

O papel da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) nas refinarias a partir de uma perspectiva econômico-constitucional

Ana Cláudia de Medeiros Franklin
Ananda Luana Lucena Alves
José Vinícius Leite de Queiroz

Resumo

O presente artigo propõe-se a discutir, em breves considerações, o papel da Agência Nacional do Petróleo, Gás natural e Biocombustíveis (ANP) na atividade do refino, expondo, em uma visão econômico-constitucional, como se dá seu exercício e abrangência no setor econômico do nosso país. Através do estudo da Lei Federal nº 9.478/97 e as portarias que regulamentam o refino do petróleo, o presente trabalho visa analisar o procedimento legal que abrange a refinação e o processamento do gás natural, trazendo também à baila, uma visão crítica da atividade da Agência Nacional do Petróleo, assim como da aplicabilidade de suas atividades, tanto na seara constitucional como infralegal.

Palavras-chave: ANP. Constituição Econômica. Refinaria. Lei do Petróleo. Portarias.

Abstract

This article intends to discuss, in brief remarks, the role of the Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) in refining activities, exposing, in an economic-constitutional perspective, its exercise and scope within the economic sector of our country. Through the study of Federal Law 9.478/97 and of the ordinances that regulate the petroleum refining, this work aims to examine the legal procedures that cover the refining and processing of natural gas, also bringing into discussion a critical view of the activity of the Agência Nacional do Petróleo, as well as the applicability of its activities, both in the constitutional and non-statutory areas.

Key-words: ANP. Economic Constitution. Refinery. Petroleum law. Ordinances.

1 INTRODUÇÃO

Em uma breve análise do desempenho da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), o presente trabalho aponta como a Agência Reguladora em comento está executando suas funções no âmbito das refinarias.

Pretende-se levar ao leitor uma conscientização do verdadeiro papel dessa autarquia, que tem, entre tantas outras atribuições, o dever de garantir à sociedade

brasileira um aprimoramento do setor econômico petrolífero, na medida em que fiscaliza, incentiva e direciona a atividade econômica do petróleo, gás natural e biocombustíveis.

A partir da análise crítica da Lei Federal nº 9.478/97 e estudo de algumas portarias e resoluções da ANP, observa-se o comportamento de tal Agência Reguladora no âmbito infraconstitucional, investigando sua função regulamentadora e seu papel político no setor energético. Por outro lado, analisaremos o real desempenho da ANP na realidade fática de modo a lançar críticas frente seu comportamento, detectando os problemas que circundam tais entes estatais, bem como, sugerindo possível solução para sana-las.

Dessa forma, é com amparo na Constituição Federal, no que tange ao artigo 170 e seguintes, que concluiremos se a atuação da referida Agência Reguladora está, de fato, em sintonia com os princípios fundamentais e demais supedâneos legais da ordem econômica, demonstrando a aplicabilidade e interpretação das normas infraconstitucionais à luz da Constituição, pois de nada vale uma lei coerente com os preceitos constitucionais, se não possuir aplicabilidade normativa com base nestes.

2 A ANP SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

O Estado interventor é conduzido por valores meramente políticos, o que acaba enfraquecendo a estrutura econômica do país, sendo necessário, pois, de um ente que possa conciliar os interesses do governo, dos agentes econômicos privados e da sociedade¹.

Nesse contexto, surgem no nosso país Agências Reguladoras, com o objetivo de atuar em benefício de todos, deixando o Estado apenas como regulador e não mais como explorador direto da atividade econômica, salvo nas hipóteses elencadas no art. 173, da Constituição Federal.

As Agências Reguladoras têm autonomia administrativa, política e financeira, não se sujeitando ao Governo Central e, como consequência, à instabilidade política.

A Constituição, em seus artigos 21, XI; 177, § 2º, III e 174 prevê a atuação do Estado como agente regulador; e não poderia ser diferente, tendo em vista que o Brasil instaurou, logo após a Emenda Constitucional nº 9, o modelo de flexibilização da

¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeo. *Lições de Direito Econômico*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2009, p. 147.

economia, “delegando” aos agentes privados a responsabilidade de conduzir a atividade econômica, ficando o Estado apenas como um observador.

