

1. INTRODUÇÃO

A atuação estatal na economia pode ocorrer de formas diferentes, o Estado tanto pode atuar diretamente na ordem econômica por meio da exploração de uma atividade concorrendo com outras empresas, como no caso do setor bancário, ou exercendo um monopólio como já ocorreu na atividade petroleira.

Além disso, o Estado pode interferir indiretamente como ente fiscalizador, normatizador, regulador e incentivador da ordem econômica.

Nesse sentido, a regulação é uma modalidade de interferência indireta do Estado na economia e geralmente a regulação surge quando Estado deixa de exercer uma atividade direta passando atuar indiretamente.

Na década de 90 o Brasil intensificou o processo de privatizações das estatais e com o objetivo de manter o controle desses setores, foram criadas as agências reguladoras seguindo modelos estrangeiros em especial o americano.

Em tese, para que haja imparcialidade nas decisões das agências é necessário estabelecer independência e autonomia, sem qualquer ligação direta entre chefes do executivo, agentes do governo, partidos políticos ou que haja privilégio de alguns grupos em detrimento de outros.

2. CONCEITO DE REGULAMENTAÇÃO

Inicialmente para evitar o emprego equivocado de cada terminologia é fundamental destacar as diferenças entre os conceitos de regulamentação e regulação, que por vezes são, utilizados como sinônimos.

Em vernáculo português, regulamentação significa a ação ou efeito de regulamentar, ato de fixar por meio de um regulamento.

A atividade de regulamentação está ligada à produção normativa emanada pelo Poder Executivo, Legislativo ou até mesmo pelo Judiciário.

Conforme ilustra Glauco Martins Guerra, a regulamentação é ato administrativo que gera por consequência uma norma jurídica de origem da Administração Pública (GUERRA, 2004, p. 302).

Inclusive, a Constituição da República Federativa do Brasil consagrou essa disciplina regulamentar no artigo 84, IV¹, estabelecendo a como competência privativa do Presidente da República.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que o poder regulamentar é de incumbência do Chefe do Poder Executivo, seja ele, federal, estadual ou municipal e o ato é formalizado por meio de decreto, mas existem outros atos normativos que também são regulamentares, tais como resoluções, portarias, instruções, circulares, regimentos, ordens de serviços, avisos, bem como os atos do Legislativo e Judiciário, sendo esses os decretos legislativos e resoluções do Legislativo, e também os provimentos dos Tribunais (PIETRO, 2018, p. 97 e 98).

Do mesmo modo, Moreira Neto explica que a regulamentação é função política, mas de imposição de regras secundárias, as quais irão complementar as normas emanadas pelo ordenamento jurídico como o objetivo de dar visibilidade e torná-las executáveis, mas nunca criar, modificar ou extinguir os direitos (MOREIRA NETO, 2003, p. 132).

Ademais, segundo Canotilho, o regulamento é um ato normativo, contudo, não possui valor legislativo, sendo fruto da função administrativa do Estado (CANOTILHO, 1993, p. 909).

Por fim, em suma, denota-se que a atividade de regulamentação é exercida com o objetivo de complementação das leis e essa prerrogativa se estende aos Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário.

3. REGULAÇÃO

3.1 Conceito

A regulação é tecnicamente diferente da regulamentação, isto porque a regulação não guarda em suas características uma atividade emanada do exercício regulamentar do Executivo, Legislativo ou Judiciário, mas sim uma forma de intervenção estatal na economia e um de seus objetivos é atenuar ou eliminar os possíveis vícios do mercado.

Em nossa gramática regulação significa afinar, ajustar e ainda, segundo Pérez a regulação tem como objetivo harmonizar como as regras, ordenar, uniformizar e equilibrar (PÉREZ, 2004, p. 584).

¹ (...) Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

O termo regulação nos ensinamentos de Calixto Salomão “é utilizado em perspectiva mais teórica pelos administrativistas, relacionados, no entanto, à regulação dos serviços públicos” (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 20).

No entendimento de Moreira Neto a regulação é uma função administrativa, mas não oriunda do poder político e sim em consequência de uma lacuna legislativa a qual deixa uma abertura para decisão que requer ponderação e neutralidade quanto aos interesses envolvidos (MOREIRA NETO, 2003, p. 132 e 133).

