



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM CONSTITUIÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS**

HUDSON PALHANO DE OLIVEIRA GALVÃO

**OS CONFLITOS DE COMPETÊNCIA NORMATIVA DO ESTADO
REGULADOR BRASILEIRO NO SETOR ADMINISTRADO PELA ANP**

**Natal/RN
2010**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

HUDSON PALHANO DE OLIVEIRA GALVÃO

OS CONFLITOS DE COMPETÊNCIA NORMATIVA DO ESTADO REGULADOR
BRASILEIRO NO SETOR ADMINISTRADO PELA ANP

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof^o. Doutor. Vladimir da Rocha França

NATAL/RN
2010



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

Mestrando: HUDSON PALHANO DE OLIVEIRA GALVÃO

Título: “OS CONFLITOS DE COMPETÊNCIA NORMATIVA DO ESTADO REGULADOR BRASILEIRO NO SETOR ADMINISTRADO PELA ANP”.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Vladimir da Rocha França - UFRN
Presidente

Prof. Doutor Janilson Bezerra de Siqueira – UNP/RN
1º Examinador

Prof. Doutor Fabiano André de Souza Mendonça - UFRN
2º Examinador

Natal (RN)
Agosto/2010

DEDICATÓRIA

Eu dedico este trabalho :

À minha família : Meu pai Fernando Galvão, exemplo de trabalho e honestidade, que lecionou minhas primeiras noções de Direito Constitucional e Administrativo; minha mãe Eusa Palhano Galvão, que como um bálsamo divino sempre tranquilizou minhas angústias; e meus irmãos Renato e Fernando, que também abraçaram a Ciência do Direito, nos quais hoje me vejo, novamente iniciando esta longa e interminável jornada.

Aos meus queridos amigos, que formam a nossa grande, unida e festiva família, em especial aqueles com os quais tive a honra e a satisfação de estudar na Faculdade de Direito da UFRN – Turma Ministro José Augusto Delgado (2008) – bem como, os que me deram o privilégio de compartilhar de sua preciosa companhia durante a pesquisa que juntos desenvolvemos ao longo do Mestrado, enfim, a todos aqueles, com os quais aprendi lições de Direito, mas sobretudo, aqueles com os quais aprendo dia após dia lições de vida.

A Raiane Borges Fernandes Mousinho, por seu amor, carinho, dedicação, compreensão, paciência e apoio.

AGRADECIMENTOS

Eu agradeço muito :

A Deus Pai todo poderoso, que por sua imensa bondade me dá força e resignação para diuturnamente seguir na luta, bem como a Nossa Senhora da Conceição, de quem sou devoto, não apenas por meu aniversário natalício ser justamente no seu dia, 08 de Dezembro, mas principalmente por ela ser a Padroeira da Justiça, valor supremo cuja exaltação e celebração ocorrem sob às graças da bem aventurada mãe de Jesus Cristo, me inspirando cada vez mais a buscar o conhecimento do Direito, para assim poder servir ao nosso país na edificação de uma sociedade mais justa e desenvolvida.

Ao meu querido e fraternal amigo Telêmaco César de Oliveira Jucá, por sua incomensurável sabedoria jusfilosófica ; pelas inéditas e alvissareiras reflexões sobre o Direito, em suas interrações com o ser e o saber humano à mim apresentadas ; mas sobretudo, por sua leal amizade.

Ao meu Mestre, Professor Doutor Vladimir da Rocha França, pelo apoio, pelas inestimáveis orientações em temas científicos e acadêmicos, mas principalmente, por sua confiança no meu trabalho e potencial.

GALVÃO, Hudson Palhano de Oliveira. **Os conflitos de competência normativa do Estado regulador brasileiro no setor administrado pela ANP**: 2010. 162 p. Dissertação do programa de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte/RN.

RESUMO

A dissertação tem como objetivo descrever a atividade administrativa da *regulação* exercida pelas agências reguladoras, observando que tal atividade já era realizada antes da criação dessas entidades, porém, após uma profunda reforma administrativa que buscava dar mais eficiência à Administração Pública, passou a ocorrer com certas peculiaridades inerentes a essas novas entidades de regulação. O trabalho dá atenção especial aos conflitos de competência normativa que diversas vezes ocorre entre a ANP (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis) e os órgãos legislativos da República Federativa do Brasil, uma vez que as questões sobre combustíveis possuem significativa importância para qualquer país, e o fato de alguma norma jurídica ser contrária à lei e ainda assim ser aceita é de veras temerário, pois isso afronta o princípio constitucional da legalidade e pode colocar em risco o Estado democrático de Direito, destarte, a dogmática da regulação precisa ser cientificamente conhecida e desenvolvida, especialmente pelo fato da existência de divergências doutrinárias sobre a constitucionalidade de diversas especificidades da regulação exercida pelas agências reguladoras. Como marco teórico, a investigação adota o princípio lógico da não-contradição conforme o pensamento de Hans Kelsen e Lourival Vilanova, fazendo uma reflexão filosófica sobre o Direito e o sistema de Direito positivo, no qual há várias antinomias, ou conflitos de normas, o que inclui os conflitos entre os atos administrativos expedidos pela ANP e a legislação do Estado regulador brasileiro. Para uma melhor compreensão do fenômeno da regulação e exemplificação de algumas perplexidades que ensejam celeumas doutrinárias, o trabalho traz a problematização da possibilidade de conflito normativo entre uma resolução da ANP e a legislação municipal diante de um caso específico, também traz uma minuciosa pesquisa jurisprudencial realizada nos Pretórios nacionais, que confirmam empiricamente a existência de conflitos normativos entre normas administrativas editadas pela ANP e a legislação federal. Finalmente conclui observando que a regulação realizada pelas agências reguladoras não significa a existência de delegação legislativa, ou regulamentar, para essas entidades, na medida em que representa apenas uma forma de exercício da função administrativa, que já havia no Direito brasileiro, mas através das agências passou a ser exercida com mais independência, o que permite uma atuação mais técnica e, portanto, mais eficiente do Estado, entretanto, ao disciplinarem tecnicamente seus respectivos setores, as agências reguladoras precisam respeitar o “império da lei”, e nesses termos, a dissertação sugere a ponderação dos princípios constitucionais da legalidade e da eficiência para que o Estado Regulador brasileiro possa compatibilizar a legitimidade democrática inerente à supremacia da norma legal com a perspectiva de um eficiente desenvolvimento econômico e institucional.

PALVRAS- CHAVE: Estado regulador brasileiro. Conflitos de competência normativa. Setor administrado pela ANP. Ponderação entre os princípios da eficiência e legalidade.

GALVÃO, Hudson Palhano de Oliveira. **The normative competency conflicts of brazilian regulatory State on the sector administrated by ANP**: 2010. 162 p. Essay on Master's program in Constitutional Rights from the Rio Grande do Norte Federal University, Natal/RN.

ABSTRACT

The dissertation has by objective describe the administrative activity of *regulation* exercised by independent regulatory agencies, observing that this activity was already done before this structures creation, however, after a really deep administrative reform that had as objective built a Public Administration with more efficiency, it passed to be done with some own peculiarities of these new structures of regulation. The work gave especial attention to what concern the conflicts of normative competency that really often happen between ANP (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis) and the legislatives organs of the Republic Federative of Brazil, because energetic area has unbelievable mater to any country, and the fact of some juridical norm be against the law and be accepted is very dangerous, it affronts the constitutional principle of the legality e may put in risk the democratic Estate of law, them, regulatory dogmatic must be scientifically knows, and developed, thought and especially there are so many doctrinaires divergences about regulation constitutionality. As a theorist point, the investigation got the Logical no-contradiction principle, according Hans Kelsen and Lourival Vilanova thought, doing a philosophical reflection about the system of positive law, in which there are many antinomies, or conflicts of norms, what include the conflicts of the administrative acts expedited by ANP and the legislation of the brazilian regulatory Estate. For a better understanding and exemplify some perplexities treated by the doctrinaire angle, this work did a lucubration about a possibility of a normative conflict between a ANP resolution and the municipal legislation in a specific case, also, brought several jurisprudences for the brazilians courts of justice, that confirm the empiric existence of normative conflicts among ANP's administrative norms and federal legislation. Finally, concludes observing that the regulation is not a legislative competency delegation to regulatory agencies, is just a new exercise of the administrative function, it is a technical specialization of the public administration, that using this know-how can acting with more efficiency, however the normative power of regulatory agencies must respect the "empire" of law, so in this terms, the dissertation suggests the ponderation of the constitutionals principles of efficiency and legality how form to harmonizing the democratic legitimate inherent to legal norm supremacy, with the perspective of an efficient economic and institutional development.

KEY-WORDS: Brazilian regulatory State. Conflicts of normative competency. Sector administrated by ANP. Ponderation between the principles of efficiency and legality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 MARCO TEÓRICO : PRINCÍPIO LÓGICO DA NÃO-CONTRADIÇÃO À LUZ DO PENSAMENTO DE KELSEN E VILANOVA.....	14
2.1 O PRINCÍPIO LÓGICO DA NÃO-CONTRADIÇÃO SEGUNDO HANS KELSEN.....	18
2.2 O PRINCÍPIO LÓGICO DA NÃO-CONTRADIÇÃO SEGUNDO LOURIVAL VILANOVA.....	22
2.3 ANTINOMIAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	24
2.4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO LÓGICO DA NÃO-CONTRADIÇÃO AO CONHECIMENTO JURÍDICO SOBRE O ESTADO REGULADOR BRASILEIRO E SUAS ANTINOMIAS.....	28
3 ESTADO REGULADOR BRASILEIRO E REGULAÇÃO DO SETOR ADMINISTRADO PELA ANP.....	32
3.1 PREMISSAS SOBRE ESTADO, FEDERAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	33
3.2 DO ESTADO PRESTADOR AO ESTADO REGULADOR.....	50
3.2.1 A criação do Estado regulador brasileiro.....	54
3.2.2 Natureza jurídica das agências reguladoras.....	61
3.2.3 Poder normativo: legislativo, regulamentar e regulador.....	66
3.2.4 Poder de polícia ou poder ordenador das agências reguladoras.....	77
3.2.5 Contenção da “Teoria da Captura” das Agências.....	81
3.3 DEFESA ADMINISTRATIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTRIBUIÇÕES DA ANP PARA IMPLEMENTAR O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL.....	85
3.4 REGIME JURÍDICO DAS ATIVIDADES DE EXPLORAÇÃO DE GÁS NATURAL, PETRÓLEO E DERIVADOS E SUA REGULAÇÃO PELA ANP.....	94
4 PROBLEMATIZAÇÃO : CONFLITOS DE COMPETÊNCIA NORMATIVA ENTRE A ANP E OS MUNICÍPIOS NA PRODUÇÃO DE ETANOL.....	110
4.1 O PODER NORMATIVO LEGISLATIVO DO MUNICÍPIO.....	111
4.2 ESTUDO DE CASO ESPECÍFICO: PERSPECTIVA DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA NORMATIVA ENTRE A ANP E O MUNICÍPIO DE	

CANDIOTA/RS	NA	PRODUÇÃO	DE
ETANOL.....			115
4.2.1 Tecnologia, biocombustíveis e proteção ambiental.....			118
4.2.2 Possibilidade de choque entre a legislação municipal e resolução da ANP.....			123
5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA REGULAÇÃO EXERCIDA PELA ANP.....			127
5.1 ASPECTOS ELUCIDATIVOS DA ATUAÇÃO DA ANP.....			128
5.1.1 Exercício do Poder de Polícia/ordenação.....			129
5.1.2 Zelo pela segurança, meio ambiente e defesa dos consumidores de combustíveis.....			131
5.1.3 Controle dos preços de combustíveis.....			132
5.2 EXCESSOS COMETIDOS PELA ANP.....			133
5.2.1 Exorbitância sancionadora em face dos agentes administrados.....			134
5.2.2 Exorbitância ordenadora em face da legislação.....			137
5.2.3 Questão específica do TRR.....			138
5.2.4 Questão específica do “City Gate” do petróleo e gás natural.....			141
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....			146
REFERÊNCIAS.....			155

1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo, descrito na presente dissertação, consiste na parcela da função administrativa exercida no Brasil pelas agências reguladoras, com destaque para a questão dos conflitos de competência normativa que ocorrem no Estado regulador brasileiro, especificamente no setor administrado pela ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

A pesquisa observou que tal atividade já era realizada pela Administração Pública brasileira antes da criação dessas entidades de regulação, porém, após a significativa reforma administrativa ocorrida na década de 90 do século XX, passou a ser exercida com certas peculiaridades inerentes às agências, e esses novos aspectos ensejam diversas celeumas doutrinárias e divergências jurisprudenciais, o que faz da análise das incongruências pertinentes ao fenômeno jurídico da hodierna regulação um estudo de extrema importância.

Considerando a importância da realização de uma análise criteriosa acerca da regulação, a pesquisa adotou o princípio lógico da não-contradição segundo o pensamento de Hans Kelsen e Lourival Vilanova como marco teórico, sobretudo pelo fato do objeto de estudo consistir em uma área do sistema de Direito positivo permeado de antinomias e divergências sobre a constitucionalidade de novos institutos, destarte é necessário aplicar tal princípio lógico ao conhecimento jurídico produzido, de maneira que este adquira a máxima coerência e verificabilidade.

Tais divergências decorrem da existência de conflitos de ordem prática e contradições científicas decorrentes da regulação, tendo em vista que empiricamente se constata na jurisprudência de nossos tribunais, diversos e díspares julgados que confirmam a existência de conflitos de competência normativa através do choque de normas expedidas pelas agências reguladoras e normas legais editadas pelos órgãos legislativos dos entes federados, fato este

que tem sua gravidade potencializada, na medida em que certas decisões afastam a eficácia da norma legal e declaram a prevalência da norma expedida pelo poder normativo regulador, que em rigor, se manifesta através de autarquias, ou seja, entidades da Administração Pública indireta.

Outrossim, há casos de conflitos normativos nos quais a jurisprudência assenta a prevalência da norma legal sobre a norma expedida pelas agências reguladoras, o que evidencia a ausência de um claro entendimento sobre as prerrogativas e limitações do poder normativo de autoridades administrativas reguladoras e legislativas após o advento da supramencionada reforma.

Essa realidade demonstra que é preciso haver uma reflexão acerca de entendimentos tradicionais sobre normas jurídicas basilares do Estado democrático de Direito, como o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar nada senão em virtude de lei, e que está insculpido no Art. 5º, II da Constituição Federal. O mesmo se aplica ao entendimento sobre a rígida separação entre os Poderes estatais, que foi proclamada pelo Art. 2º da Lei Maior, e tradicionalmente significa que as funções do Estado devem ser exercidas por Poderes diferentes, destarte, tais entendimentos da ciência do Direito precisam ser reavaliados diante da inexorável realidade jurídica posta, seja para que a ciência do Direito reconsidere a subsistência de tais entendimentos clássicos e os modifique, seja, para que os reafirme.

Para tanto, se faz necessário que os novos institutos jurídicos, em sua inter-relação com o Direito anterior, sejam analisados com considerável rigor, logo, o conhecimento que surge de tal estudo deve ser submetido à verificação filosófica, realizada no presente trabalho por uma reflexão norteada pelo princípio lógico da não-contradição, pois essa metodologia permite que se chegue a um conhecimento dotado de veracidade e consistência, ademais é

extremamente útil quando se pretende produzir um conhecimento científico sobre um ordenamento que contem normas jurídicas em conflito, ou seja, repleto de antinomias.

Nesse diapasão, para viabilizar a compreensão do fenômeno jurídico da regulação, e especificamente do objeto sub examine, qual seja, os conflitos de competência normativa do Estado Regulador brasileiro no setor administrado pela ANP, realiza-se uma descrição dogmática sobre as normas jurídicas que disciplinam o novel modelo de Estado, com especial atenção para as normas que disciplinam as atividades de exploração de petróleo, gás natural e biocombustíveis, à luz da Constituição Federal.

Com o escopo de contribuir para formação de novo conhecimento jurídico, decorrente do estudo aprofundado sobre os limites dos poderes normativos integrantes do Estado Regulador, a pesquisa buscou problematizar esse conhecimento, vislumbrando hipóteses nas quais existe a possibilidade de haver conflito de competência normativa entre a ANP e o ente federado Municipal, principalmente no que se refere a uma situação específica da produção de etanol (álcool combustível).

Ademais, faz uma ampla análise jurisprudencial, decorrente de minuciosa pesquisa realizada nos Tribunais Regionais Federais, bem como no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o que permite a constatação empírica da existência de conflitos de competência normativa no que se refere à disciplina da exploração de petróleo, seus derivados e gás natural, o que instiga o debate doutrinário diante do silêncio constitucional sobre os limites de atuação de tais poderes normativos, em sua inter-relação.

Destarte, o trabalho conclui observando que a *regulação* realizada pelas agências reguladoras vem contribuindo para a uma atuação mais eficiente da Administração Pública brasileira, porém, remanesce na doutrina questionamentos sobre sua harmonia para com a ordem constitucional vigente, porque do ponto de vista prático é notória a agilidade e tecnicidade com as quais essas entidades têm dado satisfatórias soluções às complexas

questões que reclamam manifestação estatal, a exemplo da regulação do setor administrado pela ANP, no qual, todavia, há conflitos de competência normativa, tendo em vista a existência de inúmeros choques entre resoluções e portarias expedidas pela agência e normas legais.

Desse modo, considerando que a atuação das agências reguladoras tem contribuído para a formação de uma Administração Pública mais eficiente, e para a implementação do programa de desenvolvimento estabelecido pela Constituição, firmamos o entendimento de que a legitimação do Estado Regulador brasileiro se dá mediante uma eficiente atuação das agências reguladoras na defesa administrativa de direitos fundamentais, desde que isso ocorra dentro dos limites estabelecidos por uma legislação que esteja em harmonia com os ditames da Constituição Federal de 1988.

É preciso ressaltar que Constituição dirigente brasileira de 1988 determina a edificação e o aperfeiçoamento de um Estado Social, ou seja, um Estado que deve atuar norteado pelo princípio da eficiência para dar efetividade aos direitos fundamentais individuais e sociais proclamados pela Lex Suprema, e na hodierna conjuntura observa-se que a regulação tem contribuído para esse desiderato, porém em certas situações têm olvidado o augusto princípio constitucional da legalidade, destarte, após minuciosa análise jurisprudencial e doutrinária sobre esse problema, a pesquisa conclui observando a imperiosa necessidade de uma ponderação entre tais princípios constitucionais em choque, de modo que o Estado Regulador brasileiro possa compatibilizar a legitimidade democrática inerente à supremacia da norma legal com a perspectiva de um eficiente desenvolvimento econômico e institucional.

2 MARCO TEÓRICO: PRINCÍPIO LÓGICO DA NÃO- CONTRADIÇÃO À LUZ DO PENSAMENTO DE KELSEN E LOURIVAL VILANOVA

No prefácio à segunda edição da obra *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen (2006, p. XVII – XVIII) reafirma sua pretensão de resolver os problemas mais importantes de uma teoria geral do Direito de acordo com os princípios da pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico e, ao mesmo tempo, precisar a posição da ciência jurídica no sistema das ciências.

Com o intuito de comprovar a cientificidade da ciência do Direito, Kelsen observa a aplicabilidade de princípios lógicos ao conhecimento gerado a partir das reflexões sobre as normas jurídicas, ou seja, sobre o Direito, que segundo o citado autor representa o objeto de estudo dessa ciência, não se confundindo com outros, notadamente os de inspiração política ou moral, objetos de estudo da ciência política e da ética respectivamente, e não da ciência do Direito¹.

De maneira muito clara e objetiva, Hans Kelsen determina que conforme a sua *Teoria Pura do Direito*, Direito é sinônimo de sistema de normas jurídicas², ou seja, norma positivada pelo Estado e, portanto dotada de coercitividade, configurando-se destarte as normas jurídicas como o objeto de estudo da ciência do Direito, percebe-se então a clara preocupação em definir o que o Direito é não o que o que ele deve ser³.

¹ Segundo Hans Kelsen (2006, p.1) “A teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo.(...) quando a si própria designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente determinar como Direito. Quer isso dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhes são estranhos”.

² Conforme Kelsen (2006, p.79) “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação –menos evidente- de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou conseqüência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas”.

³ Conforme Gustavo Binenbojm (2009, p.312) “As prescrições *dogmáticas* sobre o que o Direito é tendem a sem impor às discussões *Zetéticas* sobre o que o Direito deve ser. Daí serem as mudanças quase sempre pontuais e específicas, ainda quando numerosas e profundas”.

Assim, uma vez emanadas do Estado, as normas jurídicas constituem o chamado Direito objetivo, formado por regras, princípios e postulados⁴, dos quais decorrem os direitos subjetivos, que são as faculdades ou situações de vantagem titularizadas pelos indivíduos.

Nesse diapasão, Lourival Vilanova desenvolve aprofundada análise da lógica jurídica, dedicando-se às reflexões filosóficas que segundo o próprio autor, na Introdução da 1ª edição de seu livro *Estruturas lógicas e Sistema de Direito Positivo*, são imprescindíveis ao domínio da teoria e da prática, pois segundo Lourival Vilanova (2005, p.35) “Sem teoria geral do Direito e sem outras investigações mais delicadamente abstratas, não se domina nem a teoria, nem a prática, nem o saber científico especializado, nem a sua aplicação aos fatos concretos”.⁵

Observe-se que a função da lógica é analisar a coerência de todo o conhecimento, todas as asserções da ciência, e dessa forma destaca-se o princípio lógico da não-contradição como instrumento de investigação abstrata acerca da coerência, consistência e veracidade do conhecimento científico, no caso deste trabalho o foco é a lógica presente no conhecimento jus científico.

Destarte, para que as relações existentes entre filosofia, lógica, ciência e ciência do Direito sejam mais claramente elucidadas, é necessária a observação de alguns conceitos, afim de que as seguintes conclusões tenham premissas doutrinárias bem fundamentadas.

Hodiernamente, é bastante comezinho o entendimento que a filosofia é juízo sobre a ciência e não conhecimento de objetos, uma vez que reflete sobre o abstrato. Conforme

⁴ Segundo Humberto Ávila (2009, p.137-138) “Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios e postulados. As regras, a seu turno, são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos atributivas de poder.

⁵ Ressalte-se que um dos objetivos deste trabalho é justamente demonstrar, com racionalidade e dados empíricos, a lucidez deste pensamento de Vilanova, na medida em que evidencia a necessidade de se observar o Direito e a ciência do Direito, ou seja, as normas jurídicas e o conhecimento sobre elas, para que se resolvam as incongruências doutrinárias e se aperfeiçoe o exercício das funções estatais.

Miguel Reale (1999, p.12) “A filosofia é, assim, um conhecimento que converte em problema os pressupostos das ciências, como por exemplo, o “espaço”, objeto da geometria”.

Configura-se objetivo da filosofia verificar a validade do saber, ou ainda, estabelecer os caminhos que levam à verdade, determinando seus limites, condições e possibilidades efetivas, é a investigação crítica e racional do conhecimento geral, não-específico, realizada através de reflexões oriundas dos chamados “ramos da filosofia”, ou “campos da investigação filosófica”, dentre os quais está a lógica⁶.

Considerando a classificação aristotélica, os campos de investigação da filosofia sinteticamente são três: 1) *Sobre o ser*, isto é, da realidade fundamental e primordial de todas as coisas ou da essência de toda realidade, chamado de *ontologia* ou *metafísica*⁷; 2) *Sobre as ações humanas*: a *ética* (valores morais), e a *estética*, (valores artísticos como utilidade e beleza) e 3) *Sobre a capacidade humana de conhecer*: a *epistemologia*, teoria do conhecimento e da capacidade cognitiva, que avalia os procedimentos de investigação científica; e a *lógica*, que oferece as leis gerais do raciocínio, para verificar e comprovar a consistência do conhecimento científico. (CHAUÍ, 2006, p. 45)

⁶ No entendimento de Marilena Chauí (2006, p. 23-24) “A Filosofia não é ciência: é uma reflexão sobre os fundamentos da ciência, isto é, sobre procedimentos e conceitos científicos. Não é religião: é uma reflexão sobre os fundamentos da religião, isto é, sobre as causas, origens, formas e crenças religiosas. Não é arte: é uma reflexão sobre os fundamentos da arte, isto é, sobre os conteúdos e formas, as significações das obras de arte e do trabalho artístico. Não é sociologia nem psicologia, mas interpretação e avaliação crítica dos conceitos e métodos da sociologia e da psicologia. Não é política, mas interpretação, compreensão e reflexão sobre a origem, a natureza e as formas do poder e suas mudanças. Não é história, mas reflexão sobre o sentido dos acontecimentos enquanto inseridos no tempo e compreensão do que seja o próprio tempo.

⁷ No entendimento de Immanuel Kant, a *ontologia* era a *metafísica do ser*, que era cognoscível através de um conhecimento, que ao contrário do que diziam os filósofos antigos (racionalistas e empiristas) não era nem imanente, nem transcendente, pois o conhecimento era transcendental, ou seja, atingível através de juízos sintéticos à priori, que estão em todos os seres humanos, fazem parte de sua natureza racional, mas so se revelam em contato com a experiência. (ADEODATO, 2009, p.55). Observe-se ainda que essa concepção de viabilidade de um conhecimento atingido através de juízos sintéticos à priori, desenvolvida por Kant, é justamente a base filosófica que inspirou Hans Kelsen à conceber a norma hipotética fundamental legitimadora da Constituição, pois segundo o próprio Kelsen, tal norma é o pressuposto lógico transcendental que viabiliza a interpretação do sentido subjetivo do fato constituinte. (KELSEN, 2009, p. 225).

Para Miguel Reale (1999, p.13) “ciência é sistema de conhecimentos metodicamente adquiridos e de validade universal, pela verificação, inclusive experimental, da certeza de seus dados e resultados”.

Classicamente o conceito de “ciência” permaneceu, e em boa medida ainda permanece considerado como um conhecimento filosoficamente verificado de objetos⁸, entretanto, hodiernamente há um entendimento que partindo da concepção acima mencionada, ressalta a importância de se corrigir verdades científicas a partir da modificação de paradigmas, para que a verdade científica acompanhe as modificações da verdade, ou da realidade do seu objeto de estudo⁹.

Destarte, considerando a profunda reforma administrativa realizada no Brasil na década de 90 do século XX, que será minuciosamente descrita no próximo capítulo do presente trabalho, faz-se necessário reavaliar o conhecimento sobre as regras, princípios e postulados que caracterizam a ordem constitucional brasileira vigente sob a égide da Constituição Federal de 1988, para que a ciência do Direito siga o seu “construtivismo”, seja para reformular, adaptar ou estender antigos conceitos como o do *poder de polícia* à regulação setorial realizada pelas agências reguladoras, ou seja, para se desenvolver um novo conceito acerca dos novos institutos.

Por essas razões, tendo em vista que tal reforma suscitou celeumas jurídicas não pacificadas até hoje, uma vez que se delinearam novos contornos da atuação estatal, e isso implica graves transformações para a vida do povo, de quem emana todo o poder conforme

⁸ Nas palavras de Chauí (2006, p.221) sobre o conceito ciência: “A concepção empirista – que vai da medicina grega até o final do século XIX – afirma que a ciência é uma interpretação dos fatos baseada em observações e experimentos que permitem estabelecer induções e que, ao serem completadas, oferecem a definição do objeto, suas propriedades e suas leis de funcionamento”.

⁹ Assim, sobre o mais recente conceito de ciência Marilena Chauí (2006, p. 221) afirma que: “A concepção construtivista – iniciada em nosso século (XX) – considera a ciência uma construção de modelos explicativos para a realidade, e não uma representação da própria realidade. O cientista combina dois procedimentos – um vindo do racionalismo, outro vindo do empirismo – e a eles acrescenta um terceiro, vindo da idéia de conhecimento aproximativo e corrigível”.

determina a Lei Maior, é que se faz imprescindível o desenvolvimento da ciência do Direito, com base no que hoje prescreve a legislação, e no que tem determinado a jurisprudência, observando-se obviamente a sua compatibilidade com a ordem constitucional vigente.

Assim, é extremamente importante a reflexão jus filosófica feita neste momento, para que seja possível partir de premissas consistentes e nesse pórtico realizar a descrição científica das normas jurídicas que promoveram a mencionada reforma no Direito administrativo brasileiro, que revestiu o exercício da antiga atividade administrativa regulatória de novas características, e também estabeleceu uma nova forma de delegação e conciliação de interesses, bem como estabeleceu uma nova maneira de promover a defesa administrativa de direitos fundamentais proclamados pela Constituição Federal.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que para que haja a verificação do conhecimento produzido na presente pesquisa, e que se pretende por científico, é necessário submetê-lo a aplicabilidade de princípios lógicos, como condição primeira de sua cientificidade, pois segundo Vilanova (2005, p.195) “A consistência (compatibilidade formal) repousa na lei de não-contradição: dois enunciados contraditórios, p e não-p, não podem ser ambos verdadeiros no interior do mesmo sistema”.

Desse modo, observa-se que para um determinado sistema de conhecimentos ser considerado científico, é necessário que tal sistema seja consistente, ou seja, que suas proposições se pretendam verdadeiras e tenham sentido harmônico, sem contradições, logo, na busca por essa condição, para realizar tal verificação é preciso aplicar a esse conhecimento o princípio lógico de não-contradição.

2.1 O PRINCÍPIO LÓGICO DA NÃO-CONTRADIÇÃO SEGUNDO HANS KELSEN

Note-se que o princípio lógico da não-contradição, é o princípio segundo o qual duas proposições conflitantes não podem ser ao mesmo tempo verdadeiras no interior de um sistema científico. Considerando-se que a ciência do Direito é o conjunto de conhecimentos sistematizados, e filosoficamente verificados acerca das normas jurídicas, que segundo Kelsen é sinônimo de sistema de normas positivadas, é de suma importância que esses conhecimentos sejam verificados através da aplicabilidade desse princípio.

De acordo com Rudolf Carnap *apud* Hans Kelsen (1986, p. 243) “A função da análise lógica é analisar todo conhecimento, todas as asserções da ciência e da vida cotidiana a fim de tornar claro o sentido de cada semelhante asserção e as conexões entre elas.”, ou seja, a lógica, e a filosofia como um todo, se além à análise da viabilidade do conhecimento sobre os objetos, pois do conhecimento propriamente acerca dos objetos trata a ciência.

Então, observa-se que os princípios lógicos, e notadamente o de não-contradição, governam, como princípios universais, todas as ciências, e observando-se a aplicabilidade de princípios lógicos ao entendimento adquirido a partir do estudo metódico sobre as normas jurídicas, ou seja, sobre o Direito, surgindo um conhecimento, é possível concluir que este é racionalmente verificável, ademais, estando os enunciados sobre o Direito em harmonia com o princípio lógico da não-contradição, é possível confirmar a veracidade desse conhecimento, o que proporciona no aspecto teórico uma conclusão sobre a cientificidade da ciência do Direito, e no prático um melhor, mais claro e eficiente exercício das funções legislativa, jurisdicional e administrativa do Estado.

Nota-se então, que a atividade de investigação que tem a norma jurídica como objeto de estudo, é de fato ciência, devido adquirir e sistematizar metodicamente um conhecimento no qual existem estruturas lógicas, e ao qual se é possível aplicar o princípio lógico da não-contradição, e que por essa razão é racionalmente verificável.

Entretanto, resta saber se tais princípios lógicos se aplicam às normas, uma vez que elas também se apresentam através de proposições, ou seja, de orações, e por que não dizer? Da linguagem. Eis um relevante diferencial entre o objeto de estudo da ciência jurídica, e o objeto de ciências naturais, como a biologia, que estuda os organismos dos seres vivos, enquanto a ciência do Direito estuda as intelecções que emanam do texto normativo, logo, o substrato das normas jurídicas só existe no plano material em forma de orações, períodos ou frases.

Conforme Hans Kelsen (1986, p.241) “normas nem são verdadeiras nem falsas, os princípios da lógica tradicional, conforme opinião usual, podem ser aplicados somente a proposições que são verdadeiras ou falsas”, assim, surgiu diversas teorias acerca de como este conhecimento, verdadeiro ou falso, que é criado a partir do estudo das normas jurídicas, ao qual é possível aplicar os princípios lógicos, é produzido.

Para Kelsen, segundo Jorgensen: esse conhecimento surge através do “fator indicativo” imanente ao “fator imperativo”; segundo Husserl: surge através do “conteúdo teorético”; segundo Sigwart: surge através da asserção contida no imperativo; segundo Dubislav: surge através da “transformação” das proposições de exigência em proposições de asserção; segundo Hofstadter e Mckinsey: surge através da analogia entre “certeza de um imperativo” e “verdade de um enunciado”; segundo Alf Ross: surge a partir da paralela “entre valor-cumprimento de um imperativo” e “valor verdade de um enunciado”; e segundo Gerhard Frey: surge através da “correspondência das proposições descritivas às proposições imperativas”. (KELSEN, 1986, p. 244-263)

Kelsen discorda de todas as teorias de surgimento desse conhecimento por entender não haver quaisquer imanências, correspondências, transformações ou analogias entre norma e enunciado, devido conceber que ao sentido da norma corresponde ou não corresponde apenas e tão somente à efetiva conduta do destinatário da norma, uma vez que os enunciados,

ou seja, o conhecimento científico sobre a norma surgirá em outras perspectivas, dependendo de interpretações diversas que possam aparecer no ambiente de reflexão científica, porém ao destinatário da norma caberá o seu efetivo cumprimento¹⁰. (KELSEN/1986, p.264)

Logo, no caso de haver enunciados conflitantes sobre uma determinada norma, é possível, guiando-se pelo rigor indispensável ao raciocínio científico, aplicar o princípio lógico da não-contradição aos tais enunciados, analisando-os e concluindo-se pela veracidade de um em face da inverdade de outro, e da mesma forma poder-se-ia proceder, caso houvesse duas normas conflitantes que suscitasse enunciados diversos, pois assim resolver-se-ia a contradição de enunciados científicos acerca de normas conflitantes, porém o conflito

¹⁰ Exemplo: no antigo processo de execução de título judicial, o executado defendia-se através da ação autônoma de embargos à execução, que necessitava da prévia segurança do juízo através da penhora ou de depósito, e tinha efeito suspensivo, conforme o texto modificado do art.736 e revogado dos artigos 737 e 739 § 1º do CPC – Código de Processo Civil. Após a reforma realizada pela Lei 11.232/05, na execução de título judicial o executado irá defender-se através do instituto da impugnação, que diferentemente dos antigos embargos à execução, não têm, a rigor, efeito suspensivo, mas o juízo também precisa estar seguro para sua proposição, conforme determinou a redação do § 1º do art. 475-J, e *caput* do art. 475-M do CPC. Consoante Nery Junior e Nery (2006, p.642) “A impugnação tem natureza jurídica híbrida – misto de ação e de defesa – e deve ser ajuizada por meio de petição inicial, observados no que couber, o disposto no CPC 282 e 283. Na execução de sentença, que se faz pelo instituto do *cumprimento de sentença*, a segurança do juízo se dá pela penhora, de modo que o devedor só poderá valer-se da impugnação depois de realizada a penhora. Como diz a referida norma, o executado será intimado para oferecer impugnação, depois de haver sido realizada a penhora e a avaliação. Esse entendimento sobre a norma em questão, ao qual nos perfilhamos, também é esposado por outros autores, pois nas palavras de Wambier, L.; Wambier, T. e Medina (2007, p. 194) “No caso do cumprimento de sentença, foi mantida a penhora como condição para apresentação de impugnação. Diante disso, parece-nos correto entender que a exceção de pré-executividade continua admissível, antes da realização da penhora, nos casos em que falte algum dos requisitos para execução da sentença”. Entretanto, há uma interpretação de aspecto *contra legem* do § 1º do art. 475-J, com entendimento diverso de que não é necessária a segurança do juízo para o oferecimento da impugnação ao cumprimento sentença, pois segundo Marinoni (2007, p. 290) “Para a apresentação de impugnação não se requer a prévia segurança do juízo. Não há regra sobre a questão e o Art. 475-J, § 1º, poderia insinuar outra resposta, já que diz que a intimação para o executado impugnar se dá depois de realizada a penhora. [...] A prévia realização da penhora não é mais imprescindível para tornar o juízo seguro enquanto são processados a impugnação e os embargos”. A perplexidade do autor retro mencionado reside no fato de após a reforma realizada com o advento das Leis 11.232/05 e 11.382/06, o CPC exigir a segurança do juízo apenas para o oferecimento da impugnação ao cumprimento de sentença, e autorizar a proposição de embargos à execução de título extrajudicial, sem a prévia segurança do juízo. Ora, se os processos de execução são distintos, é razoável que o executado também tenha meios de defesa específicos em cada processo, conforme foi estabelecido pela reforma legislativa, desse modo, conforme o pensamento de Kelsen observa-se que apesar da existência de um enunciado científico que difere completamente do que determina uma norma jurídica, ela, a norma, permanece incólume em sua eficácia, e continua correspondendo apenas à conduta que deve ter o seu destinatário, qual seja, neste caso, o executado que pretende oferecer impugnação ao cumprimento de sentença, e não corresponde de modo algum ao entendimento do supramencionado autor ou de qualquer outro pensador que também contribua para o desenvolvimento da ciência do Direito.

normativo continuaria a existir, até o advento de uma nova norma que revogasse expressamente o conteúdo conflituoso de tais normas, ou seja, que resolvesse a antinomia.

Em suma, segundo o pensamento de Kelsen, é possível concluir que em caso de haver antinomias no interior do ordenamento, a interpretação que gera o conhecimento sobre esse Direito não tem o condão de retirar a eficácia de nenhuma norma jurídica, o que somente pode ocorrer pelo devido processo produtor de normas jurídicas novas, já previamente previsto pelo Direito posto.

Nas palavras de Hans Kelsen (1986, p. 241) “a aplicabilidade de princípios lógicos à ciência do Direito geralmente não é problema porque os princípios da lógica são aplicáveis a todas as ciências”, destarte, essa característica conflituosa das normas jurídicas é considerada natural, tendo em vista que isso ocorre freqüentemente, em diversos ordenamentos, o que não representa ausência de *logicidade* no conhecimento que surge a partir do estudo desses ordenamentos jurídicos.

2.2 O PRINCÍPIO LÓGICO DA NÃO-CONTRADIÇÃO SEGUNDO LOURIVAL VILANOVA

Lourival Vilanova chama a atenção para a necessidade de coerência formal entre as proposições existentes dentro de um sistema formal, pois se houver dentro dele, uma proposição e sua contraditória, torna-se inconsistente, e requer a revisão das proposições que funcionam como pilares, afinal em sistemas empíricos de conhecimentos, sejam ciências naturais, sejam ciências da cultura, a consistência formal é um *príus* lógico.

Segundo Lourival Vilanova (2005, p.43) “uma vez encontradas as estruturas lógicas, vemos que elas valem antes de todo conhecimento, como condição formal a priori da possibilidade de qualquer conhecimento de objetos”, ou seja, tais estruturas são

indispensáveis ao conhecimento, enfim, à ciência que estuda qualquer objeto, e afirma ainda que “se a ciência dogmática do Direito é ou aspira ser ciência, tem de satisfazer a forma de sistema: de um todo isento de contradições.” (VILANOVA, 2005, p. 179).

Vilanova observa que a experiência demonstra a existência de contradições entre as proposições normativas. Contradições entre normas de um mesmo nível, entre normas constitucionais, entre leis ordinárias, entre regulamentos e entre outros atos normativos. Contradições só elimináveis pela sucessão temporal (norma de mesmo nível revoga norma anteriormente editada); e da especialidade quando, norma geral admite a contraposição, logicamente contraditória, de uma norma especial, estatuinto para todos os casos compreendidos num conjunto, menos para alguns que se excetua por serem específicos, mas que pertencem ao conjunto.

Segundo o autor, se o sistema de Direito positivo, ou seja, o ordenamento jurídico, fosse um sistema científico, necessariamente seguiria a lei de não-contradição, mas não é sistema científico, é um sistema homogêneo de proposições prescritivas, assim não pode conter a “lei” lógica, que é *teórica*, ao lado das demais normas positivas, diferente do que ocorre com a ciência, que busca conhecer e descrever as normas que compõem o ordenamento¹¹.

Deste modo, descabe buscar o princípio lógico de não-contradição para solucionar o conflito entre normas de sistemas diferentes, pois a contraditoriedade é recíproca, o princípio lógico da não-contradição não é norma positiva para desconstituir normas vigentes, e conforme Lourival Vilanova (2000, p.309) “a ele se vai, como auxiliar indispensável, no

¹¹ Afirma Lourival Vilanova (2000, p.308) que: “Parece-nos que na teoria dos conflitos de normas, Kelsen, *Reine Rechtslehre*, P. 71, mescla três sistemas, que seu agudo senso lógico logo vem a superar. Temos o sistema lógico-formal S'; o sistema científico-dogmático S'' e o sistema de normas jurídicas positivas S''' . Os dois primeiros falam sobre o terceiro: por isso são respectivamente, metalinguagem formal e metalinguagem material. O conflito contraditório que ocorre em S''' não se desloca par S''.

processo de hermenêutica, que prepara o ato de decisão”, ressaltando-se por oportuno que a decisão judicial é justamente uma norma jurídica que pode colocar fim à antinomia existente.