À luz desses dispositivos, visualiza-se a importância da Constituição Econômica, a qual consiste na parcela da Constituição que dispõe acerca do sistema econômico e assim delimita seu formato².

Nesse sentido, toda atividade econômica deve ser analisada numa perspectiva constitucional, observando não somente os princípios e regras atinentes à ordem econômica e financeira, como também os direitos e garantias fundamentais, os quais são inseparáveis no atual contexto econômico.

As diversas transformações políticas-sociais no que tange a presença do Estado nas políticas públicas e a priorização da garantia e proteção dos direitos individuais, impulsionaram, no século XIX e XX, a atividade do poder legislativo.

Assim, dentre as diversas novas perspectivas tecnológicas e energéticas, o legislador criou um corpo normativo para regulamentar a disposição da fonte energética que mais foi alvo de disputas, conflitos e querelas entre vários Países, qual seja, o petróleo.

No Brasil, o legislativo atualizou a regulamentação da atividade que se referia à titularidade, exploração e produção, refino, transporte, importação e exportação do petróleo e gás natural, além de dispor sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, entre outras.

Para isso, no contexto da nova ordem econômica e como verdadeira consequência da Emenda Constitucional nº 9/95, foi sancionada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, a Lei Federal nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, como forma de dirigir o seguimento estratégico do petróleo, gás natural e biocombustíveis.

A Lei Federal nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) instituiu a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), indicando todas as suas funções e delimitações em tais setores, além de dispor sobre a Política Energética e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, instituindo o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE). Como pode ser observado na Lei em discussão, logo de início ela apresenta princípios que estão em total comunhão com os objetivos e fundamentos

² TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 76.

elencados no Título I da Constituição Federal, evidenciando que a Lei Maior está onipresente³.

Portanto, é a Constituição Federal que deverá nortear o poder normativo das ANP, direcionando-a para o melhor caminho no desenvolvimento da indústria petrolífera no país, bem como a efetivação dos princípios indicativos da ordem econômica.

2.1 A EMENDA Nº 9/95 NA PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No que diz respeito à atividade econômica referente à lavra, produção, refino e transporte do petróleo no contexto da década de 1950, foi instituída, na presença da Constituição Federal de 1946, a Lei Federal nº 2.004 de 3 de outubro de 1953 no intuito de dispor sobre a Política Nacional do Petróleo, bem como as sobre as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, além de tomar outras providências.

Desta forma, de imediato em seu primeiro artigo, esta Lei estabelecia o que hoje é parte do teor do artigo 177 da Constituição Federal de 1988, dispondo a respeito do monopólio da União. Desta forma, desde a promulgação da Lei, a pesquisa, lavra e a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, seriam monopólios da União, constitucionalizando as atividades da indústria do petróleo.

No que se refere à estratégia política nacional à época da instituição da Constituição Federal de 1988, percebe-se que o mercado do petróleo já atingia patamares imensuráveis de pesquisa e exploração no contexto internacional. Empresas buscavam a todo custo identificar novas jazidas e fontes de petróleo, ao passo que a política interna mostrava-se ainda demasiadamente protecionista, mantendo como monopólio federal, atividades petrolíferas cujas proporções estavam sendo subaproveitadas⁴. Por essas circunstâncias, houve a proposta do Poder Executivo da Emenda Constitucional nº 9/95⁵. Por conseguinte, vindo a ser regulamentada pela Lei Federal nº 9.478/97.

³ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 81.

⁴ D'ASSUNÇÃO, Maria. *Comentários à Lei do Petróleo: Lei Federal nº 9.478 de 6-8-1997*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 52.

