

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS – CCJP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD

LUCAS MEDEIROS GOMES

**SANÇÕES CONCORRENCIAIS E DISCRICIONARIEDADE DA AGÊNCIA
NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS NA
REGULAÇÃO DO ABASTECIMENTO NACIONAL DE COMBUSTÍVEIS
LÍQUIDOS: ESTUDO DE CASOS**

RIO DE JANEIRO
2019

LUCAS MEDEIROS GOMES

**SANÇÕES CONCORRENCIAIS E DISCRICIONARIEDADE DA AGÊNCIA
NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS NA
REGULAÇÃO DO ABASTECIMENTO NACIONAL DE COMBUSTÍVEIS
LÍQUIDOS: ESTUDO DE CASOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (CCJP-UNIRIO), como requisito parcial à obtenção de Título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Estado, Sociedade e Políticas Públicas.

Linha de Pesquisa: Estado, Constituição e Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. José Gabriel de Assis Almeida.

RIO DE JANEIRO
2019

G633 Gomes, Lucas Medeiros
SANÇÕES CONCORRENCIAIS E DISCRICIONARIEDADE DA
AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E
BIOCOMBUSTÍVEIS NA REGULAÇÃO DO ABASTECIMENTO
NACIONAL DE COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS: ESTUDO DE CASOS
/ Lucas Medeiros Gomes. -- Rio de Janeiro, 2019.
83

Orientador: José Gabriel de Assis .
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação
em , 2019.

1. Políticas Públicas de Abastecimento. 2.
Políticas Públicas Concorrenciais. 3. Agência
Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.
4. Conflito entre Interesses Públicos. I. , José
Gabriel de Assis , orient. II. Título.

LUCAS MEDEIROS GOMES

**SANÇÕES CONCORRENCIAIS E DISCRICIONARIEDADE DA AGÊNCIA
NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS NA
REGULAÇÃO DO ABASTECIMENTO NACIONAL DE COMBUSTÍVEIS
LÍQUIDOS: ESTUDO DE CASOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (CCJP-UNIRIO), como requisito parcial à obtenção de Título de Mestre em Direito.

Aprovado pela Banca Examinadora
Rio de Janeiro, ___/___/___

Prof. Dr. José Gabriel de Assis Almeida
Orientador – UNIRIO

Prof. Dr. Ruy Santacruz Lima – UFF

Prof. Dr. Benedito Fonseca Adeodato – UNIRIO

RIO DE JANEIRO
2019

Aos meus pais Sonia e Sérgio que foram meus grandes exemplos de luta e determinação e, com simplicidade, ensinaram-me os valores basilares da vida. À minha esposa que me deu todo apoio emocional durante essa jornada. À Deus, por seu amor incondicional e auxílio espiritual.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me orientado para enfrentar todas as adversidades ao longo desta trajetória que se iniciou em março de 2017 e por ter moldado meu caráter e aquietado minh'alma nas horas de aflição com Sua presença e cuidado. Principalmente, agradeço por Ele ter caminhado ao meu lado em todos os momentos de discência na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Aos meus pais Sonia e Sérgio de Souza que são exemplo de vida e determinação, sempre com ombros amigos para ouvir e auxiliar. Especialmente à minha mãe que abdicou de muito tempo e recursos para sonhar junto comigo, com a certeza, de que meus planos seriam realizados.

Ao meu irmão Gabriel Medeiros pelos grandes ensinamentos de vida durante esses anos; e, ao meu sobrinho Benjamim, por todas as risadas graciosas compartilhadas em momentos de pura alegria.

A minha esposa Vanessa Medeiros que, durante nossa convivência, acolheu-me com carinho e amor nos momentos de preocupação e aromatizou minha caminhada com suas belas e suaves palavras que me confortaram até a paz plena e por segurar em minhas mãos em toda nossa história.

Ao meu orientador Professor Dr. José Gabriel de Assis Almeida por toda paciência, compreensão e, principalmente, por seus valiosos conselhos que enriqueceram minha vida acadêmica e me encorajaram a confiar na minha capacidade.

Às Professoras Patrícia Sampaio e Patrícia Baptista, por serem exemplo profissional, e guiarem-me na busca pelo conhecimento nas áreas de regulatório e administrativo, respectivamente desde a Universidade.

A todos os colegas de profissão na Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Combustíveis, que me auxiliaram no crescimento profissional como Especialista em Regulação desde novembro de 2013 até junho de 2018.

Aos professores do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, dos quais tive a imensa oportunidade de cruzar o caminho, por todo saber compartilhado e pelas valiosas lições ministradas que viabilizaram o meu crescimento profissional e acadêmico.

Os programas de desestatização, capitaneados pelos processos de privatizações (...) é a substituição do Estado do Bem-Estar pelo Estado-instrumento, afinal, o Estado moderno é aquele que viabiliza o adequado atendimento dos interesses da sociedade, mas não aquele que, necessariamente, os presta diretamente.

(Marcos Juruena Villela Souto)

RESUMO

Abordam-se os potenciais conflitos entre as políticas públicas de abastecimento nacional de distribuição de combustíveis líquidos, desenvolvidas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, e as políticas públicas concorrenciais desdobradas pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência no tocante à aplicação automática da penalidade de revogação prevista no artigo 10, inciso V, e parágrafo segundo, da Lei de Penalidades, triangulado pela interferência provocada do Judiciário. Objetivou-se aferir se o postulado da proporcionalidade e da interpretação teleológica dos interesses públicos constitucionalizados serviriam de critérios decisórios para acomodar ambos os interesses públicos, bem como a criação de padrões decisórios a partir de estudo de casos. Empregou-se o método de revisão bibliográfica, a partir do manejo de produção acadêmica pertencente à literatura especializada em Regulação, Direito Administrativo e Constitucional, bem como o método de análise documental relativa aos precedentes da Superintendência de Distribuição e Logística especificamente selecionados para análise. Ao fim, considerou-se possível a flexibilização da aplicação da penalidade a partir das necessidades de suprimento, desde que fundamentado em estudo técnico próprio e obedecidos os parâmetros fixados nos precedentes administrativos em prol da coerência, integridade e uniformidade regulatória. Para tanto, o respeito às capacidades institucionais e ao debate prévio entre as Instituições envolvidas viabilizaria a adjudicação dialógica dos conflitos entre as políticas públicas de forma consensual e coordenada.

Palavras-chave: políticas públicas; concorrência; suprimento de combustíveis líquidos; proporcionalidade; flexibilização; interesses públicos.

ABSTRACT

The potential conflicts between public policies for the national supply of liquid fuels developed by the National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels and the public competitive policies deployed by the Administrative Council for the Defense of Competition regarding the automatic application of repeal penalty provided by the article 10, item V, and second paragraph, of the Penalties Law, triangulated by the provoked interference of the Judiciary. The objective was to assess whether the postulate of proportionality and the teleological interpretation of constitutional public interests would serve as decision-making criteria to accommodate both public interests, as well as the creation of decision-making standards based on case studies. The method of bibliographical revision was used, based on the management of academic production belonging to the specialized literature on Regulation, Administrative and Constitutional Law, as well as the method of documentary analysis related to the precedents of the Distribution and Logistics Superintendence specifically selected for analysis. Finally, it was considered possible to make the application of the penalty more flexible based on the supply needs, based on its own technical study and obeying the parameters set in the administrative precedents for consistency, integrity and regulatory uniformity. To that end, respect for institutional capacities and prior debate among the institutions involved would enable the dialogic adjudication of conflicts between public policies in a consensual and coordinated way.

Keywords: public policies; competition; supply of liquid fuels; proportionality; flexibility; public interests.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AEA	Autorização para o Exercício de Atividade Econômica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
AVCB	Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros
BRT	<i>Bus Rapid Transit</i>
CADE	Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência
CF	Constituição Federal
GLP	Gás Liquefeito de Petróleo
GNC	Gás Natural Comprimido
GNL	Gás Natural Liquefeito
SDL	Superintendência de Distribuição e Logística
SDR	Superintendência de Defesa da Concorrência, Estudos e Regulação Econômica
SIMP	Sistema Integrado de Movimentação de Produtos
TPC	Tomada Pública de Contribuições (TPC)

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	10
2. A APLICAÇÃO DA LEI DE PENALIDADES PELA SUPERINTENDÊNCIA DE DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA: POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERESSES PÚBLICOS.....	17
3. O ESTUDO DE TRÊS CASOS DE FLEXIBILIZAÇÃO NA APLICAÇÃO DA LEI DE PENALIDADES PELA SUPERINTENDÊNCIA DE DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA	
3.1. O caso Guaporé/RS.....	31
3.2. O caso Raízen.....	33
3.3. O caso White Martins.....	34
4. INSTRUMENTOS DE FLEXIBILIZAÇÃO NA APLICAÇÃO DE LEI DE PENALIDADES PELA SUPERINTENDÊNCIA DE DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA	
4.1. O Acordo de Cooperação Técnica.....	46
4.2. O Projeto de Lei.....	48
5. A FLEXIBILIZAÇÃO NA APLICAÇÃO DA LEI DE PENALIDADES E A EXIGÊNCIA DE ANÁLISE TÉCNICA DE AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO DA MEDIDA DE REVOGAÇÃO DA AUTORIZAÇÃO.....	49
6. AS MEDIDAS CAUTELARES-REGULATÓRIAS E CRISE DE ABASTECIMENTO: OUTRO EXEMPLO DE FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS PELA ANP.....	57
7. O ABASTECIMENTO NACIONAL DE COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS VS. LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA: INTERESSE PÚBLICO?.....	64
8.CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS.....	76

1. INTRODUÇÃO

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis desenvolve as políticas públicas de abastecimento nacional referentes ao setor de distribuição de combustíveis líquidos por intermédio da atuação setorial da Superintendência de Distribuição e Logística em conexão com a Superintendência de Defesa da Concorrência, Estudos e Regulação Econômica.

Por outro lado, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência se responsabiliza pelas políticas públicas concorrenciais em todos os setores econômicos, de modo a promover a livre concorrência e a livre iniciativa entre os participantes de determinado mercado relevante. Tanto a ANP quanto o CADE, em última instância, visam o mesmo objetivo, isto é, a qualidade e preço dos produtos dentro da normalidade e regularidade econômica.

Nesses termos, compete à SDL aplicar as penalidades de revogação de autorização para o exercício de atividade aos agentes econômicos do *downstream*, notadamente os distribuidores de combustíveis líquidos e os revendedores varejistas de combustíveis, com base no artigo 10, inciso V, e parágrafo segundo, da Lei n.º 9.847/99 (Lei de Penalidades)¹, nas hipóteses de condenação por conduta anticoncorrencial expedida pelo CADE.

Entretanto, a forma de agir da ANP e do CADE, para atingir o bem-estar do mercado relevante de distribuição de combustíveis, se mostra diversa, o que potencializa eventuais conflitos decisórios decorrentes de uma atuação descoordenada. É justamente esse aspecto específico atinente ao conflito decorrente da sobreposição de competência entre o CADE e a ANP que o presente trabalho acadêmico pretende explorar por intermédio do exame de três casos contenciosos acompanhados pela SDL.

As atividades do setor *downstream* e *midstream* de importação, exportação, refino, transporte, distribuição, revenda são viabilizadas por instrumentos autorizativos². A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis é o ente constitucionalmente competente para regular o monopólio da União no setor petrolífero, através de autorizações para o exercício de atividade econômica (AEA's).

¹ Art. 10. A penalidade de revogação de autorização para o exercício de atividade será aplicada quando a pessoa jurídica autorizada: (...) V – praticar, no exercício de atividade relacionada ao abastecimento nacional de combustíveis, infração da ordem econômica, reconhecida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE ou por decisão judicial. (...) § 2º Na hipótese do inciso V deste artigo, a revogação da autorização dar-se-á automaticamente na data de recebimento da notificação expedida pela autoridade competente. (Vide Medida Provisória n.º 2.056, de 2000) (Incluído pela Lei n.º 10.202, de 2001).

² ARAGÃO, Alexandre Santos. **As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP**. R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 228: 243-272, Abr/Jun 2002, p. 253 e p. 264, 269/270.

Entretanto, essas autorizações não integram definitivamente o patrimônio jurídico da sociedade empresarial, uma vez que o seu funcionamento demanda vinculação e atendimento permanente às condições regulatórias impostas pela Agência. Isso porque as obrigações regulatórias estão sujeitas à modificação de seu conteúdo conforme as variações do interesse público de abastecimento nacional e a evolução do conhecimento técnico.

Nesse campo, importa distinguir a revogação da autorização como penalidade, da revogação que apenas retira determinado agente do mercado pelo não cumprimento dos requisitos da outorga autorizativa. Assim sendo, a aplicação da penalidade de revogação tem um regime jurídico mais restrito, pois é relativo às sanções administrativas.

Este trabalho aborda apenas o primeiro tipo de revogação, com caráter de penalidade e fundado na Lei n.º 9.847/99. Para tanto, são aqui elencados três precedentes administrativos no âmbito da SDL. O primeiro caso se refere à condenação de postos de combustíveis de Guaporé-RS pela prática de cartel, o que deveria implicar a aplicação automática da revogação de todos os agentes econômicos ali atuantes com a supressão da oferta de combustíveis líquidos na região. Apesar disso, a Agência propôs solução alternativa, conforme será detalhada no capítulo próprio.

O segundo precedente se relaciona com a infração concorrencial cometida por uma filial da sociedade Raízen (antiga Shell). Contudo, a revogação da autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos (AEA) de uma sociedade empresária desse porte implicaria risco de desabastecimento em grandes porções do território nacional.

Com base em pareceres da SDR, a ANP estudou alternativas técnicas viáveis como a restrição da penalidade à filial ou a não aplicação da medida, o que será objeto de aprofundamento mais à frente.

De seu turno, o terceiro caso (White Martins) apresenta similaridades com os fatos do precedente Raízen. Diante desse cenário, onde a constatação de um ilícito concorrencial não dá, automaticamente, ensejo à aplicação da sanção concorrencial, esta dissertação procura as semelhanças e diferenças entre os casos com o intuito de aferir os motivos da mudança de postura da ANP em relação às decisões condenatórias por infrações concorrenciais sancionadas pelo CADE.

Para tal desiderato, este trabalho aborda a discricionariedade técnica, a partir dos interesses públicos constitucionalizados em contraste (abastecimento nacional vs. livre concorrência), a fim de se pesquisar se essas opções regulatórias são válidas.

Nesse contexto, é essencial compreender que a discricionariedade na aplicação, pela ANP, do direito concorrencial nos processos administrativos de revogação não se confunde

com uma suposta desvinculação jurídica da ANP em relação ao ordenamento jurídico vigente. É justamente a juridicidade que se apresenta como parâmetro de verificação da legitimidade dos atos sancionadores editados pela ANP.

Demais disso, a administração pública está submetida ao cumprimento dos princípios encartados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal (CF), entre eles o da eficiência. Em função do grau de especialização técnica da ANP, a legitimidade da escolha de alternativas técnicas vem acompanhada de estudo logístico-econômico acerca do grau de risco à segurança energética para determinada região geográfica abrangida pela rede de distribuição e comercialização do agente econômico penalizado.

Contudo, a pluralidade de fontes normativas (Lei n.º 12.529/2011 vs. Lei n.º 9.847/99) não deve competir por prioridade absoluta e incondicional de incidência, e sim buscar aplicação administrativa - coerente e harmônica -, mediada pela axiologia constitucional, por intermédio do método da ponderação entre os interesses públicos envolvidos.

Essa posição da ANP, que alarga o seu o espaço regulatório, adentra áreas de intersecção com o campo de atuação concorrencial de atribuição do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. À vista disso, o processo decisório de aplicação de penalidades de revogação por infrações concorrenciais necessita ser sopesado com os demais interesses públicos legislados e constitucionalizados, notadamente o abastecimento e a segurança energética.

Nesse sentido, o conflito entre políticas públicas de abastecimento e políticas públicas concorrenciais emerge em importância para a oferta de produtos e serviços aos consumidores a preço e qualidade adequados. Essa tensão tem ampla importância no setor petrolífero, porque a distribuição de combustíveis afeta a vida de muitos consumidores, inclusive o andamento de outras indústrias e atividades econômicas como a de transporte.

Nessa linha, a dissertação trata da necessidade de diálogo entre o CADE e a ANP em suas respectivas áreas de competência. É dizer: os potenciais choques entre as políticas públicas de abastecimento nacional e regional e as políticas públicas de estímulo à concorrência são integrantes da conformação do cenário econômico de combustíveis líquidos, carecendo de uniformidade, integridade e coerência.

Nessa ordem de ideias, desde o caso Guaporé-RS, a ANP passou a atuar nas relações econômicas afetas ao *downstream* com o fito de estimular a concorrência em si mesma, levando em consideração também a proteção ao consumidor e a segurança energética. Para isso, abandonou o fetichismo concorrencial – penalizar sem consideração à instrumentalidade/funcionalização dos institutos e aos demais interesses intervenientes na equação regulatória – em benefício às políticas públicas de abastecimento.

A partir desses três casos paradigmáticos, estudados ao longo deste escrito, evidencia-se a mudança de postura da ANP sobre a aplicação, de modo automático, das revogações com base no artigo 10, inciso V, § 2º da Lei n.º 9.847/1999. De início, importa explicar que esses casos são os únicos nos quais se verificou a flexibilização ou suspensão da aplicação da penalidade, demonstrando a mudança de atitude da ANP em relação ao tratamento regulatório das condenações por ilícitos concorrenciais.

Nesse sentido, o levantamento de casos de aplicação do artigo 10, inciso V, e § 2º da Lei n.º 9.847/99, no âmbito da SDL, objetiva demonstrar *o que mudou e por quê mudou* em relação ao procedimento de revogação - antes automático. No segundo capítulo, a forma na qual se deu a virada de tratamento regulatório será destrinchada pelo estudo dos casos (o “como”), ao passo que os motivos comuns e as diferenças entre os precedentes administrativos elucidarão as razões (o “porquê”) da modificação do uso da discricionariedade técnica na condução dos processos administrativos de aplicação das penalidades de revogação.

Por este ângulo, vê-se que a política pública de abastecimento impacta a política pública concorrencial e vice-versa, uma vez que as sanções aplicadas pela ANP implicam a retirada de agentes econômicos do mercado, podendo levar a concentração de fatias de mercado com a redução do número de agentes econômicos.

Da perspectiva da SDL, e tomando como pano de fundo o caso Raízen (Proposta de Ação n.º 57/2018³) e o caso Guaporé (Proposta de Ação n.º 165/2016⁴), a dissertação abordará a interação entre ambientes institucionais do CADE e da ANP no processo de produção de políticas públicas^{5,6}.

Nesse vértice, as decisões tópicas da ANP a respeito da não aplicação de penalidade de revogação por considerações do interesse público do “abastecimento” parecem ter engendrado um novo arranjo institucional de influências recíprocas entre o CADE e a ANP. Este tema está relacionado à linha de pesquisa Estado, Constituição e Políticas Públicas, porque examina o

³ Informação obtida mediante pesquisa no Sistema de Deliberação de Diretoria Colegiada (SDD), da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, disponível em <http://sdd.anp.net/web/sdd.nsf>.

⁴ Informação obtida mediante pesquisa no Sistema de Deliberação de Diretoria Colegiada (SDD), da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, disponível em <http://sdd.anp.net/web/sdd.nsf>.

⁵*The main conclusion is that the control for regulatory function reveals that policy makers in choosing how to organise regulatory administration demonstrate a concern for institutional autonomy. But this concern has different outcomes for economic and general legal regulation. Economic regulation is accepted as an area where interest groups are relevant and politically legitimate co-decision makers, whereas the boards involved in the implementation of general legal regulation have been kept free of both interest groups and party politics.* CHRISTENSEN, Jørgen Grønnegaard. **Political responsiveness and credibility in regulatory administration.** Department of Political Science, University of Aarhus, p. 20. Disponível em: <http://soc.kuleuven.be/io/cost/pub/paper/Bureaucratic%20credibility.pdf>. Acesso em 2 set 2016.

⁶*Op. Cit.*, 2013, p. 29.

papel das duas autarquias – ANP e CADE – integrantes da administração pública indireta e as relações interorgânicas entre as decisões sobre políticas públicas de abastecimento de combustíveis líquidos e as de concorrência, respectivamente.

Nessa lógica, este trabalho avalia o papel do Estado na intervenção na ordem econômica através da reflexão sobre a coexistência, a efetividade e a adequação das políticas públicas retro mencionadas. Nesse panorama, a dissertação debate sobre a possibilidade de não aplicação de sanções administrativas concorrenciais e se a flexibilização pontual de tais sanções tem abrigo no ordenamento jurídico, precipuamente diante dos interesses públicos legislados que regem a atuação finalística da administração pública.

A dissertação parte da hipótese que, no caso de colisão entre atribuições e competências do CADE e da ANP, o exercício do postulado da proporcionalidade e a interpretação teleológica dos interesses públicos legislados servem de critérios para acomodar o abastecimento nacional e a livre concorrência em uma mesma decisão estrutural regulatória.

Nessa visão, a ANP pode deixar de aplicar a sanção de revogação da autorização para o exercício de atividade econômica (AEA) de distribuição ou revenda varejista de combustíveis líquidos com o fito de resguardar a segurança energética e a regularidade de estoques de combustíveis líquidos, em que pese já haver condenação por parte do CADE, dinamizando, assim, a aplicação do artigo 10, inciso V, § 2º, da Lei de Penalidades.

O estudo de casos mostra que as regras do jogo regulatório não podem ser petrificadas em prejuízo ao atendimento do interesse público concreto - estoques suficientes para a rede de consumo regional. A ANP e o CADE devem lançar mão de incentivos regulatórios para equacionar o problema, sem levar à impunidade e tampouco à crise de suprimento de combustíveis líquidos.

Assim, em homenagem à isonomia regulatória, é importante levantar os critérios decisórios comuns aos três precedentes que serão aqui examinados, a fim de se propor a aplicação homogênea e coerente do artigo 10, inciso V, § 2º da Lei de Penalidades. Em que pese a ANP precisar aferir o impacto ao abastecimento regional ou nacional para a aplicação das penalidades de revogação, talvez seja possível a estipulação de súmulas administrativas para padronizar o tratamento de casos de suspensão ou levantamento da penalidade de revogação com publicização dos critérios decisórios da SDL.

De um lado, tem-se o dado objetivo e claro, consolidado no mandamento contido na redação literal do artigo 10, inciso V, § 2º da Lei de Penalidades, que determina a aplicação automática da penalidade revocatória após condenação definitiva pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência.

