

REGULAÇÃO E PETRÓLEO

*André Fontes**

1 - A regulação constitui modalidade de *intervenção do Estado na Economia*. Pelo que se depreende de tal assertiva, ela integra o *ordenamento econômico* do Estado, que por sua vez é considerado, juntamente com o *serviço público*, o *poder de polícia*, o *ordenamento social* e o *fomento público*, o próprio conteúdo da função administrativa. Não é uma forma *sui generis* de atividade ou função estatal, mas sim integrada à função preponderantemente exercida pelo Poder Executivo. Doutro lado, não se vale a regulação de instrumentos diversos ou distintos: utiliza-se dos mesmos poderes e atividades ordinariamente empregadas pela Administração Pública como, nomeadamente, o poder discricionário ou o poder de polícia. Posto deste modo, se ela está compreendida nas manifestações tradicionalmente conhecidas e próprias do Estado, somente se revelaria uma novidade se fossem consideradas a *forma* como são combinados os instrumentos do Direito Administrativo e a *disciplina* diferenciada do seu regime.

A especialização dos estudos conduziu à formulação didática de um ramo do Direito apto a concentrar e sistematizar todo esse conhecimento a que se convencionou chamar de *Direito da Regulação*, e que, muito embora tenha por objeto a própria regulação, vem sendo indevidamente conduzido a limitar seus estudos ao órgão regulador e ao seu regime jurídico

co. A individualização da atividade regulatória como um objeto teórico deverá ser iniciada a partir de uma rígida e particular ideia do caráter sistêmico e complexo de uma dada atividade, materialmente considerada, a ser tomada como objeto formal, especialmente qualificada por uma unidade de técnica e de estrutura.

2 - No poder de regular estão substancialmente compreendidas as três funções típicas do Estado, pela prática: (1) de *atos normativos* como são, por exemplo, as designadas Portarias de n.ºs. 109 e 202, cuja aplicação, sabidamente, criou extensas restrições aos contratos e obrigações de distribuição de combustíveis; (2) de *atos administrativos* em sentido estrito, a que seriam exemplos as impropriamente chamadas *autorizações* do art.8, V, da Leiº 9.478, de 6 de agosto de 1977 (chamada comumente de *Lei do Petróleo*), os seus desdobramentos modificativos como seriam exemplos os dos arts. 54 e 55, bem como as concessões dos art. 43 da lei; e por aqueles (3) *atos que poderiam ser assemelhados à função de julgar* como os de dirimir litígios entre os agentes econômicos ou entre eles e os consumidores ou usuário de bens serviços (art.18 da Lei do Petróleo) e os disciplinares (art.8º, VII, *fine*, da Lei).

Das atividades descritas, é o *poder normativo* o mais importante e característico da regulação e o seu exercício, assim como a prática dos demais atos referidos, incumbe à *Agência Nacional do Petróleo* (mais conhecida pela abreviação *ANP*), autarquia a que se confiou a tarefa de realizar a atividade destinada pela Constituição da República ao órgão regulador (art. 177 da Constituição). Os atos normativos vêm sendo inadequadamente designados de *portarias*, que teoricamente são atos desprovidos de efeitos externos aos órgãos que os expedem e que não são destinados aos normalmente administrados. As normas jurídicas extraídas desses atos são assim categorizadas porque lhes são próprios os atributos da abstração e da generalidade associados às características da coercibilidade e bilateralidade. Os outros atos administrativos, de natureza concreta e específica, e que não visem à composição de conflitos, a despeito de se revelarem em maior quantidade dentre todos os citados, assumem a função complementar de atuação prática dos atos normativos, geralmente resultantes do típico e simples exercício do poder de polícia ou disciplinar.