No mesmo sentido há uma importante decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ² destacando o papel das agências reguladoras, as quais pautam suas atuações nas políticas públicas dando cumprimento infralegal às determinações de suas leis de regência.

Segundo Sérgio Guerra, “A função de regulação deve se caracterizar como sendo uma função de Estado e não de governo” (GUERRA, 2016, p. 205)

Na visão de Marçal Justen Filho a regulação é escolha do Estado em intervir indiretamente, assim, o Estado atua diretamente somente em áreas de seu interesse e reserva suas energias para produzir normas e decisões que controlem a atuação das demais instituições (JUSTEN FILHO, 2016, p. 795).

Do mesmo modo, nos estudos de Aragão é identificado que na regulação não há uma atividade direta do Estado seja na produção de bens e serviços ou no fomento de atividades (ARAGÃO, 2001, p. 63).

Ainda, Aragão elenca três áreas da regulação (I) regulação dos monopólios, preservando a economia popular com o controle de preços e qualidade de produtos e serviços, (II) regulação para competição e (III) regulação dos serviços públicos. (ARAGÃO, 2001, p. 64).

Sundfeld ilustra também que a intervenção estatal pode ser utilizada com objetivos diversos tais como, o estabelecimento de medias ambientais, urbanísticas, regulação de profissões e outras (SUNDFELD, 2000, p. 18).

Na ótica de Calixto Salomão, o Estado regula quando realiza concessão a um particular a prestação de um serviço público, bem como no exercício do poder de polícia e

² “É que, com a multiplicação das agências reguladoras e outros agentes de regulação próprios do Estado Gerencial e o reconhecimento de que estas novas entidades administrativas pautam sua atuação nas políticas públicas dando cumprimento infralegal às determinações de suas leis de regência, seria imperioso assumir que o papel de pacificação social que possui a uniformização da interpretação das leis federais ficaria relegado a um segundo plano se não fosse possível a esta Corte Superior analisar o conteúdo e o alcance de diplomas normativos infralegais. V., p. ex., REsp 1.102.578/MG, 1.ª Seção, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 29.10.2009” (Rcl 4.016/PR, 1.ª S., decisão monocrática, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 09.04.2010, DJ 13.04.2010).

ainda, acaba regulando com a imposição de preço, qualidade, quantidade e demais situações (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 21).

No mesmo sentido, Sundfeld estabelece que quando voltada à intervenção do Estado na economia com objetivos econômicos, a regulação é manifestada pelo controle dos monopólios, sanção às infrações, controle de preços e tarifas, bem como abertura do mercado a novos agentes (SUNDFELD, 2000, p. 18).

E conforme leciona Calixto Salomão, no âmbito econômico o significado de regulação é a redução da intervenção direta do Estado na economia e “crescimento do movimento de concentração econômica” (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 21).

Visando solucionar os casos de concentração econômica e criação de monopólios a intervenção estatal deve ser realizada por meio de políticas *antitruste*.

Nessa seara, Calixto Salomão elenca que são poucos trabalhos em direito *antitruste* que utilizam o termo “regulação” e o estudo está voltado para questões de procedimentos como o funcionamento das agências reguladoras e órgãos de defesa da concorrência (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 20).

Além disso, Calixto Salomão, também, explica que é importante a existência de regulação em áreas em que existam monopólios naturais (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 29).

Por último, observa-se que a intervenção como forma de regulação foi criada para corrigir ou evitar que ocorram falhas no mercado e estas possam colocar em risco uma série de questões, além desse fato há também uma preocupação *antitruste* que coloca algumas instituições em uma posição mais favorecida do que outras, causando sérios problemas a todos envolvidos no mercado.

3.2 Teorias da regulação

Considerando que as definições e alcance do conceito de regulação são amplos, existem algumas teorias da regulação, tais como, do interesse público, da escola clássica de regulação e teoria econômica da regulação, sendo que os principais objetivos dessas teorias são os estudos, as aplicações, as necessidades e os limites do direito regulatório.

