidades a serem aplicadas pela ANEEL. É o que dispõe o artigo 2º, inciso III, da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, instituída pela Resolução Normativa nº 109/2004, da ANEEL. Confira-se:

Art. 2º Esta Convenção estabelece as condições de comercialização de energia elétrica e as bases de organização, funcionamento e atribuições da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, incluindo:

III – as penalidades e sanções a serem impostas aos Agentes da CCEE e à própria CCEE, na hipótese de descumprimento de normas aplicáveis à comercialização;

**25** Com base nesse dispositivo, a CCEE não só vem instaurando procedimentos administrativos de aplicação de penalidades pecuniárias em face dos agentes regulados, bem como ajuizando ações de cobrança referentes a esses valores. Para fundamentar tais pretensões sancionatórias, argumenta que teria legitimidade para tanto, em razão da adesão dos detentores de títulos habilitantes aos termos de sua convenção (artigo 15, §3º).

<sup>14</sup> No mesmo sentido, Ruy Camilo Junior: “Uma das funções mais importantes da CCEE é a definição do Preço de Liquidação de Diferenças (PLD): preço a ser divulgado pela CCEE, calculado antecipadamente, com periodicidade máxima semanal e com base no custo marginal de operação, limitado por preços mínimo e máximo, vigente para cada Período de Apuração e para cada Submercado, pelo qual é valorada a energia comercializada no Mercado de Curto Prazo” (CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Regulação do setor elétrico e custos de transação: a comercialização de energia elétrica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 213-230, jan./mar. 2014).

**26** Nesse cenário, cabe investigar se, à luz do ordenamento jurídico pátrio, seria possível que uma pessoa jurídica de direito privado aplique penalidades administrativas a agentes regulados, o que será feito no próximo item.

### 3 Os limites ao exercício da função de polícia administrativa no âmbito da autorregulação delegada

**27** É evidente que a aplicação de penalidades congrega uma função típica de Estado, vez que configura vertente sancionadora da função de polícia administrativa. De acordo com os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto,<sup>15</sup> a função de polícia administrativa<sup>16</sup> é exercida por meio de um ciclo composto por quatro fases, a saber: (i) *pelos ordens de polícia*, as quais se configuram como normas gerais e abstratas, legislativas ou administrativas, que restringem direitos; (ii) pelo *consentimento de polícia*, assim considerado como o controle preventivo do exercício de determinadas atividades pelos particulares; (iii) *pela fiscalização de polícia*, que se consubstancia na verificação, por agente do Estado, se a ordem de polícia e o consentimento de polícia vêm sendo exercidos em consonância com o princípio da legalidade; e (iv) *pela sanção de polícia*, que tem por objetivo penalizar agentes privados quando violarem as ordens e o consentimento de polícia. É, justamente, essa a hipótese de aplicação de penalidades pela CCEE.

**28** Nem se diga que, por se tratar de uma entidade criada para o fim de exercer a autorregulação econômica, tal penalização seria legítima, em razão da “voluntariedade” e da adesão dos agentes regulados a um “Código de Conduta Setorial” — a exemplo do que vem ocorrendo no Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) e no Conselho de Normas-Padrão (CENP), como abordado por Rafael Wallbach Shwind:<sup>17</sup>

Determinados setores da economia exercem uma autorregulação bastante desenvolvida sobre seus agentes. São frequentes as entidades que editam normas de conduta, exigem a sua observância por terceiros e eventualmente até aplicam sanções em caso de descumprimento. Há uma voluntariedade do setor no sentido de sua autorregulação. Esse poder provém dos próprios sujeitos autorregulados, e não do Estado.

<sup>15</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2014, p. 440.

<sup>16</sup> Expressão que vem a substituir a vetusta “poder de polícia”, em razão do seu suposto viés autoritário, como observado por GORDILLO, Agustín. *Del tratado de Derecho administrativo*. 10. ed. Buenos Aires: FDA, 2014. v. V.

<sup>17</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. Particulares em colaboração com o exercício do poder de polícia: o procedimento de polícia. In: *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 149.



**29** Não é o caso. De acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>18</sup> — numa adaptação aos ensinamentos de Vital Moreira para o ordenamento jurídico pátrio — existem três espécies de autorregulação: (i) *a autorregulação delegada*,<sup>19</sup> por meio da qual são transferidas competências regulatórias do Estado para os particulares, as quais só podem ser exercidas por pessoas jurídicas dotadas de algum mecanismo de coercitividade (é o caso dos conselhos profissionais, tais como OAB e CONFEA); (ii) *a autorregulação induzida*, por meio da qual são exercidas atividades regulatórias por particulares, por meio de incentivo ou de recomendação estatal, a fim de que sejam substituídas competências do Poder Público (é o que ocorre na certificação de processos ou de produtos); e (iii) *a autorregulação espontânea*, a qual é exercida pelos próprios agentes privados, independentemente de qualquer atuação estatal (são exemplos o CONAR e o Selo de Pureza ABIC de café).

