

# O PODER REGULADOR E DECISÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: UMA ANÁLISE DO CASO ANP

## THE REGULATORY AND DECISORY POWER OF THE REGULATORY AGENCIES: AN ANALYSIS OF THE ANP CASE

Luiz Henrique Urquhart Cademartori<sup>1</sup>

Francisco Carlos Duarte<sup>2</sup>

### RESUMO

Muito se discute sobre a adequação do ordenamento jurídico brasileiro para recepcionar as agências reguladoras, tão comuns nos sistemas *common law*. Há dúvidas acerca da legitimação do poder regulador por um órgão diverso do Poder Legislativo, são levantadas questões sobre a constitucionalidade dessa atuação, sobre o possível conflito com o processo legislativo e sobre a jurisdição, acusando uma ameaça à segurança jurídica. Por outro lado, é sabido que as agências reguladoras atuam em setores e serviços que são essenciais para a coletividade e que, portanto, devem ser exercidos com a máxima eficiência. No presente estudo serão analisados os fundamentos do poder regulador, tendo como base o caso da Agência Nacional do Petróleo, a fim de desvendar os mitos e verdades sobre esta forma de administração indireta e a preservação do interesse público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desenvolvimento, atividade econômica, políticas públicas, agências reguladoras.

### ABSTRACT

In recent years there has been much discussion over the appropriateness of the Brazilian legal system to approve the regulatory agencies, that are so usual in *common law* systems. There are doubts about the legitimacy of a regulatory power out of the Legislative Branch, questions are raised about the constitutionality, the legislative process and the jurisdiction, claiming that it could be a threat to legal certainty. On the other hand, it is a known fact that regulatory agencies operate in economic sectors and services that are essential to the community and therefore it should be done with the utmost efficiency. In this study the foundation of the regulatory power will be analyzed, based on the case of the ANP, in order to unravel the myths and truths about this form of indirect public administration and whether it is capable to preserve the public interest.

**KEYWORDS:** Development, economic activity, public policies, regulatory agencies.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Universidade de Granada - Espanha. Professor titular da Universidade Federal de Santa Catarina e líder do grupo de pesquisa de Direito Administrativo e Constitucionalismo.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Università degli Studi di Lecce - Itália e pela Universidad de Granada - Espanha. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Procurador do Estado do Paraná e advogado.

## INTRODUÇÃO

No ano de 1834, na Inglaterra, foram criadas, pelo Parlamento, entes autônomos para concretizar medidas previstas em lei e para dirimir as controvérsias delas resultantes. Para cada lei que surgisse disciplinando um importante setor da sociedade, era criado um ente autônomo para aplicá-la. Nos Estados Unidos, ainda no século XIX, por influência inglesa, houve uma proliferação de agências para regular determinadas atividades. O fenômeno das agências transformou os serviços públicos, que saíam das mãos do Estado passando para os particulares – de forma, aparentemente, bem sucedida.

No Brasil, apenas recentemente – nas últimas duas a três décadas – viu-se a necessidade de enxugar as funções do Estado, que até então assumia o papel de produtor, prestador, protecionista e empresário, e estava sobrecarregado, resultando na morosidade do cumprimento de suas funções. A solução encontrada foi a transferência de certas atividades econômicas para a iniciativa privada, através do Programa Nacional de Desestatização. O modelo burocrático do Estado com acúmulo de funções não era capaz de acompanhar o desenvolvimento da economia e da sociedade, especialmente diante da crescente globalização. Isso prejudicava a gestão pública e afetava profundamente a governabilidade. Era hora de modernizar o Estado, que passaria a assumir o papel de regulador, fiscalizador e fomentador, estando voltado apenas para as funções mais essenciais.

Em todo o mundo, os cidadãos e seus representantes eleitos parecem simplesmente ter chegado à conclusão de que o governo de seu país, seja qual for o seu tamanho relativo, é grande demais e precisa ser reduzido, de que a administração pública é muito cara e deve ser modificada para oferecer maior eficiência e maior eficácia. (KETTLE, 1999, p. 76)

Entretanto, para assegurar o respeito aos interesses da coletividade, essas atividades econômicas deveriam ser rigorosamente reguladas e fiscalizadas, de forma que tiveram que ser importadas para a realidade brasileira as agências reguladoras. As primeiras agências criadas no Brasil foram a ANP - Agência Nacional do Petróleo (Lei nº 9.478/96), ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) e ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei nº 9.427/96). O foco do nosso estudo será a atuação da ANP.

As agências reguladoras são órgãos desburocratizados e especializados, sendo, portanto, mais ágeis, mais ajustadas ao funcionamento da economia como um todo. São também profundas conhecedoras das técnicas e especificidades do mercado que regulam, muitas vezes sendo até mesmo pioneiras na criação de novas técnicas e meios de exploração, através dos investimentos à pesquisa e desenvolvimento. Para isso, as agências reguladoras requerem autonomia econômico-financeira, administrativa e a capacidade de editar normas e decidir sobre casos concretos. O poder normativo e decisório dessas agências é tema de diversos debates, devido aos questionamentos acerca de sua legitimidade e aos riscos institucionais que pode representar. Nosso objetivo é analisar diferentes aspectos desse poder regulador, seus fundamentos e suas limitações, a fim de compreender este novo caminho adotado pela Administração Pública. Para cumprir esta empreitada, optou-se pelo método indutivo, a partir da pesquisa bibliográfica e análise da legislação vigente.

