

# AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES E O PAPEL DA ANP

*Clarissa Brandão de Carvalho Cardoso Alves \**

*Carolina Barros Fidalgo \*\**

1. Introdução; 2. As prerrogativas das Agências Reguladoras; 2.1. Autonomia; 2.1.1. Autonomia Orgânica; 2.1.2. Autonomia Financeira e Orçamentária; 2.1.3. Autonomia Funcional; 2.2. Poderes; 2.2.1. Poder normativo; 2.2.2. Poder julgador; 2.2.3. Poder fiscalizador e sancionador; 3. O artigo 19 da Lei do Petróleo e a Participação dos setores regulados nas decisões da ANP; 4. Considerações Finais; 5. Referências Bibliográficas.

## *1. Introdução*

O surgimento das agências reguladoras independentes (ou com autonomia reforçada) no Brasil é um fenômeno recente<sup>1</sup>. De fato, até aproximadamente os anos 1980, o Estado Brasileiro participava da economia, principalmente, através de intervenção direta, mediante a constituição de empresas públicas e sociedades de economia mista para a exploração das atividades escolhidas. Ao contrário das agências reguladoras independentes, as autarquias de regulação da economia, dentre as quais podemos citar o Instituto Brasileiro do Álcool e mesmo o Instituto Brasileiro do Café, que já existiam há muito tempo.<sup>2</sup> O que as diferencia é justamente a questão da autonomia reforçada conferida ao novo modelo de agências.<sup>3</sup>

A adoção desse novo modelo de intervenção na economia está inserida em um contexto mais amplo. A aceleração do desenvolvimento tec-

nológico (que o Estado não podia acompanhar); o pluralismo e complexidade cada vez maior da sociedade; a falência do modelo de intervenção estatal que vinha sendo adotado; escassez de recursos para o custeio das suas atividades; globalização da economia; e, principalmente, a necessidade de uma atuação mais ativa do Estado na ordem econômica e social para dirimir conflitos e promover a igualdade de oportunidades, tornaram inviável a atuação direta do Estado, na qualidade produtor direto de bens e prestador de serviços, em todas as áreas da economia. As despesas incorridas pelo Estado com a estrutura administrativa, necessária a executar as diversas atividades intituladas pelo mesmo, direta ou indiretamente, chegaram a um montante tal que a sociedade perdeu a capacidade de custeá-las, em detrimento do próprio sustento.<sup>4</sup> Atualmente, o Estado busca se afastar da participação direta na economia<sup>5</sup> para adotar um caráter regulador, garantindo a estabilidade econômica e monetária, o desenvolvimento do país, a abertura comercial e as privatizações das empresas estatais.

De acordo com Marcos Juruena, o Estado, diante dos fatores enumerados acima, reconstruiu suas funções, à luz do princípio da subsidiariedade, objetivando uma atuação mais eficiente e permitindo a participação do setor privado em várias atividades econômicas anteriormente monopolizadas.<sup>6</sup> Neste sentido, constatou-se que a própria sociedade era capaz de conduzir certas áreas da economia, sem a atuação direta do Poder Público. Em observância ao referido princípio, a intervenção do Estado só deveria ser efetivada se determinada atividade, considerando a sua importância para a sociedade, não pudesse ser satisfatoriamente executada pelos particulares.

A opção expressa do Constituinte pelo modelo moderno de regulação se encontra prevista nos artigos 173 e 174 da Constituição Federal, segundo os quais a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, com exceção dos casos previstos da Carta Maior, cabendo ao Estado a função de agente normativo e regulador da atividade econômica. Assim, em 1990, foi publicada a Lei nº 8.031, conhecida como Plano Nacional de Desestatização, cujos objetivos consistiam também em reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada, as atividades exploradas pelo setor público, bem como permitir que a ad-

ministração pública concentrasse os seus esforços nas atividades em que a presença do Estado fosse fundamental, para a consecução das prioridades nacionais.<sup>7</sup>

O Estado deixou, paulatinamente, de prestar ou explorar diretamente a maior parte dos serviços públicos e atividades econômicas sob a sua titularidade, passando, em razão da importância dos mesmos para os interesses da coletividade, a atuar como fiscalizador destes serviços e atividades. No Brasil, como nos demais países latino-americanos, especialmente a Argentina e a Colômbia, o Estado regula, notadamente, alguns dos mais importantes serviços e monopólios públicos que passaram à iniciativa privada por ocasião da realização das privatizações, bem como, ainda, algumas atividades de especial relevância coletiva.<sup>8</sup>

A esse respeito, Vital Moreira, fazendo referência à Breuer, ensina que o surgimento das agências reguladoras independentes foi a “resposta necessária do moderno Estado social ao alargamento de suas tarefas. A autonomização de organismos administrativos é, portanto uma consequência, em termos de diferenciação, especialização, da ampliação e diversificação das tarefas administrativas”.<sup>9</sup> O autor prossegue destacando que quanto maior a especialização e diferenciação técnica e profissional da sociedade, menor será o núcleo comum dos interesses coletivos e, assim, maior será a necessidade da criação de órgãos especializados para corresponder aos apelos de cada setor da economia.<sup>10</sup>

Diante disso, tem-se que a adoção do modelo das agências reguladoras no Brasil se deu em virtude da mudança de realidade político-econômica, ocasião em que o Estado deixou de realizar diretamente algumas das atividades econômicas que exercia para assumir uma postura regulatória e fiscalizatória, através de entidades da Administração Indireta, conhecidas como agências reguladoras.

As agências reguladoras independentes se caracterizam como autarquias de regime especial, às quais foi conferido considerável grau de autonomia em relação à Administração Direta - a chamada de autonomia reforçada -, encarregadas do exercício de funções regulatórias. Tais autarquias são dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação do Senado Federal, sendo vedada a exoneração *ad nutum*, ou seja, em razão unicamente da vontade do Chefe do Executivo.<sup>11</sup> É justamente o fa-

to de os seus dirigentes não poderem ser exonerados sem justa causa que confere às Agências a aludida independência reforçada, ao lado de outros fatores que serão mencionados a seguir.

A complexidade, a pluralidade e o tecnicismo social levaram o legislador a adotar regulamentações especiais para cada setor da economia, com baixa densidade normativa,<sup>12</sup> delegando às agências reguladoras independentes a competência para editar normas mais específicas, de acordo com as necessidades e peculiaridades específicas. Isso porque, ao legislador falta a especialização técnica de que as agências são dotadas, e já há muito tempo perdeu a capacidade de regular todos os aspectos da vida moderna.