Calixto Salomão se refere a essas teorias como “escolas” e elenca duas a respeito da intervenção estatal por meio da regulação, a escola do interesse público e a escola neoclássica de regulação (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 22 e 23).

Na teoria do interesse público, não há o objetivo de preservação do mercado e seu principal foco é a maximização do bem-estar social, valendo-se do interesse público e do

princípio da finalidade da administração pública que é o bem comum (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 23).

Esse modelo é passível de importantes críticas, tendo em vista, que é complexa a definição, bem como o conhecimento exato do serviço público, desse modo, em alguns momentos o Estado erra em suas escolhas, porque ora fornece em excesso e em outros momentos fornece pouco e as vezes atua em áreas que deveriam ser concedidas aos particulares ou acaba transferindo aos particulares uma atuação que deveria ser realizada pelo próprio Estado.

Por outro lado, diferentemente da teoria anterior, a escola neoclássica de regulação nega o fundamento do interesse público na regulação, estabelecendo como pauta a reparação dos vícios do mercado por meio da regulação (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 27).

Por meio dessa teoria, acredita-se que os resultados podem ser previsto “e, conseqüentemente, indicar os fins da atividade econômica” e ainda, que a regulação é a substituição do mercado (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 27).

Existe também a teoria econômica da regulação, um dos principais responsáveis pela criação é George Joseph Stigler da Escola de Chicago nos Estados Unidos da América, essa teoria estabelece dentre outros pontos, que existem vários grupos de interesses nas atividades econômicas.

Assim, verifica-se nessas relações alguns dos seguintes interessados, o grupo das empresas prestadoras de serviços ou fornecedora de produtos, os consumidores, os funcionários, os fornecedores, as empresas que gostariam de operar no mercado, mas são impossibilitadas, os legisladores e outros.

Segundo essa teoria, o grupo a ser beneficiado será aquele que possa melhor atender os interesses dos legisladores de se manterem no poder, os quais moldarão o comitê dos grupos regulatórios conforme seus interesses.

No tocante aos aspectos práticos da teoria econômica da regulação conforme destaca Calixto Salomão no Brasil tem sido utilizada, também, em setores que sofreram privatizações (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 21).

O referido jurista ilustra que se a “teoria da regulação” for aplicada corretamente significa que o Estado deixou de exercer a intervenção direta na economia para atuar como “organizador das relações sociais e econômicas” (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 20).

Corroborando com o pensamento do citado jurista, é importante conhecer do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ ³, no qual a definição da atuação das agências reguladoras é de ajustar o funcionamento da atividade econômica de todo o país.

4. AGÊNCIAS REGULADORAS

4.1 Origem

O marco inicial das agências reguladoras está relacionado com a criação pelo Parlamento inglês em 1834 de entes dotados de autonomia com o objetivo de realizar as medidas estabelecidas na legislação e de dirimir seus conflitos (GROTTI, 2004, p. 69).

Influenciado pelo modelo inglês, o surgimento das agências especializadas na regulação de áreas específicas da economia nos Estados Unidos da América ocorreu em 1887. Nessa ocasião, as empresas de transporte ferroviário e os fazendeiros do oeste dos estados unidos estavam em um conflito, as primeiras buscando o máximo de lucro e os últimos exercendo pressão entre os legisladores, deste fato verificou-se a necessidade de entes para regular esta área econômica (GROTTI, 2004, p. 69).

O início das agências reguladoras brasileiras⁴ nos moldes atuais foi na década de 1990⁵, influenciada pelo modelo norte americano e nos ideais neoliberais contidos no “Consenso de Washington”⁶, que aconselhava medidas para a “diminuição” do Estado.

Nesse sentido merece destaque uma importante constatação realizada por Mattos, em sua visão o grande problema dos países desenvolvimento tardio⁷ é a ausência de reservas financeiras para o fomento do mercado interno e por esse motivo, esses países dependem de

³ "4. As agências reguladoras consistem em mecanismos que ajustam o funcionamento da atividade econômica do País como um todo, principalmente da inserção no plano privado de serviços que eram antes atribuídos ao ente estatal. Elas foram criadas, portanto, com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para o fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário" (REsp 757.971/RS, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 25.11.2008, DJe 19.12.2008).

