

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E
ECONÔMICA E REGULAÇÃO**

GIOVANI CLARK

PAULO RICARDO OPUSZKA

JOSÉ BARROSO FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Giovani Clark, José Barroso Filho, Paulo Ricardo Opuszka – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-382-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Ordem Social. 3. Ordem Econômica. 4. Regulação. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

Não se pode esquecer que Economia, para além das escolhas sobre o uso dos recursos escassos necessários a vida e no incremento das forças produtivas, é decisão política e opção de prioridades.

Em tempos de crise econômica, seguida de grave crise política, e ainda do questionamento da legitimidade da atividade estatal – fragilizada pelo estágio puberdade/obsoleto da Democracia Brasileira, a partir de fissuras institucionais em que as funções do Estado disputam hegemonia em torno do Poder – enfrenta a academia a tarefa de compreender o estágio de desenvolvimento econômico e político do "projeto" brasileiro de Nação.

No Grupo de Trabalho: TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO I, a partir da elaboração de 25 artigos aprovados e apresentados, cujos temas variavam entre a constituição econômica brasileira, desenvolvimento sustentável e regulação de vários setores, mais uma vez, o Direito Econômico foi problematizado com eximia competência e profundidade, típicas do CONPEDI, na sua presente edição, assim como nas passadas.

Na tarefa profícua de análise dos trabalhos e intervenções da bancada coordenadora, percebeu-se trabalhos versando sobre o papel do Estado no processo produtivo, em face da sua intervenção direta e indireta, na busca do desenvolvimento socioeconômico; ou ainda, na visão de alguns, objetivando a efetivação do capitalismo humanista.

Destacou-se ainda os seguintes temas: regulação do petróleo; intervenções econômicas e direito na Internet - via discussão sobre o seu marco civil; serviço público de saúde a partir da entrada do capital estrangeiro no setor; inovadoramente, a inexistência de regulação da nanotecnologia no Brasil, essencial na saúde humana.

Também, sobressaiu os conteúdos relativos a produção científica voltada ao incentivo ao cooperativismo, enquanto o objeto de políticas públicas planejadas, a fim de efetivar o pluralismo produtivo constitucional; análise das práticas de abuso do poder econômico privado nas relações de consumo, etc.

O Grupo de Trabalho teve o intuito de construir uma oportunidade para a dialética e a retomada do projeto de desenvolvimento social, em meio a reincidência ao neoliberalismo de austeridade, sempre no sentido de problematizar a condição do Estado como propulsor /indutor da economia na produção capitalista da América Latina, ao mesmo tempo em que o projeto de síntese capital/trabalho globalizante, desde o desenvolvimentismo do setor público, vem sendo atropelado, de forma avassaladora, pela financeirização da Economia, e é preciso, então, compreendê-lo em suas nervuras.

Paulo Ricardo Opuszka/UFPR

Giovani Clark - PUC Minas/UFMG

José Barroso Filho - Ministro do STM

A REGULAÇÃO ESTATAL DO SETOR PETROLÍFERO INTERPRETADA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STF E STJ)

OIL SECTOR REGULATION INTERPRETED BY HIGHER COURTS (SUPREME FEDERAL COURT AND SUPERIOR COURT OF JUSTICE)

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves ¹
Raphael Vieira da Fonseca Rocha ²

Resumo

Análise da jurisprudência das Cortes superiores sobre a abrangência e legitimidade das atividades regulatórias da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Examinam-se as transformações econômicas que o Brasil passou nas últimas décadas no mercado do óleo e gás, a criação da ANP e suas atribuições. Por fim, analisará decisões do STF e STJ, verificando se estas consideram que os atos emanados da ANP estão ou não dentro dos padrões legais prescritos pela Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97), para se for o caso invalidá-los. Adotou-se o método indutivo e pesquisa do tipo bibliográfica.

Palavras-chave: Regulação, Agência nacional do petróleo, Jurisprudência, Supremo tribunal federal, Superior tribunal de justiça

Abstract/Resumen/Résumé

It's an analysis of the Higher Courts' jurisprudence on scope and legitimacy of regulatory activity of National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels (ANP). It inspects the economic transformations that Brazil went through in last decades in the oil and gas market, the creation of ANP and its functions. Finally, it analyses the decisions of Supreme Federal Court and Superior Court of Justice, checking if they consider the acts emanating from ANP are or not within legal standards prescribed by the Petroleum Law (Law 9.478/97), to invalidate them if necessary. It adopted the scientific method and analytical research's type.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Regulation, National agency of petroleum, Jurisprudence, Supreme federal court, Superior court of justice

¹ Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Associado nas Faculdades de Direito da UERJ e da UFRJ. Coordenador do PRH 33 ANP

² Mestrando em Direito Internacional Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. Bolsista de Mestrado PRH 33 ANP/QGEP

1. Introdução

Em 1997, foi criada a Agência Nacional do Petróleo (ANP) em resposta às mudanças que o Brasil e o mundo vinham sofrendo no cenário econômico fruto da globalização, que também atingia a indústria do petróleo. Dentre o rol de sua competência, a Agência é responsável por regular as atividades da indústria do petróleo e a distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool combustível, no sentido de preservar o interesse nacional, estimular a livre concorrência e a apropriação justa dos benefícios auferidos pelos agentes econômicos do setor, pela sociedade, pelos consumidores e usuários de bens e serviços.

O presente artigo, inicialmente, almeja examinar as transformações econômicas pelas quais passou o Brasil nas últimas décadas, com foco na transição do papel do Estado de protagonista do processo econômico-social para regulador dessa atividade. Ato contínuo, o estudo analisará a criação da ANP, bem como algumas de suas importantes atribuições, abordando especialmente a questão de sua competência para editar atos administrativos complementares à Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97).

Além disso, o presente trabalho tem por objetivo analisar decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça acerca da discussão sobre a atividade regulatória da ANP e disposições contidas em seus atos normativos criadores de obrigações para os empresários que exploram atividades reguladas, notadamente o abastecimento de combustíveis. Objetiva-se também verificar se a jurisprudência considera que os atos administrativos emanados da ANP estão dentro da legalidade estrita e de sua competência decorrente da Lei do Petróleo ou se há extrapolação de suas competências com prejuízo para os agentes regulados.

O método adotado para elaboração do trabalho foi o indutivo, partindo-se de casos particulares (premissa menor) para formular conclusões e premissas maiores, com pesquisa do tipo bibliográfica, baseada em obras de doutrina e jurisprudência, examinando criticamente as decisões do STF e STJ sobre a competência regulatória da ANP, a fim de produzir uma síntese pessoal com base no material coligido.