**30** A CCEE se enquadra na primeira modalidade da *autorregulação delegada*. Isso porque a sua criação e o seu regime jurídico são disciplinados pelos artigos 4º e 5º da Lei nº 10.848/2004 (“Novíssimo” Marco Regulatório do Setor Elétrico) — regime esse que, frise-se, não lhe autoriza a exercer a função de polícia administrativa.

**31** Contudo, nem sempre foi assim. Originalmente, quando do primeiro momento da reestruturação do setor elétrico, o Mercado Atacadista de Energia (MAE) (órgão que foi sucedido pela CCEE) fora criado, nos termos do artigo 12 da Lei nº 9.648/1998, sob um regime de “autorregulação espontânea”, o qual era instituído mediante um acordo celebrado entre os agentes do setor. O MAE era organizado por regras estabelecidas pelos próprios regulados que versavam acerca dos contratos de compra e venda de energia em regime de curto prazo, no âmbito do denominado “Acordo de Mercado” (Ambiente).

**32** Nesse ambiente de autorregulação espontânea, não havia, propriamente, interveniência da ANEEL (representante do Poder Público) nas transações realizadas por particulares.

**33** É dizer: a instituição e a disciplina desse mercado eram, apenas, “homologadas” por aquela agência reguladora setorial, como previa o artigo 1º da revogada

<sup>18</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011.

<sup>19</sup> Alguns autores a denominam como autorregulação regulada, como, por exemplo, María Mercè Darmaculleta i Gardella, como se extrai da seguinte passagem de sua obra: “La autorregulación que aquí se tendrá en consideración será siempre, pues, una autorregulación regulada. La utilización de dicha expresión denota y ala estrechalogazón existente entre la autorregulación privada y la regulación pública de la autorregulación. A pesar de ello, en este capítulo, intentaremos focalizar el análisis de las manifestaciones de la primera, para analizar con mayor detalle las que son propias de la segunda en el capítulo siguiente. Resultará, no obstante, inevitable la alusión en diversas ocasiones a la actividad pública de regulación cuando nos refiramos a la autorregulación. Ello es debido a que la autorregulación regulada es una actividad privada de producción y control de normas, que se encuentra condicionada por una actividad pública tendente al establecimiento de los cauces y de los controles a los que debe someterse la autorregulación” (*Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 497).

Resolução ANEEL nº 290/2000, cuja redação era a seguinte “compete à Aneel: (...) Homologar as Regras do Mercado Atacadista de Energia Elétrica (Regras do MAE) e fixar as diretrizes para a sua implantação gradual, na forma estabelecida nesta Resolução” (grifamos). Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld e Jacinto Arruda Câmara<sup>20</sup> asseveram que:

Apresentava especial relevância ao tema em análise a competência para homologar o chamado Acordo de Mercado. Isto porque, com tal delegação de competência restou marcado o nível de autonomia regulatória conferida ao MAE. Deveras, era por intermédio do Acordo de mercado que se definiam as regras comerciais de observância obrigatória nas negociações efetuadas no MAE. *Tal acordo, como restava bastante claro na Lei, era de iniciativa exclusiva dos agentes de mercado integrantes do MAE. Cabia a este organismo de auto-regulação propor as regras aplicáveis à disciplina deste mercado.* A ANEEL exercia tão-somente uma espécie de “poder de veto”, possível de identificar pela competência meramente homologatória que lhe foi conferida. Assim, é possível afirmar que a competência da ANEEL, em matéria de regulação do MAE, se resumia a aprovar ou rejeitar as deliberações normativas tomadas no âmbito do próprio MAE. (grifamos)

**34** Não obstante, com a edição da Medida Provisória nº 29/2002 (que fora convertida na Lei nº 10.433/2002), o MAE passou a sofrer intensos influxos regulatórios, sendo transformado numa entidade que exerce uma autorregulação delegada pelo Poder Público. Nesse quadrante, o MAE: (i) fora transformado em pessoa jurídica, a qual era constituída por titulares de concessão, permissão ou autorização; e (ii) passou a ter de submeter os termos de sua convenção de comercialização à aprovação (e não homologação) da ANEEL, conforme dispunha a sua revogada Resolução nº 73/2002.