⁴ Interessante destacar que a Constituição Federal não utiliza a denominação “agência reguladora” e sim órgão regulador, o termo agência é uma importação do nome norte americano “agencies”.

⁵ Realizando uma análise anterior a esse período, Mattos relata a existência dos “anéis burocráticos do Estado” termo formulado por Fernando Henrique Cardoso e nesse estudo identificou que historicamente o Estado brasileiro sempre buscou seu fortalecimento adotando um modelo Keynesiano com a criação de “órgãos de planejamento econômico, autarquias especializadas e empresas estatais” (MATTOS, 2017, p. 119).

⁶ São medidas criadas por instituições financeiras, tais como FMI, Banco Mundial, e Departamento do Tesouro Dos Estados Unidos, todas sediadas em Washington D.C – EUA, por esse motivo é utilizado o termo “Consenso de Washington”.

⁷ Uma outra referência feita a esses países é de “Estado tecnoburocrático capitalista dependente” MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil: Eficiência e legitimidade**. 2 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 111 e 112.

capital estrangeiro, razão pela qual o Brasil teve que se submeter às medidas indicadas pelo “Consenso de Washington” (MATTOS, 2017, p. 111 e 112).

Ainda, conforme mencionado anteriormente estabeleceu um projeto de “Estado mínimo” ou a redução da máquina estatal, nesse cenário o Estado deveria focar suas atenções somente para a prestação de serviços essenciais como exemplo a segurança, saúde e relações diplomáticas, devendo ser quase todas as demais atividades destinadas aos privados.

No mesmo sentido, estabelece Marçal Justen Filho que “o Estado deve manter a participação no âmbito da segurança, da educação e da seguridade social, evitando a mercantilização de valores fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 796).

Ademais, partindo da premissa também que o Estado não havia logrado êxito nas atividades empresariais, as recomendações eram para realização de privatização das empresas estatais.

Assim, visando colocar em prática o plano de privatização, foram estabelecidas algumas medidas tais como o Programa Nacional de Desestatização – PND pela Lei número 8.031/1990 e alterado pela Lei 9.491/1997 promulgada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso e além disso, em 1995 foi criado pelo Decreto 1.738 o Conselho de Reforma do Estado. Mattos se refere a esse período como o “novo Estado regulador”. (MATTOS, 2017, p. 111).

Nessa ocasião, há uma mudança da atuação estatal como agente regulador da atividade econômica, haja vista, a necessidade do “desmantelamento do aparato burocrático que caracterizou o modelo de Estado regulador” (MATTOS, 2017, p. 137).

Inclusive, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece no artigo 173⁸ limites para atuação direta do Estado nas atividades econômicas.

Desse modo, limitado para atuar diretamente, surge a necessidade da intervenção indireta do Estado no domínio econômico e também com as privatizações o Estado passa a regular as atividades agora exploradas pela iniciativa privada.

A atividade regulatória foi estabelecida no artigo 174 da Constituição Federal⁹, nesse sentido o Estado poderá atuar como agente regulador e criador de normas, podendo assim fiscalizar, incentivar e intervir na economia.

⁸ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

⁹ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. §1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. §2º A lei

Em que pesem os possíveis aspectos positivos da atividade regulatória, Calixto Salomão faz uma crítica ao que chama de “febre das agências” e a “crença” de que elas podem organizar de maneira satisfatória as relações econômicas (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 21).

Utilizando as mesmas palavras, Sundfeld alega que Brasil vive uma “verdadeira febre de criação das agências reguladoras”, contudo, nem todas possuem um modelo comum e nem sempre seus formatos e suas competências são comparáveis (SUNDFELD, 2000, p. 19).

4.2 Regime jurídico

O modelo jurídico comum das agências no Brasil é de autarquias em regime especial, estabelecendo uma autonomia tanto financeira quanto administrativa.

De acordo com Marçal Justen Filho “Agência reguladora independente é uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta e investida de competência para a regulação setorial” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 828).

Ainda, o citado autor destaca que esse modelo de autarquia especial garante uma diminuição do nível de subordinação desta com a administração pública (JUSTEN FILHO, 2016, p. 828).