## 1. A DESCENTRALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública está relacionada a todo o funcionamento do Estado, abrangendo os órgãos de governo na sua função política (sentido amplo), bem como os órgão e pessoas jurídicas na sua função meramente administrativa (sentido estrito), dividindo-se em administração pública direta e em administração pública indireta (CRETTELA JÚNIOR, 2002). Dada a intensidade com que os fenômenos econômicos evoluem, torna-se evidente a necessidade do fortalecimento da função do Estado de controlar as práticas econômicas, como forma de se implementar suas políticas destinadas ao bem-estar da sociedade. Faz-se mister, portanto, que iniciemos o nosso estudo compreendendo de que forma se dá este controle.

A Constituição Federal, promulgada em 1988, foi capaz de reunir e equilibrar ideais sociais e neoliberais, seguindo as influências da época. O retorno do Estado brasileiro aos ditames da democracia consolidou o princípio da dignidade humana como o cerne do ordenamento jurídico, tendo como principal objetivo a realização da justiça social. Por outro lado, era imprescindível limitar as condutas dos governantes, e o neoliberalismo ganhava força em todo o mundo com a derrocada do Estado soviético e à exemplo dos governos Reagan, nos Estados Unidos, e Thatcher na Grã-Bretanha.

Na quadra final do século passado, houve uma transformação nas concepções dominantes quanto ao papel do Estado diante da nova realidade mundial, sendo um dos temas mais discutidos na atualidade. O processo de transformação do Estado é constante, assim como a evolução da civilização, onde o setor público abandona algumas funções e assume outras (PIMENTA, 1998). Nas últimas décadas, a globalização foi um fator de aceleração deste processo, pois exige o desenvolvimento da atividade econômica de forma mais rápida, menos burocrática e com mais qualidade, para que o país possa se manter competitivo. Este novo papel adota a descentralização como estratégia, enfraquecendo as funções de produtor direto, interventor e protecionista, e fortalecendo as funções reguladora, fiscalizadora e de indução do desenvolvimento, possibilitando o aumento da governabilidade (GROTTI, 2006).

Este é um ponto de grande importância: o aumento da necessidade de regulação é consequência da opção política e econômica do Estado de, em vez de assumir diretamente o exercício de atividade empresarial, intervir ativamente nessas atividades, utilizando instrumentos de autoridade. Não significa uma redução quantitativa obrigatória da atividade do Estado, mas uma alteração no perfil dessa atividade: ao deixar de assumir a tarefa de produção direta de bens e serviços, o Estado, na mesma proporção, intensifica o exercício de suas prerrogativas de intervenção no domínio econômico. (ALEXANDRINO e PAULO, 2013, p. 160)

Essa alteração ocorre com o propósito de que a Administração Pública (direta) deverá ficar mais voltada às suas atividades-fim. Neste cenário, a administração pública indireta torna-se mais relevante, e o controle das práticas econômicas também se dá de forma indireta. O Estado redimensionou a sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, CF), através da criação de agências reguladoras e de um novo modelo de regulação para a competição, encontrando a medida exata em que o deve interferir na economia, visto que é sabido que

o mercado sozinho não garante desenvolvimento, prosperidade e justiça social, assim como o estatismo exagerado dá vazão ao corporativismo e à ineficiência.

Com a implementação da política que transfere para o setor particular a execução dos serviços públicos e reserva para a Administração Pública a regulamentação, o controle e a fiscalização da prestação desses serviços aos usuários e a ela própria, o Governo Federal, dito por ele mesmo, teve a necessidade de criar entidades para promover, com eficiência, essa regulamentação, controle e fiscalização, pois não dispunha de condições para enfrentar a atuação dessas parcerias. Tais entidades, criadas com essa finalidade e poder, são as agências reguladoras. São criadas por lei como autarquia de regime especial recebendo os privilégios que a lei lhes outorga, indispensáveis ao atingimento de seus fins. São entidades, portanto, que integram a Administração Pública Indireta. (GASPARINI, 2000, p. 342)

Este novo modelo de Estado e de gestão objetiva, principalmente, assegurar maior eficiência no desempenho das atividades da Administração Pública, maior agilidade e capacidade gerencial, maior legitimidade e transparência e maior aproximação com a sociedade.

Para a criação das agências reguladoras, o legislador optou pela forma de *autarquia sob regime especial*. As autarquias são entes que fazem parte da Administração Pública indireta desde a reforma administrativa federal ocorrida a partir do Decreto-Lei n.º 200 de 25 de fevereiro de 1967, que define em seu art. 5º, inciso I, autarquia é “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

Segundo Hely Lopes Meirelles,

A autarquia não age por delegação, age por direito próprio e com autoridade pública, na medida do *jus imperii* que lhe foi outorgado pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de direito público interno, autarquia traz incita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que ele deu vida. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia seu caráter autárquico. Há mera vinculação à entidade matriz de que, por isso, passa a exercer, um controle legal, expresso no poder de correção finalístico do serviço autárquico. (MEIRELLES, 1998, p. 298)

Tão importante quanto o conceito de autarquia, são as características que compõem a sua estrutura, de onde se extrai sua forma de composição e seu funcionamento. Em resumo, são elas: criação por lei, personalidade jurídica pública, capacidade de autoadministração, especialização dos fins ou atividades e sujeição a controle ou tutela (DI PIETRO, 2013). Como se pode observar, a autarquia possui certa independência, porém, não foge do controle que o Estado tem sobre ela. Sua capacidade de autoadministração está limitada aos ditames da lei que a criou.