Assim, as leis instituidoras das entidades reguladoras, sem o intuito de regular pormenorizadamente todos os aspectos da economia, se limitam a estabelecer quadros gerais, os chamados *standards*, que as agências deverão observar na atividade da regulação da economia.<sup>13</sup> Cabe destacar a distinção apontada pela doutrina entre as agências reguladoras setoriais, “voltadas para a intervenção em mercados específicos, regulando a relação entre oferta, com qualidade e preço acessível e demanda”<sup>14</sup>, das agências executivas (como a ANCINE e a ANTAQ), meramente ligadas a implementação das políticas, sem competência para formulação destas políticas, para regulação ou influência nos mercado regulados.<sup>15</sup>

Nesse contexto, em 06 de outubro de 1997, foi publicada a Lei nº 9.478/97, conhecida como a Lei do Petróleo, regulamentando o artigo 177 da Constituição Federal, versando sobre a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, bem como criando o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo. A referida lei, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto nº 2.455/98, que também aprovou o regimento interno da autarquia.

O setor petrolífero, de acordo com Alexandre Santos de Aragão, foi o segmento mais atingido pelas reformas do Estado brasileiro, no qual foi criado um modelo inédito onde a empresa pública (Estado)<sup>16</sup> coexiste com a agência reguladora (também Estado).<sup>17</sup>

Na linha das normas de baixa densidade, a Lei do Petróleo, em seu artigo 1º, estabelece os princípios regulatórios gerais da indústria do petróleo, dentre eles, o de preservar o interesse nacional; promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos ener-

géticos; proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia; garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, nos termos do § 2º do art. 177 da Constituição Federal. Estes princípios deverão ser observados pela Agência Nacional do Petróleo em todas as suas atividades. Adicionalmente, o artigo 8º do mesmo diploma legal estabelece as finalidades que devem ser perseguidas pela agência. Neste sentido, “a Lei do Petróleo estabelece muitos fins, mas poucos meios, e, em uma manifestação da descentralização das sedes normativas, dá competência à Agência Nacional do Petróleo – ANP para buscar, de forma permanente e dinâmica, os meios aptos a realizar os objetivos legais”.<sup>18</sup>

Esse fenômeno é conhecido como o princípio da retroalimentação da regulação,<sup>19</sup> segundo o qual enquanto o Governo Central tem a competência para estabelecer as políticas públicas, obrigatoriamente gerais e finalísticas, às Agências é conferida a competência para implementar tais políticas públicas, adaptando-as às constantes mudanças da realidade sócio-econômica.

Para atingir os fins elencados nas suas respectivas leis orgânicas, as agências reguladoras possuem autonomia orgânica, financeira e funcional, além de poderes normativos, administrativos, contratuais e mesmo judicantes, conforme se explicará nos próximos itens.

## *2. As prerrogativas das Agências Reguladoras*

### *2.1 Autonomia*

#### *2.1.1. Autonomia Orgânica*

A autonomia orgânica é a autonomia de que a Agência é dotada frente ao Chefe do Executivo. Como visto, os dirigentes das Agências Reguladoras são nomeados por prazo determinado, sendo vedada a sua exoneração *ad nutum* e sem prévio procedimento administrativo, no qual deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Esta vedação à livre exoneração dos dirigentes das Agências decorre do fato de que é preciso garantir a continuidade de orientação e independência da ação de tais entidades contra as injunções políticas de cada mo-

mento. Esta autonomia é muito importante para conferir segurança jurídica às empresas que realizaram ou pretendem realizar investimentos nos setores regulados, protegendo-as das variações de curto e médio prazo do âmbito político-partidário e de interesses políticos passageiros.<sup>20</sup>

Assim é que, em virtude da estabilidade concedida aos dirigentes das Agências, estes não podem ser exonerados livremente pelos agentes legitimados democraticamente através das eleições. Dessa forma, enquanto a lei orgânica da agência não for alterada, impera a decisão do seu dirigente, independentemente da vontade do Presidente da República ou qualquer outro ente público escolhido através das eleições.

O artigo 75 da Lei do Petróleo, bem como o artigo 6º, § 1º, do Regimento Interno da ANP, prevê a autonomia orgânica da Agência, *in verbis*:

Art. 75. Na composição da primeira Diretoria da ANP, visando implementar a transição para o sistema de mandatos não coincidentes, o Diretor-Geral e dois Diretores serão nomeados pelo Presidente da República, por indicação do Ministro de Estado de Minas e Energia, respectivamente com mandatos de três, dois e um ano, e dois Diretores serão nomeados conforme o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 11.

Art. 6º A ANP será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores.

§ 1º Os Diretores serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, para cumprir mandatos de quatro anos, não coincidentes, observado o disposto no art. 75 da Lei no 9.478, de 1997, sendo permitida a recondução.

Ressalte-se, no entanto, que enquanto a autonomia das agências reguladoras frente ao Chefe do Executivo é bastante ampla, tal fato não ocorre em relação ao Legislativo, uma vez que este tem a competência de alterar, a qualquer momento, a lei orgânica das referidas autarquias, bem como o seu regimento interno, alterando as suas atribuições e poderes, ou mesmo extinguindo-as.<sup>21</sup>

### 2.1.2. Autonomia Financeira e Orçamentária

As autonomias financeira e orçamentária são fundamentais para que

exista uma real autonomia em face dos entes da Administração Direta, são possibilitadas pelas leis instituidoras das agências reguladoras, através da previsão das taxas regulatórias e da elaboração de propostas de orçamento ao Ministério ao qual são vinculadas.

No caso específico da ANP, esta tem a sua autonomia financeira garantida pelo artigo 15 da Lei do Petróleo, através da previsão de receitas próprias.

### ***2.1.3. Autonomia Funcional***

A autonomia funcional consiste no fato de que é vedada a anulação ou revogação dos atos da Agência Reguladora pelo Poder Executivo central, ou seja, o recurso hierárquico impróprio, constituindo as mesmas a última instância administrativa de suas decisões.<sup>22</sup> Em outras palavras, nenhum ente da Administração que não se encontre na escala hierárquica existente dentro da própria Agência poderá rever os seus atos.

A autonomia funcional da ANP é prevista expressamente pelo artigo 7º e pelo artigo 16, inciso IV, do seu Regimento Interno:

Art. 7º À Diretoria da ANP, em regime de colegiado, são atribuídas as responsabilidades de analisar, discutir e decidir, em instância administrativa final, sobre matérias de competência da autarquia, bem como sobre:

Art. 19. A atuação da ANP, para a finalidade prevista no art. 20 da Lei no 9.478, de 1997, será exercida, mediante conciliação ou arbitramento, de forma a:

IV - proferir a decisão final no campo administrativo, com força determinativa, em caso de não entendimento entre as partes envolvidas (...)

A esse respeito, cabe tecer a seguinte ressalva: há autores que sustentam que, em determinadas hipóteses, caberia a interposição do recurso hierárquico impróprio contra as decisões finais das agências reguladoras.<sup>23</sup> Tal entendimento fundamenta-se no artigo 84, inciso II, da Constituição Federal, bem como no 19 do Decreto-Lei 200/67.<sup>24</sup> Apesar de não haver, em nenhum dos citados dispositivos legais, previsão expressa do recurso hierárquico em si, este entendimento decorre do fato de que os mesmos prevêm, respectivamente, que compete ao Presidente da Re-

pública exercer, com auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal e que todo e qualquer órgão da Administração está sujeito à supervisão ou do Ministro de Estado competente ou do Presidente da República.