⁵ Art. 177. §1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. § 2º A lei a que se refere o §1º disporá sobre: I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território

Conforme a referida lei, qualquer empresa nacionalmente constituída – tendo em vista as regras legais pátrias – poderia participar, por sua própria conta e risco, das atividades que antes estariam monopolizadas pela União, através de certames licitatórios, amplamente divulgados, para avaliação da capacidade técnica, além da potencialidade financeira de agentes concessionários futuros. Com isso, o Estado passa a compartilhar com a iniciativa privada, os riscos inerentes à indústria do petróleo⁶.

Em relação a Emenda Constitucional nº 9/95, depreendem-se da leitura da Constituição Federal de 1988 que estas vertem a um determinado norte. Conhecida por norma fundamental basilar para a persecução dos fins de quaisquer outras normas, de início em seu artigo 1º, fica esclarecido como princípio fundamental de toda a ordem nacional vigente, além da cidadania, os valores sociais do trabalho bem como a livre iniciativa individual. Ou seja, a Constituição garante àqueles indivíduos que a ela estão submetidos, a capacidade, como direito, de autonomia de sua atividade, nos limites dos direitos alheios.

Mais adiante, em seu artigo 3º, a Constituição Federal enuncia como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza, princípios estes que jamais poderiam ser confrontados, por serem pilares dos valores constitucionais democráticos. Nesse ínterim, não por acaso a Lei do Petróleo reproduziu os próprios termos do artigo 177 da Constituição Federal. Enuncia o artigo 3º da referida Lei, as atividades que constituem o monopólio da União.

Sendo o tema "monopólio estatal" de interesse direto da análise, não só jurídica, como também econômica, interessante é que se traga o alcance do que o termo "monopólio" pode vir a abranger⁷.

Para isso, o Min. Eros Roberto Grau, na ADI 3.273, expôs⁸ o alcance que tal termo poderia abranger, resguardando, desta forma, a atividade privada sobre as

nacional; II – as condições de contratação; III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

⁶ D'ASSUNÇÃO, Maria. *Comentários à Lei do Petróleo: Lei Federal Nº 9.478 de 6-8-1997*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 53.

⁷ *Ibid.*, p. 153.

⁸ "O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões 'monopólio da propriedade' ou 'monopólio do bem'. [...] A Constituição do Brasil enumera atividades que consubstanciam monopólio da União (art. 177) e os bens que são de sua exclusiva propriedade (art. 20). A existência ou o desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade não ofende a Constituição. O conceito de atividade econômica (enquanto atividade empresarial) prescinde da propriedade dos bens de produção. A

atividades da indústria do Petróleo como verdadeiramente constitucionais, a partir de uma análise conceitual de termos como monopólio e propriedade.

Com a Emenda Constitucional nº 9/95, a União continua sendo a proprietária exclusiva das riquezas do subsolo, ditame este resguardado na própria Lei do Petróleo⁹ e em conformidade com o disposto no artigo 20 da Constituição Federal¹⁰, não tendo sido privatizados quaisquer bens públicos. Tais privatizações atingiram apenas a seara da exploração econômica. O que se pretendeu foi à exploração das atividades econômicas da indústria do petróleo e do gás natural por meio da parceria entre o Estado monopolista e a iniciativa privada, a qual paga os cofres pela atuação nessas atividades¹¹.

Conclui-se, com isso, que tal emenda veio para possibilitar a seara privada explorar as mais diversas atividades econômicas referentes à exploração e pesquisa do petróleo. Dessa forma, tal norma, em respeito aos ditames e principais princípios norteadores da Constituição Federal assim como à Democracia, coaduna em total teor com a ordem constitucional estabelecida em 1988 a partir da aplicação de uma

propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos – distintos regimes – aplicáveis a cada um deles. A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio (art. 177 da CF/1988). A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada. Embora o art. 20, IX, da CF/1988 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas. A EC 9/1995 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais. Os preceitos veiculados pelos § 1º e § 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o § 1º não podem ser chamadas de ‘concessionárias’. Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil”. ADI 3.273 e ADI 3.366, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, julgamento em 16-3-2005, Plenário, DJ de 2-3-2007.