A característica fundamental, dentre as supracitadas, consiste na especialização dos fins ou atividades, pois trata-se do ponto principal para que seja possível alcançar o objetivo para o qual elas são criadas. As autarquias existem para atuar em serviços e setores onde é necessária uma administração mais ágil, dependendo, portanto, de pessoal especializado.

Para a criação das agências reguladoras seria necessário maior independência, pois as autarquias ainda estavam submetidas a um certo controle dos seus meios de atuação, que acabava por engessar as atividades. A solução para isso foi a criação das autarquias sob regime especial (art. 4º da Lei 5.540, de 1968), dotadas de maiores privilégios comparativamente com as autarquias

comuns, que ampliam a sua autonomia possibilitando o cumprimento mais adequado das suas finalidades (AZEVEDO, 1998). As agências reguladoras possuem, portanto, ampla autonomia técnica, administrativa, financeira e orçamentária, bem como, poder normativo.

## 2. A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O Estado brasileiro, a partir da instituição do Plano Nacional de Desestatização, passou a adotar um novo modelo gerencial de Administração Pública, tendo um papel preponderantemente de fiscalização e regulação das atividades econômicas, através das agências reguladoras, ao invés de explorá-las diretamente. Uma definição apropriada das agências reguladoras é a seguinte:

São autarquias que recebem por lei tal qualificação, quando de sua criação, para atuar como órgãos autônomos, destinados a administrar setores em que são desenvolvidas *atividades privadas de interesse público*, tais como o são os *serviços públicos*, por delegação (concessões e permissões e institutos afins), bem como as atividades, profissionais ou empresariais, que venham a estar legalmente submetidas a um *regime especial de controle* destinado a salvaguardar valores específicos, como ocorre com a vigilância sanitária, com o regime hídrico e tantos outros, em listagem em expansão, na medida em que as atividades privadas, em áreas econômicas ou sociais constitucionalmente definidas como de *relevância coletiva* recebam específico ordenamento público regulador. (MOREIRA NETO, 2014, p.256-257. Destaque no original)

As agências reguladoras atuam sobre setores vitais da economia – tais como a energia elétrica, telecomunicações, aviação civil, vigilância sanitária e o petróleo, que é o foco do nosso estudo –, cuja titularidade, via de regra, por imposição constitucional, é pública, mas sua execução, a partir das privatizações, passou a ser encetada por entidades privadas, em consonância com o art. 175 da Constituição Federal (PIMENTA, 1998). A atividade econômica, portanto, é exercida pela iniciativa privada, mas o interesse público continua sendo velado pelas agências reguladoras. Há casos, também, como a Petrobrás, que é uma sociedade de economia mista, mas está igualmente submetida ao controle de uma agência reguladora.

O regime jurídico-constitucional do petróleo é um caso típico de exercício do monopólio estatal com “quebra de reserva”, [...], por meio de concessões a particulares. A União é quem tem competência constitucional de decidir quem pode exercer as atividades econômicas no setor de petróleo [...], ou seja, de acordo com Alexandre de Moraes, há um “monopólio de escolha do Poder Público”. (BERCOVICI, 2011, p.324)

No que tange às funções das agências reguladoras, pode-se dizer que gozam de certa independência em relação aos três poderes do Estado:

(a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque as normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos respectivos serviços. (DI PIETRO, 1999, p.131)

Entretanto, cabe a ressalva de que essa independência deve ser vista em harmonia com o

regime constitucional brasileiro que a limita, por exemplo, pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, CF), ou com relação ao Poder legislativo que, por óbvio, as normas emanadas das agências não podem se sobrepor ou conflitar com as disposições constitucionais ou legais editadas pelo Congresso Nacional. Portanto, em que pese serem independentes ou autônomas, as agências reguladoras estão submetidas ao controle dos três poderes do Estado, bem como do Tribunal de Contas da União.

As atribuições das agências reguladoras, quando comparadas umas às outras, de um modo geral, sofrem pequenas alterações de acordo com a lei de criação de cada uma delas. Há, entretanto, uma atribuição comum à todas: a regulamentar – de onde vem o nome “reguladoras”.

Possuindo poder normativo, então, consideraremos o ente uma agência reguladora. Esta será, portanto, não o ente que, simplesmente exerça regulação em qualquer das formas, mas, acima de tudo, o que possua competência para produzir normas gerais e abstratas que interferem diretamente na esfera de direito dos particulares. (MENDES, 2000, p. 129)

Para que o desempenho dessas agências seja considerado satisfatório elas deverão expedir normas operacionais e de serviço, acompanhando o ritmo do desenvolvimento tecnológico e das demandas populares, fiscalizar o cumprimento dessas normas e, quando necessário, aplicar as devidas sanções com rapidez. À exemplo disso, a Lei nº 9.478, de 1997, regulando a política energética nacional, criou a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, e conferiu à entidade poder regulatório, como consignado no art. 8º, segundo o qual a ANP terá como finalidade “promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo”, ou seja, a ela cabe realizar o controle estatal preventivo ou repressivo dos eventuais excessos ou abusos da indústria petrolífera.