Dentre os autores que defendem tal linha de pensamento, podemos citar Sérgio Guerra, que sustenta ser possível a interposição do recurso hierárquico impróprio nas hipóteses em que as Agências Reguladoras extrapolem os poderes delegados às mesmas, adentrando no âmbito das políticas públicas do setor regulado, “em flagrante usurpação de competência do Poder Executivo e do Poder Legislativo”.<sup>25</sup> Esse, contudo, é um entendimento minoritário.

## 2.2 Poderes

A atividade de regulação implica o exercício de diferentes funções. Assim é que as agências reguladoras independentes exercem concomitantemente funções administrativas, persecutórias, jurisdicionais e legislativas. Estas funções podem ser resumidas em, basicamente, três: **editar regras, assegurar a aplicação das mesmas e reprimir as eventuais transgressões**.<sup>26</sup>

Isto, no entanto, não significa que as Agências sejam uma exceção ao princípio constitucional da separação de poderes. Primeiro, porque o referido princípio não impõe que cada um dos poderes do Estado só poderá exercer uma das três funções tradicionalmente consideradas, quais sejam, a legislativa, a executiva e a judicial.<sup>27</sup> Segundo, porque a fórmula utilizada no século XIX, que determinava uma separação rígida entre os respectivos poderes do Estado, é dissonante do sistema social complexo e plural dos dias atuais. E mesmo naquela época, a separação das funções do Estado nunca foi tão rígida assim, cabendo a cada um dos poderes uma parcela dos poderes intitulados pelos demais.

Nas palavras de Hans Kelsen, os tribunais e as autoridades administrativas sempre tiveram competências normativas, de forma que o Legislativo nunca teve o monopólio da criação das normas. Sérgio Bruna, comentando tal afirmação, acrescenta que “o correto, pois, seria falar-se em ‘distribuição’, não em ‘separação’ de poderes”.<sup>28</sup>

Uma das mais importantes características da concepção contempo-



rânea do princípio da separação dos poderes é o surgimento de entidades auxiliares da Administração central, dotadas de independência funcional no exercício de suas funções, dentre as quais podemos citar as agências reguladoras.<sup>29</sup> Na verdade, segundo os ensinamentos de Alexandre dos Santos de Aragão, as agências reguladoras independentes fortalecem o Estado de Direito, uma vez que,

ao retirar do âmbito das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior – não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos.<sup>30</sup>

### ***2.2.1 Poder normativo***

Nos dias atuais, a complexidade técnica das relações humanas e a velocidade das transformações sociais criaram a necessidade de mitigação do princípio da legalidade, na sua concepção clássica, segundo a qual ao Poder Executivo caberia apenas cumprir fielmente a lei, para admitir-se a possibilidade de que entidades da Administração pudessem criar normas de regulação social. Nesse sentido, Roberto Furian Ardenghy comenta que “o Estado não pode prescindir de uma certa parcela – sempre que possível bem delimitada – de poder de regulação, sob pena de fracassar na sua ação de agente de coesão do tecido social”.<sup>31</sup>

Em vista da nova concepção do princípio da legalidade, as leis instituidoras das agências reguladoras passaram a ser redigidas adotando-se a técnica da baixa densidade normativa. Limitam-se, apenas, a estabelecer finalidades e parâmetros genéricos, permitindo que as referidas entidades, dotadas de especialização técnica no setor regulado, desenvolvam normas capazes de regular e satisfazer as demandas da complexa e dinâmica realidade social regulada, sujeitas a constantes mudanças econômicas e tecnológicas. Tais leis, como visto, são chamadas de leis-quadros ou standartizadas.

Ressalte-se que a adoção da referida técnica legislativa, em lugar da disciplina exaustiva da matéria é uma faculdade reconhecida ao Legis-

lador.<sup>32</sup> Ou seja, é fruto de um exame de conveniência e oportunidade. Confirmando tal assertiva, Marçal Justen Filho sustenta que “o exercício da competência legislativa pode traduzir-se em duas modalidades de disciplina normativa, relativamente à margem de autonomia reconhecida à autoridade pública encarregada da atividade de aplicação da norma. A lei poderá optar por uma disciplina completa e exaustiva”, mas também “se admite que a lei adote disciplina que deixa margem para a autonomia do aplicador”.<sup>33</sup>

Na verdade, o que se observa é a mudança do tratamento dispensado pela Lei às matérias abordadas em seu texto, e não da subordinação da Administração Pública ao texto legal.<sup>34</sup> O Legislador, de fato, limita-se a enumerar os princípios e objetivos gerais da regulação, que deverão ser perseguidos pelas agências. Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão observa que estas leis

não dão maiores elementos pelos quais o administrador deve pautar a sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se genericamente a valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade (saúde pública, utilidade pública, suprimento do mercado interno, boas práticas da indústria, competição no mercado, preços abusivos, comunidade dos serviços públicos, regionalização, etc.). Assim, confere à Administração um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador, dentro dos quadros por ele estabelecidos.<sup>35</sup>

Ou seja, o legislador, tomando ciência dos seus limites, passou a se preocupar mais com os aspectos políticos e finalísticos da regulação do que com as especificidades técnicas de cada setor, deixando de lado a pretensão de criar normas que tratem de todos os aspectos de uma determinada atividade, para adotar o modelo não exaustivo, delegando às Agências competência para fixar normas técnicas e específicas,<sup>36</sup> “tanto em matéria de segurança e de procedimentos técnicos, medição e faturamento dos consumos, controle e uso de medidores, acesso a imóveis de terceiros e qualidade dos serviços prestados, quanto em matéria de aplicação de sanções”.<sup>37</sup>

Além de permitir que as Agências editem normas capazes de atender às demandas de cada setor, as normas de baixa densidade normativa também conferem à Agência uma determinada margem de nego-

ciação junto aos setores regulados,<sup>38</sup> o que abre um espaço para que as suas decisões sejam tomadas com base na consensualidade, sempre que possível.

Caio Tácito, esposando deste entendimento, entende que “regular não é só reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e complementá-la, segundo o seu espírito e conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, explícita ou implicitamente, outorga à esfera regular”.<sup>39</sup>

No entanto, em que se pese ser o entendimento majoritário, este não é o único entendimento existente a respeito da competência normativa das agências reguladoras. Com efeito, há autores que defendem que as agências reguladoras não poderiam inovar no ordenamento jurídico, cabendo-lhes apenas editar normas puramente técnicas, complementares à lei.