⁹“Art. 3º Pertencem à União os depósitos de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos existentes no território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva.”

¹⁰ “Art. 20. São bens da União: V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; [...] IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo;”

¹¹ D’ASSUNÇÃO, Maria. *Comentários à Lei do Petróleo: Lei Federal Nº 9.478 de 6-8-1997*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 51.

hermenêutica que dê margem a exegese extensiva que abarca o privado dentro das utilidades do monopólio da União.

A partir da publicação da Lei Federal 9.748/1997, estabeleceu-se no Brasil o regime de concessão para a exploração do Petróleo. Ainda, por tal norma ter como base a livre concorrência, rompeu a exclusividade da Petrobras nas atividades de pesquisa e lavra do óleo e gás natural.

Outrossim, nos termos da nominada “Lei do Petróleo”, o Poder Público se fazia presente por meio do Conselho Nacional de Política Energética e da Agência Nacional do Petróleo, a quem competia regular os contratos de concessão¹².

3 A ATIVIDADE DO REFINO NAS DISPOSIÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS

As diversas transformações políticas-sociais no que tange a presença do Estado nas políticas públicas e a priorização da garantia e proteção dos direitos individuais, impulsionaram, no século XIX e XX, a atividade do poder legislativo. Assim, dentre as diversas novas perspectivas tecnológicas e energéticas, o legislador criou um corpo normativo para regulamentar a disposição da fonte energética que mais foi alvo de disputas, conflitos e querelas entre vários Países, qual seja, o petróleo.

No Brasil, o legislativo também atualizou a regulamentação da atividade que se referia à titularidade, exploração e produção, refino, transporte, importação e exportação do petróleo e gás natural, além de dispor sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, entre outras.

3.1 A ATIVIDADE DO REFINO NO CONTEXTO DA LEI DO PETRÓLEO (LEI FEDERAL Nº 9.478/1997)

O Refino está em constante e progressivo desenvolvimento, haja vista sua importância para o universo petrolífero, de modo que, cada vez mais vem tornando-se o principal alvo de empresas privadas em razão da ascensão desta atividade.

A Lei em comento, no intuito de evitar dúvidas quanto à abrangência conceitual dos termos que envolvem o universo petrolífero estabeleceu em seu artigo 6º

¹² DUARTE, Arthur Vieira. *Da Lei do Petróleo à descoberta do Pré-sal: histórico e inovações*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23594/da-lei-do-petroleo-a-descoberta-do-pre-sal-historico-e-inovacoes>>. Acesso em: 1 out. 2012.

as mais diversas definições, dentre elas a de refino ou refinação, como um conjunto de processos destinados a transformar o petróleo em derivados do petróleo, além da definição de processamento de Gás Natural, como sendo o conjunto de operações destinadas a permitir o seu transporte, distribuição e utilização. Ambos abarcados na definição de Indústria do Petróleo¹³.

Portanto, apreendidas tais definições, a Lei em pauta destinou o seu capítulo VI para regulamentar o refino do petróleo e o processamento do gás natural.

O artigo 53 da Lei do Petróleo estabelece que qualquer empresa ou consórcio de empresas, que atenda ao disposto em seu artigo 5º, poderá submeter à ANP proposta, acompanhada do respectivo projeto, para a construção e operação de refinarias e de unidades de processamento, de liquefação, de regaseificação e de estocagem de gás natural, bem como para a ampliação de sua capacidade.

Importa aclarar, a este ponto, que tal artigo teve redação ampliada pela Lei Federal nº 11.909, de 4 de março de 2009, comumente denominada como Lei do Gás Natural. Através desta modificação, buscou-se especificar cada vez mais as peculiaridades e especificidades que a exploração e o processamento do gás natural podem suportar. Desta feita, introduziram-se nesta o artigo 53 da referida Lei, a partir de tal ano, as expressões “liquefação” e “regaseificação”, para que a área de proteção do citado artigo torne-se cada vez mais específica e, conseqüentemente, completa em seus objetivos.