Vê-se então que Vilanova concorda com o pensamento de Kelsen, no sentido de também entender que o aplicador do Direito deve estar atento aos métodos de interpretação da hermenêutica, observando destarte os princípios lógicos, mas o conflito normativo somente se resolverá diante do caso concreto com um ato de decisão de uma autoridade competente.

Destarte, os princípios da lógica e, sobretudo o princípio da não-contradição podem e devem ser aplicados à ciência do Direito, apesar da existência de normas jurídicas conflitantes ou antinomias no interior do ordenamento jurídico, pois também em seu entendimento tais conflitos normativos não significam contradições científicas, e devem ser resolvidos por meio da edição de uma nova norma pelo Estado, que pode ser uma nova lei, um novo ato administrativo, ou uma nova decisão jurisdicional.

2.3 ANTINOMIAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É certo que o sistema prevê princípios hermenêuticos que solucionam as antinomias, determinando, em cada caso, a norma que deve prevalecer: trata-se dos princípios *hierárquico* (entre normas de categoria diversa, prevalece a de mais alta hierarquia), *cronológico* (a lei mais nova revoga a lei mais antiga, tacitamente, quando for com ela incompatível) e *da especialidade* (a norma especial prevalece, no seu âmbito restrito de atuação, sobre a norma geral em sentido contrário).

Mas a aplicação dessas três vias de solução pressupõe que haja incompatibilidade real, e não aparente, entre as normas. Somente depois de esgotados os recursos da hermenêutica, na busca infrutífera de um modo de interpretar que compatibilize as três regras, é que se confirma a antinomia.

Na verdade, dos três métodos de solução de antinomias antes vistos (cronológico, hierárquico e da especialidade), os dois primeiros são inaplicáveis às antinomias entre normas contidas no mesmo diploma legal.¹²

Neste caso, o método hierárquico também seria inútil, e apenas o terceiro método, o da especialidade, é que pode ser de utilidade nesse caso, mediante a apuração, no caso concreto, de que uma das regras contemporâneas antinômicas representa exceção à outra, que é regra geral, demonstrando em uma última análise, que na verdade, a desconstituição da antinomia se faz por um ato de vontade do aplicador da norma.

Tal se dá, por exemplo, quando a norma contida no parágrafo contraria a contida no seu *caput*, a organização topológica das disposições revela que o parágrafo excepciona a norma geral do *caput*.¹³

Certamente, antinomias existem em todos os ordenamentos jurídicos, afinal não é possível

¹² Como fora muito bem frisado por Kelsen (2006, p. 230) “As normas que estão em conflito uma com as outras podem ser postas ao mesmo tempo, isto é, com um só ato do mesmo órgão, por tal forma que o princípio da *Lex posterior* não possa ser aplicado. Assim sucede quando numa e mesma lei se encontram duas disposições que contrariam uma à outra”.

¹³ Exemplos de antinomias: Tal situação ocorre na antinomia entre o art. 8, § 1º, e o art. 3º, II, da Lei 9.099/95. O art. 8º, § 1º, previu a regra geral segundo a qual somente as pessoas físicas estão admitidas a figurar no pólo ativo, nas demandas perante o Juizado Especial Cível. Todavia, o art. 3º, II, afirma a competência (absoluta, segundo uma corrente) do Juizado Especial Cível para conhecer das causas enumeradas no art. 275, II, do CPC, onde aparece, dentre outras, a ação para cobrança de débito condominial, que se faz através da pessoa jurídica do condomínio. Outro exemplo de normas contemporâneas e antinômicas aparece nos §§ 1º e 2º do Código Penal, que tratam da revogação e da prorrogação do prazo do *sursis*. Dizem os citados dispositivos: § 1º. A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumprir qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos; e § 2º. Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo. É que a prorrogação no caso de processo por contravenção sujeita somente a pena de multa cria uma antinomia do § 2º com o § 1º. Este último prevê a facultatividade da suspensão quando houver condenação por contravenção, mas só se for imposta pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. Outra questão polêmica é a concernente ao art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) e ao art. 32 da LCP - Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688/41). No caso, há uma norma subsidiária mais abrangente, a do art. 32 da LCP, tipificando o dirigir sem habilitação como infração de mera conduta; e uma norma menos abrangente, a do Art. 309 do CTB, incriminando uma conduta mais estrita, que é a de produzir perigo concreto ao dirigir sem habilitação. Enfim, outro exemplo de antinomia surge no novo Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03). O art. 12 da dita lei, sob a epígrafe “posse irregular de arma de fogo de uso permitido”, incrimina, entre outras condutas típicas, a de “manter sob sua guarda arma de fogo, de uso permitido, no interior de residência, ou local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa”. Já o art. 14, com a epígrafe “porte ilegal de arma de fogo de uso permitido”, incrimina a conduta de “manter sob guarda, arma de fogo, de uso permitido”. A conduta de manter sob guarda a arma de fogo de uso permitido aparece descrita, como comportamento típico, em dois tipos diferentes, e com penas diferentes.

naturalmente negar-se a possibilidade de os órgãos legislativos, judiciários e administrativos efetivamente estabelecerem normas que entrem em conflitos umas com as outras, e em que pese a existência de métodos de hermenêutica, é o aplicador do Direito, diante do caso concreto, que decidirá qual norma conflitante terá eficácia e qual não surtirá quaisquer efeitos.(KELSEN, 2006)

Observe-se então que o princípio lógico da não-contradição é aplicável à ciência do Direito, uma vez que ele deve ser utilizado na verificação dos enunciados que surgem a partir do estudo do Direito, mas não se aplica ao objeto da ciência do Direito, pois as normas jurídicas não são nem verdadeiras nem falsas, podendo apenas ser consideradas válidas ou inválidas.

Porém, é possível concluir que às normas jurídicas aplicam-se outros princípios lógicos, como os da coerência e sentido, afinal o Direito se expressa em orações da linguagem, se expressa em sentenças gramaticalmente construídas, que precisam fazer sentido para atingir o seu escopo de disciplinar a conduta humana, logo, em que pese a não aplicação do princípio de não-contradição às normas jurídicas, a elas não só é possível como é necessário a aplicabilidade de elementos lógicos, a fim de se assegurar o sentido sintático das palavras e a coerência semântica das frases que formam os textos normativos.

Diante das antinomias que empiricamente são constatadas, observa-se que ambas as normas em conflito são válidas, possuem eficácia, logo, o raciocínio interpretativo que ao estudar o Direito se depara com estas questões, e assim constrói a dogmática jurídica, pode fazer surgir um conhecimento que afirme a prevalência de uma norma conflitante sobre a outra, porém, tal conhecimento não possui o condão de definir qual norma vai de fato ser mantida em face da outra.

Também Para Vilanova, o princípio lógico da não-contradição se aplica somente às ciências, incluindo a ciência do Direito, ou seja, aplicam-se, portanto às proposições

apofânticas, ou enunciados, desta ciência, aos quais é possível aplicar a lógica bivalente, do verdadeiro ou falso, diferentemente do que ocorre com as proposições *deônticas*, ou seja, as normas jurídicas, às quais tal princípio lógico não se aplica por serem apenas válidas ou inválidas.

Diante do exposto, conclui-se que, havendo um conflito de normas jurídicas, não será possível utilizar-se apenas a interpretação para definir qual norma deve prevalecer, podendo o aplicador do Direito até fazer uso da hermenêutica, o que não o exime de decidir qual norma aplicar, logo, a solução do caso concreto será alcançada por um ato de decisão proferido por uma autoridade competente, e não por um ato de interpretação de um hermeneuta ou cientista do Direito, por mais que o entendimento deste venha a estar mais correto, ou mais adequado às determinações constitucionais, apenas o primeiro terá eficácia e deverá ser cumprido pela sociedade.

Conclui-se enfim, que segundo o pensamento dos autores que formam o marco teórico da presente dissertação, o conflito normativo propriamente dito, será solucionado através de uma decisão proferida em conformidade com o devido processo produtor de normas jurídicas.

Ademais, essa natureza conflituosa das normas jurídicas não representa qualquer entrave à cientificidade da ciência do Direito, pois esta ciência possui estruturas lógicas semelhantes às demais ciências, o que se evidencia pela aplicabilidade do princípio lógico da não-contradição aos seus enunciados, atestando-se deste modo a veracidade do conhecimento jurídico afirmado pela doutrina, e permitindo-se aos cidadãos sob o império da lei, que também são administrados, e jurisdicionados, uma maior segurança, ao na defesa de seus direitos subjetivos buscarem no Estado o arrimo da justiça conforme o Direito.

2.4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO LÓGICO DA NÃO-CONTRADIÇÃO AO CONHECIMENTO JURÍDICO SOBRE O ESTADO REGULADOR BRASILEIRO E SUAS ANTINOMIAS

Com fundamento na reflexão até aqui desenvolvida é possível o entendimento que as regras da hermenêutica não são “chaves mágicas” para resolver todos os problemas intercorrentes no labor interpretativo, pois elas são na verdade apenas ferramentas que auxiliam no trabalho de interpretação. Sua principal utilidade decorre de serem parte de um grupo de premissas aceitas pacificamente pela comunidade jurídica, fato que foi deveras esclarecido pela construção, ou elucidação da “pirâmide normativa” de Kelsen. As regras de interpretação são, portanto, como postulados herdados da experiência dos juristas, são premissas úteis como pontos de partida para argumentações consistentes.

Entretanto, observa-se que diante das antinomias, a solução ocorrerá de fato pela decisão, pelo ato de vontade do aplicador do Direito, que fundamentará sua decisão, com base no ordenamento jurídico, considerando os métodos interpretativos, os fatos concretos e também os princípios lógicos, mas ressalte-se que o aplicador efetivamente decidirá qual a norma conflitante que será aplicada.

Para Kelsen, bem como para Vilanova, o princípio lógico da não-contradição não se aplica às normas, uma vez que estas não são verdadeiras nem falsas, podendo as mesmas serem apenas válidas ou inválidas, destarte, esse entendimento também deve permanecer no que concerne os conflitos normativos existentes no assim chamado Estado Regulador brasileiro, no qual se observa conflitos de competência normativa entre o Poder Legislativo dos entes federados, e autoridades administrativas como as agências reguladoras, que são entidades administrativas vinculadas ao Poder Executivo, e que dispõem do chamado poder normativo regulador.

Ocorre que a reforma administrativa realizada no Brasil na década de 90 do século XX, implementada através das emendas constitucionais nº 08/95 e 09/95, promulgadas com a intenção de viabilizar uma redução na “máquina administrativa” do Estado, intenção esta também prevista no PND – Programa Nacional de Desestatização (Leis nº. 8.031/90 e 9.491/97) trouxe ao texto da Constituição apenas duas superficiais menções às agências reguladoras, uma para o inciso XI do art. 21¹⁴, referente à ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, e outra para o inciso II, do §2º do art.177¹⁵, referente à ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

Em que pese a Constituição fazer menções alhures à atividade reguladora do Estado, especificamente, a menção constitucional à atividade administrativa de regulação a ser realizada pelas agências reguladoras restringi-se à essas duas normas supracitadas.

Assim, até o presente momento a CF somente cita a previsão de duas agências reguladoras, ANATEL e a ANP, sendo as demais agências reguladoras e principalmente, todas as especificidades acerca dessas entidades, estabelecidas somente pela legislação.

Desse modo, a Constituição da República Federativa do Brasil silencia totalmente sobre as competências, prerrogativas e limites de atuação dessas entidades administrativas independentes, que surgiram no ordenamento jurídico a pouco mais de uma década, inaugurando uma nova maneira de exercício da função administrativa, e assim, enseja celeumas jurídicas acerca da compatibilidade da atuação das agências nos termos estabelecidos pela legislação, aos ditames da Constituição Federal de 1988.

Essas incertezas que se formaram acerca da constitucionalidade de certas características que a legislação estabeleceu como pertinente às agências reguladoras, sem dúvidas tem no

¹⁴ CF. Art. 21. XI – Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

¹⁵ CF. Art. 177. §2º A lei que se refere o §1º disporá sobre: (...) III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

poder normativo concedido à essas entidades seu maior ponto de divergência, pois imediatamente surgiram questionamentos quanto a possibilidade dessa competência usurpar parcela do poder normativo legislativo do Congresso Nacional, ou do poder regulamentar do Presidente da República, aviltando o Art. 5º inciso II, que proclama o princípio da legalidade, e o Art. 84, IV, que estabelece a competência privativa do Presidente da República para expedir normas regulamentares.

Essas perplexidades se agravam devido à constatação da existência de conflitos entre essas normas de naturezas diferentes, com destaque para os que envolvem a legislação municipal, estadual e federal, e os atos normativos expedidos pela ANP que concernem à disciplina da indústria do petróleo, a produção de etanol e a exploração de gás natural.

Entretanto, em que pese a existência de dúvidas quanto a possibilidade, limites ou legitimação do poder normativo das agências reguladoras, observa-se que elas vêm ao longo dos anos exercendo esse poder que lhes fora conferido pela legislação, e seus atos normativos, à exceção de alguns em conflito com normas legais, e que por essa razão tiveram sua eficácia suspensa por determinação judicial (que é ato de vontade de uma autoridade, com competência para deflagrar o processo produtor de norma nova) como será demonstrado a seguir, desde a implantação das primeiras agências tiveram sua eficácia reconhecida pela própria Administração Pública, pelos concessionários e usuários dos serviços e atividades econômicas regulados, adquirindo destarte efetividade, ou seja produzindo resultados na vida das pessoas que atuam nos respectivos setores, considerados eficientes, devido a celeridade e o alto grau de especialização técnica com os quais foram editadas para disciplinar situações delicadas e urgentes.

Assim, surgiram novas teorias acerca do Estado brasileiro, que buscaram e ainda buscam a conformação dessa situação de fato com a ordem constitucional vigente, como a teoria da “deslegalização”, do Direito administrativo ordenador a da administração pública policêntrica,

analisadas a seguir, e que demonstram racionalmente a existência de um novo entendimento, ou seja, uma nova ciência do Direito constitucional e administrativo brasileiro no que concerne a regulação.

À essa nova ciência do Direito, ou seja, à esse novo conhecimento sobre o Direito, é extremamente importante aplicar o princípio lógico da não-contradição, de modo que seja possível verificar a coerência e consistência desses argumentos que se pretendem científicos, por isso se faz aqui uma minuciosa análise dogmática e jurisprudencial, ou seja, doutrinária e empírica, sendo possível afirmar a veracidade desse conhecimento, contraditar outras premissas e apresentar uma conclusão, que uma vez correta contribuirá para que as autoridades às quais compete o exercício de quaisquer poderes normativos, sobretudo o regulador, atuem dentro de seus limites constitucionais e conseqüentemente diminuam-se os conflitos de competência normativa, deveras encontrados no setor administrado pela ANP.

03 ESTADO REGULADOR BRASILEIRO E REGULAÇÃO DO SETOR ADMINISTRADO PELA ANP

Para se compreender o fenômeno jurídico da regulação, principalmente quando se pretende descrever cientificamente os conflitos de competência normativa do Estado regulador brasileiro no setor administrado pela ANP, de modo que o conhecimento produzido seja coerente, e à ele seja aplicável o princípio lógico da não-contradição, é indispensável prévia observação de conceitos fundamentais, afinal a regulação ocorre através de autarquias *sob regime especial*, que são entidades da Administração Pública indireta, com prerrogativas específicas que suscitam celeumas acerca de possível usurpação de competências dos Poderes do Estado, o que leva à questionamentos acerca da constitucionalidade desse modelo de Administração Pública sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Ora, desse modo, antes de esmiuçar a dogmática das normas jurídicas que disciplinam a regulação no Brasil, e especificamente na presente dissertação, do Direito que disciplina a regulação do setor administrado pela ANP, que é uma área de exploração econômica estratégica e não de prestação de serviços públicos, devendo pois esta agência, dentre outras atribuições, implementar a parte da política energética que lhe compete, e que é determinada pelo Presidente da República, é preciso analisar em qual estrutura constitucional e administrativa ocorre ou pode ocorrer essa regulação.

Logo, para uma clara explanação do tema aqui trabalhado é condição *sine qua non* que primeiramente sejam elucidados conceitos pertinentes à ciência do Direito constitucional e do Direito administrativo, como os conceitos de poder, Estado, poder político, Estado federativo – uma vez que descreve os delineamentos da República Federativa do Brasil - entes federados, Poderes constituídos dos entes federados, funções dos poderes constituídos, Governo, e Administração Pública direta, e Administração Pública indireta, da qual fazem parte as agências reguladoras, como a ANP.

3.1 PREMISSAS SOBRE ESTADO, FEDERAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo a remansosa Teoria Geral do Estado, para que este de fato exista é preciso que haja um povo politicamente organizado vivendo em determinado território e exercendo neste a sua soberania.

Observe-se que nos primórdios da humanidade, “povo” poderia significar um conjunto de seres humanos unidos por afinidades e interesses comuns, que seguindo seus ímpetus naturais de sobrevivência, agiam motivados por instinto e racionalidade para proteger-se de predadores ou de bruscas alterações climáticas que os colocasse em risco, e desse modo possuíam uma espécie de *poder primitivo*, que era uma força que lhes compelia a afirmar-se diante de seus pares e da própria natureza selvagem do território no qual viviam.

Assim, o poder primitivo do povo consistia na fusão das capacidades ou aptidões dos indivíduos para defesa de si próprios, dos seus amigos e familiares, o que ao longo do transcurso histórico gerou um movimento de compreensão e agregação dos interesses desses diversos indivíduos enquanto *grupo*, o que resultou na criação de um ente que representasse e defendesse os interesses dessa coletividade em face de inimigos externos, mas também protegesse os interesses de cada indivíduo diante de conflitos ou disputas existentes no seio desse mesmo povo.

Logo, o poder primitivo do povo é justamente o poder pelo qual os indivíduos se auto-organizam de maneira institucional, através de um ente com legitimidade para representar a todos, o que torna esse ente mais forte, mais poderoso do que um indivíduo em sua particularidade, pois os indivíduos renunciaram uma considerável parte de seu poder primitivo de auto tutelar seus interesses, e a conferiram a este ente, pois ele, por ser mais forte que um único indivíduo é mais eficiente na defesa de quaisquer interesses que se proponha a proteger.

Esse ente denomina-se Estado, que se caracteriza por ser corporativo, posto que surge da vontade de inúmeros indivíduos, ou seja, pelo “poder primitivo” do povo, ressaltando-se que a hodierna ciência do Direito constitucional refere-se a tal poder como poder constituinte originário, tendo em vista a concepção contemporânea, surgida após a Revolução Francesa de 1789, da indispensabilidade de uma Constituição para que determinado Estado seja reconhecido como Estado democrático de Direito¹⁶.

O Estado representa seus instituidores, ou seja, determinado povo, devendo, portanto sempre agir com, mediante e para este povo, uma vez que o poder primitivo do povo ou poder constituinte originário ao criar o Estado, concedeu a este a titularidade do *poder político*, que é o poder institucionalizado e institucionalizador, ou seja, aquele que se expressa por meio da instituição pública estatal, com capacidade para criar o Direito e aplicá-lo, de ofício ou quando provocado, disciplinando destarte a vida dos indivíduos e a sua própria atuação, defendendo a coletividade que representa das ameaças externas e internas e pacificando os conflitos que venham a surgir envolvendo seus cidadãos.

Observe-se que o povo, concedeu a titularidade do poder político ao Estado, resguardando para si apenas *direitos políticos*, como o direito de votar e de ser votado, assegurados na sua Constituição, os quais titulariza em face do Estado, logo, de modo geral, o poder político não é exercido pelo povo, é exercido apenas por aqueles que o representam, aqueles que foram legitimamente investidos de poder e agem por meio dos Poderes estatais.

Desse modo, o Direito Constitucional pode ser definido como o conjunto de normas jurídicas que legitima e disciplina o poder político de um Estado, estabelecendo as prerrogativas e as limitações deste em face do seu povo fundador, e nesse sentido segundo

¹⁶ Segundo Miguel Seabra Fagundes (1979, p. 03) “O Poder Constituinte, manifestação mais alta da vontade coletiva, cria o Estado (ou reconstrói) por meio da Constituição, lei básica em que lhe determina a estrutura geral, institui a autoridade, delimitando a organização dos Poderes Públicos, e define os direitos individuais do indivíduo. A Constituição é, assim, a expressão primária e fundamental da vontade coletiva, organizando-se juridicamente o Estado, que com ela principia a existir e segundo ela demanda seus fins.”

José Afonso da Silva (2005, p. 34) “O Direito Constitucional configura-se como o *Direito Público fundamental* por referir-se diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases de sua estrutura política”.

Ressalte-se que o Estado é um ente impessoal, pois se destina a defesa do interesse público sobre o particular, todavia não pode sobrepujar os direitos individuais, além disso, é personalizado, ou seja, capaz de titularizar direitos e contrair obrigações, e suas ações sempre devem seguir o devido processo estabelecido pela Constituição.

O Estado pode ter a forma unitária ou federativa, o que será determinado pelo Direito Constitucional. Diferentemente da forma unitária, na sua forma federativa, o Estado é formado por diversos entes políticos, ou pessoas políticas, que são personalizados, são pessoas jurídicas de direito público administradas diretamente pelos seus Poderes, por isso se dizer, pessoas jurídicas de direito público da administração direta. No presente contexto histórico, no qual já se vivencia a evolução do constitucionalismo, é necessário pontuar que cada ente federativo possui suas competências previamente previstas pela Constituição Federal (CARVALHO FILHO, 2009, p.2).

A República Federativa do Brasil, como o próprio nome já diz, é um Estado federativo, ou uma federação, formada nos termos do Art. 1º da CF - Constituição Federal “Pela união indissolúvel dos Estados (Estados- membros, ou Unidades Federativas), e Municípios e do Distrito Federal”, que juntos originam mais um ente federado: a União, que tem competências político-administrativas próprias.

Conforme o Art.18 da Constituição Federal brasileira, “A organização político – administrativa do Estado brasileiro compreende a União, os Estados (Estado- membros ou UFs - Unidades Federativas), o Distrito Federal, e os Municípios, todos autônomos nos termos da Constituição”, que são os entes federados, logo, observa-se que esses entes são

titulares de uma parcela do poder político geral do Estado, desse modo, enquanto a República Federativa do Brasil, ou seja, o Estado brasileiro tem a titularidade do poder político total, seus entes federados têm a titularidade do poder político parcial, e cada um deles ainda divide este poder político parcial em poderes constituídos “especializados”, quais sejam: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

Os poderes constituídos dos entes federados são por sua vez, parcelas ou seguimentos do poder político dos entes federados, destarte, percebe-se que em um grande Estado federativo como o Estado brasileiro, há uma cadeia de fracionamento do poder, que saindo do poder primitivo do povo, ou poder constituinte originário, origina o poder político do Estado, que se reparte entre os entes federados, e que no interior desses últimos ainda se divide em três Poderes constituídos, ou especializados, ressaltando-se que o poder político no âmbito do ente federado municipal divide-se apenas em Legislativo e Executivo, não possuindo o viés judiciário presente nos Estados- membros, no Distrito Federal e na União.

Cumprе afirmar, para que não restem dúvidas, que no entendimento aqui esposado, o Poder Judiciário também é parte do *poder político* do Estado, e numa federação, como é o Brasil, ele é parte do poder político dos entes federados que o possuem, devido desempenhar atividades institucionalizadoras, na medida em que cria e aplica o Direito de maneira específica exercendo a jurisdição, ou seja, pacificando os conflitos sociais, realiza um controle externo, repressivo, dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo, e também organiza seus serviços internos para criar as condições ideais de atender as demandas sociais, logo, tais atribuições, ao serem efetivadas pelo Poder Judiciário de qualquer ente federado, representam em última análise a vontade Estado brasileiro, por isso, é inegável a natureza política deste Poder.

Observe-se então que, na Federação brasileira os poderes constituídos dos entes federados exercem funções públicas¹⁷, ou seja, atividades institucionalizadoras, típicas e atípicas, quais sejam: função legislativa, administrativa e jurisdicional. Tais funções são atividades disciplinadas pelo Direito público, e que desse modo são de realização obrigatória pelo Estado, diferem-se, portanto de atividades facultativas, aquelas realizadas pelos particulares, e que por sua natureza são disciplinadas pelo Direito privado¹⁸.

O Poder judiciário ao exercer a jurisdição realiza sua *função típica*, pois a função jurisdicional é o seu mister por excelência, porém, ao por exemplo, realizar a delegação dos serviços públicos notariais e de registro, nos termos da Lei 8.935/94, ele realiza função administrativa, que é *atípica* a este Poder e típica do Poder Executivo, ademais o Poder Judiciário também exerce a função legislativa, ao elaborar lei complementar, de iniciativa do STF, que dispõe sobre o estatuto da magistratura, também atípica a este Poder e típica do Poder Legislativo, desempenhando tais funções com espeque no Art. 96, I, “a”, “b” e “c”, e, II, “a” e “b” da CF.

Ocorre que tal dinâmica é pertinente aos três Poderes dos entes da federação, em respeito ao corolário constitucional dos “freios e contrapesos” ou “*check and balances*”.

No caso do Poder Legislativo, que tem como típica a função legislativa, ocorre o exercício de função atípica quando este exerce a função jurisdicional, ao através do Senado Federal processar e julgar, fazendo *coisa julgada*, o Presidente da República, o Vice-

¹⁷ Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo (2006, p. 29) “No Estado democrático de Direito, as funções são as atividades exercidas no cumprimento de um dever, de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários, conferidos pela ordem jurídica”.

¹⁸ Ob. Cit. p. 27. “O Direito se bifurca em dois grandes ramos, submetidos a técnicas jurídicas distintas: o Direito Público e o Direito Privado. Este último se ocupa de interesses privados, regulando relações entre particulares. É então, governado pela autonomia da vontade, de tal sorte que nele vige o princípio fundamental de que as partes elegem as finalidades que desejam alcançar, preparam-se (ou não) a isto conforme desejem e servem-se para tanto dos meios que elejam a seu alvedrio, contanto que tais finalidades não sejam proibidas pelo Direito. Inversamente, o Direito público se ocupa de interesses da sociedade como um todo, interesses públicos, cujo atendimento não é um problema pessoal de quem os esteja a curar, mas um dever jurídico inescusável. Assim não há espaço para a autonomia da vontade, que é substituída pela idéia de função, de dever de atendimento do interesse público.

Presidente, os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas, os Ministros do STF, os membros do CNJ, do CNMP, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade, em conformidade com a norma esculpida no Art. 52, I e II da CF¹⁹.

Outrossim, o Poder Legislativo exerce atipicamente a função administrativa, quando este organiza seus serviços internos, faz a gestão dos bens públicos sob sua responsabilidade, e para tanto faz concursos públicos para provimento de cargos públicos, e faz licitações para compra de materiais e equipamentos, ou para contratação de serviços terceirizados, nos termos dos artigos 51, IV e 52, XIII da CF.

Por fim, no caso do Poder Executivo, que tem como típica a função administrativa, ocorre o exercício de função atípica quando este legisla, elaborando projetos de leis delegadas e editando medidas provisórias, conforme prevê os Artigos 61, §1º, 62 e 84, III, da Constituição Federal.

Todavia, Observe-se que ao Poder Executivo não foi permitido o exercício da *função jurisdicional*, havendo apenas a possibilidade de seus órgãos e entidades exercerem uma *atividade judicante*, através de um processo administrativo disciplinado no âmbito federal pela Lei 9.784/99, o que é diferente da função jurisdicional, uma vez que a decisão proferida pela autoridade administrativa não faz coisa julgada, pode ser revista mediante processo judicial no âmbito do Poder Judiciário, diferentemente do que ocorre na França, onde o Poder Executivo por meio do *Conselho de Estado* também tem competência para exercer a função jurisdicional.

Destaca-se nessa conjuntura a importância da função administrativa, que por ser realizada pelos três poderes, permite dentre outros resultados, a criação das condições ideais

¹⁹ Conforme José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 03) “O legislativo por exemplo, além da função normativa, exerce a função jurisdicional quando o Senado processa e julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I, CF) ou os Ministros do Supremo Tribunal Federal pelos mesmos crimes (art. 52, II, CF).

para o exercício de suas funções típicas, e no caso do Poder Executivo ela é exercida duplamente, como meio e como fim de sua atuação institucionalizadora, uma vez que o Poder Executivo exerce a função administrativa para organizar e estruturar a sua Administração Pública, e nesse caso ela é exercida como *meio*, mas posteriormente o Poder Executivo também exerce a função administrativa como *fim* de escopos diversos, elucidados a seguir²⁰.

Assim, é preciso afirmar que a função administrativa é a atividade exercida de forma *direta, concreta e imediata* para implementação dos objetivos dos entes federados do Estado brasileiro. Observe-se que a função administrativa é direta porque o exercício de tal função não depende de provocação, como ocorre com a jurisdicional que precisa ser provocada; é concreta porque é especificamente direcionada a uma situação singular, ao contrário da função legislativa que se destina a normatizar situações gerais e diversas; e é imediata porque é dotada de autoexecutoriedade, ou seja, não precisa prévia anuência do Poder Judiciário para ocorrer, sendo tal função disciplinada pelo Direito administrativo.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo (2006, p.37) “O Direito administrativo é o ramo do Direito público que disciplina a função administrativa, e os órgãos que a exercem”, nesse pórtico, é preciso observar que o Direito Administrativo é justamente o conjunto de normas jurídicas que disciplina a função administrativa e os elementos indispensáveis ao seu exercício, quando exercida por quaisquer órgãos, de qualquer Poder constituído, de qualquer ente federado, e ainda, por qualquer pessoa que por outorga ou delegação preste serviço público ou explore atividade econômica, e ainda por aquele que atuam em cooperação com o Estado.

²⁰ Para Oswaldo Aranha Bandeira de Melo (1979, p.53) “A função administrativa expressa-se através do poder político normativo de estabelecimento da regra jurídica objetiva e do poder político executivo de sua efetivação. Constituem dois momentos sucessivos e necessários, de planos verticalmente superpostos, para realização da utilidade pública, de maneira direta e imediata. Aliás, a cadeia dessa operação inicia-se com a norma jurídica e termina com a execução material do seu preceito em consequência do ato executivo que o concretiza”.

Cumpra ressaltar, que em nosso entendimento, o Direito que disciplina as funções legislativa, jurisdicional e administrativa possui uma nítida natureza adjetiva, ou seja, processual, uma vez que disciplina o exercício de funções estatais, e tais funções são compostas por atividades com a participação do Estado.

O Direito processual não se destina à disciplinar as relações jurídicas sociais em si, como o faz o Direito material constitucional, civil, penal, trabalhista. As normas processuais disciplinam a proteção das relações jurídicas previstas pelo Direito material, logo, no Direito processual os sujeitos sempre estão inseridos nas respectivas atividades estatais por ele disciplinadas.

Ora, A função legislativa, que é a atividade concernente ao trâmite de elaboração das leis e outras espécies normativas é disciplinada pelo Direito Processual Legislativo Constitucional²¹. A função jurisdicional, que a atividade concernente à seqüência de atos necessários à resolução das lides, é disciplinada pelo Direito Processual, seja ele civil, penal ou trabalhista²².

Nesse mesmo diapasão, a função administrativa, que como já visto é a atividade concernente à implementação, materialização ou efetivação dos objetivos gerais do Estado, é disciplinada pelo Direito Administrativo, que por simetria deveria denominar-se Direito Processual Administrativo, e que de preferência estivesse reunido em um único código ou diploma normativo²³.

²¹ Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 524) “Por processo legislativo entende-se o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção, veto) realizados pelos órgãos legislativos visando à formação das leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos. Tem, pois, por objeto, nos termos do art. 59 (CF/88), a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções”.

²² Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrine Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 42) “Chama-se Direito Processual o complexo de normas jurídicas e princípios que regem o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado- Juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado”, e ainda pág. 49 “Em face da clássica dicotomia que divide o Direito em público e privado, o Direito processual está claramente incluído no primeiro, uma vez que governa a atividade jurisdicional do Estado”.

²³ Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Melo (1979, p. 67) “Igualmente de Direito adjetivo deve ser havida a parte do Direito administrativo que ordena a ação de legislar e executar, ou melhor, as normas e atos relativos à

Aqui, não se concebe o procedimento legislativo na órbita do Direito administrativo, e sim do Direito constitucional, mais precisamente do Direito processual legislativo constitucional, o que seria uma área específica da Constituição, que em outras áreas proclama direitos substanciais. Entretanto, por outro lado, coaduna-se com o entendimento acerca do caráter adjetivo do Direito Administrativo, que assim como os demais Direitos adjetivos, também gera direitos subjetivos para aqueles inseridos na dinâmica da função que disciplina²⁴.

Deste modo, é preciso pontuar que os três Poderes constituídos dos entes federados do Estado brasileiro exercem a função administrativa, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário a exercendo atipicamente e o Poder Executivo tipicamente, o que ocorre no âmbito desses Poderes por meio da Administração Pública de cada Poder, que segundo o caput do Art. 37 da Constituição Federal deve obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A Administração pública é o aparato estrutural e estruturante formado por patrimônio, órgãos ou agentes e entidades, pertencentes aos entes federados, que os disponibilizam para os seus respectivos Poderes constituídos, de modo que estes possam exercer suas funções típicas e atípicas, afinal, os entes, ou seja, a União, os Estados-Membros, o DF e os Municípios é que possuem personalidade jurídica, logo, eles é que podem titularizar direitos, como o de

ação administrativa, ao procedimento administrativo, legislativo e executivo, uma vez que constituem formas pelas quais se regulamentam e se executam outras normas jurídicas, e conseqüentes relações, definidas em outros ramos jurídicos, de Direito substantivo”.

²⁴ Conforme Ruy Cirne Lima (2007, p. 108) “No Direito administrativo, assim se desata, por exemplo, a controvérsia acerca da natureza jurídica da concessão de serviço público, da qual defluem simultaneamente, além da relação de administração, direitos subjetivos, recíprocos do concedente e do concessionário. Assim, também, a par da relação de administração que intercede entre o funcionário ou o servidor público e a Administração, suscitam-se, entre ambos direitos subjetivos, numerosos e variados, a maioria dos quais, é certo, em estado de pendência à ocasião da investidura, mas desde logo suscetíveis de complemento ulterior”.

propriedade e o de contratação, enquanto os Poderes são organizados na forma de órgãos despersonalizados, não podendo deste modo titularizar direitos nem contrair obrigações.

Dessa forma, a responsabilidade civil por danos materiais e morais, oriundos da conduta ilícita de agentes dos Poderes constituídos, será do respectivo ente federado titular daquele Poder, então, por exemplo: se um Deputado Estadual do RN, nas dependências da Assembléia legislativa, danificar o equipamento de filmagem de um jornalista, este profissional terá direito de ser ressarcido em seu prejuízo pelo Estado do Rio Grande do Norte, que é o ente federado titular do Poder, ao qual se vincula o agente, ou órgão que gerou o dano, ressalvando-se neste caso, o direito de ação regressiva do Estado do RN contra o agente autor da conduta.

Assim, é possível observar que no âmbito de cada um dos Poderes constituídos dos entes federados, há uma nítida divisão em dois setores: um que constitui a Administração Pública de cada Poder, formada por patrimônio, órgãos e agentes públicos, que em regra são concursados nos termos do Art. 37 da CF, e atuam para criar e manter as condições materiais e pessoais necessárias ao exercício das funções daquele Poder, pois organizam seus serviços e fazem a gestão dos bens públicos que usam, realizando licitações para compra de material e contratação de serviços, bem como, fazendo concursos públicos para formação dos quadros de pessoal; e outro setor formado pelos agentes públicos, em regra eleitos pelo povo ou nomeados nos termos da Constituição, incumbidos do exercício da função típica daquele Poder, sendo este último setor o órgão dirigente de cada Poder.

No Poder Legislativo, esse órgão dirigente é o que está responsável diretamente pela *legislatura*, ou seja, pelo exercício da função legislativa, que compreende a elaboração de normas jurídicas novas e gerais, especialmente as leis, para disciplinar o convívio social e a atuação do próprio Estado, assim, o órgão dirigente do Poder Legislativo da União é o plenário da Câmara dos Deputados, e o plenário do Senado Federal, que juntos formam o

plenário do Congresso Nacional, enquanto no Poder legislativo dos Estados-membros é o plenário das Assembléias Legislativas, e no dos Municípios o plenário das Câmaras Municipais.

No Poder Judiciário, esse órgão dirigente é o que está responsável diretamente pela *magistratura*, ou seja, pelo exercício da função jurisdicional, o que compreende o julgamento das lides levadas à sua apreciação, assim, o órgão dirigente do Poder Judiciário da União é o pleno dos Ministros do Supremo Tribunal Federal²⁵, enquanto o órgão dirigente do Poder Judiciário dos Estados-membros é o pleno dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça, e nos Municípios não há esse Poder constituído por determinação constitucional.

Já no Poder Executivo, esse órgão dirigente é o responsável diretamente pela *função administrativa fim*, o que de um modo mais complexo do que ocorre nos Poderes Legislativo e Judiciário, compreende atividades de natureza diversa, assim observe-se a priori que o órgão dirigente do Poder Executivo da União é o Presidente da República, responsável pelo Governo Federal, sendo auxiliado pelos Ministros de Estado, enquanto o órgão dirigente do Poder Executivo do Estados-Membros é o Governador de Estado, responsável pelo Governo Estadual, sendo auxiliado pelos Secretários de Estado, e o órgão dirigente do Poder Executivo do Município é o Prefeito, responsável pelo Governo Municipal, sendo auxiliado pelos seus Secretários.

Nesta reflexão, se focalizará a *função administrativa fim* como a atividade exercida pelo órgão dirigente do Poder Executivo da União, que é o Presidente da República, na qual realmente é preciso deter-se com mais empenho, tendo em vista que sua complexidade supera a existente na função administrativa fim exercida pelos Governadores dos Estados-Membros e

²⁵ Em que pese o fato de aqui se considerar o Pleno do Supremo Tribunal Federal como o órgão dirigente do Poder Judiciário da União, é preciso registrar, que pelas especificidades do Poder Judiciário brasileiro, e pelas próprias competências do STF, as decisões do Pretório Excelso não são de interesse apenas da União, uma vez que repercutem nas esferas jurídicas dos demais entes federados e por essa razão interessam à todo o Estado brasileiro.

Prefeitos Municipais, de modo que compreendendo a primeira viabiliza-se mais facilmente a compreensão das outras subseqüentes.

Aqui, a concepção de *função administrativa fim* exercida pelo Presidente da República, é um conceito ampliativo do que Celso Antônio Bandeira de Melo (2005, pág. 36) chama de “função de governo”, o que no presente trabalho compreende as atividades exercidas pelo Presidente da República enquanto Chefe de Governo, Chefe de Estado e Diretor superior da Administração Pública direta e indireta do Poder Executivo da União.

Ressalte-se por oportuno que essa concentração de atribuições na figura do Presidente da República se deve ao fato de o Estado brasileiro ter a República como forma de governo, e o Presidencialismo como sistema representativo, o que se torna ainda mais complexo por tal conjuntura representativa se dar em uma Federação.

Observe-se então que o Presidente enquanto Chefe do Poder Executivo Federal, não responde apenas pela União, que é a pessoa política titular do Poder que ele dirige, pois no uso de suas atribuições constitucionais, ele é o Presidente do todo o Estado brasileiro e não apenas da União, e desse modo, suas decisões repercutem diretamente em todos os entes federados, diferentemente do que ocorre com os Chefes do Poder Executivo Estadual e Municipal, que têm suas decisões circunscritas aos limites da pessoa política, ou seja, do ente federativo titular do Poder que eles dirigem.

Destarte, nos termos do Art. 84 da Constituição Federal, que define quais são suas competências privativas, o Presidente da República, exercendo a função administrativa fim na defesa de interesses predominantemente da União, exerce a *Chefia do Governo Federal*, com espeque nos incisos: I, por nomear e exonerar ministros de Estado, convidando aliados de outros partidos políticos para contribuírem na elaboração e execução de “políticas públicas”, concebidas como planos, idéias ou programas federais de desenvolvimento; III, por iniciar o processo legislativo em certos casos; IV, por sancionar, promulgar e fazer publicar as leis

federais, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; XI, por remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa; XII, por conceder indulto e comutar penas; XVIII, por enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento; XV, nomear observado o disposto no Art.73, os Ministros do Tribunal de Contas da União; XXIV, por prestar anualmente ao Congresso Nacional as contas referentes ao exercício anterior; e XXVI, por editar medidas provisórias com força de lei.

