

A AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS: ASPECTOS LEGAIS E SEU REFLEXO NA INDÚSTRIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS.

Breno Vinícius Góis(Bolsista PRH-36 UFRN) , Carlos Antônio de França Júnior(Bolsista PRH-36 UFRN),
Yanko Marcius de Alencar Xavier(Coordenador PRH-36 UFRN)¹, Otacílio dos Santos Silveira Neto(Pesquisador
Visitante PRH-36 UFRN)²

¹UFRN/Campus Universitário Caixa Postal 1685 59072-970 Natal/RN Brasil otaciliosneto@yahoo.com.br

²Caixa Postal 1685 - Campus Universitário da UFRN CEP - 59072-970 Natal – RN ymxavier@ufrnet.br

Com o advento da Emenda Constitucional nº 09/1995 o Brasil sofre uma grande mudança em seu sistema econômico, trata-se da flexibilização do monopólio do petróleo. Até então as atividades petrolíferas eram executadas apenas pelo Estado por sua conta em risco, desempenhando este monopólio absoluto da exploração do petróleo através da empresa estatal Petrobrás, de acordo com a lei 2.004 de 1953. A emenda constitucional surgiu para permitir que particulares ingressassem na indústria petrolífera, observada a carência de recursos do Estado para financiar os custos com a exploração. A modificação constitucional em comento serviu também para determinar a criação de um órgão de regulação para o setor, a saber: a Agência Nacional de Petróleo. Esta foi instituída pela promulgação da lei 9.478/97 que a conferiu regime de direito público sob a forma de entidade autárquica em regime especial. Movimento globalizado, o surgimento dessas agências reguladoras, é de suma importância, pois é através delas que o Estado pode monitorar setores fundamentais da nossa economia, impedindo alguns abusos e aumento a qualidade dos serviços, e ainda protegendo sempre o consumidor. Diante deste panorama o presente trabalho, além do já exposto supra, irá aprofundar consoante o seu título a lei do petróleo (lei 9.478/97) no que tange a Agência Nacional do Petróleo, dissertando acerca de sua estrutura e sobretudo sobre suas funções na indústria do petróleo pátria. Arelado a esta atuação legal da agência em questão na atividade petrolífera objetivamos também demonstrar com nossa pesquisa o fenômeno das agências no direito comparado, bem como sua evolução no direito brasileiro, utilizando essas informações de modo mais útil para tentar resolver problemas atuais nesta área. Após o surgimento da Agência Nacional do Petróleo e a “quebra” do monopólio estatal a indústria petrolífera evoluiu bastante, tanto em relação à pesquisa, bem como na produção do petróleo e dos seus derivados, o que concluímos com o nosso trabalho.

*Direito Administrativo, Agências Reguladoras, Agência Nacional do Petróleo, Lei do Petróleo (lei 9.478/97),
Indústria do Petróleo*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo fazer uma análise a respeito da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Primeiramente será abordado o instituto jurídico e também econômico que originou estes entes administrativos: a regulação. Uma evolução da economia nos Estados, desde o Mercantilismo até o Neoliberalismo com o Estado Regulador. Conforme o título do artigo deixando o leitor a par de considerações gerais acerca das agências reguladoras, com o estudo do direito comparado e a análise do instituto no Brasil, passaremos a abordar em um segundo momento de forma mais detalhada a Agência Nacional do Petróleo, tema base da pesquisa.

Destarte, será analisado o Capítulo IV da Lei nº 9.478 de 06 de agosto de 1997 – A Lei do Petróleo, a qual detalha instruções legais a serem seguidas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Associadas a esta análise legal serão levantadas as polêmicas no que concerne ao estudo das agências reguladoras, em pauta na doutrina e jurisprudência nacional. Os autores utilizaram livros e artigos consagrados no estudo do direito administrativo, com uma pesquisa intensa nas relações pertinentes a regulação econômica. Instituto tão em evidência atualmente no mundo em que vivemos, objeto de preocupação não só do Direito, mas também da Economia.

O Estado passa por constante evolução e o homem as acompanha tentando solucionar os problemas gerados, o pensamento humano cria inúmeras questões a serem resolvidas com pesquisas e discussões sobre o tema. O fato é que no Estado Regulador, o Estado permite aos particulares o exercício de atividades ditas essenciais a sociedade, como abastecimento de água, fornecimento de energia elétrica, como também a exploração de atividades econômicas

antes ditas de monopólio público, passando a exercer apenas a regulação desses setores concedidos através das agências reguladoras. No Brasil, divergências perduram desde o início da Reforma do Estado em 1997.

Imerso neste tema buscamos ilustrar o fenômeno da regulação atrelado ao surgimento das agências reguladoras, trazendo ao leitor um panorama da Agência Nacional do Petróleo, analisando tanto os aspectos legais, como discussões doutrinárias.

2. A REGULAÇÃO

Antes de adentrarmos no tema principal deste artigo, mister se faz tecer breves comentários acerca da atividade desenvolvida pelos entes regulatórios, a saber: a regulação.

O Estado, entendido como nação politicamente organizada por leis, sempre tivera entre suas atividades e preocupações a sua economia. Já que este setor geralmente expressa o seu poder perante as outras nações independentes, sua influência no cenário mundial. Destarte, como forma de ilustrar tal podemos fazer um passeio nos modelos de Estado no que tange sua intervenção na economia do seu povo.