2. Transformações na ordem econômica, regulação e petróleo

A partir das últimas décadas do século XX, a visão acerca da relação entre Estado e mercado vem sofrendo profundas alterações não só no Brasil como no mundo. A crise do

chamado Estado do Bem-estar social (*Welfare State*) alertou a sociedade internacional que a figura ideal de um governo centralizador, responsável por garantir um elevado padrão mínimo a todos os indivíduos indiscriminadamente, inobstante fosse aplausível, trazia uma série de desafios e dificuldades¹. Não são poucos os casos de corrupção, burocratização do cotidiano, falta de verbas públicas e outros problemas que motivaram críticas ao sistema vigente.

Nesse contexto, foi-se modelando um novo Estado soberano, que lentamente passou a abandonar o papel de protagonista do processo econômico-social para ser regulador dessa atividade. Essa migração foi contornando os desenhos de um incipiente direito da regulação, lastreando-se no impacto que o assunto teve no território norte-americano, país símbolo do livre mercado no ocidente, já nos finais do século XIX², mediante o progressivo surgimento de diversas agências reguladoras nas mais diversas áreas da atuação econômica.

Acerca da regulação e sua formação, discorre André Fontes:

A regulação constitui modalidade de *intervenção do Estado na Economia*. Pelo que se depreende de tal assertiva, ela integra o *ordenamento econômico* do Estado, que por sua vez é considerado, juntamente com o *serviço público*, o *poder de polícia*, o *ordenamento social* e o *fomento público*, o próprio conteúdo da função administrativa. Não é uma forma *sui generis* de atividade ou função estatal, mas sim integrada à função preponderantemente exercida pelo Poder Executivo. [...] A especialização dos estudos conduziu à formulação didática de um ramo do Direito apto a concentrar e sistematizar todo esse conhecimento a que se convencionou chamar de *Direito da Regulação*, e que, muito embora tenha por objeto a própria regulação, vem sendo indevidamente conduzido a limitar seus estudos ao órgão regulador e ao seu regime jurídico.³

No Brasil, a mudança foi sentida de forma intensa na década de 90, onde afloraram emendas constitucionais e alterações na legislação ordinária relevantes, sintetizadas em três ordens por Luís Roberto Barroso: i) a extinção de determinadas restrições ao capital

¹ “Do ponto de vista econômico, há igualmente uma relação disfuncional da cidadania com o Estado: a crença de que os recursos financeiros do Estado saem de lugar nenhum e que, portanto, o Estado pode tudo, devendo ser um provedor paternalista de todas as necessidades”. CARMEN, Tiburcio; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 564.

² “The history books tell us that federal regulation was born with the Interstate Commercial Commission, in 1887. The railroads were viewed as a natural monopoly; the ICC would set rates, providing ample predictable profits to the trusts. History records that the industry initially opposed this regulation, until a U.S. Attorney General advised them that they’d profit more by working with and USING the Commission than by fighting it. This turned out to be true, and has held true in virtually every other regulatory scheme enacted since by Congress. Doubling their money, in the 1930s the railroads lobbied for and got regulation of the trucking industry -- not rationalized in terms of any natural monopoly or market failure, but simply a tit-for-tat, “if you regulate us, you should regulate our competition.” The truckers STILL fight back, mutely, with bumper sticks bemoaning the taxes they pay, telling the flea-like passenger cars they swarm around that it is THEY, the truckers, who have paid for this Interstate highway”. LEE, Matthew. **A Brief and Selective History of U.S. Regulation**. *Inner City Public Interest Law Center*. Disponível em: <<http://www.innercitypress.org/reghist.html>>. Acesso em: 05.08.2016, p.1.

³ FONTES, André. Regulação e Petróleo. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia (RBDP)**, n. 2, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ): Rio de Janeiro, 2006, p. 225.

estrangeiro; ii) a flexibilização dos monopólios estatais; e iii) a privatização ou desestatização⁴.

Sobre a primeira ordem, destaca-se a EC nº 06/95, que extinguiu a figura da empresa brasileira de capital nacional e modificou a redação do art. 176, *caput*, da CRFB/88, permitindo que a exploração e produção de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais fossem concedidas ou autorizadas a sociedades empresárias constituídas sob o manto da lei brasileira, dispensada a exigência de controle de capital nacional. No que se refere à segunda ordem, menciona-se a EC nº 09/95, que pôs fim ao monopólio estatal do petróleo existente, facultando à União a contratação de sociedades privadas para realizar a exploração e produção de jazidas de óleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, bem como o refino e transporte dos produtos e derivados básicos do petróleo⁵. Por fim, acerca da terceira ordem, sua implementação se corporificou no denominado Programa Nacional de Privatização, instituído pela Lei nº 8.031/90 e ampliado pela Lei nº 9.491/97. Dentre as medidas, no plano federal, foi prevista a desestatização das sociedades pertencentes ao “setor petroquímico, siderúrgico, metalúrgico, e de fertilizantes, seguindo-se a privatização da infraestrutura, envolvendo a venda de empresa [sic] com a concomitante outorga de serviço público”⁶.

Em relação a quebra do monopólio, mister salientar que ela ocorreu tão somente em relação às sociedades que podem desempenhar as atividades de exploração e produção. Em outros termos, a União permanece com o monopólio do setor *upstream*, nos moldes do art. 177 da Constituição. Entretanto, com o advento da EC nº 09/95, qualquer sociedade, seja pública ou privada, pode atuar nele após celebração de contrato de exploração e produção com a União. Subjacente a este cenário que o país estava vivendo destaca-se a criação da Agência Nacional do Petróleo (ANP), que passou a ser a gestora do monopólio em representação da União.

A figura da ANP já estava prevista no art. 7º da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97)⁷, porém a Agência só foi instalada após a edição do Decreto nº 2.455/98, que dispôs sobre sua estrutura organizacional, atribuições e outros elementos para permitir a atuação concreta da entidade. Como, no regime anterior, o monopólio era exercido pela companhia Petróleo

⁴CARMEN, Tiburcio; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional...**, p. 562.

⁵Redação original do art. 177, V e §1º, da CRFB/88: “Constituem monopólio da União: V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados; [...] §1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, §1º”.

⁶CARMEN, Tiburcio; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional...**, p. 563-564.

⁷ Redação original do art. 7º da Lei nº 9.478/97: “Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo – ANP, entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia”.

Brasileiro S.A. (Petrobras), a ANP, em seus primeiros momentos, recebeu os dados e informações que estavam em posse daquela estatal e assumiu o gerenciamento dos setores de pesquisa e lavra (*upstream*), bem como refino e distribuição no país (*downstream*). Além disso, a ANP ocupou posição de primordial importância ao elaborar a publicação da minuta do modelo do contrato de concessão a ser adotado no Brasil⁸.