A falta do primor técnico na nomenclatura dos atos que podem ser praticados pelo órgão de regulação constituiria por si só um rico e par-

ticular estudo, haja vista a previsão de outorga de *autorizações* para os atos de consentimento da atividade econômica de *refino, transporte, importação e exportação* (art. 8, V, da Lei do Petróleo), que constituem *atividades empresariais* e como tal protegidas pela Constituição (art. 170, parágrafo único), razão pela qual, desde que atendam as regras a que são consideradas sujeitas, o consentimento administrativo se dará por meio de *licença*. Se o próprio texto se reporta à *lei* como paradigma do ato (como diz expressamente o texto do art. 8, V, da Lei), seria o caso de designar o *ato* como *licença* porque é a essa espécie de ato a que se atribui o condão de ser vinculadamente praticado, com consentimento estatal para atividade em consonância com a lei, e não como *autorização*, que é marcada pela discricionariedade e precariedade.

3 - Essas premissas nos reportam à mais fundamental controvérsia regulatória suscitada em um Estado social e democrático de Direito: a da legitimidade da regulação. Pode-se resumir a questão indagando-se qual o fundamento democrático da regulação. Em outros termos, pergunta-se: como é possível a uma mera autarquia exercer materialmente, e por direito próprio, funções análogas aos poderes soberanos da República sem ser provida de qualquer forma de participação democrática? Demais disso, resta perguntar: se se exige dos próprios poderes da República a eleição dos agentes que exercem as funções do Estado e que venham a exercer tal poder somente em concurso com os demais poderes, como é possível que uma mera autarquia possa de forma concentrada desempenhar essa tarefa? Melhor dizendo: se a lei é editada por quem é eleito pelo povo, e depende da conjugação dos esforços do Executivo, também eleito pelo povo, para a sua sanção e promulgação, não seria também necessário o consentimento do povo para os atos da autarquia reguladora? Como se admite a inobservância da mais elementar forma de *legitimidade de poder* para uma mera descentralização administrativa? Responde-se a tais perguntas com a ideia da democracia procedimental, lastreada na específica noção de *legitimidade pelo procedimento*, alcançada mediante o caráter técnico da discricionariedade regulatória imprimida e pela participação também procedimental, a que a necessidade de ser oportuno e conveniente oferece diante do lapso temporal da edição de uma lei e da própria competência a que o legislador e mandatário do povo delega ou atribui ao órgão regulador por lei, na prática de um ato normativo regulatório. E, se de um lado alcançou-se com a regulação a virtude da técnica especializada, sem a dilação temporal da lei por conta da *ins-*

trumentalidade e flexibilidade das medidas de regulação, acompanhou a dignidade da participação democrática procedimental, pelo que, sem tal legitimação, a eficácia da providência fica afetada. A participação dos agentes econômicos e consumidores no curso das atividades, como prevê o art. 19 da lei, constitui a forma de legitimação ordinária do órgão regulador, cuja catarse é, teoricamente, a *audiência pública*, e que constitui a marca dessa democracia pelo procedimento.

4 - O órgão regulador deve ser independente, não só dos agentes econômicos submetidos ao especial regime de sujeição, como também, e de forma especial, do próprio governo do qual se originou a decisão de criar a instituição reguladora. Daí porque a existência de qualquer vínculo que revele uma subordinação ou falta de independência afasta a legitimidade e vicia o ato praticado. Exemplo dessa falta de independência perante a Administração Central é a recente submissão hierárquica dos procuradores das entidades reguladoras ao Advogado Geral da União. Já ocorreu e continua a ocorrer a incompatibilidade de interesses entre a Administração centralizada e os órgãos reguladores e, desde então, se tornou possível a prática da não-interposição de recurso que desatenda aos interesses da entidade central ou que contrarie as metas ou planos do governante. Por orientação também dos interesses centrais e ainda em desatendimento dos interesses legalmente delimitados às autarquias de regulação, podem ser interpostos recursos desnecessariamente, mas com propósito de prejudicar ou dificultar agentes econômicos ou mesmo toda uma atividade econômica. Exemplo da falta de independência perante os agentes econômicos sujeitos à competência institucional e o mais comum e característico é a *captura* – forma abominável e por que não dizer a mais repugnante manifestação de desvio de finalidade na regulação. O vício de finalidade na regulação afeta o ato se for praticado no interesse e em benefício do particular ou de alguns deles. Sob outra perspectiva, também haverá desvio de finalidade nos casos em que a entidade mãe seja a beneficiada direta em razão da falta de autonomia do órgão regulador, ou mesmo seja atendido injustamente qualquer interesse do governo ou dirigente da Administração Central.