O poder regulatório se deve ao fato de que as agências são instituídas para combater as prováveis falhas de mercado, assegurando a competitividade do setor no cenário mundial, diminuir custos de transação inerentes à provisão de bens públicos, reduzir assimetrias de informação entre agentes econômicos, combater externalidades negativas advindas das interações econômicas, universalizar serviços e promover interesses dos consumidores (PRZEWORSKI, 1998). Convém analisarmos os fundamentos deste poder tão essencial.

## 2.1 FUNDAMENTOS DO PODER REGULADOR

O principal fundamento do poder regulador dessas agências parte do instituto da deslegalização. Segundo essa concepção, há a delegação de uma parte limitada da competência do Poder Legislativo em favor das agências reguladoras, de forma que estas possam, no limite da delegação, editar normas gerais e abstratas com força de lei, apenas dentro da matéria específica pertinente ao setor para o qual foram criadas.

Por este entendimento, com o qual concordamos, não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede legislativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior por que não o teria para,

simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que, direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, ao critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social? (ARAGÃO, 2005, p.422-423)

O uso da palavra “lei” pode despertar a desconfiança de que haveriam barreiras constitucionais para a legitimação do poder regulador das agências reguladoras. Entretanto, após uma análise minuciosa vemos que não há razão para tal. Primeiramente, vamos nos recordar do princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, CF), que determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Este princípio está se referindo, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado em conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição Federal (SILVA, 2013). E é a própria lei formal, no caso, uma norma constitucional, que transfere do Poder Legislativo para um órgão regulador a competência para regular determinadas matérias (art. 21, inciso XI, CF). Sendo assim, a interpretação mais atual para o princípio da legalidade seria o de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de *espécie normativa devidamente elaborada pelo Poder competente*, segundo as normas do processo legislativo constitucional, determinando a Carta Magna, desta forma, quais os órgãos competentes e quais os procedimentos de criação das normas gerais (MORAES, 1999). O regulamento editado pela agência reguladora, portanto, tem validade sempre que houver previsão legal para essa edição, se forem cumpridos os requisitos constantes na lei permissora e se estiver de acordo com o ordenamento jurídico vigente, visto que, obviamente, uma agência reguladora jamais poderá criar uma norma que esteja em desconformidade com o que prevê uma lei hierarquicamente superior. Este poder normativo, ainda que amplo, se dá com base em parâmetros predeterminados chamados de *standards*, que são os limites para o exercício satisfatório do poder delegado.

Essas figuras [agências reguladoras] envolvem o exercício de um amplo poder normativo (o poder de ditar normas com a mesma força de lei e com base em parâmetros [...] - *standards* nela contidos), outorgado pelos diversos diplomas legais que as tem instituído, cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório, o de dirimir conflitos de interesses entre agentes econômicos regulados, entre tais agentes e a própria agência, ou mesmo entre tais agentes e usuários, etc. (GROTTI, 2006, p.8)

Um dos principais opositores desta tese é Gustavo Binjenbojm, argumentando que “a deslegalização constituiria uma fraude ao processo legislativo contemplado na Constituição, o qual tem por escopo a defesa das garantias fundamentais do cidadão” (BINENBOJM, 2008, p. 283). Analisando o caso da Agência Nacional do Petróleo, a verdade é que o processo legislativo contemplado na Constituição seria deveras moroso para a regulação do setor petrolífero, pois a economia globalizada evolui rapidamente e as inovações tecnológicas surgem a todo momento, sendo absolutamente necessário a atuação de um poder regulador mais ágil e eficiente, em conformidade com a realidade econômica, tecnológica e social do setor, ou então a regulação ficaria defasada, incapaz de solucionar as questões que se apresentam diariamente para a resolução dos conflitos. Com uma regulação defasada o cidadão e seus direitos fundamentais estariam ameaçados. Vejamos, por exemplo, os aspectos regulatórios da atividade econômica petrolífera em relação à

proteção ambiental. Diante da descoberta de novas jazidas e de novos meios de exploração, a ANP possui entre as suas atribuições (previstas na Lei nº 9.478/1997, que a instituiu) o dever de fazer cumprir as boas práticas de preservação dos diversos ecossistemas onde a indústria opera, protegendo o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF). Para isso, acompanha constantemente o desenvolvimento científico e tecnológico na área ambiental que possa influenciar as ações regulatórias, bem como fiscaliza eventuais problemas que possam ocorrer durante a exploração. Essa atuação mais eficiente somente pode ser desempenhada por uma administração especializada, como a das agências reguladoras.

Como, em princípio, não se fazia necessária e nítida diferença entre as matérias que exigem escolhas político-administrativas e as matérias que devam prevalecer às escolhas técnicas, a competência legislativa dos parlamentos, que tradicionalmente sempre foi privativa, na linha do postulado da Separação dos Poderes, se exerceu, de início, integral e indiferenciadamente sobre ambas. Somente com o tempo e o reconhecimento da necessidade de fazer a distinção, até mesmo para evitar que decisões técnicas ficassem cristalizadas em lei e se tornassem rapidamente obsoletas, é que se desenvolveu a técnica das delegações legislativas. (MOREIRA NETO, 2000, p. 162)

Essa descentralização do poder permite uma melhor gestão e desburocratização do Estado e celeridade nas decisões. A função normativa das agências reguladoras representa hoje a condição *sine qua non* para que a regulação aconteça de forma ágil e satisfatória.