Outro importante órgão no plano da política geral da indústria do petróleo foi o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), também previsto na lei do petróleo⁹, porém atuante tão somente após a edição do Decreto nº 2.457/98. O CNPE, inicialmente, era responsável pelo “assessoramento do Presidente da República” e “formulação de políticas e diretrizes de energia”¹⁰, estando, dentre seus objetivos, o aproveitamento racional dos recursos energéticos. Porém, após a publicação da Resolução CNPE nº 08/2003, o órgão passou a ditar a política de produção de petróleo e gás natural e definir as diretrizes para a licitação de blocos exploratórios. Com a Resolução, todas as rodadas de licitação realizadas pela ANP passaram a depender de autorização do CNPE, concretizada por Resolução de aprovação dos blocos a serem ofertados nas licitações, assim como para a realização do certame¹¹.

Marilda Rosado de Sá Ribeiro discorre sobre algumas atribuições do CNPE:

O Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) tem funções importantes e está fortalecido nesse marco regulatório [Pré-sal]. Todas as suas propostas devem ser submetidas ao Presidente da República, o que acentua o caráter político desse órgão. Dentre outras atribuições, destaca-se a de que o CNPE deverá propor ao Presidente: a) o ritmo de contratação dos blocos sob o regime de partilha de produção, observando-se a política energética e o desenvolvimento e a capacidade da indústria nacional para o fornecimento de bens e serviços; b) os blocos que serão destinados à contratação direta com a Petrobras sob o regime de partilha de produção; c) os blocos que serão objeto de leilão para a contratação sobre o regime de partilha de produção.¹²

Além do CNPE, o Ministério de Minas e Energia (MME) é outro agente importante no aspecto regulatório, que além de ser responsável por celebrar o contrato de partilha de produção em nome da União no regime do Pré-Sal (art. 8º da Lei nº 12.351/10), tem como atribuição propor ao CNPE tanto parâmetros técnicos - tal como a definição do excedente em óleo da União - quanto a definição dos blocos sujeitos ao regime de concessão ou partilha de produção (art. 10, I e II, da Lei nº 12.351/10). Ainda que a ANP tenha competência para elaboração de minutas de contratos e editais, a Agência se sujeita às diretrizes fixadas pelo

⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3.ed, revista, atualiz. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 513.

⁹Art. 2º da Lei nº 9.478/97: “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 [...]”

¹⁰Art. 1º do Decreto nº 2.457/98.

¹¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, p. 515.

¹² *Ibidem*, p. 520.

MME e depende também de sua aprovação para as minutas elaboradas neste regime (art. 10, IV e V, da Lei nº 12.351/10).

3. A Agência Nacional do Petróleo e sua competência para editar atos administrativos complementares à Lei nº 9.478/97

A Agência Nacional do Petróleo¹³, é uma autarquia de regime especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Com o início de suas atividades em 1998 foram-lhe transferidos o acervo técnico e patrimonial, as obrigações, os direitos e as receitas do Departamento Nacional de Combustíveis – DNC.

A agência é a responsável pela implementação da Política Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, tendo em vista, dentre outros fins, a proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos (art. 8º, I).

A ANP destaca-se como um dos entes protagonistas do setor petrolífero, possuindo uma série de atividades de suma importância para o cotidiano da indústria. Dentre elas, pode-se destacar que a agência é responsável por elaborar editais, promover licitações, celebrar contratos de concessão, fiscalizar a execução desses instrumentos, promover estudos visando à delimitação dos blocos e aprimoramento de tecnologias e saberes da área, inclusive por intermédio de concessão de bolsas acadêmicas, elaborar minutas contratuais, tudo isso no seu escopo primordial de implementar a política nacional do petróleo, gás natural e biocombustíveis em todo o território nacional.

Com o novo marco regulatório do Pré-Sal e o advento das leis nº 12.351/10, nº 12.304/10 e 12.276/10, houve algumas alterações. No regime de cessão onerosa, por exemplo, a Agência ficou limitada ao laudo técnico de avaliação do bloco e regulação e fiscalização das atividades da Petrobras. Fora isso, no contrato de partilha de produção, *v.g.*, a Agência permaneceu responsável por promover estudos técnicos, elaborar minutas contratuais e editalícias, promover licitações, regular e fiscalizar atividades realizadas sob o regime, dentre outros (art. 11 da Lei nº 12.351/10)¹⁴. Sobre as rodadas de licitação, da Primeira à Quarta, a

¹³ Originariamente a ANP tinha como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo. Com a alteração da redação do art. 8º pela Lei nº 11.097/2005, sua esfera de atuação foi estendida às indústrias do gás natural e dos biocombustíveis. A mesma lei alterou sua denominação para Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

¹⁴ No regime exploratório de partilha de produção a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União é da competência da empresa pública Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA), cuja criação foi autorizada pela Lei nº 12.304/2010. Cabe também a PPSA representar a União nos consórcios formados para a execução dos contratos de partilha de produção.

ANP foi a única entidade responsável por conduzir os processos, desde a definição dos blocos até a assinatura do contrato. Da Quinta Rodada em diante, passou a ser exigida a definição pelo CNPE das políticas e diretrizes para a realização dos certames licitatórios.

Conforme o art. 14 da Lei do Petróleo, a ANP tem por escopo regular as atividades da indústria do petróleo e a distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool combustível, no sentido de preservar o interesse nacional, estimular a livre concorrência e a apropriação justa dos benefícios auferidos pelos agentes econômicos do setor, pela sociedade, pelos consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo.

Sobre a abrangência dos poderes regulatórios das agências em geral, deve-se ter em mente que essas entidades não são consideradas autarquias em sentido tradicional, pois são dotadas de regime autárquico diferenciado ou especial, com o objetivo de lhes conferir maior autonomia e independência funcional. Conforme Marilda Rosado de Sá Ribeiro, quatro são as características que asseguram a autonomia e independência dessas entidades: o poder normativo técnico, a independência política e administrativa, a autonomia decisória e a autonomia econômico-financeira¹⁵.

O poder normativo é legalmente outorgado às Agências evidentemente dentro de suas esferas de atuação, em maior ou menor grau, de modo que elas possuirão suas competências normativas calcadas em comandos dotados de baixa densidade normativa (*standards*). Para Alexandre dos Santos de Aragão, as agências, em algumas vezes, são meras habilitadoras exercendo suas competências na busca de realização das finalidades públicas genéricas, positivadas nas suas respectivas leis¹⁶. Certo é que essas entidades não podem atuar além dos parâmetros estabelecidos no diploma legal:

Não ocorre uma efetiva delegação de poder normativo do Poder Legislativo às agências, que poderão apenas regular dentro dos limites substanciais e formais autorizados pela lei geral de sua criação. Por certo continua em vigor o princípio da legalidade, que deverá sempre ser observado. A lei da criação das agências deve ser, portanto objetiva no que diz respeito à fixação dos limites à normatização atribuída às agências, bem como aos *standards* a serem seguidos, de tal sorte que a inovação introduzida pela agência tenha sempre suporte de validade material e formal na lei geral. Igualmente, não ocorre a renúncia ao poder normativo por parte do Poder Legislativo, ao contrário, este define o marco e as condições e limites do poder normativo das agências, que não é limitado e incondicionado, podendo agir tão somente no âmbito da atuação outorgada pela lei.¹⁷

¹⁵ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, pp. 415-416.