**35** Sucede que, como reação ao racionamento vivido pelo país em 2001, o MAE (que já era uma entidade que exercia uma autorregulação delegada) fora substituído pela CCEE, entidade privada que se *subordina* às diretrizes da ANEEL, como se extrai da seguinte passagem da exposição de motivos EM nº 00095/MME da Medida Provisória nº 144/2004 (que foi convertida na Lei nº 10.848/2004):

*A natureza jurídica da CCEE será semelhante à do MAE, ou seja, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, objeto de autorização do Poder Executivo e de regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Tendo em vista seu papel na contratação de energia para as concessionárias de distribuição, a governança da CCEE*

<sup>20</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho de Arruda. Mercado atacadista de energia elétrica: competências regulatórias. *Revista Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, ano 2, n. 15, maio 2002.

adota dispositivos que garantem a necessária participação do Poder Concedente, quais sejam a indicação do Presidente de seu Conselho de Administração e também a de seu Diretor-Presidente. (grifamos)

**36** Essa subordinação ao regulador é tão evidente que o artigo 3º, §2º, da Portaria nº 109/2004, que institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, estabelece a prerrogativa de a ANEEL rever as decisões da CCEE. Confira-se:

Art. 3º Compete ao Poder Concedente a autorização e à ANEEL a regulamentação e a fiscalização da CCEE.

§2º À ANEEL incumbe rever os atos praticados no âmbito da CCEE, de ofício ou mediante a interposição de pedido de impugnação, conforme disposto em regulamentação específica. (Redação dada pela REN ANEEL 545, de 16.04.2013)

**37** Nesse passo, é possível afirmar que a CCEE é uma entidade que exerce uma função de *autorregulação delegada pelo Poder Público* (e não espontânea), condição que descaracteriza a adesão voluntária dos agentes do setor elétrico ao seu regime jurídico. Tanto é assim que tais agentes são compelidos a celebrar contratos de comercialização de energia, e, posteriormente, a registrá-los na CCEE, na forma do artigo 2º, §3º, da Lei nº 10.848/2004.

**38** Nessa qualidade (de uma entidade que exerce uma autorregulação delegada), para fins do exercício de quaisquer atos de coerção (de império), necessitaria possuir personalidade jurídica de direito público, tal como vem sendo exigido dos conselhos profissionais.<sup>21</sup>

**39** Não se trata de tese nova. O artigo 58 da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe acerca da organização da Presidência da República e dos Ministérios, previa que os Conselhos profissionais teriam caráter privado e que poderiam fixar e executar contribuições privadas:

Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa

4º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas

<sup>21</sup> Como adverte Ricardo Teixeira do Valle Pereira, não há dúvida de que os órgãos de fiscalização profissional exercem atividade de polícia administrativa por outorga do Estado. Complementa o magistrado que: “em razão de sua natureza, por representarem a mais clara expressão do poder estatal, as atividades de polícia não podem ser delegadas a particulares, mesmo porque, como reconhece a doutrina, gozam elas de coercibilidade e auto-executoriedade, atributos que são desconhecidos, como regra, nas relações de direito privado” (PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. *Natureza jurídica dos conselhos de fiscalização do exercício profissional*. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Conselhos de fiscalização profissional: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2001. p. 57).

*por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes. (grifamos)*

**40** Tal dispositivo, contudo, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal de Federal (STF), quando do julgamento da ADI nº 1.717-6, justamente porque não seria possível delegar o poder sancionatório de polícia administrativa a particulares,<sup>22</sup> sob pena de violação ao disposto nos artigos 5º, inciso XIII, 21, inciso XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175, todos da CRFB.<sup>23</sup> Do despacho do eminente relator dessa ADI, o Ministro Sydney Sanches, que deferiu o pedido cautelar, extrai-se a seguinte ponderação:

*Nesta linha de compreensão não há possibilidade de que os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas venham a ser exercidos em caráter privado, como dispõe o art. 58 da MP 1549-36/97, já que a atividade de fiscalização, como decorrência da competência constitucional da União para inspecionar o trabalho, conforma os órgãos que exercem estes serviços de fiscalização como autarquias. [...] Tratando-se de atividade constitucionalmente afeta a União, nos termos do inciso XXIV do art. 21 a inspeção do trabalho, bem como estabelecer condições para o exercício das profissões, conforme dispõe o inciso XVI do art. 22 da Constituição, não é possível que a União, através de ato normativo do Poder Executivo venha transferir esta atribuição para entes privados, mediante autorização legislativa. O texto constitucional vinculou o exercício da fiscalização das profissões ao órgão federal da administração pública, não sendo constitucionalmente possível a delegação desta atribuição para órgãos privados. (grifamos)*