### **3. O PODER-DEVER DA ATUAÇÃO REGULATÓRIA DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO**

A expressão poder-dever é muito usada para explicar as funções da Administração Pública, onde há a prevalência do interesse público sobre o particular, e consiste no poder jurídico conferido ao agente público para a satisfação do interesse da coletividade, de forma que esse poder será exercido como um dever vinculado a tal fim. Ou seja, o Estado tem o dever de atender o interesse público e o poder é um instrumento para esse atendimento (ALEXANDRINO e PAULO, 2013).

As agências reguladoras, sendo parte da Administração Pública indireta, estão igualmente inseridas neste contexto. O setor de energia está estritamente relacionado à questão do desenvolvimento pátrio. A necessidade de produção de energia para dar suporte às metas nacionais de crescimento econômico, juntamente com as questões socioambientais atreladas, evidenciam o poder-dever da atuação da agência sobre aspectos regulatórios existentes a respeito da relação e equilíbrio entre atividade econômica, energia, desenvolvimento, sociedade e meio ambiente, prevenindo falhas de mercado e preservando o interesse público.

O Brasil tem despontado como uma das mais destacadas potências energéticas do mundo, destacando-se as constantes descobertas de campos de extração de petróleo e gás natural, especialmente em sua costa marítima, trazendo, junto com este crescimento na exploração do recurso, as preocupações ambientais pertinentes (BORGES, 2010).

No tocante à descoberta da camada de pré-sal na costa marítima, vê-se que o evento tem atraído os olhares de todo o planeta, aumentando consideravelmente o potencial competitivo do

Brasil no setor de produção energética. No entanto, o incremento da atividade gerará, indiscutivelmente, impactos sociais e ambientais para os quais a ANP deverá atentar, regular e fiscalizar, dando-lhes soluções administrativas e jurídicas.

A riqueza geológica brasileira, recentemente destacada pelas crescentes descobertas de reservas de recursos naturais, por si só já é capaz de justificar a preocupação com o marco regulatório que envolve a questão da exploração de petróleo, gás e fomento aos biocombustíveis e questões socioambientais pertinentes. A descoberta do pré-sal, findou por acalorar o debate a favor de mudanças no marco regulatório do petróleo (VILLAR, 2010). É preciso pensar nesta nova possibilidade de exploração do petróleo na perspectiva do desenvolvimento sustentável, ou seja, de garantir o atendimento às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem também às suas (NOSSO FUTURO COMUM, 1991).

Tendo em vista a sua relevância para alavancar a economia brasileira, a boa administração dos recursos financeiros que advierem desta atividade será determinante para o desenvolvimento do país durante e após a exploração da camada pré-sal. O progresso esperado irá depender da criação e aplicação de uma regulação eficiente para a destinação dos royalties, lançando bases sólidas para uma economia que permaneça forte mesmo após finda esta atividade. Superados os desafios relacionados à sustentabilidade e ao meio ambiente, as divisas decorrentes da exploração do petróleo existente na camada do pré-sal serão fundamentais para que o Brasil dê um salto de qualidade em várias áreas importantes, sejam sociais ou econômicas, pois o petróleo e recursos minerais constituem elementos-chave para promover o desenvolvimento do país, portanto, “redirecionar os recursos minerais para o desenvolvimento do mercado interno e para a industrialização significa também concretizar a nossa soberania econômica” (BERCOVICI, 2011, p. 325). O papel fundamental das agências reguladoras neste cenário é justificado:

[...] desenvolvem uma tripla regulação: a regulação dos monopólios, visando atenuar o efeito das forças de mercado, através de controle de preços e da qualidade do serviço; a regulação para a competição, a fim de criar condições para existência e manutenção da concorrência; e a regulação social, objetivando à universalização dos serviços, que agora obedece a uma certa tendência à eliminação dos subsídios cruzados. Por fim, a circunstância de agirem sem subordinação ao Executivo [...]. Com isso, busca-se assegurar uma regulação imparcial, decisões mais técnicas, dotadas de maior proteção contra as ingerências meramente políticas, que poderiam prejudicar o funcionamento ideal de um modelo competitivo. (GROTTI, 2006, p. 8)

Diante de todos esses aspectos vemos a importância de se ter um órgão especializado para o setor, que seja capaz de acompanhar o desenvolvimento da indústria, solucionar eventuais conflitos e direcionar os ganhos de forma que a economia brasileira possa se fortalecer, pois tudo isso representa, acima de tudo, zelo pelo interesse público, de acordo com os princípios e objetivos da política energética nacional definidos no art. 1º da Lei 9.478 de 1997. Ademais, o poder regulador ainda vai além do interesse público, conforme explica Tércio Sampaio:

Não basta que a delegação tenha por objetivo fins genéricos do tipo interesse público (ainda que setorial), mas é preciso que as finalidades sejam postas na forma de princípios finalísticos de ação. Não basta, no mesmo sentido, a fixação de fins do tipo interesse protegido do consumidor, mas exige-se algum detalhamento desses interesses. Com isso, a

competência instrumental delegada obriga-se a completar este detalhamento, estabelecendo fins tecnicamente viáveis e encontrando os meios adequados, responsabilizando-se, afinal, pela relação solidária de meios e fins (responsabilidade pelo êxito). (FERRAZ JUNIOR, 2000, p. 151)

Sotirios Barber<sup>3</sup> apud Siqueira Castro (1986, p.182), esclarece o funcionamento e a legitimidade das agências reguladoras na experiência norte-americana da seguinte forma:

[O Congresso] pode delegar decisões para outros, até mesmo decisões importantes, desde que estas delegações sejam exercícios de poder necessários e adequados; em outras palavras, enquanto puder ser dito que tenha havido prévia decisão do Congresso sobre salientes pontos de dúvida política referentes à questão e que as delegações sejam os instrumentos das decisões [...] A questão em todos os casos deve ser se o Congresso delegou como um meio para concretizar uma política ou como uma forma de fugir responsabilidade decisória. (CASTRO, 1986, p. 40-41, 89. Tradução livre dos autores<sup>4</sup>).