De outro lado, a ANP, por intermédio da SDL, possui o dever constitucional e legal de zelar pela suficiência dos níveis de estoques e pelos fluxos logísticos-comerciais de combustíveis líquidos. Defende-se, neste trabalho, que esses comandos podem ser harmonizados, como se verifica do estudo dos casos administrativos no âmbito da ANP/SDL. Pela análise desses casos se demonstrará de que forma ocorre a decisão, a implementação e a avaliação das políticas públicas setoriais na ANP na área de abastecimento, bem como os impactos econômicos e sociais das escolhas regulatórias da ANP.

Neste capítulo é feito um estudo dos interesses públicos constitucionalizados em questão (livre concorrência vs. abastecimento nacional). Assim, aprofunda-se o “como” e o “porquê” ocorrem conflitos e interações entre as políticas públicas de abastecimento delineadas pela ANP e as políticas públicas de concorrência fixadas pelo CADE.

Através do estudo pormenorizado das decisões aludidas e consequente extração de critérios comuns para juízo técnico homogêneo, a dissertação pretende sedimentar o conhecimento técnico-jurídico sobre a nova forma de desenvolvimento, face aos ilícitos concorrenciais, das políticas públicas de abastecimento de combustíveis líquidos com vistas a evitar ineficiências. Este trabalho também busca examinar as interpenetrações e as contradições aparentes entre as políticas públicas do CADE e da ANP.

Para tanto, a dissertação faz uso de metodologia com viés marcadamente bibliográfico, descritivo e interdisciplinar, próprio das ciências humanas. No exercício de coleta de dados, a pesquisa documental circunscreve-se a casos concretos registrados em Notas Técnicas e Proposta de Ação no âmbito da ANP.

Ainda, o recolhimento bibliográfico e o reexame reflexivo dessa documentação viabilizam a extração de conclusões por meio de deduções lógicas, na medida em que o tema revela tese monográfica, pois reduz o espectro de pesquisa. Nesse compasso, a dissertação pretende dar utilidade prática ao assunto examinado à luz de métodos empíricos de avaliação do problema posto.

Com a utilização dos elementos de informação extraídos da bibliografia documental (pareceres e decisões referentes aos casos selecionados), busca-se confirmar a validade científica da hipótese aventada acima. A pesquisa circunscreve-se a campo cronológico (Caso Guaporé/RS em diante), pois foi o primeiro caso que se tem notícia, que a ANP deixou de aplicar automaticamente a penalidade prevista para o ilícito concorrencial.

Estabelecidos esses contornos, importa esclarecer que a regulação do setor de combustíveis líquidos só pode ser compreendida quando se desmascara a realidade econômica subjacente. Com efeito, as políticas públicas em xeque (abastecimento e concorrência) sofrerão

recorte temático para abranger a densificação conceitual dos interesses públicos envolvidos com o fito de permitir controle técnico mínimo e incidência criteriosa.

2. A APLICAÇÃO DA LEI DE PENALIDADES PELA SUPERINTENDÊNCIA DE DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA: POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERESSES PÚBLICOS

Qualificamos de lacuna «oculta» o caso em que uma regra legal, contra o seu sentido literal, mas de acordo com a teleologia imanente à lei, precisa de uma restrição que não está contida no texto legal. A integração de uma tal lacuna efetua-se acrescentando a restrição que é requerida em conformidade com o sentido. Visto que com isso a regra contida na lei, concebida demasiado amplamente segundo o seu sentido literal, se reconduz e é reduzida ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação ou a conexão de sentido da lei, falamos de uma «redução teleológica». É também usual o termo «restrição» (...). Assim como a justificação da analogia radica no imperativo de justiça de tratar igualmente os casos iguais segundo o ponto de vista valorativo decisivo, também a justificação da redução teleológica radica no imperativo de justiça de tratar desigualmente o que é desigual, quer dizer, de proceder às diferenciações requeridas pela valoração.⁷

O propósito deste capítulo é permitir uma melhor compreensão do setor de comercialização de combustíveis líquidos derivados de petróleo. O abastecimento de combustíveis líquidos derivados de petróleo consubstancia interesse público legislado e, portanto, confunde-se com a própria legalidade (ainda que expandida por conceito jurídico indeterminado), a qual vincula positivamente a ANP⁸.

Assim, a ANP passa a exercer também competência na área concorrencial, o que demanda diálogo discursivo entre os interesses constitucionais face à eficiência e à legitimidade. Essa sinergia, típica do policentrismo estatal⁹, proporciona soluções flexíveis amparadas pelo interesse público do abastecimento nacional, sufragado pela Lei n.º 9.478/97

⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. 7.a Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, Capítulo V, item 2, letra “c”, p. 556.

⁸ Não há, pois, qualquer violação ao princípio da legalidade, eis que as agências reguladoras têm sua função e competência definidas na lei, nada podendo exigir além dos limites que são por ela autorizados. Pelo princípio da legalidade no direito brasileiro “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º,II), o que se reforça pelo princípio da legalidade administrativa, por força do qual a Administração só pode agir se devidamente autorizada por lei (CF, art. 37) e, no direito brasileiro, as agências reguladoras integram a Administração Pública (assumindo, na maioria dos casos, a forma autárquica) ou recebem delegação legal para a regulação. Em outras palavras, não só o particular é livre para agir até que a lei lhe diminua tal liberdade, como a Administração só está autorizada a agir quando houver interesse público reconhecido em lei, impondo-lhe o dever de agir. In: VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 252.

⁹ FIGUEIREDO, Diogo de. **Curso de Direito Administrativo**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 63.

(Lei do Petróleo). A interpenetração de competências tem por móvel as finalidades preconizadas em lei. Para o CADE, a livre concorrência e o funcionamento competitivo do mercado. Já para a ANP, através da SDL, o abastecimento nacional e a segurança energética.

Essa percepção demanda uma interpretação teleológica e consequencialista do aparato normativo pertinente quando do manejo das interações institucionais próprias¹⁰. Assim, os interesses públicos legislados formam o lastro axiológico vinculante das decisões tomadas pelo Estado em todas suas ramificações.

Nesse sentido, “o exercício do poder outorgado tem sua validade duplamente vinculada: à lei, que o cria, e à finalidade, que o justifica”¹¹, fato este que materializa o referencial teórico deste trabalho. Inclusive, baseado no dever da boa administração, impende consignar que o “grau mínimo de interesse público” confere “legitimidade substancial” e validade às decisões administrativas da ANP, na esteira do afirmado por Renato Alessi¹². Assim, há, por vezes, a expansão da legalidade.

Os interesses públicos do abastecimento nacional e da segurança energética vêm plasmados no artigo 177, § 2º, inciso I, da Constituição¹³ por intermédio da cláusula “garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional”. Por sua vez, a livre concorrência, a função social da propriedade e a defesa dos consumidores também possuem envergadura constitucional, consagradas no artigo 170, incisos III, IV, V, da Lei Maior¹⁴, respectivamente, como princípios da ordem econômica.

Mais: o artigo 219¹⁵ da Constituição determina que o mercado interno integra o patrimônio nacional e merece estímulo ao desenvolvimento socioeconômico. Por fim, o artigo

¹⁰ Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente *tornar claro* o respectivo dizer, abstratamente falando; é sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta. Não se trata de uma arte para simples deleite intelectual, para o gozo das pesquisas e o passatempo de analisar, comparar e explicar os textos; assume, antes, as proporções de uma disciplina eminentemente prática, útil na atividade diária, auxiliar e guia dos realizadores esclarecidos, preocupados em promover o progresso, dentro da ordem; bem como dos que ventilam nos pretórios os casos controvertidos, e dos que decidem os litígios e restabelecem o Direito postergado. In: MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 8, 9.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 22.

¹² ALESSI, Renato. *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, vol. I, p. 93 e ss. *Apud*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 26.

¹³ Art. 177. Constituem monopólio da União: (...) § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; (...).

¹⁴ 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: (...) III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor;

¹⁵ Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos

173, § 4º, da Lei Maior¹⁶ obriga a repressão ao abuso do poder econômico, ao aumento arbitrário de lucros e à eliminação da concorrência, o que exige ponderação com os demais bens constitucionais.

Pela combinação desses fatores normativos, deve-se observar um novo elemento de interpretação, ao lado do teleológico e sistemático, o axiológico¹⁷. Além da imersão axiológica constitucional, no patamar legal, a Lei do Petróleo expande a legalidade aplicável ao setor de combustíveis líquidos através da previsão de inúmeros interesses públicos que funcionalizam a atuação administrativa da ANP.

Assim, Alexandre Aragão¹⁸ destaca que:

A Lei do Petróleo - Lei n.º 9.478/97, por exemplo, sem dar início *de per se* a uma normatização mais completa, e, muito menos, exaustiva da matéria, estabelece parâmetros e objetivos gerais da regulamentação a ser feita pela ANP, que deverá buscar "preservar o interesse nacional" (art. 1º, I), "valorizar os recursos energéticos" (art. 1º, II), "promover a livre concorrência" (art. 1º, IX), "atrair investimentos" (art. 1º, X), "ampliar a competitividade do país" (art. 1º, XI), "promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País" (art. 2, I), "assegurar o suprimento de insumos energéticos" (arts. 2º, II e 8º, I), proteger "os interesses dos consumidores" (art. 8º, I, *in fine*), etc. Isto não quer dizer que o modelo tradicional de normas jurídicas, linear e subsuntivo, tenha sido ultrapassado. Continua existindo com grande intensidade, mas é permeado pelas normas fluidas das políticas públicas, acarretando uma reestruturação do sistema jurídico, que agora se volta menos para operações subsuntivas e mais para a realização de objetivos.

Nesse passo, de se ver que a ANP é regida por diversas finalidades e interesses públicos, devendo assim buscar uma harmonização para assegurar o núcleo essencial de cada objetivo institucional. Inclusive, esses interesses públicos abarcam diversos interesses coletivos e individuais. Sob essas lentes, vê-se que a dimensão relacional do direito obriga a interpretações intersubjetivas para que se dose os centros de interesses envolvidos no dilema regulatório.

termos de lei federal. Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

¹⁶ 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. (...) § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

¹⁷ A construção, que tem o mérito de enfatizar a dimensão do direito como conjunto de valores, que tem o mérito de enfatizar a dimensão do direito como conjunto de valores, afigura-se, a rigor, desnecessária em uma perspectiva constitucionalizada, na qual os fins da norma jurídica já se identificam necessariamente com a concretização de valores consagrados no texto constitucional. *In*: SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 79.

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 85, 86.

Nesse vértice, deflui que o abastecimento de combustíveis líquidos, tutelado pela Lei n.º 9.478/97¹⁹, ostenta categoria derivada²⁰, porquanto precisa de construção concreta pela administração pública. Com a finalidade de promover esse interesse público, tanto o CADE quanto a ANP possuem discricionariedade técnica, já que a interrelação entre os dispositivos suscitados e suas finalidades demanda opções político-regulatórias de natureza criativa para a concreção do interesse público no caso concreto.

Nesse sentido, Gustavo Binjenbojm²¹ dispõe que:

Vista a questão sob o ângulo constitucional, é possível perceber que os arts. 170, 173 e 174 da Constituição brasileira concedem ao Estado razoável *margem empírica de apreciação* para a escolha de instrumentos adequados de regulação à ordenação das diversas atividades econômicas.

Com efeito, a cooperação administrativa erige o diálogo prévio como pilar da construção de decisões conjugadas entre o CADE e a ANP. Com efeito, reduzir o administrador a autômato, que apenas reproduz a legalidade estrita, sem espaço para decisão criativa, traduz erro que não viabiliza transparência dos reais fundamentos de determinada decisão regulatória.

A prevalecer tal posição redutora, haveria dificuldades no processo decisório da ANP na aplicação de penalidades, porquanto a letra fria da Lei de Penalidades não autoriza a produção de decisões disformes.

Abandonada essa postura redutora que transforma o administrador público em autômato, a ANP, no uso da sua discricionariedade na regulação do setor de distribuição de combustíveis líquidos, poderá confrontar - argumentativamente - a decisão tomada pelo CADE nos termos do parágrafo segundo do artigo 10 da Lei de Penalidades.

Bem por isso, a segunda base desta pesquisa reside no fato de que a discricionariedade é o poder dado à administração pública para decidir, abstrata ou concretamente, “o resíduo de

¹⁹ Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: (...) Parágrafo único. No exercício das atribuições de que trata este artigo, com ênfase na garantia do abastecimento nacional de combustíveis, desde que em bases econômicas sustentáveis, a ANP poderá exigir dos agentes regulados, conforme disposto em regulamento: I - a manutenção de estoques mínimos de combustíveis e de biocombustíveis, em instalação própria ou de terceiro; II - garantias e comprovação de capacidade para atendimento ao mercado de combustíveis e biocombustíveis, mediante a apresentação de, entre outros mecanismos, contratos de fornecimento entre os agentes regulados.

²⁰ “O interesse público *originário* é a expressão do *interesse geral* ou do *bem comum*, como se o prefira, cuja satisfação é constitucionalmente cometida ao Estado, atribuindo-se-lhe os necessários poderes para tanto. O interesse público *derivado* é o definido de modo imediato pela legislação infraconstitucional e, de modo mediato, pela administração pública.” *Op. Cit.*, 2001, p. 27.

²¹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 163.

legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico”²².

Sobretudo tratando-se de conceito jurídico indeterminado sujeito à discricionariedade regrada pela Lei; à ANP cabe o balanceamento destes interesses públicos na aplicação do conjunto normativo, atentando para os efeitos concorrenciais, respeitadas as esferas de competência (e, portanto, o uso da discricionariedade técnica) do CADE. Nesse sentido, a diversidade de normas engendra diferentes conflitos entre a atuação da ANP e do CADE, manifestada pelos casos Guaporé, Raízen e White Martins.

Posta a questão nesses termos, não há uma preferência ou superposição *a priori* de um ente público sobre o outro, apenas um diálogo constante para encontrar a solução para determinada situação específica. Assim, inaugura-se um sistema pujante de coparticipação regulatória²³.

A partitura constitucional engendra interações entre os bens públicos - livre concorrência²⁴, livre iniciativa²⁵ e abastecimento nacional – que carecem do método da ponderação para incidência do caso concreto, a fim de se verificar a predominância temporária e específica de um interesse público sobre o outro em determinada situação.

Conversando com a *lex mercatoria*, o Estado Regulador abre espaços consensuais e processualizados na busca da solução administrativa com diálogo entre o CADE, os agentes econômicos envolvidos, a sociedade e a ANP.

²² *Ibidem*, p. 33.

²³ SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 86, 87.

²⁴ “Concorrência é a ação competitiva desenvolvida por agentes que atuam no mercado de forma livre e racional. Isto é, trata-se da disputa saudável por parcela de mercado entre agentes que participam de uma mesma etapa em ciclo econômico (produção ↔ circulação ↔ consumo). Assim, deve o Estado intervir de forma a garantir que a competição entre os concorrentes de um mesmo mercado ocorra de forma justa e sem abusos (monopólio, oligopólio, truste, cartel etc.), garantindo-se, assim, o equilíbrio entre a oferta e a procura, bem como a defesa da eficiência econômica. Cuida-se, assim, da proteção conferida pelo Estado ao devido processo competitivo em sua Ordem Econômica, a fim de garantir que toda e qualquer pessoa que esteja em condições de participar do ciclo econômico de determinado nicho de nossa economia, dele possa, livremente, entrar, permanecer e sair, sem qualquer interferência estranha oriunda de interesses de terceiros”. In: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 93.

²⁵ “Significa que o Estado não deve restringir o exercício da atividade econômica, salvo nos casos em que se fizer necessário, para fins de proteção do consumidor e de toda a sociedade. (...) Significa a liberdade de entrar, permanecer e sair do mercado, sem interferências externas. Observe-se que não há mais espaço para a máxima *Laissez-faire, laissez-passer; le monde va de lui-même*, uma vez que, como veremos, o Estado atua como agente normativo e regulador de sua Ordem Econômica. Todavia, com base no princípio da subsidiariedade, a intervenção estatal somente se fará presente onde for necessária. Nos nichos de nossa economia onde não se apontar para a necessidade de interferência do Poder Público, o mercado se autorregulará”. *Ibidem*, p. 96, 97.

Dito isso, nota-se que a atuação funcionalizada e finalística da administração pública moderna a emancipa das amarras frias da legislação, retirando a asfixia da espontaneidade das decisões no âmbito administrativo regulatório. A administração pública passa a ser regrada pela juridicidade²⁶, o que inclui os princípios constitucionais e os interesses públicos constitucionalizados.

Nesse prisma, essa juridicidade, embebida pelos interesses públicos, embasa a atuação da ANP e do CADE, com o poder-dever de concretizar tais conceitos jurídicos indeterminados diante das circunstâncias fáticas presentes. Assim, a funcionalização²⁷ da Lei de Penalidades – com a leitura teleológica-axiológica do instituto da revogação – implica em diferenciar a estrutura do funcionamento (como) da função (a que serve).

Com efeito, conquanto seja possível o uso do método de ponderação (“como”), através do postulado da proporcionalidade, com o fito de sopesar os interesses públicos e o dispositivo normativo da Lei de Penalidades, o ordenamento não se coloca à livre disposição da administração pública, na medida em que há constrangimentos institucionais, como acervo probatório, ou melhor, avaliação de impacto regulatório, indicador da realização da finalidade/interesse público (a que serve).

Isto é: exige-se motivação concreta e específica, com base em elementos econômicos logísticos sobre o risco aos estoques de insumos energéticos, a fim de autorizar a flexibilização da penalidade de revogação. Sem isso, sob a ótica holística do problema regulatório, permanece hígida e preponderante a aplicação automática da medida.

Nessa senda, a multiplicidade de manifestação do “interesse público” demanda a identificação de elementos técnicos-estatísticos tais como estudos econômicos de impacto no suprimento e na logística de determinada região no caso de revogação de determinado agente econômico. Assim, a relativização da “verdade econômica” impele a evitar a leitura reducionista da legislação – apartada das finalidades e dos interesses públicos subjacentes.

²⁶ “Assim, entendemos que as Agências Reguladoras poderão receber do Poder Legislativo, por meio de lei de iniciativa do Poder Executivo, uma delegação para exercer seu poder normativo de regulação, competindo ao Congresso Nacional a fixação das finalidades, dos objetivos e da estrutura das Agências, bem como a fiscalização de suas atividades. O Congresso Nacional permanecerá com a centralização governamental, pois decidirá politicamente sobre a delegação e seus limites às Agências Reguladoras, porém efetivará a descentralização administrativa, permitindo o exercício do poder normativo para a consecução das metas traçadas na lei. O Poder Legislativo deverá, nos moldes norte-americanos, estabelecer os parâmetros básicos, na forma de conceitos genéricos – *standards* –, cabendo às Agências Reguladoras a atribuição de regulamentação específica, pois passarão a exercer, de maneira exclusiva, uma atividade gerencial e fiscalizatória que, tradicionalmente no Brasil, sempre correspondeu à Administração direta, enquanto cedente dos serviços públicos por meio de permissões ou concessões”. In: MORAES, Alexandre de. **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 20, 21.

²⁷ PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1964, p. 300.

À SDL cabe a análise da porção de mercado afetada pela medida com o intuito de instruir o processo com dados sobre a realidade dos impactos no abastecimento. Ante tal quadro, estribado nas lições de Gustavo Binenbojm²⁸, depreende-se que:

Alude-se, de um lado, ao processo de economicização do poder de polícia, por meio do qual o discurso da ciência econômica (particularmente, da regulação econômica) tem penetrado e se apropriado da ação do Estado, pretendendo subjugar-lo a suas categorias, seu método de trabalho e seus fins. Embora o poder de polícia tenha sua origem remota na disciplina da antiga noção de economia, o fenômeno agora se inverte, com a instrumentalização das formas jurídicas às exigências da economia. Além da regulação estatal propriamente dita, desenvolvem-se formas de cooperação entre particulares, ou entre estes e o Estado, em novos arranjos institucionais que relativizam o caráter exclusivo e imprescindível da potestade estatal no campo da polícia administrativa.

Sem embargo, curial assentar que os interesses públicos em jogo – abastecimento e livre concorrência - possuem berço constitucional e infraconstitucional, motivo pelo qual não se pode afastar a noção de vinculação positiva ao ordenamento²⁹. Bem por isso, a dissertação não abandona a doutrina da vinculação positiva, a qual vê a discricionariedade como um poder jurídico e, portanto, limitado³⁰.

Nesse contexto de desmistificação do conceito oitocentista de legalidade, vê-se a pluralização de soluções possíveis diante de uma condenação por conduta anticoncorrencial à luz do princípio do *trial and error* das políticas públicas, da doutrina do *hard look* e da *chevron deference*^{31,32}.

Como se verá melhor mais a frente, no caso Guaporé, a título ilustrativo, um posto de combustível obteve liminar na Justiça Federal impedindo a medida de alienação compulsória dos ativos, tendo o magistrado se substituído ao juízo técnico da ANP. Assim, o Judiciário se

²⁸ *Op. Cit.*, 2016, p. 32, 33.

²⁹ A esse respeito, interessa saber que o direito administrativo francês nasceu como direito não legislado formulado pela jurisdição administrativa para resolver conflitos à luz da lacuna do sistema até então vigente. *In*: PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **500 anos de direito administrativo**. Revista eletrônica de Direito do Estado, número 5, janeiro/fevereiro/março de 2006, Salvador, Bahia, p. 2.

³⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**. Revista eletrônica de Direito do Estado, número 9, fevereiro/março/abril de 2007, Salvador, Bahia, ISSN 1981-1861, p. 2.

³¹ PEREIRA NETO, Caio Mario S.; LANCIERI, F. M.; ADAMI, M. P. **O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: Uma Proposta de Sistematização**. *Apud*: Carlos Ari Sunfeld; André Rosilho. (Org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. 1ªed. São Paulo: Malheiros, 2014, v. 1, p. 140, 185, p.176.

³² De qualquer forma, essa discussão seria inócua, pois, segundo a doutrina *Chenery* – a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América –, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos, nos moldes do precedente AgInt no AgInt na SLS 2.240-SP³², Rel. Min. Laurita Vaz, julgado, por unanimidade, em 7/6/2017.

imiscuiu nesse embate entre as políticas públicas de abastecimento e concorrenciais como um terceiro agente em desrespeito à *doutrina chenery* segundo a qual os juízos técnicos da ANP deveriam ser preservados.

Igualmente, a ANP pode utilizar suas experiências anteriores para corrigir e atualizar novos critérios de decisão prático-regulatórios com base no princípio do *trial and error* das políticas públicas. Outrossim, a aplicação do artigo 10, inciso V e § 2º da Lei de Penalidades não exige digressão analítica extensa, já que a própria Lei expõe que se trata de aplicação automática a partir da mera notificação da ANP, enviada pelo CADE, de condenação por ilícito concorrencial.