O primeiro que surge na época do Absolutismo, onde o rei concentrava em suas mãos o poder de maneira absoluta e soberana, é o Mercantilismo. Neste modelo econômico visa-se sempre uma balança comercial favorável, de maneira bem simples: deve-se exportar mais e restringir as importações. Para seus adeptos a riqueza de uma nação residia na busca de metais preciosos, prática denominada de Metalismo ou Bulionismo. Por muito tempo tal pensamento gerou riquezas a alguns países europeus como a Espanha e Portugal, os quais exploravam suas colônias buscando a todo custo este objetivo da balança comercial favorável, o que atualmente podemos entender por superávit. Acontece que a partir do momento que todos apenas queriam vantagens fica difícil uma harmonia, já que sempre se objetivava a riqueza por meio da pobreza de outrem; ponto este, dentre outros, que acabou culminando a falência deste modelo estatal.

Com a queda do Absolutismo, o surgimento das revoluções liberais, a classe de comerciantes na sociedade – a burguesia – tem terreno livre para desenvolver-se. Em oposição ao modelo mercantilista, surge o Liberalismo. Neste há um total abstencionismo do Estado na economia, a qual opera de acordo com suas próprias leis, como a *laissez faire*. Mantém-se assim por muito tempo esta relação entre Estado e economia, até o próprio perceber que deixar a economia totalmente desregulada acabou gerando inúmeros problemas, sobretudo à sociedade, como jornadas de trabalho desproporcionais, salários ínfimos, dentre outros.

Destarte, nesta linha de evolução encontraremos o Estado Intervencionista, inspirado nas idéias do pensador John M. Keynes. Este modelo estatal visa, além de suas atividades corriqueiras de coordenação social, agir diretamente na economia em setores considerados de máxima importância à sociedade, como saúde, saneamento básico, energia elétrica, dentre outros. O Estado deve prestar essas atividades diretamente para atingir a satisfação social. Ocorre que, como se pode observar, o Estado na maioria das vezes não cumpriu bem este seu papel, por inúmeras razões, como corrupção - que desvia o dinheiro público - falta de investimento na modernização nas infra-estruturas para a prestação de tais serviços, dentre outros. Devido a este panorama vivido no final século XX, inúmeras discussões acerca do papel do Estado na economia resultaram em um novo sistema econômico, o Neoliberalismo.

Toma emprestado denominação daquele surgido junto aos burgueses, porque percebe-se um afastamento do Estado na prestação de serviços ditos essenciais ao corpo social, movimento este intitulado de desestatização da economia, iniciado na Inglaterra e posteriormente disseminado em outros países, como no Brasil na década de 90. Mas não se trata do mesmo modelo do Estado Liberal, pois o Estado, mesmo afastado, presta uma fiscalização sobre as atividades que delegou aos particulares, por isso considera-se um “novo” liberalismo. Ao exercer essa atividade de fiscalização dos serviços delegados, foi criado um novo tipo de Estado, a saber, o Estado Regulador.

Este atual modelo de Estado é o que exerce a função já mencionada supra a Regulação. Percebe-se que os serviços delegados não podem ficar sujeitos apenas às regras que tangem as relações entre particulares, logo se exige ainda a presença estatal.

A expressão regulação tem origem nos estudos econômicos feitos por profissionais ingleses, os quais visavam uma clássica distinção entre regulamentação de direitos e regulação da economia pelo Estado. Distinção esta que atualmente ainda gera algumas celeumas, *a priori*, denomina-se regulação aqueles mecanismos de normatização da economia, excluindo desta, aquelas medidas de caráter preponderantemente interventivo e sancionatório, as quais seriam da esfera da regulamentação. Dada a *venia* deste posicionamento, importante destacar o pensamento do ilustre Alexandre Aragão, o qual prefere adotar um conceito amplo de regulação estatal na economia excluindo do conceito apenas desregulação e as medidas coercitivas.

Importante também destacar que a noção de regulação implica a integração de várias funções, entende-se como seu pressuposto a imposição de uma espécie de sistema às atividades econômicas, prezando sempre por uma harmonia entre os diversos interesses sociais presentes. Este sistema normativo geral e abstrato é instituído

geralmente por meio de regulamentos, dos quais resultam decisões e composições ao aplicá-lo por meio de decisões individuais. Sob este prisma entendemos que à regulação são inerentes três poderes: aquele de editar a regra, o de assegurar sua aplicação e o de reprimir as infrações.

Antes de chegarmos a um conceito do que venha ser a regulação exercida pelas agências reguladoras, vale a pena lembrar a diferença entre a regulação e o poder de polícia. Aquele é vista como uma intensificação deste. Embasado nas lições de Gaspar Ariño Ortiz podemos dizer que a polícia na economia tem um caráter externo, impedindo que a atividade econômica prejudique o meio ambiente, a saúde pública, os padrões urbanísticos, a segurança, dentre outros atuando, assim, sobre os agentes do mercado. Já quando nos referimos à regulação econômica temos que ter em mente, uma atividade centrada fundamentalmente na entrada e saída da atividade e influencia as condições sobre as quais a economia se desenvolve, por exemplo, ao fixar o *quantum* de produção, a divisão em zonas ou mercado que irá atuar cada empresa, etc. Desse modo, percebe-se que a atividade da regulação atua sobre o mercado.

Outro ponto bastante comentado na doutrina diz respeito às diferenças existentes entre regulação e institutos como o Monopólio Público e o Sistema Econômico do *Laissez Faire*. O primeiro deles é uma espécie de regulação intensa, nele não se produz nenhuma tensão entre os interesses públicos e privados. Já no que tange o sistema citado, vê-se nele uma completa ausência de regulação consoante ao já explicitado supra, não se podendo, a rigor, falar em regulação.