Barber explicita a validade das delegações instrumentais à órgãos independentes que, conforme demonstrado, são essenciais para que o Estado possa conviver com a complexidade social e econômica em termos de técnicas e saberes especializados. Neste sentido, a atuação das agências reguladoras está amparada pelo princípio da eficiência (art. 37, CF).

O princípio da eficiência, incorporado ao rol taxativo dos princípios da Administração Pública a partir da Emenda Constitucional n. 19, de 04/06/1998, “disciplina a atividade administrativa nos seus resultados e não apenas na sua consistência interna” (FERRAZ JUNIOR, 2000, p. 153). Para que pudesse manter-se eficiente em um mundo globalizado e competitivo, a Administração desemcumbiu-se de algumas de suas responsabilidades diretas, transferindo-as para as agências reguladoras, que agora são as encarregadas de fazer concessões, permissões e autorizações para a exploração de determinadas atividades econômicas, conforme suas respectivas leis instituidoras, bem como regular, controlar e fiscalizar estas atividades. A especialização técnica é exigência da eficiência.

#### **4. A ATUAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO EM CONFORMIDADE COM A VIGENTE LEI DO PETRÓLEO**

Quando dizemos que o poder normativo das agências reguladoras obedece à *standards* predeterminados, isso significa que há um conteúdo normativo hierarquicamente superior que define as situações setoriais a serem especificadas pormenorizadamente pelas agências. “Dado o princípio

---

3 BARBER, Sotirios A. **The Constitution and the Delegation of Congressional Power**. Chicago: University of Chicago Press, 1975.

4 [...] it may delegate decisions to others, even important decisions, as long as these delegations appear to be necessary and proper exercises of power; in other words, as long as it can be said that Congress has arrived at clear policy decision among salient alternatives and that the delegations in question are instrumental to such decisions [...] The question in every case should be whether Congress has delegated as a means to pursuing policy or as a way of evading responsibility for decision.

constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem na ordem jurídica (...) as determinações normativas advindas de tais entidades hão de se cifrar a aspectos estritamente técnicos” (MELLO, 2006, p. 165). No caso, esse conteúdo normativo hierarquicamente superior é a Lei 9.487/97, a Lei do Petróleo, (que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências), que é a norma-quadro, onde são estabelecidos os parâmetros gerais da regulação (conceitos e padrões abstratos e genéricos), delegando à ANP apenas uma regulamentação mais acurada no que se refere à critérios técnicos e específicos da exploração da atividade – assim como as demais agências reguladoras, a ANP tem suas atribuições bem definidas pela lei que a instituiu.

A Lei do Petróleo determina diversas situações que deverão ser posteriormente reguladas pela agência - por exemplo, afirma a finalidade da ANP de regular, contratar e fiscalizar as atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis (art. 8º), fixar os requisitos sobre licitação (art. 36), dispor sobre contratos de concessão (art. 37), etc. - conferindo à ANP amplo poder normativo, desde que não invada “o espectro de regulamentação dos decretos presidenciais exigidos pela própria Lei do Petróleo.” (SUNDFELD, 2006, p. 392)

Há também a determinação de que a ANP esteja atenta ao que estabelece o CADE (órgão de defesa da concorrência), onde a ANP deverá identificar os atos praticados pelos agentes econômicos da indústria do petróleo que representem uma ameaça à concorrência, mas a sanção desses atos permanece sendo da competência do CADE e demais órgãos correlatos (MARTINS, 2006).

Os Poderes Legislativo e Executivo também podem limitar ou modificar as atribuições da agência, como é o caso, por exemplo, da Lei 8.078/90, Lei 11.097/05, Lei 11.909/09, que alteraram a vigente Lei do Petróleo, *standard* do poder normativo da ANP. Apesar dessas limitações, a ANP ainda dispõe de poder normativo suficiente para criar uma regulação mais técnica e específica do setor petrolífero, inclusive incorporando costumes e práticas efetivadas internacionalmente, de acordo com o permissivo legislativo do art. 44, inciso VI da Lei 9.478/97 (ARAGÃO, 2004).

Pode-se dizer que a ANP é responsável pela expedição das normas e atos concretos que implementam as políticas públicas gerais do setor energético, que são previamente definidas pelo Poder Legislativo e Poder Executivo.

Há alguns casos específicos, entretanto, que são da competência do Presidente da República, devido à sua grande relevância, como, por exemplo, a definição dos critérios para o cálculo do valor dos *royalties* e a sua destinação (ARAGÃO, 2005).