Entretanto, com base na doutrina do *hard look*, a ANP, nas hipóteses que fogem à aplicação automática da penalidade, deve se desincumbir do ônus argumentativo, reforçado nestes casos, que justifique o tratamento excepcional consistente na inaplicação da Lei de Penalidades.

Nessa senda, o sentido teleológico-axiológico do suprimento de combustíveis em rede nacional/regional dirige a *ratio legis* da aplicação da Lei de Penalidades, e serve como ponto de partida para a imersão de toda a regulação da indústria do petróleo como valor primordial. Assim, convém registrar o substrato finalístico da Lei de Penalidades não repousa na punição por si própria e sim no desestímulo à prática de condutas anticoncorrenciais.

Retomando o assunto da liminar do caso Guaporé-RS, também no caso Raízen, vê-se que o Judiciário participa do conflito entre as políticas públicas de abastecimento e as políticas públicas concorrenciais. No entanto, infelizmente, o Judiciário não é o foro com maior capacidade institucional para decidir tais questões, por serem elas eminentemente técnicas, de forma que o bom uso da autocontenção judicial homenagearia a reserva de administração pública.

Nessa linha, para Vermeule³³, cumpre assinalar que o dilema institucionalista perpassa pela “limitação racional do juiz na obtenção e no processamento das informações necessárias ao julgamento dos casos complexos, marcados por incertezas”, de sorte a desestimular a adjudicação de conflitos técnicos.

Tal quadro ganha novos contornos à luz da crescente judicialização das relações econômico-sociais. Vermeule³⁴ registra três tipos de cegueira institucional, quais sejam: (i) a

³³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Agências reguladoras, diálogos institucionais e controle**. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 159-189, jan./mar. 2015. *Apud: Op. Cit*, 2015, p. 160.

³⁴ *Ibidem*, 2015, p. 160.

“abstração filosófica excessiva” que dispensa o exame empírico e institucional; (ii) o “institucionalismo estereotipado ou estilizado” que trata as instituições de modo abstrato, sem considerar a realidade subjacente; e (iii) o “institucionalismo assimétrico” que defende visões otimistas sobre determinadas instituições e pessimistas sobre outras.

Nesse prisma, não se adota, para fins deste trabalho, o institucionalismo assimétrico, de sorte que não se defende a superioridade da ANP³⁵, do CADE ou do Judiciário - isoladamente considerados. Ao revés, o que se propugna é um diálogo interinstitucional com o fito de incrementar os argumentos técnico-jurídicos em prol de determinada situação regulatória, reduzindo, desta maneira, eventuais vícios e cegueiras institucionais.

Por seu lado, Juarez Freitas³⁶ discorre acerca da expansão da sindicabilidade dos atos discricionários. Nesse viés, a interposição do Judiciário junto à atividade do administrador público pode ter potencial dialógico, retirando-o do solipsismo decisório quando da aferição da consistência da argumentação enunciada. Salutar esse tipo de atuação judicial que, respeitada a *chenery deference*, apenas fomenta o diálogo entre as instâncias administrativas (ANP e CADE) sobre o tema controvertido em juízo.

Vale dizer: as sanções concorrenciais e a aplicação de penalidades administrativas de revogação de AEA sofrem influências de decisões do Judiciário, triangulando o conflito entre as duas políticas públicas (abastecimento vs. concorrência).

Sob essas lentes, caso o processo decisório da ANP sobre a aplicação da Lei de Penalidades ocorra de modo isolado, sem abertura de contraditório público-privado (CADE e agentes econômicos sancionados), a política pública de abastecimento tenderá a nascer vocacionada à inefetividade.

Nesse sentido, no contraste entre políticas públicas do CADE e da ANP, deve-se priorizar a solução mais apta a se harmonizar os interesses públicos contrapostos com menor gravidade de intervenção e maior benefício social à luz do postulado da concordância prática na interpretação dos bens públicos constitucionais.

Por essa razão, a imbricação da atuação da Agência com a defesa da concorrência exige a acomodação dos interesses públicos de forma contextualizada sem prevalência abstrata sobre

³⁵ ANDERSON SCHREIBER descreve que o direito passou por um “processo gradativo de especialização”, “com a multiplicação de entidades estatais autorizadas a produzir normas jurídicas”. A esse respeito, o autor obtempera que “(o) papel do Poder Legislativo passa a ser compartilhado por outros entes dotados de poder jurígeno, ou seja, o poder de criar direito. É o caso, por exemplo, das agências reguladoras, emissoras de normas jurídicas que se somam àquelas de origem parlamentar”. In: SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

³⁶ *Apud* CAVALLI, Cássio. **O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica**. Revista de Direito Administrativo, 2009, p. 67-68.

a notificação do CADE para aplicação da revogação automaticamente. Isso porque a ANP não possui autonomia de vontade, pois está obrigada a atingir as finalidades abalizadas pelo ordenamento jurídico de forma eficiente, legítima e econômica.

Em caso de atribuições sobrepostas, a dificuldade de coordenação de atuação cobra que tanto a ANP como o CADE busquem a legitimidade democrática decisória em termos operacionais³⁷. Nesse diapasão, mister fazer menção à nova Lei n.º 13.655/2018 que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/1942) no propósito de implementar diretrizes na criação e na aplicação do direito público de forma eficiente.

À vista disso, a ANP não se encontra autorizada a realizar balanceamento entre princípios, direitos e interesses públicos na equação regulatória de determinado caso concreto sem considerar as consequências práticas da decisão, bem como a necessidade e adequação da medida³⁸.

Além disso, a ANP deverá realizar estudo das alternativas possíveis, elegendo aquela mais favorável ao atendimento do interesse público. Nesse jaez, não basta menção abstrata ao valor “abastecimento nacional” como carta coringa que viabiliza todo tipo de juízo técnico.

Por outro lado, a nova Lei explicita entendimento favorável ao uso da proporcionalidade nos trabalhos administrativos da Agência, porquanto o parágrafo único do artigo 21³⁹ determina que a decisão administrativa deverá:

(...) indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Estabelecidas essas premissas, convém salientar que a aplicação da penalidade no exercício do poder ordenador requer a consideração de elementos especiais nos quais o caso

³⁷ Artigo recebido em 27 de setembro de 2013 e aprovado em 19 de dezembro de 2013. Publicado em inglês com o título “*Good-bye, Montesquieu*” originalmente na *Comparative Administrative Law*, 2010. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=a5faj90ZPBoC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em 18 set 2013. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. Revisão técnica de Izabel Saenger Nuñez. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014, p. 8.

³⁸ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

³⁹ Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

concreto está embebido à luz dos interesses públicos “abastecimento” e “concorrência”. Daí que não há como se afastar de juízos transdisciplinares para a aplicação correta da regulação⁴⁰.

Inclusive, como fatores alheios ao controle dos agentes econômicos⁴¹ poderão afetar a regularidade da conduta, a nova Lei prescreve que tais circunstâncias práticas limitadoras participam do juízo decisório do regulador⁴². Ademais, o artigo 26⁴³ elastece a possibilidade de celebração de compromissos com os interessados na seara administrativa, pavimentando o caminho para a mediação consensual na Administração e para soluções intermediárias.

Diante do expendido, essa virada pragmática na aplicação das sanções pela ANP pode ter três formas de abordagens: a) o antifundacionalismo, o qual nega dogmas apriorísticos como *topoi* e pontos de partida indiscutíveis; b) o contextualismo, o qual consiste na consideração da realidade e sua influência nos juízos de valor jurídicos; e, c) o consequencialismo, voltado para uma eficiência regulatória.

Em razão disso, a interpretação consequencialista⁴⁴ do direito regulatório, máxime em casos complexos, impõe a consideração das repercussões econômicas e demais utilidades e interesses públicos, como o abastecimento nacional. Resulta disso que a atividade regulatória

⁴⁰ Já, em setores nos quais os serviços podem ser prestados pela iniciativa privada, faz-se necessária a difusão do conhecimento econômico, que assim está sistematizada: (i) *due process clause* – regulação/não intervenção, sendo a regulação a procedimentalização da atividade econômica; desenvolvimento das atividades econômicas em condição de igualdade material entre os agentes econômicos; (ii) regulação institucional – intervenção ativa, com a criação da utilidade pública (concorrência) – (iii) regulação neoclássica: possibilidade de escolha; a concorrência é o valor institucional a ser protegido, e não o mercado. In: BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 119, 120.

⁴¹ Na esteira, vige o brocardo “*ad impossibilia nemo tenetur*”, ou seja, ninguém está obrigado ao impossível.

⁴² Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

⁴³ Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (...) III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

⁴⁴ A tarefa da regulação econômica é, assim, interferir nos incentivos gerados pelo mercado real sobre fornecedores e consumidores em busca da realização de objetivos determinados pelo processo político-democrático e traduzidos em pautas jurídicas de ação do Estado. A economia da regulação oferece aos processos de deliberação coletiva um *plus* de racionalidade, com sua metodologia pragmática, fundada em dados empíricos, diagnósticos contextuais e perspectiva consequencialista. O velho poder de polícia das atividades econômicas desveste-se, portanto, daquele caráter eminentemente discricionário e associado a razões de Estado, deixando-se assimilar, em parte, pelo conhecimento científico produzido pela economia da regulação. In: *Op. Cit.*, 2016, p. 240.

pressupõe juízos econômicos e sociológicos em detrimento de legalismos, porventura danosos, em contraponto à operação de subsunção pura.

Assim, o desvalor econômico da revogação deverá ser avaliado em cotejo com a desejabilidade de suas consequências necessárias advindas da medida. Esse novo “comportamento interpretativo” da administração pública, haurido do artigo 37, *caput*, da Emenda Constitucional n.º 19/1998, é norteado pelo paradigma gerencial, com enfoque no controle de resultados pretendidos.

Nessa vertente, a racionalidade regulatória preocupa-se com o controle de estoques, com o abastecimento de mercados, com a promoção das indústrias nascentes e com o incremento da concorrência. Por conta disso, a ANP tem competência para emitir ato administrativo com efeito modulador do mercado em atenção aos vetores dos custos/benefícios da ação regulatória e suas vantagens comparativas, do plexo dúctil de conformações possíveis e das valorações prognósticas de possíveis impactos colaterais da revogação na economia.

Pautando-se nisso, no afã de evitar efeitos sistêmicos contraproducentes e abalo ao abastecimento, não merece guarida qualquer exercício de ponderação estanque⁴⁵, por não estar discutido à saciedade sob a métrica do teste da proporcionalidade. Por derradeiro, importa ter em mente que a polivalência do sentido “interesse público” demanda estudos relacionados à *Law and Economics*.

Isto é, apenas a interdisciplinaridade entre a ciência jurídica e a ciência econômica permite a concretização do interesse público para o caso concreto. De outra banda, a dissertação parte da necessidade de se levar em consideração o *behaviorismo*⁴⁶, ancorado na ideia de que as pessoas decidem racionalmente, conforme a informação disponível, as restrições cognitivas,

⁴⁵ A natureza da lei em Direito Econômico relaciona-se à natureza da realidade econômica, bastante dinâmica. Por essa razão, a lei em Direito Econômico é dotada de flexibilidade e mobilidade, a fim de acompanhar as alterações da política econômica causadas pelo dinamismo da realidade econômica. Certo é que os métodos legislativos costumeiros não contribuem para o Direito acompanhar a realidade econômica, daí utilizar-se em Direito Econômico instrumentos que minimizem tal dificuldade, quais sejam: *standard* jurídico, flexibilidade, mobilidade e subsidiariedade, que se adotados com maior rigor conceitual são considerados ‘princípios hermenêuticos’, tais como a ‘economicidade’. *In: Op. Cit.*, 2013, p. 49.

⁴⁶ “Por exemplo, para a teoria da escolha racional as normas estabelecem restrições, limites ou sanções aos possíveis cursos de ação de atores que buscam a realização de seus interesses, de modo que comportamentos não normativos envolvem altos custos para aqueles que porventura os escolherem. Para o interacionismo simbólico as normas sociais oferecem orientações sobre como pensar e agir a atores motivados pelos significados subjetivos que atribuem a suas ações e a todas as coisas. (...) No entanto, independentemente da perspectiva teórica adotada não há dúvida entre os sociólogos de que as normas sociais, principal fonte de ordem social e predictibilidade, são caracterizadas pela regularidade de comportamento e por sanções àqueles que não as seguem”. *In: Op. Cit.*, 2013, p. 52.

o tempo e os recursos acessíveis para utilização nos moldes da estrutura do ambiente da decisão e da racionalidade limitada⁴⁷.

Em virtude do exposto, as escolhas regulatórias técnicas necessitam de procedimentos administrativos democráticos que favoreçam o contraditório⁴⁸, dentro da estrutura estatal, como a oitiva do CADE e a participação da sociedade⁴⁹. De outro bordo, as políticas públicas de abastecimento de combustíveis líquidos devem sopesar os *inputs* de outros sistemas, como a economia e as engenharias, e os próprios *withinputs* oriundos da ciência da regulação.

Nesse sentido, as políticas públicas concorrenciais de âmbito do CADE devem ser levadas em conta quando da tomada de decisões estruturais em processos contenciosos estratégicos. Nesse desiderato, a SDL realiza regulação econômica e social⁵⁰, uma vez que promove valores primariamente econômicos como eficiência, concorrência, juntamente com valores sociais, tais como razoabilidade, equidade, coesão social e confiança.

De conseguinte, a penalidade de revogação da autorização implica a retirada de determinada sociedade empresária do mercado de combustíveis líquidos em atenção ao artigo 10, inciso V e § 2º da Lei n.º 9.847/99⁵¹. Entretanto, defende-se que, mesmo nos casos condenações por infração à ordem econômica pelo CADE, ainda assim caberá à ANP realizar juízo técnico-valorativo a respeito da aplicação da penalidade de revogação.

⁴⁷ *Ibidem*, 2013, p. 26.

⁴⁸ “Para isso é necessário o conceito de processualidade e que este se abra em três momentos: o da formação, o da execução e o da avaliação. O primeiro momento é o da apresentação dos pressupostos técnicos e materiais, pela Administração ou pelos interessados, para confronto com outros pressupostos, de mesma natureza, trazidos pelas demais partes, cujos interesses sejam não-coincidentes com aqueles. O segundo momento compreende as medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa. E finalmente o terceiro momento no processo de atuação da política pública é o da apreciação dos efeitos, sociais e jurídicos, novamente sob o prisma do contraditório, de cada uma das escolhas possíveis, em vista dos pressupostos apresentados”. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 266.

⁴⁹ “O poder decisório do Estado se mostraria, portanto, destacado e incontestável na linha vertical (campo do exercício do poder político), mas confinado na sua projeção sobre a linha horizontal (campo da sociedade)”. *In*: NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2002, p. 52.

⁵⁰ WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. **Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56, set/dez, 2013.

⁵¹ Art. 10. A penalidade de revogação de autorização para o exercício de atividade será aplicada quando a pessoa jurídica autorizada: I - praticar fraude com o objetivo de receber indevidamente valores a título de ressarcimento de frete, subsídio e despesas de transferência, estocagem e comercialização; II - já tiver sido punida com a pena de suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação; III - reincidir nas infrações previstas nos incisos VIII e XI do art. 3º desta Lei; IV - descumprir a pena de suspensão temporária, total ou parcial, ou a pena de cancelamento de registro de estabelecimento ou instalação. V – praticar, no exercício de atividade relacionada ao abastecimento nacional de combustíveis, infração da ordem econômica, reconhecida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE ou por decisão judicial. § 1º Aplicada a pena prevista neste artigo, os responsáveis pela pessoa jurídica ficarão impedidos, por cinco anos, de exercer atividade constante desta Lei. § 2º Na hipótese do inciso V deste artigo, a revogação da autorização dar-se-á automaticamente na data de recebimento da notificação expedida pela autoridade competente.

Seguindo a lógica de Karl Laren⁵², usa-se a técnica de redução teleológica para que se diminua o campo de aplicação do artigo 10, inciso V, § 2º da Lei de Penalidades, de sorte a adequá-la à finalidade da norma. Assim, a ANP identifica a lacuna axiológica e a conserta mediante a inclusão de uma exceção não explícita no enunciado normativo, mas extraída de sua própria teleologia.

Nesse seguimento, Larenz propôs a analogia para a colmatação de lacunas evidentes, ao mesmo tempo em que, para os casos de lacunas ocultas, a integração por meio de uma redução teleológica ou a cobertura da lacuna por meio de uma extensão teleológica. Em última análise, o intérprete não se atém apenas ao dispositivo legal, uma vez que deve, sem desconsiderar seus limites, buscar atingir a finalidade nele contida, restringindo (redução teleológica) ou ampliando (extensão teleológica) seu conteúdo inicial.

Disso resulta que o dispositivo passa a se aplicar apenas à parte dos fatos por ele regulados, embebido pelos interesses públicos que orbitam sobre a situação-problema (livre concorrência e abastecimento), a fim de se concretizar a norma jurídica, como detalhado nos precedentes administrativos examinados no capítulo a seguir.

3. O ESTUDO DE TRÊS CASOS DE FLEXIBILIZAÇÃO NA APLICAÇÃO DA LEI DE PENALIDADES PELA SUPERINTENDÊNCIA DE DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA

Com a desregulação, eliminava-se o custo regulatório gerado pelo efeito econômico de excessivas e desnecessárias exigências governamentais que atrapalhavam o funcionamento da atividade econômica e oneravam o agente econômico e, conseqüentemente, o consumidor.

Já a re-regulação, oferecia maior transparência e previsibilidade das normatizações, adequadas à realidade social e tecnológica, de modo a fomentar a atividade econômica e menos onerosas aos agentes econômicos e, assim, menos onerosas aos consumidores (...) É nesse contexto que desponta a elaboração teórica e legislativa das agências reguladoras, caracterizadas pela dinamicidade, independência, tecnicidade, consenso para dirimir conflitos, ou seja, trata-se de relevante instrumento de adequação de uma nova ordem jurídico-econômica.⁵³

⁵² *Op. Cit.*, 2014, p. 555 e ss.

⁵³ BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. São Paulo: Atlas, 2013. Pág. 122. *Op. Cit.*, 2013, p.122.

Esse capítulo veicula decisões administrativas no âmbito da Agência Nacional do Petróleo nas quais ocorreu a flexibilização do procedimento de revogação por considerações práticas e consequencialistas atinentes ao abastecimento nacional de combustíveis. Assim, este item estuda os mecanismos de diálogo entre o CADE e a ANP com o fito de não prejudicar os consumidores e as necessidades públicas emergenciais por combustíveis.

Assim sendo, o capítulo traz um apanhado de casos julgados no âmbito da Superintendência de Distribuição e Logística (SDL) e da Superintendência de Defesa da Concorrência, Estudos e Regulação Econômica (SDR) em reação às decisões do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE).

3.1. O caso Guaporé /RS

Na decisão do CADE tomada no Processo Administrativo n.º 08012.005495/2014-14 houve a condenação de diferentes postos de combustíveis pela prática de cartel no município de Guaporé-RS. Esta condenação foi seguida da remessa do caso à ANP, para a aplicação da penalidade de revogação dos agentes envolvidos nos moldes do artigo 10, inciso V, em conjunto com seu parágrafo segundo, da Lei n.º 9.847/99.

Então, na ANP, instaurou-se o Processo Administrativo ANP n.º 48610.009348/2014, tendo nele sido apresentada a Proposta de Ação n.º 165/2016, pela qual foi sugerida a penalização diferida da decisão administrativa proferida pelo CADE.

A Diretoria-Geral da ANP, ao final, autorizou esse deferimento da penalização por meio da Proposta de Ação n.º 1427/2014, publicada pelo Despacho da Secretária Executiva n.º 134, de 30/01/2015 no Diário Oficial da União em 02/02/2015. Com efeito, a ANP entendeu que a imposição da penalidade de revogação a todos os postos revendedores da região traria prejuízos à ordem econômica, ao abastecimento regional de combustíveis e aos consumidores desse mercado relevante em última instância.

Em consequência, a ANP concedeu aos postos de combustíveis o prazo de 390 dias (ação de penalização diferida) para a alienação dos ativos referentes ao exercício da revenda varejista de combustíveis. Esta medida foi acompanhada do monitoramento, pela ANP, da entrada de novos agentes econômicos no mercado regional, evitando o uso de “laranjas” para a aquisição dos ativos alienados.

Findo o prazo de 390 dias, caso não ocorresse essa alienação, a revogação da autorização para o exercício da atividade econômica se daria de forma automática. Em que pese não tenha ocorrido a alienação visada, dois novos postos de combustíveis foram autorizados a funcionar

no decorrer desse prazo, conquanto tenham sido apurados indícios de burla à luz do quadro societário.

No entanto, em relação a um dos postos de combustíveis, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no bojo do Processo Judicial n.º 5043542-49.2015.4.04.7100, confirmou liminar dada pelo juízo de primeiro grau, suspendendo os efeitos da ação de penalização diferida, sob o fundamento que a Agência não teria competência para determinar a alienação compulsória, bem como pela dissonância entre a decisão da ANP e a decisão prolatada pelo CADE.

Nessa conjuntura, a ANP destacou que não se encontra jungida ao CADE, em termos hierárquicos, ao mesmo tempo em que a natureza da decisão do CADE seria de *mera recomendação* da aplicação do comando normativo da Lei de Penalidades. Em parecer, a Superintendência de Defesa da Concorrência, Estudos e Regulação Econômica propôs uma análise rigorosa dos novos autorizatários, tendo concordado com a decisão nas Notas Técnicas Conjuntas n.º 002/CDC-SAB/2014 e n.º 004/CDC-SAB/2014.

Inclusive, a Procuradoria Federal junto a ANP se pronunciou a favor da medida na Nota n.º 026/2016/PF-ANP/PGF/AGU. Apesar disso, com a entrada de novos agentes econômicos no mercado, ainda que não apurada a sua idoneidade, ainda em andamento a fiscalização, viabilizou a revogação automática dos demais postos de combustíveis sem prejuízo ao abastecimento regional.

3.2. O caso Raízen

No caso Raízen, o CADE constatou, em sede do Processo Administrativo CADE n.º 08012.004736/2005-42, cuja interessada era a Shell Brasil Ltda. (atual Raízen Combustíveis S/A) ter ocorrido ilícito concorrencial e notificou a ANP, através do Ofício n.º 3113/2016/CADE, para que a ANP aplicasse as sanções pertinentes.

A ANP, na Proposta de Ação n.º 0057/2018, colacionada ao Processo Administrativo ANP n.º 48610.001381/2017-49, destacou o risco de desabastecimento nacional caso houvesse a aplicação da penalidade de revogação de autorização para o exercício de atividade, conforme prevista no artigo 10, inciso V, § 2º da Lei n.º 9.847/99.