Devem-se distinguir os *atos viciados daqueles que não são imediatamente compreensíveis*, dada a natureza excêntrica das suas disposições. Pode ser entendido como *norma excêntrica* aquela, por exemplo, de caráter técnico, que impõe a tancagem mínima exigida aos distribuidores de

combustíveis. É manifestamente contrária ao senso comum, e ao que normalmente ocorre e se repete, a exigência de uma base de armazenamento que não seja proporcional à atividade desenvolvida pelo distribuidor. Mas se ela se destina a proteger a saúde, a segurança e o meio ambiente, isso se torna possível e legal. A realidade individual que se quer disciplinar deveria estar sempre sujeita a imposições diretas e objetivas, de maneira que se faça compreensível a dimensão da sua tutela, como a de torná-la capaz de suportar a responsabilidade pelos danos aos indivíduos e a coletividade. A inobservância da fundamentação nessas regras excêntricas acabou por induzir ao raciocínio de que se está encobrendo um outro interesse ao se exigir a observância dessas normas, - o que poderia ocultar realmente a proteção dissimulada de vantagens e facilidades aos distribuidores de maior porte que, sabidamente mantêm, *de fato*, um domínio do mercado. Se o efeito da regulação é o de reflexamente favorecer outro agente econômico pela prática de ato normativo, haverá no caso um *desvio de finalidade normativo*. Isso é um exemplo de *captura do regulador*. A portaria nº 202-99 da Agência Nacional de Petróleo, ao impor a construção imediata de uma base de armazenamento de derivados de petróleo em dimensões incompatíveis com o porte médio de certas distribuidoras, leva como efeito o tema “Regulação e Petróleo” ao mais sensível ponto de tensão entre a norma e a realidade: um ato normativo pode estar assentado em dados corretos e adequados, conquanto possa estar desprovido de um sentido imediato, como é a do exemplo referido da base de armazenamento em condições mínimas.

5 - O Direito Regulatório opera com conceitos e princípios próprios, mas não é protegido dos mais inoportunos e desnecessários estrangeirismos. A designação “agência” é um lamentável exemplo disso. Preferiram-na os legisladores federal e o estadual do Rio de Janeiro, diferentemente do legislador de São Paulo, que optou por termo mais condizente com a Pragmática que é “comissão” (no Estado de São Paulo é denominado Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE). O termo “agência” está muito longe da imponência e autoridade que se lhe exigiria para a difícil e complexa função regulatória, mormente pelo núcleo semântico incorporado aos estabelecimentos bancários ou de venda de automóveis. Além disso, o vocábulo “agência” está distante de designar qualquer órgão personalizado do Estado, por causa da difusão que a Previdência Social imprimiu às suas diversas e populares unidades de aten-

dimento (as conhecidas “agências do INSS”), atribuindo-lhe um significado muito mais próximo ao de repartição (ou de “posto” do INSS) do que o de uma instituição governamental neutra e independente da Administração Pública centralizada. É bom lembrar que esse modismo empedernido não contaminou o constituinte de 88, que em momento algum se vale do nome “agência” para os órgãos reguladores. Além do mais, é visível o caráter de atendimento a uma suposta uniformização malfeita ou compatibilidade malfazeja com a legislação estrangeira, especialmente a dos Estados Unidos da América, que sabidamente não adota o termo de maneira uniforme. Em uma tradução literal encontramos na grande democracia do Norte da América “agências”, “comissões”, “autoridades” e “administração”, o que torna sem paradigma uniforme o termo “agência”. A Lei do Petróleo também desperdiçou uma boa oportunidade de enunciar e difundir o termo vernacular *realdades* ao invés do “royalties” em seu art. 45, II.