Determinando, assim, os critérios que as empresas deverão seguir para constituir a estrutura de refinação, remonta-se ao artigo 5º, por este estabelecer basicamente que as atividades referentes ao petróleo descritas no artigo 4º da mesma Lei, dentre elas o refino, poderão ser exercidas mediante concessão, contratação ou, no caso especificamente do refino do petróleo, por meio de autorização.

Os ditames estabelecidos no artigo 5º do Estatuto do Petróleo encontram-se fundamentados em alguns dispositivos constitucionais¹⁴, quanto à regulação e

¹³ Art. 6º Para os fins desta Lei e de sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições: XIX – Indústria do Petróleo: conjunto de atividades econômicas relacionadas com a exploração, desenvolvimento, produção, refino, processamento, transporte, importação e exportação de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos e seus derivados.

¹⁴ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; [...] XII – jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: XI – registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.

fiscalização das atividades específicas do artigo 4º da Lei em estudo. Caberá, por consequência disso, à União o papel de fiscalizar e regular tal atividade. O artigo disciplina ainda o regime de partilha de produção¹⁵, buscando, com isso, resguardar a política nacional em suas perspectivas internas de exploração.

Além disso, o citado artigo 53 da Lei em comento, estabelece que a empresa ou consórcio deverá “submeter à ANP proposta”. Como agência reguladora, esta surge nesse contexto para efetivar a atividade petrolífera no contexto de autorização e fiscalização competentes à União. Deverá, neste contexto, estabelecer “os requisitos técnicos, econômicos e jurídicos” (Art. 53, §1º) a serem perseguidos por aqueles que estão submetendo projeto de refinaria, salientando-se sempre a relevante e contemporânea importância com a proteção ambiental e a segurança industrial e das populações¹⁶, sempre em observância também aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade estabelecidos na ordem jurídica, bem como aos princípios estabelecidos em lei específica.

Mais adiante, estabelece o artigo 53, §2º que, atendido tudo aquilo que fora disposto no parágrafo anterior, a ANP outorgará a autorização a que se refere o inciso V do artigo 8º¹⁷. Clara está a necessidade de haver uma autorização por parte desta Agência. A autorização constitui ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público, o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seria legalmente proibido¹⁸.

Nesta mesma senda, é a ANP o agente legalmente habilitado para emitir autorizações para todas as demais atividades da indústria do petróleo que não são objeto de contrato de concessão, delimitando assim, a área de abrangência da ANP quanto à necessidade e prática de autorizações. Exemplificativamente,¹⁹ traz a portaria 170 da

¹⁵ Art. 5º As atividades econômicas de que trata o art. 4º desta Lei serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão, autorização ou contratação sob o regime de partilha de produção, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.

¹⁶ D’ASSUNÇÃO, Maria. *Comentários à Lei do Petróleo: Lei Federal Nº 9.478 de 6-8-1997*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 267.

¹⁷ 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: “V-autorizar a prática das atividades de refinação, liquefação, regaseificação, carregamento, processamento, tratamento, transporte, estocagem e acondicionamento”.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 211.

¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos. *As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da ANP*. Revista de Direito da Associações dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002, p. 46-49.

ANP, especificamente o artigo 15, estabelece hipóteses taxativas de revogação da autorização para a construção, ampliação e operação de instalações do petróleo.

Atendo-se a este momento, à prática da transferência da autorização, declara a Lei em análise, em seu artigo 54, que é permitida a transferência da titularidade da autorização, mediante prévia e expressa aprovação pela ANP, desde que o novo titular satisfaça os requisitos expressos no §1º do artigo anterior.

A transferência diz respeito a um ato condicionado, porque depende da concordância prévia e expressa da ANP, que verificará e atestará se a nova empresa atende a todos os requisitos estabelecidos na Portaria da ANP nº 28/99, prestados com antecedência²⁰.