Maria Sylvia Di Pietro, por exemplo, sustenta, que as agências reguladoras “não podem estabelecer normas inovadoras na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, punições, proibições, porque isso é privativo do legislador, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade previsto nos arts. 5º, II, e 37, *caput*, da Constituição; (...) também não podem regulamentar leis, porque isso é competência privativa do chefe do Poder Executivo”.<sup>40</sup>

Este tem sido o entendimento jurisprudencial pacífico e dominante, já tendo sido inclusive objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme os arrestos ora colacionados:

ADMINISTRATIVO - PORTARIA 202/99, DA ANP - COMPATIBILIDADE COM OS ARTS. 1º, I, II, IX, E 8º DA LEI 9.478/97 - FALTA DE OBJETIVIDADE NORMATIVA - DISPOSITIVOS QUE APENAS TRAÇAM OBJETIVOS E PRINCÍPIOS RELACIONADOS ÀS POLÍTICAS NACIONAIS DE APROVEITAMENTO DE ENERGIA CONDUZIDAS PELO PODER EXECUTIVO.

1. Os comandos dos arts. 1º, I, II, IX, e 8º da Lei 9.478/97 não se revestem de objetividade normativa com o condão de inibir a regulamentação perpetrada pela Portaria 202/99 da ANP, que criou, para a concessão de autorização de fun-

cionamento das distribuidoras de combustíveis, o requisito de que as empresas do setor possuíssem base própria de armazenamento com capacidade mínima de 750 m<sup>3</sup>.

2. Não se pode, por um critério objetivo, afirmar que a exigência da ANP tenha maculado princípios relacionados às políticas nacionais de aproveitamento racional das fontes de energia, tais como: preservação do interesse nacional, promoção do desenvolvimento, aplicação do mercado de trabalho, valorização de recursos energéticos, promoção da livre concorrência, ampliação da competitividade do País no mercado internacional, garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e proteção dos interesses dos consumidores.

3. A averiguação da satisfação dos referidos princípios e objetivos pela atividade administrativa ou, especificamente, pela Portaria 202/99, não tem lugar em ação judicial, pois dizem respeito à condução de política pública pelo Poder Executivo, nelas não podendo se imiscuir o Judiciário.

4. Recurso especial improvido.<sup>41</sup>

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. EDIÇÃO DE RESOLUÇÃO POR AGÊNCIA REGULADORA. NÃO OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA COMPETÊNCIA NORMATIVA. ALTERAÇÃO INDEVIDA DO CONTEÚDO E QUALIDADE DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PACTUADOS ENTRE CONSUMIDORES E OPERADORAS.

1. A parcela do poder estatal conferido por lei às agências reguladoras destina-se à consecução dos objetivos e funções a elas atribuídos. A adequação e conformidade entre meio e fim legitima o exercício do poder outorgado.

2. Os atos normativos expedidos pelas agências, de natureza regulamentar, não podem modificar, suspender, suprimir ou revogar disposição legal, nem tampouco inovar.

3. A Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 27, da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, extrapolou os limites regulamentares ao modificar o conteúdo e a qualidade dos contratos de prestação de serviços ajustados entre operadoras e consumidores, em afronta ao princípio da legalidade.

4. As empresas operadoras, as quais encontram-se vinculadas e sujeitas a controle, fiscalização e regulamentação por parte da ANS, podem ser diretamente afetadas pelos atos normativos por aquela expedidos. Configuração do fenômeno denominado pelos administrativistas alemães e italianos de "relação de especial sujeição".

5. Os consumidores não se sujeitam a este poder especial de sujeição, sendo afetados tão-somente em função da finalidade atribuída por lei à ANS de tutela de seus particulares interesses como categoria. Este órgão limita-se a zelar pelo cumprimento dos direitos dos consumidores no âmbito de sua competência, ex vi da Lei nº 9.961/2000, artigo 4º, XXXVI.<sup>42</sup>

Tratando do princípio da legalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello espousa o seguinte entendimento<sup>43</sup>:

Pode parecer, até mesmo, estranho que a Lei Maior haja se ocupado com tão insistente reiteração em sublinhar a inteireza do princípio da legalidade. Fê-lo, entretanto, a sabendas, por advertir contra a tendência do Poder Executivo de sobrepor-se às leis. É que o Executivo, no Brasil, abomina a legalidade e tem o costumeiro hábito de afrontá-la, sem ser nisto coartado, como devido. Daí a insistência constitucional, possivelmente na expectativa de que suas dicções tão claras e repetidas *ad nauseam* encorajem o Judiciário a coibir os desmandos do Executivo.

O princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumprí-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhe compete no direito brasileiro.<sup>44</sup>

Adiante, o Professor complementa,

Nos termos do art. 5º, II, 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'. Aí não se diz 'em virtude de' decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se 'em virtude de lei'. Logo, a Ad-

ministração não poderá proibir ou impor comportamento nenhum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja.<sup>45</sup>

Sobre o poder normativo, especialmente, da Agência Nacional do Petróleo, resta comentar ainda que, para Alexandre Santos de Aragão, a atividade normativa da ANP pode ser dividida em dois grupos: um relativo às atividades sujeitas à concessão e outros às atividades sujeitas à autorização.<sup>46</sup> No que diz respeito ao primeiro grupo, a ANP tem o poder de editar tanto regulamentos quanto editais de licitação e minutas de contratos de concessão. Ou seja, a ANP tem o poder de fixar unilateralmente as normas que devem pautar as atividades dos concessionários, os editais de licitação, bem como os respectivos contratos de concessão, além de interpretar e integrar as normas contratuais. Segundo o referido autor, essa competência é um pouco limitada pelo fato de a Lei do Petróleo já prever um grande número de cláusulas contratuais. Já no que concerne ao segundo grupo, a competência da ANP para editar normas é mais ampla, na medida em que a lei apenas prevê a competência da Agência para estabelecer os requisitos necessários para as autorizações, sem entrar em pormenores, conforme se verifica:

Art. 53. § 1º A ANP estabelecerá os requisitos técnicos, econômicos e jurídicos a serem atendidos pelos proponentes e as exigências de projeto quanto à proteção ambiental e à segurança industrial e das populações.

No entanto, para estabelecer tais requisitos, a ANP é obrigada a observar os princípios gerais previstos no artigo 1º da Lei do Petróleo.

Outro exemplo de poder normativo da Agência é aquele previsto no parágrafo único do artigo 56 da mencionada Lei:

Art. 56. Parágrafo único. A ANP baixará normas sobre a habilitação dos interessados e as condições para a autorização e para transferência de sua titularidade, observado o atendimento aos requisitos de proteção ambiental e segurança de tráfego.

Além destes, podemos citar outros exemplos em que a Lei confere expressamente à ANP poder regulamentar, como, por exemplo, os artigos 8º, III, V, VI, XV; 9º; e 29.

Neste sentido, a jurisprudência também tem se manifestado, conforme as seguintes decisões abaixo mencionadas:

ADMINISTRATIVO – LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA – AG NCIA NACIONAL DE PETRÓLEO – PORTARIA Nº 29/99 – PODER REGULAMEN-TAR – APLICABILIDADE.

- À Agência Nacional de Petróleo – ANP, como agente responsável pela implementação da política nacional de petróleo, cabe regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis.