Segundo o mesmo Art. 84, O Presidente da República, exercendo a função administrativa fim na defesa dos interesses da República Federativa do Brasil, ou seja, na defesa de questões que interessam não só à União, mas à todos os entes federados conjuntamente, exerce a *Chefia do Estado Brasileiro*, por, com base nos seguintes incisos: VII, manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; IX, decretar o estado de defesa e estado de sítio; X, decretar e executar a intervenção federal; XIII, exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhe são privativos; XVII, nomear os membros do Conselho da República, XVIII, convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional; XIX, declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar total ou parcialmente, a mobilização nacional; XX, celebrar a paz, autorizado ou com referendo do Congresso Nacional; XXI, conferir condecorações e distinções honoríficas; e XXII, permitir nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente.

E ainda conforme o Art. 84 da Constituição Federal, o Presidente da República, exercendo a função administrativa fim para viabilizar o plano de ação do Governo Federal e o

posicionamento estratégico do Estado brasileiro, exerce a *Direção superior da Administração Pública Federal*, uma vez que, conforme os seguintes incisos pode: II, exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; VI, dispor mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; XXV, prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei; XXVII, exercer outras atribuições previstas na Constituição, como por exemplo a prevista no §2º do Art.184 da CF, concernente à possibilidade do Presidente da República, mediante decreto, declarar imóvel rural como de utilidade pública, a ser desapropriado para fins de reforma agrária; ou nos termos do §1º do art.153 alterar mediante decreto as alíquotas de impostos previstos nos incisos: I, importação de produtos estrangeiros; II, exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; IV, produtos industrializados e V, operações de crédito, câmbio seguro, ou relativa à títulos ou valores mobiliários, todos desse artigo, para fins de política tributária nacional.

Observe-se ainda que com relação ao inciso XIV do Art. 84 há simultaneamente nos textos dos respectivos incisos previsão para o Presidente da República exercer a *Chefia de Governo* e a *Chefia do Estado*, na medida em que o inciso XIV prevê a competência para nomear após a aprovação do Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República e o Presidente do Banco Central, o que traduz o exercício da Chefia do Estado, visto que a atuação de tais autoridades interessa ao Estado brasileiro como um todo, mas o mesmo inciso também prevê a competência para nomear os Ministros dos Tribunais Superiores (TST, TSE, e STM), o que traduz o exercício da Chefia de Governo, uma vez que a justiça federal geral e especializada é de competência exclusiva da União.

Observe-se por fim, que o inciso XV prevê a competência do Presidente da República para nomear magistrados, o que certamente é uma referência constitucional aos Desembargadores das Cortes Federais de 2ª instância (TRFs, TRTs, TREs), uma vez que sobre as Cortes Superiores e o STF já se tratou no inciso XIV, ademais o inciso XV também prevê a competência para nomear o Advogado-Geral da União, e como também se trata de interesse predominante da União, no entendimento aqui esposado, ambas as competências previstas nesse inciso são exercidas pelo Presidente enquanto Chefe do Governo Federal.

Observe-se destarte que a União, tem as matérias que lhe dizem respeito, normatizadas pela Legislatura Federal, bem como tem os processos judiciais em que é parte, julgados pela Magistratura Federal, e nesse mesmo diapasão ela tem necessidades, pendências e aspirações equacionadas pelo Governo Federal. Desse modo, conclui-se que o Poder Executivo da União, dirigido pelo Presidente da República, ao exercer a função administrativa fim para defender interesses da União, ou seja, ao exercer o Governo Federal, ele está viabilizando os interesses da União.

Com o passar do tempo, observou-se que em atenção à eficiência administrativa, era necessário que certas competências do Chefe do Poder Executivo fossem distribuídas para órgãos auxiliares, de modo que esses órgãos também exercessem a função administrativa fim, mas de maneira subordinada, em uma organização piramidal hierárquica.

Assim, esse fenômeno, de distribuição hierarquizada de competências, que buscava uma execução mais hábil das atribuições do governante foi denominado *desconcentração administrativa*, sendo possível citar como exemplo dessa descontração, os ministérios, secretarias, departamentos, e órgãos internos que subdividem ainda mais essas unidades, porém é preciso observar que esse fenômeno também ocorre no interior dos Poderes Legislativo e Judiciário, mas predominantemente no Executivo.

Ocorre que para tornar a administração ainda mais eficiente era preciso retirar um volume maior de atribuições do centro, para permitir seu mais adequado e racional desempenho, e assim surge a *descentralização administrativa*, caracterizada pela existência de outras pessoas personalizadas na Administração Pública, entre as quais se repartem as competências. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 361) “Descentralização é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica”.

Destarte, na esteira da descentralização administrativa, surgiram entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público e de direito privado, quais sejam: autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, são as chamadas entidades da Administração Pública indireta. No processo de descentralização, essas entidades receberam suas competências por meio da *outorga*, e os particulares que também atuaram nesse processo receberam através da *delegação* a incumbência da prestação de serviços públicos ou exploração de atividade econômica de monopólio do Estado.

Outorga significa transferir a titularidade e a execução do serviço, o que significa transferir o domínio sobre aquele serviço, é algo grave, que por sua gravidade só pode ser feito por lei. Porém, tendo em vista que a titularidade da atividade administrativa não pode ser regida por normas de Direito privado, a descentralização por outorga só pode ocorrer para entidade da administração pública de direito público, ou seja, para autarquias ou fundações públicas de direito público.

Já a delegação significa transferir apenas a execução do serviço público, e assim pode ocorrer para as entidades da administração pública de direito privado, ou seja, as fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista, é a chamada *delegação legal* que como o nome diz ocorre por lei, mas a delegação também pode ocorrer para os particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas, na chamada *delegação negocial*, que se dá mediante contrato administrativo de concessão ou permissão para os serviços previstos

nos termos do Art. 21 da CF, precedida de licitação conforme estabelece o art. 175; ou pelo ato administrativo que dá autorização, como ocorre, por exemplo, a delegação do serviço de táxi e de serviço de despachante público.

Observe-se que não há relação de hierarquia entre os órgãos da Administração Pública direta e as entidades da administração indireta, havendo, porém o controle que os primeiros exercem sobre os segundos, através do Tribunal de Contas, que fiscaliza os gastos e despesas de autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedade de economia mista; das CPIs – Comissões Parlamentares de Inquérito; do Poder Judiciário pelas diversas ações judiciais; e do Poder Executivo, pela supervisão ministerial, que consiste num controle de finalidade, ou controle finalístico, que incide sobre a contenção de despesas, receitas, e ainda pelo poder que tem o Chefe do Poder Executivo de nomear e exonerar dirigentes dessas entidades.

Ocorre que hodiernamente o processo de descentralização administrativa continua avançando, de modo que surgiram entidades que embora façam parte da Administração Pública indireta, adquiriram mais autonomia em relação ao Poder central, de maneira que a ingerência do Chefe do Poder Executivo foi restringida nessas entidades, o que ocorre com as universidades públicas, que com base na autonomia universitária proclamada pela CF, definem seus próprios Reitores e dirigentes em um processo interno; o Banco Central, que o Presidente da República tem poder para nomear seu Presidente, porém esta nomeação depende de prévia aprovação do Senado Federal; mas sobretudo, as polêmicas agências reguladoras, tendo em vista que o Presidente da República também nomeia seus diretores dependendo de prévia autorização do Senado Federal, com impossibilidade de demissão “*ad nutum*”, além de outros fatores de autonomia.

As agências reguladoras possuem natureza jurídica de autarquia, porém elas possuem uma autonomia reforçada em relação às demais autarquias, e em relação às demais entidades

da Administração indireta de modo geral, pois são autarquias “sob regime especial”, que por sua atuação independente e repleta de especificidades sugerem a conjuntura de um novo estágio para a descentralização administrativa no Brasil, uma vez que a Administração Pública teria passado de uma estrutura piramidal edificada sob o poder político central à uma organização policêntrica, ou seja, com vários, ou plúrimos centros de decisão.

Destarte, para compreender bem as razões, circunstâncias e possibilidade de harmonização da atuação das agências reguladoras com a ordem jurídica que vigora na República Federativa do Brasil, sob a égide da Constituição Federal de 1988, sobretudo no que concernem especificamente os aspectos do setor administrado pela ANP, é preciso conhecer bem as estruturas normativas que configuram o Estado regulador brasileiro, como será demonstrado no próximo tópico.

3.2 DO ESTADO PRESTADOR AO ESTADO REGULADOR

Os Estados, de um modo geral, sempre precisaram mudar, ou aperfeiçoar o funcionamento de suas estruturas, o que implica transformações de natureza constitucional, para se adequar às conjunturas e necessidades que surgem ao longo da história, e requerem respostas rápidas e satisfatórias por parte dos cidadãos administrados e dos demais Estados que se inter-relacionam.

No compasso da mudança jusfilosófica do Estado Absolutista para o Estado Liberal, que instituiu o “Pacto ou Contrato Social”, para designar o modelo estatal fundado na ordem jurídica constitucional e democrática, observou-se no alvorecer do século XX que era preciso mudar novamente, mormente no que se referia à estrutura administrativa estatal, para assegurar plena segurança e confiabilidade no Estado Contemporâneo que se encontrava diante dos mais variados desafios econômicos, políticos e sociais.

Constatava-se que o chamado “Novo Regime”, edificado após a Revolução Francesa de 1789, inspirado pelos ideais iluministas, com destaque para tripartição dos poderes em Legislativo, Executivo e judiciário, já não se fazia mais tão eficiente, visto que não supria totalmente as demandas apresentadas tanto em países com sistema de representação presidencialista como parlamentarista, sendo necessário repartir ainda mais as competências estatais, principalmente no que se referia à Administração Pública do Poder Executivo para que ela fosse mais eficiente.

Destarte, as chamadas agências reguladoras independentes (“*Independent Regulatory Agency*”) surgem no Reino Unido e nos Estados Unidos da América no final do século XIX, configurando a institucionalização de autoridades administrativas com acentuado grau de autonomia em relação ao poder central, ressaltando-se que, sobretudo as agências americanas serviram de modelo inspirador para o surgimento de agências em outros países como o Brasil²⁶.

Neste diapasão, se verificava espaço político e jurídico para a afirmação das autoridades administrativas desvinculadas gerencialmente do modelo central de governo, chamados na Inglaterra de *Quangos* (“*Quase Autonomous non Governmental Organizations*”) o que seria outra nomenclatura para as agências reguladoras autônomas, à época, entidades estranhas ao modelo europeu continental, por ser tal modelo de administração estruturado de maneira piramidal, ou seja, focado na figura do Chefe do Poder Executivo e seus assessores.

²⁶ Segundo Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (2000, p. 257) “A grande maioria dos doutrinadores reconhece entretanto que o modelo norte-americano de AGÊNCIAS REGULADORAS como a principal fonte inspiradora para o surgimento de institutos similares, ou pelo menos com inúmeras de suas características, para atender a finalidade básica para a qual aquelas existem na Europa ocidental e em várias Estados latino-americanos. As AGÊNCIAS têm sido, efetivamente um dos pilares da Administração Pública nos EUA e é normalmente com a criação delas que o Estado americano procura responder aos anseios de participação do setor público na disciplina da vida em sociedade”.

Assim, a criação da *Interstate Commerce Commission*, criada nos Estados Unidos para regular os serviços interestaduais de transporte ferroviário em 1887, foi o início de uma era governamental que trilhou o caminho do fortalecimento de instituições administrativas, com caráter interventor na economia, e para os EUA, a regulação por intermédio de agências independentes constituiu, um brutal (embora não abrupto) rompimento com uma concepção de Estado mínimo, identificado como “*policing model*”, isto é, um Estado alheio à questão do bem-estar econômico da população, e sobretudo proibido de empreender intromissão mais arrojada em áreas como fixação de preços, disseminação de informações úteis aos usuários, imposição, consolidação e monitoramento de práticas concorrenciais justas, em suma, regulação de mercados, exatamente o que a citada agência de transporte ferroviário passaria a fazer.

As agências reguladoras surgem num contexto político-jurídico em que se busca a implementação de um Estado predominantemente *regulador* de serviços públicos em vez de executor, o que significa a permanência da ação vigilante do Estado, visto que este, por meio das agências, fixa um conjunto de regras atinentes à conformação da prestação de serviços públicos ou do exercício de atividades econômicas com interesse coletivo. (BINENBJM, 2006).

Esse modelo regulador, que é interventor, e que hoje caracteriza o Direito Administrativo norte americano como “Direito das Agências”, assumiu proporções extracontinentais, com o processo de intensificação da chamada *globalização*, que consiste no incrível avanço da tecnologia dos meios de transportes e de comunicação viabilizado pela III Revolução Industrial, chamada “*High Tech*” ou tecnocientífica, diminuindo as distâncias, e servindo como catalisador das transformações institucionais que permitiram o surgimento de um Estado Regulador através dessas entidades independentes, em face do anterior Estado Prestador, de organização administrativa piramidal.

A idéia de agências reguladoras independentes difundiu-se então na Europa continental, nesse contexto, a ideologia neoliberal, propagada no processo de globalização como “nova ordem mundial”, defendia a necessidade de uma reforma do Estado, que promovesse a modernização da máquina administrativa, através de processos de privatizações e contratualização das atividades públicas (serviços e explorações econômicas), que não deveriam ser mais necessariamente prestados ou executados pelo Estado.

Ao longo da década de 80 do século XX, o mundo pugnava por uma nova alternativa para crises políticas e econômicas decorrentes da alta de preços como ocorrera com o petróleo, bem como as oriundas da inoperância e corrupção estatal, obviamente o momento era propício e oportuno para o “ocidente capitalista”, visto que o chamado “mundo socialista” estava em vertiginoso declínio²⁷.

Tratava-se da constatação de que o Estado não tem mais recursos suficientes para todos os investimentos necessários e que, além disso, é geralmente um mau administrador, na medida em que se verificam exemplos de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção. (BARROSO, 2003)

A saída a esse ostracismo político-econômico foi, portanto, buscar parcerias no setor privado, ou mesmo conceder a exploração de determinada atividade econômica ou serviço à particulares, trata-se, pois da promoção da descentralização administrativa por delegação negocial, que vem substituir a descentralização por outorga e delegação legal, com o Estado fazendo a devida regulação através de entidades com considerável grau de autonomia e especialização técnica, quais sejam, as agências reguladoras.

²⁷ Segundo Sérgio Andréa Ferreira (2003, p. 369) “É certo, porém, que o fenômeno, já chamado de agenciificação, se vem difundindo pelo mundo, como uma das conseqüências da globalização. (...) Essa neutralidade e as garantias de estabilidade, no cargo, dos dirigentes das agências têm o seu lado negativo, em relação à evolução política, podendo servir de instrumento conservadorista em benefício de interesses cristalizados de uma minoria.”

Logo, o continente europeu percebeu que essa seria a proposta viável para alcançar resultados sócio-econômicos com segurança e confiabilidade, construindo a denominada “*accountability*” (controlabilidade), é como nas palavras de Miguel Reale (2000, p. XVII, prefácio à 5ª edição) “O poder do Estado deixa de ser poder de império para passar a ser visto cada vez mais como poder de decidir em termos de funcionalidade”, necessária para assegurar os investimentos nos setores público e privado e, assim, realizar suas políticas públicas de maneira segura e eficiente.

Ressalte-se que a emergência de autoridades administrativas independentes no contexto europeu apresenta relação indissociável com a criação e afirmação da União Européia, como projeto comunitário de unificação econômica, jurídica e político-institucional.

A estrutura das autoridades independentes difundiu-se pelos países-membros da Comunidade Européia como condição *sine qua non* para a concretização desse projeto comunitário. Mais do que isso, afirma tratar-se da necessária negação da concepção clássica da soberania popular dos Estados, em prol do interesse supranacional de governança segura e confiável, alheia às oscilações políticas, econômicas, sociais e jurídicas de um só país.

Portanto, houve significativa mudança de estrutura na administração pública de Estados europeus e do resto do mundo, a partir da universalização do conceito de autonomia administrativa como expressão da mudança jusfilosófica do Estado, que sentia a necessidade de ordenar os agentes econômicos e sociais de forma diferente, mais eficiente e mais segura, e no Brasil não seria diferente.

3.2.1 A criação do Estado regulador brasileiro

O Estado brasileiro, no final do século XX, não apresentava sinais de sucesso político, econômico ou social, tendo em vista a corrupção endêmica que o permeava, a ineficiência na indução do desenvolvimento econômico e a pobreza crescente entre a população.

Assim passa a ser essencial a redefinição do papel da Administração Pública, da máquina estatal, do aparelho que realiza ou executa a função administrativa através das instituições para consecução dos programas de desenvolvimento²⁸.

A transformação do Estado brasileiro, de um modelo estadista centralizador e ineficiente, para um modelo próximo ao que na época era desejado reclamava uma profunda alteração na estrutura administrativa do país, era preciso a criação de uma entidade, com personalidade jurídica de direito público, tecnicamente bem estruturada, e com autonomia em relação ao poder central²⁹.

Nesse contexto, surgem as agências reguladoras brasileiras, com o escopo de regular a prestação de serviços públicos e a execução de atividades econômicas que outrora eram prestados ou desenvolvidos apenas pelo Estado. Nesse momento, uma parte desses serviços foram concedidos à iniciativa privada, e a execução de atividades que são monopólios do Estado, como as da exploração de petróleo, foram flexibilizadas, e as respectivas agências passaram a fazer a “gerência” dos setores nos quais a iniciativa privada agora iria atuar.

É importante ressaltar que, enquanto nos Estados Unidos, as agências reguladoras apareceram no fim do século XIX como mecanismos de publicização de determinados setores da atividade econômica, mitigando as garantias liberais clássicas da propriedade privada e da

²⁸ Conforme Sérgio Andréa Ferreira (2003, p.368) “A proliferação das agências reguladoras enquadra-se no contexto – que se adensou a partir da assunção do Governo Collor – do amplo processo de desestatização, de privatização, de alienação de ativos de empresas estatais, de delegação de execução de serviços públicos; de transformação de serviços públicos em serviços de relevância pública; e de mutações de monopólios estatais”.

²⁹ Segundo Marcelo Figueiredo (2005, p.200) “Como resultado desse processo de privatização e de liberalização da economia (do Estado aos particulares), muito embora ainda se mantenham alguns monopólios, passou-se a procurar uma forma do Estado regular esses setores e as atividades privatizadas. Cunhou-se a expressão “Estado regulador””.

autonomia da vontade contratual, no Brasil elas surgem no fim do século XX como condição para a ampliação da participação nacional no mercado financeiro internacional, representando garantias de estabilidade e previsibilidade das “regras do jogo” nas relações dos investidores privados com o poder público.

A respeito das diferenças de concepção das agências reguladoras no Brasil, em relação aos Estados Unidos, pode-se mencionar ainda que enquanto nos EUA as agências foram concebidas para proporcionar a mudança, no Brasil foram criadas para garantir a preservação do “*status quo*”; e que enquanto nos EUA elas buscavam a mitigação de direitos individuais, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação desses direitos por governos futuros.

Assim, alicerçada na idéia de garantia, governança e de confiabilidade aos investidores privados nacionais e internacionais, é que surgem as agências reguladoras no Brasil, com o intuito de proteger o direito de propriedade e garantir o fiel cumprimento dos contratos celebrados durante os processos de privatização agendados no Plano Nacional de Desestatização previsto pelas Leis 8.031/90, editada no Governo Collor, e 9.491/07 editada no Governo Fernando Henrique Cardoso³⁰.

Nesse pórtico foi promulgada a Emenda Constitucional nº 08/95, estabelecendo pela primeira vez na Constituição Federal a criação de um “órgão regulador” para disciplinar a área das telecomunicações, e que adiante iria inaugurar a atuação estatal hoje concebida como regulação³¹.

³⁰ Conforme Carlos Ari Sundfeld (2000, p. 24) “No caso das agências reguladoras brasileiras recentes a outorga de autonomia parece haver objetivado, ao menos inicialmente, oferecer segurança a investidores estrangeiros, atraindo-os para a compra de ativos estatais. O desafio, aqui, como em qualquer outro processo de autonomização, é o de construir um sistema de controles e influências que assegurem uma atuação democrática, atenta a interesses gerais e à ordem jurídica”.

³¹ Conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 189) “Assim, a introdução formal do instituto da regulação entre nós tem seu marco preciso: a Emenda Constitucional nº 8, de 16 de Agosto de 1995, que em seu

Na seqüência, advém a Emenda Constitucional nº 09/95, de especial importância para a pesquisa aqui desenvolvida, visto que esta esculpiu na Constituição Federal a previsão para a criação de outro “órgão regulador”, desta vez responsável pela disciplina da atividade de exploração e beneficiamento de petróleo, que até então somente poderia ser realizada pela empresa Petróleo Brasileiro S.A. -PETROBRAS, sociedade de economia mista federal que exercia neste setor as atividades de monopólio da União.

Destarte com o advento da Emenda Constitucional nº. 09/95, no inciso III, do § 2º do art. 177 viabiliza-se o surgimento da ANP - Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, que fora criada pela Lei nº. 9.478/97 – Lei do Petróleo, que normatizou o referido dispositivo constitucional, e que fora implantada pelo Decreto 2.455 de 14 de Janeiro 1998.

Ressalte-se que as atividades concernentes à pesquisa e lavra de petróleo e gás natural, previstas nos incisos de I a IV do Art. 177 da CF, continuam sendo monopólio da União, porém, após a reforma realizada pela Emenda Nº. 09/95, a União ficou autorizada à contratar com empresas estatais ou privadas a realização de tais atividades, nos termos do § 1º do mesmo artigo, o que antes era vedado. Deste modo, a partir de então, empresas privadas passaram a atuar nessa área, onde antes apenas o Estado brasileiro, por meio da PETROBRAS atuava, logo, a ANP foi criada para disciplinar a atuação dessas empresas, na sua relação com o poder público *contratante* e com os consumidores de combustível.

Ademais, essas profundas reformas que estavam em curso no país, eram realizadas segundo o governo da época, em prol da criação de uma Administração Pública mais ágil, mais diligente e mais técnica, destarte foi promulgada a Emenda Constitucional nº. 19/98, que

Art. 1º, ao modificar o art.21, XI, da Constituição, determinou que se criasse um “órgão regulador” para a disciplina dos serviços de telecomunicações”.

trouxe o princípio da eficiência ao rol dos princípios constitucionais da administração pública direta e indireta, esculpidos no Art. 37 da Constituição Federal³².

Desse modo o Estado regulador brasileiro, assumiu uma configuração policêntrica, ou seja, com vários centros de decisão, que são justamente as agências reguladoras, na medida em que deixa em muitas áreas de ser prestador e passa a ser regulador dos antigos serviços que antes fornecia, bem como das atividades econômicas que explorava, assim a criação de tais agências deve ser concebida como o resultado de um processo, não de retirada do Estado da economia, mas de uma forma diferente de atuação, segundo Flávio Amaral Garcia (2002, p.290) “Isto demonstra que o Estado não se demitiu das suas funções originais, mas tão somente modificou a forma de exercício das suas atribuições”.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 174, fixa as regras disciplinadoras da ordem econômica para ajustá-la aos ditames da justiça social, determinando que o Estado deve exercer o papel de regulador e fiscalizador. A regulação deve impedir que a iniciativa privada atraída pelas atividades econômicas de interesse público, atue se orientando exclusivamente pela lógica financeira do lucro, como seria natural aos agentes privados que agem livremente no mercado, entretanto, quando há interesse público em questão, através da regulação o Estado pode intervir e restabelecer o equilíbrio por expressa determinação constitucional.

Cumprido ressaltar que significativas reformas sucederam à promulgação da Constituição Federal de 1988, refletindo a defasagem do modelo adotado pelo Estado brasileiro no tocante à Administração Pública. A crise financeira e a busca por soluções que permitissem um novo

³² Segundo Marçal Justen Filho (2002, p. 364-365) “Pode-se afirmar que o sucesso do Modelo de Estado Regulatório depende da eficiência no exercício tanto do controle-regulação como do controle-fiscalização. A contaminação das decisões por influências políticas e devido a conveniências momentâneas impedirá a obtenção dos fins visados pelos diferentes agentes. (...) O arsenal jurídico anteriormente disponível não é mais compatível nem satisfatório em face das novas funções desempenhadas pelo Estado. O Estado necessita de instrumentos de Direito Público, vocacionados a acompanhar a atuação da iniciativa privada, diagnosticar os problemas do mercado, antecipar as providências necessárias a superar as deficiências e assim por diante”.

gerenciamento dos bens e serviços públicos podem ser apontadas como fatores propulsores para o desencadeamento do citado processo de reforma, uma vez que a estrutura administrativa era considerada cara e ineficiente, não conseguindo suprir as necessidades mais básicas da sociedade brasileira³³.

Vê-se então que ocorreu uma transformação na atuação do ente estatal, que passou a intervir menos no domínio econômico através da Administração Pública indireta, na medida que privatizou empresas e desconstituiu autarquias e fundações públicas, e nesse diapasão em que transferiu a prestação de alguns serviços públicos a empresas privadas, bem como contratou com essas empresas a realização de atividades que constituem seu monopólio, o Estado passou a disciplinar essa nova dinâmica, preferencialmente através de entidades tecnicamente especializadas, e menos por meio dos Ministérios, ou seja, da administração direta, que por ser natureza política e não técnica, servirá como instrumento do chefe do Poder Executivo para fiscalização do cumprimento das diretrizes políticas³⁴.

Logo, é possível a compreensão que o fim da criação das agências reguladoras deve ser normatizar tecnicamente a prestação dos serviços públicos delegados, e a exploração das atividades econômicas contratadas, intervindo quando necessário, para assim buscar o equilíbrio e harmonia entre as expectativas do Estado, dos usuários, concessionários, permissionários e contratados, promovendo desse modo o dinamismo dos mercados, a defesa dos consumidores e do meio ambiente, ou seja, sendo uma entidade estatal destinada a

³³ Segundo Alexandre Ribeiro Chequer (2002, p.300) “As reformas do Estado brasileiro desdobram-se em três pontos: reforma Patrimonial, Reforma Fiscal e Reforma Gerencial. A primeira se resume no processo de privatizações; a segunda objetiva o aumento das receitas, redução das despesas e alterações na legislação tributária, com o objetivo de simplificá-la e torná-la mais justa, e a terceira se caracteriza por uma diligência empresarial na administração pública, com o aumento da eficiência administrativa do Estado, que a partir de agora terá metas e comprometimentos fiscais”.

³⁴ Conforme Odete Medauar (2002, p.127) “A regulação abarca a elaboração de normas; a fiscalização de seu adimplemento; a competência administrativa para aferir se os particulares estão aptos a exercerem as atividades pleiteadas, mediante a outorga de permissões, autorizações e concessões; bem como a função de intermediar os litígios existentes na órbita do setor regulado, tendo em vista o atual desenvolvimento do modelo de administração pública consensual, onde a participação real dos administrados ganha considerável ênfase”.

equilibrar o comércio, o serviço ou a produção sob sua responsabilidade, assegurando a efetividade de direitos fundamentais proclamados pela Constituição Federal.

3.2.2 Natureza jurídica das agências reguladoras

As agências reguladoras foram constituídas sob a forma de autarquias, ou seja, são pessoas jurídicas de direito público da Administração indireta, cujo conceito encontra-se esculpido no artigo 5º, I, do Decreto-Lei nº. 200 de 25 de Fevereiro de 1967, o qual as define como sendo “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada³⁵”.

Observe-se que enquanto detentoras de funções normativas e de fiscalização as agências reguladoras não constituem instituição nova no direito positivo brasileiro. Na verdade, entidades com funções reguladoras, mesmo que não denominadas agências, já faziam parte da estrutura administrativa pátria, como por exemplo, o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Pinho (1941) e o Instituto Nacional do Sal (1940).

Todos esses Institutos foram constituídos sob a forma de autarquias, com a finalidade de regular da maneira mais eficiente a produção e o comércio, funcionando como instrumentos interventores do Estado na economia. Com eles, a depender de cada modelo adotado pelo

³⁵ Conforme Marcelo Figueiredo (2005, p. 264) “As agências reguladoras ou órgãos reguladores, sejam aquelas com previsão constitucional expressa, sejam as criadas por lei, somente podem ser compreendidas como entidades imbricadas no cerne da Administração Pública (sentido amplo) brasileira, desempenhando funções administrativas e normativas.”

chefe máximo da administração legitimamente eleito, se viabilizavam políticas econômicas que evitassem crises de produção nos respectivos setores regulados.

Dentro desta mesma ótica, atualmente também existem outras entidades que exercem atividades de regulação por excelência, tais como o Banco Central do Brasil, o Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários que realizam atividades normativas e de fiscalização, e que assim como os antigos Institutos não recebem a denominação “agência”, mas diferenciam-se das agências reguladoras devido estas possuírem o chamado “regime especial”.

Observe-se que enquanto serviço público personalizado, qualquer autarquia concentra atividades normativas e judicantes para assim exercer a função administrativa que lhe compete. Note-se o exemplo do Banco Central: autarquia federal que, dentre outras atribuições, exerce a função administrativa ordenando o mercado de câmbio, e para tanto edita resoluções, desempenhando destarte uma atividade normativa, bem como julga processos administrativos sob sua competência, exercendo uma atividade judicante.

No que concerne à atividade judicante das autarquias, o que inclui as agências reguladoras, trata-se de um juízo administrativo e especializado, logo, não há que se confundir com a função jurisdicional, que é precípua do Poder Judiciário e consiste na pacificação de quaisquer conflitos sociais, o que significa dizer que as decisões proferidas nos processos administrativos não fazem coisa julgada, são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário.

Deste modo, uma agência reguladora é uma autarquia, criada para exercer a função administrativa através das atividades que compõe a regulação, sendo conferida à mesma, para melhor desempenho de suas atividades, gestão administrativa e financeira descentralizada, assim, as agências reguladoras são autarquias “sob regime especial”, dotadas, portanto de uma autonomia reforçada.

As agências reguladoras realizam atividades de ordenação administrativa, de sanção às infrações administrativas, de delegação para prestação de serviços públicos, de concessão e contratação para a exploração de atividades econômicas, e de conciliação dos interesses de agentes regulados, para tanto, utiliza as vias técnico-jurídicas que as demais autarquias e outros sujeitos que também exercem a função administrativa usam, quais sejam os atos administrativos, que expedem no exercício de seu poder normativo, os contratos administrativos e o processo administrativo.

Ocorre, que pelo fato das agências poderem realizar tantas atividades administrativas, somado ao fato da eficácia de suas decisões abranger, no caso das agências nacionais, todo o território do país, e de isto se feito sob a proteção de autonomia reforçada para essas entidades, de fato causa um certo receio, pois isso pode significar uma grande concentração de poder em uma autarquia, o que invariavelmente suscita questionamentos quanto a constitucionalidade de tal conformação, ainda mais quando conflitos de competência normativa entre as agências e os órgãos legislativos que representam o povo.

Essa *novel* autonomia reforçada que caracteriza o “regime especial” das agências reguladoras, consiste em três pilares: *autonomia política*, sendo os seus dirigentes indicados pelo Presidente da República, sabatinados e aprovados pelo Senado Federal, com mandato fixo, não sendo possível a exoneração “*ad nutum*” pelo chefe do Poder Executivo; *autonomia técnica e administrativa*, não podendo haver recursos hierárquicos impróprios para o ministério supervisor; e *autonomia financeira*, por força de rubricas orçamentárias próprias, e de receitas atribuídas pela lei às agências³⁶.

³⁶ Para Eros Grau (2002, pág. 27 e 28) “Sua qualificação como autarquias *sob regime especial* decorre da circunstância de lhes ser assegurada (i) ausência de subordinação hierárquica, (ii) independência ou autonomia administrativa, financeira, patrimonial, de gestão de recursos humanos e técnica e (iii) mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes. Ocorre que todas essas características são próprias e peculiares às autarquias, salvo as de mandato fixo e de estabilidade de seus dirigentes. Mas essas inovações são franca e irremediavelmente inconstitucionais.(...) Daí ser absurda a idéia de que os dirigentes de autarquias seriam

Logo, percebe-se que parte da doutrina repudia totalmente esse aspecto do regime especial das agências reguladoras, entretanto há quem entenda que a impossibilidade de demissão “*ad nutum*” além de ser constitucional é também necessária ao bom funcionamento do Estado Regulador³⁷.

Assim, a autonomia política das agências reguladoras, garantida pela impossibilidade de demissão “*ad nutum*”, ou seja, demissão a qualquer momento e de maneira imotivada, de seus diretores pelo chefe do Poder Executivo, como é permitido ao mesmo fazer com os ministros e secretários de Estado, poderia representar obstáculo inconstitucional ao exercício da direção superior da administração federal, que compete privativamente ao Presidente da República, com auxílio dos Ministros de Estado, nos termos do Art. 84, II da Constituição Federal, e por essa razão sua constitucionalidade tem sido muito questionada.

Parte da doutrina, vê nessa autonomia das agências reguladoras algo indispensável à conformação eficiente do Estado Regulador, e mais, justifica essa independência pela necessidade da existência de estruturas estatais que não se enquadram propriamente em nenhum dos Poderes Constituídos do Estado, porém são essenciais para que esses exerçam suas funções da melhor forma, assim defende a “Teoria dos Poderes Neutrais”³⁸.

Essa teoria surge com o advento da Revolução Francesa, quando acreditava-se que apenas os órgãos de soberania popular, ou seja, os mandatários eleitos poderiam administrar bem as

titulares de direito a serem mantidos em seus cargos além de um mesmo período governamental, o que na expressão de Celso Antônio, consustanciaria fraude contra o próprio povo”.

³⁷ Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 165) “Quanto à independência, necessária para que se garanta o exercício politicamente neutro exigido pela função de regulação, deve ser entendida com um conteúdo restrito a quatro aspectos: a independência dos gestores, a técnica, a normativa e a gerencial, orçamentária e financeira. a) a independência política dos gestores, a ser garantida pela nomeação de agentes administrativos para o exercício de mandatos à termo, provendo-lhes estabilidade em seus cargos, necessária para que executem, sem ingerência do Executivo, a política regulatória estabelecida pelo legislador para o setor”.

³⁸ Consoante Alexandre Santos Aragão (2009, p. 441) “Entendemos que, juntamente com o que já foi exposto no presente capítulo, a vetusta, mas remodelada, Teoria dos Poderes Neutrais pode ser de grande importância para eliminar as perplexidades que existem em relação à autonomia das agências reguladoras em face do Chefe do Poder Executivo, agente dotado de legitimidade político-eleitoral. É inclusive curioso notar como o primeiro trabalho feito na Espanha acerca das suas autoridades independentes de regulação as enfocou justamente à luz da referida teoria.”

questões de interesse social. Porém, em um segundo momento verificou-se a necessidade de criar órgãos estatais com autonomia de gestão e independência funcional para assegurar a observância dos valores maiores da coletividade, o que remete à velha reflexão sobre “*Quis custodiet ipsos custodes?*” Ou seja, “Quem guardará os guardiões? E assim surgiram os chamados “Poderes Neutrais do Estado”, que abrangem conselhos, Tribunais de Contas e agências reguladoras.

Entretanto, é forte a repulsa a esse entendimento de que haveria “Poderes Neutrais” no Estado, ainda que fosse para salvaguardar o exercício precípua dos Poderes Constituídos³⁹. De fato, a rejeição à essa idéia é compreensível, afinal no Estado democrático de Direito, o poder primitivo emana do povo para formar o Estado, atribuindo a este o poder político, que divide-se em Poderes Constituídos e precisam ser legitimamente exercidos com espeque na soberania popular, por isso a possibilidade de formação de “poderes” outros que não os proclamados como tais pela Constituição gera desconfiança, ainda mais quando há no Estado, como ocorre no Brasil, práticas escusas de exercício de poder⁴⁰.

É preciso ressaltar que para que ocorra a nomeação dos diretores das agências, é preciso que sejam indicados pelo chefe do Poder Executivo e aprovados pelo Poder Legislativo (no âmbito da União pelo Senado Federal), para que possam integrar a diretoria de determinada agência por força de determinação legal, não podendo ser exonerados imotivadamente, porém, caso dirigentes investidos pelo chefe do Poder Executivo antecessor se recusem a cumprir a política econômica de um novo governante eleito, poderá ser

³⁹ Para Marcelo Figueiredo (2005, p. 210) “Todos os poderes do Estado estão consagrados na Constituição e a legitimidade democrática de todos eles deve resultar sempre na soberania popular. Não caberiam no marco constitucional poderes “autônomos”, “neutros” ou “independentes” diante da regra básica de remissão de sua legitimidade ao corpo eleitoral”.

⁴⁰ Conforme Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (2000, p. 270) “Outro aspecto a se observar é se esse tipo de ente [agências reguladoras] é, de fato, compatível com a estrutura estatal de um Estado subdesenvolvido, assolado por focos de corrupção e empreguismo, com barganhas políticas em troca de favores, inclusive com partilha de cargos”.

destituído, conforme “*obter dictum*” do STF no julgamento da ADI 1.949 –MC / RS de 1999, julgado este que, no entanto afirmou diversas prerrogativas das agências⁴¹.

Destarte, sendo as agências reguladoras, parte da administração pública, visto que são autarquias, com sua competência de atuação limitada pelos “*Standards*” (*balizas*) legais, ou seja, limites previamente estabelecidos pela Lei, todos os seus atos estão sujeitos a apreciação e pelo Poder Judiciário, segundo o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Logo, em análise sistemática da Constituição Federal, e com base na jurisprudência do STF, não se observa inconstitucionalidade na atual conjuntura normativa em que estão inseridas as agências reguladoras brasileiras, muito pelo contrário, o fato de terem suas diretorias formadas por profissionais com reconhecido conhecimento científico na área de atuação da respectiva agência, podendo, em virtude de sua autonomia, tomar decisões importantes de natureza técnica e de forma célere, diante de situações emergenciais, que não

⁴¹ I – AGÊNCIAS REGULADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS: NATUREZA AUTÁRQUICA, QUANDO SUAS NÃO SEJAM CONFIADAS POR LEI A ENTIDADES PERSONALIZADAS E NÃO, À PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. II – SEPARAÇÃO E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES: SUBMISSÃO À ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA, POR LEI ESTADUAL, DA ESCOLHA E DA DESTITUIÇÃO, NO CURSO DO MANDATO, DOS MEMBROS DO CONSELHO SUPERIOR DA AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO RIO GRANDE DO SUL – AGERGS: PARÂMETROS FEDERAIS IMPOSTOS AO ESTADO – MEMBRO. 1. Diversamente dos textos constitucionais anteriores, na Constituição de 1988 – à vista da cláusula final de abertura do art. 52, III, são válidas as normas legais, federais ou locais, que subordinam a nomeação dos dirigentes de autarquias ou fundações públicas à prévia aprovação do Senado Federal ou da Assembléia legislativa: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal. 2. Carece, pois de plausibilidade a arguição de inconstitucionalidade, no caso, do condicionamento à aprovação prévia da Assembléia Legislativa da investidura dos conselheiros da agência reguladora questionada. 3. Diversamente, é inquestionável a relevância da alegação de incompatibilidade com o princípio fundamental da separação e independência dos poderes, sob o regime presidencialista, do Art. 8º das leis locais, que outorga à Assembléia Legislativa o poder de destituição dos conselheiros da agência reguladora autárquica, antes do final do período da sua nomeação a termo. 4. A investidura a termo – não impugnada e plenamente compatível com a natureza jurídica das funções das agências reguladoras – é porém, incompatível com a demissão “ad nutum” pelo Poder Executivo: por isso, para conciliá-la com a suspensão cautelar da única forma prevista na lei – ou seja, a destituição por decisão da Assembléia Legislativa - , impõe-se explicitar que se suspende a eficácia do art. 8º dos diplomas estaduais referidos, sem prejuízo das restrições à demissibilidade dos conselheiros da agência sem justo motivo, pelo Governador do Estado, ou da superveniência de diferente legislação válida. III. Ação direta de inconstitucionalidade: eficácia da suspensão cautelar da norma argüida de inconstitucional, que alcança, no caso, o dispositivo da lei primitiva, substancialmente idêntico. IV. Ação direta de inconstitucionalidade e impossibilidade jurídica do pedido: não se declara a inconstitucionalidade parcial quando haja inversão clara do sentido da lei, dado que não é permitido ao Poder Judiciário agir como legislador positivo: hipótese excepcional, contudo, em que se faculta a emenda da inicial para ampliar o objeto do pedido. (STF, Tribunal Pleno, ADI 1949 MC/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, data do julgamento 18.11.1999, DJ 25.11.2005.

poderiam jamais esperar pela edição de uma lei para serem resolvidas, só contribui para dar efetividade aos direitos fundamentais, proclamados pela Constituição Federal, o que favorece o desenvolvimento de uma Administração Pública mais eficiente, que seja capaz de efetivar o programa de desenvolvimento estabelecido pela lei maior⁴².

Por outro lado, é mister ressaltar que a autonomia reforçada das agências reguladoras somente deverá ser considerada constitucional quando por parâmetros técnicos estiver servindo à eficiência administrativa, pois à partir do momento que certa prerrogativa, como a impossibilidade de demissão “*ad nutum*” pelo chefe do Poder Executivo for exercida por um viés político, ou seja, de modo temerário, buscando prejudicar novo mandatário eleito pelo povo, estará eivada pelo vício da inconstitucionalidade e deverá ser afastada pelo Poder Judiciário, devendo o mesmo raciocínio se aplicar quando as agências reguladoras abusarem de seu poder normativo regulador.