¹⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003 *apud* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Op.cit., p. 416.

¹⁷ SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 232. Nesse diapasão, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça em acórdão assim ementado:

Com base nessas considerações, o trabalho passa a examinar a jurisprudência do STF e STJ sobre a atividade regulatória da ANP no setor de petróleo, gás natural e biocombustíveis quando seus atos administrativos são questionados pelos agentes regulados.

4. A jurisprudência do STF e STJ sobre a atividade regulatória da ANP

Na primeira parte deste tópico, o estudo analisará a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Os primeiros julgados a ser destacados são as ADIs nº 3.273/DF e nº 3.366/DF, ajuizadas, respectivamente, pelo Governador do Paraná e Partido Democrático Trabalhista, objetivando questionar a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei do Petróleo. O ministro Eros Grau, especialista em matéria de direito constitucional econômico, foi designado relator de ambos os acórdãos. Pela semelhança das ações, ambas foram julgadas no mesmo dia e o cerne da discussão centrou-se na natureza jurídica do contrato de concessão e na disponibilidade de bens públicos de uso especial.

Nesse diapasão, uma das questões ventiladas foi o fato da lei do petróleo (art. 26) conferir titularidade do petróleo extraído a pessoa que não fosse a União, o que, segundo a parte autora, violaria a determinação constitucional prevista no art. 177 da Constituição. Na exordial afirmou-se, ainda, que a aprovação tácita de planos e projetos após ausência de pronunciamento da Agência Nacional do Petróleo por 180 dias constituiria ofensa aos princípios da soberania e garantia do desenvolvimento nacional. Em resposta, o ministro Joaquim Barbosa acentuou a manifesta insegurança jurídica que ocorreria caso ocorresse a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.478/97:

Mas é fato incontestável que a lei atacada já produziu inúmeros efeitos jurídicos. Sob sua égide, dezenas de contratos de exploração das jazidas de petróleo já foram firmados pela ANP, muitos deles envolvendo somas de dinheiro cifradas em centenas de milhões de dólares. Milhares de profissionais das áreas de petróleo atravessaram os oceanos para vir se instalar em nosso país, por força dos contratos e das joint ventures

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS - ANP. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. AUTO DE INFRAÇÃO COM BASE EM PORTARIA. **PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. 1. **É nula a sanção fundada apenas em Portaria, pois tal ato restringe-se a facilitar a aplicação e execução da lei, sob pena de ferir o princípio constitucional da reserva legal na aplicação de penalidades.** Precedentes. [...]. Agravo regimental improvido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 493.411 / Minas Gerais. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 05 de junho de 2014. DJ de 13/06/2014 [grifos nossos].

que se formaram com o objetivo único de aproveitar a oportunidade de negócios aberta com a flexibilização do monopólio do petróleo¹⁸.

Contudo, o ministro Joaquim Barbosa votou pela procedência parcial da decisão, haja vista que concordou com o ministro Carlos Ayres Britto quanto à inconstitucionalidade da previsão de aprovação automática de planos e projetos de desenvolvimento e produção do concessionário na hipótese de a Agência Nacional do Petróleo não se manifestar no prazo de 180 dias (art. 26, § 3º), pois esbarraria no óbice constitucional de motivação das decisões administrativas. Os ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio de Mello votaram no sentido de que a União deveria manter o monopólio do petróleo no Brasil, impedindo que a propriedade da lavra fosse transferida ao particular, razão pela qual consideraram a Lei do Petróleo inconstitucional. Divergiram apenas no tocante à questão da competência da ANP para autorizar a importação e exploração de petróleo (art. 60). Para aquele ministro, o dispositivo seria inconstitucional, pois seria competência exclusiva da União ao passo que, para este, a ANP, na condição de ente regulador, deve buscar evitar práticas abusivas por parte das sociedades privadas que exploram o petróleo.

De qualquer forma, a posição de ambos os ministros foi minoritária, haja vista que os ministros Carlos Velloso, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim acompanharam o voto divergente do ministro Eros Grau, posicionando-se pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Em seu voto, o ministro Eros Grau discordou da natureza jurídica do petróleo como bem público de uso especial, classificando-o como dominical. Registrou, ainda, que o monopólio diz respeito tão somente à atividade econômica, não à propriedade dos bens, de modo que não haveria obstáculo à transferência de propriedade das jazidas de petróleo e gás natural para terceiros particulares¹⁹. O contratado pode, com efeito, deter a propriedade, não sendo, porém, titular de sua livre disponibilidade²⁰. Desse modo, o Pretório Excelso consolidou a constitucionalidade e legitimidade da Lei nº 9.478/97, pondo fim às dúvidas na doutrina e no seio dos profissionais do setor²¹.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.273/DF. Relator Min. Eros Grau. Julgamento em 16/03/2005. In DJ de 02/03/2007, p. 25.

¹⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo...**, p. 439.

²⁰ “A propriedade de que se cuida, no caso do petróleo e do 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”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.366/DF. Relator Min. Eros Grau. Julgamento em 16/03/2005. In DJ de 02/03/2007, p. 26.

²¹ Ainda em relação às dúvidas que pairavam no setor, impõe-se a citação da ACO n 1.136/RJ, que fixou a competência do Ministério Público Federal para questionar o poder de polícia da ANP: “Os fatos indicados nos autos evidenciam o interesse jurídico da União, aqui consubstanciado no efetivo exercício do poder de polícia da Agência Nacional do Petróleo, evidenciando a atribuição do Ministério Público Federal para conduzir a investigação”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Cível Originária nº 1.136/RJ. Relator Min. Ellen Gracie. Julgamento em 04/08/2011. In DJ de 22/08/2011, p. 69.