O instituto da regulação, por ora estudado, atua em três searas: na regulação de monopólios – quando a competição é restrita ou inviável, o Estado atua controlando os preços e a qualidade dos serviços, evitando que lesem a economia popular -, na regulação para competição – em duas frentes, assegurando a livre concorrência no setor privado e, no caso de atividades econômicas de interesse público, as direciona em prol deste; por fim ainda temos a regulação dos serviços públicos, na tentativa de assegurar sempre sua universalização, qualidade e um preço acessível a todos.

Necessário ainda se faz tecer alguns esclarecimentos acerca da matéria. Diz-se que do conceito de regulação propriamente dito deve ser excluída a regulação pelo mercado e pelas regras de auto-regulação (aquelas provenientes de entidades ou empresas privadas, como seus regulamentos, estatutos, etc.), salvo quando estas forem provenientes de delegação do Poder Público. Quando ocorre tal delegação estaremos diante da denominada Regulação Pública Não-Estatal, acontece quando entidades coletivas, normalmente, de cunho profissional assumem a função de regulamentar o seu âmbito de atuação, sem ser transformadas em órgãos estatais, o Estado lhes empresta a sua autoridade por via legislativa ou constitucional, como no caso do art. 207, I em nossa Carta Magna de 1988.

No que tange as classificações, à regulação é dada maior relevância a duas. Quando ela consiste em ordens juridicamente vinculantes aos particulares para deles se obter uma ação, omissão ou prestação, estamos diante da regulação direta. Por outro lado, quando se atinge a finalidade pública através de outros meios diversos da coação, como incentivos ou meios adaptados a outros fins (v.g. incentivos fiscais, gestão seletiva e funcionalizadora dos gastos públicos, etc.), nos deparamos com a regulação indireta. No que se refere à finalidade outra classificação surge, aquela que distingue a regulação em mediata ou imediata. A primeira ocorre quando o Estado atua visando objetivos econômicos propriamente ditos, deliberando acerca de produção, consumo ou circulação de mercadorias. Já a regulação mediata da economia diz respeito à busca da realização de atividades sociais do Estado, com reflexos na economia (v.g. nas campanhas contra o tabagismo e outras drogas lícitas).

Diante do exposto, podemos chegar a um conceito conclusivo sobre o instituto da regulação do iminente Alexandre Aragão, o qual alude todas as características inerentes a esse instituto em comento, *verbi gratia*: Regulação Estatal da Economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.

3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1. Aspectos Gerais

O unitarismo que pairava sobre a Administração Pública já começara a decair desde surgimento dos entes locais autônomos e das entidades administrativas indiretas, sujeitas a uma tutela quase absoluta da administração central. Com o avanço da pluralidade e complexidade da sociedade fez-se necessário a criação de órgãos e entidades cada vez mais independentes, dotados de uma verdadeira autonomia, capazes de ponderar os diversos interesses sociais presentes.

Entende-se que a Administração Pública Contemporânea deve atuar sempre de forma coordenada e descentralizada, exercendo sempre suas funções e obedecendo aos valores e princípios constitucionais a ela impostos.

É sob este prisma de desenvolvimento da Administração, que o mundo ocidental reconhece a importância das agências reguladoras independentes, sobretudo, em setores sensíveis à articulação do Estado com a sociedade, principalmente aquelas que foram objetos de políticas de desestatização.

Sua função é, em suma, regular e fiscalizar assuntos dentro do seu âmbito de atuação. Disciplinando e controlando determinadas atividades, sendo, assim, manifestação concreta do Estado Regulador descrito supra.

Suas características são basicamente as mesmas acerca da atividade regulatória exercida por estes entes. Suas peculiaridades dependem do ordenamento jurídico no qual se originam ou do setor que regulam. Sob este prisma iremos partir a seguir para o estudo do Direito Comparado no que tange estas agências, destacando os principais pontos em cada ordenamento jurídico, e por fim no Brasil. Dada a importância deste estudo para iluminar as indagações colocadas em nosso direito pátrio.

3.2. Direito Comparado

3.2.1. As “Regulatory Agencies” Do Direito Norte-Americano

O instituto jurídico das atividades de utilidade pública – no inglês: *public utilities* – tem sua origem na Inglaterra Medieval, nessa época surgem atividades conhecidas por “*common callings*”, estas eram atividades de interesse para a sociedade, sendo seus prestadores os ancestrais dos médicos, dentistas, veterinários, dentre outros. Diante da essencialidade dos seus serviços, o Estado obrigou uma tabela de preços para evitar certos abusos. Esta tradição de tabelar preços foi levada aos EUA por imigrantes ingleses, que fez nascer naquele país o instituto da regulação.

O estudo das agências reguladoras nos EUA gira em torno das *public utilities*, a princípio vale lembrar que o conceito de serviço público herdado pelo direito francês por diversos países como o nosso não se aplica a estas entidades. Ismael Mata aponta as principais características dessas *public utilities*:

- a) o legislador qualifica as atividades que entram nessa categoria, geralmente atendendo às necessidades de uma caríssima infra-estrutura, que assegure a normal prestação do serviço e a situação de monopólio que assegure sua prestação eficiente;
- b) a lei reguladora da atividade estabelece uma autoridade independente – seria a agência reguladora - para a aplicação da lei;
- c) a atividade regulada, em geral, continua sendo prestada por particulares;
- d) o desempenho da atividade requer uma habilitação estatal; e
- e) o serviço é obrigatório, e as tarifas devem ser justas e razoáveis.