- As agências reguladoras, previstas na Constituição Federal, têm o poder de regulamentar as atividades a que são afetadas, nos limites estabelecidos em lei, e no rumo da finalidade pública que lhes foi atribuída.

Agravo provido.<sup>47</sup>

CIVIL E ADMINISTRATIVO – PORTARIA 201/99 DA AG NCIA NACIONAL DE PETRÓLEO – ART. 170, PARÁGRAFO ÚNICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CONSTITUCIONALIDADE DA PORTARIA – PRECEDENTES.

I - A livre iniciativa da atividade econômica, como preconizada no dispositivo constitucional citado, não afasta sejam tais atividades reguladas, especialmente em face a multifases de atividades que exploram comercialmente nas diversas áreas do comércio.

II - Ao exercício idealmente livre da atividade econômica corresponde o idealmente livre mercado consumidor. E não se diga que a atividade econômica não pode ser administrada por órgãos vinculados ao poder, a pretexto de se lhes assegurar a Constituição a liberdade ou, mais precisamente, o livre exercício.

III - O bem jurídico protegido no artigo 170 da Constituição Federal há de ser tão protegido quanto o mercado ou o consumidor, vez que este último deixa de ser considerado como um bem estático e se projeta no dinamismo das relações comerciais, integrando-se como elemento essencial de qualquer atividade econômica.

IV - Sem dúvida que a regulação da atividade econômica tem como destinatários tanto o empresário quanto o consumidor, seja de produção, seja dos serviços. Donde que nenhum arranção sofre a liberdade da iniciativa econômica, quando atua o poder regulador do mercado, para disciplinar tanto a liberdade pública revelada na atividade econômica, quanto na regulação do mercado consumidor.

V - Dentro da competência fincada na Lei nº 9478/97, a Agência Nacional de Petróleo, na condição de autarquia especial, exerce o delegado Poder de Polícia do Estado para, agindo dentro da legalidade, porém com a flexibilidade que exige a flutuação das relações comerciais e econômicas, atuar de forma discricionária, para regular tanto a atividade empresarial quanto à defesa do consumidor.<sup>48</sup>

CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEL. AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO – ANP. ÓRGÃO REGULADOR DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO. LEI 9.478/97. PORTARIA 202/99.

- A interferência do Poder Público na atividade econômica está prevista constitucionalmente, se é para proteger o interesse público.

- A Lei 9.478/97 dispõe que a Agência Nacional do Petróleo, é órgão regulador da indústria do petróleo, cabendo-lhe promover a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas da indústria do petróleo, entre outras as relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, atividade de utilidade pública e relevante interesse nacional, donde ausente ilegalidade na Portaria ANP nº 202/99, que exige das distribuidoras de combustível base própria de armazenamento do produto, com capacidade mínima de 750 m<sup>3</sup>.<sup>49</sup>

Diante disso, podemos concluir que a ANP, no que concerne à escolha dos meios para a realização dos fins estabelecidos na Lei do Petróleo, possui ampla discricionariedade, tanto para a criação de normas gerais e abstratas, quanto para a fixação de cláusulas dos contratos de concessão e termos de autorização. Essa discricionariedade só é um pouco reduzida no que toca às cláusulas dos contratos de concessão, pois, co-



mo visto, a Lei do Petróleo tratou mais pormenorizadamente desta matéria, ao contrário do que ocorre com as autorizações.

### **2.2.2. Poder julgador**

A atividade judicante da ANP é prevista nos artigos 17, 18 e 20 da Lei do Petróleo, abaixo transcrito:

Art. 17. O processo decisório da ANP obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Art. 18. As sessões deliberativas da Diretoria da ANP que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão públicas, permitida a sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de delas obter transcrições.

Art. 20. O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos

Essa função quase-judicial<sup>50</sup> das agências reguladoras consiste, basicamente, no poder de dirimir os conflitos existentes tanto entre agentes econômicos atuantes em um mesmo setor, quanto entre a Agência e os agentes econômicos ou, ainda, entre os agentes econômicos e os consumidores. Cumpre destacar que a atividade julgadora realizada pelas agências reguladoras é uma das formas através das quais as mesmas buscam a implementação das políticas públicas.

O “poder jurisdicional” das agências reguladoras importa em um elemento de garantia da sua própria autonomia. A independência decisória das agências supramencionada reforça sua autonomia perante o governo, especialmente pela “impossibilidade de interposição de recursos para outra autoridade administrativa”.<sup>51</sup>

Nessa perspectiva, não se pode deixar de mencionar que, em virtude do princípio insculpido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, qual seja, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, as decisões das agências reguladoras estão sempre sujeitas à re-

visão do Poder Judiciário quanto à sua razoabilidade e legalidade. Neste sentido, verifica-se no julgado abaixo,

ADMINISTRATIVO. ATO DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP. GÁS NATURAL. MUNICÍPIO. PAGAMENTO DE ROYALTIES. FUMUS BONI IURIS. PERICULUM IN MORA.

1. *Fumus boni iuris* demonstrado tendo em vista que o município vinha recebendo os royalties com base na mesma legislação que os retirou anos depois.

2. Recebendo o município há mais de cinco anos royalties pelo uso de seu solo para a condução do gás natural, o que representa um quarto de seus recursos, evidentemente que o ato da Agência Nacional do Petróleo - ANP mudado de interpretação para o pagamento dos royalties implica *periculum in mora* para o município.<sup>52</sup>

### 2.2.3. Poder fiscalizador e sancionador

As agências reguladoras ainda possuem o poder de fiscalizar o setor regulado, bem como de aplicar sanções pelo descumprimento de preceitos normativos. A ANP, em virtude de determinação legal, tem o poder de fiscalizar o cumprimento das regras estabelecidas nos contratos de concessão, licenças e autorizações, com a aplicação de sanções a condutas contrárias às finalidades estabelecidas na Lei do Petróleo, conforme se verifica nas reiteradas decisões jurisprudenciais.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. AUTO DE INFRAÇÃO. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL EM UMA DAS BOMBAS EM DESACORDO COM AS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS. INTERDIÇÃO DO ESTABELECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

- A atuação da Agência Nacional do Petróleo, como de resto de toda a Administração Pública, está presa aos lindes do razoável, ficando vedada a imposição de obrigações, restrições e sanção em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei nº 9.784/99). Desta forma, se apenas um dos equipamentos de abastecimento estava em de-

sacordo com as especificações técnicas, violando os parâmetros de qualidade estabelecidos, não havia razão para interditar todo o estabelecimento, aniquilando a atividade econômica do administrado, a qual constitui, também, valor constitucional a ser fomentado pela Administração Pública.<sup>53</sup>

ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO. APLICAÇÃO DE MULTA. EMPRESA DE COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DO LIVRO DE MOVIMENTAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. LEGALIDADE.

I - O ato de fiscalização que impôs sanção pecuniária à impetrante, por não ter apresentado o livro de movimentação de combustíveis devidamente escriturado, tem fundamento nos artigos 2º, I, e 3º, IV, da Lei nº 9.847/99. Legalidade da autuação lavrada pelo agente fiscal da Agência Nacional de Petróleo.