3.2.3 Poder normativo: legislativo, regulamentar e regulador

A República Federativa do Brasil, enquanto Estado democrático de Direito, edifica-se sobre o princípio da legalidade, insculpido no inciso II do Art. 5º da Constituição Federal, o que significa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, entretanto o processo legislativo tem seu rito próprio, que muitas vezes é deveras lento no interior de um parlamento pluralista que é constituído por representantes de

⁴² Segundo Marçal Justen Filho (2002, p. 361) “A dimensão quantitativa e a complexidade qualitativa são problemas que conduzem a tornar vagarosa a regulação estatal sobre certas matérias. A criação de agências permite superar essas dificuldades, eis que se reduz o número de participantes no processo decisório final, amplia-se a especialização do órgão e se reduz a demora na geração de atos estatais”. Os instrumentos tradicionais da regulação da atividade privada consistem na lei e no regulamento. Ambos apresentam duas peculiaridades incompatíveis com a natureza da atividade regulatória. Há, primeiro lugar, uma questão temporal. O exaurimento do processo legislativo demanda anos. Assim, por exemplo, o prazo necessário à produção de um projeto em lei, no Brasil, não é inferior a dois anos. Mesmo a produção de regulamentos administrativos sujeita-se a trâmites temporais imprevisíveis, especialmente pela ausência de um procedimento determinado para sua produção. Ora, a atuação regulatória não pode sujeitar-se à demora inerente à produção legislativa”.

toda sociedade, oriundos das mais diversas áreas da atividade e do conhecimento humano, ou seja, o Parlamento não é especializado em determinado assunto ou matéria, e nem poderia ser.

Assim, observando o trâmite do processo legislativo, constatou-se que não era possível editar-se a tempo uma lei para resolver questões técnicas emergenciais ou que requisitassem maior detalhamento, desse modo a Constituição Federal também conferiu poder normativo ao chefe do Poder Executivo, permitindo que este exercesse um poder normativo pela via das medidas provisórias, em casos justamente de urgência e relevância nos termos do Art. 62, e também lhe assegurando o exercício do *poder normativo regulamentar*, indispensável ao detalhamento necessário para que se realize o fiel cumprimento das leis.

O poder normativo regulamentar é exclusivo do Presidente da República, que o exerce expedindo atos administrativos, decretos ou regulamentos, de natureza infralegal nos termos do inciso IV do Art. 84 da Constituição Federal⁴³.

Logo, o poder normativo regulamentar do Presidente da República, deve ser exercido para dar detalhamento à lei, que por sua natureza é em regra, de caráter geral, mais abstrato, o que também não a impede de dispor de maneira pormenorizada, mas caso não o faça o Poder Executivo poderá expedir atos administrativos que detalhe a norma legal, e nos termos desta, para o seu efetivo cumprimento, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo (2006, p. 92) “Portanto a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concretização; nunca lhe assistirá instaurar qualquer cerceio a direitos de terceiros”.

Note-se, porém, que após a profunda reforma pela qual passou a administração pública brasileira na década de 90 do século XX, que criou o Estado Regulador brasileiro, uma

⁴³ Conforme Celso Antônio Bandeira de Melo (2006, p. 88-89) “O princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar da regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”.

modalidade de poder normativo foi conferido às agências reguladoras pela legislação, conforme, Sérgio Andréa Ferreira (2003, p. 354) “No significado normativo estrito, poder regulador é segmento específico do poder normativo estatal.”⁴⁴

No contexto da reforma administrativa, o poder normativo regulador foi conferido às agências reguladoras para viabilizar uma manifestação mais célere do poder de polícia estatal, ou melhor, da ordenação administrativa, uma vez que certas questões técnicas, ou emergenciais, que precisam passar pelo crivo do Estado não podem esperar pela edição de uma lei⁴⁵.

Logo, os atos normativos expedidos pela agências reguladoras no exercício da função administrativa de regulação também têm natureza jurídica de ato administrativo, com finalidade própria, e como tal está sujeito ao controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Todavia, o poder normativo conferido às agências é diferente do poder normativo do Presidente da República, na medida em que os atos normativos sejam decretos ou regulamentos, expedidos por sua Excelência possuem uma maior abrangência normativa, podem ser para assegurar o fiel cumprimento das leis, dispondo destarte sobre formas, ou métodos de dar eficácia à legislação, e também podem ser natureza reguladora, ou seja, de natureza técnica, com o escopo de promover a ordenação administrativa.

⁴⁴ Ainda conforme Sérgio Andréa Ferreira (2003, p. 358) “Regular”, enquanto, também parcela do poder normativo da administração Pública, corresponde à edição de regras jurídicas harmonizadoras de interesses, no seio da sociedade; disciplinadoras de espaços sociais, inclusive o mercado, a envolver as personagens que os compõem, sujeitas ao cumprimento dessas regras (não-execução, que é atividade estatal), sendo parcela da atividade-fim administrativa, e correspondendo, como se viu, ao exercício do poder de polícia, se estamos na área do direito público: e de formas de participação social do Estado, a abranger a econômica.”

⁴⁵ Segundo Marçal Justen Filho (2002, p. 362-363) “A complexidade das atividades reguladas exige estruturas de fiscalização extremamente sofisticadas, que reflitam a especialização do próprio setor examinado.(...) A instituição de agências pode minorar os efeitos nocivos da disputa político-partidária, especialmente no tocante à instrumentalização de decisões regulatórias para satisfação dos interesses imediatos dos ocupantes do poder político”.

Enquanto os atos normativos expedidos pelas agências reguladoras, que também são atos administrativos, sejam portarias ou resoluções, devem ser exclusivamente de natureza técnica, editados para que as agências realizem a atividade de ordenação administrativa nos termos da lei, assim, considera-se regulamentar, apenas o poder exercido pelo chefe do Poder Executivo, em que pese a farta existência de equívocos na doutrina e na jurisprudência tratando esses conceitos diversos como sinônimos, pois às agências é conferido o poder de regulação ou poder regulador e não o poder regulamentar⁴⁶.

É de suma importância conceituar e diferenciar o poder normativo regulamentar do Presidente da República e o poder normativo regulador das agências reguladoras, uma vez que essa diversidade implica a existência de diferentes competências normativas, o que é extremamente relevante para que a disciplina das matérias seja realizada nos limites impostos pelo sistema de Direito positivo pátrio, além disso, poderia haver implicações díspares no que concerne o controle de constitucionalidade e legalidade de tais atos administrativos⁴⁷.

É preciso aqui registrar que não se compartilha com o entendimento que considera a possibilidade de no cumprimento de norma reguladora haver vício direto de inconstitucionalidade, enquanto na norma regulamentadora não há, uma vez que tanto uma quanto outra possuem a mesma natureza jurídica, qual seja, de ato administrativo, de norma

⁴⁶ Na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 132-133) “De um lado, sob o aspecto material, a regulamentação é uma função política, no exercício de uma prerrogativa do poder político de impor regras secundárias, em complemento às normas legais, com o objetivo de explicitá-las e de dar-lhes execução, sem que possa definir quaisquer interesses públicos específicos nem, tampouco, criar, modificar ou extinguir direitos subjetivos. (...) De outro lado, substantivamente, a regulação, até mesmo por suas características enunciadas, é uma função administrativa, que não decorre, assim, do exercício de uma prerrogativa do poder político, mas muito pelo contrário, decorre da abertura, pela lei, de um espaço decisório reservado a uma ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais, potenciais ou efetivos”.

⁴⁷ Conforme Sérgio Andréa Ferreira (2003, p. 362) “A distinção entre “regular” e “regulamentar” é importante na fixação dos limites do controle jurisdicional, segundo inteligência do Supremo Tribunal Federal. Entende este que “não cabe ação direta contra norma que regulamenta lei, porquanto se está diante de questão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade”. Foi sob esse fundamento que o STF, por maioria não conheceu da ADIn 2387-DF. (...) Com efeito, se “regular” não é “regulamentar”, constituindo segmento próprio do poder normativo estatal e tendo por destinatários, terceiros, vinculados ao cumprimento da norma reguladora, pode haver vício direto de inconstitucionalidade, o que alarga os lindes do controle jurisdicional”.

infra-legal, distinguindo-se uma da outra pela abrangência do poder normativo regulamentar ser superior ao do regulador, o que é se evidencia na jurisprudência do STF.

Cumprir observar a existência de uma divergência doutrinária, no que se refere à possibilidade dos atos administrativos expedidos pelo poder normativo regulamentar criarem ou extinguirem direitos, e estabelecerem obrigações de fazer ou não fazer, o que é muito pertinente, tendo em vista a missão constitucional do poder regulamentar detalhar a previsão legal para viabilizar sua concretização, porém tal reflexão é inócua quando se trata do poder normativo regulador, tendo em vista que a missão deste é a normatização técnica, não devendo pois sequer falar em limite de direitos por normas emanadas de agências reguladoras.

Destarte no entendimento de alguns doutrinadores, as normas expedidas pelo chefe do Poder Executivo no exercício de seu poder regulamentar não possuem o condão de limitar direitos ou estabelecer obrigações⁴⁸, e para Celso Antônio Bandeira de Melo (2005, p.9) “Afinal: só por lei se regulam liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer; e só para cumprir dispositivos legais é que o executivo pode expedir decretos, regulamentos e *a fortiori*, atos de menor hierarquia, como as resoluções.”⁴⁹

Entretanto, para outra parte da doutrina, desde que o poder regulamentar expeça normas com o intuito claro e objetivo de promover o fiel cumprimento da lei que regulamenta, ainda que acarrete a imposição de fazer alguma coisa, tal ato normativo seria lícito, pois estaria disciplinando determinada matéria em razão de previsão legal⁵⁰.

⁴⁸ Nesse pórtico, segundo Pontes de Miranda (1970, p. 314) “Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos não há regulamentos – há abuso de poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem a categoria de lei”.

⁴⁹ Nas palavras de Sérgio Andréa Ferreira (2003, p. 357) “O ato administrativo regulamentar, por não ser ato legislativo, não cria novas situações jurídicas objetivas, em tese, mas cumpre certas funções, como as de interpretação, organização e especificação em relação à norma constitucional ou legal regulamentada; sempre como objetivo de execução plena, dessas normas, pela Administração Pública”.

⁵⁰ Segundo Eros Grau (1996, p. 250) “O desenvolvimento, pelo poder executivo, da função regulamentar efetivamente não consubstancia exercício de função legislativa, razão pela qual não há que cogitar, na hipótese, de delegação desta última àquele. E assim é – repito – ainda quando a esse desenvolvimento seja conseqüente a imposição de fazer alguma coisa, desde que tenha ele decorrido de uma atribuição de poder normativo, explícita

Este último entendimento nos parece ser o mais acertado, tendo em vista que pelo escopo de detalhar, ou estipular normas que permitam a concretização das previsões legais, é absolutamente necessário que o poder normativo regulamentar tenha uma margem de criação normativa que invariavelmente irá restringir direitos, ou estabelecer obrigações de fazer, o que de modo algum se confunde com o mister do poder regulador das agências, que deve apenas, nos termos da lei, fixar padrões técnicos de conduta visando o bem estar coletivo.

Ressalte-se então que em atenção ao princípio da legalidade, a margem de criação do poder normativo legislativo é superior ao regulamentar, e a deste por sua vez é superior à do poder regulador, uma vez que o primeiro estabelece os direitos e deveres; o segundo atua para garantir sua fiel execução e o terceiro deve limitar-se a disciplinar apenas o aspecto técnico da matéria, tendo em vista seu alto grau de especialidade científica, numa verdadeira gradação de poder para inovar da ordem jurídica, que de forma decrescente vai do poder normativo legislativo ao poder normativo regulador.

Destarte, o no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 1668- DF⁵¹, o STF proclamou ser correto esse entendimento sobre a existência dessa escala de poder normativo, em decisão na qual determina que os atos normativos expedidos pela ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações estão subordinados aos ditames legais e regulamentares, ou seja, à lei 9.472/97 e aos regulamentos expedidos por meio dos Decretos 2195/97, 2196/97, 2197/97, 2198/97 e 3896 de 2001.

ou implicitamente contida em ato legislativo – a imposição de tal obrigação, então terá surgido “em virtude de lei”.

⁵¹ COMUNICAÇÕES – LEI GERAL Nº 9.472/97 – CONTROLE CONCENTRADO. Admissibilidade parcial da ação direta de inconstitucionalidade e deferimento em parte da liminar ante fundamentos retratados nos votos que compõem o acórdão. ACÓRDÃO - (...) 3) deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para: a) quanto aos incisos IV e X do artigo 19, sem redução do texto, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, vencido o Ministro Moreira Alves, que o indeferia; (STF , ADI 1668, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, data do julgamento 20.08.98, DJ 16.04.04)

Assim, como exemplo da extensão do poder regulamentar do Presidente da República cita-se o Decreto Presidencial 2.745/98 que dando efetividade ao Art.67⁵² da Lei 9.478/97- Lei do Petróleo- estabelece o Procedimento Licitatório Simplificado da PETROBRAS, o qual especifica como a empresa estatal deve realizar licitações para compras e contratações de serviços, afastando destarte a aplicação das normas licitatórias obrigatórias para o restante da Administração Pública direta e indireta que se encontram na Lei 8.666/93.

O Art. 67 da Lei 9.478/97, assim como o Decreto mencionado foram inclusive declarados inconstitucionais, não pelo Poder Judiciário, mas pelo TCU - Tribunal de Contas da União, com fulcro na Súmula 347/63⁵³ que permite ao TCU declarar a inconstitucionalidade de lei e ato normativo do poder público, porém, a PETROBRAS impetrou mandado de segurança no STF e este afastou completamente a aplicabilidade dessa súmula, por ser esta incompatível com as normas constitucionais pós CF de 1988.

É mister observar a recalitrância do TCU em perder tal competência, em que pese a exaustiva jurisprudência do STF nesse sentido, pois reiteradamente nos MSs nº. 25.888⁵⁴ e 26.808, DJ de 22.3.06; 25.986, DJ de 22.3.06; 26.783, DJ de 1.8.07; 26.410, DJ de 2.3.07; 27.743, DJ de 15.12.08; 27.232, 27.344 e 27.337, DJ 20.5.08, 2.6.08 e 28.5.08, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do Art. 67 da Lei do Petróleo e do Decreto 2.745/98, afastando destarte a eficácia da Súmula 347/63, que numa aparente teratologia confere tais poderes a um órgão que não integra o Poder Judiciário, e logo não possui função

⁵² Lei 9.478/97. Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.

⁵³ STF. Súmula 347/63. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

⁵⁴ Chegando inclusive o Ministro Gilmar Mendes a declarar no MS 25888 que: “A declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.”

jurisdicional, e que além disso não possui tal prerrogativa prevista no rol de suas competências, que são taxativamente estabelecidas pelo Art. 71 da CF.

Ora, a conduta do TCU que declarou diversas vezes a inconstitucionalidade de ato normativo administrativo expedido pelo Presidente da República e do dispositivo legal em pleno vigor, com fundamento nesta súmula 347/63 do STF, prolatada sob égide da Constituição de 1946, que teve ainda insensatez de fixar multa para aqueles que cumprissem tais normas dotadas de toda legitimidade, representa um insistente e odioso desrespeito ao princípio da legalidade inscrito no Art. 5º, II da Constituição Federal de 1988, padecendo sim do vício de inconstitucionalidade a própria súmula! Por ser esta totalmente destoante da presente ordem constitucional.

Assim, observando-se os efeitos gerados pelo Decreto Presidencial 2.745/98, que com espeque no Art. 67 da Lei 9.478/97, foi restringida a eficácia da Lei 8.666/93, de maneira que é possível avaliar o alcance do poder regulamentar do Presidente da República, que como dito alhures possui uma competência para criação normativa superior ao poder regulador das agências, uma vez que este deve ser exercido apenas para edição de normas técnicas, rigorosamente nos termos da lei, e aquele, além de englobar este, vai além.

Ocorre que, no afã da afirmação e confirmação da existência e importância do Estado Regulador brasileiro, surgiram entendimentos que transcenderam a razoabilidade da concepção que considera a constitucionalidade do poder normativo regulador, com a ressalva deste expressar-se por meio de ato administrativo de natureza infra-legal, que tem poder de criação normativa absolutamente restrita pelos “*Standards*” legais e deve pronunciar-se apenas pelo viés técnico, e que portanto é ainda mais restrito que a do poder normativo regulamentar, pois desconsiderando-se esse raciocínio que busca harmonizar a regulação com a ordem constitucional vigente surge a “Teoria da deslegalização”⁵⁵.

Ora, sob a égide do princípio constitucional da legalidade é impossível concordar com tal suposição, uma vez que a teoria da deslegalização sugere uma delegação legislativa ou algo que o valha, o que seria de óbvia inconstitucionalidade. É preciso ter plena convicção que as normas expedidas pelas agências reguladoras não possuem, nem nunca poderiam possuir essa natureza, de norma com força de lei, afinal tais normas possuem natureza de ato administrativo, de natureza infralegal, e no caso das normas expedidas pelo poder normativo regulador há restrição ainda maior, pelo viés técnico⁵⁶.

Idéias semelhantes à “Teoria da Deslegalização” inspirou agências reguladoras como a ANP, que é uma agência reguladora vinculada ao Ministério de Minas e Energia, à exorbitarem ostensivamente de sua poder normativo ordenador e também de sua atuação sancionadora, como está exhaustivamente demonstrando pela jurisprudência colacionada em capítulo seguinte da presente dissertação⁵⁷.

No entendimento aqui defendido, essas “*delegações legislativas mascaradas*” outorgadas às agências reguladoras padecem claramente do vício de inconstitucionalidade, e os atos administrativos, portarias e resoluções que exorbitem da competência normativa

⁵⁵ Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 170) “Há, todavia, duas distintas formas de satisfazer a essas reservas legais genéricas, conforme o legislador opte ou pela imposição direta de condutas, predefinidas por ele próprio, ou pela disposição direta apenas de finalidades, caso em que as normas deverão ser casuisticamente detalhadas por uma fonte normativa derivada, por via da deslegalização, o que corresponde, em conseqüência, a uma disposição indireta, da regulação que vier a ser produzida pela fonte secundária, mas nem por isso, fica dispensada sua devida legitimação”.

⁵⁶ Conforme José dos Santos Carvalho Filho (2006, Pág. 83) “Ao contrário do que alguns advogam, trata-se do exercício de função administrativa, e não legislativa, ainda que seja genérica sua carga de aplicabilidade. Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais.”

⁵⁷ No entendimento de Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (2009, p. 233 e 234) “Vários dispositivos de leis criadoras de agências reguladoras incorreram nessa excessiva “outorga de competência”, em verdade, delegação mascarada. (...) Ávidos têm sido os reguladores no sentido amplo de expedir normas, criar direitos, obrigações e deveres sem que tenham legitimação direta para tal e, muitas vezes, nem mesmo, a legitimação indireta, técnica, pois objeto de captura política ou econômica, sem que haja mecanismos de controle social e jurídico de utilização tão simples como o controle das leis face à constituição. Não se olvide quantas vezes os vícios da normatização regulatória se camuflam por trás de argumentos técnicos, por vezes meros tecnicismos falaciosos. Mister, pois, inclusive por razões garantísticas, em sociedade democrática, que os textos legais tenham conteúdo mínimo efetivo, evitando normatizações primária inconstitucionais”.

técnica de determinada agência, com ou sem previsão legislativa da lei que criou a agência, padecem do vício de inconstitucionalidade, devendo sofrer o controle jurisdicional dos atos administrativos.

Entretanto, é preciso ressaltar que estando o ato administrativo, seja ele expedido em razão do exercício do poder normativo regulamentar ou do poder normativo regulador, em harmonia com os preceitos constitucionais e com as determinações da legislação, o ato administrativo é norma jurídica e, portanto dotada de coercitividade, vinculando destarte administração e administrados ao seu cumprimento obrigatório⁵⁸.

Observe-se que, embora mais restrito que o regulamentar em termos de criação, o poder normativo regulador exercido pelas agências reguladoras têm se mostrado nos últimos anos como de extrema relevância para o funcionamento da Administração Pública, na medida em que tem se configurado como a resposta técnica estatal às demandas urgentes que emanam da sociedade, e nesse diapasão tem consolidado o Estado Regulador brasileiro.

No concernente ao poder regulador exercido pela ANP, é possível perceber a sua imensurável relevância sob os aspectos normativo, econômico e social, ao se analisar a competência reguladora que lhe é conferida pelo Art. 8º, 8º-A, e 9º da Lei do Petróleo – Lei 9.478/97.⁵⁹

⁵⁸ Segundo Vladimir da Rocha França (2009, p. 403) “Cumprir ressaltar que o princípio da legalidade determina que a atividade administrativa deverá se subordinar aos parâmetros de ação fixados pela lei. (...) Todavia, a legalidade não cuida apenas da submissão da administração pública aos ⁵⁸preceitos normativos previstos no art.59 da Constituição Federal. De nada adiantaria a lei se não houvesse respeito às normas constitucionais, base fundamental de toda atividade estatal. Daí a atualidade do art. 2º, parágrafo único, I, da lei 9.784, de 27.01.1999, quando determina que o gestor público deve atuar conforme a lei e o Direito. Ademais, a legalidade impõe à administração pública o respeito aos atos normativos que ela própria expede”.

⁵⁹ Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; II - promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção; III - regular a execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não-exclusivas; IV - elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os

contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução; V - autorizar a prática das atividades de refinação, liquefação, regaseificação, carregamento, processamento, tratamento, transporte, estocagem e acondicionamento; VI - estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores, nos casos e da forma previstos nesta Lei; VII - fiscalizar diretamente e de forma concorrente nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato; VIII - instruir processo com vistas à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, construção de refinarias, de dutos e de terminais; IX - fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis e de preservação do meio ambiente; X - estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento; XI - organizar e manter o acervo das informações e dados técnicos relativos às atividades reguladas da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis; XII - consolidar anualmente as informações sobre as reservas nacionais de petróleo e gás natural transmitidas pelas empresas, responsabilizando-se por sua divulgação; XIII - fiscalizar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991; XIV - articular-se com os outros órgãos reguladores do setor energético sobre matérias de interesse comum, inclusive para efeito de apoio técnico ao CNPE; XV - regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. XVI - regular e autorizar as atividades relacionadas à produção, importação, exportação, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda e comercialização de biodiesel, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios; XVII - exigir dos agentes regulados o envio de informações relativas às operações de produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda, destinação e comercialização de produtos sujeitos à sua regulação; XVIII - especificar a qualidade dos derivados de petróleo, gás natural e seus derivados e dos biocombustíveis. XIX - regular e fiscalizar o acesso à capacidade dos gasodutos; XX - promover, direta ou indiretamente, as chamadas públicas para a contratação de capacidade de transporte de gás natural, conforme as diretrizes do Ministério de Minas e Energia; XXI - registrar os contratos de transporte e de interconexão entre instalações de transporte, inclusive as procedentes do exterior, e os contratos de comercialização, celebrados entre os agentes de mercado; XXII - informar a origem ou a caracterização das reservas do gás natural contratado e a ser contratado entre os agentes de mercado; XXIII - regular e fiscalizar o exercício da atividade de estocagem de gás natural, inclusive no que se refere ao direito de acesso de terceiros às instalações concedidas; XXIV - elaborar os editais e promover as licitações destinadas à contratação de concessionários para a exploração das atividades de transporte e de estocagem de gás natural; XXV - celebrar, mediante delegação do Ministério de Minas e Energia, os contratos de concessão para a exploração das atividades de transporte e estocagem de gás natural sujeitas ao regime de concessão; XXVI - autorizar a prática da atividade de comercialização de gás natural, dentro da esfera de competência da União; XXVII - estabelecer critérios para a aferição da capacidade dos gasodutos de transporte e de transferência; XXVIII - articular-se com órgãos reguladores estaduais e ambientais, objetivando compatibilizar e uniformizar as normas aplicáveis à indústria e aos mercados de gás natural

Art. 8º-A. Caberá à ANP supervisionar a movimentação de gás natural na rede de transporte e coordená-la em situações caracterizadas como de contingência.

§ 1º O Comitê de Contingenciamento definirá as diretrizes para a coordenação das operações da rede de movimentação de gás natural em situações caracterizadas como de contingência, reconhecidas pelo Presidente da República, por meio de decreto. § 2º No exercício das atribuições referidas no **caput** deste artigo, caberá à ANP, sem prejuízo de outras funções que lhe forem atribuídas na regulamentação: I - supervisionar os dados e as informações dos centros de controle dos gasodutos de transporte; II - manter banco de informações relativo ao sistema de movimentação de gás natural permanentemente atualizado, subsidiando o Ministério de Minas e Energia com as informações sobre necessidades de reforço ao sistema; III - monitorar as entradas e saídas de gás natural das redes de transporte, confrontando os volumes movimentados com os contratos de transporte vigentes; IV - dar publicidade às capacidades de movimentação existentes que não estejam sendo utilizadas e às modalidades possíveis para sua contratação; e V - estabelecer padrões e parâmetros para a operação e manutenção eficientes do sistema de transporte e estocagem de gás natural. § 3º Os parâmetros e informações relativos ao transporte de gás natural necessários à supervisão, controle e coordenação da operação dos gasodutos deverão ser disponibilizados pelos transportadores à ANP, conforme regulação específica.

Art. 9º Além das atribuições que lhe são conferidas no artigo anterior, caberá à ANP exercer, a partir de sua implantação, as atribuições do Departamento Nacional de Combustíveis - DNC, relacionadas com as atividades de distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool, observado o disposto no art. 78.

Nesse contexto, observa-se que a ANP detém uma gama de atribuições que vão desde a contratação de empresas para realizar as atividades de monopólio da União previstas no Art. 177 da CF, até a fiscalização dos agentes que atuam nesses mercados, e das relações de consumo de combustível, e na medida em que exerce com eficiência a regulação do setor que lhe compete administrar, essa agência reguladora implementa o dirigismo constitucional, pois da efetividade às normas econômicas programáticas da Lei Maior, mostrando que mesmo 20 anos depois de promulgada, a Constituição Federal ainda é capaz de constituir⁶⁰.

Logo, é de suma importância que a pretensão de eficácia da Constituição adquira força normativa, transformando a realidade social de forma concreta e palpável, o que na atual conjuntura política, ou seja, nos atuais delineamentos do Estado ocorre também através de normas diversas das leis editadas pelo Poder Legislativo, e dos regulamentos expedidos pelo chefe do Poder Executivo, permitindo-se que a efetividade de normas constitucionais programáticas seja atingida através de atos normativos expedidos por agências reguladoras como a ANP.

3.2.4 Poder de polícia ou ordenação administrativa das agências reguladoras

As agências reguladoras também receberam a incumbência de fomentar atividades econômicas relevantes, e intervir nessas relações em nome do interesse público, ou seja, as agências também passaram a exercer o poder de polícia estatal naquele respectivo setor para o qual foram criadas por Lei, por essa razão é que tais entidades reguladoras precisavam ser de direito público, uma vez que não é possível conferir o exercício do poder polícia às pessoas

⁶⁰ Segundo Konrad Hesse (1991, p. 16-17) “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.(...) Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento”.

disciplinadas pelo direito privado, sob pena de se gerar insegurança jurídica para os administrados, pois os particulares agem em regra guiados por interesse meramente particular, competindo ao Estado agir em prol do interesse público.

O poder de polícia exercido pelo Estado consiste na legítima capacidade da Administração Pública restringir o exercício de direitos individuais, para assegurar a supremacia do interesse público sobre o privado, e é definido pela legislação conforme a inteligência do Art. 78 do Código Tributário Nacional.⁶¹ Observe-se que o conceito legal de poder de polícia, estabelecido pelo CTN, em muito se assemelha ao conceito doutrinário de regulação, pois ambos são descritos como uma atividade que o Estado desempenha para garantir a supremacia do interesse público sobre o privado⁶².

Ressalte-se que, hodiernamente não parece mais adequado referir-se a esta atividade do Estado descrita no art. 78 do CTN como “poder de polícia”, uma vez que esta expressão foi cunhada sob a égide do Estado Liberal, ou seja, no momento histórico em que cabia ao Estado apenas “policiar” a conduta das pessoas, assegurando o exercício dos direitos individuais, enquanto à iniciativa privada unicamente caberia o exercício de atividades econômicas, sem qualquer interferência estatal, portanto é uma expressão ultrapassada, devendo hoje ser substituída pela idéia de “poder ordenador”, ou de ordenação administrativa, que seria mais adequada ao atual Estado social, seja este prestador ou regulador⁶³.

⁶¹ CTN. Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos.

⁶² Carlo Ari Sundfeld (2000, p. 23 e 35) “Regulação é característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. (...) Apenas as missões já citadas seriam suficientes para fazer das agências reguladoras entidades de grande significado: devem monitorar setores fundamentais da economia, garantindo seu funcionamento orgânico; impedir a degradação dos serviços e aumentar a qualidade; lutar pela sua universalização, em benefício da justiça social; proteger o consumidor; atuar contra o abuso do poder econômico”.

Logo, a regulação deve ser compreendida como o conjunto de atividades que o Estado, por meio das agências reguladoras realiza nos respectivos setores do mercado, utilizando poder de autoridade para garantia do bem comum, visando à proteção dos consumidores e do meio ambiente, disciplinando a prestação de serviços públicos e a exploração de atividades econômicas desenvolvidas por entidades da Administração Pública indireta ou por particulares.

Diante da observação dos conceitos supramencionados, é possível concluir que a atividade da regulação realizada pelas agências reguladoras, trata-se também do exercício do poder de polícia do Estado, desempenhado de maneira particularizada e tecnicamente especializada⁶⁴. Para Calixto Salomão filho (2001, p.15) “A regulação engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia”.

Tendo em vista tais observações, é possível concluir que a *regulação* é uma atuação que transpõe as tradicionais atividades do poder de polícia, uma vez que trata-se de uma atuação mais ampla, que abrange a concessão, à fiscalização, às sanções, e a atividade judicante na composição de conflitos entre agentes regulados, estes e os usuários do serviço que prestam,

⁶³ Segundo Carlos Ari Sundfeld (1993, p. 15-16) “A idéia de poder de polícia foi cunhada para um estado mínimo, desinteressado em interferir na economia, voltado, sobretudo à imposição de limites negativos à liberdade e à propriedade, criando condições para a convivência dos direitos. Daí haver-se definido o poder de polícia como imposição ao particular do dever de abstenção, de não fazer. Mas, modernamente, a interferência se intensificou e mudou de qualidade, por conta da superação do liberalismo clássico. O Estado Social, mais do que pretender a harmonização dos direitos individuais, impõe projetos a serem implementados coletivamente: o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades, a proteção do meio ambiente, a preservação do patrimônio histórico. A reconstrução da teoria da ação administrativa passa, a nosso ver, pela identificação de pelo menos três grandes setores: a administração de gestão, a administração fomentadora e a administração ordenadora. (...) A administração ordenadora congrega as operações estatais de regulação do setor privado (e, portanto, ligadas à aquisição, exercício e sacrifício de direitos privados), com o emprego do poder de autoridade”.

⁶⁴ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 415) “Pode-se considerar a existência de dois tipos de agências reguladoras no direito brasileiro: a) as que exercem, com base em lei, típico poder de polícia, com a imposição de limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização e repressão; (...) b) as que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (telecomunicações, energia elétrica, transportes etc.) ou de concessão para exploração de bem público (petróleo e outras riquezas minerais, rodovias etc.)”

ou consumidores de sua produção, como faz a ANP na relação entre os consumidores e fornecedores de combustíveis⁶⁵.

Observe-se que na medida em que o Estado Liberal evoluiu para o Estado Social, é possível concluir que analogamente a idéia de poder de polícia evoluiu para a idéia de poder ordenador, também integrante do rol de atividades que compõem a atividade administrativa da regulação, exercida pelas agências reguladoras.

Em suma, a atividade administrativa da regulação, que um dia foi exercida pelos antigos Institutos (do sal, do mate, do café) já mencionados, bem como também foi e ainda o é exercida por outros órgãos do Estado, no que concerne a normatização técnica de matérias, e consistia basicamente no exercício do poder de polícia, ou sob um prisma mais moderno, na ordenação administrativa dos respectivos setores, após a reforma realizada na década de 90 do século XX passou também a ser desempenhada pelas agências reguladoras, com certas peculiaridades inerentes à essas entidades, e abrangendo um rol de outras atividades administrativas.

Destarte, a regulação exercida pelas agências reguladoras, se caracteriza pela reunião várias atividades administrativas, que também inclui o exercício do poder de polícia, ou ordenação administrativa, mas não se reduz a ele, pois pela regulação exercida pelas agências reguladoras também ocorre a concessão e contratação para prestação de serviço público ou exploração de atividade econômica que são monopólio dos entes políticos, também ocorre a composição de conflitos entre os agentes regulados por meio de processos administrativos decididos pelas agências, a fiscalização do setor e as sanções por infrações administrativas,

⁶⁵ Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão (2009, p. 36) “Propugnamos, ao revés, um conceito de poder de polícia adequado ao Estado democrático de Direito e à complexidade sócio-econômica em que vivemos; que seja funcionalizado em razão dos interesses públicos a serem atendidos pelas atividades privadas, em relação às quais o Poder Público pode, observados os limites legais, dimensionar de maneira dinâmica o conteúdo e a extensão. Não se trata mais de evitar que um particular fira os direitos dos demais, mas também de direcionar a sua atividade na senda dos interesses públicos juridicamente definidos. Sob esta perspectiva o conceito de poder de polícia se aproxima do conceito de regulação, apesar de não alcançá-lo *in totum* por não abranger a regulação dos serviços públicos e outros aspectos a ela inerentes, tais como a composição de conflitos”.

observando-se que tais atividades são desempenhadas com reforçada autonomia técnica e política em relação ao centro do Poder Executivo, o que caracteriza de maneira muito consistente um novo modelo de exercício da função administrativa, que, portanto, merece muita atenção.

3.2.5 Contenção da “Teoria da Captura” das agências

Conforme já descrito na presente dissertação, as agências reguladoras, o que inclui a ANP, são autarquias “sob regime especial”, ou seja, são pessoas jurídicas de direito público da administração indireta, e como tal elas exercem uma função pública, qual seja a função administrativa, o que inclui a ordenação administrativa, que limita a autonomia da vontade dos particulares, na defesa do interesse público, o que de maneira alguma poderia ser realizado por particulares, e nem mesmo por entidades da administração indireta de direito privado, sob pena desse exercício se realizar de modo temerário, gerando insegurança jurídica para os demais particulares administrados.

Destarte, nesse contexto de delineamento do Estado regulador brasileiro surgiu o temor que essas entidades de direito público, destinadas a proteger o interesse público fossem envolvidas pelos “tentáculos” do poder econômico de certos agentes regulados, e passassem a defender os interesses de certos agentes regulados que teriam por sua influência política e econômica, conseguido se infiltrar nos conselhos ou diretorias das agências reguladoras, e com esta apreensão surge a “teoria da captura”.

Ocorre que, em festejado julgado de Relatoria do Desembargador Francisco Cavalcanti⁶⁶, o TRF da 5ª Região deixou bem claro, (a julgar pela ementa de pouco mais de

⁶⁶ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE MEMBROS DO CONSELHO CONSULTIVO DA ANATEL. CABIMENTO. ILEGALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE. APRECIACÃO PELO PODER

JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ILEGALIDADE DA NOMEAÇÃO. ART. 34 DA LEI Nº 9.472/97. ART. 37 DO DECRETO Nº 2.338/97. REPRESENTANTES DA SOCIEDADE E DOS USUÁRIOS. NULIDADE DOS ATOS DE DESIGNAÇÃO. AFASTAMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal a fim de que seja declarado nulo ato de designação dos apelantes para integrar o Conselho Consultivo da ANATEL na qualidade de representantes dos usuários e da sociedade, haja vista os cargos ocupados por eles, Presidência da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A e Presidência da TELEBRASIL. 2. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido afastada, tendo em conta a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. 3. Todos os elementos dos atos administrativos, inclusive os discricionários são passíveis de revisão pelo Judiciário, para fins de avaliação de observância aos princípios constitucionais da Administração Pública explícitos e implícitos e de respeito aos direitos fundamentais. 4. Em face do inciso XXXV do art. 5º da CF, o qual proíbe seja excluída da apreciação judicial a lesão ou ameaça de lesão a direito, o Judiciário pode examinar todos os atos da Administração Pública, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários sob o aspecto da legalidade e da moralidade, nos termos dos arts. 5º, inciso LXXIII e 37 da Carta Magna. 5. A competência discricionária da Administração “é relativa no sentido de que, em todo e qualquer caso, o administrador estará sempre cingido – não importa se mais ou menos estritamente – ao que haja sido disposto em lei, já que discricção supõe comportamento ‘intra legem’ e não ‘extra legem’. Neste sentido pode-se dizer que o administrador se encontra sempre e sempre ‘vinculado’ aos ditames legais”. 6. “A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuaram sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum. Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão dos administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições”. 7. “Na dicção sempre oportuna de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível”. STF, RE 131661 / ES- Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. 8. No caso concreto, é de se realçar que se pretende seja reconhecida a ilegalidade da nomeação dos apelantes, como membros do Conselho Consultivo da ANATEL, não se objetiva, destarte, que o Poder Judiciário se imiscua na competência discricionária do Poder Executivo, tanto que a escolha, e isso não se discute, é do Poder Executivo. 9. Prejudicial de não cabimento da ação civil pública rechaçada. 10. No caso em apreço é cabível a ação civil pública, essa conclusão é concebida a partir da observação da legislação, sobretudo quando considerados os escopos que norteiam a ação civil pública cujo objeto consiste na defesa do interesse público, cotejando-os com o caso concreto em apreciação, que envolve uma categoria de pessoas, os usuários de serviços de telecomunicações, e mais, toda a sociedade. O arcabouço desse posicionamento consubstancia-se, fundamentalmente, no regramento constitucional (art. 129, III, da Constituição Federal), no art. 1º, incisos II e V da Lei nº 7.347/85, na alínea b, inciso V, do art. 5º e na alínea c, inciso V, do art. 6º ambos da Lei Complementar nº 75/93, atinente ao Ministério Público da União, bem como no art. 25, IV, b da Lei nº 8.625, de 12.02.1993, a qual instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. 11. O objeto da presente ação civil pública está absolutamente em consonância com os limites objetivos delineados nos preceitos normativos a ela referentes, porquanto visa à proteção dos consumidores - usuários de serviço de telecomunicações – os quais, por força do art. 34 da Lei nº 9.472/97, devem ser representados no Conselho Consultivo da ANATEL, além dos interesses da sociedade como um todo, que em face do citado dispositivo legal também deve estar representada no aludido Conselho. Ademais, não é de se olvidar que dentre as funções institucionais do Ministério Público da União, se inclui o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública no que tange à observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, inteligência do art. 5º, V, b, da Lei Complementar nº 75/93. 12. O Conselho Consultivo é órgão superior da ANATEL, o qual representa a participação institucionalizada da sociedade na atuação da agência, sendo integrado por doze conselheiros designados por decreto do Presidente da República, sendo dois indicados pelo Senado Federal, dois pela Câmara dos Deputados, dois pelo Poder Executivo, dois conselheiros das entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, dois das entidades representativas dos usuários e dois representantes da sociedade. Essa estruturação do Conselho Consultivo, certamente, possibilita aos usuários e à sociedade como um todo acompanhar a gestão da agência e a regularidade da atuação da mesma na consecução de seus fins. É, assim, imprescindível a nomeação de conselhos de usuários e da sociedade, compostos por representantes apontados por entidades de classe e associações civis, para se assegurar à satisfação do interesse público. 13. No que tange à atividade do Conselho Consultivo, verifica-se que ao mesmo se atribui a cooperação e colaboração na definição da política do setor de telecomunicações, opinando sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização de serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações, além de aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público. Demais disso, é dada ao Conselho Consultivo atribuição fiscalizadora, ao qual cabe apreciar os relatórios anuais do Conselho Diretor e

requerer informação e fazer proposição atinentes a sua atuação. É, assim, de se concluir pela relevância e importância das incumbências do Conselho Consultivo dentro da agência. 14. Na hipótese dos autos, foi nomeado como representante da sociedade o Presidente da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A, empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. Ora, a indicação do Presidente de grandes empresas de telecomunicações para representar a sociedade civil perante o Conselho Consultivo da ANATEL, rompe a toda evidência a pluralidade representativa ou mesmo a representação democrática inerente à estrutura do referido Conselho. Com efeito, o legislador claramente estabeleceu que o Conselho Consultivo deveria possuir composição híbrida, isto é, integrado por conselheiros indicados pelas Casas Parlamentares, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, e também, pelos usuários e pela sociedade. Sem dúvida, o cargo ocupado pelo apelante é absolutamente incompatível com a representação da sociedade perante o Conselho Consultivo. Por certo, além de membro da sociedade o referido apelante é, mormente, Presidente de grandes empresas de telecomunicações, com interesses na definição da política do setor de telecomunicações e, portanto, voltado para a defesa de seu interesse como presidente da Tele Norte Leste Participações S/A e da TELEMAR Norte Leste S/A e assim, “diante de um conflito de envolvendo interesses contrapostos da sociedade e das prestadoras de serviço de telecomunicações, a sua atuação estaria comprometida com os interesses deste último segmento. Necessário, pois, para que alguém represente a sociedade, não esteja comprometido com um segmento específico desta, a fim de que possa ter uma atuação imparcial em prol do bem comum”. 15. Quanto ao segundo apelante, fora o mesmo nomeado membro do Conselho Consultivo da ANATEL, como representante dos usuários, quando era Presidente da TELEBRASIL, associação composta por pessoas físicas e jurídicas exercentes de atividades em telecomunicações e em tecnologia afins, a qual congrega grandes empresas do setor de telecomunicações, tais como, a Ericsson Telecomunicações S.A., Siemens Ltda., Tele Norte Leste Participações S/A, Telecom Itália do Brasil S/C Ltda., Telecomunicações de São Paulo S/A, Telesp Celular Participações S/A, Intelig Telecomunicações Ltda., Vésper S/A, Portugal Telecom Brasil S/A, Nokia do Brasil Ltda., entre outras. Manifesta, destarte, a ilegalidade de sua nomeação para representar os usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL. 16. Não há que se alegar ser o bastante a indicação do segundo apelante por entidades representantes dos usuários. A uma, porque se vislumbra ser a ABRANET – Associação Brasileira de Provedores de Acesso, Conteúdo e Informações da Rede Internet, entidade representativa dos usuários dos serviços de telecomunicações, pois seu objetivo social, consoante se colhe do *site* www.abranet.org.br, “é dar apoio ao esforço brasileiro na implantação de empresas provedoras de acesso, serviços e informações e buscar o desenvolvimento da Internet – Brasil”. A duas, porquanto “não basta que o candidato ao cargo seja indicado por uma entidade representativa dos usuários e da sociedade, mas também que o mesmo seja um legítimo representante deste segmento, de forma que os seus interesses coincidam com aqueles cuja defesa lhe foi outorgada, sob pena de não haver uma efetiva participação de todos os segmentos da sociedade naquele Conselho” e, por conseguinte, de descumprimento do artigo 33 da Lei 9.427/97”. *In casu*, flagrante é o conflito entre os interesse dos usuários dos serviços de telecomunicações e os interesses da associação que o segundo apelante representa, implicando, pois, em se reconhecer a impossibilidade de sua indicação como representante dos usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL. 17. A nomeação dos apelantes como membros do Conselho Consultivo da ANATEL, representa o que a doutrina estrangeira e alguns doutrinadores brasileiros tem denominado de captura da agência pelos interesses regulados. 18. Ocorre a captura do ente regulador quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. “É a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados”. 19. No respeitante ao § 4º do art. 37 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338 de 07 de outubro de 1997, é salutar destacar, que em não havendo indicações, a escolha do Presidente da República será livre, desde que em obediência à lei, fulcrado nela e visando o fiel cumprimento das finalidades previstas na lei e na Constituição. Deveras, outra interpretação não pode sobressair do aludido § 4º do art. 37 do Regulamento da ANATEL. 20. Não havendo indicação das entidades de classe dos usuários e das entidades representativas da sociedade dentro do prazo fixado, fica ao alvedrio do Presidente da República a indicação dos membros do Conselho Consultivo, respeitada, evidentemente, a representação democrática, ou melhor, a pluralidade representativa, assegurada pela Lei nº 9.472/97 e ainda, obedecidos aos princípios constitucionais norteadores da administração pública, sobretudo, da moralidade e da legalidade e considerada a qualificação do indicado, isto é, a compatibilidade da sua qualificação com as matérias afetas ao colegiado. 21. É de se ressaltar, outrossim, ser prescindível prova conclusiva de que os apelantes estariam a serviços de interesses contrários a sociedade a fim de caracterizar a ilegalidade, visto que como demonstrado, houve descumprimento do art. 34 da Lei nº 9.427/97, além de inobservância dos princípios constitucionais da Administração Pública, a exemplo, do princípio da moralidade, legalidade e razoabilidade. 22. Recursos de apelação e remessa oficial improvidos. (TRF, 5ª Região, Ap. Cível nº. 342.739, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data do Julgamento 30.11.2004).

duas páginas, trazida em sua íntegra pela relevância elucidativa que têm sobre o odioso fenômeno da captação de agências reguladoras) que o Poder Judiciário brasileiro tem competência para não permitir que a chamada captura ocorra, afinal as agências reguladoras devem servir ao interesse público, daqueles que são usuários do serviço público prestado, e não à interesses individuais de certos agentes regulados.