Há unanimidade em afirmar que o marco inicial da regulação nos EUA se dá a partir do precedente *Munn versus Illinois*, 94 US 113 (1876). Naquela época a família Munn era proprietária de um silo na cidade de Chicago, muito procurado pelos agricultores da região para estocar seus grãos colhidos, percebendo a grande importância do serviço prestado, os Munn resolveram aumentar o preço da estocagem demasiadamente, prejudicando os agricultores locais. Sob este panorama, foi necessária a intromissão do Estado no cenário econômico para proteger o interesse dos agricultores, determinando, pois, a redução dos preços. Destarte, reconheceu a Suprema Corte que o Estado, no exercício de sua soberania, tem o dever-poder de regular a conduta de seus cidadãos, inclusive no exercício de suas atividades privadas, sobretudo naquelas que dependem a coletividade. Estava consagrado desde então a regulação na jurisprudência americana, de suma importância visto que se trata de um sistema jurídico de *common law*.

As primeiras entidades com caráter regulador surgem nos EUA por volta da primeira metade do século XIX, a *Rhode Island* e a *New Hampshire*, que possuíam limitados poderes em matéria de controle ferroviário.

Inicialmente, a regulação das atividades econômicas foi exercida pelo Poder Legislativo, as leis gozavam da mais ampla presunção de veracidade e constitucionalidade. O Judiciário somente interviria em casos de excesso do legislativo. Passados alguns anos, esta competência de regulação para o legislativo acarretou problemas. Em uma democracia representativa, o voto tem um valor muito forte, o que acabou resultando em uma fixação de tarifas irrisórias – uma verdadeira demagogia eleitoral – inviabilizando a prestação do serviço pelo particular. Em alguns casos ocorria o inverso, os prestadores de serviços essenciais acabavam financiando as campanhas daqueles

candidatos que prometiam tarifas mais realistas. Estava claro o fracasso da regulação econômica pelo legislativo.

Dado o fim deste estágio, agora é a vez do judiciário passar a exercer a competência de regular a economia, dando início ao segundo estágio da regulação nos EUA, a partir do caso *Smith versus Ames*. Assim os tribunais detinham o direito e o poder de escolher, dentre as mais diversas correntes econômicas, aquela que representaria uma tarifa compatível com o exercício do serviço prestado, não sendo razoável só para a sociedade mas também para aqueles que a exerciam.

Contudo, devido a grande crise econômica por qual passava os EUA, a qual culminou na quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929, o judiciário começou a se afastar do precedente *Smith versus Ames*, dando início ao terceiro estágio da regulação neste país. Nesta última fase, a regulação seria competência de entidades criadas exclusivamente com o propósito de regular as *public utilities*. Assim, nascem no bojo das profundas reformas estruturais da sociedade norte-americana, as agências reguladoras americanas, também denominadas de autoridades ou comissões - as *Federal Comissions*. Neste sistema, as agências recebem a competência para o exercício das funções normativas, administrativas e jurisdicionais por delegação expressa do Executivo e do Legislativo. Surgiram discussões acerca da inconstitucionalidade desses atos, que *a posteriori* não ganha muita força em virtude da incapacidade do Estado regular por si só tantas atividades diversas, que exigiam uma quantidade excessiva de conhecimentos técnicos e etc. Ainda no século XX, é editado em 1946 o APA (*Administrative Procedure Act*), o qual representava um verdadeiro Código de Processo Administrativo uniformizando todos os critérios de atuação das agências e passava a permitir aos cidadãos uma ampla participação na fixação de suas políticas. Sob este prisma as agências americanas atingem seu ápice, passando a fazer parte do dia-a-dia dos cidadãos e constituindo-se no maior legado deixado para o direito administrativo em todo mundo.

Por fim, vale lembrar que na década de 1980 surgem nos EUA movimentos que pregavam o fim deste modelo econômico, argumentavam, pois, que com o passar dos anos as agências reguladoras acabariam sendo capturadas pelas empresas reguladas: "quem deve ser regulado, termina por governar o regulador". Tal assertiva adequou-se perfeitamente no governo Reagan, onde foram editadas algumas normas visando reduzir o papel das agências, exigindo a supervisão presidencial sobre seus atos, como também reduzindo o número de regulações, existentes e futuras. Não obstante, atualmente o que vemos é que este abandono às agências vem sendo revertido, reflexo disto foi a edição - no governo Clinton - do *National Information Infrastructure Act*. Este diploma fez reflorescer o papel regulador no direito estaduense, já que viabilizou uma abertura total da competição entre as empresas de telecomunicações, estabelecendo os padrões técnicos na prestação dos serviços de telecomunicações.

3.2.2. As “Agencies” Britânicas

Na Inglaterra, diante de uma Administração Pública caracterizada pela autonomia de seus órgãos um fortíssimo policentrismo, não houve muita inovação quando do surgimento das agências reguladoras. Primeiramente denominadas de *Quase Autonomuos non Governmental Organizations* – ou simplesmente *QUANGOS*, elas começaram a surgir no século XIX. Na ocasião da edição de uma lei para dar conta de determinado interesse público, era criado um órgão para implementá-la concomitantemente. Desse modo, foram criados *quangos* para as mais diversas finalidades (assistenciais, de controle, reguladoras, dentre outros), criadas por “carta reais” ou decisões ministeriais alcançaram o número de mil e quinhentos.

A diversidade da estrutura de cada quango surpreende, eles não são homogêneos quanto ao regime que se submetem. O único elemento comum que podemos destacar é em relação a sua responsabilidade frente às autoridades políticas – o ministro, o parlamento ou o Conselho local – que é indireta e limitada. São ainda submetidos aos controles jurisdicional e administrativo, este último exercido pelo *Council of Tribunals*.