Contudo, merece aplausos a introdução, na literatura especializada, do vocábulo *externalidades* (usado normalmente no plural) para significar as modificações sociais e econômicas resultantes dos atos de regulação, como, por exemplo, a simples melhoria das condições de vida de um bairro, pelos reflexos ambientais decorrentes do controle e diminuição de emissão dos gases expelidos na atividade de refino do petróleo. Se isso é consequência do regime imposto pela Agência Nacional de Petróleo, assim como o incentivo à instalação de um *posto de serviços* (o conhecido posto de gasolina) em uma região inóspita do país, e que também seja provocado pela Agência, estaremos diante das *externalidades*.

Os termos e os conceitos que certamente integrariam um glossário seriam a figura do *regime especial de sujeição* e as correspondentes *realidades individuais* – o primeiro diz respeito ao regulador e o segundo aos seus destinatários. Por *realidades individuais* se entende aquelas situações sujeitas à regulação. São elas contrapostas às chamadas *relações de especial sujeição*, que devem ser compreendidas como a própria esfera de atuação do órgão regulador. Atribui-se à instituição reguladora a titularidade de um especial poder discricionário: a *discricionabilidade técnica*. Ela é autoenunciativa e se refere à necessidade do concurso técnico de arte ou profissão para o seu exercício e não se vale apenas da experiência comum ordinariamente exigida aos agentes e órgãos públicos. Também a *deslegalização*, mesmo que tenha adquirido variados sentidos, é reconhecida

como o poder da Agência de editar atos normativos que retirem a eficácia de uma lei. *In extremis*, a própria ideia de *regulação*, distinta de tão enraizada figura da *regulamentação*, já seria um bom exemplo dessa autonomia conceitual e terminológica. Alguns termos não são próprios da regulação, mas sim, de outro sistema, a despeito da sua origem tutelar, como o da *fuga do contrato*, que se destina a possibilitar a invocação de normas jurídicas, em geral, para negar aplicação de qualquer disposição contratual, como ocorreria se o concessionário vindicasse reajuste não-pactuado, mas fundado na lei. Outro conceito que não é de origem imediata do Direito da Regulação é o da *regra da razão*, que atribui ao agente a garantia de que nenhum ato passível de sanção lhe seja imputável se resultante de mera constatação formal. Do mesmo modo, a ideia de *função social da propriedade*, que engloba os equipamentos e bens utilizados nas atividades empresariais, limitando e restringindo a propriedade, a empresa e o contrato, permite que se deduza o *princípio do compartilhamento* da infraestrutura, que de forma ampla estaria abrangido pelo princípio da *função social da empresa*, que já constitui por si um princípio autônomo, assim como o da *função social do contrato* a impor e a determinar a sujeição aos interesses gerais no funcionamento da atividade econômica, com a possibilidade de outros agentes econômicos utilizarem a estrutura como se fosse própria – algo a que se denomina *Teoria das Instalações Essenciais*. Diz respeito ainda ao órgão regulador o *princípio da suficiência dos meios*, que lhe atribuiu poderes implícitos para a consecução dos seus fins, mesmo na ausência de uma específica e típica previsão legal. Em coerência com o exposto, como *não lhe é aplicável* o regime do *recurso hierárquico impróprio*, normalmente interposto de atos definitivos e de última instância autárquica e dirigidos ao Chefe do Poder Executivo ou a outra autoridade ministerial ou análoga, dada a independência do órgão da regulação com a Administração Central.