**41** É, exatamente, a hipótese. A CCEE, que é uma pessoa jurídica de direito privado, ao cobrar e aplicar penalidades regulatórias, vem exercendo a função de polícia administrativa sancionadora, o que representa uma delegação inconstitucional da

<sup>22</sup> No mesmo sentido, confira-se o Ministro José Antonio Barreto de Macedo, relator do processo TC-022.779/1994-9, julgado pelo Tribunal de Contas da União – TCU: “Com efeito, no voto revisor que proferi quando da apreciação do TC-001.288/98-9 manifestei-me no sentido de que os conselhos ‘preenchem todos os requisitos essenciais consignados’ no art. 5º, I, do Dec.-lei nº 200/67, porquanto cada um deles constitui *serviço autônomo* (a doutrina, a jurisprudência e a própria Lei nº 9.649/98, no 2º do seu art. 58, evidenciam essas características), criada por lei (ordinária), com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios (tais atributos, conferidos pela respectiva lei de criação, foram mantidos pela recente lei em comento, art. 58, §§2º e 4º), para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada (basta atentar para o §6º do art. 58 da multicitada lei, segundo o qual os mencionados conselhos constituem serviço público”. (Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 11/1999- Plenário. Brasília, 10 fev. 1999. 26 fev. 1999).

<sup>23</sup> Isso não significa dizer, como já dito na introdução desse ensaio, que todas as fases da função de polícia administrativa sejam idelegáveis. Como se extrai do Voto do Exmo. Ministro Mauro Campbell Marques, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 817.534 – MG, “somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público” no que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro.

função de polícia administrativa. Trata-se de violação ao princípio da isonomia, posto que realiza uma desequiparação entre agentes privados que só poderiam atuar no âmbito da “colaboração” para a consecução de atos de império.

## Conclusões

**42** Diante do que foi desenvolvido neste ensaio, pode-se concluir que a CCEE, atualmente, se configura como entidade que exerce a função de autorregulação delegada (ou regulada, como preferem alguns) do Poder Público. Isso porque a sua atividade sofre influxos diretos da regulação da ANEEL — ingerência essa que atribui a essa agência a possibilidade de rever as decisões daquela entidade.

**43** Nessa qualidade, tal entidade, por se tratar de uma pessoa jurídica de direito privado, não pode exercer fases da função de polícia administrativa para as quais seja necessário o uso da coerção. Entendimento contrário violaria o princípio da isonomia, na medida em que desequipara tal entidade às demais pessoas jurídicas de direito privado.

---

### The Limits on the Exercise of the Police Function by Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE)

**Abstract:** This paper aims to examine the possibility of the Câmara de Comercialização de Energia (CCEE) penalties apply to regulated agents. This is question that involves the review of the limits on delegation of the exercise of administrative police function to private.

**Key words:** Regulation. Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. Administrative Police Function Carried out by Private Agents. Police Procedure. Punitive Duties. Delegated Self-Regulation.

---

## Referências

- CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Regulação do setor elétrico e custos de transação: a comercialização de energia elétrica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 45
- DARNACULLETA I GARDELLA, Maria Mercè. *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- DEPOORTER, Ben W. F. Regulation of Natural Monopoly. In: BOUCKAERT, Gerrit (Ed.). *Encyclopedia of Law and Economics*. v. III.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Madrid: Editorial Civitas, 1994.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: FDA, 2014. t. V.
- LIMA, Fabio Almeida. Os leilões de energia: uma análise do Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18.

LIMA, Ricardo Gobbi, Comercialização de energia: alguns conceitos e princípios. In: LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. Autorizações e contratos de serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=69228>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. Natureza jurídica dos conselhos de fiscalização do exercício profissional. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Conselhos de fiscalização profissional: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho de Arruda. Mercado Atacadista de Energia Elétrica: competências regulatórias. *Revista Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, ano 2, n. 15, maio 2002.

TOLMASQUIN, Mauricio Tiomno. *Novo modelo do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Sinergia, 2011.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FREITAS, Rafael Vêras de. Limites ao exercício da função de polícia administrativa pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 191-204, jan./mar. 2015.

---

Recebido em: 28.01.2015

Aprovado em: 20.02.2015