Já no Governo Thatcher, no fim do século XX, houve um aumento do controle dos quangos, extinguindo uma série deles. Contudo, apesar da extinção de quase quinhentos, foram criados mais de sessenta para regular as atividades então desestatizadas. Foram estes novos quangos, seguindo a tendência americana, que foram denominados de *agencies* ou *commissions*.

3.3. Direito Brasileiro

Dois são os planos que podemos nos deter acerca do direito regulatório brasileiro, a saber: o legal e o doutrinário. Antes de adentrar especificamente nas agências reguladoras brasileiras, vale lembrar ao leitor que autarquias com as mesmas funções de regular já existiam no direito pátrio. Como exemplo, temos o Banco Central – Bancel – criado pela Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, em pleno regime ditatorial; suas atribuições eram dentre outras: emitir papel-moeda, autorizar o funcionamento de instituições financeiras e fiscalizar suas operações de acordo com as leis

específicas, custodiar e administrar as reservas nacionais em ouro e moedas estrangeiras. Muitas dessas ainda são de competência deste órgão hodiernamente.

Além do Bancen, foram criados também outros entes detentores de amplas atribuições normativas, administrativas e jurisdicionais, como o Conselho Monetário Nacional – CMN – e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, as quais cuidavam de exercer o poder de polícia da moeda e pela regulação das instituições financeiras estabelecidas no país. Sob este prisma também podemos enquadrar o surgimento do Conselho Nacional do Petróleo pela Lei n. 2.004, de 3 de outubro de 1953. A mesma lei que instituiu a Petróleo Brasileiro S.A., a PETROBRÁS, dotava o CNP de poderes para regular este campo econômico de tanta importância. Por último, outro órgão que exerce sua competência visando coibir o abuso do poder econômico, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – o CADE foi criado em 1962.

Diante deste panorama histórico acerca de entes com caráter regulador, adentramos na evolução doutrinária brasileira acerca do tema da regulação. A primeira obra a tratar da concessão de serviços públicos no direito brasileiro foi a de Mário Masagão. Apesar do autor não tratar expressamente da regulação, ele deixa implícito a importância de que as normas acerca da concessão são de direito público e a organização e o funcionamento dos serviços delegados são competência do Poder Público.

Em momento posterior, temos a publicação de obras que traziam maior preocupação acerca da regulação dos serviços públicos, formuladas pelo saudoso Franco Sobrinho. Sintetizando o seu pensamento, invoco excerto de uma de suas obras: *“As empresas privadas, ou particulares, devem ficar sujeitas, por isso, à regulação e controle das autoridades administrativas; as atividades econômicas estão sempre ligadas ao interesse público; tanto os serviços a cargo do Estado como os serviços sujeitos a direção das empresas privadas, são melhor conduzidos quando tutelados pelo poder público e sob regime legal e regulamentar”*¹. O autor assevera que a eficiente execução dos serviços concedidos ao particular depende sempre do atuar uniforme do Estado junto a prestação destes.

Com o advento da nossa Carta Magna de 1934, houve a criação de uma comissão especial determinada a atender um dos anseios de nossa Constituição, a edição de uma lei federal que regulasse a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, esta tomou emprestado o nome do então Ministro de Justiça do Governo Vargas, ficando conhecida como a Comissão Francisco Campos. Mesmo com o surgimento, posterior do Estado Novo e, conseqüentemente, a edição de uma nova Carta Política em 1937, a necessidade desta lei continuou, visto que a nova Constituição também determinava sua edição.

Diante deste panorama, nesta comissão tínhamos alguns renomados juristas, dentre os quais um se destacou, o mineiro Olavo Bilac Pinto. O também deputado federal editou um livro importante acerca da temática, em 1941, inspirado pelas idéias levantadas na referida comissão. Na obra o jurista ressalta o fato de efetivar o que queria a Lex Legum de 1937 seria necessário a criação de comissões para exercerem função de regulação, tendo a seu favor a experiência bem sucedida nos Estados Unidos da América. Para o estudioso, este instituto teria finalidade tríplice, vale dizer: assegurar o serviço adequado, fixar tarifas razoáveis e garantir a estabilidade financeira. Assim, seguindo este raciocínio, Bilac Pinto sintetizava em sua obra as principais características sobre a regulação, as quais se descontando certos exageros – como uma das propostas que asseverava: as decisões jurisdicionais das comissões não serão passíveis de recurso, nem para os tribunais, nem para outras autoridades administrativas – permanecem até hoje. Dentre estas podemos citar: as comissões deverão exercer funções administrativas, jurisdicionais e normativas; as comissões terão amplos poderes de fiscalização e controle das empresas concessionárias de serviços públicos; etc.

Diante do exposto acerca do plano doutrinário, cabe-nos neste momento versar sobre a evolução do aspecto legal. Nosso direito influenciado pelos franceses tem como alicerce a lei, no inglês *civil law*. Devido a tal tradição de outro modo não poderia ter sido operada no Brasil uma Reforma de Estado, a não ser por estes diplomas já citados. Destarte, várias foram editadas desde o Governo Collor na década de 90 criando verdadeiros marcos legais, a primeira delas veio por meio da Medida Provisória n. 155, convertida na Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, instituiu o Programa Nacional de Desestatização, o qual visava à reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público. Tal processo se fortaleceu cada vez mais no Brasil, atingindo seu ápice no Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Com a desestatização, o país acompanhou o movimento mundial criando as agências reguladoras tanto na esfera federal, como na estadual consoante ao já exposto supra. Desde então, várias leis foram editadas instituindo-as, a seguir as agências brasileiras federais:

- a) Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) – Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996;
- b) Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) – Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997;

¹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Os serviços públicos de utilidade pública: processo jurídico de racionalização pela tutela e fiscalização das entidades delegadas de serviço público. Curitiba: Empresa Gráfica Paranaense de Plácido e Silva, 1940, p.21-22.