6 - Tarefa reguladora a ser lembrada, e que não vem encontrando bom lugar, é a da *prevenção de conflitos*. A intervenção oportuna e conveniente da instituição por conta de um provável dissenso, só não é melhor que impedir ou amenizar a sua ocorrência. Alguns fenômenos indesejados pela regulação podem não se manifestar de forma imediata, mas podem ser previamente conhecidos e identificados em razão da técnica e especialização do órgão. Essa atitude de orientação preventiva constitui uma das mais importantes missões. A busca de um meio de preve-

nir as controvérsias econômicas é sempre ideal se confrontada com qualquer outro de caráter repressivo ou sancionatório. A prevenção refere-se não só às faltas sancionadas pela entidade reguladoras, mas também ao chamado controle jurisdicional dos atos administrativos a que se sujeita a entidade reguladora pelos seus excessos e omissões.

Exemplo maior de prevenção e que poderia se confundir com o próprio conteúdo geral da regulação é a classificação e disciplina do tipo de derivado de petróleo que poderia ser transportado e vendido pelo distribuidor. O agente econômico cuja atividade se caracterize pela aquisição de produtos a granel e sua revenda a retalho, com entrega no domicílio do consumidor (o Transportador-Revendedor-Retalhista, conhecido pela sigla TRR consoante a Portaria ANP nº 201, de 30.12.1999) deve ser diferenciado do agente cuja atividade é a aquisição e revenda de produtos a granel (por atacado) que seja feita para a rede varejista ou grandes consumidores (é a figura do Distribuidor identificada na Portaria nº 202, de 30.12.1999), bem como daqueles revendedores a varejo de combustíveis, lubrificantes, asfalto e gás liquefeito engarrafado, exercida por postos de serviços ou revendedores (Revendedor Varejista previsto na portaria ANP nº. 116 de 5 de julho de 2000). O seu potencial econômico está subordinado à sua capacidade de transporte e armazenamento de cada produto, assim como a imposição de um sistema unificado de cadastramento.

O ideal e o que se espera em um normal desenvolvimento da atividade de regulação é a forma rápida e precisa com que se buscariam meios preventivos e mesmo sancionatórios aptos a funcionar como verdadeiros instrumentos administrativos para a resolução de conflitos, de modo a que se possa fazer preponderar a discricionariedade técnica diante de uma possível apreciação judicial. Todavia, existe uma inibição incrustrada nos órgãos da administração regulatória, por conta talvez de uma possível invasão de outras competências, que vêm tolhendo a forma preventiva de atuação, especialmente quanto à matéria afeta aos chamados direitos dos usuários (art. 175, parágrafo único, II, da Constituição da República). O tecnicismo excessivo, agregado a uma intolerável jurisdicização de uma atividade essencialmente prática, como é a administração regulatória, vem impondo limites indevidos ao órgão regulador, sob a máxima de que a atividade microeconômica, como é aquela própria dos usuários e consumidores individualmente considerados,

jamais poderia ser alcançada pela regulação, como se consumo, concorrência e regulação não fossem conexos, embora distintos. E assim nos problemas que afetam o mercado (melhor seria a concorrência) e o consumo (entenda-se a proteção do consumidor), a intervenção regulatória paralela e eficiente se faz cada vez menos presente, embora já não pareça ocorrer tal fato com as questões ambientais, conquanto todos sejam princípios fundamentais da República (art. 3º da Carta Magna) e, portanto, destinatários de tratamentos paritários. O que seria no máximo uma mera dúvida de atuação e limites passou a gerar inibições e autorrestrições dos próprios órgãos reguladores, como ocorre, com mais precisão, na proteção do consumidor, que normalmente é vista e reconhecida pelas instituições reguladoras apenas sob a perspectiva mais ampla (macroeconômica), olvidando as questões individuais das quais são indissociáveis (microeconômicas). As agências reguladoras normalmente se retraem nas matérias de concorrência e de consumo, sob a pseudorientação de que isso é afeto às controvérsias entre concorrentes ou entre consumidor e distribuidor. A entidade parece desconhecer que sua função é também a de evitar conflitos nessas duas áreas, mesmo que seja da competência de outra instituição a matéria preventivamente analisada ou que se trate de outras formas de intervenção ou tutela como são a concorrência e o consumo. O art. 20 da lei disciplina que a ANP elabora procedimentos para resolução dos conflitos, devendo ser preferida a solução conciliatória e de arbitragem àquela que um contencioso administrativo poderia revelar.