II - Apelação desprovida. Sentença confirmada.<sup>54</sup>

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. DOCUMENTOS JUNTADOS COM PELAÇÃO. VISTA À OUTRA PARTE PARA CONTRARAZÕES. ART. 398 DO CPC. INFRAÇÃO E MULTA. NECESSIDADE E LEI EM SENTIDO FORMAL E MATERIAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ART. 5º, II, DA CF/88).

1. O juiz de primeira instância ao receber a apelação e dar vista ao Impetrante, o fez também em relação aos documentos a ela anexados, que em nada influenciaram no julgamento da ação. Inexistência de afronta ao disposto no art. 398 do CPC. Preliminar rejeitada.

2. O prazo para a impetração do mandado de segurança é contado da ciência do ato impugnado, no presente caso, a partir do momento em que o impetrante tomou conhecimento do ato que indeferiu o seu pedido administrativamente. Questão prejudicial de mérito rejeitada.

3. Afigura-se ilegal o ato de fiscalização que impõe sanção pecuniária fundada apenas em portaria ministerial e que não se encontra prevista em lei.

4. Somente através de lei, em sentido formal e material, pode-se definir infrações e cominar penas (art. 5º, II, da CF/88). Precedentes deste Tribunal e do STJ.

5. Apelação da Agência Nacional do Petróleo - ANP e remessa oficial improvidas. Sentença mantida.<sup>55</sup>

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. POSTO DE COMBUSTÍVEL. INCLUSÃO EM SITE QUE DIVULGA ESTABELECIMENTOS QUE VENDEM GASOLINA COM VÍCIO DE QUALIDADE.

Estando as autuações em discussão no âmbito administrativo, não é plausível que a Agência Nacional do Petróleo inclua o nome dos estabelecimentos em site de postos de gasolina que vendem combustível com vício na qualidade. Agravo provido.<sup>56</sup>

### *3. O artigo 19 da Lei do Petróleo e a participação dos setores regulados nas decisões da ANP*

A Lei do Petróleo, bem como o seu regimento interno, prevê expressamente a necessidade de que o processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor do petróleo ou dos consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo seja precedido de audiência pública. Confirma-se, a esse respeito, o teor do referido dispositivo legal:

Art. 19. As iniciativas de projeto de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP.

Tal exigência é requisito de validade das normas que se enquadrem nestas características, e impõe, além da realização de audiência pública, a análise, bem como a recusa justificada de todas as críticas e sugestões formuladas quanto aos projetos normativos.

Este dispositivo é reflexo da transformação pela qual a Administração Pública vem passando nos últimos anos, caracterizada pelo abandono do modelo de tomada de decisões única e absolutamente

te unilateral para se adotar um modelo que considera os interesses privados.

Como é cediço, tradicionalmente, cabia à Administração Pública pura e simplesmente a execução fiel da lei, não havendo espaço para negociações ou ajustes com os particulares<sup>57</sup>, até porque a idéia de supremacia do interesse público era tão exacerbada que ia de encontro à consideração dos interesses privados na tomada de decisões. De fato, segundo Patrícia Baptista, “o direito administrativo sempre desconfiou dos interesses privados” e “tinha como objeto impedir qualquer possível contaminação desse interesse superior pelos interesses privados”<sup>58</sup>.

Porém, na medida em que as funções estatais foram se diversificando e ampliando, notadamente a função normativa, em virtude da crise da legalidade formal, derivada, dentre outros fatores, do fato do processo legislativo formal ter perdido a capacidade de atender satisfatoriamente todas as necessidades normativas contemporâneas, sobretudo na área econômica, é que questões como a da legitimidade das decisões e normas editadas pela Administração Pública começaram a tornar-se relevantes.

Nas palavras de Patrícia Baptista, “a mudança no parâmetro da legalidade para a atividade administrativa põe em pauta o problema da sua legitimação”,<sup>59</sup> a qual não se encontra mais na legitimidade da própria lei, por ser esta, em tese, um meio de expressão da vontade geral. E a autora continua: “A partir do momento em que a legalidade sozinha já não é capaz de assegurar a plena legitimidade da Administração, sobretudo porque há áreas da atividade administrativa que escapam ao domínio da lei formal, evidencia-se a necessidade de encontrar novas formas de legitimar a sua atuação”.<sup>60</sup> Uma das soluções encontradas pela Administração Pública para legitimar a sua atuação foi justamente a colaboração dos administrados nas decisões administrativas

Nessa perspectiva, através das imposições previstas pelo artigo 19 da Lei do Petróleo, o legislador visou ao suprimento do déficit democrático das decisões da respectiva agência reguladora, tendo em vista que são decisões tomadas por agentes não escolhidos por meio de eleições, mas que têm o poder de impor obrigações e restrições aos indivíduos.<sup>61</sup>

Tecendo comentários ao referido artigo, Maria D’Assunção Costa Menezello sustenta que a participação da sociedade na edição dos atos

regulatórios é uma característica importante das novas agências reguladoras, devendo as mesmas estabelecerem “canais de comunicação” e discussão com os administrados acerca dos atos que regularão as atividades de seu interesse.<sup>62</sup> Defende, ainda, que as agências devem criar Ouvidorias para atender às reclamações dos setores regulados.

Além disso, a participação do setor regulado na tomada de decisão da Agência possui o papel instrumental de permitir o aperfeiçoamento dos processos decisórios da Administração, através da reunião de um maior número de informações e visão mais completa dos fatos e das questões relacionadas ao objeto da decisão.

Destaque-se a oportuna distinção notada por Luiz Carlos Bresser Pereira, quando da realização de seminário organizado para discutir a recém-criada ANP, “autonomia em relação ao governo e independência em relação às empresas e até aos consumidores”,<sup>63</sup> para que sejam evitados os problemas decorrentes da teoria do agente principal e da teoria da captura.<sup>64</sup> Pretende-se, assim, observar um caminho de equilíbrio, onde não exista uma excessiva interferência do governo na regulação do setor, bem como não se verifique uma influência desproporcional dos agentes econômicos, garantindo ainda que “o investidor faça seu investimento no nível mínimo de risco, para garantir, não só o interesse da sociedade, dos consumidores, mas também a competitividade da economia brasileira”.<sup>65</sup>

A segurança dos investidores deve ser lembrada e relembrada pela agência reguladora, uma vez que a proteção de seus interesses é tão legítima quanto a dos consumidores. Nas palavras de Jack Carter, “*regulations are, in the best of worlds, simply a means to provide a stable, fair, predictable framework for the business environment that will encourage and promote investment*”.<sup>66</sup>