- c) Agência Nacional de Petróleo, Biocombustíveis e Gás Natural (ANP) – Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997;
- d) Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) – Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999;
- e) Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000;
- f) Agência Nacional de Águas (ANA) – Lei n. 9.984, de julho de 2000;
- g) Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) – Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001.

Quanto às agências na esfera estadual temos a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte (ARSEP), a Comissão de Serviços Públicos de Energia de São Paulo (CSPE), Agência de Regulação de Pernambuco (ARPE), dentre outras. Estas divergem das federais principalmente devido à falta caráter específico, voltado a determinado setor. Pela própria nomenclatura fica evidenciada a sua competência genérica, já que pode regular diversos serviços públicos.

Não é objeto deste trabalho a minúcia de todas essas autarquias citadas, até agora trouxemos ao leitor aspectos gerais acerca delas no Brasil e no mundo, para podermos adentrar com mais conhecimento no que tange ao item “c” da lista acima, a Agência Nacional de Petróleo, Biocombustíveis e Gás Natural, a qual será tratada com detalhes nos itens seguintes.

4. A AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS

As décadas de 70 e 80 presenciaram uma revolução silenciosa, porém marcante, no pensamento econômico mundial, principalmente nas economias ditas de primeiro mundo. Nesses países, houve uma redução drástica dos afazeres do Estado. Passava-se à iniciativa privada atividades que foram exercidas pelo Estado durante todo o Século XX. Era o fim do Estado de Bem-Estar Social, pois, após anos deste modelo, percebeu-se que um Estado gigantesco, centralizando diversas atividades, não significava na prática a resolução de todos os problemas, e o atendimento dos anseios sociais. Porém, ao se repassar essas atividades à iniciativa privada, não estava esta livre para agir como bem quisesse. Sabe-se bem o que acontece quando a iniciativa privada age com livre-arbítrio: a avidez na busca do lucro, agindo muitas vezes inescrupulosamente, resultando disso a péssima qualidade dos serviços, a exploração sem limites da mão de obra, a formação de trustes, cartéis, concorrendo tudo isso para que o resultado obtido pela iniciativa privada seja, muitas vezes, pior do que o obtido pelo Ente Estatal.

Assim, o Estado ficou encarregado de regular e fiscalizar a prestação dos serviços prestados pela iniciativa privada, velando pela qualidade dos serviços e para as práticas econômicas das empresas reguladas. Porém, o Estado, ao exercer esses poderes, não poderá se pautar por critérios político-ideológicos, ou por simples capricho dos governantes, sob pena de prejudicar as empresas reguladas e os que recebem os serviços prestados por elas, além de desestruturar todo um setor da economia. O Estado tinha que fiscalizar e editar normas baseando-se na técnica econômica, agindo imparcialmente, buscando a melhor solução possível para os agentes regulados e para o interesse público. Neste paradigma nascem as agências reguladoras, em meio à diminuição do Ente Estatal, buscando um equilíbrio entre este e a iniciativa privada, para a otimização dos serviços prestados a população.

No Brasil, essa revolução no pensamento econômico, surge em meados dos anos 90, poucos anos depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, Constituição essa que enunciava os pressupostos existentes num Estado de Bem-Estar Social, com gigantescas atribuições. Não poucos foram as mudanças para o surgimento das desestatizações, privatizações, e flexibilizações de monopólios, mudanças estas que ocasionaram intensos debates sobre a constitucionalidade e a legitimidade das agências reguladoras, que serão analisadas sob enfoque da Lei nº9.478, lei esta que implanta a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

4.1 Da Instituição e Atribuições

A ANP, como agência reguladora que é, integra a Administração Federal indireta, e está submetida ao regime autárquico especial. Como foi criada por lei, só por lei poderá ser extinta, lei essa de iniciativa exclusiva do chefe do Poder Executivo. A ANP é o órgão encarregado de regular a indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis, e ela está vinculada ao Ministério das Minas e Energia.

Este poder regulador, que lhe é conferido por Lei, é motivo de intenso debate na doutrina brasileira. Pois, este poder regulador implica na independência normativa das agências reguladoras em geral, necessária para evitar a ingerência do Estado nas suas decisões e regulamentos, para que se baseiem somente na técnica econômica, e não em motivos políticos e ideológicos, ao decidir e regular. Apesar disso, parte da doutrina afirma a inconstitucionalidade

destas agências, devido ao princípio da legalidade. Só o Poder Legislativo é ente legítimo para promulgar leis. Em contrapartida, outra vertente da doutrina afirma serem constitucionais estas agências e seu poder regulamentar, e vão buscar no direito comparado a resposta para a querela. Alguns afirmam que o poder regulador das agências se baseia nos regulamentos autorizados, que seriam regulamentos autorizados à inovarem no ordenamento jurídico. Outros vão abraçar a teoria da deslegalização. Esta teoria afirma que o poder regulador das agências lhes é dado pela própria lei: seria a “delegation with Standards” da doutrina americana, que ocorre quando a lei fixa parâmetros para limitar a atuação do órgão delegado. Os limites das agências reguladoras são fixados pelas próprias leis que as cria². Essa deslegalização se justificaria, em grande parte, para a otimização dos resultados alcançados pela agência. Num meio tão dinâmico e prático, como nas atividades relacionadas ao petróleo, gás natural e biocombustíveis, é imprescindível que o agente responsável pela sua regulação também tenha essas características, sob pena de que um ato normativo, editado para regular o setor, já nasça obsoleto, atrasado. É preciso agilidade para a regulação do setor, agilidade essa não encontrada no Estado, geralmente emperrado pela sua burocracia. Assim, a ANP estaria apta a regular o setor de petróleo, gás natural e biocombustíveis, sempre nos limites impostos pela lei que a criou.