Em um percurso contrário aos seus fins institucionais, o que se vê é o aumento dos casos de controle das atividades dos agentes de menor expressão econômica. Em consequência, reclamam os pequenos dos aproveitamentos reflexos dos grandes empreendedores e o desatendimento aos mais mezinhos interesses dos consumidores que presenciam a legitimação pela agência reguladora dos aumentos de preços desprovidos de justificativa aparente ou de critérios razoáveis, muitas vezes em manifesta violação às regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor. Curioso é o fato de que a distribuição de derivados de petróleo, que não constitui ordinariamente a prática mais rentável para as grandes companhias de petróleo nos maiores mercados internacionais, é, contrariamente no Brasil, a atividade para onde são vocacionadas as grandes empresas. Olvida-se o fato de que em todo o mundo os pequenos

distribuidores capilarizam a atividade e realizam de fato uma concorrência, como se vê, por exemplo, no papel dos “independentes” nos Estados Unidos da América. Paradoxalmente, acaba por ser no Brasil a sua maior fonte, diversamente do refino e da petroquímica, que potencialmente deveriam ser a origem maior da receita, mas que encontra no país um terreno sólido para assim não precisar agir ou atuar, seja pela inibição ou pela neutralização dos pequenos distribuidores por meio do domínio do mercado, seja pela edição de portarias que na prática se revelam seletivamente restritivas. Se o curso das formas de dominação de mercado continuar no ritmo de outros segmentos econômicos, como é, por exemplo, a paradigmática indústria dos refrigerantes, marcada progressivamente pela concentração da atividade, pouco restará a se fazer, visto que atualmente já encontraram um rótulo pejorativo para esses intrépidos e andrajosos empreendedores, como o fizeram com as marcas regionais de refrigerantes, engarrafados geralmente por empresas familiares, disseminadas como *tubatinas* pelas grandes empresas, a quem de fato interessa tal classificação. Por enquanto, difunde-se a informação de que a distribuição, feita pelos pequenos e independentes empresários em nosso país é, presumidamente, uma associação generalizada e indistinta de comércio ilegal e fraudulento com a evasão e sonegação de impostos. Com tal assertiva, se busca a olvidar que no Brasil há distribuidoras sérias e aptas à competição. A isso se agrega um dado a mais, de natureza socioeconômica, de que o *grande empregador* continua sendo o que desenvolve as mais simples e comuns atividades, ou seja: o *pequeno empresário* – a quem incumbe, sabidamente, o encargo prático de desconcentrar a economia.

7 - Na técnica constitucional, somente a atividade de pesquisa e lavra de petróleo, bem como a sua refinação, transporte, importação e exportação, está compreendida no âmbito das atribuições do chamado “órgão regulador” a que refere o art. 177 da Constituição da República. Entretanto, se o petróleo é monopólio da União, a Constituição, ao atribuir a um “órgão regulador” o poder de gerir esse bem público, não estará em verdade disciplinando uma regulação. Por isso, somente em sentido amplo ou *impróprio* se poderia falar em regulação. Já a atividade de venda e revenda de combustíveis não se enquadra na estrutura do citado art. 177, e é disciplinada por dispositivo diverso (art. 238); aliás, que é bom frisar, se encontra na parte que não alcança nenhuma relação ime-