Nesse sentido, a Nota Técnica Conjunta n.º 001/SDR-SAB avaliou os efeitos econômicos de diferentes cenários, quais sejam: (i) revogação total por aplicação irrestrita do artigo 10, V, da Lei n.º 9.847/99; (ii) revogação parcial, apenas da autorização da filial, em cuja base de distribuição ocorreu a conduta condenada pelo CADE; e, (iii) não revogação, pela

prevalência da regra do artigo 8º, I, da Lei n.º 9.478/97⁵⁴ em detrimento da regra do artigo 10, V, da Lei de Penalidades.

De seu turno, a Raízen solicitou a suspensão da revogação, com base em uma interpretação sistemática do artigo 8º, § 2º, da Lei n.º 9.847/99 e da ação declaratória de nulidade do ato prolatado pelo CADE em curso na 3ª Vara Federal da Justiça Federal do Rio de Janeiro, bem como à luz da proporcionalidade e dos efeitos anticoncorrenciais da revogação.

Inicialmente, o Parecer n.º 00344/2017/PFANP/PGF/AGU sugeriu a revogação parcial. Porém, esta opinião jurídica não foi acatada pelo Procurador-Geral junto à ANP. Assim, analisou-se a opção de revogação nacional da autorização do exercício da atividade da sociedade Raízen. Sabendo-se que a sociedade Raízen atua em todos os Estados da Federação, com grande volume de venda, o desabastecimento seria desastroso.

De conseguinte, afigurava-se como melhor solução a revogação da Autorização n.º 310/2014 limitada à filial da base de Ribeirão Preto (SP), haja vista que o gerente comercial da Raízen responsável pela conduta anticoncorrencial, era funcionário da filial de Ribeirão Preto nos termos preconizados na Resolução ANP n.º 58/2014 e o risco para a rede de suprimento ficaria limitado ao município de São Carlos (SP).

Entretanto, o Procurador-Geral, por meio do Despacho n.º 00057/2018, considerou não haver óbice em simplesmente não revogar autorização alguma, deixando, assim a ANP de atender à notificação do CADE de aplicação da pena (necessariamente a revogação automática). Isso porque haveria (i) incompatibilidade entre as regras do artigo 10, V, da Lei n.º 9.847/99 e o artigo 8º, I, da Lei n.º 9.478/97; (ii) penalidade adicional àquela já aplicada pelo CADE em verdadeiro *bis in idem*; (iii) risco à segurança energética; e (iv) maior oferta de produtos por fornecedores diversos o que tende a favorecer o consumidor e a concorrência.

Critica-se aqui a decisão de não revogação total, na medida em que tal decisão olvida o caráter dissuasório da penalidade que somente deverá ser levantada em casos cruciais de extrema cautela.

3.3. O caso White Martins

⁵⁴ Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos.

O caso White Martins tem origem em representação feita pela Companhia de Gás de São Paulo – Comgás ao CADE em desfavor da Petróleo Brasileiro S.A, White Martins Gases Industriais Ltda. e GNL Gemini e Comercialização e Logística de Gás Ltda. por tratamento discriminatório no mercado de transporte e distribuição de gás natural. As práticas entre a Petróleo Brasileiro S.A, White Martins Gases Industriais Ltda. e GNL Gemini e Comercialização e Logística de Gás Ltda implicariam o fechamento do mercado, em infração ao artigo 36, incisos I, II e IV, assim como § 3º, incisos III, IV, V, VII, X, XI e XV, todos da Lei n.º 12.529/2011.

Em linhas gerais, a acusação era de suposta prática de subsídios cruzados e discriminação de preços no fornecimento de gás natural para o Consórcio Gemini, composto pelas três representadas supramencionadas, em prejuízo às demais distribuidoras do mercado, entre elas a Comgás.

A Comgás afirmou que o Consórcio Gemini estava a descumprir as restrições estabelecidas no Ato de Concentração n.º 08012.001015/2004-08 aprovado pelo CADE. A acusação da Comgás baseava-se no pressuposto que as operações realizadas entre os agentes econômicos devem refletir os reais custos econômicos, de sorte que seria vedado o desconto, por parte da Petrobras, das perdas de gás natural no processo de liquefação, transporte, armazenamento e regaseificação apenas em relação ao Consórcio Gemini e não em relação a todos os distribuidores.

Para a análise deste caso impende consignar que o mercado de gás natural abastece atividades como geração de energia elétrica, processos industriais termointensivos, geração de calor, transporte via GNV, que depende, no setor *downstream*, da distribuição local por intermédio de dutos com baixa pressão, ou mesmo a granel em carretas típicas da capilaridade do abastecimento. Sabendo-se que, a partir do *city gate*⁵⁵, a competência do gás canalizado é estadual, nos termos do artigo 25, § 2º da Constituição da República.

Ainda, importa registrar que a distribuição a granel depende essencialmente do volume contratado, geralmente para grandes clientes, de forma que não concorre com a distribuição por dutos, já que mais cara por custos de compressão e transporte, somadas as perdas de volume na liquefação.

Isto é, em que pese existirem pontos de intersecção (distância entre 200 e 300km), geralmente, o transporte em carretas e o transporte em dutos não atuam como substitutos um

⁵⁵ Trata-se da válvula que opera a despressurização do gás quando esse sai do duto principal para as Companhias Distribuidoras Locais (CDL's).

do outro, a verificar a elasticidade da demanda, pois visam diferentes nichos de mercado, porquanto o GNC é mais vantajoso em baixas demandas e distâncias curtas, enquanto que o GNL se demonstra mais favorável comercialmente nas distâncias e demandas maiores.

Nesse compasso, a presente conduta foca-se no entrelaçamento entre o setor *midstream*, em que ocorre o monopólio nacional da oferta pela Petrobrás no transporte de tubos de alta pressão (SEI n.º 0152764), e o setor de *downstream*, na compra de gás natural oriundo desses gasodutos por parte das distribuidoras.

No caso concreto, o CADE atuou de forma a revisar o anterior ato de concentração com o fito de tutelar o mercado *downstream* de combustíveis líquidos e de gás natural (posteriormente liquefeito).

Inclusive, Jair Santana⁵⁶ denota que há uma diferenciação entre os intérpretes *blockers* e *makers*, a ver:

(...) na convergência das ações governamentais com o interesse mínimo (e básico) da sociedade encontramos facilmente duas categorias de indivíduos-intérpretes das leis relacionadas ao Direito Público: de um lado, os *makers*, desejosos pelo fazer e pela realização plena das possíveis dimensões do ser humano e, de outro lado, os intérpretes-*blockers*, cujo comportamento decorre intuitivamente da palavra que os qualificam.

A esse respeito, vê-se que o CADE dinamizou a aplicação da lei tanto para fins de impulsionamento das políticas públicas concorrenciais, quanto com preocupação com as políticas públicas de abastecimento regionais. Assim, o Conselho vislumbrou o poder de mercado do Consórcio Gemini a jusante (distribuição) tanto na análise da concentração original (2005), quanto no momento da instauração do processo administrativo (2013) e da confirmação das medidas de prevenção pelo STJ (2015).

O CADE vislumbrou a existência de um verdadeira *joint venture*, na qual a White Martins detinha 60% e a Petrobras; 40%, cujo objeto era a comercialização e distribuição de GNL. Nesse negócio, a Petrobras fornecia o gás natural, ao passo que a White Martins fazia a liquefação em planta construída em Paulínia/SP e, por fim, a Gáslocal promoveria a comercialização e distribuição de GNL. Ponto relevante é que, diferente dos demais agentes econômicos, a planta de liquefação da White Martins recebia o gás diretamente do duto de transporte da Petrobras, sem a necessidade de passar pelo *city gate*.

⁵⁶ SANTANA, Jair. **Administração Pública e Interpretação de normas de Direito Público – a Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018 – blockers e makers (parte 1 – art. 20)**. In: Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, anp 18, n. 208, p. 24-29, jun. 2018, p. 25.

Dada a integração vertical do negócio, ocorria verdadeiro vácuo regulatório, pois a Petrobras era monopolista do segmento *midstream* citado. Assim, não se sabia se a Petrobras, por ser a primeira e única distribuidora de GNL no Brasil, se enquadraria como distribuidora de gás canalizado local (e como quedaria a regulação referente à GásLocal).

Por outro lado, no âmbito da Reclamação n.º 4.210-3/SP, o Supremo Tribunal Federal decidiu provisoriamente que compete aos entes estaduais a regulação das atividades de distribuição de gás natural local, o que inviabilizava o acordo firmado pela *joint venture*. Assim, a Petrobras não poderia fornecer gás para a White Martins, porque a regulação seria adstrita à Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – Arsesp – com implicações tarifárias.

Tal comando não foi obedecido por “condições operacionais” e falta de “especificidade quanto à execução”⁵⁷. Disso resulta que a GásLocal se enquadrava como distribuidora de GNL na regulação técnica federal, ao passo que as distribuidoras de GNC atenderam à regulação estadual sobre o tema, o que configura vácuo regulatório nas políticas públicas de abastecimento com reflexos nas políticas públicas concorrenciais. Interessa notar que precisamente a desnecessidade de conformidade ao regime constitucional-regulatório em vigor para as concorrentes gerou um elemento com efeitos anticoncorrenciais.

Entre elas, acentua-se que: (i) a GásLocal não pagava margem de distribuição à Comgás como as demais empresas de GNC; (ii) ao revés das demais concessionárias, a White Martins não precisava submeter à aprovação da Arsesp seu contrato de fornecimento de gás; assim, (iii) o custo de gás pago das demais distribuidoras era público, ao passo que os preços do Consórcio Geminis eram confidenciais, gerando clara assimetria de informações no que toca ao tarifamento do gás.

Ao final do processo, houve condenação por infração concorrencial no âmbito do CADE, sob os seguintes fundamentos, em linhas gerais: (i) ter havido o fornecimento de gás natural com precificação inferior às práticas normais do mercado relevante; (ii) existirem cláusulas contratuais mais favoráveis que as cláusulas aplicadas às outras sociedades

⁵⁷ Fls. 06, do Processo Administrativo ANP n.º 48610.003225.2017.12.

empresárias⁵⁸; e (iii) o fechamento do mercado dada a captura dos clientes âncoras, inclusive com o uso de cláusulas de fidelização⁵⁹.

Na oportunidade, o CADE decidiu, cumulativamente, impor às três representadas em conjunto a suspensão do Anexo 6 do Contrato de Consórcio, a ser monitorado por uma auditoria independente custeada *pro rata* entre as representadas, salvo a Gás Local. A mais, o CADE aplicou multa no importe de 0,1% a 20% do faturamento bruto⁶⁰ do exercício anterior, com esteio no artigo 37 da Lei n.º 12.529/2011, dados os efeitos negativos no mercado, como a exclusão das concorrentes de GNC.

Relevante mencionar que o CADE tratou a infração como de natureza continuada, uma vez que perdurou durante 12 (doze) anos de vigência aproximada com a vigência do Consórcio Gemini, o que foi crucial para a ponderação da reincidência (dobra-se a multa) da White Martins devido à condenação no Processo Administrativo n.º 08012.009888/2003-70 em função do cartel dos gases, com decisão final em 2010.

O dispositivo da decisão do CADE determinou o envio da decisão para a ANP “para fins de ciência, monitoramento e eventuais providências cabíveis”⁶¹. No mesmo sentido da condenação, viu-se a Nota Técnica n.º 12/2016/CGAA4/SG/CADE que abordou também os custos predatórios ou próximos a zero devido às sobras de gases repassadas pela Petrobras à White Martins.

Outrossim, foram colacionados aos autos o Ofício n.º 36/2015/CDC (SEI n.º 0066862) contendo parecer da ANP sobre a conduta investigada, o que denota uma fluidez do diálogo entre as Instituições. A mais, o CADE oficiou a ANP (Ofício n.º 4.388/2015/CADE – SEI n.º 0093950) buscando esclarecimentos regulatórios aventados pelas representadas. Ao ensejo, a ANP protocolou resposta em 17/08/2015 tombada sob SEI n.º 0095949.

Aqui ocorre a intersecção com o objeto desta dissertação, qual seja: a discricionariedade técnica ou não da ANP na aplicação da penalidade de revogação preconizada no artigo 10, inciso V, § 2º, da Lei de Penalidades, cuja redação traz o vocábulo “automaticamente na data de recebimento da notificação expedida pela autoridade competente”.

⁵⁸ Inclusive, aferiu-se a inexistência das famigeradas cláusulas de *take-or-pay* e *ship-or-pay*, as quais obrigam o adquirente do gás a pagar um volume mínimo contratado independente do efetivo uso de gás comprimido. A mais, ajustou-se a precificação em reais sem o risco cambial típico dos demais contratos ajustados em dólares americanos.

⁵⁹ Em termos simplistas, cliente âncora significa que, em uma dada situação de monopólio natural, uma sociedade com maior demanda traz externalidades positivas, na medida em que garante escala suficiente para diluição do custo fixo de chegada de dutos à localidade, o que reduz os custos marginais da capilarização, após instalação inicial desses dutos.

⁶⁰ O acesso aos valores precisos do faturamento não foi disponibilizado por se tratar de informação sigilosa.

⁶¹ Fls.10v, do Processo Administrativo ANP n.º 48610.003225.2017.12.

Diante do recebimento do Ofício n.º 1.120/2017/CADE, no qual o CADE levou ao conhecimento da ANP o trânsito em julgado do Processo Administrativo n.º 08012.011881/2007-41, a ANP oficiou (Ofício n.º 0250/2017/SCM) o Diretor Administrativo Financeiro da GNL Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda. informando que analisaria a aplicação das medidas cabíveis com sustento na Lei n.º 9.847/99 e Lei n.º 9.478/97. Outros documentos de igual teor – fls. 56/62 – foram expedidos para comunicação, inclusive, da Comgás.

Diante desse quadro, a ANP preparou o Memorando n.º 047/2017/SCM com o fito de encaminhar à Procuradoria Geral Federal junto à ANP o pedido de avaliação da exequibilidade da Lei de Penalidades em face das representadas feita na Nota Técnica Conjunta n.º 0003/SDR-SCM/2017 diante dos possíveis efeitos sobre o abastecimento do mercado de eventual revogação das autorizações da Petrobras, White Martins e Gáslocal.

Com a decisão do Plenário do CADE sobre a condenação por infração concorrencial, dado os subsídios cruzados e as discriminações de preços, a ANP deve observar a legalidade do artigo 10, V, § 1º da Lei n.º 9.847/99, porém também deve respeito ao regular abastecimento nacional plasmado no artigo 177, § 2º, I, da Lei Maior e no artigo 8, I, *in fine*, da Lei n.º 9.478/97, consoante explicitado nas fls. 68 do Processo Administrativo ANP n.º 48610.003225.2017.12.

Daí que o consenso técnico entre a Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural – SCM – e a Superintendência de Defesa da Concorrência, Estudos e Regulação Econômica – SDR –, a fls. 69, foi no sentido de ponderar a legalidade à luz de resultados razoáveis e proporcionais para o abastecimento de combustíveis, dentro da discricionariedade da implementação da política pública energética, sob pena de ocasionar graves crises a depender da participação no mercado das empresas envolvidas no ilícito concorrencial⁶².

Para se chegar a tal solução, no caso White Martins, a ANP lançou mão do precedente Guaporé/RS anteriormente explanado, para fins de subsidiar o levantamento da penalidade nos casos de incompatibilidade entre a regra e a sua finalidade subjacente e que não cause insegurança jurídica no mercado.

⁶² Na Proposta de Ação n.º 217/2010, oriundo do Processo Administrativo n.º 48610.003287/2010-58, a Nota PRG n.º 160/2010 e a Nota n.º 084/PRG-BSB/2010 apontaram que a penalidade estatuída no artigo 10, V, Lei n.º 9.847/99, incluída pelo artigo 2º, Lei n.º 10.202/01, somente pode ser aplicada para os atos de infração à ordem econômica praticados após 20/02/2001 em obséquio ao princípio da retroatividade da pena.

Ainda, a decisão sopesou o precedente do caso Raízen Combustíveis S.A. no qual a SDR e a SDL elaboraram a Nota Técnica Conjunta n.º 001/SDR-SAB traçando três cenários diferentes, já assinalados acima, na medida em que a empresa influenciou a conduta uniforme no mercado de revenda de combustíveis no Município de São Carlos (SP) em 2003, inclusive na fixação de preços.

A título de ilustração, a Petrobras possui monopólio de fato da comercialização do gás natural canalizado, sendo responsável pelo fornecimento a todas as distribuidoras estaduais, o que, em caso de revogação, por aplicação fria e irrestrita da Lei de Penalidades, ocasionaria danos irreversíveis à indústria nacional e ao suprimento em cadeia das atividades econômicas conexas.

Dada a natureza sancionatória da medida de revogação, e tomando-se em consideração o amplo conhecimento da administração da Petrobras sobre o desenvolvimento da conduta, revelar-se-ia injusto limitar a penalidade à Gaslocal, uma vez que as sociedades consorciadas ostentam responsabilidade compartilhada dada a ação concertada e homogênea. No ponto, como alternativa, a Nota Técnica sugeriu a “imposição de restrição à atuação do agente, pela obrigação de venda de gás natural ao mercado (*gas release*)”⁶³.

De seu turno, no que toca à White Martins, a Nota Técnica questionou a Procuradoria sobre a possibilidade de manutenção da autorização para a atividade de distribuição de GNC a granel, porquanto esta não se conecta com a atividade econômica objeto de condenação pelo CADE. Assim, apenas seria revogada a autorização de comercialização de gás natural e da autorização de distribuição de GNL outorgadas à White Martins, uma vez que estes atos administrativos foram objeto de condenação pelo CADE.

À baila do exposto, lembrou-se que o Parecer n.º 88/2012/PRG-ANP/PGF/AGU expôs que a Resolução ANP n.º 41/07 trava relação de especialidade em cotejo com a Resolução ANP n.º 52/11, razão pela qual prevalece no que tange à atividade de distribuição de GNC a granel. Nesse raciocínio, as autorizações obtidas para operação de planta de liquefação, de central de distribuição de GNL, e do gasoduto de retorno tampouco se sujeitariam a revogações por conta da penalidade do artigo 10, V, § 2º, da Lei n.º 9.847/99.

Por sua vez, em relação à GásLocal, a Nota Técnica propôs solução similar à aplicada no caso Guaporé/RS, a fim de que ocorresse uma transição prudente e razoável da fonte de abastecimento (ou até mesmo do combustível utilizado) dos clientes da sociedade empresária

⁶³ Fls.72v, do Processo Administrativo ANP n.º 48610.003225.2017.12.

para outra. Esta solução é, em verdade, a aplicação de penalidade diferida (com dilação de prazo), tendo em conta que a GásLocal é a única fornecedora de GNL a granel atuante no Brasil.

Na ocasião, a Agência constatou que dos 32 (trinta e dois) parceiros atendidos pela GásLocal, 16 (dezesesseis) estão sítios no Estado de São Paulo, consumindo metade do volume comercializado pela GásLocal aproximadamente, de sorte que se propôs a dilação da seguinte forma: (a) 180 (cento e oitenta) dias, para os clientes que possam se servir da rede regular de gasodutos de distribuição da região contados a partir da comunicação pela Agência; (b) 360 (trezentos e sessenta) dias, para os clientes que não possam ser atendidos por rede de gasodutos de distribuição contados a partir da comunicação pela Agência.

Ao fim da Nota Técnica, a ANP reforçou a premência da reforma da Lei de Penalidades com o intuito de refletir as necessidades e a realidade da indústria de petróleo, gás natural e seus derivados em apoio ao prosseguimento do Projeto de Lei discutido no item 4.2 abaixo. O Parecer n.º 00823/2017/PFANP/PGF/AGU ressaltou ainda a “complexidade e ineditismo da matéria”⁶⁴ tratada.

No parecer, destacou-se a existência do Decreto n.º 2.953/99, que traz a disciplina do procedimento administrativo de aplicação de penalidades e, no entender da Procuradoria, a revogação automática implicaria a violação ao devido processo legal substantivo, nos termos dos seus parágrafos 15 e 16, *in verbis*⁶⁵:

Para a aplicação de uma sanção administrativa – e em especial, uma sanção tão séria como a revogação da autorização, que implica o encerramento da atividade econômica e por tabela a “morte” da pessoa jurídica que a ela se dedique com exclusividade – é necessário a aplicação do devido processo legal administrativo. Isso já seria impossível por razões procedimentais, uma vez que a execução de todo o rito previsto no Decreto 2.953/99 e na Lei 9.784/1999 até a prolação de uma decisão administrativa definitiva nunca poderia ocorrer no mesmo dia do recebimento da notificação. Mas a questão é mais profunda: ainda que a ANP realizasse intimações e desse todo o espaço para o agente econômico se defender, nada do que ele falasse alteraria a “decisão” final da ANP, já que a revogação aconteceria *automaticamente*. Isso traz sérios problemas sob o ponto de vista do devido processo legal substantivo ou material, ou seja, da possibilidade de ter sua defesa *levada em consideração* na decisão final.

Nesse viés, a Medida Provisória n.º 2.056/200, em sua exposição de motivos, não traçou análise detalhada sobre a constitucionalidade da medida “automática” adicionada à Lei. Nessa senda, buscando agilizar – quase aniquilar – o processo administrativo-punitivo, trouxe

⁶⁴ Fls.75, do Processo Administrativo ANP n.º 48610.003225.2017.12.

⁶⁵ Fls.78, do Processo Administrativo ANP n.º 48610.003225.2017.12.

potenciais prejuízos à proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta, bem como à expansão do segmento de abastecimento de distribuição de combustíveis líquidos caso aplicada irrestritamente.

O Parecer, à guisa de ilustração, explica que esse atropelo ao devido processo legal poderia ser a raiz da inconstitucionalidade material da Lei n.º 10.202/01 na parte que alterou a Lei de Penalidades. Entretanto, para salvaguardar a presunção de legitimidade e constitucionalidade dos atos legislativos, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto serve a título de atuação corretiva.

A Procuradoria teceu ainda análise sobre o fato de que a revogação em questão não seria penalidade autônoma e sim mero efeito da decisão condenatória do CADE, caso esta decisão tivesse como efeito a interrupção da atividade econômica. Ou melhor: atribuição de meros efeitos práticos à decisão condenatória do CADE.

Crucial apontar que a Procuradoria harmonizou o conflito de posicionamentos entre o CADE e a ANP por intermédio de dois questionamentos práticos: (i) a decisão do CADE tem como efeito esperado a interrupção da atividade econômica regulada pela ANP? (ii) a interrupção da atividade econômica é compatível com a decisão do CADE?

A Procuradoria entendeu pela negativa, no caso *White Martins*. Segundo a Procuradora, o Conselheiro Relator apenas determinou o envio de cópias à ANP, em cumprimento ao artigo 10, parágrafo único, da Lei n.º 9.478/97⁶⁶. Isto é: não se pode presumir que o CADE objetivava a aplicação da revogação automática do artigo 10, V, § 2º da Lei n.º 9.847/99.