A outro giro, após o julgamento desses casos emblemáticos, o STF vem sistematicamente recusando analisar recursos em que se questionam atos administrativos da ANP, por entender que não é cabível recurso extraordinário em discussão da legislação infraconstitucional à luz da Constituição, fortalecendo a importância da jurisprudência do STJ, esta sim, competente via Recurso Especial, para apreciar as demandas das partes reguladas pela ANP. Um primeiro julgado que se cita nesse sentido é o Agravo Reg. em Agravo no Recurso Extraordinário nº 824.959/RJ. Veja-se como restou ementado o referido julgado, em conformidade com a relatoria do ministro Luís Roberto Barroso:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. VAZAMENTO DE COMBUSTÍVEL. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. PRECEDENTE. 1. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afasta o cabimento de recurso extraordinário para o questionamento de alegadas violações à legislação infraconstitucional sem que se discuta o seu sentido à luz da Constituição.** 2. Para dissentir da solução conferida pelo Tribunal de origem, faz-se imprescindível uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constantes dos atos, o que é vedado em recurso extraordinário (Súmula 279/STF). Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento²² [grifos nossos].

Em sentido semelhante, posicionou-se o Pretório Excelso em outros julgados, como, v.g., o Agravo Reg. em Recurso Extraordinário nº 568.471/RJ. Nele, discutiram-se as limitações à aquisição, distribuição e comercialização de combustíveis, impostas pela Portaria 202/99 da ANP, muito questionada, que, especificamente no art. 4º, IV, e art. 10, II, obriga as distribuidoras à comprovação de regularidade junto ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF). Essa Portaria será melhor analisada no exame da jurisprudência do STJ. Por ora, basta ressaltar que o STF entendeu que a ofensa à Constituição se deu de maneira indireta, razão pela qual não seria cabível a interposição de recurso extraordinário, com base nos precedentes da Corte.

Caso interessante na jurisprudência do STF é o Agravo Reg. em Agravo de Instrumento nº 636.883/RJ. Decidiu a Primeira Turma que não fere o princípio da livre iniciativa a ocorrência de restrições para a venda de combustíveis contidas em Portarias do Ministério de Minas e Energia:

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 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

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 824.959/RJ. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 15/12/2015. In DJ de 12/02/2016.

1988, apresentava-se como diploma plenamente válido para regular o setor de combustíveis. Precedentes RE 252.913 e RE 229.440. 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.

Ponto importante do voto da Ministra Cármen Lúcia é o momento em que reforça que o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e da defesa do consumidor. Tal situação legitima as regras restritivas da ANP à livre iniciativa no âmbito de sua competência. Ressalte-se, ademais, que a defesa do consumidor deve nortear a atuação da agência, com lastro nos art. 1º, III, e 8º, I, da Lei do Petróleo.

Percebe-se que a jurisprudência do STF ou opta por não adentrar no mérito da ação, por faltar pressupostos de cabimento do Recurso Extraordinário ou, quando o faz, ainda que sucintamente, legitima a atuação da ANP. Essa atuação da Suprema Corte acaba reforçando o papel do STJ, que passa a ficar responsável por analisar os poderes regulatórios da ANP em maiores detalhes. É sobre a jurisprudência desta Corte de Justiça que o presente estudo passa a se debruçar.

A partir de 1989, precisamente no dia 7 de abril, instalou-se o Superior Tribunal de Justiça, órgão com competência para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, ou quando der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, III, alíneas “a” e “c” da Constituição de 1988).

Inicia-se o exame das decisões com o questionamento em mandado de segurança acerca da legalidade da Portaria ANP 187/98, por ter imposto a obrigatoriedade de adição de corantes à gasolina e ao óleo diesel quando do carregamento dos carros-tanque somente nas bases de distribuição da Petrobrás Distribuidora indicadas. Tal procedimento é obrigatório apenas nos suprimentos interestaduais oriundos dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, quando fornecidos às sociedades que tenham obtido liminares ou sentenças judiciais que as autorize a adquirir estes produtos sem a retenção do ICMS, próprio e/ou por substituição tributária.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região considerou que não houve ilegalidade por parte da ANP, que pode editar atos administrativos que estabeleçam restrições ao desenvolvimento da atividade de distribuição de derivados do petróleo,

tendo em vista a relevância da atividade de distribuição (considerada de utilidade pública pela Lei nº 9.847/99) e a proteção da coletividade. Tais atos normativos não ferem os princípios da livre concorrência e livre iniciativa (art. 170, *caput*, e inciso IV da Constituição). Ao determinar que compete à ANP 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, a Lei 9.478/97, em seu art. 8º, inciso XV, confere suporte e legalidade à Portaria 187/98.

A Segunda Turma do STJ, ao apreciar o Recurso Especial 677215/RJ, interposto contra o acórdão do TRF2, seguiu por unanimidade o voto do relator ministro Humberto Martins. Em sua fundamentação, o julgador observou que a intervenção do Estado na atividade econômica encontra autorização na Constituição Federal (art. 174) e que tem por finalidade a proteção do bem comum. Não há ilegalidade na edição de atos administrativos pela autoridade competente e deu como exemplo que o ministro das Minas e Energia, conforme orientação constitucional (art. 155, X, b e art. 174) e do próprio STJ, pode restringir a prática de operações interestaduais envolvendo compra e venda de produtos do petróleo, consoante decisão no Mandado de Segurança nº 4.444/DF, Relator p/acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 23/09/1998.

As restrições impostas pela Portaria 187/98 têm supedâneo na Constituição, pois o Estado pode condicionar o exercício da liberdade da atividade econômica à autorização do Poder Público (art. 170, parágrafo único). A ANP buscou apenas uma forma de melhor obstaculizar a possível venda clandestina dos combustíveis não tributados no mesmo Estado, visando, portanto, restabelecer o equilíbrio do mercado de derivados de petróleo e impedir a manipulação artificial dos preços dos combustíveis.

No Recurso Especial nº 1101040/PR, a Primeira Turma do STJ apreciou a pretensão da ANP de ver declarada a legalidade da Portaria 201/99, no que tange a proibição contida no art. 2º ao Transportador-Revendedor-Retalhista (TRR) de adquirir e comercializar gás liquefeito de petróleo (GLP), gasolina e álcool combustível. Ressalte-se que a Portaria em comento foi revogada expressamente pelo art. 30 da Resolução ANP 8/2007, que mantém a proibição em seu art. 1º, § 2º, incluindo ainda (i) o biodiesel, (ii) a mistura biodiesel/óleo diesel não especificada ou não autorizada pela ANP, (iii) o combustível de aviação e (iv) o gás natural e gás natural veicular, comprimido e liquefeito.

O processo em segunda instância tramitou no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), sendo a decisão desfavorável à Agência sob o fundamento de ofensa ao princípio da legalidade ou reserva legal (art. 5º, II da CF). Para os desembargadores do TRF4, as portarias, como atos normativos de caráter administrativo, funcionam como fontes subsidiárias ou complementares das regras constantes dos atos legislativos, e somente podem substituí-los ou mesmo regulamentá-los se houver expressa autorização constitucional ou legal. Contra este acórdão foi interposto recurso especial pela ANP.