Alguns doutrinadores atentam para a diferença conceitual entre poder regulatório e poder regulamentar. A noção de regulação está ligada a finalidades econômicas e técnicas, de forma que as agências somente poderão expedir regulações de conteúdo econômico ou técnico necessários ao bom funcionamento da atividade regulada. Apenas de forma esporádica estes órgãos poderão veicular atos de conteúdo jurídico – somente quando o caso concreto assim requerer. Entre os doutrinadores que explicam bem essa distinção citamos aqui Villela Souto, que afirma:

Cumpra, pois, não confundir a regulação, que é um conceito econômico, com a

regulamentação, que é um conceito jurídico (político). Aquela é sujeita a critérios técnicos, que tanto pode ser definida por agentes estatais (envolvendo a Teoria da Escolha Pública) preferencialmente dotados de independência (para fazer valer o juízo técnico sobre o político), como pelos próprios agentes regulados (auto-regulação). (SOUTO, 2002, p. 43)

Em resumo, o principal objetivo da delegação do poder normativo em favor das agências reguladoras é propiciar a edição de normas de forma mais rápida e com mais conhecimento técnico e de casos concretos. Esses limites técnicos não podem ser ultrapassados, ou estaria caracterizada uma invasão à competência do Poder Legislativo. As limitações são, portanto, materiais (normas de cunho técnico e sobre matérias específicas) e formais (observando a legislação vigente). Sendo assim, o poder normativo das agências reguladoras não é exercido de forma arbitrária.

## **5. CAPACIDADE DECISÓRIA E SANCIONATÓRIA**

Por fim, convém analisarmos as capacidades decisória e sancionatória das agências reguladoras, derivadas de seu poder normativo. A Agência Nacional do Petróleo é uma das agências cuja criação estava prevista constitucionalmente (art. 177, § 2.º, III, CF), e sua independência decisória foi estabelecida pela supracitada Lei 9.478/97. Essa garantia existe para evitar eventuais pressões políticas e está ampliada pelos critérios de escolha dos seus dirigentes (art. 11, §§ 2º e 3º) e por limitações após o exercício do mandato (arts. 13 e 14).

Como vimos, uma das atribuições da ANP é a de dirimir quaisquer conflitos que possam surgir da exploração petrolífera, entre os agentes econômicos, entre os agentes e a própria agência, e entre os agentes e consumidores. Na Lei do Petróleo, em seu art. 20, está prevista a preferência pelo arbitramento e conciliação como forma de solução dos conflitos. Cabe à ANP proferir a decisão final no campo administrativo, com força determinativa, em caso de não entendimento entre as partes envolvidas, e poderá utilizar os casos mediados como subsídios para uma futura regulamentação. Os procedimentos administrativos para os processos de conciliação e de arbitramento são definidos pelo regimento interno da agência.

Entretanto, mais uma vez a independência das agências reguladoras esbarra em limitações. No caso, no princípio da jurisdição *una* (art. 5º, inciso XXXV, CF). Ainda que a agência possa normatizar, fiscalizar, decidir e sancionar, o Judiciário poderá julgar a causa. A agência reguladora deve criar as condições necessárias para uma resolução mais rápida do conflito, mas as partes têm a possibilidade de discutir a causa em juízo caso sintam-se lesadas de alguma forma.

A citada independência dos órgãos reguladores é relativa, posto que vigora o 'princípio da jurisdição *una*, o que implica em dizer que nenhuma lesão ou ameaça de lesão escapará à apreciação do Poder Judiciário. Essa submissão das decisões das agências reguladoras ao magistrado diminui-lhes a força e a eficácia de agilizar o procedimento, solucioná-los através da intervenção de técnicos habilitados e reduzir os custos do contencioso. O ideal é introduzir a limitação da lei nº 9307 (que regula arbitragem), somente admitindo o questionamento jurisdicional se houver vícios formais na decisão, respeitadas as situações em que há direitos indisponíveis do estado. (SOUTO, 1999, p. 132)

Para atender às necessidades do mercado, as agências fiscalizam as atividades de modo que não fujam do que lhes compete, e tomando o devido cuidado para não infringir os Poderes do Estado. É importante lembrar que as agências reguladoras são criadas para garantir o funcionamento adequado de determinado setor da economia, de acordo com o que foi regulado e contratado. Portanto, está em entre as suas atribuições a exigência de certa capacidade decisória e sancionatória para uma atuação verdadeiramente eficiente que atinja a finalidade de sua instituição.

Trata-se de situações em que, por razões de complexidade setorial e de correspondente exigência de especialização técnica, a lei que atribui a delegação autoriza decisões de mérito, responsabilizando-se o órgão competente pela alocação de fins tecnicamente apropriados e pelo encontro do meio correto. (FERRAZ JUNIOR, 2000, p. 156)