Assim, é importante frisar que a agência reguladora deve ser independente, contudo, não somente dos grupos econômicos envolvidos em suas atividades, mas também do próprio governo, caso exista qualquer vínculo a sua legitimidade seria colocada em risco.

Ademais, Marçal Justen Filho explica que os atos da agência nesses casos não são submetidos à conferência pela autoridade ligada ao Poder Executivo, somente ao Poder Judiciário (JUSTEN FILHO, 2016, p. 828).

Carlos Ari Sundfeld lembra que os dirigentes das agências gozam de mandato, sendo assim, não são facilmente destituídos pelos Chefes do Poder Executivo (SUNDFELD, 2000, p. 19).

apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. §3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. §4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

Corroborando com o entendimento de Sundfeld, o artigo 11 da lei 9478/97 estabelece a estrutura, forma de nomeação e composição dos membros da Agência Nacional do Petróleo - ANP¹⁰.

Além disso, para garantir essa independência, as agências são dotadas de autonomia financeira, com o recebimento de receitas próprias para o melhor exercício de suas atribuições (JUSTEN FILHO, 2016, p. 828).

Nesse sentido, é interessante a leitura do artigo 15 da lei 9478/97, o qual enumera as receitas da ANP¹¹.

Com um olhar para o mercado externo, Sundfeld esclarece que um dos principais objetivos da concessão de autonomia às agências reguladoras é voltada aos investidores estrangeiros que precisam de segurança para investirem na aquisição de bens estatais (SUNDFELD, 2000, p. 24).

Por fim, cético em relação ao exposto, Sundfeld é bastante crítico no tocante a autonomia de fato das agências reguladoras, tendo em vista, a busca incessante pelo poder, a qual, infelizmente, acaba alcançando a regulação. Ainda, o autor cita que em dado momento a agência age com autonomia e pouco tempo depois o Poder Executivo retoma o seu poder de influenciar nas decisões (SUNDFELD, 2000, p. 25).

5. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP

5.1 Breve histórico da indústria do petróleo

Nos estudos de Menezello, identifica-se que em 1854, no estado da Pensilvânia, existiam reservas minerais, de sal e era extraído um óleo para curar reumatismo denominado

¹⁰ Lei 9478/97 (...) Art. 11. A ANP será dirigida, em regime de colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor-Geral e quatro Diretores. § 1º Integrará a estrutura organizacional da ANP um Procurador-Geral. § 2º Os membros da Diretoria serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal. § 3º Os membros da Diretoria cumprirão mandatos de quatro anos, não coincidentes, permitida a recondução, observado o disposto no art. 75 desta Lei.

¹¹ Lei 9478/97 (...) Art. 15. Constituem receitas da ANP: I - as dotações consignadas no Orçamento Geral da União, créditos especiais, transferências e repasses que lhe forem conferidos; II - parcela das participações governamentais referidas nos incisos I e III do art. 45 desta Lei, de acordo com as necessidades operacionais da ANP, consignadas no orçamento aprovado; III - os recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas, excetuados os referidos no inciso anterior; IV - as doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados; V - o produto dos emolumentos, taxas e multas previstos na legislação específica, os valores apurados na venda ou locação dos bens móveis e imóveis de sua propriedade, bem como os decorrentes da venda de dados e informações técnicas, inclusive para fins de licitação, ressalvados os referidos no § 2º do art. 22 desta Lei. Art. 16. Os recursos provenientes da participação governamental prevista no inciso IV do art. 45, nos termos do art. 51, destinar-se-ão ao financiamento das despesas da ANP para o exercício das atividades que lhe são conferidas nesta Lei.

Kier Rock Oil, o interessante desse fato é que a busca pelo produto está relacionada a criação da primeira empresa do ramo de petróleo a *Pennsylvania Rack Oil Company of New York* (MENEZELLO, 2000, p. 379).

Desde então começaram os avanços em pesquisas e tecnologias destinadas à exploração do petróleo não somente nos Estados Unidos da América, mas em todos os países que possuíam reservas (MENEZELLO, 2000, p. 379).