No caso em apreço, o MPU- Ministério Público da União propôs ação civil pública contra a nomeação pelo Presidente da República de dois cidadãos para ocupar as duas vagas que conselho consultivo da ANATEL destina para representantes da sociedade, como forma de assegurar a representatividade dos usuários dos serviços de telecomunicações na entidade responsável pela regulação do setor.

Ocorre, que os dois cidadãos que tiveram suas nomeações impugnadas pelo Ministério Público eram simplesmente os presidentes de duas das maiores empresas de telecomunicações do país, de maneira que sua nomeação em nada estaria efetivando a representatividade dos usuários dos serviços de telecomunicações prevista pela lei 9.472/97, que estabelece as competências da ANATEL, pois na verdade estaria fortalecendo ainda mais a defesa dos interesses dos agentes econômicos prestadores do serviço regulado, o que compromete de maneira aviltante à moralidade administrativa e a eficiência regulatória da agência.

Ressalte-se que o TRF da 5ª Região afastou completamente a impossibilidade de revisão do ato de nomeação, por ter este natureza de ato discricionário, sedimentando o entendimento que até mesmo os atos discricionários podem sofrer o controle de legalidade pelo Poder Judiciário, sobretudo, quando afronta os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, esculpidos no art. 37 da CF, como ocorrera neste caso.

Este foi sem dúvidas um julgado histórico, que contribui de maneira indelével para afirmação da regulação em uma matriz republicana, que tem mecanismos de proteção contra

as investidas do poderio econômico, e segundo José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 467) “Tal decisão reflete inegável avanço no que tange ao controle judicial sobre atos discricionários, que embora formalmente legítimos, se encontram contaminados por eventual ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade”.

3.3 DEFESA ADMINISTRATIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTRIBUIÇÕES DA ANP PARA IMPLEMENTAR O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

As constituições sintéticas prevêm somente os princípios e as normas gerais de regência do Estado, organizando-o e limitando seu poder, por meio da proclamação de direitos e garantias fundamentais individuais, como por exemplo, a Constituição norte-americana. Diferentemente, as constituições analíticas, inspiradas no constitucionalismo dirigente, examinam e normatizam diversos assuntos que entendem relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado, bem como proclamam os direitos sociais.

Observe-se que a tradição do constitucionalismo brasileiro é ser dirigente, e no caso da hodierna ordem constitucional, estabelecida sob a égide da Constituição Federal de 1988 não é diferente, pois o constituinte rejeitou a constituição sintética, que é constituição negativa, porque construtora apenas de liberdade- negativa ou liberdade impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de constituição garantia. Assumiu o novo texto a característica de constituição-dirigente, enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentimento socialista do que no de orientação social-democrática, imperfeita, reconheça-se. (SILVA, 1998)

O constitucionalismo programático dirigente não se deu conta da complexidade do mundo e das conseqüências das integrações entre as nações. A constituição dirigente está

morta, se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário, capaz de por si só, operar transformações emancipatórias. (CANTILHO, 1994)

Faz mister esclarecer que segundo o autor lusitano a Constituição Dirigente só está morta, caso entenda-se que o dirigismo constitucional basta por si só, que ele próprio já representa o avanço da sociedade, e obviamente isso não corresponde à intenção do legislador constituinte brasileiro, que certamente esculpiu as normas programáticas na Constituição na esperança de que os poderes constituídos lhes conferissem a devida efetividade, da maneira mais eficiente⁶⁷.

Nesse sentido coaduna-se Paulo Bonavides, segundo o qual Constituição dirigente não é arcaísmo do pensamento político, mas sim uma diretriz e argumento do pálido Estado de Direito que ainda resguarda na medida do possível a ordem e a liberdade nos estados da periferia do mundo. (BONAVIDES, 2001)

Respalhando esse entendimento doutrinário, a jurisprudência do STF consagra a obrigatoriedade da intervenção do Estado brasileiro no domínio econômico e social, por este ser nos termos da Constituição Federal de 1988, um dos principais indutores do desenvolvimento e conseqüente responsável pela concretização das normas programáticas proclamadas pelo dirigismo constitucional da República Federativa do Brasil⁶⁸.

⁶⁷ No entendimento de Luís Lênio Streck (2002, p.15) “A afirmação de Canotilho não elimina, nem tampouco enfraquece a noção de constituição dirigente e compromissária. A constituição, e cada constituição, depende das especificidades de cada Estado Nacional, e o caráter dirigente do texto constitucional brasileiro continua perfeitamente adequado à nossa identidade nacional”.

⁶⁸ AÇÃO DIRETA DE INCONTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 E 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo

É justamente nesse diapasão, que se analisa o fundamental papel das agências reguladoras como peças formadoras de uma administração pública “policêntrica”, ou seja, descentralizada, que diretamente vinculada ao ideário que permeia o princípio da eficiência é capaz de implementar o dirigismo constitucional, ou seja, é capaz de dar efetividade às normas programáticas da Constituição Federal, defendendo os direitos fundamentais, e contribuindo deste modo para o desenvolvimento econômico e amadurecimento político das instituições.

Nesse sentido, entendemos que as especificidades e a atuação das agências reguladoras podem se dar em harmonia com a ordem constitucional vigente, e para exemplificar essa afirmativa, analisa-se a regulação do setor energético brasileiro, realizada pela ANP.

Nesse contexto de celeumas e indefinições acerca da constitucionalidade de certas especificidades das agências reguladoras, observa-se que a atuação da ANP tem dado uma notável contribuição para a expansão do potencial petrolífero brasileiro, para o dinamismo das atividades industriais do setor energético, para efetividade de normas programáticas e para defesa de direitos fundamentais.

Note-se que a Constituição Federal esculpiu em seus Arts. 3º e 170, as normas programáticas econômicas que devem reger o desenvolvimento nacional, as quais não se devem olvidar em nenhuma hipótese, por constituírem objetivos da República Federativa do Brasil e princípios basilares da Lei maior⁶⁹.

para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da ‘iniciativa do Estado’; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF, ADI 1.950, Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 3-11-05, *DJ* de 2-6-06). **No mesmo sentido:** ADI 3.512, julgamento em 15-2-06, *DJ* de 23-6-06).

⁶⁹ CF. Arts. 3º e 170. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. E Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade

Ora, o poder constituinte originário, no momento em que instituíu a ordem constitucional vigente, ou seja, no momento em que fundava o atual Estado Brasileiro, estabeleceu em que termos deveria o país ser desenvolvido, sendo obrigação do legislador ordinário, bem como do Poder Executivo, criar mecanismos para dar efetividade às normas programáticas da Constituição Federal, implementando deste modo o dirigismo constitucional brasileiro, com o intuito de assegurar o progresso, mas em conformidade com os ditames da justiça social⁷⁰.

Nesse diapasão, observa-se que a efetividade das supracitadas normas econômicas programáticas tem sido garantida pela atuação da ANP, ou seja, o dirigismo constitucional está sendo implementado pela administração pública policêntrica do Estado Regulador brasileiro, principalmente no que concerne a efetividade de tais normas constitucionais e da defesa administrativa de direitos fundamentais no setor administrado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, à luz do princípio constitucional da eficiência, na medida em que tem dado respostas de maneira célere satisfatória às demandas do setor.

A regulação realizada pela ANP tem contribuído para o desenvolvimento da indústria brasileira de bens e serviços, ao normatizar tecnicamente o disposto na lei do petróleo, fixando um percentual mínimo de compra de fornecedores nacionais para as empresas contratadas pela União via ANP, para a exploração, desenvolvimento e produção. O chamado conteúdo nacional obrigatório varia de acordo com a fase das atividades (exploração e desenvolvimento) e da localização das áreas (se em águas profundas, águas rasas ou em terra),

privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁷⁰ Na lição de Gilberto Bercovici (2003, p. 42) “O próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais. O desenvolvimento econômico e social, com a eliminação das desigualdades, pode ser considerado como síntese dos objetivos históricos nacionais”.

garantindo assim o desenvolvimento nacional, conforme determina o inciso II do art. 3º da Constituição Federal, e se evidencia pela edição da Portaria ANP 234 de 2003, que estabelece penalidades para os contratados que violarem o conteúdo nacional obrigatório.

Desde 2005, a ANP incentiva o ingresso de pequenas e médias empresas nas atividades do setor de produção de petróleo e gás natural por meio da oferta de áreas inativas com acumulações marginais de petróleo e gás, e simplesmente 18 dessas áreas encontram-se nos Estados do Espírito Santo, Bahia, Sergipe e Rio Grande do Norte, viabilizando desse modo a função social da propriedade, consoante o inciso III do art. 170 da CF, e através da livre iniciativa privada em atenção ao disposto no inciso II do mesmo artigo, o que também se evidencia pela edição da Portaria ANP 234 de 2003.

A reativação da produção pelo reaproveitamento dos poços já perfurados gerou novos empregos, ampliou a utilização de bens e serviços nacionais e fez crescer a área de produção em terra. A iniciativa da ANP de reativação da produção pelo reaproveitamento dos poços já perfurados que já gerou cerca de 1.500 empregos diretos em lugares pouco desenvolvidos, tem tido resultado positivo sobre o desenvolvimento econômico e social de regiões distantes dos grandes centros, ou seja, a ação da agência tem gerado empregos e, por conseguinte dado efetividade ao inciso VIII do art. 170; bem como reduzido as desigualdades regionais e desta forma efetivado o disposto no art. 3º, III e 170, VII, todos da Constituição, o que se evidencia pela edição das Portarias ANP 176/99 e 279/03.

Os contratos de exploração firmados pela ANP incluem cláusula que destina 1% da renda bruta dos campos com grande volume de produção, ou de alta rentabilidade (os que pagam a chamada participação especial), a projetos e programas de pesquisa e desenvolvimento tecnológico, assim como à formação ou capacitação de recursos humanos em petróleo e gás natural como os PRHs – Programa de Recursos Humanos, inseridos em diversos cursos de diversas universidades públicas do país como a UFRN – Universidade

Federal do Rio Grande do Norte. Desde 1998, esses recursos já somam R\$ 2.300.000.000,00 (dois bilhões e trezentos milhões de reais). Cabe à ANP credenciar universidades e institutos de pesquisa para executar pelo menos 50% desses projetos e programas, o que significa uma ação soberana do Estado brasileiro na gestão de recursos produzidos pela iniciativa privada, para a estruturação e desenvolvimento da educação pública, conforme estabelece o inciso I do art. 170, promovendo assim o bem de todos, inclusive dos próprios agentes privados que produziram tais recursos, uma vez que a pesquisa viabilizada produz ciência e tecnologia que beneficia esses agentes produtores, em respeito ao art. 3º, IV, ambos da CF, o que se evidencia pela edição das Portarias ANP 36/01 e 58/01.

Como entidade reguladora da cadeia produtiva de petróleo, gás natural e biocombustíveis, a ANP vem priorizando o cumprimento de sua atribuição legal de proteger os interesses dos consumidores de derivados e biocombustíveis. A agência cumpre este papel por meio de fiscalizações sistemáticas da qualidade da gasolina, do diesel, do álcool, do GLP (o gás de cozinha), dos lubrificantes e biocombustíveis vendidos em todo o país e da informação permanente ao mercado, tarefa para a qual mantém seu Centro de Relações com o Consumidor (CRC). Os fiscais da ANP e agentes dos órgãos conveniados estão autorizados a autuar e interditar estabelecimentos, apreender produtos e recolher amostras, realizando deste modo a defesa do consumidor e do meio ambiente, dando deste modo efetividade aos incisos V e VI do art. 170 da CF, o que se evidencia pela edição da Portaria ANP 249/00.

Desse modo, na medida em que a regulação econômica realizada pela ANP no exercício de seu poder de polícia, ou da ordenação administrativa, fiscaliza o cuidado das indústrias com a manutenção de equipamentos e medidas de segurança, diminuindo assim despesas com reparos ambientais e indenizações decorrente de acidentes, que na seara da indústria do petróleo e gás natural é comum serem de grandes proporções, ela contribui para realização de uma administração pública mais atenta, preventiva e eficiente, dando portanto

efetividade ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que está previsto no art. 225 da Constituição Federal.

Desse modo observa-se que as agências reguladoras têm realizado a defesa administrativa de direitos fundamentais, e segundo a jurisprudência do STF, no que concerne a ANP, determinou a Corte Suprema que descumprir as normas expedidas pela agência configura-se em crime contra a ordem econômica, a ser processado perante a Justiça Estadual.⁷¹

Diante de todo o exposto, percebe-se que a regulação realizada pela ANP tem se mostrado deveras eficiente para efetivar normas constitucionais programáticas, sobretudo as econômicas, bem como realizar a defesa de direitos fundamentais individuais e sociais, como os direitos dos consumidores de combustível e o direito de todos a um meio ambiente equilibrado, sendo este último assegurado pela fiscalização ostensiva que permite a prevenção de acidentes ecológicos envolvendo produtos tóxicos derivados do petróleo.

Entretanto, em que pese a constatação da eficiência administrativa que se evidencia no Estado Regulador brasileiro, e foi até aqui demonstrada com o cuidado de fixar os limites do poder normativo regulador das agências, sempre é retomada a preocupação quanto à correspondência da descrição jurídico científica com a realidade posta, ou seja, se após o delineamento constitucionalmente possível da existência do Estado Regulador ser traçado pela doutrina, ele tem sido de fato observado pela prática regulatória do dia a dia.

⁷¹ COMPETÊNCIA CRIMINAL. AÇÃO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL FORA DOS PADRÕES FIXADOS PELA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. ART. 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.176/91. INTERESSE DIRETO E ESPECÍFICO DA UNIÃO. LESÃO À ATIVIDADE FISCALIZADORA DA ANP. INEXISTÊNCIA. FEITO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. RECURSO IMPROVIDO. PRECEDENTES. INTELIGÊNCIA DO ART. 109, IV E VI, DA CF. Para que se defina a competência da Justiça Federal, objeto do art. 109, IV, da Constituição da República, é preciso tenha havido, em tese, lesão a interesse direto e específico da União, não bastando que esta, por si ou por autarquia, exerça atividade fiscalizatória sobre o bem do delito. (STF, 2ª Turma, RE 513446-SP, Relator Ministro César Peluso, data do julgamento 16.12.08).

É extremamente importante que a descrição, ou seja, que dogmática da regulação, descrita conforme delineamentos compatíveis com a ordem constitucional vigente, esteja de fato correspondendo à prática regulatória, sob pena de se negar a eficácia das normas constitucionais e assim subverter o sistema de Direito positivo, o que seria uma imensurável teratologia. Deste modo, na busca pela compatibilização do Estado Regulador, no qual efetivamente se transformou a República Federativa do Brasil, com a Constituição Federal de 1988, que criou o Estado brasileiro, e estabeleceu quais seus objetivos, surgem teorias de legitimação do Estado Regulador à luz da Constituição Federal⁷².

Um aspecto legitimante do Estado Regulador seria a capacidade das agências reguladoras atuarem como instrumentos administrativos dotados de extrema eficiência para proteção e promoção dos direitos fundamentais proclamados pela Constituição Federal, afinal a Lei Maior proclamou tais direitos para que sejam protegidos e efetivados, da melhor forma, o que implica celeridade e muitas vezes tecnicidade, no entanto sempre surge a possibilidade de tal proeza ocorrer sem previsão legislativa, sem a determinação da lei, ou seja, sem a previsão da norma que “encarna” a vontade do povo, e que por isso é a “pedra angular” do Estado democrático de Direito nos termos da Constituição.

Logo, para superar esse outro impasse que surge pela possibilidade de se olvidar o “império da lei”, menciona-se outro aspecto do Estado Regulador brasileiro que poderia suprir em tal modelo estatal o déficit democrático que surge da possibilidade de se olvidar a lei, ou

⁷² Segundo Gustavo Binbenbajm (2006, p. 295) “O modelo estrutural de agências ou autoridades administrativas independentes comunica-se com o sistema de direitos fundamentais e o princípio democrático. Em primeiro lugar, a temática dos direitos fundamentais relaciona-se com as autoridades independentes na medida em que estas poderão constituir-se, sob determinadas circunstâncias, nos melhores instrumentos administrativos gestores da defesa, proteção e promoção daqueles direitos”.

seja, a norma jurídica feita pelo povo através de seus representantes, e isso ocorreria pela participação popular na atividade regulatória⁷³.

Esse seria então mais um aspecto legitimante do Estado Regulador brasileiro à luz da Constituição Federal⁷⁴, uma vez que segundo a Lei Maior “todo o poder emana do povo, que o exerce por seus representantes ou diretamente nos termos desta Constituição”, a questão é que até o presente momento, a Constituição nada menciona sobre essa forma de participação direta da sociedade na atividade de regulação, ressalte-se inclusive que a CF não menciona nem esse e nem qualquer outro aspecto da regulação, a estrutura normativa da regulação decorre praticamente em sua totalidade da legislação.

Observe-se ainda que nas agências reguladoras surge “um novo espaço público”, assemelhado à uma espécie de democracia direta e portanto, à priori, legítimo, no qual o povo participa diretamente da elaboração de normas jurídicas que vão disciplinar suas vidas⁷⁵.

Todavia, é forte a oposição a tal teoria, uma vez que a Constituição Federal não teria feito previsões de tal natureza, nem que sugerissem tais possibilidades, pois ao contrário, deixou bem claro quais eram os seguimentos do poder político do Estado, ou seja, quais eram os Poderes constituídos, quais eram suas funções e os limites de sua competência, logo um

⁷³ Segundo Alexandre dos Santos Aragão apud David Ciriano Vela (2009, p. 440) “Ainda que o poder regulamentar contenha inevitavelmente aspectos discricionários, com um núcleo de oportunidade em que são possíveis várias soluções igualmente justas, não cabendo a substituição da decisão administrativa pela judicial, a participação cidadã é essencial nesta zona de pura oportunidade, de modo que a omissão na realização deste trâmite deve ser considerada como causa invalidadora do ato normativo expedido”. Aqui também um equívoco conceitual, o poder regulador das agências reguladoras é chamado de poder regulamentar.

⁷⁴ Conforme Gustavo Benenbojm (2006, p.312) “A independência das agências há de submeter-se a limites, pois seus poderes são, ao fim e ao cabo, tributários de um processo de autodeterminação coletiva. Preconiza-se, em tal direção, o aprimoramento de um sistema de controles parciais – políticos, jurídicos e sociais – da atuação das agências, compatível com a lógica do regime de freios e contrapesos, bem como o fomento à participação social nos processos regulatórios, como maneiras de incrementar o grau de legitimidade dos poderes exercidos por essas entidades”.

⁷⁵ Segundo Gustavo Benenbojm (2006, p. 297) “De outra parte, as autoridades independentes não precisam nem devem ser espaços fechados, infensos às posições e opiniões de agentes econômicos, consumidores e da sociedade civil como um todo. A abertura procedimental das deliberações regulatórias representa, em verdade, uma tentativa de fomentar a constituição de uma nova esfera pública, moldada por parâmetros mais técnicos e especificamente relacionados à matéria regulada”.

entendimento que se afasta dessa conformação poderia não estar compatível com a essência da Constituição Federal de 1988⁷⁶.

Destarte, seguem-se os embates doutrinários sobre as possíveis bases constitucionais das agências reguladoras, bem como sobre a legitimação do Estado Regulador brasileiro, o que é extremamente importante tendo em vista a necessidade de se chegar a uma teoria que se harmonize com a ordem constitucional, pois do contrário será necessário promover urgentemente uma reforma no texto da CF, seja para expressamente proclamar a eficácia do Estado Regulador, ou seja, para desconstituí-lo de uma vez.

Enquanto, essa necessária e elucidativa reforma não ocorre, é preciso conhecer o Direito que disciplina a regulação, ou seja, a dogmática da regulação, e na presente dissertação, como já bastante evidenciado cuida-se da dogmática do setor administrado pela ANP, que é bastante específica, uma vez que o Direito em questão não disciplina a delegação de serviços públicos, nem a concessão de exploração de bem público, mas de maneira “*sui generis*” normatiza uma modalidade especialíssima de contratação para a realização das atividades concernentes à indústria do petróleo e gás natural previstas no art. 177 da CF, conforme será demonstrado no próximo tópico.

3.4 REGIME JURÍDICO DAS ATIVIDADES DE EXPLORAÇÃO DE GÁS NATURAL, PETRÓLEO E DERIVADOS E SUA REGULAÇÃO PELA ANP

⁷⁶ Segundo Marcelo Figueiredo (2005, p.308) “Afastamos no regime constitucional brasileiro a possibilidade de uma separação radical ou de independência entre as agências ou órgãos reguladores e as instâncias do Poder constituído – Legislativo, Executivo e Judiciário. As decisões políticas fundamentais constituem monopólio do poder democrático estabelecido na forma constitucional”.

A priori, insta observar que a Constituição Federal estabeleceu quais são os bens que pertencem à União (Art. 20)⁷⁷, os serviços públicos que compete à União prestar (Art.21, XI e XII)⁷⁸, e as atividades econômicas que a União tem o monopólio de realização (Art. 177)⁷⁹, podendo ela, explorar os bens, prestar os serviços ou realizar as atividades, diretamente, por meio dos órgãos e entidades da Administração Pública de seus Poderes Constituídos, ou, através de concessão, permissão ou autorização, e também por meio de *contratação* de particulares.

Ressalte-se desde já, que as atividades elencadas no Art. 177 da CF, que nos termos deste artigo são de monopólio da União, podem ser realizadas através da *contratação* de particulares, o que traduz um regime jurídico próprio, diferente das tradicionais modalidades

⁷⁷ CF. Art. 20. São bens da União: I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VI - o mar territorial; VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos; VIII - os potenciais de energia hidráulica; IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo; X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

⁷⁸ CF. Art. 21. Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

⁷⁹ CF. Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

de delegação de serviços ou exploração econômica conferida aos particulares por meio de concessão, permissão e autorização.

Assim, com o advento da Emenda Constitucional n.º 09/95, a Constituição Federal reafirmou o monopólio da União sobre as atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, dentre outras, permitindo-se, porém a contratação de particulares para executá-las, conforme a norma prevista no parágrafo 1º do art. 177⁸⁰, o que antes da emenda supracitada não era permitido, posto que a CF determinava que a União somente poderia realizar tais atividades por meio de empresas estatais.

Tal reforma ocorre para que o Brasil se inserisse ainda mais na chamada na economia globalizada, e continuasse materializando a ideologia “do Estado mínimo” defendida pelo Governo da época, e que era disciplinada pela lei do PND- Plano Nacional de Desestatização, Lei n.º 9.491/07, destarte permitiu-se a exploração econômica do setor do petróleo por empresas privadas, nacionais e estrangeiras.

Nessa nova dinâmica criada, era preciso criar um “órgão regulador”, conforme a própria Constituição passou a mencionar, no inciso III, do § 2º, do Art. 177, uma vez que, tais atividades eram e continuam sendo monopólio da União, que pela essência da Lei Maior brasileira deve realizá-las para atender ao interesse público, e por essa razão até 1995 eram desempenhados por meio de entidades da Administração Pública indireta, como a Petrobras que é sociedade de economia mista federal, porém após a reforma passaram também a ser realizadas por empresas privadas, que atuam nos mercados única e exclusivamente em busca de lucro.

⁸⁰ CF. Art. 177. Constituem monopólio da União: (...) § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

Destarte, para evitar que as empresas abusassem de sua capacidade de lucro, e respeitassem os direitos dos consumidores de combustível e as normas protetoras do meio ambiente nacional, foi criada a ANP, o chamado “órgão regulador”, mas que como já exposto até aqui, não é órgão, pois tem natureza jurídica de autarquia, ainda que sob regime especial, a quem foi conferida a missão de regular a atuação das empresas contratadas, inclusive a PETROBRAS, para a realização das atividades previstas no art. 177 da CF.

Percebe-se então mais um aspecto que diferencia os motivos para criação da ANP, das razões de criação de outras agências reguladoras como a ANATEL, pois no setor de telecomunicações houve a privatização da TELEBRAS, o que não ocorreu com a PETROBRAS, não por falta de intenção do Governo FHC, que tentou como pôde “sabotar” a empresa, reduzindo drasticamente investimentos em estrutura e pessoal, o que de 1994 à 2002 acarretou numa série de terceirizações, e juntamente com elas vieram acidentes de trabalho e ambientais, em uma lamentável situação que afortunadamente foi revertida, haja vista a promoção da auto-suficiência petrolífera do país, bem como a crescente expansão na atuação desta empresa brasileira de reconhecimento internacional.

Entretanto, à semelhança do que ocorreu com nos setores nos quais houve privatização, a ANP também foi criada para assegurar direitos individuais, afinal, após o advento da Emenda Constitucional nº 09, que permitiu a União contratar com empresas privadas, nacionais e estrangeiras, era preciso ser dado garantias aos investidores privados, contra uma possível mudança, ainda que democrática, na condução política do país.

Diante dessa conjuntura a saída para o impasse foi resolvida da seguinte forma: a União iria contratar com empresas privadas para realização das atividades previstas no Art. 177, que eram de seu monopólio, porém não faria a contratação diretamente, faria por meio da ANP, desse modo, um novo Presidente da República que não concordasse com essa nova sistemática, e no uso de suas atribuições resolvesse rescindir as contratações gerando prejuízo

para as empresas não poderia fazê-lo, pois a União era um contratante indireto, mas quem de fato assinava com as empresas era a ANP, cujos diretores seriam nomeados pelo Governo no qual se realizava aquela reforma administrativa, gozando tais diretores da impossibilidade de demissão “*ad nutum*” pelo chefe do Poder Executivo.

Salienta-se, contudo, que a União continuou a deter o patrimônio das riquezas do subsolo, bem como o monopólio das atividades de exploração de tais riquezas, entretanto após a criação da ANP, ficava esta agência incumbida da administração de tais riquezas, obviamente também com a missão de promover a defesa dos direitos dos consumidores de combustível e a defesa do meio ambiente na dinâmica das atividades contratadas, viés de sua atuação que somente foi implementado em momento posterior de sua atuação.

A Lei Federal nº. 9.478/97, dita “Lei do Petróleo”, nos termos do supramencionado art.177, §1º da Constituição Federal, fixou os objetivos da Política Energética do país, fundamentando seus princípios, bem como determinou a criação do Conselho Nacional de Política Energética (art. 2º). No mais, elucidou e introduziu expressões técnicas necessárias à correta compreensão dos princípios e objetivos da política energética nacional.

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), prevista e disciplinada no art.7º da Lei Federal nº. 9.478/97, possui a incumbência constitucional e legal de regulação e fiscalização da indústria petrolífera, de gás e biocombustíveis que atua no Brasil. A citada agência tem por missão administrar o setor que lhe compete utilizando a preservação do interesse público e do meio ambiente como diretriz. Para alcançar a finalidade prevista constitucionalmente, a ANP deve atuar fixando condutas, intervindo no comportamento dos agentes econômicos e influenciando-os por meio de uma política global, técnica, financeira, monetária e social, elaborada pelo CNPE – Conselho Nacional de Política Energética e estabelecida pelo Presidente da República.

A indústria do petróleo, alvo de interesses políticos e econômicos há décadas, é indissociável à idéia de crescimento e desenvolvimento de uma nação. Mister se faz, portanto, que haja apreciação técnica de natureza jurídica para que se possa regular toda a atividade a ela correlacionada.

A doutrina jurídica, apesar dos inegáveis avanços que tem demonstrado nos últimos anos, ainda mostra-se incipiente ao abordar o direito energético concernente ao petróleo, gás natural, bicomcombustíveis e seus subseqüentes temas controversos. Desta feita, é de extrema relevância elucidar questões pouco delineadas pelo próprio arcabouço legal de nosso ordenamento jurídico, como, por exemplo, o conflito de competência normativa, ou seja, os choques entre atos normativos emanados pela supramencionada agência e à legislação, que como já visto é a “pedra de toque” do Estado de Direito.

Destarte é preciso esclarecer que, a ANP, na medida em que faz a regulação do setor que lhe compete, nos termos da Lei do Petróleo, exerce a função administrativa, de maneira descentralizada, realizando dentre outras atividades a *contratação* de empresas privadas e da empresa estatal Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS, para realizarem as atividades de exploração de petróleo e gás natural, que são monopólio da União, e estão previstas nos incisos de I a IV do Art. 177 da Constituição Federal, o que significa dizer que apesar da Lei 9478/97 – Lei do Petróleo e diversos autores erroneamente mencionarem os termos *concessão* e *concessionário*, o que há na verdade é contratação, e não se trata apenas de nomenclatura pois isso repercute diretamente no regime jurídico que disciplina o setor.

Em praticamente toda sua extensão, a Lei 9.478/97 normatiza os mais diversos aspectos da regulação a ser realizada pela ANP referindo-se sempre ao instituto da *concessão*, assim o faz nos artigos 5º; incisos II, IV e XXV do 8º; 23⁸¹; 24; 25; 26; § 2º do 28; 29; caput e

⁸¹ Para exemplificar: Art. 23. As atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma estabelecida nesta Lei. § 1º A ANP definirá os blocos a serem objeto de contratos de concessão. § 2º A ANP poderá outorgar

§ único do 34; 35; 36; inciso I do 37; inciso V do 38; § único do 39; caput e inciso I do 43; 45; 46; 48 e art. 52.

Ocorre que no julgamento das ADIs 3273 e 3366 , o STF assentou o entendimento segundo o qual as atividades que envolvem pesquisa e lavra de petróleo e gás natural, que são de monopólio da União e estão elencadas nos incisos de I a IV do art. 177 da CF, não serão realizadas pelo regime de *concessão*, pois nos termos do §1º do mesmo artigo, a União poderá contratar a realização de tais atividades com empresas privadas ou estatais, porém tal contrato tem natureza “*sui generis*” não podendo ser considerado contrato de concessão.

Essa distinção proferida pelo Supremo Tribunal Federal deixa claro a existência de um regime jurídico diferenciado entre as atividades previstas no art. 177, já mencionadas acima e as atividades previstas no art. 176⁸² da CF.

Logo, as atividades de exploração de jazidas de minérios em geral, como ouro, ou tungstênio, mencionadas no Art. 176 da Constituição Federal ocorrerão por meio do regime de concessão, enquanto as atividades de exploração de petróleo e gás natural, mencionadas no Art.177 da Lei Maior ocorrerão mediante uma contratação específica que não se confunde com o regime de concessão, uma vez que na concessão é assegurada ao concessionário a propriedade absoluta do produto da lavra, enquanto nessa contratação específica garante-se ao

diretamente ao titular de direito de lavra ou de autorização de pesquisa de depósito de carvão mineral concessão para o aproveitamento do gás metano que ocorra associado a esse depósito, dispensada a licitação prevista no caput deste artigo.

⁸² CF. Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. § 2º - É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º - A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente. § 4º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

contratado apenas uma *propriedade relativa* da produção, conforme fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI 3.273 e ADI 3.366⁸³.

⁸³ CONSTITUCIONAL. MONOPÓLIO. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO. PETRÓLEO, GÁS NATURAL E OUTROS HIDROCARBONETOS FLÚIDOS. BENS DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DA UNIÃO. ART. 20, DA CB/88. MONOPÓLIO DA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO, DO GÁS NATURAL E DE OUTROS HIDROCARBONETOS FLÚIDOS. ART. 177, I A IV e §§ 1º E 2º, DA CB/88. REGIME DE MONOPÓLIO ESPECÍFICO EM RELAÇÃO AO ART. 176 DA CONSTITUIÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE AS PROPRIEDADES A QUEM RESPEITAM OS ARTS. 177 E 176, DA CB/88. PETROBRAS. SUJEIÇÃO AO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PRIVADAS [ART. 173, § 1º, II, DA CB/88]. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ART. 26, §3º, DA LEI N. 9.478/97. CONSTITUCIONALIDADE. COMERCIALIZAÇÃO ADMINISTRADA POR AUTARQUIA FEDERAL [ANP]. EXPORTAÇÃO AUTORIZADA SOMENTE SE OBSERVADAS AS POLÍTICAS DO CNPE, APROVADAS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA {ART. 84, II, DA CB/88}.

1 . O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões ‘monopólio da propriedade’ ou ‘monopólio do bem’.

2 . Os monopólios legais dividem-se em duas espécies: (i) os que visam a impelir o agente econômico ao investimento --- a propriedade industrial, monopólio privado; e (ii) os que instrumentam a atuação do Estado na economia. 3 . A Constituição do Brasil enumera atividades que consubstanciam monopólio da União (art. 177) e os bens que são de sua exclusiva propriedade (art. 20). 4 . A existência ou o desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade não ofende a Constituição. O conceito de atividade econômica (enquanto atividade empresarial) prescinde da propriedade dos bens de produção. 5 . A propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos – distintos regimes – aplicáveis a cada um deles. 6 . A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio (art. 177 da CB/88). 7 . A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas. 8 . A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada. 9 . Embora o art. 20, IX, da CB/88 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração. 10 . Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas. 11 . A EC 9/95 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais. 12 . Os preceitos veiculados pelos §§ 1º e 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o § 1º não podem ser chamadas de ‘concessionárias’. Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil. 13 . A propriedade de que se cuida, no caso do petróleo e gás natural, não é plena, mas relativa; sua comercialização é administrada pela União mediante a atuação de uma autarquia, a Agência Nacional do Petróleo – ANP. 14 . A Petrobras não é prestadora de serviço público. Não pode ser concebida como delegada da União. Explora atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas [§1º, II, do art. 173 da CB/88]. Atua em regime de competição com empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatórios [Art. 37, XXI, da CB/88], as contratações previstas no §1º do art. 177 da Constituição do Brasil. 15 . O art. 26, § 3º, da lei n. 9.478/97, dá regulação ao chamado *silêncio da administração*. Matéria infraconstitucional, sem ofensa direta à Constituição. 16 . Os preceitos dos arts. 28, I e III; 43, parágrafo único; e 51, parágrafo único, da Lei 9.478/97 são próprios às contratações de que se cuida, admitidas expressamente pelo § 2º do art. 177 da CB/88. 17 . A opção pelo tipo de contrato a ser celebrado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não cabe ao poder judiciário: este não pode se imiscuir em decisões de caráter político. 18 . Não há falar-se em inconstitucionalidade do art. 60, *caput*, da lei 9.478/97. O preceito exige, para a exportação do produto da

Observe-se ainda que esse regime jurídico próprio diz respeito as atividades de pesquisa e lavra de petróleo, seus derivados e gás natural, previstas no art. 177 da CF, o que vale lembrar não inclui a exploração dos serviços locais de gás canalizado, que nos termos do § 2º do art. 25 da Constituição Federal cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, e que no caso do Estado do Rio Grande do Norte é realizado pela empresa POTYGAS.

Destarte, a distinção entre os regimes jurídicos das atividades previstas no Art. 176 e 177 da Constituição Federal são altamente importantes, uma vez que os concessionários de atividades de exploração de minérios em geral, poderão dispor como bem entendam do produto de sua lavra, enquanto aqueles que forem contratados pela União através da ANP para explorar o setor do petróleo e gás natural, conforme o entendimento do STF, terão a comercialização do produto de sua lavra administrada pela ANP, que para autorizar a exportação do produto deverá observar as políticas estabelecidas pelo Presidente da República, políticas estas que foram propostas pelo CNPE - Conselho Nacional de Política Energética, atendendo-se também ao disposto no Art. 4º da lei 8.176/91⁸⁴ que instituiu o Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis.

Tais peculiaridades residem no fato da importância econômica, e social e neste caso político-estratégica inerente aos combustíveis, do quais todos os setores da economia e o próprio aparato de defesa nacional são sensivelmente dependentes, e por essa razão, desde que o Brasil intensificou o seu processo de industrialização, o que ocorreu na chamada “Era

exploração da atividade petrolífera, seja atendido o disposto no art. 4º da Lei 8.176/91, observadas as políticas aprovadas pelo Presidente da República, propostas pelo Conselho Nacional de Política Energética – CNPE [Art. 84, II da CB/88]. 19. Ação direta julgada improcedente. (STF, [ADI 3.273](#) e [ADI 3.366](#), Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, julgamento em 16-3-05, *DJ* de 2-3-07)

⁸⁴Lei 8.176/91. Art. 4º Fica instituído o Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis. § 1º O Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional, dentro de cada exercício financeiro, o Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis para o exercício seguinte, do qual constarão as fontes de recursos financeiros necessários a sua manutenção. § 2º O Poder Executivo estabelecerá, no prazo de sessenta dias as normas que regulamentarão o Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis.