A relatora no STJ Ministra Denise Arruda acolheu a pretensão da ANP quanto a legalidade do ato administrativo, eis que a atividade econômica exercida pelo Transportador-Revendedor-Retalhista de produtos combustíveis e lubrificantes (TRR) é regulada pela Lei nº 9.478/97, que confere à ANP a atribuição de regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis (art. 8º, XV). Entendeu, também, que o art. 56 da mesma lei, ao dispor em seu parágrafo único que “a ANP baixará normas sobre a habilitação dos interessados em efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural as condições para a autorização e para transferência de sua titularidade”, também confere poderes à Agência para baixar normas destinadas à regulamentação das atividades do setor.

No exercício dessa prerrogativa foi editada a Portaria 201/99, que estabeleceu restrições à atividade do TRR quanto a certos produtos. Sobre ofensa ao princípio da legalidade, por falta de expressa autorização legal, a Ministra apoiou sua decisão na doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, *in verbis*:

Por conseguinte, não nos parece ocorrer qualquer desvio de constitucionalidade no que toca ao poder normativo conferido às agências. 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 [...]. Resulta, pois, que tal atividade não retrata qualquer vestígio de usurpação da função legislativa pela Administração, pois que poder normativo - já o acentuamos - não é poder de legislar: tanto pode existir este sem aquele, como aquele sem este. [...] A nosso ver, portanto, as agências reguladoras exercem mesmo função regulamentadora, ou seja, estabelecem disciplina, de caráter complementar, com observância dos parâmetros existentes na lei que lhes transferiu aquela função.²³

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 85.

No julgamento do recurso especial a Turma acolheu por unanimidade o voto da relatora e deu provimento em favor da ANP para julgar improcedente o pedido formulado na inicial de legalidade da Portaria 201/99.

A legalidade da Portaria 201/99 também foi questionada no Recurso Especial nº 1048317/PR, julgado em 2009 pela Segunda Turma do STJ. Cuida-se, originariamente, de mandado de segurança impetrado por pessoa jurídica contra ato imputado ao Coordenador da ANP, insurgindo-se contra a restrição imposta à comercialização de gasolina, álcool e óleo diesel em postos revendedores. A impetrante pretende afastar as disposições contidas no mencionado ato, com a finalidade de exercer atividade típica de distribuidora para postos revendedores, sem a presença dos requisitos estabelecidos para as distribuidoras de combustível na Portaria 202/1999.

A decisão monocrática de primeira instância havia concedido a segurança para afastar a aplicação da norma administrativa, sob o argumento de que teria ocorrido extrapolação da competência da Agência ao editá-la. A decisão do TRF4 manteve a segurança e invocou o art. 238 da CF, entendendo que apenas a lei é o instrumento adequado para delinear os contornos das atividades ligadas à venda e distribuição dos combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis, não sendo Portaria meio legítimo para tal. Acerca do mercado de combustíveis, concluíram os julgadores que a ANP recebeu, em substituição ao DNC, delegação que não poderia ter sido dada, porquanto o sujeito eleito constitucionalmente para tratar do assunto seria o legislador ordinário e não a autoridade administrativa.

O ministro relator Herman Benjamin refutou completamente os argumentos da decisão do TRF4. Considerou que é natural e lógico que as exigências para aqueles que exercem atividades sujeitas à regulação administrativa nesse caso sejam mais rigorosas que as aplicáveis à simples venda direta ao consumidor final, pois se trata de atividade empresarial que, no atacado, fornece combustível a vários postos, atingindo um grande número de consumidores. Para o julgador ficou evidente a pretensão da sociedade recorrida era de se furtar às exigências contidas na Portaria 202/1999 (aplicável às distribuidoras), sob a alegação de que as restrições de comercialização impostas pela Portaria 201/1999 eram ilegais. O relator concluiu que a Portaria 201/99 é consentânea com a competência da Agência Nacional do Petróleo, nos termos da Lei nº 9.478/1997, pois se caracteriza como mera exteriorização do poder de disciplina e fiscalizatório da

Agência. Segundo o relator, “os chefes do Poder Executivo podem regulamentar a lei por meio de Decreto, facultando-se, ademais, à autoridade administrativa editar atos normativos administrativos gerais – como Portarias e Resoluções – com o intuito de disciplinar e instrumentalizar a boa aplicação da legislação que lhes é superior”²⁴.

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso para denegar a Segurança concedida na primeira instância.

O ato administrativo mais questionado no STJ foi a Portaria ANP 202/1999, especificamente os artigos 4º, IV, e art. 10, II, que, respectivamente, obrigam as distribuidoras à comprovação de regularidade junto ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), para instruir o pedido de registro de distribuidor de combustíveis, e a possuírem base própria de armazenamento e distribuição com capacidade mínima de 750 m³ (setecentos e cinquenta metros cúbicos), para a concessão de autorização de funcionamento.

Tanto no Recurso Especial nº 640.460/RJ, julgado em 2007 pela Primeira Turma, quanto no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.154.156/RJ, julgado em 2009 pela Segunda Turma, questionou-se a legalidade de regularidade no SICAF pelas distribuidoras de combustíveis.

O REsp 640.460/RJ foi interposto contra acórdão do TRF2 que denegou mandado de segurança preventivo impetrado com o objetivo de afastar a exigência de comprovação de regularidade junto ao SICAF. O fundamento invocado pelo Tribunal foi de que as exigências contidas na citada Portaria são compatíveis com as normas constitucionais, já que o Poder Público pode intervir na atividade econômica para proteger o interesse público e, com base na Lei nº 9.478/97, a ANP é órgão regulador da indústria do petróleo. O relator ministro Teori Zavascki rejeitou todos os argumentos apresentados pelo recorrente, a saber: (I) o SICAF serve somente para o cadastro e a verificação da regularidade fiscal para contratação com a Administração Pública, sendo inaplicável àqueles que não participam de licitações ou contratações com o Poder Público, (II) a Lei 9.478/97 não prevê a exigibilidade de cadastramento das distribuidoras perante o SICAF, (III) não é viável a imposição de tal exigência, uma vez que a recorrente já possui o registro de distribuidor, (IV) as sanções referidas no inciso VII do art. 8º da Lei 9.478/97 estão sujeitas à observância de legalidade estrita, e (V) a

²⁴ Trecho do voto do Min. Herman Benjamin proferido no acórdão do REsp 1048317/PR. Disponível *on line* em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4974629&num_registro=200800806911&data=20100930&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 20/08/2016.

exigência de cadastramento no SICAF é ato arbitrário e autoritário, contrário aos princípios administrativos da finalidade, motivação e irretroatividade, criando meio de coação indireta de cobrança de tributos.