A ANP tem o dever de promover estudos visando à delimitação de blocos, organizar e manter um acervo relativo a estes blocos e às atividades relacionadas ao petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, além de exigir dos agentes regulados o envio de informações relativas às suas atividades.

A ANP deve elaborar os editais e promover licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução. A ANP está sujeita às normas gerais de licitação, sendo seus contratos considerados como contratos administrativos regidos pelo direito público. A ANP, como agência reguladora, integra a administração, ainda que de forma indireta. Assim, todos os seus contratos e ainda, seu controle financeiro, ficam a cargo do Tribunal de Contas da União, que deve apreciar, anualmente, todas as atividades relacionadas à gestão de recursos financeiros realizadas pela ANP³.

Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimentos de indícios que apontem para a infração da ordem econômica, deverá comunicá-los diretamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes tomem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente. Esta é a tentativa para resguardar a livre concorrência do mercado, evitando assim que os consumidores sejam prejudicados, por possíveis infrações à ordem econômica, como trustes e cartéis. O CADE tem como atribuições monitorar e acompanhar as práticas de mercado, apurando possíveis infrações à ordem econômica.

4.2 Da Estrutura Organizacional Da Autarquia

A ANP será dirigida, por uma Diretoria composta por um Diretor-Geral e quatro Diretores. Estes cumprirão mandatos de 4 anos, não coincidentes, sendo permitida a recondução.

A independência política dos gestores é outra das características que conferem o caráter de autarquias especiais às agências reguladoras. Os seus dirigentes serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal. No caso da ANP, as formas previstas em lei para a exoneração dos diretores eram a condenação penal, transitada em julgado, prática de ato de improbidade, apurado em processo administrativo, e a violação administrativa grave ou descumprimento manifesto de suas atribuições, reconhecidos em decisão fundamentada do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, todos previstos no artigo 12 da lei 9478, artigo este que foi alvo de veto presidencial. As razões do veto foram a “flagrante ingerência em área de competência privativa do Presidente da República, qual seja, a de dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal (Constituição Federal, art. 84 VI,)”.⁴ Contudo, com a promulgação da lei que disciplina a gestão dos recursos humanos das agências, Lei nº 9.986/00, ficou estipulado que “os conselheiros e os diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, do condenação transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar”(art.9º). Com o advento desta lei, autorizou-se também que a lei criadora da agência dispusesse acerca de outras condições para a perda do mandato. Com isto, os diretores de agências reguladoras podem se pautar pela técnica econômica, ficando livres de pressões políticas, exercendo seus mandatos sem o receio

² MADEIRA, José Maria Pinheiro. Agência reguladora . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: www.jusnavigandi.com.br

³ CARVALHO, Cristiano Martins de. Agências reguladoras . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: www.jusnavigandi.com.br

⁴ Despachos do Presidente da República, Mensagem 870, de 6-7-1997, Razões do Veto, Diário Oficial da União, Brasília, 7-8-1997.

de serem exonerados ad nutum, pelo Presidente da República, posição inclusive do STF. Ainda quanto aos dirigentes das agências, estes ficam submetidos ao período de quarentena, período esse em que os diretores não podem exercer atividades no setor regulado. No caso da ANP, esse período é de 12 meses, e o ex-dirigente que descumprir esta norma, incorre na prática de advocacia administrativa, sujeitando-se às penas cominadas na lei. Este dispositivo se faz necessário para evitar que os diretores deixem o setor público e passem imediatamente para o setor privado, evitando que certas empresas atuantes no setor regulado tenham acesso a informações privilegiadas.

4.3 Das Receitas e Do Acervo Da Autarquia

O artigo 15 dispõe sobre as receitas da ANP. É necessário ressaltar a importância da independência financeira para a agência, para que suas decisões possam estar livres de qualquer influência ou pressão, seja por parte do Estado, seja por parte do setor regulado. Dentre as fontes de receita da ANP, convém ressaltar aquela obtida com o produto dos emolumentos, taxas e multas previstas na legislação específica, os valores apurados na venda ou locação de bens móveis e imóveis de sua propriedade, bem como os decorrentes de dados e informações técnicas, inclusive para fins de licitação. Apura-se com isto, um dos motivos para toda a preocupação da ANP, com a manutenção e a atualização de dados e informações técnicas a respeito de blocos ou atividades que serão objeto de licitação. Esta é uma das fontes de renda da ANP. Quando uma empresa ganha a licitação, ela paga pela possibilidade de explorar determinado bloco ou atividade, e também pelo acervo de informações técnicas a respeito do mesmo. Além disso, no momento da assinatura do contrato com a agência, a empresa paga pelo bônus de assinatura, que é o valor da oferta pela qual ela ganhou a licitação. Parte desse dinheiro é destinado a ANP. As agências reguladoras cobram ainda uma taxa de caráter contratual, baseada na percentagem de lucros da empresa regulada. Assim, a ANP não depende de verbas decorrentes do orçamento para suprir duas despesas. Estas taxas se explicam pela necessidade de serem ressarcidos os gastos que a administração tem na fiscalização da prestação dos serviços concedidos. Elas são de interesse tanto da agência, como das próprias empresas taxadas, pois ambas lucram com uma regulação autônoma, livre da interferência estatal. Existe toda uma controvérsia na doutrina, a respeito de que seriam tributos, e não taxas. O STF já se posicionou, no sentido de que a cobrança da taxa é legítima, mesmo que as taxas não possam ter base de cálculo própria de tributo (art. 145, Constituição Federal).