Ao largo disso, o CADE, caso entendesse que a mera manutenção das atividades das representadas apresentasse risco concorrencial, além de ter expressamente disposto nesse sentido no processo decisório, poderia lançar mão de mecanismos similares ao seu dispor como o artigo 38, incisos V a VII, da Lei n.º 12.529/2011. Isso porque é sabida a *expertise* técnica e capacidade institucional do CADE, conhecedor da fatia de mercado dos *players* envolvidos, virtualmente monopolista, não iria corroborar com a revogação automática sem investigar as consequências práticas da decisão de retirada do mercado de determinados agentes.

⁶⁶ Art. 10. Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente. Parágrafo único. Independentemente da comunicação prevista no caput deste artigo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade notificará a ANP do teor da decisão que aplicar sanção por infração da ordem econômica cometida por empresas ou pessoas físicas no exercício de atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, no prazo máximo de vinte e quatro horas após a publicação do respectivo acórdão, para que esta adote as providências legais de sua alçada.

Demais disso, a revogação automática se revelou incompatível com as sanções estruturais e as medidas preventivas ditadas pelo CADE no Dispositivo final. A Procuradoria⁶⁷ discorreu

Como seria possível fornecer gás natural para o consórcio operador da atividade de liquefação de gás natural em bases não discriminatórias e com base na Nova Política de Preços da Petrobrás, se a autorização desses agentes estiver revogada? Como submeter o funcionamento do consórcio a auditoria independente, se ele não estiver mais funcionando? Isso tudo seria obviamente impossível. (...) Caso contrário, se toda e qualquer infração aos tipos legais da lei de defesa da concorrência, ainda que insignificante ou passível de correção, resultar na revogação da autorização, todo o arsenal de medidas corretivas do artigo 38 ficaria inutilizado para o setor do petróleo e gás natural, justamente um dos que mais se beneficiaria de eventuais medidas corretivas.

Um efeito secundário da pena não pode ser incompatível com seu objeto principal. Assim, **entendemos também que a Lei 12.529/2011, posterior à Lei 10.202/2001, derogou parcialmente o inciso V do artigo 10 da Lei 9.847/199, de modo que entendemos que só será cabível a revogação de autorização por condenação do CADE quando essa medida constar expressamente da decisão ou, ao menos, não for com ela incompatível. (grifos nossos).**

A partir disso, cogitou-se de conflito aparente de normas solucionado através do critério cronológico, típico da revogação tácita. Importa consignar que a decisão mostrou a separação entre a atividade de regulação da ANP e a competência do CADE, podendo a ANP alterar o quadro normativo-regulatório em caso de aferição de comportamentos prejudiciais ao setor, tais como separação contábil e maior transparência ou mesmo uma regulação específica da atividade de liquefação de GNL, hoje ausente.

Por intermédio do Despacho n. 00050/2018/PFANP/PGF/AGU, houve aprovação e ratificação do parecer pelo Procurador-Geral, com complementos. Depois disso, o processo foi encaminhado à homologação da Diretoria Colegiada, via Memorando n.º 006/2018/SIM, dada a sensibilidade do assunto, assim como enviou-se Ofício ao CADE para que ocorresse a aproximação entre as autarquias, evitando ruídos de comunicação.

Entre estes ruídos, sobressaem-se: (i) incoerência da aplicação mecânica do artigo 10, § 2º, da Lei n.º 9.847/99 quando o CADE não coíbe o exercício do comércio nos termos da Lei n.º 12.529/11 de equivalentes efeitos práticos; (ii) o pragmatismo jurídico, na medida em que a administração pública de resultados deve sopesar os objetivos institucionais e constitucionais da ANP, não podendo uma pena secundária ser mais gravosa que a penalidade principal, sem consideração dos impactos necessários decorrentes da medida.

⁶⁷ Fls. 80, do Processo Administrativo ANP n.º 48610.003225.2017.12.

Assim, o Procurador-Geral concordou que não se tratava de caso de aplicação de revogação automática, pois a administração pública deve atuar conforme o direito e não apenas conforme a lei, nos dizeres do artigo 2º, inciso I, da Lei n.º 9.784/99 em clara adoção do princípio da juridicidade ou legalidade ampla. A decisão também lembrou, contudo, que ao CADE falece competência para revogar a autorização outorgada pela ANP, entendimento que se aplica ao Judiciário.

Nessa linha de intelecção, a White Martins⁶⁸ relatou que o Consórcio Gemini consubstancia uma *joint venture*, de sorte que a White Martins, em tese, seria apenas responsável pela liquefação do gás natural em suas instalações em Paulínia. Nesse norte, pugnou por sua ilegitimidade passiva, uma vez que a atividade em que adstrita não guarda conexão com as condutas investigadas pelo CADE, restritas ao fornecimento e à comercialização de gás natural.

Na oportunidade, a sociedade mencionou que correm os Processos Judiciais n.º 0033247-64.2015.4.01.3400 e 0008274.2017.4.01.3400 na Justiça Federal de Brasília com o fito de anular o Processo Administrativo n.º 08012.011881/2007-41, com a consequente reabertura do Ato de Concentração n.º 08012.001015/2004-08, ambos sem decisão final. Em seu entender, a ANP deveria restringir a análise da atividade correlata ao mercado de gás natural, excluído o GNC.

Em outro arcabouço jurídico⁶⁹, a GásLocal enfatizou que o CADE não determinou a revogação das autorizações da empresa, de maneira que a ANP não poderia aplicar a penalidade

⁶⁸ Fls. 108 e ss. do Processo Administrativo ANP n.º 48610.003225.2017.12. Em linhas gerais, a White Martins alegou que: “a) uma eventual revogação da autorização da ANP para o exercício das atividades das Consorciadas não estaria em harmonia com a própria decisão do CADE, uma vez que ela determinou a adoção de medidas estruturais visando justamente a permitir a continuidade das atividades do Consórcio. Ou seja, a revogação das autorizações para o exercício das atividades seria uma medida, além de não razoável, totalmente incompatível com a decisão do CADE e as consequências esperadas; b) o CADE tem competência para aplicar diversas penalidades em decorrência de infrações investigadas por ele, inclusive a paralisação das atividades de empresas condenadas. Ou seja, se o Conselho tivesse entendido que a sanção adequada para reprimir a infração fosse a retirada dos supostos infratores do mercado, a própria autarquia teria tomado essa decisão. Ocorre que, no caso em análise, além de não se manifestar sobre o encerramento das atividades das Consorciadas, o CADE estabeleceu condições para a sua continuidade; c) não seria razoável que uma pena secundária decorrente de uma condenação do CADE, qual seja, a revogação da autorização da ANP, fosse mais grave do que a principal. Ou seja, tendo o Conselho aplicado penalidades e estabelecido condições para a continuidade das atividades das Consorciadas, não seria razoável que o reflexo dessa decisão junto à ANP fosse a mais drástica das medidas, o encerramento imediato das atividades das empresas; d) os clientes do Consórcio têm característica o fato de estarem em uma localidade não atendida por gasoduto. Justamente por esse motivo o atendimento se dá via GNL. Com efeito, o encerramento abrupto das atividades das Consorciadas teria como consequência o desabastecimento de clientes que necessitam desse produto para a sua produção e, por consequência, a paralisação das atividades produtivas dos clientes da GásLocal; e) a decisão administrativa do CADE ainda está sendo discutida na esfera judicial a revogação das autorizações necessárias da ANP para que as atividades das Consorciadas possam ser exercidas teria como efeito tornar uma eventual decisão judicial a favor da White Martins sem efeito”.

⁶⁹ Fls. 135 e ss. do Processo Administrativo ANP n.º 48610.003225.2017.12.

de forma autônoma, sem o devido processo administrativo, por se tratar de mero efeito da decisão condenatória do CADE.

Também sublinhou que a penalidade impediria o cumprimento regular das sanções estruturais gizadas pelo CADE, em afronta à livre concorrência e ao sopesamento dos efeitos práticos no abastecimento de combustíveis, suscitando como anteparo o artigo 22, § 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, com a redação dada pela Lei n.º 13.655/2018 e os princípios da isonomia, proporcionalidade e culpabilidade.

Na esteira, destacou que a comercialização de GNL, por carretas criogênicas, alcançam locais da região Sudeste, Brasília, Goiânia e Norte do Paraná que não são atendidos por rede de gás canalizado, o que iria na contramão da diversificação da matriz energética. Demais disso, a GásLocal relembrou que a Lei de Defesa da Concorrência adota o sistema de ilicitude pelos efeitos da conduta ainda que potenciais, ao mesmo tempo em que alegou que o Consórcio Gemini não caracterizaria domínio econômico.

De seu turno, a Petrobras, às fls. 176 e seguintes, aduziu que o processo administrativo em trâmite não ostenta cariz sancionador e pede que, caso haja conversão, abram-se os prazos para o exercício do contraditório. Reiterou que a Gaslocal, líder do Consórcio Gemini, permanece remunerando o aporte da Petrobras em conformidade com a nova política de preços.

Ainda, explicou que o Consórcio contribui para a massificação do uso de gás natural, levando o serviço aos consumidores não alcançados pela malha de gás canalizado estadual, assim como na redução da importação do insumo energético. Em atendimento à Resolução ANP n.º 52/2011, a comercialização de gás natural na esfera federal apenas se sucede mediante contratos de compra e venda negociados entre as partes, enviados à ANP para o devido registro.

Assim, a revogação da Autorização ANP n.º 118/2011 implicaria a parada imediata do parque termelétrico com possíveis apagões e colapsos no setor produtivo. Inclusive, eventual revogação ressoaria contraditória com o Programa Gás para Crescer, coordenado pelo Ministério de Minas e Energia.

Nesse compasso, destaca que a redação do § 2º do artigo 10 da Lei n.º 9.847/1999 retira a autonomia do poder sancionatório atribuído à ANP, que não pode estar atrelada à execução obrigatória da penalidade, pois não existe hierarquia entre a ANP e o CADE, e sim um conjunto de competências complementares. Alegou, ao fim, a inconstitucionalidade material do artigo 10, inciso V e §2º da Lei n.º 9.847/1999, na medida em que a aplicação de duas penalidades por duas Instituições diversas em razão do mesmo fato fere o princípio do *non bis in idem*.

Acrescentou que há, desde 2015, o Procedimento Arbitral n.º 2015.00899, no Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem, o qual discute justamente o valor do aporte de gás natural entre as consorciadas.

Por outro lado, a Companhia de Gás de São Paulo, no OF-CR-463/18, às fls. 228 e seguintes, informou que “está apta a suprir diretamente o consumo de gás natural da referida unidade de liquefação, que se situa em sua área de concessão”. Ainda, ressaltou que a alteração do fornecedor de gás natural da Petrobras para a Comgás poderia ocorrer tempestivamente, sem grandes custos, mediante celebração de contrato de fornecimento de gás natural entre usuário e concessionária.

Com efeito, a Companhia indicou que, em sua visão, não haveria risco à segurança energética, porquanto o suprimento de gás natural para a planta de liquefação da White Martins, após a revogação da autorização da Petrobras, poderia ser atendido cabalmente pela Companhia.

A despeito disso, explica-se que a revogação, feita do modo tradicional, reveste-se de amplitude, de forma que albergaria toda a pessoa jurídica e não apenas o setor que envolve a planta de liquefação da White Martins, a não ser que já se trabalhasse certo grau de flexibilização da penalidade. Além disso, a Comgás ratificou que a prática de preço inferior pelos componentes do Consórcio criou empecilho à expansão de suas atividades.

Frise-se que o processo em epígrafe – ora estudado – continua em curso, e, até o fechamento deste trabalho, não houve manifestação pela Diretoria Colegiada. De todo modo, o Parecer destacou a importância da oitiva prévia da ANP sobre os efeitos das medidas antes de serem tomadas as decisões pelo CADE, nos termos do acordo de cooperação técnica que passamos a analisar no item 4.1.

4. INSTRUMENTOS DE FLEXIBILIZAÇÃO NA APLICAÇÃO DE LEI DE PENALIDADES PELA SUPERINTENDÊNCIA DE DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA

(...) porém, são dotadas de um conjunto de privilégios específicos que a lei lhes outorgou, tendo em vista a consecução de seus fins, pelo que são consideradas autarquias de regime especial. A pedra de toque desse regime especial das agências reguladoras é sua independência em relação ao Poder Público. No desempenho de suas atribuições, as

*agências precisam ver preservado seu espaço de legítima discricionariedade, imune a injunções de qualquer natureza, sob pena de falharem em sua missão (...)*⁷⁰

No contexto do tema abordado por esta dissertação, é relevante examinar os instrumentos que permitem, ou poderão vir a permitir, a flexibilização na aplicação da Lei de Penalidades pela SDL, ou seja, quais os meios que poderão ajudar a ANP a não aplicar, de pleno direito e automaticamente, a penalidade de revogação da autorização para o exercício de atividade quando houver constatação de infração concorrencial por parte do CADE.

Este instrumento hoje é já existente Acordo de Cooperação Técnica entre ANP e o CADE (4.1.). No entanto, é interessante analisar se não seria o caso de promover o reordenamento da atuação da ANP e do CAPE em matéria concorrencial, através de uma alteração normativa, sob a forma de um projeto de lei cujo anteprojeto já foi discutido na ANP (4.2.).

4.1. O Acordo de Cooperação Técnica

O Acordo de Cooperação Técnica n.º 006 ANP-CADE, foi assinado em 03/04/2013, com validade de 5 anos, para iniciar a prática de oitiva prévia da ANP nos processos administrativos do CADE.

Tal Acordo de Cooperação Técnica foi renovado, em 2018, pelo prazo de 10 (dez) anos⁷¹, com o objetivo de coordenar esforços para enfrentamento de cartéis no mercado de combustíveis, de melhor detecção de indícios de infração à ordem econômica, de promoção da concorrência nos regulamentos e de prevenção de abusos de posição dominante.

Note-se que nada no referido acordo faz entender que a ANP se encontra vinculada à decisão do CADE. Com efeito, não se pode transmudar a ANP em mera executora de comandos do CADE.

Todavia, no caso do objeto de estudo desta dissertação, também não se pode cair no extremo oposto. Com efeito, a alegação de prejuízo ao abastecimento nacional deve ser acompanhada das devidas cautelas, pois se corre o risco de que grandes sociedades empresariais, detentoras de grandes fatias de mercado, não se submetam às regras

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Apontamento sobre as Agências Reguladoras. Agências Reguladoras** (MORAES, Alexandre de). São Paulo: Atlas, *In: Op. Cit.*, 2002. p. 121.

⁷¹ Notícia disponível em <http://www.anp.gov.br/noticias/4380-anp-e-cade-renovam-por-dez-anos-acordo-de-cooperacao-tecnica>. Acesso em 29 mai 2018.

concorrenciais, quebrando a isonomia regulatória e gerando clara impunidade, o que deve ser evitado.

Esse aparte não obsta que um juízo técnico-econômico-regulatório impeça a aplicação cega da Lei de Penalidades em detrimento dos interesses públicos tutelados pela Constituição da República e pela Lei n.º 9.478. Paralelamente, a Agência já entendeu que, em que pese incumbir apenas à ANP a revogação da autorização, com espeque no artigo 38, incisos V, VI, VII, da Lei n.º 12.529/2011, o próprio CADE poderia impor a retirada do infrator do mercado econômico.

Nesse sentido, malgrado seja mero efeito prático da decisão condenatória anterior, a aplicação do artigo 10 da Lei de Penalidades poderá se revelar mais gravosa do que a penalidade principal aplicada no processo administrativo desenvolvido no CADE. De outra monta, a Agência possui competência para sopesar *elementos de isonomia material, de culpabilidade e de proporcionalidade* na aplicação do Direito sancionatório afeto a sua área de atuação.

De outro ângulo, pode-se exigir que o CADE indique, de forma específica, no acórdão condenatório a decisão pela retirada do agente do mercado, sob o manto do artigo 38, incisos V, VI, VII, da Lei n.º 12.529/2011. Sem tal providência, não se aplicaria a penalidade de revogação automaticamente, salvo mediante análise da ANP de infrações referentes ao seu mercado regulado.

Nesse sentido, o poder sancionatório próprio do CADE, decorrentes de infrações à ordem econômica, viabiliza a aplicação de multas e outras penalidades restritivas de direitos, com obrigações de fazer e/ou não fazer. No entanto, essas sanções administrativas, constantes do rol dos artigos 37 e 38 da Lei n.º 12.529, não açambarcam àquela disciplinada pelo artigo 10, inciso V, da Lei de Penalidades, competência exclusiva da ANP, qual seja: a revogação da autorização para o exercício de atividade econômico no ramo de combustíveis líquidos.

4.2. O Projeto de Lei

A Proposta de Ação n.º 0970/2016 submeteu à Diretoria-colegiada da ANP minuta de anteprojeto de lei com o objetivo de alterar a Lei de Penalidades, com a proposta de revogação do inciso V, do artigo 10 da Lei de Penalidades.

Inclusive, a Nota Técnica n.º 018/SDR dispõe que:

(...) a Procuradoria recorreu à tese defendida pelo prof. Humberto Ávila sobre a possibilidade de ponderação entre regras colidentes, desde que fosse demonstrado (i) a incompatibilidade entre a aplicação da regra legal e sua finalidade subjacente; e (ii) que o afastamento da regra não causa expressiva insegurança jurídica.

A discussão da minuta de anteprojeto de lei demonstra ter a ANP percebido a incompatibilidade axiológica na Lei de Penalidades com os objetivos traçados na Lei n.º 9.478/97. Assim, o móvel do suprimento de combustíveis (interesse público) robustece a possibilidade de não aplicação de penalidade de revogação da autorização do exercício de atividade, em decorrência de ilícitos concorrenciais, pois não é dado ao direito fechar-se aos fatos e à realidade na adequada dosimetria das penalidades.

Por outro lado, dentro de uma concepção cooperativa de administração pública, o efeito educativo e dissuasório da repressão de ilícitos concorrenciais de um player, em determinada medida, já ocorre no âmbito do CADE.

5. A FLEXIBILIZAÇÃO NA APLICAÇÃO DA LEI DE PENALIDADES E A EXIGÊNCIA DE ANÁLISE TÉCNICA DE AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO DA MEDIDA DE REVOGAÇÃO DA AUTORIZAÇÃO

*Ao contrário, sem relação de continência ou de hierarquia, o comum é que, sobre as hipóteses de fato examinadas, convirjam vários princípios, até mesmo antagonísticos, mas, distintamente do que ocorre na aplicação das regras, que se excluíram, quando teoricamente conflitivas, não haverá exclusão aplicativa de qualquer dos princípios, senão que, ao revés, se perseguirá a harmonização possível entre todos, buscando-se um compromisso balanceado entre todos, com vistas a alcançar o melhor resultado possível: objetivo que constitui a essência do método de ponderação. O processo de aplicação deste método da ponderação se desenvolve em três fases: na primeira – **da identificação aplicativa** – definem-se quais os princípios incidentes em tese sobre a hipótese considerada; na segunda – **da valoração aplicativa** – se vai indicar a prevalência, em tese e em que grau se daria, de um princípio sobre o outro; e, na terceira – **da avaliação do menor prejuízo** – se decidirá qual a importância mínima e o valor relativo que se atribuirá, na hipótese considerada, àquele princípio que, como resultar do exame, deverá ser o mais sacrificado. Observe-se, portanto, que o emprego do método de ponderação não é uma livre disponibilidade subjetiva do aplicador, mas um dever jurídico a ser observado sempre que deva decidir diante de uma concorrência de princípios sobre a mesma hipótese, daí a menção a um princípio instrumental da ponderação, que tanto orientará o legislador quanto o aplicador, o administrativo e o judiciário em diferentes momentos da aplicação da norma, como os vincularão à motivação que apresentarem.⁷²(grifos nossos)*

Decorre do contexto acima – os três casos analisados e os instrumentos para a flexibilização da aplicação da Lei de Penalidades – que se inaugurou uma nova cultura institucional no âmbito da ANP que pugna pela possibilidade de redimensionar, flexibilizar, alterar ou suspender a penalidade de revogação, a depender do suporte fático que lhe corresponda.

Instaura-se, portanto, uma nova cultura jurídica chancelada pelos interesses públicos protegidos pela Constituição da República e pelos valores das melhores práticas regulatórias.

⁷² *Op. Cit.*, 2014, p. 144.

Entretanto, é preciso compreender que a situação estudada nesta dissertação é uma exceção, a qual, de modo algum, retira a vigência do artigo 10, inciso V, e § 2º da Lei n.º 9.847.

Ao contrário do que aparenta, esta nova cultura institucional da ANP não veicula análise inédita no Direito e sim mera concretização da constitucionalização do direito regulatório e da filtragem constitucional nas leis quadro setoriais pela SDL.

Abre-se um leque de penalidades possíveis, calibradas pelos interesses públicos legislados (ampla concorrência e preservação do abastecimento nacional de combustíveis líquidos).

Esta nova postura da Agência inaugura interpretação elástica e dúctil da Lei de Penalidades, o que não equivale dizer que a evocação - abstrata e genérica - do “abastecimento nacional” serve de panaceia regulatória.

Durante certo tempo, a abertura semântica do que seriam esses “interesses públicos” acabou por desestimular o seu manejo pelos servidores públicos que, cautelarmente, temiam por represálias em razão de eventuais futuros processos administrativos disciplinares.

Assim, a presente dissertação pugna pela concretização do conceito de abastecimento nacional a partir da comparação analítica do mercado com a retirada do agente econômico do mercado e do estudo sobre a fungibilidade ou facilidade de absorção de suas instalações físicas pelos demais agentes em tempo suficiente para prevenir riscos energéticos.

Dessa sorte, ao menos minimamente, a flexibilização da penalidade exige análise técnica de avaliação de impacto regulatório da medida de revogação da autorização do agente econômico.

Um bom começo consiste no estudo dos cenários econômico-regulatórios hipotéticos antes e posteriormente à potencial eliminação do agente econômico do mercado e os efeitos adversos no suprimento de combustíveis líquidos na região.

Apenas após a compreensão global desse impacto, será viável um juízo tecnicamente seguro a respeito da conveniência ou não da continuidade da autorização para o exercício de atividade econômica.

Com efeito, não se sustenta a banalização da flexibilização da penalidade de revogação a todo custo, sob pena de impunidade administrativa e severos estragos econômicos-regulatórios. A proposta deste trabalho é apenas propor que se tempere a aplicação da penalidade de revogação na indústria de combustíveis líquidos caso os estudos econômicos-logísticos indiquem ser a solução prática mais consentâneo com a segurança energética dos estoques.