O relator apoiou-se na doutrina de Alexandre Santos de Aragão:

Com efeito, devemos observar que o Poder Legislativo, diante da complexidade, dinamismo e tecnicização da sociedade, tem distinguido os aspectos políticos dos de natureza preponderantemente técnica da regulação social, retendo os primeiros, mas, consciente das suas naturais limitações, transpassando a outros órgãos ou entidades públicas ou privadas, a normatização de cunho marcadamente técnico. [...].

A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao qual podemos acrescer o fato da competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação.²⁵

Com base nos argumentos acima, o julgador concluiu que não há incompatibilidade entre o art. 8º da Lei nº 9.478/97 e o inciso IV do art. 4º da Portaria 202/99 da ANP. Pelo contrário, a exigência da certidão prevista nada mais representa do que a regular manifestação do poder regulatório e fiscalizatório atribuído à ANP, com a evidente finalidade de verificar a idoneidade financeira e fiscal das sociedades que se habilitam a exercer atividade do interesse social.

Seguindo unanimemente o voto do relator, a Turma decidiu que a exigência da ANP de cadastramento prévio do distribuidor no SICAF, como condição para obtenção do registro de distribuidor, é legítima e decorre do exercício regular das suas finalidades, além de traduzir manifestação do poder regulatório e fiscalizatório atribuído pela Lei do Petróleo. Com estas considerações, negou-se provimento ao recurso especial.

O Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.154.156/RJ, também contra decisão do TRF2 que negou seguimento ao agravo de instrumento, reproduz os mesmos fundamentos do RESP 640.460/RJ, que lhe serve de precedente citado pelo ministro relator Herman Benjamin, razão pela qual a decisão não será comentada.

Nos Recursos Especiais nº 714.110/RJ e 866.754/RJ, ambos julgados pela Segunda Turma e relatados pela ministra Eliana Calmon, questionou-se a legalidade do art. 10, II, e da Portaria ANP 202/1999, no tocante à obrigação das distribuidoras de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, possuírem base própria de armazenamento e distribuição com capacidade mínima de 750 m³ (setecentos e cinquenta metros cúbicos), para a concessão de

²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Poder Normativo da Agência Nacional de Petróleo (ANP). In: **Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal** – IDAF. Ano II, nº 23, junho 2002/2003, p. 966.

autorização de funcionamento. O comentário será em conjunto diante da decisão atacada no STJ ser proveniente do mesmo órgão (TRF2) e da similitude dos fundamentos do *decisum*.

O fundamento da pretensão dos recorrentes é o reconhecimento da ilegalidade da Portaria 202/99 por desrespeitar os princípios e objetivos da Lei 9.478/97, como o princípio da livre concorrência (art.1º, IX) e a política nacional de aproveitamento racional de energia (art. 2º, I). A violação ocorreria porque a ANP, ao condicionar o registro de distribuidor e a homologação de contratos de cessão de base à construção de base própria por cada distribuidora, teria extrapolado a competência que lhe atribui a Lei do Petróleo. No mérito, as recorrentes de cada processo alegam que a exigência de base própria de armazenamento para atender melhor o consumidor é descabida, uma vez que implica em restringir a atividade econômica dos empresários e, ao contrário de expandir o mercado, inviabiliza o crescimento e o nascimento de novas sociedades. Aduziram que qualquer restrição à liberdade de iniciativa deve guardar ponderação com o princípio da razoabilidade e ser estabelecida por lei em sentido formal e material.

A relatora considerou que os dispositivos citados como violados (arts. 1º, I, II, IX, e 8º da Lei nº 9.478/97) não se revestem de objetividade normativa com o condão de inibir a regulamentação perpetrada pela Portaria 202/99. Argumentou que não se pode, por um critério objetivo, afirmar que a exigência da ANP sobre as bases próprias de armazenamento tenha maculado princípios relacionados às políticas nacionais de aproveitamento racional das fontes de energia. A averiguação da satisfação dos referidos princípios e objetivos pela atividade administrativa ou, especificamente, pela Portaria 202/99, não tem lugar em ação judicial, pois dizem respeito à condução de políticas pública pelo Poder Executivo, nelas não podendo se imiscuir o Judiciário. A Segunda Turma, em ambos os casos, por unanimidade não deu provimento aos recursos.

Nos Recursos Especiais nº 676.172/RJ e 802.085/RJ, respectivamente julgados pela Primeira e Segunda Turma, questionou-se a exigência do sistema de quotas de fornecimento de combustível sob o regime mensal, instituída pelo art. 7º da Portaria ANP 72/2000, e a vedação às distribuidoras de adquirirem gasolina e óleo diesel tanto sob o regime de contrato de fornecimento com o produtor quanto sob o regime de pedido mensal, prevista no parágrafo único do art. 3º da mesma Portaria.

No julgamento do REsp 676.172/RJ, a Primeira Turma acatou os argumentos esposados no voto do ministro relator José Delgado e negou provimento ao recurso

especial interposto contra acórdão do TRF2 que considerou legal o regime de quotas de combustível, sob o fundamento de que a Constituição federal autoriza a fixação de limites a que a livre concorrência deve se sujeitar, sendo um dos motivos que inspiraram a criação das Agências Reguladoras. O principal argumento invocado é que se o art. 3º da Portaria nº 72/2000 proporciona dois sistemas de aquisição de combustíveis pelas distribuidoras. Ao fazer a opção pelo sistema de pedido mensal, a distribuidora deve obedecer aos critérios estabelecidos para esse tipo de procedimento prescritos no art. 7º, inclusive o sistema de quotas.

O ministro ressaltou que a Portaria não extrapolou os limites fixados pela Lei nº 9.478/97, porque prestigia a liberdade de escolha de suprimento, além de garantir o produto para as distribuidoras que optam por não serem regidas pelo sistema de contrato direto com o fornecedor. Ademais, não há violação do art. 8º da Lei nº 9.478/97, como apontado, porque a proteção das distribuidoras não pode ocorrer com o comprometimento do mercado nacional de combustíveis e da satisfação do consumidor, devendo haver a conciliação de tais interesses.

Contra decisão do TRF2, que considerou válidas e legítimas as exigências da Portaria ANP 72/2000, foi interposto o Recurso Especial 802.085/RJ, apontando-se violação dos arts. 1º, 7º e 8º da Lei nº 9.478/97, defendendo-se que o ato da ANP ofende o princípio da livre concorrência ao fixar quotas mensais para aquisição de combustível, além do que extrapola o dispositivo legal regulamentado, desviando-se da finalidade para a qual foi criada, nos termos do art. 8º da mesma lei.