4.4 Do Processo Decisório

Outro ponto controvertido é a independência decisória das agências reguladoras. O quão independentes elas são, ao tomarem suas decisões. No caso da ANP, em sua esfera de atribuições, ela terá que implementar a Política Nacional Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, contida na Política Energética Nacional. Então, além de seguir o planejamento estatal para o setor, a ANP deve sempre se pautar pela Política Energética Nacional, sob pena de se inferir inconstitucionalidade de suas decisões.

Além disso, ao decidir e atuar, as Agências tem que seguir os princípios que permeiam toda a Administração. Elas terão que se ater à legalidade, à moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência, sempre obedecendo esses princípios. Outra forma de controle das agências reguladoras se dá através do veto legislativo. Apesar disso, a agência tem liberdade para decidir, sempre se baseando na técnica econômica, para o benefício dos entes prestadores do serviço e para os cidadãos. O estado não pode interferir nas agências nos casos concretos, só podendo estabelecer as diretrizes para o setor regulado. É sempre bom lembrar que apesar da liberdade para decidir, os atos e decisões da ANP e das outras agências reguladoras, estão sob o crivo do Poder Judiciário, devido ao princípio da jurisdição una, pois, todo aquele que se sentir lesionado em seu direito, ou senti-lo ameaçado, poderá se socorrer no judiciário, para que este aprecie o caso. Apesar de parte da doutrina não aceitar este controle, ele é imprescindível, pois, seria bastante perigoso a existência de entes com poder normativo, fiscalizador e de impor sanções, se estes mesmos entes não estiverem submetidos a nenhum controle. Assim, se faz de suma importância o controle dos seus atos, através do Poder Judiciário.

5. CONCLUSÃO

Findo o trabalho, espera-se ter alcançado os fins almejados, a saber, fornecer subsídios teóricos suficientes para uma compreensão crítica desse fenômeno do direito, a saber: a regulação. Retratado no tocante às agências reguladoras e mais especificamente na Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Com o aparato

examinado como gráficos e evolução da indústria petrolífera, podemos confirmar a importância da criação desta agência para o setor econômico.

A flexibilização do monopólio do petróleo proporcionou um bom crescimento nesta indústria em comento nos últimos anos, os particulares começaram a participar efetivamente das atividades econômicas petrolíferas em um regime de busca pelo lucro, o que resultou em um investimento pesado em tecnologia e pesquisa, desenvolvendo o setor petrolífero no país.

Assim, ANP ao exercer suas inúmeras atribuições legais, contribui de maneira decisiva para o desenvolvimento do setor petrolífero no Brasil, o que em decorrência da importância deste produto para a economia nacional – em 2004 tínhamos mais de 9% do PIB nacional atribuído ao petróleo – devemos reconhecer o trabalho e investimento realizado por esta agência, pois, desenvolvendo a indústria petrolífera estamos desenvolvendo também o nosso país.

6. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MENEZELLO, Maria D' Assunção Costa. Comentários à Lei do Petróleo. São Paulo: Atlas, 2000.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências Reguladoras. Barueri/SP: Manole, 2003.

SAYEG, Ricardo Hasson. Aspectos Contratuais da Exclusividade no Fornecimento de Combustíveis Automotivos. São Paulo: EDIPRO, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TITLE

With the advent of Constitutional Emendation n ° 09/1995 Brazil suffers a great change in its economic system, is about the flexibilização of the monopoly of the oil. Until then the petroliferous activities they were executed only by the State for its account at risk, playing this absolute monopoly of the exploration of the oil through the state-owned company Petrobra's, in accordance with 1953 law 2,004. The constitutional emendation appeared to allow that particular they entered the petroliferous industry, observed the lack of resources of the State to finance the costs with the exploration. The constitutional modification in I comment also served to determine the creation of an agency of regulation for the sector, namely: the National Agency of Oil. This was instituted by the promulgation of law 9,478/97 that it conferred it regimen of public law under the form of autarchic entity in special regimen. Globalizado movement, the sprouting of these regulating agencies, is of utmost importance, therefore it is through them that the State can monitor basic sectors of our economy, hindering some abuses and increase the quality them services, and still protecting always the consumer. Ahead of this panorama the present work, beyond already displayed supplies, will go to deepen consonant its heading the law of the oil (law 9,478/97) in what it refers to the National Agency of the Oil, dissertando concerning its structure and over all on its functions in the industry of the native oil. Atrelado to this legal performance of the agency in question in the petroliferous activity we also objectify to demonstrate with our research the phenomenon of the agencies in the comparative jurisprudence, as well as its evolution in the Brazilian right, using these information in more useful way to try to decide current problems in this area. After the sprouting of the National Agency of the Oil and the “breaking” of the state monopoly the petroliferous industry evolved sufficiently, as much in relation to the research, as well as in the production of the oil and its derivatives, what we conclude with our work.

Administrative law, Regulating Agencies, National Agency of the Oil, Law of the Oil (law 9,478/97), Industry of the Oil.

Os autores são os únicos responsáveis pelo conteúdo deste artigo