A primeira grande empresa foi a *Standard Oil* dirigida por Joh Rockefeller e tendo em vista as características de sua administração a empresa em pouco tempo tornou-se um monopólio privado no seguimento e em 1879 a companhia se tornou a pioneira na produção, refino, transporte e distribuição (MENEZELLO, 2000, p. 379).

No começo do século XX ocorreu uma importante mudança legislativa nos EUA com a edição de medidas *antitruste*, buscando criar regras para o mercado capitalista concorrencial e em 1911 por meio de uma decisão judicial, a *Standard Oil* foi repartida em 33 sociedades, tendo em vista a necessidade de estabelecer a livre concorrência, equilíbrio do mercado e defesa dos consumidores, colocando assim, em um primeiro momento fim ao monopólio (MENEZELLO, 2000, p. 379).

Essa tendência *antitruste* não foi somente restrita ao mercado norte americano, mas também aos outros países onde a concentração econômica foi ainda mais intensa (BRITO; ANDRADE, 2004).

Para reforçar a ideia de como o mercado petrolífero sempre possuiu fortes tendências a formação de monopólios, *trustes*¹² e *carteis*¹³, em 1928 foi firmado o acordo de Achnacarry, contando com a participação das *majors*, as “gigantes” do mercado e um dos pontos acordados foi a divisão das quotas do mercado, estabelecendo assim um sistema de “competição limitado e os preços internacionais estabilizados” (BRITO; ANDRADE, 2004).

Nos períodos das grandes guerras do século XX a demanda pelo petróleo avançou e a necessidade pelo desenvolvimento em toda cadeia produtiva aumentou, assim, com o mercado em expansão, novas reservas foram descobertas e exploradas em diversos países (MENEZELLO, 2000, p. 379 e 380).

Visando a proteção interna contra a exploração pelas empresas gigantes do mercado e enviado por um espírito nacionalista, criou-se na década de 60 a Organização dos Países Produtores do Petróleo – OPEP (BRITO; ANDRADE, 2004).

¹² Controle do mercado formando oligopólios e gerando por consequência práticas anticoncorrenciais.

¹³ Acordo entre duas ou mais empresas combinando a quantidade e o preço dos produtos.

No Brasil, também marcado por esse período de nacionalismo, bem como pelo resultado do movimento “O petróleo é nosso”, foi criada pela Lei 2004 de 1953 a Petróleo Brasileiro S.A – PETROBRÁS (MENEZELLO, 2000, p. 381).

A referida Lei estabeleceu no artigo 1º como monopólio da União, a pesquisa, o refino e o transporte do petróleo e seus derivados.

5.2 Criação da ANP

Com as novas dinâmicas dos mercados ao final do século XX tornou-se necessária uma estruturação interna do segmento petrolífero, marcada pela edição da Emenda Constitucional nº 9 de 1995¹⁴, a qual estabeleceu dentre outras medidas a necessidade de criação de um agente regulador para o setor (BRITO; ANDRADE, 2004).

Conforme destacando anteriormente, antes da alteração constitucional, o Estado possuía o monopólio absoluto de todas as atividades petrolíferas, contudo, amparado em uma tendência mundial, o Estado acabou se afastando do exercício direto de algumas atividades do seguimento, permitindo a contratação de empresas privadas, especificamente nas áreas de pesquisa e a lavra de jazidas, refinação, importação e exportação e o transporte marítimo do petróleo.

Consequentemente atendendo as exigências da Emenda Constitucional nº 9 de 1995, foi promulgada a Lei nº 9.478/1997, conhecida como “Lei do Petróleo”, a qual Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo¹⁵.

¹⁴ Constituição Federal (...) Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006](#)) § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995](#))

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995](#)) I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995](#)); II - as condições de contratação; ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995](#)); III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995](#)).

¹⁵ Lei 9.478/1997 (...) Art. 7º Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como

As criações, da ANP, bem como as demais medidas mencionadas, foram fundamentais para estabelecer o fim do monopólio exercido pela União por meio da companhia Petróleo Brasileiro S.A – PETROBRÁS, sociedade de economia mista com a maior parte de seu capital pertencente ao Estado.