A ministra relatora Eliana Calmon observou em seu voto que a ANP foi criada com o objetivo de regular o mercado nacional de abastecimento de combustíveis ante a importância estratégica desse setor econômico, citando o art. 8º, XV, da Lei do Petróleo. No uso de suas atribuições foi editada a Portaria atacada para regular o mercado de abastecimento de combustíveis, estabelecendo parâmetros a serem seguidos para o fornecimento de combustível às distribuidoras. Portanto, o sistema de quotas mensais tem por escopo assegurar ao distribuidor o volume mensal de combustível a ser adquirido junto ao fornecedor, colocando em pé de igualdade sociedades existentes já atuantes no mercado com novas distribuidoras, fomentando a livre concorrência.

A pretensão da recorrente de adquirir, em momento que lhe convier, combustível no volume que bem entender, ou seja, sob o regime de fornecimento direto com o produtor, uma vez submetida às regras do fornecimento sob a modalidade de quotas mensais, cria um sistema híbrido, vedado pela Portaria. Em conclusão, a

julgadora entendeu que se é facultado às distribuidoras a adoção de um ou de outro regime, cada qual com seus prós e contras, resta à recorrente adequar-se ao regramento adotado. Corroborando as considerações da relatora, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso.

5. Conclusão

A criação da ANP em 1997 ocorreu em um cenário subjacente à flexibilização do monopólio estatal no setor petrolífero, sendo resultado direto da EC nº 09/95. Para normatizar e regular a indústria do petróleo, cabe a ANP coordenar a contratação de sociedades empresárias para realizar a exploração e produção de jazidas de óleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, bem como o refino e transporte dos produtos e derivados básicos do petróleo, em consonância com as normas editadas pelo Conselho Nacional de Política Energética e unidade de desígnios com o Ministério de Minas e Energia.

A Agência, ao implementar a Política Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, deve atender aos fins da política energética brasileira, seus princípios e objetivos. Como autarquia de regime especial a ANP tem maior autonomia e independência funcional e, como consectário, é dotada de poder normativo técnico, independência política e administrativa, autonomias decisória e econômico-financeira. O poder normativo legalmente outorgado tem seus limites dentro da esfera de atuação e competência, balizada em maior ou menor grau na Lei do Petróleo; dela a ANP não pode ser afastar na edição de seus atos administrativos.

O exame da jurisprudência do STF revela que a Corte não adentra no mérito das ações ou recursos que questionam atos administrativos da ANP, por faltar pressupostos de cabimento do Recurso Extraordinário ou, quando o faz, ainda que sucintamente, legitima a atuação da Agência. Essa atuação da Suprema Corte acaba reforçando o papel do STJ, que passa a ficar responsável por analisar os poderes regulatórios da ANP.

Os julgados analisados demonstram que o STF e, principalmente, o STJ tem se preocupado em afirmar a competência da ANP para regular e fiscalizar as atividades de indústria, gás natural e biocombustíveis. Os atos administrativos emanados da Agência têm sido considerados válidos e dentro das suas atribuições, não havendo desrespeito ao princípio da reserva legal ou extrapolação da competência que lhe foi atribuída pelas Leis nº 9.478/97 e nº 9.847/99.

Há uma preocupação dos ministros tanto do STF quanto do STJ em reconhecer o poder regulamentar conferido à ANP e que esse é exercido em prol dos interesses da sociedade e do consumidor. Ademais, a própria Constituição permite em seu art. 170, parágrafo único, que a lei estabeleça restrições à livre iniciativa em resguardo aos princípios constitucionais da livre concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente.

6. Referências

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. O Poder Normativo da Agência Nacional de Petróleo (ANP). *In: Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal - IDAF*. Ano II, nº 23, junho 2002/2003, p. 966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.273/DF. Relator Min. Eros Grau. Julgamento em 16/03/2005. In DJ de 02/03/2007, p. 25.

_____. _____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.366/DF. Relator Min. Eros Grau. Julg. 16/03/2005. In DJ de 02/03/2007, p. 26.

_____. _____. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 568.471/RJ. Relator Min. Eros Grau. Julgamento em 24/06/2008. In DJ de 18/08/2008, p. 1393.

_____. _____. Primeira Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 636.889/RJ. Relator Min. Carmen Lúcia. Julgamento em 08/02/2011. In DJ de 01/03/2011, p. 219.

_____. _____. Tribunal Pleno. Ação Cível Originária nº 1.136/RJ. Relator Min. Ellen Gracie. Julgamento em 04/08/2011. In DJ de 22/08/2011, p. 69.

_____. _____. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 824.959/RJ. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 15/12/2015. In DJ de 12/02/2016, p. 27.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial nº 676.172/RJ. Relator Min. José Delgado. Julgado em 02/06/2005. In DJ de 27/06/2005, p. 253.

_____. _____. Segunda Turma. Recurso Especial nº 714.110/RJ. Relator Min. Eliana Calmon. Julgamento em 13/09/2005. In DJ de 03/10/2005, p. 213.

_____. _____. _____. Recurso Especial nº 677.215/RJ. Relator Min. Humberto Martins. Julgamento em 12/09/2006. In DJ de 22/09/2006, p. 250.

_____. _____. _____. Recurso Especial nº 802.085/RJ. Relator Min. Eliana Calmon. Julgamento em 01/03/2007. In DJ de 15/03/2007, p. 298.

_____. _____. Primeira Turma. Recurso Especial nº 640.460/RJ. Relator Min. Teori Albino Zavascki. Julgamento em 11/09/2007. In DJ de 27/09/2007, p. 224.

_____. _____. Segunda Turma. Recurso Especial nº 866.754/RJ. Relator Min. Eliana Calmon. Julgamento em 04/11/2008. In DJe de 24/11/2008.

_____. _____. Primeira Turma. Recurso Especial nº 1.101.040/PR. Relator Min. Denise Arruda. Julgamento em 16/06/2009. In DJe de 05/08/2009.

_____. _____. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.154.156/RJ. Relator Min. Herman Benjamin. Julgamento em 27/10/2009. In DJe de 11/11/2009.

_____. _____. _____. Recurso Especial nº 1.048.317/PR. Relator Min. Herman Benjamin. Julgamento em 15/05/2009. In DJe de 30/09/2010.

_____. _____. _____. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 493.411/MG. Relator Min. Humberto Martins. Julgamento em 05/06/2014. In DJ de 13/06/2014.

CARMEN, Tiburcio; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.) **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 75-90.

FONTES, André. Regulação e Petróleo. In **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia (RBDP)**, n. 2, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ): Rio de Janeiro, 2006.

LEE, Matthew. A Brief and Selective History of U.S. Regulation. In **Inner City Public Interest Law Center**. Disponível em: <<http://www.innercitypress.org/reghist.html>>. Acesso em: 05.08.2016.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3.ed, revista, atualiz. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.