Nesse contexto, podemos apontar as seguintes razões em favor da participação e da consensualidade: (i) maior eficiência na realização do interesse público; (ii) maior satisfação dos interesses privados; (iii) maior transparência das atividades administrativas; (iv) maior moralidade e imparcialidade das decisões administrativas; (v) maior lastro de autoridade conferida às decisões; (vi) maior estabilidade; e (vii) maior grau de segurança jurídica.<sup>67</sup>

É certo, ainda, que a participação administrativa produz o efeito de gerar uma aceitação maior das decisões administrativas, diminuindo os

conflitos entre administração e administrados, na medida em que consiste em um canal a tornar viável a expressão dos interesses sociais na formação de vontade administrativa. Conforme identificado por Marilda Rosado, “muitas das mudanças decorreram das discussões e das questões agendadas para os workshops sobre aspectos técnicos, jurídicos e tributários promovidos pela ANP”.<sup>68</sup>

Nesse contexto, o Seminário Jurídico-Fiscal da Sétima Rodada de Licitações promovido pela Agência Nacional do Petróleo – ANP, realizado em maio de 2005, ao lado da Audiência Pública realizada em fevereiro de 2005, representam instrumentos utilizados pela Agência para garantir a transparência, a publicidade e a imparcialidade na condução do processo licitatório, mediante a manutenção de um diálogo com a sociedade. A ANP vem cumprindo, assim, o seu papel de centro de captação e ordenação de múltiplos interesses da sociedade em relação às atividades de exploração e produção petrolífera nacional.

A realização do seminário jurídico-fiscal cumpriu esse objetivo, na medida em que teve como objetivo o esclarecimento das dúvidas quanto ao Pré-edital publicado em 12 de maio de 2005, dando clareza ao processo licitatório, permitindo a participação dos integrantes do setor no aperfeiçoamento do texto final dos contratos de concessão.

Para este fim, paralelamente às palestras conferidas no auditório principal da Bolsa de Valores, funcionários da Agência mantiveram-se à disposição dos interessados nas salas de consulta individual. Foram realizados painéis e mesas-redondas sobre temas específicos, dentre eles, a minuta do contrato de concessão, as participações governamentais, a habilitação para a Sétima Rodada e o pré-edital, dos quais participaram representantes da ANP, da PETROBRÁS, de Universidades, em especial os integrantes dos Programas de Recursos Humanos (PRH) 33<sup>69</sup> e 36<sup>70</sup>, respectivamente da Faculdade de Direito da UERJ e da UFRN e demais interessados.

A realização das mesas-redondas ocorridas durante o Seminário permitiu, desde logo, a identificação de pequenos erros de redação constantes do pré-edital, que foram objeto de análise pelos técnicos da Agência na elaboração do Edital definitivo.

É importante ressaltar que a participação da sociedade em um processo tão complexo, que envolve interesses tão antagônicos, possui um

papel fundamental, legitimando o processo licitatório, na medida em que permite a reunião de um maior número de informações e uma visão mais completa dos fatos e das questões relacionadas ao seu objeto, garantindo, assim, melhores resultados, bem como a diminuição dos conflitos entre administração e administrados.

Por fim, é importante destacar que, em uma época na qual, em que se pese a determinação expressa do parágrafo 3º do artigo 37 da Constituição da República, a participação da sociedade na gestão da coisa pública é ainda muito incipiente, a ANP vem criando importantes precedentes a favor da participação, da publicidade e da transparência no processo licitatório.

#### *4. Considerações Finais*

Destacou-se neste estudo, a necessidade de se reforçar e reafirmar a autonomia e os poderes inerentes às agências reguladoras, enquanto instrumentos para a manutenção de um equilíbrio no mercado, entre os interesses do consumidor e dos agentes regulados e a influência política dos governos.

Sob estes aspectos, a Agência Nacional do Petróleo se sobressai pelo esforço em conciliar as políticas públicas setoriais, conciliando os interesses de seus agentes regulados e consumidores. Sua larga produção normativa, ampla realização de audiências públicas, especialmente na realização da Sétima Rodada, e o permanente diálogo com a indústria, revelam uma boa medida para o cumprimento dos objetivos que lhe foram designados por lei.

---

\* Doutoranda e Mestra em Direito Internacional e Integração Econômica pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Pesquisadora Visitante do Programa de Recursos Humanos da Agência Nacional de Petróleo MCT-ANP nº 33.

\*\* Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e bolsista do Programa de Recursos Humanos da Agência Nacional de Petróleo MCT-ANP nº 33.



## 5. Notas

- 1 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, p. 263.
- 2 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Princípios de Direito Regulatório do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, p. 317 e ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, p. 263.
- 3 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Princípios de Direito Regulatório...**, p. 317.
- 4 JURUENA, Marcos. **Agências Reguladoras**. In: ROSADO, Marilda (org.). **Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, p. 363.
- 5 Participação direta na economia entendida como a atuação do Estado como agente econômico, por meio de instrumentos legítimos, que, conforme lição de José Afonso da Silva, “*são a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades estatais ou paraestatais, como são as subsidiárias daquelas*”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, p. 781.
- 6 JURUENA, Marcos. **Agências Reguladoras...**, p. 364.
- 7 ARDENGHY, Roberto Furian. **As Agências Reguladoras e o Princípio da Legalidade: o caso da Agência Nacional do Petróleo**. In: VALOIS, Paulo (org.). **Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, vol. II, p. 232.
- 8 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A organização e controle social das Agências Reguladoras. Crítica aos Anteprojetos de Lei**. Porto Alegre: ABAR, 2004, p. 12.
- 9 *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A organização...**, p. 13.
- 10 MOREIRA, Vital *Apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A organização...**, p. 10.
- 11 *Ibid*, p. 13.
- 12 Normas de baixa densidade são aquelas que se limitam a estabelecer as políticas públicas referentes a um determinado setor econômico, através da indicação das linhas gerais que deverão ser observadas pelas Agências no desenvolvimento das suas funções.
- 13 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Princípios de direito regulatório...**, p. 314.
- 14 SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Agências Reguladoras**. In: **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 216, abr./jun, 1999, p. 127.

15 Id.

16 No setor do petróleo, até o advento da Emenda Constitucional nº 9/95, a exploração direta da atividade econômica realizada pelo Estado era exercida sob a forma de monopólio público, enquadrando-se na hipótese de “*possibilidade de exploração direta da atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173)*”, sendo certo que a EC 9/95 flexibilizou o monopólio da União sobre a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural, permitindo a União contratar empresas públicas ou privadas para realizar esta atividade (pesquisa e lavra) com as condições estabelecidas na Lei nº 9.478/98 (Lei do Petróleo), de maneira a preservar os “privilégios do monopólio” de acordo com o art. 177, § 2º., da Constituição Federal. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito...*, pp. 781-782).

17 ARAGÃO, Alexandre Santos de. As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, vol. IX, ano 2002, p. 33.

18 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípios de direito regulatório..., p. 314.

19 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A organização social das Agências Reguladoras. Crítica aos Anteprojatos de Lei*. Porto Alegre: ABAR, 2004..., p. 18.

20 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A organização...*, p. 12.