Para entender melhor as atribuições da ANP é importante a leitura do artigo 8º da Lei 9.478/1997¹⁶, o qual estabelece que a finalidade da ANP é de regular a contratação e a fiscalização das atividades petroleiras e seus derivados.

Por fim, é importante destacar que além do exposto, as grandes preocupações da época eram também a respeito da proteção ao mercado e a defesa dos direitos dos consumidores.

5.3 Proteção aos consumidores

A preocupação com os consumidores é uma tendência mundial, objeto inclusive de regulamentação pela ONU, a qual editou a resolução 39/248 visando a proteção dos consumidores.

No Brasil, Constituição Federal de 1988 estabeleceu a em alguns artigos a proteção do consumidor conforme previsto no art. 5º XXXII¹⁷, ainda, no artigo 170 que trata da ordem econômica e tem como um dos princípios a defesa dos consumidores¹⁸, por fim, o texto constitucional exigiu a criação de um Código para a Defesa do Consumidor¹⁹.

Assim, em atenção às exigências do poder constituinte, em 1990 foi criado o Código de Defesa do Consumidor.

Especificamente relacionado ao mercado dos combustíveis fósseis, a Lei 9478/97 no artigo 1º, inciso III, dispõe respeito da proteção do consumidor quanto ao preço, qualidade e oferta do produto.

órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia.

Parágrafo único. A ANP terá sede e foro no Distrito Federal e escritórios centrais na cidade do Rio de Janeiro, podendo instalar unidades administrativas regionais.

¹⁶ Lei 9.478/1997 (...) Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis.

¹⁷ Constituição Federal (...) Art. 5º (...)XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

¹⁸ Constituição Federal (...) Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – Defesa do Consumidor.

¹⁹ Constituição Federal (...) Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

No âmbito interno da ANP foi editada a resolução nº 58/2014 a qual regulamenta o exercício das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis.

Ainda, a resolução 9/2007 cujo objetivo é o controle de qualidade dos combustíveis comercializados no varejo.

Ademais, há um destaque da portaria nº 111/2000 que criou o Centro de Relações como o Consumidor, sendo um importante canal de contato entre os consumidores e a ANP.

Por fim, tendo em vista que o setor de distribuição tem sido marcado pela forte presença de *truste* e cartel passa ser fundamental a atuação da ANP no combate dessas práticas, haja vista, que a competição empresarial resulta em benefícios aos consumidores.

5.4 Política *antitruste*

No tocante ao tema, é importante conhecer os ditames da Constituição da República Federativa do Brasil a qual assegura a livre concorrência no artigo 170²⁰.

Além disso, depois de muitos anos de vigência da Constituição foi promulgada a Lei nº 12.529/2011 denominada como Lei antitruste, visando estabelecer o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, bem como prevenir e reprimir às infrações contra a ordem econômica.

Ainda, com relação à política antitruste no setor petrolífero, a Lei 9478/97 estabelece no artigo 1º, inciso IX²¹ a necessidade de promover a livre concorrência.

Visando classificar as práticas *antitrustes*, Paula Forgioni estabelece as seguintes manifestações (I) acordos, (II) abuso de posição dominante e (III) concentrações (FORGIONI, 2016, p. 138).

A citada autora frisa que em mercados com concentração de poder econômico, com a presença de carteis, há uma necessidade de controle das atividades dos agentes econômicos em posição de vantagem, impedindo que estes pratiquem atos abusivos aos consumidores, (FORGIONI, 2016, p. 150).

Nesse quesito, Calixto Salomão Filho destaca que na hipótese de uma redução na possibilidade de escolha pelo consumidor e ainda pelo fato de haver uma “concessão de poder

²⁰ Constituição Federal (...) Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – Livre concorrência.

²¹ Lei 9.478/1997 Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos: (...) IX – promover a livre concorrência.

sobre o mercado a um produtor” este poderá aumentar os preços indevidamente e assim trazendo custos maiores aos consumidores (SALOMÃO FILHO, Calixto, 2003, p. 80).

Desse modo, visando coibir essas operações, o artigo 36²² da Lei *antitruste* que trata à respeito das infrações a ordem econômica, elenca as seguintes práticas I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Assim, fica nítido que o inciso III do referido diploma legal trata como infração a ordem econômica o aumento arbitrário dos lucros, ou seja, criando uma política de preços excessivos.