A tônica da mudança atitudinal da ANP repousa na centralidade normativa do interesse público de abastecimento nacional de combustíveis líquidos, o qual pode ceder espaço para aplicação simultânea de outros interesses públicos como o fomento da concorrência conforme o método de ponderação. Entrementes, tal situação perpassa por uma trajetória técnica de materialização do interesse público de segurança energética que não pode prevalecer em contornos fluidos e incertos.

Assim, não há razão objetiva para temer uma desenfreada flexibilização de penalidades no setor de petróleo, sob o pálio argumentativo do suprimento de combustíveis, porque o patamar prático e técnico de tal artifício gravita em torno de motivações específicas acerca do impacto da revogação por intermédio de repasses práticos das ciências econômicas, estatísticas e logísticas.

Entretanto, as resistências da literatura jurídica tradicional ocorrem devido à confusão entre soluções prontas e acabadas (aplicação irrestrita da revogação) com segurança jurídica e previsibilidade regulatória⁷³. Muito mais previsível uma atuação administrativa razoável e plenamente justificada com base em parâmetros objetivos e proporcionais previamente designados pelo Regulador do que a anacrônica e incessante aplicação – cega ao resultado – de resultados inoportunos e danosos.

Assim, o preceito do artigo 10, inciso V, da Lei de Penalidades, sob o manto da legalidade estrita, assim como os interesses públicos constitucionalizados (abastecimento e livre concorrência) entram em cena para ponderação. Como inexiste hierarquização prévia e abstrata entre os valores constitucionais, por força do postulado da unidade, irreal a pretensão de fixação de uma solução única (“automaticamente”). Assim, inviável o esgotamento apriorístico e rígido de soluções técnicas com raio de ação ilimitado.

Note-se que no caso Raízen houve decisão diametralmente oposta à dada ao Caso Guaporé-RS, pois, naquele, não se logrou aplicação da penalidade de revogação, ao tempo em que, neste, apenas se operou substancial suspensão para autorizar a venda de ativos.

Decerto que essa dicotomia não se revela estarecedora ou um desserviço à uniformidade da regulação, pois o choque saudável entre o valor “abastecimento” e “concorrência” leva a decisões genuínas e apropriadas para cada caso. Assim, a nova cultura

⁷³ PRADO, Mariana Mota. *The Challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies: A Cautionary Tale from Brazil*. *VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW*, Vol. 41:435, p. 8. Texto Original: “Advocates of agency independence emphasize one single goal—investors’ protection—and ignore the fact that some types of political interference with regulation might be guided by legitimate and justifiable goals. The assumption that all political interference with the regulation of infrastructure sectors will be opportunistic is the basic assumption behind all these reforms”.

regulatória da ANP inaugura plataforma cooperativa, onde há a confluência entre as duas políticas públicas⁷⁴, instrumentalizadas na busca dos respectivos interesses públicos.

Em última análise, o caso Guaporé-RS culminou com a suspensão judicial de seus termos, uma vez que o juiz competente entendeu que não caberia à ANP determinar a alienação de ativos empresariais. Em verdade, a alienação de ativos funcionou muito mais como uma recomendação, que, se não fosse cumprida, levaria à aplicação definitiva da revogação, até então suspensa.

Não obstante a decisão judicial, compete à ANP regulamentar a forma de aplicação de penalidades afetas ao setor de petróleo. Essa intervenção judicial, a seu turno, reacendeu o debate acerca da doutrina *chenery* já tratada anteriormente no contexto do conflito interinstitucional entre a ANP, o CADE e o Judiciário.

Ainda, em que pese não se concordar com o teor da decisão judicial no caso Guaporé-RS, viu-se que o juízo federal compreendeu que não compete à ANP determinar a transferência de controle societário ou a venda de ativos das sociedades condenadas por cartel. Todavia, o rol do artigo 38 da Lei de Defesa da Concorrência viabiliza expressamente tal medida ao CADE, o que evitaria judicializações se a aplicação de penalidades ocorresse no Conselho aludido, em iniciativa conjugada com a ANP.

Daí que o próprio CADE, sob orientação técnica da ANP, já poderia determinar tal medida em seus julgados, haja vista ter ele a ciência prévia do posicionamento técnico da ANP sobre as circunstâncias fáticas do caso.

Assim, o diálogo entre as políticas públicas de abastecimento e de concorrência permitiriam a emissão de decisão única, conjugada entre as duas instâncias.

Nesse desiderato, o aporte constitucional do problema regulatório, sem o escrutínio da técnica autárquica, no mais das vezes, transpõe a regência da administração pública para o Judiciário, carregando para este ator um acervo de conflitos regulatórios para cujo tratamento não dispõe de estrutura adequada e célere.

⁷⁴ (...) a defesa da concorrência entre as unidades produtivas compreende nos nossos dias um conjunto ordenado e homogêneo de política econômica, muito para além das normas de polícia. O legislador partiu do princípio de que a concorrência se não desenvolve espontaneamente entre as empresas participantes do mercado, não lhe competindo tão só estabelecer um conjunto de regras tendo por objeto simplesmente a prevenção e repressão de situações em que o comportamento das empresas lesam intoleravelmente certos interesses públicos. Torna-se necessário para, além disso, organizar normativamente um regime de concorrência através do estabelecimento e defesa de um conjunto de normas de política econômica visando certos objetivos, tais como um alto volume de emprego, ampla capacidade produtiva, uma relativa estabilidade monetária etc. (...) considerado só alcançáveis no quadro institucional de um mercado aberto na maior medida possível a todos os agentes econômicos e consumidores. *In*: MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. 3. ed. Portugal: Coimbra, 2000, p. 367.

Normalmente, o acionamento do Judiciário ocorre por iniciativa dos próprios agentes econômicos, que contam com a morosidade judicial, insuflada pela enorme quantidade de processos em andamento, para eternizar a efetividade de liminares sobre o mérito administrativo da revogação, mantendo vigente autorização para o exercício de atividade.

Em linha de princípio, aponta-se possível a sindicabilidade do juízo técnico decisório da ANP e do CADE quanto à proporcionalidade, competência e legalidade, mas tal sindicabilidade deve ser revestida das devidas cautelas pela instabilidade dos efeitos práticos que poderá provocar no mercado de combustíveis líquidos.

Inclusive, a criação de uma cultura judicial de deferência à reserva decisória técnica da administração pública, como propõe a doutrina *chenery*, desestimularia a própria proposição desenfreada e lotérica de ações judiciais.

Assim, a consecução das finalidades regulatórias de abastecimento precisa da consolidação do juízo técnico autárquico, sem transmutação judicial abrupta, a qual poderá embaraçar o plano de ação e a agenda regulatória da ANP⁷⁵.

Apesar disso, em salutar procedimento, o Judiciário poderá ativar o diálogo construtivo entre os entes em caso de falha dos canais de comunicação administrativos entre o CADE, a ANP e o Mercado.

Entretanto, a interlocução entre a ANP e o CADE, sob os auspícios do Judiciário, culmina em diálogo tardio e formal, mercê da efetiva prevenção de conflitos no setor de combustíveis líquidos. A ANP, portanto, deve ter permeabilidade para veicular preocupações do Poder Público, dos usuários e dos agentes econômicos, o que não se coaduna com a noção de captura.

Na esteira, a ANP deve equilibrar os interesses daqueles que compõem o mercado com as políticas públicas de abastecimento e de concorrência. A esse respeito, o *lobby* regulatório é legítimo e válido para que os agentes econômicos busquem influenciar o processo decisório de aplicação de penalidades. A absorção dessas demandas de forma parcial e não transparente pelo regulador é que se afigura ilegal e ilegítima.

⁷⁵ “Afirma-se, não raro, que o direito norte-americano é reconhecido como o direito das *agencies*, em face de sua organização descentralizada, havendo várias espécies de agências, classificadas por critérios de natureza dos poderes que lhes são atribuídos e também quanto à independência perante o Poder Executivo, a saber: a) reguladoras (*regulatory agency*): têm poderes normativos recebidos do Congresso Nacional para expedir normas atinentes ao direito, à atividade ou liberdade econômica dos cidadãos; b) não reguladoras (*non regulatory agency*): limitam-se à prestação de serviços de natureza social; c) executivas (*executive agency*): seus dirigentes podem ser demitidos de forma livre pelo Presidente da República; d) independentes (*independent regulatory agency or commissions*): seus dirigentes são protegidos pela estabilidade, somente podendo ser destituídos nos casos expressos na lei.” *In: Op. Cit.*, 2014, p. 181.

Assim, o contraditório efetivo e a coparticipação na decisão regulatória, amparado pela mediação judicial adequada, colaboraria para a obtenção de solução técnica mais estruturada. O funcionamento adequado desses vasos comunicantes alberga potencial emancipador para a construção coletiva da solução ótima para o problema concorrencial e energético local.

Nesse viés, a porta de entrada do Judiciário, aberta pela garantia fundamental de acesso à justiça, não legitima decisões invasivas ao mérito técnico-administrativo, em descompasso com o influxo regulatório da ANP. A rigor, a asfixia da autonomia do administrador público espelha a vetusta tradição de aglutinação de competências na figura do Juiz e desempenha papel contrário à estabilidade regulatória⁷⁶.

Mais: a centralização de soluções técnico-regulatórias no Judiciário, alvo de veementes críticas, desencadeia o descrédito das políticas públicas de abastecimento e de concorrência. Esse mosaico desconexo de decisões judiciais afeta o risco Brasil e prejudica o fomento de investimentos estrangeiros e, até mesmo nacionais, no setor de combustíveis líquidos, o qual sofre com a loteria de liminares distintas sem coerência com a agenda regulatória.

Assim, em prestígio à simplificação regulatória e administrativa, o diálogo entre a ANP e o CADE tem potencialidade de solução mais célere e técnica do que a judicialização do conflito entre as instituições. Entretanto, depreende-se que a ingerência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, de aplicação reduzida na atualidade, exige a concretização dos interesses públicos em jogo.

Noutro norte, sob a rubrica do abastecimento, nada obstante, devem ser decompostos diversos outros interesses práticos econômicos incidentes na logística de suprimento da região, de sorte que a sutileza da interpretação da Lei de Penalidades repousa no reconhecimento de seu embasamento axiológico e finalístico. Assim, a polissemia que pesa sobre o termo “abastecimento” cede passagem ao tráfego econômico regulatório na realização prática de uma ordem jurídica de valores constitucionais.

Desvela-se a feição do “abastecimento”, assim, a partir da pedra de toque da logística subjacente à nova tábua axiológica constitucional, o que extravasa a mera aplicação mimetizada e automática da Lei de Penalidades. Nessa rota, depara-se com um campo fértil para atuação da

⁷⁶ (...) é insuficiente sugerir que as agências reguladoras sejam a melhor e única maneira de obter credibilidade regulatória. As agências reguladoras não são uma boa receita para garantir investidores privados em jurisdições nas quais a legislação que as estabelece pode mudar a qualquer momento; a contratação e a demissão dos seus quadros estão nas mãos de políticos; e o provimento de recursos é inseguro. Ao contrário, em tais contextos, as licenças, fiscalizadas em ambientes internacionais, são frequentemente a solução mais confiável. *In*: LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. **O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta.** *Apud*: PROENÇA, Jadir Dias. COSTA, Patrícia Vieira da. MONTAGNER, Paula. **Desafios da regulação no Brasil.** PRO-REG. Brasília: ENAP, 2006, p. 19.

técnica regulatória na busca do melhor desenlace prático, articulando o conhecimento interdisciplinar, sem descurar dos parâmetros legais e constitucionais.

Em outra órbita, desponta que a ANP se encarrega de se desvencilhar do ônus argumentativo que lhe incumbe para reforçar o juízo técnico, tomando-se em consideração as políticas públicas concorrenciais formuladas pelo CADE. Nessa esfera, a recorrente discrepância entre as duas políticas públicas recai sobre a instigante e vigorosa tarefa de argumentação discursiva sem prevalências *a priori*.

Forjou-se, assim, o ocaso da administração pública burocrática, que engessa o desenvolvimento sadio do mercado de combustíveis líquidos, uma vez que a lei estatui um ponto de partida para a solução do problema regulatório. Contudo, apenas o debate amplo e aberto de ideias entre todos os agentes participantes – públicos e privados – poderá elucidar o ponto de chegada.

Consectariamente, o germe da solução técnica consensual entre as políticas públicas de abastecimento e concorrenciais ganha relevo dentro desse turbulento embate, na medida em que as fronteiras entre a regulação e a concorrência não parecem tão nítidas quanto outrora. Alheio a esse aspecto, avulta a necessidade de estudo pormenorizado dos casos já aplicados pela ANP tal como feito acima, com redobrada atenção, com o fito de enxergar medidas regulatórias alternativas à mera aplicação complacente da revogação.

O aquecimento desse intercâmbio entre a ANP e o CADE viabiliza a melhor coleta de dados técnicos no encontro de alternativas para o problema regulatório-concorrencial. Em um contexto de desregulamentação, privatização, deslegalização⁷⁷ e abertura do mercado nacional ao comércio exterior, a tônica da rede regulatória colaborativa refina abordagem holística, sem isolar-se cegamente cada Instituição com olhares apenas às necessidades dos seus setores de atuação primordial e a partir do seu conhecimento autorreferente.

⁷⁷ “Quando uma matéria tiver sido regulada por acto legislativo, o grau hierárquico desta regulamentação fica congelado e só um outro acto legislativo poderá incidir sobre a mesma matéria, interpretando, alterando, revogando ou integrando a lei anterior. Os princípios da tipicidade e da preeminência da lei justificam logicamente o princípio do congelamento do grau hierárquico: uma norma legislativa nova, substitutiva, modificativa ou revogatória de outra, deve ter uma hierarquia normativa pelo menos igual à da norma que se pretende alterar, revogar, modificar ou substituir. Este princípio não impede, rigorosamente, a possibilidade de deslegalização ou de degradação do grau hierárquico. Neste caso, uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamentos. A deslegalização encontra limites constitucionais nas matérias constitucionalmente reservadas à lei. Sempre que exista uma reserva material-constitucional de lei, a lei ou o decreto-lei (e, eventualmente, também, decreto legislativo regional) não poderão limitar-se a entregar aos regulamentos a disciplina jurídica da matéria constitucionalmente reservada à lei.”. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 837.

Assim, a Constituição da República demanda a proteção ao fornecimento regular de combustíveis, de sorte que os aportes fáticos de determinado caso administrativo não podem ludibriar a axiologia constitucional sob pretexto de obediência à Lei de Penalidades. De se ver que a aplicação da revogação automática poderá camuflar hipótese de inconstitucionalidade circunstancial, na medida em que a lei, tomada em abstrato, continua válida e eficaz.

Entretanto, a incidência factual-pontual da Lei de Penalidades poderá acentuar aspectos coibidos pela Carta Magna, tais como a desconsideração da rede de suprimento nacional tuteladas pelas políticas públicas de abastecimento. Nesse sentido, a aplicação específica restaria vetada pela inconstitucionalidade circunstancial ditada pelos interesses públicos constitucionalizados.

Inclusive, consabido que a tutela da concorrência se reveste de caráter de interesse difuso por clara transindividualidade. Visto isso, há que se tomar em conta a expansão da regra da razão, de sorte que a produção de resultados socialmente relevantes justifica determinados comportamentos regulatórios como a suspensão ou a flexibilização da penalidade de revogação.

Nesse passo, salutar a criação de uma cultura de precedentes com base nos julgados já selecionados, de sorte a reduzir a insegurança jurídica pelo desencargo do ônus argumentativo de forma tecnicamente rigorosa. Essa postura administrativa autorizaria, em linha de princípio, a replicação de entendimento administrativo similar se reproduzidas as circunstâncias fáticas anteriores.

6. AS MEDIDAS CAUTELARES-REGULATÓRIAS E CRISE DE ABASTECIMENTO: OUTRO EXEMPLO DE FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS PELA ANP

Mas, para a economia de mercado funcionar bem, são necessárias leis e regulamentos – para garantir uma competição justa, proteger o ambiente, assegurar que os consumidores e os investidores não sejam trapaceados. O que era necessário não era desregulamentação, mas uma reforma da regulamentação – regulamentações mais fortes em algumas áreas, como na contábil, regulamentações mais fracas em outras (...) centros de estudos conservadores bem financiados produziram vários estudos sofríveis, documentando os supostamente proibitivos ou, pelo menos, exorbitantes custos de regulamentação em um campo após outro. Se os números tivessem muita credibilidade, a desregulamentação teria levado a um estouro da produtividade⁷⁸.

Diante de fatos notórios, a ANP possui o dever legal de agir para combater ineficiências do mercado e evitar ou minimizar crises de abastecimento nacional e regional. Na esteira, vê-se que a aludida Agência é dotada constitucionalmente de poder geral de cautela, com o fito de promover efetivamente as finalidades constitucionalmente consagradas, mormente a regularidade do fornecimento de combustíveis líquidos plasmada no artigo 177, § 2º, inciso I79.

A simplificação administrativa das obrigações regulatórias via medidas cautelares visa garantir a prestação efetiva, célere e eficaz da regulação do abastecimento nacional, razão de ser da criação desta Agência. Em momentos cruciais da economia brasileira, não pode a ANP permanecer inerte, sob a escusa de obediência cega à literalidade de seu conjunto normativo.

O uso de medidas regulatório-cautelares coloca em jogo o caráter instrumental da ANP, que não existe para si mesma, porém para colaborar com os problemas setoriais experimentados pela indústria de combustíveis líquidos. O artigo 8º, parágrafo único, da Lei do Petróleo, viabiliza a ANP a tomar essas medidas assecuratórias dos estoques mínimos para garantir a capacidade de atendimento nacional.

⁷⁸ STIGLITZ, Joseph. **Os exuberantes anos 90: uma nova interpretação da década mais próspera da história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, capítulo “Desregulamentação desembestada”, p. 114 e 123.

⁷⁹ Art. 177. Constituem monopólio da União: (...) § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (...) I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; (...).

No âmbito da Proposta de Ação n.º 362/2018, tentou-se combater o risco de desabastecimento nacional de combustíveis decorrentes dos movimentos grevistas desencadeados em 21/05/2018. No parágrafo 16 dessa Proposta de Ação vem registrado que

Providências administrativas acautelatórias são medidas que a Administração Pública muitas vezes necessita adotar de imediato para prevenir danos sérios ao interesse público ou à boa ordem administrativa e cuja finalidade é paralisar comportamentos de efeitos danosos ou de abortar a possibilidade de que estes ocorram. Este é, inclusive, comando legalmente positivado pela Lei do Processo Administrativo Federal, cujo art. 45 é permissivo claro para adoção da medida.

Assim, adotou-se a suspensão pontual de algumas obrigações regulatórias como modo de contingenciar os efeitos negativos da escalada do dólar e do câmbio no preço do óleo diesel e a greve dos caminhoneiros. Na esteira, objetivou-se a desobstrução do abastecimento nacional, pela suspensão dos seguintes artigos, a ver:

Art. 18, §1º, alíneas “b” e “c” e art. 22 da Resolução ANP n.º 51, de 30 de novembro de 2016; o art. 25, §2º, inciso II e §4º da Resolução ANP 41, de 5 de novembro de 2013; o art. 9º, incisos I e II e art. 10, inciso I, da Resolução ANP n.º 18 de 26 de julho de 2006; o art. 1º e 4º da Resolução ANP n.º 45, de 22 de novembro de 2013; o art. 1º e 4º da Resolução ANP n.º 5, de 19 de janeiro de 2015; o art. 1º e 4º da Resolução ANP n.º 6, de 19 de janeiro de 2015; o art. 19 e o art. 21, da Resolução ANP n.º 58, de 17 de outubro de 2014; a obrigatoriedade de atendimento ao percentual obrigatório de que trata o art. 9º, caput, da Lei 8.723, de 28 de outubro de 1993; a obrigatoriedade de atendimento da Portaria MAPA n.º 75, de 5 de março de 2015 e da Resolução CIMA n.º 1 de 4 de março de 2015; o art. 20, in fine, da Resolução ANP n.º 8, de 2007; e o art. 26, incisos I e II da Resolução ANP n.º 49, de 30 de novembro de 2016.

Em arremate, ganha relevo o fato de que as cinco medidas⁸⁰ em voga versam sobre as seguintes alternativas de suprimento: (i) liberação da vinculação de marca para vendas de distribuidoras de combustíveis líquidos, combustíveis de aviação e GLP; (ii) suspensão da exigibilidade das resoluções de estoques operacionais mínimos de gasolina e diesel (Resolução ANP 45/13), QAV (Resolução ANP 6/15) e GLP (Resolução ANP 5/15)⁸¹; (iii) flexibilização da obrigatoriedade de mistura de biodiesel no diesel A e de etanol anidro entre 18% e 27,5% da

⁸⁰Notícia disponível em <http://www.anp.gov.br/noticias/4497-anp-anuncia-medidas-para-garantir-a-continuidade-do-abastecimento-e-para-inibir-precos-abusivos-dos-combustiveis>. Acesso em 22 jun 2018.

⁸¹ Na página 4 da Proposta de Ação n.º 362/2018, consta que “(o)s estoques operacionais mínimos foram exigidos em resoluções justamente com a finalidade de suportar crises de abastecimento. Sua manutenção nesses períodos contraria a própria lógica para a qual foram constituídos”.

mistura na gasolina A⁸²; (iv) permissão de venda direta de Transportadores Revendedores Retalhistas para postos revendedores⁸³; e (v) liberação de engarrafamento de distribuidoras de GLP para vasilhames de outras marcas⁸⁴.

A mais, em 30/05/2018, a ANP adotou medidas adicionais em caráter excepcional com o fito de contribuir para a normalização do abastecimento de combustíveis no país. Entre elas, destacam-se a autorização: (i) da venda direta de biodiesel (B100) dos produtores de biodiesel para empresas com frotas cativas; e, (ii) da comercialização de GLP em recipientes transportáveis (até 90kg) pelas revendas em quantidades superiores às autorizadas.

A primeira medida objetiva flexibilizar o uso e ampliar a disponibilidade de combustíveis para reduzir a interrupção no atendimento à população em serviços como os das empresas de ônibus. Assim, a medida permite que os veículos de frotas cativas possam ser abastecidos com biodiesel. De outro lado, a segunda medida visa aumentar a reposição de estoques de recipientes transportáveis de GLP nos revendedores.

Ademais, importa consignar que a ANP já autorizava a retirada de etanol hidratado do produtor pelo distribuidor de combustíveis líquidos para a entrega diretamente ao posto revendedor sem necessidade de armazenamento na base de distribuição. Tal modalidade de comercialização chama-se venda por conta e ordem, a qual preconiza a venda do produto ao distribuidor com entrega no posto revendedor.

Desde o início da greve dos caminhoneiros⁸⁵, várias unidades da ANP trabalharam para a normalização do fornecimento de combustíveis, dando apoio para a saída de caminhões das bases de armazenamento. A esse propósito, na base em Duque de Caxias, a ANP cooperou para o restabelecimento do serviço de BRT que havia sido interrompido pela irregularidade do abastecimento.