Como exemplos dessa atuação, listamos aqui o acidente no Campo de Frade, operado pela Chevron, ocorrido em novembro de 2011, quando houve vazamento de óleo. A ANP, junto com a Marinha do Brasil e o IBAMA foram os responsáveis por investigar e divulgar informações atualizadas sobre o vazamento, encontrando 25 irregularidades na exploração e multando a Chevron em 50 milhões de reais. O Ministério Público Federal, mais tarde, se envolveu no caso assinando com as partes um Termo de Ajustamento de Conduta, em setembro de 2013. A Petrobrás, recentemente, foi multada em 12 milhões de reais por ter informado um volume de produção de gás menor do que o real no campo de Marlim Leste, na Bacia de Campos, afetando diretamente o valor do pagamento dos *royalties*. Sem a intenção de esgotar o extenso assunto, para o qual há tantos outros exemplos que podem ser tema de um novo estudo, as duas situações acima foram mencionadas para ilustrar a atuação sancionatória da ANP, que pode se dar com ou sem a interferência do Poder Judiciário.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a mudança na visão das obrigações do Estado, tornou-se necessário redefinir o papel da Administração Pública, flexibilizando seus modos de atuação, substituindo o modelo burocrático para o modelo gerencial, na busca por maior agilidade e eficiência. Quando o Estado deixou de exercer a função de empresário, as agências reguladoras assumiram um papel fundamental na estrutura administrativa do Estado brasileiro, devendo a sua inspiração à *commom law*, após a reforma ocorrida no modelo de gestão, no final da década de 80 e durante a década de 90, haja vista a inegável necessidade de regulação da atividade econômica a partir do momento em que esta foi cedida aos particulares, restando ao Poder Público o controle indireto, como meio de proteger o interesse público (art. 173, CF).

O que justifica a existência das agências reguladoras e as difere do Estado, é a sua finalidade específica, que garante resultados melhores e mais rápidos, como é o caso da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que há quase duas décadas é responsável por regular o setor energético brasileiro e tem cumprido sua função de forma satisfatória, não apenas controlando a atividade econômica em toda a sua cadeia produtiva, incluindo seus impactos sociais

e ambientais, como também auxiliando o desenvolvimento do setor, através do incentivo e investimentos à pesquisa e à constante melhoria tecnológica dos meios de exploração.

Para que possam atingir seus fins, as agências reguladoras foram dotadas de um poder normativo que, apesar de controvérsias doutrinárias, a partir de uma análise mais aprofundada vemos que foi cuidadosamente limitado material e formalmente. Concluímos, portanto, que os privilégios destas autarquias sob regime especial são os sustentáculos legais de suas atividades, são institutos necessários para uma autonomia necessária, contribuindo para a eficiência da gestão pública.

O poder regulador, fiscalizador e sancionatório dessas agências em nenhum momento fere a segurança ou o ordenamento jurídico pátrio, visto que possui respaldo legal e permanece submetido aos Poderes do Estado, que intervirão sempre que necessário.

O setor petrolífero é estratégico para o desenvolvimento do Brasil, o que faz com que a ANP esteja em evidência, havendo posições favoráveis e desfavoráveis quanto à sua existência e atuação, despertando, muitas vezes, críticas e controvérsias, tanto na opinião popular como entre estudiosos do assunto. Há quem queira a volta do monopólio estatal do petróleo, e há quem queira a continuidade da exploração pela iniciativa privada, com uma agência reguladora ainda mais rigorosa. A verdade é que, independentemente de tais controvérsias e das prováveis adaptações que a ANP ainda necessita, a criação das agências reguladoras no Brasil para setores estratégicos foi um grande passo para a modernização do Estado.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Método, 2013, p. 160.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **As boas práticas da indústria do petróleo como o eixo da regulação do setor**. In: Revista de direito público da economia – RDPE, Belo Horizonte, Fórum, ano 01, nº 07, jul./set., 2004.

\_\_\_\_\_ (coord). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

AZEVEDO, Eurico de Andrade. **Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo nº 213: jul./set.1998. pp. 141-148.

BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria de Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BORGES, Orlindo Francisco. **A utilização dos royalties do petróleo na gestão de riscos ambientais decorrentes da atividade petrolífera: uma ponderação a partir da problemática envolvendo incidentes com “manchas órfãs”**. In: BENJAMIM, IRIGARAY, LECEY e CAPELLI (coord). **Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos**. V. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª Ed., São Paulo: Atlas, 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As agências reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº6, mai/jun/jul de 2006.

KETTL, Donald F. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. In: **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Org. Luiz Carlos Bresser Pereira. 3. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

MARTINS, Daniela Couto. **A regulação da indústria do petróleo – segundo o modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Conrado Hubner. **Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6ª ed. revista, ampliada e atualizada com a EC Nº 22/99. São Paulo, Atlas, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro; Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo: Parte introdutória, parte geral e parte especial**. Ed.16. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOSSO FUTURO COMUM. Comissão Mundial sobre o meio ambiente e desenvolvimento. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em: [HTTP://pt.scribd.com/doc/12906958/relatorio-brundtland-nosso-futuro-comum-em-portugues](http://pt.scribd.com/doc/12906958/relatorio-brundtland-nosso-futuro-comum-em-portugues). Acesso em: 29 de março de 2014.

PIMENTA, Carlos Cesar. **A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais**. Revista de Administração Pública (RAP-FGV/EBAPE). Rio de Janeiro, 32(5), pp. 173-199, set/out, 1998.

PRZEWORSKI, Adam. **Sobre o Desenho do Estado: uma Perspectiva Agent X Principal**. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, 1998, pp. 39-73.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Vilella. **Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo nº 216: abr. / jun. 1999

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Regime Jurídico do Setor Petrolífero**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade**. In: *Revista tributária e de finanças públicas*, n. 35, pp. 143-158, dez. 2000.

VILLAR, Pilar Carolina. O marco regulatório do petróleo offshore e a questão ambiental. *In*: BENJAMIM, IRIGARAY, LECEY e CAPELLI (coord). **Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos**. V. 1. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010, p. 813.