Realizando uma reflexão a respeito do livre mercado, na visão de Salomão, não é possível estabelecer uma confiança “na eficiência econômica para garantia dos interesses dos consumidores” É fundamental estabelecer uma garantia de que os benefícios serão de fato divididos com os consumidores (SALOMÃO FILHO, Calixto, 2003, p. 80).

E a única forma de efetivar para que haja uma divisão desses benefícios com os consumidores é o estabelecimento de uma proteção do sistema concorrencial, visando a redução de preços e melhoria da qualidade dos produtos ofertados (SALOMÃO FILHO, Calixto, 2003, p. 80).

No campo internacional é válido lembrar do já mencionado caso *Standard Oil* no qual foi deflagrado um monopólio em toda atividade petroleira por Jon Rockefeller com formação de *trust* por meio aquisição de ações de diversas empresas e visando acabar com os atos anticoncorrenciais, a Corte norte americana determinou a divisão da companhia em várias outras empresas.

No Brasil, é importante frisar que foi estabelecido fim do monopólio legal, contudo mantem-se o monopólio de fato, sendo que Petrobrás ainda é detentora do sistema de infraestrutura do mercado e essa questão somente será resolvida com a intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Por último, além da proteção os consumidores conforme destacado, é imperioso destacar que o sistema concorrencial visa também estabelecer e garantir os interesses de todos os envolvidos no mercado (SALOMÃO FILHO, Calixto, 2003, p. 80).

²² Lei *antitruste* (...) Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade regulatória passou a ser utilizada, também, conforme fundamentos das teorias de regulação, dentre elas o interesse público e a econômica, tendo em vista a necessidade de correção de eventuais falhas de mercado.

Desse modo, para atender essas questões foram criadas as agências reguladoras, com o objetivo de solucionar os problemas relatados, não obstante, existam elementos positivos com relação ao modelo estabelecido é importante entender que as agências por si não irão evitar que ocorram falhas no sistema, além disso, mesmo, que haja autonomia estrutural e financeira, de certa forma a composição de seus dirigentes passa por um processo de escolha política, fazendo com que as decisões das agências em dado momento possa ser menos imparcial.

Inclusive, tal fato pode ser constatado pelo exemplo da ANP que foi criada para regular a contratação e a fiscalização das atividades petroleiras e seus derivados, contudo, ainda persiste uma forte concentração econômica nesse segmento, embora tenha findado o monopólio legal da Petrobrás, a companhia até o momento detém um monopólio de fato, contudo é importante ressaltar que nesse sentido haja também uma necessidade de atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

_____. **Lei nº 9.478 de 06 de agosto de 1997**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm.

_____. **Lei nº 12.529/2011 de 30 de novembro de 2011**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm.

BRITO, Alírio Maciel Lima de; ANDRADE, Ronald Castro de. **Regulação, livre concorrência e defesa do consumidor na indústria do petróleo: o papel da ANP**. In: Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo & Gás, 2., 2004 Rio de Janeiro. Anais, Rio de Janeiro 2004. Disponível em <http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/2/7043.pdf>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ªed. Coimbra: Almedina, 1993.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As Agências Reguladoras**. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Bernardo do Campo / SP, v. 10, p. 67-94, 2004.

GUERRA, Glauco Martins. **Princípio da Legalidade e o poder normativo: dilemas da autonomia regulamentar**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região Campinas, n. 24, 2004.

GUERRA, Sérgio. **Regulação estatal e novas tecnologias**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 18, n. 100, p. 201-214, nov./dez. 2016.

JUSTEN FILHO, Maçal. **Curso de Direito Administrativo (livro eletrônico)**. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil: Eficiência e legitimidade**. 2 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENEZELLO, Maria D´Assunção Costa. **Introdução ao Direito do Petróleo e Gás** *in*

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1ª ed, São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PÉREZ, Diego Selhane. **Auto-regulação: aspectos gerais. Direito Regulatório: temas polêmicos**. Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 2.ed. Rev. Ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direito Concorrencial**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 1ª ed, São Paulo: Malheiros, 2000.