Ficou, finalmente, no prazo de cento e oitenta dias a partir da publicação da Lei do Petróleo, incumbida a ANP de expedir as autorizações relativas às refinarias e unidades de processamento de gás natural existentes, ratificando sua titularidade e seus direitos. Devendo também estar em obediência ao disposto no artigo 53 quanto à transferência da titularidade e à ampliação da capacidade das instalações. Garantindo com isso, o direito adquirido e perseguindo os fins do princípio constitucional da irretroatividade das leis, para que fique resguardado o direito que fora estabelecido ao seu tempo²¹.

3.3 PRINCIPAIS PORTARIAS E RESOLUÇÕES RELACIONADAS AO REFINO DO PETRÓLEO

Constituindo-se de atos administrativos de autoridade pública, tais portarias compõem-se de ordens, instruções acerca de leis ou regulamentos, a fim de esclarecer ou informar sobre atos ou eventos realizados internamente em órgão público.

Desta forma, quanto às portarias expedidas para efetivar as atividades e finalidades estabelecidas em lei pela ANP, algumas delas demonstram fundamental importância para que seja realmente entendida a função de tal Agência como reguladora e fiscalizadora da atividade do refino do petróleo especificamente.

A Portaria nº 28, de 5 de fevereiro de 1999 buscou estabelecer a regulamentação para o exercício das atividades de construção, ampliação de capacidade

²⁰ D'ASSUNÇÃO, Maria. *Comentários à Lei do Petróleo: Lei Federal nº 9.478 de 6-8-1997*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 271.

²¹ *Ibid.*, p. 272.

e operação de refinarias e de unidades de processamento de gás natural, e o Regulamento Técnico ANP nº 001/99, que regulamentou complementarmente as obrigações atinentes às demais instalações que circundam os limites da refinaria.

Tal Portaria nº 28 fora revogada pelas Resoluções nº 16 e 17 da ANP, datadas de 10 de junho de 2010 e 11 de junho de 2010, respectivamente. Estas apresentam como fundamental intuito, estabelecer os requisitos técnicos, econômicos, jurídicos a serem atendidos pelas requerentes perquirindo tanto a respeito da autorização para a construção, modificação, ampliação de Capacidade e Operação de Refinarias de Petróleo e das estruturas de processamento do gás natural, bem como as exigências de projeto quanto à proteção ambiental e à segurança industrial e das populações.

Resguardam assim, tais resoluções, direitos próprios a todos e indiscutivelmente de extrema importância para as necessidades protetivas e repressivas da ANP quanto à atividade do refino.

Outra Portaria de destaque é a de nº 119 que fora instituída aos 15 de julho de 1999. Nesta, ficou estabelecido que as refinarias produtoras ficariam obrigadas a enviar mensalmente à ANP relatórios de qualidade, com os resultados das determinações laboratoriais referentes aos seus produtos obtidos²².

Finalmente, importa comentar sobre a Portaria nº 3, de 10 de janeiro de 2003, que estabelecia o procedimento para comunicação de incidentes, a ser adotado pelos concessionários e empresas autorizadas pela ANP a exercer as atividades de exploração, produção, refino, processamento, armazenamento, transporte e distribuição de petróleo, seus derivados e gás natural, biodiesel. Contudo, esta fora revogada pela Resolução nº 44 de 23 de dezembro de 2009, que procurou dar uma tutela quanto às mesmas necessidades, mas muito mais protetiva quanto ao meio e bem comum ambiental.

Diante de todo o exposto é inevitável à constatação que a ANP, legalmente, desempenha influência imprescindível na indústria do petróleo e, especificamente, no tocante a atividade de refino nacional. Assim, mediante tamanho poder, se faz necessário direcionar posicionamento crítico mediante tal agência a fim de atestar a veracidade com que vem exercendo sua função e, por conseguinte, verificar se a ANP vem desempenhando seu papel a luz do que determina a Constituição.

²² D'ASSUNÇÃO, Maria. *Comentários à Lei do Petróleo: Lei Federal nº 9.478 de 6-8-1997*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 272.