⁸² No parágrafo 27 da Proposta de Ação n.º 362/2018, consta que: “(a) exigibilidade da mistura insere uma dupla complexidade logística na cadeia de distribuição, pois adiciona o fluxo entre a usina produtora e o distribuidor, o qual, geralmente, é rodoviário. Esse fluxo também está sendo prejudicado pela paralisação, impedindo a realização de mistura em diversas bases que já têm o diesel A e a gasolina A, mas não o biodiesel e/ou o etanol anidro em quantidades suficientes. Flexibilizar essa obrigatoriedade de mistura liberaria os distribuidores a já expedirem os produtos para venda”.

⁸³ A elevada capilaridade e agilidade da atuação regional/local dos Transportadores Revendedores Retalhistas viabilizaram o combate mais efetivo da crise de abastecimento nacional.

⁸⁴ No parágrafo 31 da Proposta de Ação n.º 362/2018, consta que: “(a)s distribuidoras de GLP, atualmente, somente podem encher botijões que apresentem sua marca comercial no recipiente. Isso traz complexidade logística uma vez que o consumidor pode devolver ao revendedor botijão de qualquer marca, exigindo a destroca de botijões. Ao liberar o engarrafamento para vasilhames de outras marcas, elimina-se a etapa logística da destroca de botijões entre distribuidores, viabilizando maior agilidade nas operações comerciais em áreas que tenham sido afetadas pelos bloqueios”.

⁸⁵Notícia disponível em <http://www.anp.gov.br/noticias/4497-anp-anuncia-medidas-para-garantir-a-continuidade-do-abastecimento-e-para-inibir-precos-abusivos-dos-combustiveis> e em <http://www.anp.gov.br/noticias/4511-anp-aprova-medidas-adicionais-para-a-normalizacao-do-abastecimento>. Acesso em 22 jun 2018.

Ao largo disso, a ANP atuou na fiscalização e apuração de denúncias de preços abusivos de combustíveis e gás de cozinha, em operação coordenada com o Procon e as forças de segurança. Paralelamente, a ANP continuou com o mister de controle da qualidade dos combustíveis, realizando a interdição de postos de combustíveis que adicionaram metanol nos combustíveis para incrementar sua margem de lucro.

Diante das dificuldades logísticas oriundas da greve, a ANP monitorou os estoques das refinarias. Estes encontravam-se elevados, devido à constrição do escoamento da produção para o segmento de distribuição. Claro que a atuação em pontos de bloqueios em estradas estaduais e federais apenas ocorreu com a ajuda das policiais locais.

Ainda, a ANP e o CADE irão formar um grupo de estudo de aperfeiçoamento do mercado de combustíveis⁸⁶.

Em outra linha de intelecção, a Nota Técnica n.º 249, de 31 de outubro de 2016, com base no Processo Administrativo ANP n.º 48610.005463/2015-09, inaugurou monitoramento das medidas administrativas e regulatórias que visam o atendimento dos requisitos de segurança operacional impostos aos postos de combustíveis pelo artigo 7º, inciso II, da Resolução ANP n.º 41/2013⁸⁷, com a redação dada pela Resolução ANP n.º 57/2014. Assim, novos documentos foram exigidos, nomeadamente a licença de operação e a vistoria do corpo de bombeiros (“AVCB”), com supedâneo na Resolução CONAMA n.º 273/00.

Apesar disso, tal comando normativo teve grave índice de inefetividade, dado que o panorama fático denotou a dificuldade de os órgãos estaduais e municipais expedirem as licenças ambientais e AVCB’s em função da limitação de recursos humanos e de infraestrutura.

Somado a isso, há, em alguns Estados, conflito de competências entre bombeiros militares e voluntários. É o caso no estado de Santa Catarina, submetido à apreciação de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n.º 5354-SC) sob o fundamento da inviabilidade constitucional de delegação do poder de polícia ao Corpo de Bombeiros Voluntários.

Com base em dados levantados pela Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e de Lubrificantes e pelo SIMP da ANP, o anexo da Nota Técnica sobredita indicou que mais

⁸⁶Notícia disponível em <http://www.anp.gov.br/noticias/4507-anp-e-cade-criam-grupo-para-estudar-aperfeicoamento-do-mercado-de-combustiveis>. Acesso 22 jun 2018.

⁸⁷ Art. 7º. O requerimento de autorização para o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos deverá ser realizado por meio de sistema disponível no endereço eletrônico www.anp.gov.br, mediante: (...) II - Digitalização do Alvará de Funcionamento ou de outro documento expedido pela prefeitura municipal referente ao ano de exercício; do Certificado Nacional de Borda-Livre, no caso de revenda varejista flutuante; da Licença de Operação ou documento equivalente expedido pelo órgão ambiental competente; e do Certificado de Vistoria ou documento equivalente de Corpo de Bombeiros competente.

de 16.000 (dezesesseis mil) postos de combustíveis em todo o Brasil poderiam ter suas instalações interditadas, o que representaria mais de 40% dos postos que operam no mercado nacional.

Nesse quadrante, a letra fria da norma regulatória aplicada imporia a revogação da autorização de exercício de atividade a inúmeros postos de combustíveis, ocasionando grave crise no abastecimento varejista de combustíveis líquidos. A par disso, tanto as dificuldades práticas dos gestores públicos estaduais e municipais, quanto fatores alheios ao controle dos agentes econômicos do setor de revenda varejista devem integrar a equação decisória por força dos novos mandamentos da Lei n.º 13.655/2018 já discutido linhas acima.

Nessa ordem de ideias, a situação-problema em apreço recebeu um tratamento específico, conforme os fatos que condicionaram a análise técnico-econômica.

Com raiz nesse entendimento, a ANP não aplicou cegamente as exigências preconizadas nas Resoluções da sua SDL, sob pena de malferir o próprio interesse público constitucional para qual a ANP foi criada: o suprimento regular de combustíveis líquidos.

Resulta disso que a falta de estrutura institucional para a realização de fiscalizações *in loco* e emissão das respectivas licenças de operações pelas municipalidades foi responsável por novos *standards* decisórios da ANP. Ponderou-se o interesse “abastecimento” *versus* “obrigação regulatória formal” (exigência de documentos compulsórios).

Com isso, a Nota Técnica n.º 249, de 31 de outubro de 2016 recomendou que os órgãos ambientais estaduais com dificuldades estruturais na renovação desses documentos observassem os prazos máximos para validade das licenças prévia, de instalação e de operação, forte no artigo 18, incisos I, II e III da Resolução CONAMA n.º 237/1997.

Em assim procedendo, o aumento do prazo de validade reduz o volume de processos de renovação, viabilizando a concentração nos empreendimentos nunca vistoriados.

Essa medida administrativa, nada obstante, não impede a revisão das licenças, na esteira da cláusula *rebus sic standibus* aplicada ao direito ambiental, em virtude de ato normativo posterior mais restritivo ou mudança fática (Recurso Especial n.º 1.222.723/SC). Inclusive, nesse sentido Thiago Serpa Erthal escreve⁸⁸:

Por fim, vale uma observação sobre os critérios de modificação de competência decorrentes de circunstâncias do caso concreto. A Resolução CONAMA 237/1997 previa, além da atribuição ordinária dos órgãos ambientais, as competências subsidiária e supletiva. A primeira tinha lugar quando o órgão originariamente competente solicitava apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, hipótese em que ambos passavam a trabalhar em cooperação. Quanto à atribuição supletiva, esta podia exsurgir:

⁸⁸ ERTHAL, Thiago Serpa. **Revisibilidade das licenças ambientais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 80.

(1) da inexistência de órgão ambiental capacitado ou de conselho de meio ambiente no Estado ou Município; e (2) se houvesse omissão na análise do pedido formulado pelo interessado. Nesses casos, caberia ao órgão federal atuar como substituto do estadual e, de maneira similar, ao Estado conduzir o licenciamento que inicialmente seria afeto ao Município.

Na esteira, a Agência destacou que a fiscalização aleatória, permanente e periódica serve de *nudges*, consoante explicado por Cass Sunstein⁸⁹, a incentivar a regularização dos postos pela certeza da punição em sede administrativa. Nessa direção, a inexistência de licença de operação ou certificado de vistoria válidos leva apenas a uma notificação inicial. E, apenas após o descumprimento dessa notificação específica, proceder-se-á à lavratura de auto de infração e do boletim de fiscalização.

Recentemente, a ANP realizou a Tomada Pública de Contribuições com o objetivo de consultar a sociedade acerca da periodicidade do repasse dos reajustes de preços de combustíveis. Nesse ponto, a finalidade da TPC repousa na coleta de dados e informações que subsidiem a minuta de Resolução sobre o período mínimo para o repasse ao consumidor dos reajustes dos preços dos combustíveis.

Vistos esses casos excepcionais de cunho estratégico aplicados pela ANP, constata-se haver uma evolução do pensamento regulatório da ANP que não se atém a juízos técnicos simplórios e automáticos. A ANP realiza estudos econômicos de alternativas regulatórias, conformados pelo interesse público do fornecimento regular de combustíveis líquidos no campo regional e nacional.

Nesse caminho, o Regimento Interno da ANP (Portaria ANP n.º 69/2011) foi recém-alterado pela Portaria ANP n.º 473/2017 para incluir o inciso XXI no artigo 12⁹⁰, atribuindo à Secretaria Executiva a tarefa de disseminar recomendações metodológicas da Análise de Impacto Regulatório.

Igualmente, a Portaria ANP n.º 410/2016⁹¹ alterou o regimento interno para conferir a cooperação com as demais unidades nos aspectos concorrenciais da AIR à Superintendência de Defesa da Concorrência, Estudos e Regulação Econômica.

⁸⁹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008, p. 6.

⁹⁰Art. 12. Compete à Secretaria Executiva: (...) XXI - elaborar e disseminar as recomendações metodológicas que devem orientar a elaboração de Análises de Impacto Regulatório, bem como monitorar sua aplicação no âmbito da ANP, apoiando as unidades organizacionais na sua elaboração. (Portaria ANP n.º 473, de 14.11.2017 - DOU 16.11.2017)

⁹¹Art. 30-A. Compete à Superintendência de Defesa da Concorrência, Estudos e Regulação Econômica: (...) VIII - cooperar com as diversas unidades integrantes da estrutura organizacional da ANP, no que se refere às atividades de regulamentação e elaboração de normas, em especial na elaboração de análises de impacto regulatório. (Portaria ANP n.º 410, de 6.12.2016, publicada no D.O.U. em 7.12.2016).

Assim, nada impede que a ANP se socorra de órgãos especializados para robustecer a validade das pesquisas realizadas, através de acordo de cooperação com o CADE, sem nenhum despreço à sua autonomia. Nesse caminho, a ANP reconhece as limitações de sua capacidade institucional com o objetivo de alinhar mais informações e experiências.

De um lado, essa coordenação – entendida como dever de consulta – reduz o *forum shopping* feito pelo agente econômico, o qual busca as entidades públicas com entendimento favorável às suas pretensões. De outro, diminui o risco de captura e de decisões contraditórias em um sistema de competências concorrentes e sobrepostas, bem como aumenta a *expertise* técnica amalhada para o processo decisório.

7. O. ABASTECIMENTO NACIONAL DE COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS VS. LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA: INTERESSE PÚBLICO?

A integridade exige que se elabore, para cada lei que lhe pedem que aplique, alguma justificativa que se ajuste a essa lei e a penetre, e que seja, se possível, coerente com o conjunto da legislação em vigor. Isso significa que ele deve perguntar-se sobre qual combinação, de quais princípios e políticas, com quais imputações de importância relativa

*quando estes competem entre si, pode proporcionar o melhor exemplo para aquilo que os termos claros da lei claramente requerem.*⁹²

O capítulo objetiva analisar os argumentos concorrenciais ventilados pelo CADE, e investigar os critérios concorrenciais que justificam (ou não) a retirada do agente do mercado, bem como formulam exceções às regras de penalidade. Assim, trata da densificação do conceito “liberdade de concorrência” à luz das necessidades de segurança energética.

Nessa senda, a partilha de competência entre a ANP e o CADE exige a compatibilização metodológica de aplicação de sanções como viga mestra da harmonização entre as políticas públicas de abastecimento nacional e de livre concorrência. Ambos os interesses juridicamente protegidos, independentemente da categoria em que inseridos (difusos, individuais homogêneos ou coletivos), demonstram a imperiosidade do diálogo constante entre os entes competentes para protegê-los.

Assim, o aparelho instrumental do Estado (ANP e CADE) não trava relações de subordinação e sim de coordenação funcionalizada, a assegurar determinado interesse público. Nada obstante, não se antevê um campo de batalhas por superposição, e sim espaço para abertura procedimental de coparticipação.

Claro que a ausência de coordenação entre a ANP e o CADE configuraria patologia institucional deletéria ao bom funcionamento do mercado e repercutiria negativamente na indústria de combustíveis líquidos. Sob esse enfoque pragmático, tanto o abastecimento nacional/regional como a livre iniciativa/concorrência gozam de indisponibilidade relativa, dado que possuem envergadura constitucional, o que torna necessário o diálogo ponderado entre os interesses públicos.

No entanto, em abstrato, as políticas públicas dos respectivos entes públicos colimam o uso racional dos fatores de produção com vistas à coletivização dos bens de produção, impedindo a dominação do poder econômico privado, ou seja, não se contradizem. Assim, o consenso entre as duas políticas públicas reside no desenvolvimento equilibrado da economia.

Sendo assim, a decisão isolada do CADE poderia causar desabastecimento em grandes regiões brasileiras, deixando indústrias e populações sem os recursos energéticos

⁹² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. *Apud*: MORRISSON, Wayne. **Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-Modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 516.

essenciais às atividades quotidianas. A coordenação entre o CADE e a ANP, com diálogo prévio, viabiliza maior efetividade da aplicação conjunta da norma.

Por outro viés, as decisões isoladas ocasionam o acirramento de conflitos institucionais em quadro generalizado de insegurança jurídica, porquanto os agentes econômicos envolvidos não sabem qual diretiva seguir e acabam judicializando a questão, trazendo mais um ator para a composição das políticas públicas em xeque.

Em resumo: em matéria de combustíveis líquidos, a atuação do CADE não poderá ser avulsa, sem a coordenação coesa e consensual da ANP.

Dessa perspectiva, neste trabalho, não se adota o institucionalismo assimétrico, de sorte que despicienda a evocação do princípio da especialidade para viabilizar a incidência prioritária das normas-regras emitidas pela ANP. Abordagens que tais apenas disputam irracionalmente poder, sem ganhadores, pois permanecerão os embates institucionais e a instabilidade regulatória. Assim, deve-se priorizar a interlocução prévia entre a ANP e o CADE nos termos do acordo de cooperação técnica vigente.

O pêndulo regulatório deverá ser medido pela contraposição de argumentos e ideias entre a ANP e o CADE, de sorte que a decisão transparecerá o resultado das preocupações técnicas e concorrenciais. Crucial, portanto, a atuação unificada e não centralizadora dessas autoridades para adjudicar conflitos regulatórios e concorrenciais conjuntamente quando da aplicação de penalidades a agentes econômicos afetos à comercialização de combustíveis líquidos.

A regra é a aplicação do artigo 10, inciso V, da Lei de Penalidades de forma automática e homogênea, com a revogação da autorização outorgada ao agente infrator. Entretanto, tal configuração deve manter-se aberta para ceder espaço para considerações logísticas de fornecimento de combustíveis líquidos no mercado nacional/regional. Assim, eventualmente tal regra cede para aplicação funcionalizada dos demais cânones da ordem econômica.

A exegese da lei deve ser subsidiária no sentido de que sua aplicação estará condicionada ao postulado da proporcionalidade. Bem por isso, a ANP poderá flexibilizar esses juízos estritos e pré-determinados pela literalidade da lei para possibilitar a avaliação consequencial da aplicação da revogação da autorização para exercício de atividade. Essa simplificação do ciclo de análise pode ser chamada de *reserva de abastecimento* (para salvaguardar as necessidades públicas e coletivas).

Como já ressaltado em linhas anteriores, a abstração do conceito jurídico indeterminado “abastecimento” não pode ser pretexto de impunidade dos maiores agentes econômicos do mercado, sob pena de gerar um leviano direito de infração à legislação concorrencial.

Entretanto, flexibilizações de aplicação de penalidade como a dilação de prazo, a alienação dos ativos ou a revogação de filiais poderão conter efeitos perniciosos à segurança energética e aos níveis de estoque de insumos energéticos.

Não se trata de discutir o apogeu e a crise do preceptivo contido no artigo 10, inciso V, da Lei de Penalidades, e sim de levar em conta tal indutor comportamental dentro do sistema de normas proibitivas e permissivas regulatórias. Melhor dizendo: a regra não pode incidir sozinha, deverá sempre incidir juntamente com os demais princípios e valores do ramo de combustíveis líquidos já tratados no capítulo anterior.

Sem esse embate normativo, não se logrará o substrato interpretativo aplicável ao caso para que se decida cooperativamente a melhor forma de sancionamento e proteção ao mercado de combustíveis líquidos e suas capilaridades industriais e comerciais. Assim, não há um direito subjetivo estatal de aplicação da penalidade, e sim uma situação subjetiva complexa que demanda a funcionalização solidária dos interesses públicos incidentes.

Não cabe interpretação do artigo 10, inciso V, da Lei de Penalidades, ensimesmada, dado que o ordenamento regulatório da ANP se compromete com os demais valores e deveres impostos para a proteção de outros interesses públicos de superior ou igual hierarquia jurídica. Na esteira, a norma não deve ser analisada isoladamente pela ANP ou mesmo pelo CADE.

Em larga medida, afigura-se essencial o balanceamento de interesses constitucionais, nomeadamente a livre iniciativa, a livre concorrência, a segurança energética e o abastecimento do mercado. Sem tal metodologia, esvazia-se o próprio artigo 10, inciso V, da Lei n.º 9.847/99. Isso porque essa Lei objetiva o “adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e do cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis”, nos moldes do artigo 1º.

Ainda, tal Lei estabelece que o abastecimento nacional de combustíveis é de utilidade pública e abrange, nos termos dos incisos I e II do parágrafo primeiro desse mesmo artigo, as seguintes atividades “produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda, comercialização, avaliação de conformidade e certificação”, assim como “produção, importação, exportação, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda e comercialização de biocombustíveis”.

Nesse deslinde, sobressai que a administração pública tem o dever-poder jurídico de proteger interesses da coletividade como o funcionamento sadio do mercado consumidor e o abastecimento nacional/regional de combustíveis líquidos. A par disso, os agentes econômicos possuem um interesse legítimo (e não direito subjetivo) de que a situação jurídica subjetiva -

advinda da incidência *a priori* da regra de revogação automática - engendre a consideração dos demais princípios latentes na Constituição.

Emblemáticos, portanto, os casos de Guaporé, White Martins e Raízen, relatados em capítulo anterior, na medida em que consagram realidade contrastante com a literalidade desse dispositivo, sem violá-lo, nada obstante. Assenta-se que essas lides administrativas não admitem a generalização da flexibilização da penalidade de revogação aos demais casos, ao contrário, reforça a própria vigência da norma, dado que a revogação é apenas um componente da relação jurídico-regulatória.

Evitando-se um conceitualismo desprovido de sentido, o escopo desta abordagem dissertativa adquire roupagem prática, uma vez que o papel do artigo 10, inciso V, da Lei de Penalidades está calcado na necessidade de fiscalização dos agentes econômicos do setor de combustíveis líquidos. Destarte, apenas com o exame das particularidades fáticas e da função regulatório-concorrencial, mediante deliberação coordenada das circunstâncias concretas, extrairá os efeitos jurídicos próprios do dispositivo.

Sob essas vestes, o quadro fático poderá denunciar a insuficiência da redação do artigo 10, inciso V, da Lei de Penalidades para regular a estrutura do setor de combustíveis líquidos. A rigor, a preocupação de segurança energética poderá levar a superação - pontual - da interpretação literal e primeira da norma com base na razão de ser do próprio instituto. Noutro polo, a abordagem funcional apenas submete o artigo à crítica da sua aplicação atemporal e abstrata desvinculada de sua finalidade precípua à margem dos interesses públicos interligados (abastecimento vs. livre concorrência).

Vale dizer: o emprego automático da revogação mascara os prejuízos econômicos, aumentando a susceptibilidade de crise regulatória no mercado de combustíveis líquidos. Essa forma de visualizar o problema inverte a lógica *top down* constitucional na busca da norma jurídica. Nessa ordem de ideias, essa abordagem consiste na análise cautelosa dos impactos da alteração quantitativa e qualitativa do mercado nacional/regional de combustíveis líquidos, por conta do custo fixo de implantação de infraestrutura de armazenagem de estoques e sua baixa liquidez.

Em síntese, o dogma da revogação carece, nessa ótica, de tratamento orgânico-sistemático e assume conotação prudencial no afã de refletir as vicissitudes dos estoques de combustíveis líquidos e da segurança energética. Assim, quando necessário, impõe-se a modulação da penalidade decorrente de ação anticoncorrencial, porquanto descabida a aplicação meramente legalista. Até mesmo nos casos em que não se faz necessária a

flexibilização da revogação, para se chegar a essa conclusão, imprescindível a análise simulada dos possíveis impactos da medida.

A Lei n.º 12.529/2011, em seu artigo 36, estatui as infrações da ordem econômica a partir dos efeitos anticoncorrenciais. Sendo assim, independentemente de culpa, consubstanciam infração à ordem econômica os atos que possam “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”, “dominar mercado relevante de bens ou serviços”, “aumentar arbitrariamente os lucros”; e “exercer de forma abusiva posição dominante”.

Nessa senda, a ação anticoncorrencial poderá ter decorrências horizontais ou mesmo verticais, estas ocorrem quando há efeitos em diferentes segmentos mercadológicos relativos a cadeia produtiva. Por exemplo, a formação de cartéis⁹³, como no caso Guaporé-RS, revela um acordo para a maximização do lucro pela redução da quantidade produzida e aumento do preço, de caráter horizontal, com grande potencial de prejuízos ao consumidor e ao mercado envolvido.

Entretanto, a mera reprodução de preços poderá refletir o aumento da precificação dos insumos envolvidos, ou mesmo o acompanhamento das condições do mercado. Traçadas essas linhas, é difícil a aferição concreta da divisão de mercado ou da combinação de preços entre os agentes econômicos. Igualmente, a possibilidade de rompimento de um acordo, ainda que tácito, depende da capacidade de retaliação da empresa em relação às demais.

Na distribuição, transporte e revenda de combustíveis líquidos há a comercialização de produto homogêneo, o que favorece a conduta paralela consciente em indústrias concentradas, sem necessariamente constituírem cartéis. Na esteira, é cediço que quanto maior o número de *players*, menores as possibilidades de coordenação abusiva.