Vargas”, sob a administração do ex- Presidente Getúlio Vargas, foi dada uma atenção especial à questão dos combustíveis, o que se evidencia pela criação CNP – Conselho Nacional do Petróleo, conforme determinava o Art. 4º do Decreto- Lei 395 de 29 de Abril de 1938.

É possível afirmar que apesar das especificidades dos contextos históricos diversos, o CNP – Conselho Nacional do Petróleo foi embrião da ANP - Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, pois a missão que essencialmente hoje é conferida à ANP, qual seja, regular o setor petrolífero, um dia foi do CNP, uma vez que o Decreto-Lei nº. 538 de 07 de Julho de 1938, que organizava a estrutura do CNP, em seu Art. 10⁸⁵ estabelecia competências para o CNP que hoje são atribuições da ANP.

O CNP tinha natureza de órgão, e era subordinado diretamente ao Presidente da República, ou seja, não gozava da autonomia que hoje goza a ANP em relação ao Poder

⁸⁵ Decreto – Lei 538/38. Art. 10. Incumbe ao Conselho Nacional do Petróleo: a) autorizar, regular e controlar a importação, a exportação, o transporte, inclusive a construção de oleodutos, a distribuição e o comércio de petróleo e seus derivados no território nacional; b) autorizar a instalação de quaisquer refinarias ou depósitos, decidindo de sua localização, assim como da capacidade de produção das refinarias, e da natureza e qualidade dos produtos de refinação; c) estabelecer, sempre que julgar conveniente, na defesa dos interesses da economia nacional e cercado a indústria da refinação de petróleo de garantias capazes de assegurar-lhe êxito, os limites, máximo e mínimo, dos preços de venda dos produtos refinados — importados em estado final ou elaborados no País — tendo em vista, tanto quanto possível, a sua uniformidade em todo o território da República. d) opinar sobre a conveniência da outorga de autorizações de pesquisa e concessões de lavra de jazidas de petróleo, gases naturais, rochas betuminosas e pirobetuminosas requeridas ao Governo Federal; e) opinar sobre a constituição das reservas de zonas e áreas petrolíferas de que tratam o art. 116 do Decreto-lei n. 366, de 11 de abril de 1938, e o seu parágrafo único; f) autorizar e fiscalizar as operações financeiras das empresas constituídas, ou que se constituírem, para a exploração da indústria da refinação do petróleo, importado ou de produção nacional, qualquer que seja, neste caso, a sua fonte de extração; g) fiscalizar as operações mercantis de ditas empresas, procedendo, sempre que julgar necessário, ao exame de sua escrituração contábil, a fim de colher elementos que permitam a determinação exata do custo de produção dos derivados; h) organizar as normas gerais de contabilidade a serem adotadas pelas empresas que explorem a indústria de refinação, de molde a facilitar os exames de que trata o item anterior. i) organizar e manter um serviço estatístico, tão completo quanto possível, de todas as operações relativas ao abastecimento nacional do petróleo, inclusive dos preços de venda o petróleo bruto e seus derivados no território nacional; j) sugerir ao Governo as medidas que julgar necessárias à intensificação das pesquisas de petróleo no país, ao barateamento dos hidrocarburetos fluidos em geral, quer de produção nacional, quer importados; k) propôr medidas ao Governo no sentido de incentivar no país a industria da destilação de rochas betuminosas e pirobetuminosas e dos combustíveis fósseis sólidos; l) determinar dentre os subprodutos de destilação do petróleo aqueles que, de acordo com a presente lei, devam ser incluídos no abastecimento nacional de petróleo; m) verificar periodicamente o consumo de hidrocarburetos sólidos ou fluidos nas diversas zonas do país, os estoques existentes, e fixar aos interessados as quotas que poderão importar, dentro de prazo determinado, e bem assim a distribuição destas quotas pelos diferentes pontos de entrada no país; n) estabelecer os estoques mínimos de hidrocarburetos fluidos a serem permanentemente mantidos pelos importadores ou refinadores, nos pontos do país que determinar, com indicação da natureza e qualidade dos respectivos produtos; e o) propôr a alteração dos impostos e taxas de qualquer natureza que gravem a indústria e o comércio do petróleo e seus subprodutos, ou a criação de novos impostos e taxas.

Executivo central, porém pela análise do art. 10 do Decreto-Lei 538 é nítida a semelhança de atribuições entre ambas, desde as mais genéricas, como a atribuição específica de editar normas de padronização de qualidade e controle de preços de combustíveis, prerrogativa que fora conferida ao CNP pelo art. 13⁸⁶ da Lei 4.452/54.

O CNP existiu de 1938 até 1990, quando fora substituído e com atribuições ampliadas, pelo DNC – Departamento Nacional de Combustíveis, que era órgão da Secretaria de Energia do Ministério da Infra-Estrutura, criado pelo Decreto 99.180, que tinha sua competência fixada no art. 214⁸⁷ deste Decreto.

⁸⁶ Lei 4.452/54. Art. 13. O Conselho Nacional de Petróleo fixará os preços de venda ao consumidor dos derivados do petróleo tabelados, adicionando, quando couberem, ao respectivo preço de realização da refinaria, definido no artigo 2º, do Decreto-lei nº 61, de 21 de novembro de 1966, o valor do tributo que incide sobre o derivado a mais os valores das seguintes parcelas. I - Custo da distribuição e revenda: a) parcela referente às despesas gerais de distribuição; b) parcela referente à remuneração patrimonial das empresas que exercem a atividade de distribuição; c) parcela de ressarcimento das despesas de transferência de produtos por vias internas; d) a parcela referente às despesas gerais e à remuneração patrimonial dos postos e estabelecimentos de revenda dos produtos aos consumidores.

⁸⁷ Decreto 99.180/90. Art. 214. Ao Departamento Nacional de Combustíveis compete: I - orientar e fiscalizar as atividades relativas ao monopólio da União: a) na pesquisa e lavra de jazidas de petróleo e de outros hidrocarbonetos fluídos existentes no Território Nacional; b) na refinação de petróleo nacional ou importado; c) no transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional e de derivados de petróleo produzidos no país; d) no transporte, por meio de dutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gás natural e gases raros de qualquer origem. II - orientar, fiscalizar e aprovar os planos de atividades da Petróleo Brasileiro S/A. - PETROBRÁS, de suas subsidiárias e de outras empresas executoras do monopólio de hidrocarbonetos da União; III - superintender, autorizar e fiscalizar o abastecimento nacional de: a) petróleo, óleo de xisto e seus respectivos derivados; b) gás natural e suas frações recuperáveis; c) combustíveis minerais sólidos e seus produtos primários. IV - superintender o aproveitamento de outros hidrocarbonetos fluídos; V - supervisionar os assuntos relacionados com: a) o suprimento de matéria-prima às empresas distribuidoras de gás canalizado; b) a distribuição de gás liquefeito de petróleo. VI - examinar e autorizar a capacidade e a ampliação de refinarias, de instalações de armazenamento e de transferências, bem assim o processamento, natureza e qualidade dos produtos; VII - fixar normas sobre armazenamento de hidrocarbonetos; VIII - fixar as características do petróleo e de seus derivados; IX - fixar e efetivar o suprimento das quotas de álcool à indústria química, em substituição a insumos importados, a preços subsidiados em função do preço do eteno, até que seja concluída a construção das novas unidades de eteno previstas no Plano de Expansão da Indústria Petroquímica e da unidade de ácido acético, a partir de gás natural; X - fixar os preços do álcool, do petróleo e seus derivados e dos combustíveis sólidos, em conformidade com as diretrizes matriciais estabelecidas pelo Poder Executivo para os preços e tarifas de energéticos; IX - fixar o percentual de álcool anidro a ser utilizado na mistura carburante, dentro da região de produção, pelas distribuidoras de gasolina, fixando-lhes quotas e locais de recebimento e mistura; XII - fixar as características dos vários tipos de combustíveis minerais sólidos e seus produtos primários, bem como as normas de fiscalização de suas especificações; XIII - estabelecer quotas de importação, produção e transporte de carvão mineral; XIV - fixar as quotas de consumo obrigatório de carvão mineral para as usinas siderúrgicas consumidoras e para as empresas produtoras de coque metalúrgico; XV - autorizar a importação de carvão mineral, coque metalúrgico ou coque de fundição, bem como, por delegação do órgão de política aduaneira, a isenção do Imposto sobre a Importação correspondente; XVI - opinar sobre as propostas de alteração de fretes para combustíveis minerais sólidos e seus produtos primários; XVII - arrecadar e gerir os recursos correspondentes às parcelas grupadas no inciso II, do artigo 13, da Lei nº 4.452, de 5 de novembro de 1964, bem como os oriundos de legislação complementar; XVIII - opinar sobre as isenções previstas no artigo 10 do Decreto-lei nº 61, de 21 de novembro de 1966, com a redação dada pelo artigo 1º do Decreto-lei nº 833, de 8 de setembro de 1969; XIX - estabelecer normas gerais de contabilidade a serem utilizadas pelas empresas

O DNC existiu de 1990 até 1997, quando foi substituído pela ANP, que conforme expressamente determina o Art. 8º da Lei 9.478/97 recebeu as competências do DNC, devendo, portanto a ANP implementar a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, desenvolvida pelo CNPE que fora criado nos termos do Art. 2º da lei 9478/97, e implantado pelo Decreto 2457 de 1998 como órgão consultivo do gabinete da Presidência da República, e é presidido pelo Ministro de Minas e Energia. Destarte, a ANP não pode deixar de implementá-la, e caso o faça, defende-se na presente dissertação que desconstitui-se a impossibilidade de demissão “*ad nutum*” de seus diretores, podendo assim serem exonerados pelo Presidente da República antes do término de seus mandatos.

Foi justamente a mudança de paradigma na política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional que redirecionou a atuação da ANP. O enfoque da política energética nacional anterior, estipulado na era FHC, era a proteção, via ANP (ANATEL, e outras agências reguladoras), de direitos individuais, sobretudo os contratuais e de propriedade, daqueles que adquiriram ativos estatais durante o processo de desestatização ocorrido nos termos das Leis nº. 8.031/90 e 9.491/97 – Plano Nacional de Desestatização.

Diferentemente da anterior, a política energética nacional estabelecida pelo CNPE no atual governo redirecionou a atuação da ANP, na medida em que priorizou a utilização do

permissionárias que operem no abastecimento nacional de petróleo e seus derivados, de carvão mineral e de outros combustíveis sólidos e seus produtos primários, bem assim proceder ao exame de sua escrituração contábil, inclusive para colher dados que permitam a determinação exata dos custos; XX - propor alterações na legislação relativa aos tributos que gravem a indústria e o comércio de petróleo e seus derivados, de carvão mineral e de outros combustíveis minerais sólidos, bem como seus produtos primários; XXI - opinar sobre os compromissos internacionais a serem assumidos pelo Tesouro Nacional, concorrentes à indústria ou comércio de petróleo e seus derivados, gás combustível, carvão mineral e outros combustíveis minerais sólidos, bem como seus produtos primários; XXII - celebrar, no âmbito de suas atribuições, convênios, acordos, ajustes e contratos com entidades públicas ou privadas; XXIII - adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento das disposições legais relativas aos produtos sob controle, podendo proceder à apreensão de mercadorias, à interdição de estabelecimentos e instalações que se acharem em contravenção, bem como impor multas aos infratores, sem prejuízo da ação penal que no caso couber; XXIV - assessorar o Secretário Nacional de Energia nos assuntos relacionados com petróleo e seus derivados, gás, combustíveis minerais sólidos e seus produtos primários e álcool; XXV - classificar outros produtos que devam ser incluídos no regime de abastecimento nacional, como tal entendido a produção, a importação, a exportação, a refinação ou o beneficiamento, o transporte, a distribuição e o comércio, bem como o consumo dos produtos; XXVI - fixar e controlar os estoques estratégicos de petróleo e de seus derivados, de álcool e de carvão mineral.

patrimônio técnico, físico e pessoal da ANP, para implementação de normas constitucionais programáticas, e para a defesa de direitos coletivos e sociais, a defesa dos direitos do consumidor, do meio ambiente, a geração de empregos e o dinamismo empresarial, de modo que a ANP, em seu âmbito de atuação, passou a promover uma eficiente defesa administrativa de direitos fundamentais, o que em nosso entendimento representa a legitimação do Estado regulador à luz da CF.

Cumprе ressaltar que a Resolução nº 7/2009 do CNPE, aprovando seu novo regimento interno, em seu Art. 2º, XII, estabelece que na composição do CNPE, juntamente com os demais conselheiros haverá “um representante da universidade brasileira, especialista em matéria de energia”, o que indubitavelmente reforça ainda mais a perspectiva de efetividade do princípio da eficiência no comportamento administrativo do Estado, pois esta decisão abre mais um caminho para a “ciência” na Administração Pública, na medida em que poderá haver o ilustre professor, ou um renomado cientista no órgão que elabora a política energética do país.

Nessa conjuntura na qual, o CNPE, desenvolve e o Presidente da república determina a política energética nacional, na qual está a política nacional de petróleo, tendo a ANP por missão legal implementar essa política, o Ministério de Minas e Energia funciona como o grande coordenador e elo entre o CNPE, visto que este é presidido pelo Ministro de Minas e Energia, a autarquia-técnica que administra o setor, que é a ANP, e os agentes produtivos estatais do setor, quais sejam, a PETROBRAS e a ELETROBRAS, uma vez que, com os agentes produtivos da iniciativa privada a ANP trata diretamente e sem a atuação direta do Ministério de Minas e Energia ao qual ela se vincula.

Após 2003, além do CNPE ter proposto, e o Presidente da República ter determinado, a implementação de uma nova política energética, tanto no setor administrado pela ANP quanto no setor administrado pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, que

determinava para ambas mais empenho na defesa de direitos fundamentais, é preciso observar que no que concerne à ANP, objeto de estudo na presente dissertação, também houve alterações em sua lei criadora, qual seja a lei 9.478/97 – Lei do Petróleo, para que ela tivesse sua competência realmente redirecionada, por previsão legal.

Comparando-se o texto antigo de diversas normas da lei 9.478/97, modificados com o advento das leis 10.848/04, 11.097/05, 11.540/07, 11.921/09, percebe-se claramente a intenção de estimular o CNPE a elaborar uma política energética eficiente para o desenvolvimento de energias alternativas como a energia solar e eólica, e também fortalecer a missão institucional da ANP na defesa dos direitos dos consumidores de combustível, na prevenção de acidentes ambientais e recuperação de danos causados pelas indústrias que atuam no setor e no desenvolvimento regional de áreas do Norte e do Nordeste do país.

As prescrições normativas que determinam esse novo viés da atuação institucional do CNPE e da ANP, são constatadas pela análise dos textos antigos (grifados), e da nova redação dos incisos VI, incluído, e IV, modificado, do Art. 2º; caput e inciso I do Art. 8º; §1º e alínea “f” do inciso II, e alínea “d” do inciso I do Art. 49 da lei 9.472/97⁸⁸.

⁸⁸ Lei 9.472/ 97. Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a: ~~IV— estabelecer diretrizes para programas específicos, como os de uso do gás natural, do álcool, do carvão e da energia termonuclear;~~ IV - estabelecer diretrizes para programas específicos, como os de uso do gás natural, do carvão, da energia termonuclear, dos biocombustíveis, da energia solar, da energia eólica e da energia proveniente de outras fontes alternativas; (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005) VI - sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica, considerando o planejamento de longo, médio e curto prazos, podendo indicar empreendimentos que devam ter prioridade de licitação e implantação, tendo em vista seu caráter estratégico e de interesse público, de forma que tais projetos venham assegurar a otimização do binômio modicidade tarifária e confiabilidade do Sistema Elétrico. (Incluído pela lei nº 10.848, de 2004) Art. 8º ~~A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe:~~ Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005) ~~I— implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo e gás natural, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; (Redação dada pela Lei nº 11.097,~~

Destarte, observa-se que a legislação passou a prever expressamente que à ANP, enquanto agência reguladora do setor que lhe compete administrar, qual seja, a área na qual se realizam as atividades previstas nos incisos de I a IV do Art. 177 da Constituição Federal, compete fazer a defesa administrativa de direitos fundamentais proclamados pela Lei Maior, o que indubitavelmente deve ocorrer por meio de uma atividade conciliatória, mas, sobretudo, pela edição de normas técnicas e pela sanção às infrações cometidas pelos agentes econômicos regulados contra os consumidores ou contra o meio ambiente, sem obviamente exorbitar de seu poder normativo ou ordenador, o que desafortunadamente tem ocorrido, gerando os inaceitáveis conflitos de competência normativa entre a ANP e os órgãos legislativos, o que padece de aviltante inconstitucionalidade, por ser absolutamente teratológico⁸⁹.

de 2005) Art. 49. A parcela do valor do *royalty* que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição: I - quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres: ~~d) 25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia, para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis;~~ d) 25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração, bem como para programas de mesma natureza que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias. (Redação dada pela Lei nº 11.921, de 2009) II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental: ~~f) 25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia, para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)~~ f) 25% (vinte e cinco por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração, bem como para programas de mesma natureza que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias. (Redação dada pela Lei nº 11.921, de 2009) § 1º ~~Do total de recursos destinados ao Ministério da Ciência e Tecnologia, serão aplicados no mínimo quarenta por cento em programas de fomento à capacitação e ao desenvolvimento científico e tecnológico nas regiões Norte e Nordeste.~~

§ 1º Do total de recursos destinados ao Ministério da Ciência e Tecnologia serão aplicados, no mínimo, 40% (quarenta por cento) em programas de fomento à capacitação e ao desenvolvimento científico e tecnológico das regiões Norte e Nordeste, incluindo as respectivas áreas de abrangência das Agências de Desenvolvimento Regional. (Redação dada pela Lei nº 11.540, de 2007)

⁸⁹ Segundo Geraldo Ataliba (1998, p. 121) “Deveras, a república que erigimos é a expressão concreta do Estado de Direito que a cidadania brasileira quis criar, ao plasmar suas instituições. A partir da consciência cívica da titularidade da res pública e da convicção da igualdade fundamental entre todos os cidadãos, estruturou-se o Estado brasileiro na base da idéia de que o governo seria sujeito à lei e esta haveria de emanar do órgão da representação popular”.

Infelizmente, no delineamento do Estado Regulador brasileiro, as agências reguladoras, o que inclui a ANP, têm extrapolado os limites de seu poder normativo regulador, expedindo normas conflitantes com leis municipais, estaduais ou federais, atuando nestes casos em desarmonia com o ordenamento jurídico em vigor, o que em hipótese alguma pode ser admitido.

4 PROBLEMATIZAÇÃO: CONFLITOS DE COMPETÊNCIA NORMATIVA ENTRE A ANP E OS MUNICÍPIOS NA PRODUÇÃO DE ETANOL

A Constituição da República Federativa do Brasil constitui competências administrativas comuns a todos os Entes Federados em seu Art. 23⁹⁰; e competências legislativas concorrentes à União, aos Estados e ao Distrito Federal, em seu Art. 24⁹¹. Além disso, a competência legislativa municipal específica encontra-se disposta no Art. 30, incisos I e II. Deste dispositivo, advém a competência municipal também dita concorrente, considerando a matéria exclusivamente de interesse local, ampliando sua área de abrangência legislativa.

Esta extensão advém da integração dos Municípios como ente Federado a partir da Constituição vigente, que admitiu a auto-organização administrativa do Município, na medida em que este ente tem poder para editar a sua própria Lei Orgânica, que analogamente seria a “Constituição” municipal.

⁹⁰ CF. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

⁹¹ CF. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; II - orçamento; III - juntas comerciais; IV - custas dos serviços forenses; V - produção e consumo; VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IX - educação, cultura, ensino e desporto; X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; XI - procedimentos em matéria processual; XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; XIII - assistência jurídica e Defensoria pública; XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; XV - proteção à infância e à juventude; XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

Importa destacar, nesse contexto, a primordial relevância do Município na organização do Estado brasileiro, pois os principais Estados democráticos atuais aperfeiçoaram seu regime em razão do aprimoramento das instituições municipalistas, porque estas possibilitaram melhor vivência coletiva local, com repercussões em outros níveis da estrutura governamental.

4.1 O PODER NORMATIVO LEGISLATIVO DO MUNICÍPIO

O Art.1º da Constituição proclama que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, determinando-se, assim, a existência de várias ordens na composição de nossa Federação: a União – ordem total, os Estados – ordens regionais, e os Municípios – ordens locais. Tem-se, deste modo, que o poder político é repartido entre todos os entes que compõem a Federação.

A equiparação formal dos Municípios com os Estados-membros e a União mediante sua elevação para a terceira esfera estatal da Federação foi ainda elencada pelas prescrições dos artigos 18 e 19⁹² do Diploma Constitucional, na medida em que realçam a importância administrativa do Município enquanto ente político.

É importante destacar que autonomia significa capacidade ou poder para gerir os próprios negócios. Ademais, a autonomia das coletividades parciais é basilar para a existência de uma Federação, a tal ponto que, sem ela, a organização federal não se distinguiria de um Estado unitário complexo.

⁹² CF. Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios :I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; II - recusar fé aos documentos públicos; III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

Observa-se, portanto, que a autonomia dos Estados e dos Municípios está fundamentalmente arraigada na base do princípio republicano, sendo um dos mais importantes princípios do Direito público⁹³.

Conquanto ocupe um terceiro nível na escala constitucional federativa, estabelece a Constituição plena igualdade entre os entes federados, não se permitindo determinar a supremacia de um sobre qualquer dos outros, pois todos dispõem de autonomia, e limitam-se aos ditames vicejados pela Constituição⁹⁴.

A Carta Magna de 1988 estabeleceu balizas à capacidade de autodeterminação destas esferas, repartindo competências a cada uma delas. Assim, a União, os Estados, o DF e os Municípios têm suas atribuições demarcadas pela própria Constituição e estabelecem entre si relações não marcadas pela hierarquia, mas pelo desempenho, por legitimação própria das funções constitucionalmente estabelecidas. A competência legislativa dos Municípios está prevista na própria CF, em seu art. 30, I e II.⁹⁵

Segundo Fábio Medina Osório (2000, p.204) “consoante as competências próprias, Municípios, Estados e União podem legislar em matéria de sanções administrativas, inclusive criando e regrido os respectivos procedimentos sancionadores”, logo, conforme esse entendimento, não há que se falar em reserva de lei federal nem para o Direito Administrativo sancionador, havendo, portanto liberdade do Município para legislar sobre procedimento fiscalizatório, deveras típico no serviço público municipal.

⁹³ Geraldo Ataliba (2003, p.46) “Posta a autonomia municipal como princípio constitucional dos mais eminentes – ao lado da forma republicana representativa e democrática (art.34, VII, “a”), e da independência dos poderes (inciso IV) -, protegido pela mais drástica das sanções constitucionalmente previstas (a intervenção federal, art.34), é, no Brasil, ingrediente necessário e ínsito da própria República; é decorrência imediata e indissociável do princípio republicano”.

⁹⁴ Nesse pórtico, conforme Carmem Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 291) “Detém o Município uma competência que lhe é, pois, privativa, vale dizer, eliminatória da presença de outras entidades políticas na mesma matéria. Essa competência é afirmada, especialmente, pela garantia constitucional de que os próprios Municípios elaboram suas próprias leis orgânicas (art.29). São estas que oferecem os fundamentos da organização municipal, assegurando-se, pois, dessa forma, a auto-organização política e autônoma das entidades locais”.

⁹⁵ CF. Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Resta evidente que, no hodierno delineamento do Estado policêntrico brasileiro, existe a possibilidade das agências reguladoras, o que inclui a ANP, extrapolarem os limites de seu poder normativo regulador, expedindo decretos e portarias conflitantes com leis municipais, estaduais ou federais. Exemplo disso é a possibilidade de certo Município possuir lei ambiental específica para o abandono de poços, que entre em conflito, por exemplo, com a portaria ANP n° 25/2002.

Neste caso, em respeito ao princípio da legalidade, que nesta situação ainda se reveste do princípio da predominância do interesse local, teria eficácia apenas a lei municipal em face da portaria ANP 25/02, e que provavelmente ainda teria conteúdo material mais apto a atender às peculiaridades naturais intrínsecas da localidade.

Observa-se que a agência reguladora irá desempenhar uma competência discricionária com escopo de aplicar satisfatoriamente a lei. Essa competência deve ser exercida, portanto, nos termos e nos limites da lei autorizadora, sendo evidente que um ato administrativo não poderá jamais contrariar uma disposição legal que lhe é hierarquicamente superior.

Nesse diapasão observa-se que o setor de petróleo e gás natural utiliza métodos de alta tecnologia e requer dinâmica constante, portanto, não poderia ser disciplinado de forma satisfatória apenas pelo Poder Legislativo, posto que a falta de conhecimentos específicos dos parlamentares e a excessiva generalidade da norma legal acabariam por prejudicar o setor. A evidente solução para este impasse reside na possibilidade de uma entidade tecnicamente especializada expedir atos normativos para disciplinar o setor, o que é feito pela ANP⁹⁶.

Insta salientar que a discricionariedade normativa exercida pela ANP, em função do que fora previsto pela Lei do Petróleo - Lei n° 9.478/97- deve se revestir de caráter técnico,

⁹⁶ Em consonância com o exposto, segundo Marçal Justen Filho (2002, p. 526) “Mas, de modo geral, pode afirmar-se que a escolha legislativa de remeter a escolha a uma avaliação futura deriva da inconveniência de cristalizar soluções genéricas, o que importaria padronização incompatível com a riqueza das situações do mundo real. Daí, então, a norma legal estabelece parâmetros normativos gerais. A Administração disporá de autonomia para decidir, mas a escolha concreta deverá vincular-se a juízos técnico-científicos. Será a ciência ou a técnica que fornecerá a solução a ser adotada”.

posto que o principal argumento para criação das agências reguladoras no ordenamento nacional era a necessidade de uma regulação setorial específica e técnica. A atividade normativa da ANP, destarte, deve se nortear, de forma basilar, por critérios técnicos e científicos, pois somente dessa forma será possível a sua atuação de forma harmônica com o ordenamento vigente.

Ademais, tem-se que, na plenitude do direito de legislar, a Constituição Cidadã concedeu exclusivamente aos Municípios as matérias que lhe são de seu interesse, separando-a das demais. Elencou, ainda, as matérias que são pertinentes ao interesse geral, concedendo-as privativamente à União. O restante reservou-se aos Estados. Na realidade, o sistema não é estático. Tão somente as competências exclusivas é que são indelegáveis; assim, as matérias de interesse municipal não poderão ser legisladas pelos outros entes federados, nem muito menos normatizados por uma autarquia reguladora como a ANP.

Traz a Carta Magna instrumento que viabiliza aos Municípios imiscuírem-se nas competências legislativas dos demais entes. Tal ampliação de competência se dá pelo poder de suplementar a legislação estadual e federal, naquilo que couber. Pelo que se pode perceber, o Município, com a atual Carta Política, ganha posição de destaque no quadro de repartição de competências.

Os Municípios so podem legislar com base no inciso II do Art. 30 da CF quando presente a competência concorrente aos demais entes federados. Deve-se ressaltar que, a referida atividade legiferante sempre há de ser feita para atender às necessidades peculiares. O inciso II, do artigo 30 há de ser sempre interpretado sistematicamente com o inciso I já referido. Portanto, existe uma abertura para o Município editar normas gerais em face da inexistência de Leis federais ou estaduais, ou então, caso as mesmas tenham sido editadas, detalhá-las, quando sua aplicação não atender as peculiaridades intrínsecas à municipalidade.

4.2 ESTUDO DE CASO ESPECÍFICO: PERSPECTIVA DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA NORMATIVA ENTRE A ANP E O MUNICÍPIO DE CANDIOTA/RS NA PRODUÇÃO DE ETANOL

A CGTEE – Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica, situada no Estado do Rio Grande do Sul, é uma sociedade de economia mista federal que compõe o Sistema Eletrobrás.

É uma companhia relativamente nova no âmbito federal, tendo em vista que foi constituída em julho de 1997 ainda sob a administração estadual, mas no ano seguinte seu controle acionário passou à União, e em 31 de Julho de 2000 tornou-se uma empresa do Sistema Eletrobrás - Centrais Elétricas Brasileiras S.A., composto por: CGTEE, Chesf, Cepel, Eletronorte, Eletronuclear, Eletrosul, Furnas, Itaipu Binacional, Cepisa, Ceron, Eletroacre, Amazonas Energia, Ceal, Boa Vista Energia e Eletropar, sendo destarte a Eletrobrás considerada a maior empresa do setor de energia elétrica da América Latina.

O presente trabalho focalizou a CGTEE, que possui os direitos de exploração e produção de energia elétrica através de suas usinas termelétricas instaladas no Estado do Rio Grande do Sul, sendo a mesma formada por: UTPM - Usina Termelétrica Presidente Médici, localizada no município de Candiota (objeto ainda mais específico da análise deste capítulo), produzindo 446 MW; UTSJ - Usina Termelétrica São Jerônimo, produzindo 20 MW; e Nova Usina Termelétrica de Porto Alegre - NUTEPA que produz 24 MW.

Todos esses ativos faziam parte do parque gerador da CEEE - Companhia Estadual de Energia Elétrica e foram incorporados ao patrimônio da CGTEE na sua constituição. A Oficina de São Leopoldo, estrutura de apoio à manutenção das usinas, também faz parte do ativo da Companhia.

Observe-se que a fonte primária predominante para a geração de energia elétrica é o carvão mineral de alto poder calorífico que existe em abundância no Estado do Rio Grande do Sul e confere à CGTEE uma significativa vantagem comparativa, visto que esse minério não é muito encontrado em outras regiões do país.

Outrossim, ressalte-se que a matriz energética brasileira, no que concerne a energia elétrica consumida em larga escala pelas residências, empresas, indústrias, órgãos e entidades do Estado, é oriunda da produção hidroelétrica, que através da energia cinética da água sistematicamente liberada de uma represa para movimentação de turbinas, provoca a variação de campo magnético e a conseguinte geração de corrente elétrica, armazenada em capacitores e distribuída através de cabos por todo país.

Entretanto, por depender da existência do elemento natural “água”, é de extrema importância a disposição de fontes alternativas e subsidiárias à energia produzida pela via hidroelétrica, por isso a geração de energia elétrica através de usinas termoeletricas como a CGTEE, é crucial para o desenvolvimento do país, ainda mais pelo fato do Brasil não ser auto-suficiente em termos de energia elétrica, precisando importar energia do Uruguai e da Venezuela para atender a demanda nacional.

Ocorre que a geração de energia elétrica por usinas termoeletricas tem o incômodo aspecto da poluição, uma vez que o processo de produção dessa energia se dá pela queima de combustíveis fósseis como o carvão mineral, o que provoca a emissão de consideráveis quantidades de CO₂ -Gás Carbônico- na atmosfera terrestre, potencializando o fenômeno natural conhecido como “efeito estufa”, e agravando os nefastos efeitos do “aquecimento global”.

A energia irradiada pelo sol, ao transpor a atmosfera terrestre e tocar o solo do planeta sofre reflexão, ou seja, volta na direção contrária a que veio, que é um comportamento próprio das ondas de energia, e indo de encontro novamente à atmosfera terrestre, só que dessa vez na

direção do espaço, parte dessa energia sai e é dissipada pelo vácuo espacial, e parte dessa energia é retida pela atmosfera, e esse fenômeno natural de retenção de parte dessa energia oriunda do sol, recebe o nome de efeito estufa.

Ao contrário do que muitas vezes é dito pela mídia o efeito estufa não é um fato recente, ele existe desde a formação da atmosfera terrestre e é justamente o que mantém o planeta aquecido, permitindo o surgimento e desenvolvimento da vida de seres animais e vegetais que encontram no calor proporcionado pelo “efeito estufa” condição de sobrevivência.

Entretanto, esse calor tem sido intensificado pelas práticas advindas do desenvolvimento industrial da humanidade, o que se inicia no século XVIII, com a I Revolução Industrial, e se intensifica cada vez mais com a emissão de gases poluentes como o CH₄- Metano, CFC – Cloro-flúor-carbono, e CO₂ – Dióxido de Carbono ou simplesmente Gás Carbônico.

O CFC é muito usado pela indústria em sprays aerossóis, espumas plásticas e sistemas de refrigeração de frízeres, geladeiras, e ao subir até a atmosfera reage com o O₃- ozônio, eliminando este último e permitindo uma passagem mais intensa dos raios ultra-violeta do sol, o que provoca o aumento da temperatura e expõe os seres terrestres, o que obviamente inclui a humanidade, à uma radiação mais forte, resultando no aumento dos casos de patologias como o câncer de pele.

Nesse mesmo diapasão, as sucessivas emissões do CO₂ pela queima de combustíveis fósseis em motores de veículos, máquinas e usinas termoelétricas como a CGTEE, provocam o aumento da espessura da atmosfera terrestre, e isso intensifica o processo de retenção do calor oriundo das ondas de energia irradiadas pelo sol, ou seja, intensifica o efeito estufa, potencializando o nocivo aquecimento global.

Logo, o fenômeno artificial chamado “aquecimento global” é extremamente perigoso, pois pode provocar intensas alterações no ecossistema, como o aumento da temperatura dos oceanos, o derretimento das calotas polares, a diminuição da camada de ozônio, e estas por

sua vez podem provocar severas conseqüências para a humanidade, na medida em que favorecem a intensificação de fenômenos naturais nocivos à vida como tempestades, furacões, tornados, ciclones, maremotos, geadas, secas, etc.

4.2.1 Tecnologia, biocombustíveis e proteção ambiental

Assim, diversos países chegaram à conclusão que era preciso conter o avanço do aquecimento global, o que necessariamente perpassava pela redução na emissão de gases poluentes e maior investimento em fontes alternativas de energia, com destaque para as energias limpas e renováveis, como a energia eólica, solar e às provenientes de biocombustíveis, como o biodiesel e o etanol.

Obviamente, tal decisão geraria drásticas conseqüências econômicas e tecnológicas que não poderiam ser olvidadas, então a comunidade internacional através da ONU - Organização das Nações Unidas tomou a iniciativa de promover encontros internacionais para debater a temática das mudanças climáticas em curso, e encontrar soluções com a colaboração de todos.

Esses eventos se iniciaram com a “*Toronto Conference on the Changing Atmosphere*”, no Canadá em 1988; seguida pela “*First Assessment Report*” na Suécia em 1990; e depois veio a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança Climática na ECO-92 realizada no Brasil em 1992, que juntas suscitaram as reflexões e negociações que culminaram em 1997 na assinatura de um Tratado Internacional no Japão, conhecido como Protocolo de Kioto.

O Protocolo de Kioto foi assinado e ratificado por 179 países, dentre eles o Brasil, não contando infelizmente com a nação mais poluidora do mundo, os Estados Unidos da América, que apenas o assinaram, mas não ratificaram, sob o argumento que a redução na emissão dos gases poluentes acarretaria graves prejuízos à economia americana.

Desse modo, a CGTEE, com destaque para a UTPM- Usina Hidroelétrica Presidente Médice, localizada no município de Candiota/RS, consciente de sua responsabilidade ambiental, vem desenvolvendo tecnologias com o objetivo de materializar esses compromissos assumidos pelo Brasil através do Protocolo de Kioto.

Com êxito, a UTPM desenvolveu um método de “captação do CO₂” que é liberado pela usina durante o processo de geração de energia elétrica a partir da queima de carvão mineral, “armazenando” esse CO₂ captado em tanques com água e microalgas, que o utilizam na realização de fotossíntese, se reproduzindo e liberando O₂- oxigênio, para o meio ambiente.

A CGTEE e a FURG – Fundação Universidade de Rio Grande, que é uma fundação pública da União, celebraram um convênio para a realização de estudos de viabilidade técnica visando a utilização de Microalgas com o objetivo de redução da emissão de gás carbônico proveniente da geração Termelétrica, o que demonstra o empenho do Brasil para com a causa ambiental, visto que o convênio para realização dessa pesquisa fora estabelecido entre uma sociedade de economia mista federal e uma fundação pública da União, ambas entidades da administração pública indireta da República Federativa do Brasil.

A CGTEE amparada pela diretriz estratégica de desenvolver tecnologias capazes de sustentar o uso do carvão mineral como fonte de energia, pode através desta pesquisa aprofundar e desenvolver a possibilidade de que os microrganismos fotossintéticos, em especial as microalgas, sejam usadas na remoção, captura, seqüestro e utilização do CO₂.

Entre as características destes microrganismos que podem desde já apontar para o sucesso desta alternativa é possível citar as seguintes: Maiores taxas de fixação de CO₂ que as plantas superiores; capacidade de assimilar CO₂ e transformá-lo em carboidratos e outras substâncias utilizáveis, tais como ácidos graxos e proteínas, usando a energia solar; melhor adequação para incorporar CO₂ removendo-o do sistema em processos industriais que outros sistemas fotossintéticos que usam plantas superiores; as microalgas requerem acomodações

mais simples e menor espaço de terra do que as plantas superiores; o aumento de escala a partir de um experimento de laboratório é mais facilmente atingido; elas têm ótima capacidade fotossintética; muitas espécies de microalgas são capazes de crescer bem em águas residuais, salobras e salgadas e podem tolerar ampla flutuação da temperatura; os resultados de fixação de gás carbônico por microalgas são gerados em meses ou poucos anos, ao passo que com árvores estes valores só são conhecidos em muitos anos ou décadas, acarretando uma lacuna muito grande para detecção de problemas e mudanças.

Ademais, após o decurso de um tempo, no qual as microalgas se reproduzem em tanques com água, forma-se uma biomassa que pode sofrer um processo de fermentação semelhante ao que sofre o bagaço da cana-de-açúcar, para produção de etanol, que é uma fonte de energia limpa e renovável.

Note-se que utilizando o método de “captação de Co₂” através das microalgas, a CGTEE, consegue produzir energia elétrica pela via termoelétrica (de extrema importância para o desenvolvimento do país e construção da auto-suficiência energética nacional); evita que um gás poluente que em muito contribui para o aquecimento global chegue à atmosfera, e ainda utiliza esse mesmo gás para produção de outra fonte de energia limpa e renovável, qual seja o etanol.

Ocorre que esse etanol, para servir como combustível precisa atender a determinadas especificidades estabelecidas na Resolução N° 36 editada pela ANP – Agência Nacional do Petróleo Gás natural e Biocombustíveis, de 07 de Dezembro de 2005, o que suscita reflexões jurídicas concernentes ao Estado Regulador brasileiro, na medida em que se vislumbra a possibilidade de conflitos de competências entre agências reguladoras como a ANP e um ente federado municipal, que vivencia uma realidade própria de sua localidade, como o Município de Candiota/RS, no qual se localiza a UTPM da CGTEE.

O etanol é um biocombustível de extrema importância para a matriz energética nacional, pelo seu poder calorífico quando submetido à combustão interna de motores ser suficiente para substituir combustíveis derivados do petróleo como a gasolina, e também pela sustentabilidade ambiental de seu uso.

Logo, observando-se que uma grande companhia termoelétrica como a Usina Presidente Médice, que pertence à CGTEE e conseguinte integra a Eletrobrás, localizando-se no pequeno Município de Candiota/RS, que tem uma população em torno de 10 mil habitantes, e considera-se a capital nacional do carvão, percebe-se a existência de uma relação muito significativa entre a companhia e o Município, no que concernem aspectos econômicos e ambientais.

Candiota localiza-se a 390 KM de Porto Alegre, capital estadual do RS, entretanto faz divisas com cidades de maior porte como Bagé, Hulha Negra, Pinheiro Machado e Pedras Altas, tendo economicamente o Município como base econômica a extração de carvão e geração de energia, através das empresas com a CGTEE, que lá se estabeleceram em virtude das jazidas de carvão.

É evidente o quanto a atividade carbonífera representa do ponto de vista econômico para o Município de Candiota, todavia, não se podem olvidar os impactos na saúde da população que tal atividade provoca, porque antes de contribuir para o aquecimento global, as emissões de CO₂ decorrentes de tal atividade provocam diversas doenças respiratórias e alérgicas nos munícipes de Candiota e adjacências.

Desse modo, considerando-se que a CGTEE desenvolveu uma tecnologia capaz de impedir a emissão de CO₂ para o meio ambiente, “armazenando” este gás em tanques repletos de microalgas, que podem utilizá-lo no processo de fotossíntese, liberando oxigênio para a atmosfera e promovendo a auto-reprodução de uma biomassa que submetida à fermentação pode gerar o biocombustível etanol, é bastante compreensível que o Município almeje

participar dessa realização como fomentador do desenvolvimento dessa técnica, com o intuito de viabilizá-la em escala industrial garantindo deste modo melhor qualidade de vida para sua população.

É totalmente respeitável, que o Município ou os Municípios que há anos suportam as mazelas da saúde pública provocadas pela diuturna emissão de gases tóxicos, pelas usinas e indústrias que queimam carvão mineral, devido à sua sobrevivência financeira proporcionada por essa atividade econômica, uma vez vislumbrada uma saída tecnológica viável queiram implementá-la sem medir esforços.