diata com qualquer capítulo da Constituição, que são as assim chamadas *disposições constitucionais gerais*, e que operam diretamente com base nos princípios fundamentais da República, sem, portanto, se sujeitarem ao regime do 177. Deste modo, não se lhe alcança o regime do dito “órgão regulador” do 177, § 2º, III, da Carta Magna, mas o verdadeiro regime da regulação e, portanto, poderia se falar aqui em uma regulação em sentido restrito ou *próprio*. O monopólio do petróleo atribui ao “órgão regulador” anômalos *poderes de gestão* e assim lhe acompanha todo o regime do art. 177, e essa titularidade seguida da realização pelo próprio estado de atividade econômica não constitui manifestação de uma própria e verdadeira intervenção do estado na Economia. A intervenção somente ocorre se o agente econômico, e não o Estado, realiza atividade. Do contrário, não haverá tecnicamente uma intervenção, no mais próprio sentido do termo. Isto é: o Estado *não pode intervir em sua própria atividade*, pois isso se confundiria com a *gestão* dos seus próprios bens e atividades. Se o Estado, mediante concessão, outorga a sua exploração ao particular, de bens e serviços de que tem a titularidade e monopólio, isso é em verdade regime de intervenção monopolística. De maneira que a forma como o Estado administra o que é seu nada mais é que o exercício do poder de gestão daquilo que lhe pertence. As atividades econômicas realizadas pelos particulares em contrato de concessão com a União é que poderão estar sujeitas à regulação. Neste caso, por força da atividade econômica que desenvolve e não porque o bem é público e monopolizado. O bem é público, mas o exercício das atividades a ele elencadas estará sujeita à regulação.

A atividade de venda e revenda de combustíveis, por não ser titularizada ou monopolizada, é que tecnicamente se sujeita à intervenção regulatória. O regime do 177 é de intervenção monopolística, e do 238 é que é de intervenção regulatória. O órgão de intervenção do 177 é mero gestor do bem público, já o que é destinado à intervenção regulatória de venda e revenda de combustíveis é que será classificado como um verdadeiro órgão regulador. A venda e revenda de combustíveis está sujeita ao regime próprio das atividades econômicas em geral e portanto constitui dever do Estado licenciá-la sempre que estejam atendidos os requisitos legais (art. 238 da Constituição da República). Para estas atividades, somente se admite a *licença* (como é do nosso Direito Administrativo) e não a *autorização* (como preceitua o art. 8, XV, da Lei do

Petróleo), razão pela qual reputamos inconstitucional o tratamento dado às atividades desdobradas do monopólio da União e disciplinadas no art. 177, como o refino, transporte e aquelas que originariamente não são monopolizadas, nomeadamente a *distribuição de combustíveis*, que estão submetidos indevidamente ao regime das *autorizações* da Agência Nacional de Petróleo, não obstante estarem sujeitas ao regime geral das atividades econômicas: reguláveis e sujeitas à livre iniciativa, mediante *licença*.

8 - Por fim, resta-nos reconhecer que a regulação está em construção, assim como os institutos jurídicos do insipiente Direito do Petróleo, e muito há de ser feito, especialmente pelas adaptações possíveis entre os vários sistemas como o dos Estados Unidos da América que adotam a *Teoria da Acessão* para a propriedade das reservas, ao passo que no Brasil vige a *Teoria da Concessão*, ou mesmo na Economia internacional, que classifica o petróleo como uma “commodity” (*comodidades* no vernáculo, de onde aliás se origina a palavra inglesa, conquanto seja mais conhecida e utilizada), enquanto o Brasil sabidamente o toma como bem público (art. 20 da Constituição da República e 3º da Lei do Petróleo). O desenvolvimento dos trabalhos jurídicos estrangeiros, especialmente os estadunidenses, poderá contribuir decisivamente para a elaboração de uma doutrina para essa matéria, mas muitas compatibilizações e adaptações devem ser feitas e a realidade prática da Economia deve nos legar as orientações necessárias a que se possa reconhecer a sua natureza de bem público, sem prejuízo a que possa circular como simples mercadoria com preços justos, reais e equitativos. O primeiro passo começaria pela necessária e autêntica motivação dos atos regulatórios pela Agência Nacional de Petróleo. As demais questões viriam dos estudos e dos debates. O campo de atuação é infinito e estará sempre aberto para as questões aqui tratadas e outras mais. Esse é o convite que a regulação do petróleo nos faz.

* Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Professor na Universidade do Rio de Janeiro (Uni-Rio); Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).