Outro ponto que merece reflexão é que os cartéis são estruturas instáveis, razão pela qual quanto maior for o custo do monitoramento, menor a conformidade dos agentes envolvidos. Por outro ângulo, o alto grau de concentração de mercado, as barreiras de entrada,

⁹³ “Além do número de empresas no mercado relevante, ou grau de concentração da produção, vários outros fatores tornam mais provável a ocorrência de cartéis, como: • a homogeneidade do produto permite uma avaliação acurada do diferencial de preços entre as empresas; • fases mais maduras do ciclo do produto tornam inovações menos frequentes, mantendo estável a tecnologia e os custos; • condições de demanda estáveis; • a inelasticidade da demanda reflete o menor leque de alternativas para o consumidor, elevando o poder de mercado; • restrições verticais permitem controle sobre aquisição de insumos e sobre a rede de distribuidores, facilitando a coordenação entre os membros do cartel; • a ocorrência de licitações frequentes induz a um processo de aprendizado das políticas de preços dos concorrentes; • elevadas barreiras à entrada impedem a atração de entrantes em busca dos lucros extraordinários do cartel”. In: GESNER, Oliveira, RODAS, João Grandino Rodas Oliveira. **Direito e Economia da Concorrência**. Revista dos Tribunais, 2013, Parte I, capítulo 2. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99935142/v2/document/100248502/anchor/a-100248502>. Acesso em 28 ago 2018.

a homogeneidade do produto e a estabilidade dos custos e da demanda⁹⁴ propiciam essas práticas horizontas no ramo de combustíveis líquidos.

A despeito disso, a mera revogação da autorização para exercício de atividade desses postos de combustíveis deixaria os consumidores sem acesso ao produto, ocasionando problemas de abastecimento regionais. Não se trata de reapreciar o mérito da condenação do CADE, afastando a alegação de mero paralelismo de preços e reconhecendo a prática de cartel, dado que coberta pela coisa julgada administrativa e por ser competência exclusiva do CADE.

Estabelecidas essas premissas, sabe-se que o rol de condutas preconizadas na Lei de Defesa da Concorrência ostenta caráter exemplificativo, de sorte que o juízo técnico do CADE acerca da prática de infração econômica não pode ser revisto pela ANP ou qualquer outro órgão do Executivo. Assim, apenas a aplicação da penalidade de revogação – sua conveniência e oportunidade, dentro da aplicação da Lei de Penalidades, - íntima às competências setoriais da ANP - poderá ser flexibilizada pela Agência, sem rediscussão acerca do mérito da infração econômica e seus elementares.

Inclusive, na seara de infrações concorrenciais, a potencialidade dos programas de leniência junto ao CADE, com a oitiva prévia da ANP, poderá alçar esse instrumento à condição de mobilizador do diálogo a respeito das penalidades. Tal instrumento (acordo de leniência) restringirá a impunidade dos grandes *players*, os quais, exatamente pelos riscos de queda da oferta de combustíveis, acabariam saindo ilesos de uma regulação efetiva, dado que seus processos passam por paralisações até que fossem sanadas as pendências regulatório-concorrenciais.

Enquanto isso, os *players* menores, caso não cumpram os requisitos regulatórios, são mais suscetíveis de terem suas autorizações revogadas pela SDL. Para tanto, basta averiguar a quantidade de revogações de agentes menores em cotejo com o número e a data de abertura de processos em face da Petrobras, Raízen, Ipiranga, dentre outras líderes de mercado. Por isso, a ação da ANP precisa de cautela com o abastecimento, porém não de modo absoluto.

Melhor explicando: a capilarização da cobertura de suprimento do agente econômico lhe renderá poder de barganha para que possua imunidade para a aplicação da penalidade de revogação, de sorte que a flexibilização da revogação poderá redundar na aplicação de multas dissuasórias que cubram o valor auferido com a prática ilícita.

Assim, a mera revogação automática de agentes econômicos poderá ir na contramão da pulverização do poderio econômico, provocando desequilíbrios que conduzam a estruturas

⁹⁴ *Idem*, capítulo 2.

monopolizadas ou oligopolizadas. Essa concentração, em um ciclo vicioso, potencializará a captura de interesses do regulador e dificultará a aplicação de revogações pelo recrudescimento dos impactos na segurança energética de estoques.

Para rechaçar tal tipo de abuso de poder econômico, a ANP deverá trabalhar, em conjunto com o CADE, para buscar alternativas que protejam o fornecimento regular de combustíveis, ao mesmo tempo em que torne efetiva o poder ordenador da Agência sobre todos os agentes econômicos em busca da isonomia regulatória.

Certamente a preocupação com o abastecimento deve estar sempre presente na equação regulatória, entretanto, novas medidas devem ser viabilizadas para não criar vácuos de poder e impunidade administrativa. Nessa linha, no caso Guaporé-RS, a ANP propôs a alienação de ativos e o monitoramento da idoneidade dos novos adquirentes durante o processo de transferência; e, no caso Raízen e White Martins, a focalização da penalidade em determinada filial.

Explica-se: a penalidade de revogação, em tese, aplica-se ao Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica da matriz, de sorte que todas as filiais do agente econômico sofrem os efeitos da penalidade. Imaginando-se, por exemplo, a revogação da autorização de exercício de atividade da Petrobras ou da Ipiranga, resulta cristalino o caos no fornecimento e estoque de combustíveis líquidos. Assim, não se trata de ceder ao poderio econômico, porém trabalhar com a realidade que o mercado impõe e, dentro dessas limitações, evoluir no trato regulatório.

Sabe-se que o setor de combustíveis líquidos era monopolizado pela Petrobras. Em termos históricos, a flexibilização do monopólio do Petróleo, realizada pela Emenda Constitucional n.º 9/1995, favoreceu a concentração de mercado que hoje se vivencia no Brasil. Isso porque, desde a liberalização, os novos entrantes já competiam com uma sociedade do porte da Petrobras, não tendo decorrido tempo suficiente para proliferação de agentes econômicos em larga escala.

Assim, a ANP tem por norte a alocação efetiva de recursos energéticos em território nacional, de maneira que, mesmo não sendo objeto de regulação específica, a utilização analógica do princípio do compartilhamento de redes, com a compensação financeira ao proprietário pode ser uma alternativa técnica.

Na esteira, no caso de infrações à ordem econômica e aplicação da penalidade de revogação, preserva-se a instalação física que seria disponibilizada compulsoriamente ao Poder Público, nos casos do artigo 173, *caput*, da Constituição, ou outro agente econômico mediante indenização, em prol da continuidade da atividade econômica de suprimento de combustíveis líquidos.

Em tese, essa substituição poderia ser consensualizada com o agente penalizado no âmbito de acordos de leniência, por exemplo. De outro lado, embora as atividades do ramo de combustíveis líquidos sejam atividades econômicas *stricto sensu*, a verdade é que a ANP, em analogia ao princípio da continuidade aplicável aos serviços públicos, deverá zelar pela não suspensão das atividades econômicas em regiões críticas.

Esse amplo leque de possibilidades, ainda não exploradas na práxis brasileira, demonstra o quão incipiente é a nova dinâmica dialogal entre a ANP e o CADE que ainda possui muitos caminhos a percorrer. Assim, a atuação coordenada da ANP e do CADE, em suas respectivas políticas públicas, permitirá o combate às externalidades negativas (inclusive, a assimetria de informações⁹⁵) prejudiciais ao abastecimento e à concorrência quando da aplicação de penalidades.

Apesar disso, a ideia-base é que não ocorra regulação⁹⁶ forte no nicho de mercado que consiga se autorregular sem prejuízo aos fins colimados por ambas as políticas públicas retro mencionadas. Esse intercâmbio de informações⁹⁷ tem o potencial de catalisar alternativas técnicas compatíveis que englobem as políticas públicas de abastecimento e da concorrência⁹⁸.

Exatamente por isso, o aparelhamento da ANP e do CADE para abertura de canais permanentes de diálogo recíproco integra o plano estratégico do acordo de cooperação celebrado entre as entidades.

Nessa senda, a política pública de defesa da concorrência não hipertrofia o fim concorrencial a todo custo, pois instrumentaliza o escopo de produção econômica eficiente.

⁹⁵ Do ponto de vista do regulador, também importa a assimetria de informação que existe entre ele e os entes regulados, em relação tanto à situação em que estes se encontram como ao seu comportamento. Nos serviços públicos, por exemplo, o regulador nunca sabe exatamente até que ponto pode reduzir as tarifas sem causar prejuízo às empresas, pois ele não tem um conhecimento detalhado dos custos da concessionária. Este é um problema de *seleção adversa*. Da mesma forma, como não consegue monitorar o esforço do ente regulado para comprar insumos a um preço mais baixo, usá-los mais eficientemente etc., o regular terá dificuldade de cobrar uma quantidade ótima de esforço, permitindo que a empresa não se esforce o suficiente. Este é um problema de *moral hazard*. (grifos constam do original). In: SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar (Orgs.). **Direito, Economia e Mercados**. São Paulo: Editora Campus, 2005, capítulo seis, p. 260, 261.

⁹⁶ *Idem*, p. 138.

⁹⁷ A título de curiosidade, o artigo 6º da Lei n.º 11.182/2005, no nicho de atuação da Agência Nacional de Aviação Civil, dispõe acerca da celebração de convênios entre a Autarquia e o Sistema Brasileiro de Defesa Concorrencial para harmonizar a atuação coordenada entre as instituições, inclusive, com a previsão de comunicação ao CADE sobre eventuais infrações contra a ordem econômica. Leia-se o artigo 6º nos seguintes termos “(c)om o objetivo de harmonizar suas ações institucionais na área da defesa e promoção da concorrência, a ANAC celebrará convênios com os órgãos e entidades do Governo Federal, competentes sobre a matéria. Parágrafo único. Quando, no exercício de suas atribuições, a ANAC tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração contra a ordem econômica, ou que comprometa a defesa e a promoção da concorrência, deverá comunicá-lo aos órgãos e entidades referidos no caput deste artigo, para que adotem as providências cabíveis”.

⁹⁸ O Banco Mundial e a OCDE assinalam que a política pública de defesa da concorrência é encarada como “o quarto alicerce do sistema de políticas econômicas de determinado governo, ao lado das políticas monetária, fiscal e de comércio exterior” consoante as DIRETRIZES PARA ELABORAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. The World Bank, OCDE, Editora Singular, 2002 (original em inglês de 1998).

Bem por isso, o enraizamento da interface cooperativa entre a ANP e o CADE alavancará a difusão da advocacia da concorrência em consonância com as necessidades do abastecimento nacional/regional, eliminando eventuais riscos sistêmicos ao setor de combustíveis líquidos e os serviços de utilidade coletiva dele dependentes.

Em síntese, a Lei de Penalidades não outorga perfil jurídico estrito e único, sob pena de provocar gravames à rede de abastecimento. Diante disso, a ponderação dos interesses públicos (livre concorrência vs. abastecimento) colima o devido processo competitivo sem empeco ao regular funcionamento da rede de abastecimento nacional, esperando-se que o Judiciário não sobrepuje os juízos técnicos cooperativamente assentados pela ANP e pelo CADE.

Nesse desdobramento, convém consignar que o presente trabalho se limita à contestação da aplicação automática da penalidade de revogação quando tal incidência concreta violar os interesses públicos do abastecimento e/ou da concorrência. Assim não procedendo, o conflito entre os julgados administrativos do CADE e da ANP colocarão em xeque a cogência de determinações contraditórias de tais Instituições com prejuízos à credibilidade e coerência regulatória. Isso porque o tratamento unilateral das infrações concorrenciais no setor de combustíveis líquidos ocasiona batalhas administrativas desnecessárias que tolhem a efetividade da repressão de práticas anticoncorrenciais.

Independentemente de a penalidade de revogação possuir dupla finalidade (retributiva e preventiva), a instrumentalização da medida, caso comprovado risco sistêmico à segurança energética, autoriza a flexibilização do viés punitivo da revogação, recomendando a aplicação de penalidade diversa guiadas pelos interesses públicos constitucionais.

A título ilustrativo, ainda que determinada sociedade econômica não tenha sofrido diretamente a penalidade de revogação, outras medidas regulatórias como a alienação de seus ativos irão certamente ter efeitos preventivos, como se pretendeu no caso Guaporé/RS. Assim, a ANP, protagonista do sistema de abastecimento de combustíveis líquidos, poderá chancelar soluções intermediárias, com efeitos preventivos, mantendo a hígidez da rede de suprimento nacional/regional.

Isso porque os perigos logísticos da incidência irrestrita do artigo 10, inciso V, da Lei de Penalidades devem ser sopesados com o dever de inibição à reiteração de condutas anticoncorrenciais. Explica-se: não se defende a impunidade das infrações administrativas, entretanto, essas pretensões punitivas passam pelo influxo das necessidades coletivas: o interesse público constitucional de abastecimento.

8. CONCLUSÃO

A presente dissertação revisita, através do estudo dos casos colhidos junto à ANP, a forma como a ANP passou a aplicar o artigo 10, inciso V, e § 2º da Lei n.º 9.847 quando notificada, via Ofício, pelo CADE acerca de condenações por ilícitos concorrenciais.

No caso Guaporé-RS, analisou-se que essa notificação gozaria de caráter de mera recomendação, porquanto inexistente hierarquia entre o CADE e a ANP. Já, nos casos Raízen e White Martins detalhou-se que a regra do artigo 8º, I, da Lei n.º 9.478/97 poderá predominar em detrimento da regra do artigo 10, V, da Lei de Penalidades a depender das circunstâncias fáticas.

Também se destacou que, respaldado no artigo 38, incisos V, VI, VII, da Lei n.º 12.529/2011, o próprio CADE poderia impor a retirada do infrator do mercado econômico, de sorte que a revogação de autorização está circunscrita à discricionariedade técnica da ANP. Assim, a ANP pode sopesar elementos de isonomia material, de culpabilidade e de proporcionalidade quando aplicar a Lei de Penalidades.

A mais, aventou-se que, de certo modo, o efeito educativo e dissuasório da repressão de ilícitos concorrenciais já decorre da condenação administrativa propalada pelo CADE. Assim, não haveria de se falar em impunidade ou estímulo à recidiva anticoncorrencial.

Por outro ângulo, a aplicação irrestrita da penalidade de revogação poderia camuflar hipótese de inconstitucionalidade circunstancial, cuja incidência concreta poderia vir a ferir a instrumentalidade do CADE e da ANP na tutela das políticas públicas de abastecimento e concorrenciais (artigos 177, § 2º, I e 170, IV, ambos inscritos na Constituição).

Assim, a expansão da regra da razão viabilizaria o juízo técnico de flexibilização ou suspensão da penalidade de revogação quando de tal medida defluir resultado prático mais benéfico ao consumidor e ao desenvolvimento sadio do mercado. Em oposição ao “institucionalismo assimétrico”, neste trabalho acadêmico não se defendeu a prioridade em abstrato de uma política pública em detrimento da outra.

Assim, a partir da doutrina do *hard look*, a extração dos critérios decisórios utilizados nos casos estudados elucidada a exigência de motivação concreta e específica lastreada em elementos técnicos econômicos, a título de avaliação do impacto regulatório, com a simulação da retirada de determinado agente econômico do mercado relevante de combustíveis líquidos e os resultados práticos obtidos em relação aos estoques e à segurança energética.

Feitas essas balizas, salutar seria a criação de súmulas administrativas para padronizar o tratamento dos casos de suspensão ou levantamento da penalidade de revogação a fim de conferir segurança e previsibilidade para os casos futuros.

Precisamente, os precedentes administrativos consubstanciam referencial para os casos futuros, em prol da coerência, integridade e uniformidade regulatória.

Entretanto, esses referenciais se submetem ao princípio do *trial and error* das políticas públicas, ou seja, não há impeditivo para a adaptação de critérios diante de novas circunstâncias ou mediante a percepção de equívoco técnico, desde que devidamente fundamentado, vedada a aplicação retroativa de critério novo nos termos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, recentemente modificada.

Ainda, vê-se que a técnica de redução teleológica em face do artigo 10, inciso V, § 2º da Lei n.º 9.847/99 obedece ao caráter empiricista e experimentalista da análise da conveniência administrativa. Assim, abre-se espaço para o antifundacionalismo, porquanto refutam-se os dogmas apriorísticos indiscutíveis; bem como para o contextualismo e o consequencialismo, haja vista a qualificação jurídica da penalidade não prescindir dos dados fáticos e da pesquisa acerca da eficiência regulatória da revogação à luz do teste de proporcionalidade.

Por fim, verificou-se que o Judiciário triangula o embate entre as políticas públicas de abastecimento e concorrenciais. A par disso, o Judiciário poderá intervir, de forma positiva, para ativar os canais de comunicação entre a ANP e o CADE em contraditório efetivo ou, de forma negativa, em violação à *chevron deference*, para substituir o juízo técnico do administrador público, o que contribuirá para assentar clima de insegurança e de imprevisibilidade regulatória no setor de combustíveis líquidos.

Ainda, viu-se que a flexibilização da penalidade não equivale a ceder ao poderio econômico dos maiores agentes econômicos, e sim trabalhar com a realidade que o mercado impõe. Inclusive, os acordos de leniência, com oitiva da ANP, poderão consensualizar a utilização analógica do princípio do compartilhamento de redes, com a respectiva indenização ao proprietário, para que se mantenha a continuidade do exercício de atividade econômica *stricto sensu* por terceiros não penalizados ou pelo Poder Público nas hipóteses do artigo 173 da Constituição.

Diante de todo o exposto, dessume-se confirmada a hipótese levantada no introito desta dissertação no sentido de que o exercício do postulado da proporcionalidade e da interpretação teleológica dos interesses públicos constitucionalizados servem de critérios decisórios para acomodar o abastecimento nacional e a livre concorrência em uma mesma decisão estrutural regulatória.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, vol. I, p. 93 e ss. *Apud*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- . **As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP**. R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 228: 243-272, Abr/Jun 2002.
- . **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.
- . **Direito dos serviços públicos**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009.
- BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, 2006.
- . **Transformações de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. São Paulo: Atlas, 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- BINENBOJM, Gustavo [et al.]. **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

———. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

———. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Portaria ANP n.º 69/2011**. Aprova o Regimento Interno da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

———. Constituição (1988). **Emenda constitucional n.º 9, de 9 de novembro de 1995**. Dá nova redação ao art. 177, da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos.

———. **Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997**. 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 Petróleo e dá outras providências.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

———. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim G. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas: Saberes Editora, 2010.

CAVALLI, Cássio. **O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica**. Revista de Direito Administrativo, 2009.

CHRISTENSEN, Jørgen Grønnegaard. **Political responsiveness and credibility in regulatory administration**. Department of Political Science, University of Aarhus. Disponível em: <http://soc.kuleuven.be/io/cost/pub/paper/Bureaucratic%20credibility.pdf>. Acesso em: 2 de setembro de 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26a ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. *Apud*: MORRISSON, Wayne. **Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-Modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

———. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ERTHAL, Thiago Serpa. **Revisibilidade das licenças ambientais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Ed. Almedina, 1996.

FIGUEIREDO, Diogo de. **Curso de Direito Administrativo**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GESNER, João Grandino Rodas Oliveira. **Direito e Economia da Concorrência**. Revista dos Tribunais, 2013, Parte I, capítulo 2. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99935142/v2/document/100248502/anchor/a-100248502>. Acesso em 28 ago 2018.

HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.; MARQUES, E. C. **Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

KRELL, Andreas. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Indeterminados**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2^a ed., 2013.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. 7.a Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. **O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta**. *Apud*: PROENÇA, Jadir Dias. COSTA, Patrícia Vieira da. MONTAGNER, Paula. **Desafios da regulação no Brasil**. PRO-REG. Brasília: ENAP, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8^a ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

MARQUES, Eduardo Cesar Leão; PIMENTA, C. A. **A política pública como campo multidisciplinar**. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Administração Pública: do ato ao processo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 405-419.

———. **Direito Administrativo Moderno**. 16^a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

———. **Processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

———. **Regulação e auto-regulação**. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 14, ano 4, Maio 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39^a Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. 3. ed. Portugal: Coimbra, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

———. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte espacial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro; Forense, 2014.

———. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

———. **Mutações de Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

———. **Poder, direito e Estado – O Direito Administrativo em tempos de Globalização**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

———. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno – Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 1, fevereiro, 2005.

NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2002.

PEREIRA NETO, Caio Mario S.; LANCIERI, F. M.; ADAMI, M. P. **O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: Uma Proposta de Sistematização**. *Apud*: Carlos Ari Sundfeld; André Rosilho. (Org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. 1ªed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PEREIRA DA SILVA, Vasco. **Em busca do Acto Administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1998.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **500 anos de direito administrativo**. Revista eletrônica de Direito do Estado, número 5, janeiro/fevereiro/março de 2006, Salvador, Bahia.

———. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**. Revista eletrônica de Direito do Estado, número 9, fevereiro/março/abril de 2007, Salvador, Bahia, ISSN 1981-1861.

PRADO, Mariana Mota. ***The Challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies: A Cautionary Tale from Brazil***. VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW, Vol. 41:435.

PUGLIATTI, Salvatore. ***La proprietà nel nuovo diritto***. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1964.

SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar (Orgs.). **Direito, Economia e Mercados**. São Paulo: Editora Campus, 2005.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência. A atuação do CADE em setores de infraestrutura.** Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

SANTANA, Jair. **Administração Pública e Interpretação de normas de Direito Público – a Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018 – blockers e makers (parte 1 – art. 20).** In: Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, anp 18, n. 208, p. 24-29, jun. 2018.

SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos x Interesses Privados – Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

———; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** 2ª ed., Belo Horizonte: Forum, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela de. **Desestatização – privatização, concessões, terceirizações e regulação.** 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUZA, Celina. **Instituições e mudanças: reformas da constituição de 1988, federalismo e políticas públicas,** In: HOCHMAN, G.; PIMENTA de FARIA, C.A. (Org.). **Federalismo e políticas públicas no Brasil.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

STIGLITZ, Joseph. **Os exuberantes anos 90: uma nova interpretação da década mais próspera da história.** São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Chega de Axé no Direito Administrativo.** Disponível em: sbdp.org.br.

———. **Direito Administrativo para Céticos.** São Paulo: Malheiros, 2012.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness.** New Haven: Yale University Press, 2008.

UNCTAD, **Best practices for defining respective competences and settling of cases, which involve joint action by competition authorities and regulatory bodies.** Disponível em: http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf6d13rev1_en.pdf. Acesso em: 27 nov 2017.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

WILSON, James Q. *Bureaucracy: What Government Agencies Do And Why They Do It*. Basic Books, 1989.

WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. **Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56, set/dez, 2013.