Tal empenho advindo do Município de Candiota e/ou municípios adjacentes que também se encontram nessa mesma situação peculiar, ocorreria justamente pelo custo de implantação de uma tecnologia nova, indubitavelmente mais cara, a ser adaptada para uma usina do porte da UTPM, de modo que tal implantação ocorresse com a brevidade que o respeito pela saúde pública merece, mas não representasse uma despesa a ser suportada de maneira desarrazoada pela própria companhia que desenvolveu a nova tecnologia.

Destarte, seria totalmente compreensível que o Município legislasse sobre esse assunto que é de interesse local, visando proporcionar receitas à própria UTPM da CGTEE para que ela iniciasse a instalação da nova tecnologia e reduzisse as emissões de CO₂, o que poderia ser feito através de lei municipal que estimulasse o consumo do etanol produzido através da fermentação das microalgas que se reproduziram com o referido CO₂ captado.

Obviamente tal estímulo ao consumo somente ocorreria com a redução no preço desse biocombustível, o que seria difícil pois este etanol produzido com uma nova tecnologia, naturalmente mais cara, estaria concorrendo no mercado com o etanol produzido a partir da fermentação do bagaço da cana-de-açúcar, e tendo em vista o Município de Candiota ser de veras pequeno não poderia conceder isenções fiscais à CGTEE pois já depende desses tributos para sua austeridade administrativa.

4.2.2 Possibilidade de choque entre a legislação municipal e resolução da ANP

Diante dessa conjuntura, na qual é preciso gerar receitas à usina termoelétrica poluidora para que ela adapte seu sistema de produção de energia à uma técnica não poluente, e para tanto é necessário viabilizar a competitividade do etanol produzido através da fermentação da biomassa de microalgas responsáveis pela captação do gás carbônico, a legislação municipal, diante dessa situação peculiar que repercute diretamente na saúde pública local, poderia estabelecer que para diminuir o custo do etanol produzido nessas condições, não seria necessário adicionar os corantes que de praxe são adicionados para facilitar a identificação de fraudes ao consumidor, tonando-o assim mais barato e, portanto mais competitivo.

Cumprе ressaltar que com a não utilização do corante no etanol, seria renunciada apenas uma medida de segurança contra eventuais fraudes que revendedores de combustíveis mal intencionados possam vir a cometer, porém vale lembrar que ainda existem outros métodos de fiscalização usados para proteger o consumidor contra combustíveis adulterados, como análises laboratoriais, selos de qualidade, etc.

Desse modo, renunciar-se-ia à um instrumento de defesa dos consumidores de combustíveis, que facilmente seria substituído por outros instrumentos inclusive já conhecidos, em virtude da viabilidade econômica de um sistema que atenuaria as emissões de CO₂ pela CGTEE, beneficiando a saúde e qualidade de vida do próprio consumidor de combustível que reside em Candiota e adjacências.

Ademais, em atenção ao interesse local, nos termos do inciso XV do Art. 8º da lei 9.478/97, a ANP poderia estabelecer convênios com órgãos do Município de Candiota/RS para intensificar a fiscalização sobre o etanol comercializado sem adição de corantes, compatibilizando-se destarte uma viabilidade comercial que promoveria uma sensível

melhora na saúde pública local com a igualmente relevante defesa dos direitos do consumidor.

Entretanto, a Resolução nº. 36/05 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis em seu Art.11⁹⁷ estabelece a obrigatoriedade da adição de corante ao etanol utilizado na mistura da gasolina, ou seja, o AEAC - álcool etílico anidrido combustível, especificando ainda no §6º que este corante deve ser comprado à fornecedores previamente cadastrados pela ANP, o que inviabilizaria uma venda competitiva do etanol produzido à partir da fermentação da biomassa das microalgas aos proprietários de postos de gasolina de Candiota e adjacências, tendo em vista que não compensaria financeiramente para os postos adquirir o referido etanol para misturá-lo à gasolina comercializada.

⁹⁷ Resolução ANP nº 36/05. Art. 11. O corante especificado na Tabela II do Regulamento Técnico ANP nº 7/2005 deverá ser adicionado pelo Produtor, Importador e Transportador Dutoviário ao Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC) comercializado. § 1º Fica dispensada a adição de corante ao Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC) destinado à exportação, cabendo ao exportador informar à ANP/SQP (expalcohol@anp.gov.br) até a data do carregamento o volume, país de destino, a movimentação do produto em território nacional e o local por onde o produto deverá deixar o país. O exportador deverá também encaminhar à ANP/SQP cópia da respectiva Declaração de Despacho de Exportação – DDE registrada no SISCOMEX. A critério da ANP, outros requisitos considerados necessários para o controle desta modalidade de movimentação poderão ser exigidos. § 2º O Produtor ou Importador poderá ser dispensado da adição do corante ao Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC) destinado ao mercado interno quando movimentado em polidutos. § 3º O Transportador Dutoviário quando vier a destinar Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC) ao mercado interno fica obrigado a adicionar o corante. § 4º A dispensa de que trata o § 2º deste artigo será ANP, observadas as seguintes condições: I - A autorização dos volumes será dada mediante solicitação do Produtor, Importador ou Transportador Dutoviário, que deverá informar os volumes por produtor, por ponto de entrega e destino do que for transportado; II - A autorização da ANP dependerá da exigência e concordância prévia do Transportador Dutoviário; III - O Produtor deverá informar à ANP, até o dia 15 do mês subsequente, os volumes por caminhões-tanque, sua identificação, data de carregamento, pontos de entrega no Transportador Dutoviário; e IV. A cada autorização, o Transportador Dutoviário deverá confirmar à ANP, no prazo de até 30 dias, o efetivo recebimento integral dos volumes, com as datas de recebimento, além das informações mencionadas no inciso III. § 5º O Produtor, Importador ou Transportador Dutoviário de Álcool Etílico Anidro Combustível manter uma amostra do corante utilizado pelo prazo de 2 (dois) meses à disposição da ANP para qualquer verificação julgada necessária. § 6º O corante a ser adicionado ao Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC) deverá ser adquirido de fornecedor cadastrado na ANP/CPT o qual deverá comprovar a adequação do seu produto à especificação prevista no Regulamento Técnico ANP nº 7/2005 – Tabela II e comercializá-lo acompanhado de Ficha de Segurança e Manuseio do Produto. § 7º A solicitação de cadastro para fornecimento de corante deverá ser acompanhada de Certificado da Qualidade firmado pelo químico responsável pelas análises laboratoriais efetuadas, com indicação legível do nome e número da inscrição no órgão de classe, conforme Regulamento Técnico ANP nº 7/2005 – Tabela II, Ficha de Segurança e Manuseio do Produto e de amostra do produto em concentração idêntica àquela comercializada. O fornecedor de corante deverá ter o seu cadastro renovado anualmente.

Nesse pórtico a resolução supramencionada veda completamente em seu Art. 10⁹⁸ a comercialização de etanol – AEAC- álcool etílico anidrido combustível, e AEHC – álcool etílico hidratado combustível, fora dessas especificações. Como se observa na norma esculpida no §1º do Art. 11, ficou dispensado da obrigatoriedade de adição de corante apenas o AEAC, ou seja, o etanol destinado à exportação, e conforme o §2º do mesmo artigo, também o etanol destinado ao mercado interno quando movimentado em polidutos, ou seja, somente essas duas hipóteses, que não contemplam a peculiar situação do álcool etílico adquirido à partir das microalgas que é produzido em Candiota/RS, foram previstas para escusa da obrigação de adicionar o corante.

Tais permissividades previstas nos §§1º e 2º do Art. 11 da norma editada pela ANP permitem o entendimento que a não adição do referido corante em nada prejudicará a qualidade do etanol produzido, tanto que a própria Resolução 36 previu hipóteses de não obrigatoriedade da adição do mesmo.

Ora, desse modo, justifica-se ainda mais a pertinência de uma legislação municipal que contrariando o disposto em ato normativo editado pela ANP, estabeleça mais uma hipótese de não obrigatoriedade da adição do corante ao etanol, tendo em vista a prerrogativa constitucional do Município em legislar em prol do interesse local, no caso de Candiota representado pelo zelo para com a saúde pública municipal.

Nessas circunstâncias se estabeleceria um conflito de normas de natureza diversa, uma norma reguladora, qual seja a Resolução nº. 36/05 da ANP, e outra legislativa, que suscitaria um conflito de competência entre esta agência reguladora, que tem natureza jurídica de autarquia, ainda que sob regime especial, e o órgão legislativo do ente federado municipal, que tem competência legislativa decorrente diretamente da Constituição Federal.

⁹⁸ Resolução ANP nº 36/05. Art. 10. Fica vedada a comercialização de Álcool Etílico Anidro Combustível (AEAC) e Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC), definidos no art. 2º desta Resolução, que não se enquadrem nas especificações do Regulamento Técnico.

Assim, tendo em vista as incertezas trazidas pelo advento da reforma do Estado ocorrida na década de 90, que criou o Estado Regulador Brasileiro, certamente, tal conflito haveria de ser submetido à apreciação jurisdicional, que no entendimento aqui defendido deveria assentar a prevalência da legislação editada pelo Município de Candiota/RS, que venha a confrontar o disposto no Art. 11 da Resolução nº. 36/05 da ANP, pois ainda que esta norma da ANP tenha natureza claramente técnica, e portanto encontrar-se em perfeita harmonia para com os limites constitucionais da atuação normativa das agências reguladoras descritos na presente dissertação, observa-se que esta norma reguladora pode servir para todo o restante do país, mas não atende à uma necessidade local específica, enfrentada pelas legislações municipais.

A lei municipal ampliaria o rol de situações livres da obrigatoriedade de adição do corante ao etanol, e assim viabilizaria economicamente o etanol produzido através da biomassa das microalgas, o que permitiria maior captação do CO₂ que continua sendo emitido pela termoelétrica CGTEE, o que certamente melhoraria as condições de saúde da população daquela localidade, afastar-se-ia a eficácia de uma norma reguladora expedida pela ANP, que destarte tem natureza de ato administrativo, pela edição de uma nova lei, ainda que municipal, com fulcro no inciso I do Art. 30 da Constituição Federal, que confere aos Municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local.

5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA ATUAÇÃO DA ANP

O presente capítulo é o resultado de uma ampla e minuciosa pesquisa jurisprudencial, que analisou 197 julgados do TRF – Tribunal Regional da 5ª Região, e alguns de outros TRFs, 40 julgados do STJ – Superior Tribunal de Justiça e 12 do STF – Supremo Tribunal Federal acerca da ANP, constando a existência de divergências jurisprudenciais quando os tribunais se depararam com choques entre normas expedidas pela ANP e a legislação, o que demonstra empiricamente a existência de conflitos de competência normativa entre a ANP e os órgãos legislativos dos entes federados do Estado brasileiro.

Segundo Lourival Vilanova (2005, p.36) “A interpretação e aplicação jurisprudencial do Direito são complementos imprescindíveis para se ter o Direito como experiência e, com base nessa experiência, obter-se o vínculo husserliano entre juízo e experiência, ou entre lógica e realidade”, e nesse diapasão, a pesquisa jurisprudencial aqui apresentada é de extrema relevância para comprovar as premissas doutrinárias defendidas, produzindo destarte um conhecimento jurídico deveras consistente sobre a regulação realizada pelas agências, sobretudo no que se refere à ANP.

Ademais, além da comprovação empírica da existência de conflitos de competência normativa entre a ANP e o Congresso Nacional, no plano federal, a pesquisa também se deparou com posicionamentos bastante elucidativos, que fazem verdadeira descrição científica, e com o fator inolvidável de sobre essa descrição incidir os efeitos da “*ratio decidendi*” uma vez que tal análise foi realizada enquanto norma jurídica geral de diversos casos concretos julgados, o que contribui para o desenvolvimento da dogmática da regulação, pela via da jurisdição.

Além disso, a pesquisa jurisprudencial observa a existência de diversos aspectos elucidativos sobre a atuação da ANP, pois evidencia como esta agência tem administrado o

setor que lhe compete, como por exemplo, a declaração dos tribunais de sua competência para realizar a atividade judicante na conciliação de interesses antagônicos de agente regulados, bem como sua competência para zelar pelo meio ambiente e defender os consumidores de combustível, inclusive controlando preços, afinal como já se observou na jurisprudência do STF, trazida no capítulo 3, aqueles que são contratados pela ANP para realizar as atividades inerentes à indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis possuem apenas a propriedade relativa da lavra.

Por outro lado a pesquisa demonstra que diversas vezes a ANP atuou com excessos, exorbitando de seu poder de polícia, ou seja, excedendo a ordenação administrativa que lhe compete fazer em face dos agentes regulados, exorbitando destarte de seu poder normativo regulador em face da legislação federal, e aqui se destaca duas situações sobre as quais a jurisprudência digladiou-se com um sem número de divergências, inclusive dentro de um mesmo tribunal, como ocorrera no TRF da 5ª Região, que foram especificamente as questões acerca do TRR- Transportador revendedor retalhista e dos “*City gates*”, que serão demonstradas a seguir.

5.1 ASPECTOS ELUCIDATIVOS DA ATUAÇÃO DA ANP

Como já dito alhures, a dogmática da regulação ainda precisa ser bastante desenvolvida, pelos diversos fatores que envolvem esta novel modalidade de exercício da função administrativa do Estado, como o silêncio constitucional acerca de um maior detalhamento dos limites da regulação realizada pelas agências, as diferenças e omissões nas próprias leis criadoras das agências reguladoras, os conflitos de competência normativa envolvendo agências reguladoras e órgãos legislativos dos entes federados, o perigo de

captação das agências pelos agentes econômicos regulados, e as perplexidades que envolvem esses novos institutos em sua relação com institutos mais antigos do Direito brasileiro.

Deste modo, uma vez estabelecida a recalcitrância em acatar as ações das agências reguladoras por parte dos agentes regulados, e submetida a pretensão de direito violado à jurisdição estatal, a manifestação jurisdicional ao criar a norma jurídica individualizada do caso concreto, sujeita aos efeitos da coisa julgada, vai delineando as características normativas da atividade regulatória exercida pelas agências reguladoras no Estado regulador brasileiro, o que permite o desenvolvimento de uma dogmática mais consistente desse fenômeno.

Observe-se que na medida em a jurisprudência pacifica o entendimento sobre a constitucionalidade das agências reguladoras, destacando-se aqui a ANP, desempenharem certas atividades que lhes foram atribuídas pela legislação, vão se definindo os contornos desse novo viés da atividade de regulação exercida pelas agências, e no caso da ANP, considera-se aqui bastante elucidativo as decisões jurisprudenciais que declararam a competência desta agência para exercer o poder de polícia, ou seja, a ordenação administrativa do setor que administra, de zelar pela segurança, meio ambiente, e pelos direitos dos consumidores e ainda fazer o controle dos preços dos combustíveis.

5.1.1 Exercício do Poder de Polícia/ordenação

A jurisprudência declarou a possibilidade de exercício de poder de polícia pela ANP, ou como prefere parte da doutrina, da ordenação administrativa⁹⁹, o que passa, à partir da

⁹⁹ ADMINISTRATIVO. REVENDA DE COMBUSTÍVEL IRREGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO. VIOLAÇÃO À PORTARIA 09/97. PODER DE POLÍCIA. ANP. MULTA. ART. 3º, IX, 9.784/99. LEGALIDADE. 1 - Em obediência à Constituição Federal de 1988, a Lei n.º 9.478/97 criou um órgão regulador (ANP) e conferiu-lhe atribuição para fiscalizar, regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, bem como para proteger os interesses dos consumidores quanto à oferta

publicação deste tipo de decisão, a inibir as pretensões de agentes econômicos regulados pela ANP de interpretar tal exercício da autarquia reguladora como abusivo e propor ações judiciais, o que significa dizer que a jurisprudência vai garantindo as prerrogativas legais das agências e conseqüentemente ensinando os agentes econômicos como se comportarem nessa nova sistemática regulatória.

Nesse pórtico se pronunciou o STF¹⁰⁰, não restando destarte qualquer dúvida sobre a possibilidade de exercício do poder de polícia pela ANP. Esta decisão confirma a constitucionalidade da Portaria 62/95 do Ministério de Minas e Energia (que naquele momento fazia às vezes da ANP, lembrando que o DNC – Departamento Nacional de Combustíveis era órgão do Ministério de Minas e Energia), que estabelecia limitações à venda

de produtos. 2 - Os atos normativos editados pelas agências não são regulamentos autônomos, uma vez que não defluem da Constituição, mas sim da lei instituidora da agência. Dessa forma, tais leis, ao instituírem as agências reguladoras, conferem-lhes também o exercício de um abrangente poder normativo no que diz respeito às suas áreas de atuação. 3 - Com base neste arcabouço legal editou-se a Portaria n.º 9/97, que veda a transferência de combustíveis entre postos revendedores, conduta praticada pela empresa Apelante e que se enquadra no art. 9º da aludida Portaria. Sendo a mencionada Portaria editada com base no Poder de Polícia, deve ser reconhecida a sua força coercitiva. 4 - Ademais, este Eg. TRF da 5ª Região já decidiu que o fato do Auto de infração ter sido lavrado pela Agência Nacional do Petróleo, com base em portaria administrativa constitui mera irregularidade formal que não desconstitui o ato administrativo que imputou sanção prevista em lei, e não na portaria. (TRF 5ª Região - AC - Apelação Cível - 448613- Quarta Turma - Rel. Desembargadora Federal Nilcéa Maria Barbosa Maggi DEJ - Data: 15/09/2009). 5 - O processo administrativo cumpriu os princípios da ampla defesa e do contraditório sendo o meio adequado à definição da punição a ser imposta. 6 - Observa-se, ademais, que a Apelante teve oportunidade de se defender acerca da aplicação da multa, prevista no art. 3º, IX, da Lei n.º. 9.784/99, não tendo esta sido sugerida de forma abrupta a violar o devido processo legal. 7 - O valor da multa foi arbitrado dentro dos padrões elencados no inciso IX do artigo 3º da lei 9487/99, agindo a autoridade administrativa dentro dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 8 - Apelação improvida. (TRF 5ª Região, 2ª Turma, AC 430170- CE, Relator Desembargador Federal Francisco Barros Dias, data do julgamento 10.11.2009, DJ 26.11.2009).

¹⁰⁰ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. TRR. REGULAMENTAÇÃO DL 395/38. RECEPÇÃO. PORTARIA MINISTERIAL. VALIDADE. 1. O exercício de qualquer atividade econômica pressupõe o atendimento aos requisitos legais e às limitações impostas pela administração no regular exercício de seu poder de polícia, principalmente quando se trata de distribuição de combustíveis, setor essencial para a economia moderna. O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. 2. O DL 395/38 foi editado em conformidade com o art. 180 da CF de 1937 e, na inexistência da lei prevista no art. 238 da Carta de 1988, apresenta-se como diploma plenamente válido para regular o setor de combustíveis. Precedentes: RE 252.913 e RE 229.440. 3. A Portaria 62/95 do Ministério de Minas e Energia, que limitou a atividade do transportador-revendedor – retalhista, foi legitimamente editada no exercício de atribuição conferida pelo DL 395/38 e não ofendeu o disposto no art. 170, parágrafo único, da Constituição. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE 349.686, 2ª Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ 5.8.05)

de combustível, uma vez que a edição de tal norma representa legítimo exercício do poder de polícia do Estado.

O STF, citando a decisão anterior, também confirmou a constitucionalidade da Portaria 202/99 editada pela ANP¹⁰¹, portaria esta que tal qual a Portaria 62/95 do MME, limita o exercício da venda de combustível, com base no poder de polícia estatal.

5.1.2 Zelo pela segurança, meio ambiente e defesa dos consumidores de combustível

A jurisprudência também reconhece a competência da ANP para zelar pela segurança de todos, inclusive dos próprios agentes econômicos regulados, o que indubitavelmente repercute em um maior cuidado com o meio ambiente, afinal, todo acidente envolvendo indústria do petróleo e gás natural, pela natureza inflamável e poluidora da matéria prima com a qual se trabalha, além dos imensuráveis danos físicos que podem gerar em profissionais e consumidores, também causa relevantes danos ao meio ambiente.

¹⁰¹ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PORTARIA N. 202/99. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE JUNTO AO SICAF. LEI 9.478/97. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. 1. Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento. (AG. no RE 568.471-7, 2ª Turma, Relator Ministro Eros Graus, DJ 15.08.08.) RELATÓRIO – O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: A decisão agravada tem o seguinte teor: “DECISÃO: Discute-se no presente recurso extraordinário as limitações à aquisição, à distribuição e a comercialização de combustíveis, impostas pela Portaria n. 202/99, editada pela ANP, que exige o cadastramento das empresas distribuidoras de derivados de petróleo perante o SICAF. 2. O Tribunal *a quo* entendeu pela legalidade da portaria ao fundamento de que ‘[a] interferência do Poder Público na atividade econômica está prevista constitucionalmente para proteger o interesse público.’ [fl.248]. 3. A recorrente alega que o acórdão recorrido violou o disposto nos artigos 170, parágrafo único, e 238 da Constituição do Brasil. 4. Este Tribunal, no julgamento do RE 349.686, 2ª Turma, Relatora a Ministra Ellen Graacie, DJ 5.8.05, em caso análogo ao dos autos, fixou o seguinte entendimento: [Decisão anterior] 5. Desta orientação não divergiu o acórdão recorrido. Nego seguimento ao recurso com fundamento no disposto no art. 21, § 1º do RISTF. 2. A agravante reitera as razões expedidas no recurso denegado [RExt.] e requer o provimento deste agravo regimental. É o relatório. Voto: O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): O recurso não merece provimento. 2. O tribunal *a quo* entendeu que “as disposições do referido ato normativo são inteiramente compatíveis com o ordenamento jurídico vigente, eis que encontram fundamento, como já visto, na Lei 9.478/97, que garante à ANP a possibilidade de estabelecer condições e requisitos para o armazenamento e distribuição de combustíveis da forma mais adequada e eficaz” [fl. 244]. 3. Para dissentir-se do acórdão impugnado seria necessária a análise da legislação infraconstitucional que disciplina a espécie. Eventual ofensa à Constituição dar-se-ia de forma indireta, circunstância que impede a admissão do extraordinário. Nesse sentido, O RE n. 148.512, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 2.8.96; o AI n. 157.906 –AgR, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ de 9.12.94; o AI n. 145.680 – Agr, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 30.4.93, entre outros. Nego provimento ao agravo regimental. (STF, AG.RG. no Recurso Extraordinário 568.471-7 RJ, 2ª Turma, Relator o Ministro Eros Graus, DJ 14.08.2008).

Desse modo, na medida em que a ANP zela pela segurança das instalações, e equipamentos utilizados pelos agentes econômicos que atuam nessa área, promove-se a defesa administrativa do direito social ao meio ambiente equilibrado (art. 225 da CF)¹⁰².

Ademais, na medida em que a ANP fiscaliza a qualidade dos combustíveis que são vendidos em todo o país, ela promove a defesa administrativa do direito dos consumidores de combustível¹⁰³, o que no entendimento aqui esposado representam fatores de legitimação do Estado Regulador brasileiro.

5.1.3 Controle dos preços de combustíveis

¹⁰² ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. PORTARIA DNC Nº 27/96. LEGALIDADE. MP 1760/1998. LEI Nº 9.847/99. 1. O departamento nacional de combustíveis (DNC), empreendendo fiscalização no estabelecimento da autora, em especial na área destinada ao comércio de GLP (gás liquefeito de petróleo), verificou que a área não estava de acordo com as determinações da portaria DNC nº 27/96, indicando as seguintes irregularidades: não possuir aberturas de acesso ao depósito nas medidas adequadas; não possuir extintores de incêndio em quantidade e carga compatíveis com a classe; ultrapassar a capacidade de armazenamento. 2. Constatadas as mencionadas irregularidades, foi imputada à empresa a multa prevista no decreto nº 1.021/93, por infração às normas de segurança constantes da portaria DNC 27/96. 3. Considerando que o auto de infração impugnado foi lavrado em 29 de dezembro de 1998, ou seja, após a promulgação da constituição federal de 1988, as infrações e penalidades devem ter como base apenas a lei. 4. A lei nº 9.847/99, que dispõe sobre a fiscalização do abastecimento nacional de combustíveis, atendendo ao princípio da legalidade, definiu as infrações e as sanções cabíveis no setor e determinou que a fiscalização compete à ANP. 5. Como a multa impugnada foi aplicada pela ANP após a edição da MP 1670, de 24 de junho de 1998, que resultou na conversão da lei nº 9.847/99, é de ser considerada legítima. 6. Inexistindo provas suficientes nos autos para elidir a presunção de legalidade do auto de infração deve ser afastada a alegação de ausência de motivo fático a ensejar a autuação. 7. Conforme decisão do processo nº 48600.004193/1999-59, o auto de infração DF nº 130080 foi julgado subsistente, tendo sido a pena aplicada com base na lei nº 9.847/99, em R\$ 20.000,00, correspondente ao valor mínimo previsto. Entretanto a mencionada lei não se encontrava em vigor na época em que foi lavrado o auto de infração (29/12/98). Assim, o quantum da pena deve ser estabelecido nos termos do decreto nº 1.021/93, que previa 300 a 30.850 UFIR, sendo razoável pelos elementos constantes dos autos, fixá-la em 3.000 UFIR, ou seja, R\$ 3.192,30 (três mil, cento e noventa e dois reais e trinta centavos). 8. Apelação e remessa oficial parcialmente providas. (TERF 5ª Região, 1ª Turma, AC 412421, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, data do julgamento 19.02.2009, DJ 04.05.2009).

¹⁰³ ADMINISTRATIVO. ANP - AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO. DIREITO À PUBLICAÇÃO, EM SEU SITE, DE POSTO DE GASOLINA QUE ESTAVA VENDENDO COMBUSTÍVEL FORA DAS ESPECIFICAÇÕES, MORMENTE QUANDO DEMONSTRADO QUE O DONO DO POSTO NÃO BUSCOU PROVAR A QUALIDADE DO PRODUTO, MAS, TÃO SOMENTE TRANSFERIR A RESPONSABILIDADE PARA O FORNECEDOR. ATIVIDADE PROTETIVA AO DIREITO DO CONSUMIDOR. APELO PROVIDO (TRF 5ª Região, 4ª Turma, AC 391295-RN, Relator Desembargador Federal Ricardo Cesar Mandarino Barreto (substituto), data do julgamento 26.09.2006, DJ 27.10.2006).

Conforme a jurisprudência do TRF da 5ª região, que manteve sanção da ANP à prática da venda de combustível comercializado por valor superior ao fixado¹⁰⁴, o poder regulador dessa agência configura-se numa eficiente arma para combater a exploração dos consumidores de combustível, uma vez que tem competência para fiscalizar e multar os revendedores de combustível que estejam comercializando em preços superiores aos que são fixados após complexo cálculo que considera diversos fatores, dentre eles a margem de lucro dos produtores e revendedores de combustível, mas também a acessibilidade do consumidor final, por questão de política energética proposta pelo CNPE – Conselho Nacional de Política Energética e fixada pelo Presidente da República.

Fica então evidenciado, que uma vez estabelecida a política energética nacional, a ANP é a autoridade técnica responsável pela implementação de tal política, devendo fiscalizar os agentes que atuam na área, com poder inclusive para multar aqueles que a olvidarem.

5.2 EXCESSOS COMETIDOS PELA ANP

Entretanto, apesar dos aspectos elucidativos da atuação da ANP mencionados pela jurisprudência, a ANP também tem extrapolado de seu poder regulador, tanto agindo com desproporcionalidade em face dos agentes regulados, na medida em que tem aplicado sanções desproporcionais pelo cometimento de infrações, como também pela exorbitância de seu

¹⁰⁴ ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP. AUTO DE INFRAÇÃO POR COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL EM VALOR SUPERIOR AO ESTABELECIDO. EXERCÍCIO DE PODER REGULAMENTAR. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Situação em que a empresa foi autuada pela ANP por vender combustível em valor acima do previsto. 2. Não há ofensa ao princípio da legalidade a aplicação de multa pela ANP, porquanto existe expressa previsão legal no art. 3º, inciso III, da Lei nº 9.847/99. 3. Não constitui afronta aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade a fixação da sanção pecuniária em seu valor mínimo previsto na lei. 4. Apelação improvida. (TRF 5ª Região, 2ª Turma, Apelação Cível 469075 – CE, Relator Desembargador Federal Francisco Wildo, data do julgamento 30.06.2009, DJ 22.07.2009). No caso do aresto colacionado (a ementa faz erroneamente alusão à “poder regulamentar”, quando deveria ser “poder regulador”)

poder normativo, uma vez que deve limitar-se a expedir normas técnicas que disciplinem a atuação daqueles que realizam atividades de prospecção e lavra de petróleo, derivados e gás natural, bem como daqueles que comercializam combustíveis, porém não deve jamais se contrapor à direitos subjetivos previstos pela legislação, como tem feito e será demonstrado a seguir.

5.2.1 Exorbitância sancionadora em face dos agentes administrados

Conforme o entendimento jurisprudencial houve uma ação totalmente infundada por parte da ANP, na medida em que olvidou seus meios já reconhecidos pelo próprio Poder Judiciário de cobrança de débito de tributário, e inscreveu indevidamente o agente econômico regulado no CADIN, e como não poderia deixar de ser, o Tribunal reverteu o excesso cometido pela agência¹⁰⁵.

CADIN significa Cadastro Informativo de créditos não-quitados do setor público federal. É um banco de dados que contém os nomes das pessoas físicas e jurídicas com obrigações pecuniárias vencidas e não pagas para com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, de modo que é obrigatória a consulta prévia ao CADIN por tais órgãos e entidades no casos de: realização de operações de crédito que envolvam a utilização de recursos públicos; concessão de incentivos fiscais e financeiros; e celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos, logo percebe-se que a inscrição representa grave

¹⁰⁵ TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO NO CADIN. IMPOSSIBILIDADE. I. Enquanto discutido em juízo o débito tributário, não deve haver a inclusão do nome do contribuinte no CADIN. Precedentes desta corte (AGTR. 48.186, rel. des. fed. Paulo Gadelha, DJ de 28/02/2005) II. Possui a ANP - agência nacional de petróleo os meios adequados para efetuar a cobrança, não podendo se utilizar da inclusão do nome dos agravantes dos cadastros de inadimplentes como substitutivo da ação executiva. III. Agravo provido. (TRF 5ª Região, 4ª Turma, AGTR – Agravo de Instrumento 81150 – PB, Relatora Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, data do julgamento, 06.11.2007, DJ 03.12.2007).

desvantagem para qualquer empresa, destarte, a jurisprudência do TRF da 5ª Região, bem como do STJ, ((*RESP 610355/RS, AGA 528484/RS, AMS 81657/PE, AG 47074/CE, AC 294931/PE*), pacificou o entendimento que enquanto discutido em juízo o débito tributário, não deve haver inscrição do nome do contribuinte no CADIN.

Ademais, conforme entendimento jurisprudencial¹⁰⁶, a ANP tem exorbitado do poder de polícia que lhe compete exercer, a conduta desproporcional cometida pela agência afronta a norma legal esculpida no Art. 2º da Lei 9.784/99 que dispõe sobre o processo administrativo, no âmbito da Administração Pública Federal, incluindo expressamente também os processos administrativos que tramitem perante órgãos do poder legislativo e judiciário quando no exercício da função administrativa (Art. 1º, §1º) pois assim estabelece inverbis: “*Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*”¹⁰⁷”

¹⁰⁶ ADMINISTRATIVO. ABUSO DO PODER DE POLÍCIA. ANP. AVALIAÇÃO DA SITUAÇÃO CONCRETA. INDEVIDO LACRAMENTO DO ESTABELECIMENTO. 1. Ainda que idôneo o exercício do poder de polícia pela ANP, afigura-se desarrazoado o lacramento das bombas, com a interdição da empresa impetrante. 2. Deveria ter sido levado em conta que a empresa impetrante sucedeu a empresa yorth- comercial de petróleo e SERV LTDA, estabelecimento este que estava em regular funcionamento. 3. Não pode a empresa ter suas atividades interrompidas pela inércia do poder público em fornecer licença de funcionamento. 4. Remessa oficial improvida. (TRF 5ª Região, 1ª Turma, REOMS 85223-CE, Relator Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, data do julgamento 28.10.04, DJ 18.01.2005). ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO. FISCALIZAÇÃO. COMBUSTÍVEIS. IRREGULARIDADES ENCONTADAS. ÚNICA BOMBA. INTERDIÇÃO DO ESTABELECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1 - Trata-se de Reexame Necessário e Apelação interposta pela Agência Nacional do Petróleo em desfavor da sentença que concedeu a segurança para determinar a liberação do funcionamento das bombas de combustível nas quais não ficou constatada a irregularidade descrita no auto de infração de nº. 0277580329115835. 2 - "(...) a irregularidade observada tão-só em uma das bombas/tanques de combustível não comportaria a medida extrema de interdição total do estabelecimento comercial da apelada, punição excepcional destinada a reprimir condutas de maior gravidade" (Precedente deste Eg. TRF da 5ª Região - MAS 87445). 3 - Sabe-se que à Agência Nacional do Petróleo, no exercício de seu Regular Poder de Polícia, compete, como medida cautelar, interditar, total ou parcialmente, estabelecimento que comercialize combustível fora dos padrões por ela exigidos. Todavia, tal medida deve-se pautar pela proporcionalidade. 4 - Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF 5ª Região, 2ª Turma, Apelação em Mandado de Segurança 88661-SE, Relator Desembargador Federal Francisco Barros Dias, data do julgamento 14.07.2009, DJ 21.08.2009).

¹⁰⁷ Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo (2006, p. 800) “Infrações administrativas, para serem validamente instituídas e irrogadas a quem nelas incidiu, devem atender a determinados princípios básicos, alguns dos quais

Entretanto, a prática reiterada da ANP tem se dado de modo diametralmente oposto ao da proporcionalidade, ignorando a advertência doutrinária, e o próprio texto expresso da legislação, de modo que o arrimo da proporcionalidade tão cedo somente pode ser encontrado para muito agentes que atuam no setor administrado pela ANP após a manifestação jurisdicional.

Observe-se o caso que tramitou perante o TRF da 5ª Região. O Auto de Infração nº 139536 (fl. 22) lavrado pela ANP, assim dispunha: *“Fica a empresa acima qualificada autuada por não ter atendido integralmente à notificação descrita no Documento de Fiscalização lavrado em 30/06/05, pois observamos que, apesar dos Livros de Movimentação de Combustíveis – LMC encontrarem-se atualizados, as informações não foram registradas com relação às leituras dos encerrantes eletrônicos.”*

A sanção aplicada pelo poder regulador da ANP afronta o disposto no Art. 3º¹⁰⁸ da lei 9.847/99, que não estabelece tal exigência das informações serem registradas pelo agente econômico regulado através de encerrante eletrônico.

Destarte, não há qualquer restrição legal quanto ao preenchimento por dados contidos em encerrantes mecânicos, como utilizado pelo autor da ação contra agência, uma vez que esta agiu de modo indevido e ilícito na autuação da empresa, e por essa razão o tribunal julgou improcedente a apelação da ANP.¹⁰⁹

também se aplicam às sanções; a saber: a) princípio da legalidade; b) princípio da anterioridade; c) princípio da tipicidade; d) princípio da exigência de voluntariedade. Quanto às sanções e sua aplicação devem ser mencionados, além dos princípios referidos nas letras “a”, “b”, “c” e “d”, mais: e) proporcionalidade; f) devido processo legal; e g) motivação”.

¹⁰⁸ Lei. 9.847/99. Art. 3º. A pena de multa será aplicada na ocorrência das infrações e nos limites seguintes: (...) XVI - deixar de cumprir Notificação para apresentação de documentos ou atendimento de determinações exigíveis na legislação vigente, quando tal obrigação não se constituir, por si só, em fato já definido como infração na presente Lei: Multa - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

¹⁰⁹ ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP. AUTO DE INFRAÇÃO POR NÃO PREENCHIMENTO ADEQUADO DO LMC. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Situação em que a empresa foi autuada pela ANP por ter preenchido seus Livros de Movimentação de Combustíveis - LMC com base em encerrante mecânico e não eletrônico. 2. Não há dispositivo legal que exija o preenchimento com base nos dados do encerrante eletrônico e não no mecânico. 3. Livro de Movimentação de Combustíveis devidamente atualizado, falta fundamentação legal para justificar a autuação da empresa e a penalidade imposta, o que enseja a nulidade do auto de infração lavrado pela ré. 4.

5.2.2 Exorbitância ordenadora em face da legislação

O art. 4º, §4º da Portaria ANP 116¹¹⁰ afronta o disposto no inciso II, do Art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude de lei, configurando-se destarte, nos termos do voto do relator, como indevido constrangimento ao pagamento do suposto débito de outrem, ademais, em nosso entendimento, tal norma expedida pelo poder normativo regulador, não é de natureza técnica e limita direito subjetivo assegurado por lei, o que além de padecer de óbvia inconstitucionalidade, especificamente, afronta também a norma esculpida no Art. 972 da Lei 10.406/02, o Código Civil brasileiro, segundo a qual “*podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos*”.

Destarte, o TRF da 5ª Região em defesa do princípio da legalidade¹¹¹ julgou se ilegal a norma contida na Portaria ANP 116.

Observe-se ainda que a norma esculpida no Art. 7º¹¹² da Portaria ANP nº. 202/99, além de padecer de clara inconstitucionalidade, por contrariar nos termos do voto do relator os

Apelação da ANP improvida. (TRF 5ª Região, 2ª Turma, Apelação Civil 451156 – PB, Relator Desembargador Federal Francisco Wildo, data do julgamento 30.06.2009, DJ 22.07.2009).

¹¹⁰ Portaria ANP 116. Art. 4º. O pedido de registro de revendedor varejista deverá ser instruído com a seguinte documentação: § 4º. O pedido de registro para o exercício da atividade de revendedor varejista em endereço onde outro posto revendedor já tenha operado deverá ser instruído, adicionalmente, por cópia autenticada do contrato social que comprove o encerramento das atividades da empresa antecessora, no referido endereço, e, quando couber, da quitação de dívida resultante de penalidade aplicada pela ANP.

¹¹¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO DE POSTO DE GASOLINA. 1. Agravo de instrumento em que se busca a concessão de licença para o exercício da atividade de empresa (posto de gasolina), negada pela ANP por ausência de cópia autenticada de documento que comprovasse o encerramento das atividades da empresa antecessora; 2. É verdade que a ANP se amparou no que dispõe o art. 4º, parágrafo 4º da Portaria nº 116, de 05.07.00, segundo a qual o pedido de registro para o exercício da atividade de revendedor varejista em endereço onde outro posto revendedor já tinha operado deverá ser instruído com cópia autenticada do contrato social que comprove o encerramento das atividades da empresa antecessora, no referido endereço e, quando couber, da quitação da dívida resultante de penalidade aplicada pela ANP; 3. Entretanto, trata-se de norma irrazoável, posto que interdita atividade lícita ao pressuposto da existência de dívidas da empresa antecessora; 4. Agravo de instrumento provido. (TRF 5ª Região, 3ª Turma, AGTR 86121-AL, Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, data do julgamento 13.11.2008, DJ 28.11.2008).

princípios constitucionais citados, a norma vergastada também não é de natureza predominantemente técnica, na medida em que se insurge na seara do Direito Empresarial, limitando direito subjetivo assegurado pela legislação, e que somente poderia ser modificado por norma legal superveniente que revogasse o presente “*status quo*”.

Essa norma ilegal, contida na portaria da ANP se contrapõe à determinação legal esculpida no art. 968¹¹³ do Código Civil, ou seja, da lei 10.406/02, o que é absolutamente inadmissível. Logo, padece de rematada ilicitude, a norma administrativa editada pela ANP que afrontava o disposto na legislação, e como não poderia deixar de ser teve sua eficácia afastada pelo TRF da 5ª Região¹¹⁴.

5.2.3 Questão do TRR – Transportador – Revendedor- Retalhista

Também neste caso, a ANP resolveu editar norma em franco confronto com disposto na legislação e na própria Constituição Federal, trata-se da Portaria ANP 201 de 1999, que estabelece vedação ao transportador revendedor retalhista de comercializar gás liquefeito de petróleo – GLP, gasolina e álcool combustível, uma vez que esta atividade não está prevista

¹¹² Portaria ANP 202/99. Art. 7º A pessoa jurídica interessada na obtenção de registro de distribuidor deverá possuir capital social integralizado de, no mínimo, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de Reais). § 1º A comprovação do capital social deverá ser feita mediante a apresentação do estatuto ou contrato social, registrado na Junta Comercial, acompanhado de Certidão Simplificada na qual conste o capital social e a composição do quadro de acionistas ou de sócios. § 2º A comprovação do capital social deverá ser feita trimestralmente e sempre que houver alteração do capital social, do quadro de acionistas ou de sócios”.

¹¹³ Código Civil. Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha: I – o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens; II – a firma, com a respectiva assinatura autográfica; III – o capital; IV – o objeto e sede da empresa. §1º Com as indicações estabelecidas neste artigo, a inscrição será tomada por termo no livro próprio do Registro Público de Empresas Mercantis, e obedecerá a número de ordem contínuo para todos os empresários inscritos.