21 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras...*, p. 334.

22 Ibid, p. 346.

23 GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. São Paulo: Ed. Lumen Juris, 2005, p. 255.

24 Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.

25 GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial...*, p. 255.

26 ARAGÃO, Alexandre Santos de. As concessões ..., p. 262.

27 ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. In *Revista Diálogo Jurídico*, nº 13, abr/mai de 2002, p. 23.

28 *Apud* BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras, poder normativo, consulta pública e revisão judicial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 75.

29 ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes..., p. 25.

30 Ibid, p. 26.

31 ARDENGHY, Roberto Furian. *As Agências Reguladoras...*, p. 228

32 FILHO, Marçal Justen. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes...*

- dentos. São Paulo: Dialética, 2002, p. 513.
- 33 FILHO, Marçal Justen. **O Direito das Agências...**, p. 513.
- 34 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras...**, p. 411.
- 35 *Ibid.*, p. 408.
- 36 *Ibid.*, p. 425.
- 37 WALD, Arnaldo et MORAES, Luiza. **Agências Reguladoras**. In: **Revista de Informação Legislativa**, 36<sup>a</sup>, n. 141, jan/mar. 1999, p. 153.
- 38 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras...**, p. 406.
- 39 Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras...**, p. 416.
- 40 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 153.
- 41 STJ. Recurso Especial Nº 714.110 - RJ (2004/0184121-4), Rel. Min. Eliana Calmon, j. 13.09.05.
- 42 TRF. 3<sup>a</sup> Reg., Ag 129949, Processo 200103000125509 / SP, 6a. Turma, Rel. Mairan Maia, j. 24.04.02.
- 43 MELLO, Celso Antonio Bandeira de **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 317/318.
- 44 *Ibid.*, p. 92.
- 45 *Ibid.*, p. 93.
- 46 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As Concessões...**, p. 256
- 47 TRF 2<sup>a</sup>. Reg., Ag. 54612, Processo 200002010159935 / RJ, 2<sup>a</sup>. Turma, Rel. Sérgio Feltrin Correa, j. 21.11.01.
- 48 TRF, 2a. Reg., Agv. 64536, Processo 200002010515405/RJ, 1a. Turma, Rel. Des. Julieta Lúcia Diniz, j. 09.09.02.
- 49 TRF, 2a. Reg., **Apelação em Mandado de Segurança 55415**, Processo 200251010251929/ RJ, 4a. Turma, Rel. Des. Fernando Marques, j. 15.09.04.
- 50 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública...**, p. 155,
- 51 CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder administrativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 144.
- 52 TRF, 1a. Reg., Ag 200201000313204 - DF, 2a. Turma, Rel. Des. Tourinho Neto, j. 19.03.03.
- 53 TRF, 4a. Reg., Ag 137229, Processo 200304010131300 / PR, 3a. Turma, Rel. Luiz Carlos de Castro Lugon, j. 22.02.05.
- 54 TRF, 1a. Reg., **Apel. Mand. Seg. 200134000076562**, Processo 200134000076562 /DF, 6a. Turma, Rel. Souza Prudente, j. 14.10.02.
- 55 TRF, 1a. Reg., **Apel. Mand. Seg. 199938000294707 - MG**, 5a. Turma, Rel. Fagundes de Deus, j. 17.16.02.
- 56 TRF, 4a. Reg., TRF400093446, Processo 200304010392805/ RS, 4a. Turma, Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz; rel. para o acórdão Silvia Goraieb, j. 25.11.03.

57 BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 262.

58 Id., p. 262.

59 Ibid, p. 112.

60 Id.

61 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras...**, p. 433.

62 MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à Lei do Petróleo**. São Paulo: Ed. Atlas, 2000, p. 99.

63 PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **Objetivo é promover o investimento**. In: **A nova regulamentação da indústria de petróleo no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV-IBP, 1996, p. 251.

64 Definições em PINTO JR., Helder Q. e PIRES, Melissa Cristina Pinto. **Assimetrias de informações e problemas regulatórios**. Nota Técnica ANP No. 09, fevereiro, 2000, p. 06.

65 GREINER, Peter. **O diálogo com a indústria é fundamental**. In: **A nova regulamentação da indústria de petróleo no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV-IBP, 1996, p. 247.

66 CARTER, Jack. **Fostering Investment and Cooperation**. In: **A nova regulamentação da indústria de petróleo no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV-IBP, 1996, p. 223.

67 BAPTISTA, Patrícia. **Transformações...**, pp. 266/267.

68 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo: as joint ventures da indústria do petróleo**. Rio de Janeiro:

Renovar, 2003, p. 376.

69 Maiores informações em [www.ced-petro.org.br](http://www.ced-petro.org.br)

70 Maiores informações em [www.geocities.yahoo.com.br/prh36](http://www.geocities.yahoo.com.br/prh36)

## 5. Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos. **De Princípios de direito regulatório do petróleo**. In: ROSADO, Marilda (org.). **Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás**. São Paulo: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **A organização e controle social das Agências Reguladoras. Crítica aos Anteprojetos de Lei**. Porto Alegre: ABAR, 2004.

\_\_\_\_\_. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais**. In **Revista Diálogo Jurídico**, nº 13, abr/mai de 2002.

\_\_\_\_\_. **As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da ANP**. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, abr/jun, 2002.

ARDENGHY, Roberto Furian. **As Agências Reguladoras e o Princípio da Legalidade: O caso da**

- Agência Nacional do Petróleo. In: VALOIS, Paulo (org.). **Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2005, vol. II.
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.
- BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras – poder normativo, consulta pública e revisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- CARTER, Jack. Fostering Investment and Cooperation. In: **A nova regulamentação da indústria de petróleo no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV-IBP, 1996
- Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder administrativo**. São Paulo: Dialética, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. São Paulo: Atlas, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade. In: **Revista de Tributária e de Finanças Públicas**, n° 35, pp 143-158.
- FILHO, Marçal Justen. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa Gomes. Agências Reguladoras - uma reflexão de direito constitucional e comparado. In ROSADO, Marilda (org.) **Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.
- GREINER, Peter. O diálogo com a indústria é fundamental. In: **A nova regulamentação da indústria de petróleo no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV-IBP, 1996.
- GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. São Paulo: Ed. Lumen Juris, 2005.
- JURUENA, Marcos. Agências Reguladoras. In: ROSADO, Marilda (org.). **Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à Lei do Petróleo**. São Paulo: Ed. Atlas, 2000.
- PINTO JR., Helder Q. e PIRES, Melissa Cristina Pinto. Assimetrias de informações e problemas regulatórios. **Nota Técnica – ANP**, N° 09, fevereiro, 2000.
- ROSADO, Marilda (org.) **Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e**

Gás. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo: as joint ventures da indústria do petróleo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, p. 781.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 216, abr/jun de 1999, pp. 125-162.

WALD, Arnaldo et MORAES, Luiza Rangel de. Agências Reguladoras. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, jan/mar/1999, pp. 143-171.