¹¹⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. PORTARIA N.º 202/99. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. REQUISITO DE CAPITAL INTEGRALIZADO. 1. Os princípios da livre iniciativa, livre concorrência e pleno emprego devem ser protegidos, podendo sofrer restrições somente por via legal (sentido formal). 2. Trata-se, in casu, de diploma legal inferior à lei ordinária, não podendo, portanto, ir de encontro a esta. 3. Agravo de instrumento improvido. (TRF 5ª Região, 2ª Turma, AGTR 30797-CE, Relator Desembargador Federal Araken Mariz, data do julgamento 20.02.01).

no objeto social da empresa, o que exorbita a competência normativa da ANP por se tratar de direito civil empresarial disciplinado por lei.

O Art. 2º da Portaria 201/99¹¹⁵, além de violar os princípios constitucionais elencados pelo relator e exposto na ementa da decisão trazida acima, não é de natureza predominantemente técnica, e limita direito subjetivo assegurado pela legislação, uma vez que a norma editada pelo poder normativo regulador da ANP afronta a norma legal esculpida no Art. 999 e 997 da Lei 10.406¹¹⁶, o Código Civil brasileiro, a qual estabelece que:

Conforme o inciso II, do Art. 997, o objeto social é uma das matérias que podem ser modificadas pela vontade do empresário e seus sócios, logo, conclui-se que o Art. 2º da Portaria 201/99 viola norma legal expressa, esculpida no Art.999, e inciso II do Art. 997 da Lei 10.406/02, o Código Civil brasileiro, e assim foi declarado pelo TRF da 5ª região¹¹⁷.

Diante, de tais incongruências entre a legislação, o ato administrativo normativo expedido pela ANP, seria totalmente compreensível que a matéria fosse, via recurso especial, submetida STJ, entretanto, em diversos julgados, este declarou não haver possibilidade processual para tanto, uma vez que não cabe ao STJ manifestar-se acerca de decisão dos

¹¹⁵ Portaria ANP 201/99. Art. 2º. A atividade de Transportador-Revendedor-Retalhista - TRR de combustíveis, exceto gás liquefeito de petróleo - GLP, gasolina e álcool combustível, deverá ser realizada por pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras, que atenda, em caráter permanente, aos seguintes requisitos: (...)

¹¹⁶ Código Civil. Art. 999. As modificações do contrato social, que tenham por objeto matéria indicada no art. 997, dependem do consentimento de todos os sócios; as demais podem ser decididas por maioria absoluta de votos, se o contrato não determinar a necessidade de deliberação unânime. Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: (...) II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade.

¹¹⁷ PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA. TRR - TRANSPORTADORA- REVENDEDORA-RETALHISTA DE COMBUSTÍVEIS. COMERCIALIZAÇÃO DE GASOLINA, ÁLCOOL E GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO. POSSIBILIDADE. 1. Mandado de segurança impetrado por empresa transportadora- revendedora- retalhista de combustíveis, objetivando ter assegurado o direito de comercializar gás liquefeito de petróleo - GLP, gasolina e álcool, o que lhe é vedado pelas portarias nsº 10/97, do Ministério de Minas e Energia, e 201/99, da ANP; 2. O fato do objeto social da impetrante não abranger a comercialização dos produtos em questão não configura ausência de interesse de agir, uma vez que o mesmo é mutável, podendo ser modificado a qualquer momento; 3. Por ferirem os princípios constitucionais do livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, da livre iniciativa e da livre concorrência, são descabidas as restrições ao comércio de gás liquefeito de petróleo, gasolina e álcool, impostas às empresas transportadoras -revendedoras- retalhistas de combustíveis; 4. Apelação provida. (TRF 5ª Região, 3ª Turma, AMS Apelação em Mandado de Segurança 83063-PE, Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, data do julgamento 08.11.07, DJ 27.03.08).

tribunais de 2ª instância quando o conteúdo da decisão não trata de Lei federal, conforme se observa em seus julgados, proferidos tanto nos casos que a recorrente é a ANP, quanto nos casos que o recurso especial foi interposto pelos agentes econômicos.

Então, como nos seguintes julgados do STJ, havia o entendimento de que a matéria não poderia ser analisada em sede de recurso especial, uma vez que violação à norma expedida pela ANP por decisão de Tribunal de 2º grau de jurisdição, não está no rol previsto pelo CPC – Código de Processo Civil, como situação possível de revisão via recurso especial¹¹⁸.

Todavia, o STJ, contrariando a sua própria jurisprudência, uma vez que entendia não ser possível a apreciação de julgados dos tribunais de 2ª instância que versassem sobre atos normativos diversos de Lei federal, realizando o que a Ciência do Direito Processual Civil denomina “*overruling*”, em recurso especial interposto pela ANP, apreciou o mérito da questão do TRR – transportador revendedor retalhista, e decidiu pela legalidade da Portaria 201/99 da ANP¹¹⁹.

¹¹⁸ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544, DO CPC. PORTARIA Nº 310/01 DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO (ANP). CONCEITO DE "LEI FEDERAL" PARA FINS DO ART. 105, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, CPC. NÃO CONFIGURADA. 1. O conceito de lei federal para efeito de admissibilidade do recurso especial, à luz da hodierna jurisprudência do STJ, compreende regras de caráter geral e abstrato, produzidas por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, como o são as leis (complementares, ordinárias, delegadas) e as medidas provisórias, bem assim os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República (Resp 663.562, 2ª Turma, DJ de 07.11.05). Não se incluem nesse conceito os atos normativos secundários produzidos por autoridades administrativas, tais como resoluções, circulares e portarias (Resp 88.396, 4ª Turma, DJ de 13.08.96; AgRg no Ag 573.274, 2ª Turma, DJ de 21.02.05), instruções normativas (Resp 352.963, 2ª Turma, DJ de 18.04.05), atos declaratórios da SRF (Resp 784.378, 1ª Turma, DJ de 05.12.05), ou provimentos da OAB (AgRg no Ag 21.337, 1ª Turma, DJ de 03.08.92). 2. In casu, a controvérsia posta nos autos funda-se no descumprimento dos ditames insertos na Portaria 310/01 da Agência Nacional do Petróleo - ANP, que, consoante cediço, não se enquadra no conceito de "lei federal, para fins de interposição de Recurso Especial. Precedentes do STJ: REsp 720.345/PE, DJ de 17/08/2006; AgRg no Ag 724.336/RS, DJ de 26/06/2006; AgRg no Ag 702.221/GO, DJ de 29/05/2006 e AgRg nos EDcl no Ag 537.802/SP, DJ 25.02.2004. 3. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 1113926- PR, Relator Ministro Luiz Fux, data do julgamento 26.05.09, DJ 06.08.09). Também nesse sentido, foram analisados os seguintes julgados: (STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 853402 – DF, Relator Ministro José Augusto Delgado, data do julgamento 15.05.07, DJ 11.06.07); (STJ, 1ª Turma, Relator Ministro José Augusto Delgado, AgRg no REsp 946344 – PR, data di julgamento 02.10.07, DJ 18.10.2007); (REsp 1138547/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13.10.2009, DJe 28.10.2009.)

5.2.4 Questão dos “city gates” do petróleo e gás natural

A questão envolvendo os “city gates” é sem dúvidas a questão jurídica mais polêmica, mais controvertida da jurisprudência concernente à regulação do setor administrado pela ANP.

Ocorre que, tradicionalmente os chamados “city gates”, que são estações de transferência situados em Municípios não produtores de petróleo e gás, mas que por uma questão de logística de transporte desses recursos minerais, eram considerados estações de embarque e desembarque de óleo bruto e gás natural, o que nos termos da Lei nº 7.990/89 ensejava o repasse de cinco por cento do valor da produção daqueles produtos minerais, à título de “royalties”, ou seja, como uma compensação pelo ônus do risco e suporte de equipamentos nessas áreas.

¹¹⁹ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTADOR-REVENDEDOR-RETALHISTA (TRR). PORTARIA ANP 201/99. PROIBIÇÃO DO TRANSPORTE E REVENDA DE GLP, GASOLINA E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS. LEGALIDADE. 1. Ação objetivando a declaração de ilegalidade da Portaria ANP 201/99, que proíbe o Transportador-Revendedor-Retalhista - TRR – de transportar e revender gás liquefeito de petróleo - GLP-, gasolina e álcool combustível. 2. A Lei 9.478/97 instituiu a Agência Nacional do Petróleo - ANP -, incumbindo-a de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis (art. 8º). 3. Também constitui atribuição da ANP, nos termos do art. 56, caput e parágrafo único, do mesmo diploma legal, baixar normas sobre a habilitação dos interessados em efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, estabelecendo as condições para a autorização e para a transferência de sua titularidade, observado o atendimento aos requisitos de proteção ambiental e segurança de tráfego. 4. No exercício dessa prerrogativa, a ANP editou a Portaria 201/99 (atualmente revogada pela Resolução ANP 8/2007), proibindo o Transportador-Revendedor-Retalhista - TRR - de transportar e revender gás liquefeito de petróleo - GLP-, gasolina e álcool combustível. O ato acoimado de ilegal foi praticado nos limites da atribuição conferida à ANP, de baixar normas relativas ao armazenamento, transporte e revenda de combustíveis, nos moldes da Lei 9.478/97. 5. "Ao contrário do que alguns advogam, trata-se do exercício de função administrativa, e não legislativa, ainda que seja genérica sua carga de aplicabilidade. Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. "O Poder Normativo das Agências Reguladoras" / Alexandre Santos de Aragão, coordenador - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, págs. 81-85). 6. Recurso especial provido, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, com a consequente inversão dos ônus sucumbenciais. (STJ, 1ª Turma, Recurso Especial 1101040 – PR, Relatora Ministra Denise Arruda, data do julgamento 16.06.09, DJ 05.08.09).

O pagamento da referida contraprestação foi iniciado pela PETROBRAS, antes do advento da Emenda Constitucional nº 09, quando a empresa estatal atuava solitária no setor e não havia a atividade regulatória da ANP, destarte os “*city gates*” foram contemplados no conceito de instalação de embarque e desembarque veiculado pela Lei nº 7.990/89, ensejando a percepção de “*royalties*” por diversos Estados e Municípios.

Porém, a ANP expediu a Portaria 29/2001, na qual determinava que os “*city gates*” não se enquadravam no conceito de estação de embarque e desembarque previsto pela Lei 7.990/89, uma vez que os recursos minerais que são transportados pelos “*city Gates*” já se encontram beneficiados, não estão em estado bruto, e dessa forma, os Estados e Municípios nos quais haja apenas “*city Gates*” não fazem jus à percepção de “*royalties*”.

Obviamente, o protesto de Estados e Municípios foi muito intenso, afinal isso representava uma perda significativa de receita desses entes de federados de maneira abrupta, todavia, intensas também foram as divergências jurisprudenciais que essa questão dos “*city gates*” ensejou, pois conforme a jurisprudência do TRF da 5ª Região, sob a relatoria de diversos Desembargadores, reiteradamente há a declaração de ilegalidade da Portaria 29/2001 da ANP¹²⁰, bem como a equivocada, em nosso entendimento, menção à *poder regulamentar*

¹²⁰ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NO RESULTADO DA EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO OU DE GÁS NATURAL. ROYALTIES. CRITÉRIO DE DISTRIBUIÇÃO. LEIS N.º 7.990/89 E N.º 9.478/97. MODIFICAÇÃO PELA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. IMPOSSIBILIDADE. EXORBITÂNCIA DO PODER REGULAMENTAR. HONORÁRIOS. PARCELAS ATRASADAS. PRECATÓRIOS. 1. O art. 20, parágrafo 1.º, da constituição federal assegura aos entes municipais a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, ou a compensação financeira por essa exploração. 2. Fazem jus à compensação os municípios que, não sendo produtores de petróleo ou de gás natural, detêm instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque daqueles produtos (lei nº 7.990/89). 3. O decreto nº 01, de 11 de novembro de 2001, contemplou as estações terrestres coletoras de campos produtores e de transferência de óleo bruto ou gás natural (*city gates*) no conceito de instalação de embarque e desembarque veiculado pela lei nº 7.990/89. 4. A lei nº 9.478/97, que criou a agência nacional do petróleo (ANP) e definiu as suas atribuições, manteve os mesmos critérios até então adotados para o pagamento dos royalties. 5. A ANP exorbita do seu poder regulamentar quando edita a portaria nº 29/2001, passando a exigir que as estações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural façam parte de áreas de concessão contratadas com a agência. 6. Verba honorária mantida em 10% do valor da causa, nos termos do art. 20,

parágrafo 4.º, do CPC. 7. O pagamento das parcelas atrasadas deverá sujeitar-se ao regime dos precatórios (art. 100 da CF/88). 8. Apelações e remessa oficial improvidas. (TRF 5ª Região, 4ª Turma, AC 406056-PE, Relator Desembargador Federal Edilson Nobre (substituto), data do julgamento 08.05.07, DJ 30.05.07). E nesse mesmo

da ANP, mas também há decisões que declaram a legalidade da referida portaria. Observe-se que os TRFs da 1ª, 2ª e 4ª Região também decidiram, corroborando com o TRF da 5ª Região, ou seja, no sentido da ilegalidade da Portaria 29/2001 expedida pela ANP¹²¹.

Entretanto, conforme já fora dito, esse caso dos “*city Gates*” é a questão jurídica jurisprudencialmente mais controvertida do setor administrado pela ANP, de modo que também se encontra no próprio TRF da 5ª Região, julgados que determinam a legalidade da Portaria ANP 29/2001¹²², proclamando destarte serem indevidos os pagamentos de royalties

sentido foram analisadas as seguintes decisões: (AGTR 69308/PE, Rel. Desembargador Federal Marcelo Navarro, DJ 09/02/2007); (TRF 5ª, Quarta Turma, AC nº 316.742/PE, Rel. Des. Federal Substituto Manoel Erhardt, Julg. (unânime) 30.08.2003, DJU 20.10.2003), (TRF 5ª Região, 1ª Turma, AC 428004- CE, Relator Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, data do julgamento 24.07.08, DJ 17.10.08), (TRF 5ª Região, 2ª Turma, AGTR 81752/01/SE, Relatora Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira (substituto), data do julgamento 13.05.2008, DJ 27.06.2008), (TRF 5ª Região, 1ª Turma, AC 413399/01-PE, Relator Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo (substituto), data do julgamento 15.05.2008, DJ 13.06.2008), (TRF 5ª Região, Presidência, SL – Agravo Regimental em Suspensão de Liminar 3831/01-CE, Relator Desembargador Federal Jose Batista de Almeida Filho, data do julgamento 09.01.2008), (TRF 5ª Região, Apelação Cível 429217- RN, Relatora Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, publicado em 19/01/2008), e (TRF 5ª Região, 1ª Turma, AC 413399- PE, Relator Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, data do julgamento 08.11.2007, DJ 30.01.08), (TRF 5ª Região, 1ª Turma, Apelação Cível 433234 – PB, Relator Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro (substituto), data do julgamento 24.07.2008, DJ 16.06.2009).

¹²¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. DISTRIBUIÇÃO DE ROYALTIES DE PETRÓLEO AOS MUNICÍPIOS. CONCESSÃO DE MEDIDA DE URGÊNCIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. 1. Não há espaço na hipótese vertente para incidência da regra restritiva de concessão da tutela de urgência - § 3º, art. 1º, da Lei n. 8.437/92, na medida que os efeitos da prestação emergencial deferida, que tem apenas repercussão econômica, poderão ser revertidos. 2. Uma vez que o município agravado vinha recebendo regularmente, durante anos, os royalties do Petróleo de que trata a Lei nº 7.990/89, porque mantém em seu território um parque de armazenamento de petróleo recebido de terminal marítimo, para posterior distribuição, instalação essa que continua em atividade, não se justifica que o pagamento dos royalties seja suspenso sem que tenha havido modificação na lei com base na qual vinha recebendo tais valores. 3. A nova interpretação da Agência Nacional do Petróleo não pode suprimir direitos do município agravado, especialmente porque extraída apenas de ato administrativo normativo. O perigo da demora também se encontra presente, tendo em vista que o montante recebido pelo autor é essencial para o orçamento e investimentos no Município. (TRF 4ª Região, AGTR 200304010452826, Rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, DJU 18.02.2004). Nesse mesmo sentido, também foram analisados os seguintes julgados: (TRF 1ª Região, AGTR 200201000447488, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJU 13.11.2003) e (TRF 2ª Região, AGTR 99.326, Rel. Des. Federal Carreira Alvim, DJU 04.06.2004).

¹²² ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. GÁS NATURAL. "ROYALTIES" DEVIDOS A ÁREAS AFETADAS PELA EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO. "CITY GATES" E GASODUTOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO COMO INSTALAÇÕES DE EMBARQUE E DESEMBARQUE. LEI Nº 7.990/1989. DECRETO Nº 1/1991. LEI Nº 9.478/97. PORTARIA ANP Nº 29/2001. LEGALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO. 1. A previsão de compensação financeira através de royalties somente é devida aos estados e aos municípios afetados pela exploração e pela produção de petróleo ou gás natural. 2. As estações coletoras de campos produtores e de transferência de óleo bruto ou de gás natural são "um conjunto de instalações, que recebem hidrocarbonetos diretamente de um ou

mais campos produtores, compreendendo, entre outros, tanques para armazenamento de petróleo ou recipientes pressurizados ou criogênicos para armazenamento de gás natural liquefeito ou comprimido, bombas para transferência de petróleo ou compressores para a transferência de gás natural". Possuem a característica de

aos Municípios que possuem apenas essas estações para transporte de petróleo e gás já beneficiados, ou seja, que não estão mais em estado bruto.

Essa questão dos *City Gates* ainda não teve o mérito apreciado pelo STJ, entretanto, observando-se que há somente dois julgados sobre os “city Gates” na Corte superior de justiça, cumpre ressaltar que já há uma sinalização para formação de um entendimento, que tal qual ocorreu com a Portaria 201 na questão do TRR, no médio prazo também poderá vir a assentar a legalidade da Portaria 29/2001 da ANP.

No julgamento de recursos interpostos por Municípios em face da ANP, se observa, que o STJ desconsidera o principal argumento defendido por esses entes federados preteridos da percepção de “royalties” pela Portaria 29/2001, qual seja, a lesão à economia, à ordem e à

"coletar a produção de petróleo e do gás natural e transferi-los para fora da região produtora". 3. Após a sua exploração no campo produtor, para que possa ser consumido, o gás natural é processado em unidades de processamento de gás natural (UPGN) para atender as especificações que permitem a sua distribuição e comercialização. Do processamento do gás natural, surgem derivados como gás processado, gás liquefeito de petróleo e líquido de gás natural. São instalados, então, pontos de entrega nos gasodutos, conhecidos como city gates, que permitem que o gás processado chegue ao consumidor final. 4. Os city gates integram a distribuição do gás processado, e não a sua produção. Assim, por não coletarem o gás natural dos campos produtores, e sim gás processado, os city gates não se enquadram na definição de instalações terrestres de embarque e desembarque prevista na lei nº 7.990/1989, regulamentada pelo decreto nº 1/1991, nem na lei nº 9.478/1997, com fundamento na qual foi editada a portaria da ANP nº 29/2001. 5. A passagem do gasoduto Guamaré/RN/Cabo de Santo Agostinho-PE, derivação do gasoduto Nordeste, pelo município de Jacaraú e a existência de city gates em seu território não lhe asseguram a percepção de royalties. 6. A lei nº 9.478/97, ao dispor sobre a política energética nacional e instituir a agência nacional do petróleo - ANP, atribuiu-lhe a finalidade institucional de "promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis". Em seu art. 49, i, alínea 'c', e ii, alínea 'd', por seu turno condicionou a distribuição dos royalties em comento à forma e aos critérios estabelecidos pela ANP. 7. A atuação da ANP, ao editar a portaria nº 29/2001, estabelecendo critérios para a distribuição de royalties, encontra expressa previsão e autorização na lei nº 9.478/97. 8. Precedentes da primeira, terceira e quarta turmas desta corte: AGTR 87947/RN, relator desembargador federal Francisco Cavalcanti, primeira turma, publ. No DJ de 15/12/2008; MCTR 2506/PE, relator Desembargador Federal Vladimir carvalho, terceira turma, publ. no DJ de 02/12/2008; AGTR 80126/SE, relator Desembargador Federal Paulo Roberto de oliveira lima, terceira turma, publ. no DJ de 28/10/2008; AGTR 86485/AL, relator Desembargador Federal Geraldo Apoliano, terceira turma, publ. no DJ de 26/09/2008; AGTR 70640/CE, relator desembargador federal Ridalvo Costa, terceira turma, publ. no DJ de 27/04/2007; AC 446071/AL, relator Desembargador Federal Marcelo Navarro, quarta turma, publ. no dj de 08/09/2008; APELREEX 4194/CE, relatora Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, quarta turma, publ. No DJ de 17/04/2009. 8. Fixação dos honorários advocatícios de sucumbência em R\$ 1.000,00 (mil reais), a serem pagos pelo município, parte sucumbente na lide. 9. Apelação e remessa oficial do município de Jacaraú improvidas. Remessa oficial relativa à ANP provida. (TRF 5ª Região, APELREEX 7505-PB, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, data do julgamento 08.10.2009, DJ 27.11.2209). Nesse sentido, também foram analisados os seguintes julgados: (TRF 5ª Região, Apelação Reexame necessário 1275/01 – PE, Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães, data do julgamento 03.11.2009, DJ 01.12.2009.) e (TRF 5ª Região, Pleno por maioria, AC 428004/01 - CE, Relator Desembargador Federal Francisco Barros Dias, data do julgamento 30.09.2009, DJ 05.11.2009).

saúde pública, o que já pode sinalizar uma tendência do tribunal vir a se manifestar pela legalidade da portaria em questão¹²³.

¹²³ AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. ROYALTIES. GÁS NATURAL. INSTALAÇÃO DE CITY-GATE. DISTRIBUIÇÃO DE COTAS ENTRE MUNICÍPIOS. LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA NÃO DEMONSTRADA. – Em sede de suspensão de liminar não se apreciam questões de mérito da ação originária. Precedentes. – Potencial lesivo à economia pública não demonstrado de forma cabal. Agravo não provido. (STJ, Corte Especial, AGRG NA SLS 744 – CE, Data do Julgamento 07.11.2007, DJ 10.12.2007). AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. INSTALAÇÃO DE CITY GATE. ROYALTIES. PETRÓLEO E GÁS NATURAL. IMPOSIÇÃO DE DEPÓSITO JUDICIAL. – A suspensão de liminar e de sentença, como é cediço, limita-se a averiguar a possibilidade de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas, não se prestando ao exame de temas relacionados com o mérito da demanda principal. – A decisão judicial que determina o depósito judicial das importâncias relativas aos *royalties*, objeto do litígio, não acarreta, no caso em debate, dano à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. Agravo regimental improvido. (STJ, Corte Especial, AGRG na SLS 1111 - Agravo Regimental na Suspensão Liminar de Sentença, Data do Julgamento 16.12.2009, DJ 11.02.2010).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se então na presente conclusão, que a regulação exercida pelas agências reguladoras significa a realização de diversas atividades integrantes da função administrativa do Estado, uma vez que são exercidas de maneira direta, concreta e imediata.

Deste modo a regulação compreende as seguintes atividades: delegação para prestação de serviço público e exploração de atividades econômicas, o que no setor administrado pela ANP ocorre por meio de uma contratação específica, já descrita no capítulo 3; exercício do poder de polícia, ou ordenação administrativa, o que deve ocorrer pela expedição de normas técnicas, com natureza de atos administrativos; fiscalização dos agentes regulados e sanção às infrações das normas administrativas e legais; mediação dos conflitos de interesses de agentes regulados e usuários dos serviços delegados ou consumidores dos produtos de atividades empresariais contratadas (como os consumidores de combustíveis), o que deve fazer por meio de processos administrativos; e ainda, gestão dos bens públicos que dispõem.

O aspecto de maior divergência no que concerne o Estado regulador brasileiro reside no fato de todas essas atividades administrativas serem realizadas por autarquias, ou seja, entidades da Administração Pública indireta, “sob regime especial”, ou seja, com o acentuado grau de independência que possuem em relação ao Poder Executivo central, já descrito no capítulo 3.

Destarte, há questionamentos doutrinários sobre a constitucionalidade de certas prerrogativas legais dessas entidades reguladoras, bem como sobre a fragilidade jurídica do Estado Regulador, uma vez que todas as especificidades que caracterizam o chamado “regime especial” das agências reguladoras foram estabelecidas por normas legais.

Tendo em vista a inexistência de normas constitucionais que melhor disciplinem as características do Estado Regulador brasileiro, há uma considerável insegurança jurídica por

parte dos mais diversos agentes públicos e privados que estão submetidos à regulação exercida pelas agências, devido estarem sujeitos à instabilidade provocada pelos conflitos de competência normativa que ocorrem entre as agências reguladoras e os órgãos legislativos dos entes políticos.

Tal situação significa que para haver um avanço da ciência do Direito no que tange a dogmática da regulação que hoje é exercida, requer-se uma redefinição, ou em outro pórtico, uma reafirmação da concepção tradicional de Estado de Direito, que classicamente significa ser “súdito do império da lei”, sobretudo pelo fato de uma vez estabelecido o choque entre a legislação e os atos normativos expedidos pelas agências reguladoras, a jurisprudência oscilar, ora mantendo a eficácia de uma, e ora mantendo a eficácia da outra.

Por essa razão, na atual conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro se fala em deslegalização, o que poderia sugerir uma revisão conceitual do princípio da legalidade, esculpido no Art. 5º da CF, compreendendo-o desse modo como *princípio da “juridicidade”*, ou seja, que ser Estado de Direito significa estar sujeito às normas jurídicas, às normas dotadas da coercitividade estatal, mas não necessariamente à lei, que seria apenas mais uma espécie de norma jurídica. Conclui-se na presente dissertação que tal entendimento é totalmente inaceitável.

Refuta-se a referida tese, por entender que o princípio da legalidade, tal qual definido por seu conceito histórico, é condição *sine qua non* para a viabilidade do Estado democrático de Direito, visto que a atenção à esse princípio representa o respeito à supremacia da vontade auto-organizativa do povo, afinal a lei é a norma jurídica que emana dos parlamentos, ou seja, das casas legislativas que congregam os representantes da sociedade, portanto, depois da Constituição, a lei é a norma dotada de maior legitimidade em uma democracia.

Por essa razão, entende-se que o poder normativo regulador das agências reguladoras, deve ser compreendido como o exercício de um poder de polícia *tecnicamente especializado*

do Estado, ou melhor, como uma atuação estatal ordenadora específica, que se destina à edição de normas técnicas, sendo tais normas indubitavelmente de caráter infra-legal, com natureza jurídica de ato administrativo, e que uma vez em confronto com normas legais, sejam estas últimas de natureza técnica ou não, aquelas devem ser declaradas nulas, em respeito ao princípio constitucional da legalidade.

Ademais, realizando uma interpretação sistemática da Constituição Federal, entende-se que o Poder Legislativo, ao promover o *controle da Administração Pública*, pode sustar os atos normativos reguladores expedidos pelas agências, uma vez que a Constituição Federal em seu Art. 49, inciso V, concedeu ao Congresso Nacional a prerrogativa de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do seu poder normativo regulamentar ou dos limites da delegação legislativa, desse modo, analogamente, se pode o mais, também pode o menos, ou seja, se o Poder Legislativo pode sustar um ato normativo oriundo do poder regulamentar privativo do Presidente da República que, conforme descrito no capítulo 3, é mais amplo, decerto também pode sustar uma norma oriunda do poder normativo regulador das agências reguladoras, que é mais restrito.

Nesse diapasão, o Poder Legislativo pode também dispor em contrário do que determina uma portaria ou resolução expedida pelas agências através de lei, afinal com a criação das agências reguladoras, não houve uma delegação da função legislativa às agências, privando o Poder Legislativo de criar normas de natureza técnica, nem de quaisquer naturezas, ou muito menos ocorreu o fenômeno da deslegalização, que violaria o princípio da legalidade esculpido no Art. 5º, II, o que houve na realidade foi uma reforma administrativa, para viabilizar a especialização técnica de parte da Administração Pública, permitindo-se o exercício de um poder de polícia ou ordenador mais célere, diligente, e, portanto, mais eficiente, porém, tanto o poder normativo dos órgãos legislativos, quanto o poder normativo

regulamentar do Presidente da República continuam aptos a expedirem normas de natureza técnica, ou seja, normas reguladoras.

Entretanto, caso as normas expedidas pelas agências reguladoras estejam em conformidade com as balizas legais, tendo em vista que elas também são normas jurídicas, expedidas por meio de ato administrativo, devem obviamente ser cumpridas, sob pena de subversão da ordem jurídica e especificamente do princípio da eficiência, que algumas vezes é ameaçado por conflitos de competência normativa, o que gera impasses do ponto de vista prático, e reclama uma descrição científica que melhor elucide os limites de atuação dessas entidades, como este trabalho se propôs a fazer, demonstrando que nesses termos, sua existência e atuação encontram-se em harmonia com a ordem constitucional vigente.

Então, considerando que o fenômeno jurídico da regulação suscita a existência de um choque entre o princípio da legalidade e o princípio da eficiência, realizando uma ponderação desses princípios, observa-se que a regulação representa uma forma de exercício da função administrativa, que congrega várias atividades, realizadas de modo mais célere e tecnicamente especializado pelo Estado, constituindo-se em mais um instrumento de defesa dos direitos fundamentais, notadamente os coletivos e sociais, o que conforme entendimento aqui apresentado é um forte aspecto legitimador do Estado Regulador brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, entende-se que o atual modelo de Estado implementa de modo mais eficiente o dirigismo constitucional, devido possuir uma Administração Pública mais célere, mais técnica e mais independente de interesses políticos sectários, o que permite uma atuação mais eficiente para dar efetividade às normas programáticas econômicas e sobretudo, por realizar a defesa administrativa dos direitos fundamentais, conforme se observa no setor administrado pela ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, no qual entretanto há lamentáveis conflitos de competência normativa, oriundos da

exorbitância de atos normativos expedidos pela agência que afrontam diretamente à legislação.

A perplexidade com tal situação torna-se ainda maior ao se analisar a jurisprudência sobre essa temática e constatar-se a oscilação dos tribunais, que em conflitos normativos originados pelo choque entre certas portarias e resoluções da ANP e a legislação, ora mantém as primeiras em atenção ao princípio da eficiência administrativa, e ora mantém as segundas em atenção ao princípio da legalidade, conforme fora demonstrado no capítulo 5.

Tal situação é vista sob o prisma jus científico como um absurdo institucional, uma vez que, ao descrever o Direito que constitui o ordenamento jurídico brasileiro, com espeque no princípio lógico da não-contradição, observado no capítulo 2, conclui-se que, pela vigência do princípio da legalidade proclamado pela CF, qualquer norma jurídica de natureza infra-legal, como são os atos administrativos expedidos pelas agências reguladoras, não podem se contrapor à lei, logo, as portarias da ANP, que devem ser de natureza técnica, só podem ter eficácia, se disciplinarem as matérias cabíveis dentro de sua competência ordenadora, e ainda assim, caso nenhuma lei disponha em contrário, inclusive as leis municipais, conforme observado no capítulo 4.

Ademais, um ato normativo expedido pela ANP que expressamente afrontasse a legislação jamais deveria ter sua eficácia declarada pelo Poder Judiciário, como diversas vezes ocorreu, pois em diversas decisões judiciais o princípio da legalidade foi defendido, mas incrivelmente muitos tribunais, como o TRF da 5ª Região, reconsideraram esse entendimento, e nas mesmas situações de conflito normativo antes julgados em favor da lei, passou-se a julgar em favor das normas expedidas pela ANP, como também já observado no capítulo 5.

Mas em todo caso, evidencia-se que a ANP, mediante a regulação das questões concernentes à pesquisa e exploração de petróleo e gás natural, bem como a comercialização

de combustíveis, com espreque no princípio constitucional da eficiência, contribui para a realização de uma melhor atuação estatal e conseguinte promoção do desenvolvimento nacional.

Conclui-se, observando que se algumas normas programáticas da Constituição não ganharam efetividade através de leis ou atos normativos oriundos da Administração Pública piramidal, como talvez almejasse o constituinte em 1988, tais normas estão sendo efetivadas através da ampla atuação das agências reguladoras, ou seja, da regulação exercida por essas entidades, e assim, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 208) “A regulação, com suas funções e órgãos peculiares, é uma realidade jus política irreversível em todo mundo, embora ainda persista certa perplexidade nos países que seguem a tradição jurídica da Europa continental, como é o caso do Brasil.”

Ora, se o modelo de Administração Pública piramidal não foi capaz de eficientemente viabilizar o dirigismo constitucional para instituir de fato um Estado Social, ironicamente, entidades introduzidas no Direito pátrio em um contexto de criação de um Estado reduzido, que visava à intervenção estatal mínima ou esporádica na economia, e preferencialmente para fazer a defesa de direitos individuais, vêm assegurando o exercício de direitos coletivos e sociais, e assim dando efetividade às normas programáticas da Constituição Federal, o que segundo o entendimento esposado na presente dissertação é condição essencial para a legitimação do Estado Regulador brasileiro¹²⁴.

Destarte, após esse redirecionamento da atuação das agências reguladoras se implementa de maneira mais efetiva o dirigismo constitucional através de uma Administração Pública policêntrica, ou seja, com centros de decisão e ação diversos do poder central, ou seja,

¹²⁴ Segundo Aloizio Mercadante (2006, p. 103) “Num contexto mais geral, tivemos os projetos que formataram as agências estatais reguladoras, de forma a estimular os investimentos privados em áreas estratégicas, preservando, no entanto, ao contrário do acontecido em passado recente, o estrito controle público sobre atividades econômicas de grande interesse social. Essas modificações nos marcos regulatórios, além de várias outras não mencionadas aqui, contribuíram decisivamente para conformar um novo sistema legal que tende a estimular os investimentos em áreas estratégicas e promover o desenvolvimento sustentado e sustentável?”

que foi adequada ao escopo constitucional de defender direitos fundamentais e assim materializar o programa de desenvolvimento que fora previsto pelas normas programáticas da Constituição Federal de 1988.¹²⁵

Assim, entende-se pertinente um posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que declare a inconstitucionalidade de lei que intente desconstituir as especificidades do Estado Regulador brasileiro, visando subtrair características que conformam a autonomia reforçada das agências reguladoras, como ocorrera com a ARSEP – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio Grande do Norte, que conforme entendimento até mesmo jurisprudencial (TJRN - Agravo de Instrumento Com Suspensividade nº 2006.005412-8) representa a ANP no Estado, quando no exercício de suas atribuições regula as complexas relações decorrentes da prestação de serviço público de gás canalizado, que envolvem o Estado concedente, a concessionária (Companhia Potiguar de Gás – POTIGAS), os postos revendedores e os consumidores.

Ocorre, que a ARSEP perdeu considerável elemento de sua autonomia frente o Poder Executivo estadual, uma vez que a impossibilidade de demissão “*ad nutum*” do Diretor-Presidente e demais Diretores foi-lhe retirada após o advento da lei estadual nº. 8.484/04 (Art. 1º), que revogando o disposto na lei estadual nº. 7.758/99 (Art. 13) criadora a ARSEP determinou que tais cargos tornavam-se daquele momento em diante de livre nomeação e exoneração, reduzindo assim seu “regime especial”, deixando-a destarte com autonomia semelhante a mais uma das secretarias do Estado, para a satisfação de parte da doutrina que entende ser a impossibilidade de demissão “*ad nutum*” como de rematada inconstitucionalidade.

¹²⁵ Conforme Fabiano André de Souza Mendonça (2008, p. 35) “Estão postos os Princípios basilares de nossa ordem econômica, a cujos preceitos o sistema regulatório tem de se adaptar. Como fonte jurídica maior do Estado e norte para o Poder Público, a Constituição e seus objetivos não podem ser deixados de lado, sob pena de uma prática descompromissada para com as necessidades nacionais e o que foi expresso no exercício do Poder Constituinte. Transpor isso é querer as opções à revelia do povo.”

No entendimento aqui defendido, uma norma legal dessa natureza afronta o princípio da eficiência esculpido no Art. 37 da Constituição Federal, em que pese o fato das citadas especificidades das agências reguladoras terem sido criadas por normas legais, o que poderia a rigor ser alterado pela simples edição de lei superveniente, ou seja, tal possibilidade é perfeitamente viável sob o prisma formal do devido processo legal legislativo estabelecido pela CF, entretanto tal intenção padeceria de inconstitucionalidade material, uma vez que se volta ao “*status quo*” anterior, de antes da reforma administrativa que fora realizada justamente para otimizar a eficiência do setor público, de modo que uma nova reforma somente deve ocorrer para desenvolver o que está posto, ou implementar um novo modelo, que seja ainda mais eficiente do que o atual, nunca para retroceder ao anterior já superado.

Logo, para evitar essa eventual tensão que poderia surgir entre os Poderes Legislativo, Judiciário, e Executivo, afinal por força da alínea “a”, e “b”, inciso II, § 1º, do Art. 61 da Constituição, a iniciativa legislativa de uma lei dessa natureza compete ao Presidente da República, e pelo princípio da simetria também aos governadores, defende-se a pertinência de uma reforma constitucional que estabeleça um padrão de prerrogativas dessas autarquias “sob regime especial” que são as agências reguladoras, assegurando-se destarte por norma constitucional, a imprescindível autonomia política que permite a atuação mais técnica, e, portanto mais eficiente da Administração Pública reguladora.

Sobretudo, é preciso plasmar na Lei Maior os limites inexoráveis da atuação ordenadora das agências reguladoras, de maneira que essas autarquias respeitem a competência normativa legislativa dos entes federados, que mais do que isso, prestem a devida reverência ao sumo princípio da legalidade, evitando destarte conflitos de competência normativa, sobretudo no setor administrado pela ANP, analisado na presente dissertação, uma vez que as incongruências na vida prática dos agentes públicos responsáveis por essa regulação estatal, e a insegurança jurídica de investidores privados que atuam no setor do

petróleo e gás natural, gerados por tais conflitos normativos, comprometem o desenvolvimento do país, pois sempre representam apreensões incomensuráveis na realização de atividades inerentes à área econômica, social e político-estratégica do Estado brasileiro, hoje, peculiarmente regulador.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2 ed. Atualização Rosoleta Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Lei e regulamento – a chamada “reserva de lei” – as delegações legislativas disfarçadas. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, n. 49-50/2005.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERCOVICCI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. 1ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BINENBONJ, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, J.J. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras / Alexandre Santos de Aragão, coordenador* - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CAVANCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Volume 219 – janeiro/março de 2000. P.254 – 270.

_____. *A reserva de densificação normativa da Lei para preservação do princípio da legalidade*. Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito/ coordenadores: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. 13ª Ed. São Paulo: Editora Ática, 2006.

CHEQUER, Alexandre Ribeiro. *A Flexibilização do Monopólio e a ANP*. In: *Direito Empresarial Público*. Coords. Marcos Jurena Villena Souto e Carla C. Marshall. São Paulo: Lúmen Júris, 2002.

DE MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.1 de 1969*, 2ª Ed., t.III, São Paulo, Ed. RT, 1970.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FERREIRA, Sérgio Andréa. *A regulação como expressão do poder normativo governamental*. In GRAU, Eros Roberto, CUNHA, Sérvulo (Coordenadores). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. *As agências reguladoras: o Estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GARCIA, Flávio Amaral. *Os Monopólios Naturais e a sua Regulação*. In: *Direito Empresarial Público*. Coords. Marcos Jurena Villena Souto e Carla C. Marshall. São Paulo: Lúmen Júris, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *As agências, essas repartições públicas*. In SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7 ed. Atualização Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, V. 3: Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Regulação e Auto-regulação*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Nº 228. abril-junho/2002. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. *Hermenêutica constitucional da ordem econômica regulatória: princípios*. IN: *Regulação econômica e proteção dos direitos humanos: um enfoque sob a óptica do direito econômico*/ organizadores: Fabiano André de Souza Mendonça, Vladimir da Rocha França e Yanko Marcius de Alencar Xavier. Fortaleza: Konrad Adenauer Stiftung, 2008.

MERCADANTE, Aloizio. *Brasil: primeiro tempo, análise comparativa do governo Lula*. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 204.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Teoria do Direito e do Estado*, Ed. Saraiva: São Paulo, 2000.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Alberto Marques dos. *Breve Introdução às Regras Científicas da Hermenêutica*. *Revista Eletrônica Novos Rumos*, da AMAPAR – Associação dos Magistrados do Paraná, Curitiba. 2003. Disponível na internet: <http://www.fagundesjunior.org.br/amapar/revista/artigos/alberto_breve.doc>. Acesso em: 10 Abr. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____. *Introdução às agências reguladoras*. In SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *A Inefetividade dos Direitos Sociais e a Necessidade da Construção de Uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia*. Curitiba: Revista de Direito Constitucional, n. 2. 2002.

VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e Sistema de Direito Positivo*. 3ª. Ed. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª. Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Considerações sobre a legalidade e demais princípios jurídicos da licitação*. Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito/ coordenadores: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil, volume 3*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)