4 DISSONÂNCIA ENTRE O MODELO CONSTITUCIONAL ADOTADO E A ATIVIDADE DESEMPENHADA PELA ANP

Inaugurando nova dinâmica de intervenção estatal na economia, teoricamente, as agências reguladoras foram criadas para assumir o papel de regular o mercado econômico de maneira técnica²³. Desse modo, consideradas como autarquias especiais, são dotadas de autonomia para exercerem suas funções sem que sofram influências políticas e partidárias da administração direta.

Contudo, o que concebe a teoria não é bem aquilo que ocorre na prática. Em razão disso, o funcionamento das agências reguladoras no Brasil é alvo de inúmeras críticas por apresentarem quantidade significativa de problemas pertinentes, de uma forma geral, a todas elas. A ANP não excede a regra, sendo, em verdade, umas das situações mais preocupantes por tratar de importante parcela do mercado nacional, qual seja, a indústria do petróleo.

Nesse sentido, questões como a não operação sob um apropriado marco regulatório, o exercício de atividade política, ou ainda, por terem seus chefes instituídos por delegação legislativa, são alguns dos exemplos das dissonâncias verificadas. Desse modo, busca-se demonstrar o cenário fático das atividades de tais agências no Brasil lançando sobre elas um olhar crítico e a fim de saber se, realmente, a ANP vem desempenhando sua função devidamente.

Os problemas verificados estão umbilicalmente interligados de modo que, como se fosse um ciclo, a existência de um ocasiona o desencadeamento e intensificação do outro, comprometendo, assim, o exercício das funções cabíveis às agências reguladoras e, ao que nos parece, da própria legitimidade de tais entes administrativos.

Nessa senda, uma das celeumas verificadas diz respeito à inexistência de um marco regulatório capaz de nortear e concretizar os poderes conferidos às agências reguladoras. De tal modo, o fato de a ANP constituir uma autarquia com regime especial pressupõe que, em tese, tal ente desempenha funções típicas do Estado,

²³ ORDOÑEZ, Yssela Bellido. *Desafios que enfrenta a ANP para regular a indústria de petróleo no Brasil depois da quebra do monopólio em 1997 até o ano de 2005*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3387/Yssela.pdf?sequence=1>> Acesso em: 26 out. 2013, p. 35.

norteando-se assim por prerrogativas inerentes ao regime jurídico da Administração Pública Direta²⁴.

Porém, um exame do percurso das agências nacionais ao longo dos anos permite constatar que inexiste no nosso ordenamento definição jurídica e institucional sobre as agências reguladoras capaz de disciplinar, eficazmente, tal atividade estatal.

Assim, embora a proposta das agências reguladoras tenha sido fruto do governo liberal, ainda assim, nem mesmo à época da criação das agências o próprio governo de Fernando Henrique Cardoso tinha certeza sobre o modelo a ser estabelecido de modo que não deixou claramente definido os parâmetros normativos, inexistentes até os dias de hoje²⁵.

No governo Lula a situação não mudou, opostamente, por acreditar que as agências possuíam autonomia demasiada, a conjuntura legal das agências reguladoras passou por intenso período de instabilidade mediante diversas tentativas de implementação de marco regulatório influenciadas pela diretriz política de tal governo.

Nesse contexto, no Brasil, as agências reguladoras são desprovidas de um legítimo regime regulatório amplo, que defina com clareza a estrutura jurídica e institucional da liberdade conferida aos entes regulatórios, ficando essas vinculadas pelas determinações feitas pelos Ministérios ao qual estão ligadas ou pela burocracia interna de cada uma.

O fato das unidades regulatórias agirem independentemente de um padrão de referência provocam consequências desastrosas no tocante ao exercício de sua função, o que nos leva a concluir que essa se trata da principal causa que gera e agrava a existência de outros problemas que culminam na vulnerabilidade das próprias instituições reguladoras.

Por conseguinte, a ausência de parâmetro normativo definindo seus limites de atuação, acaba por não permitir que as agências reguladoras possuam autonomia suficientemente para exercer a regulação. Assim, constata-se que elas acabam por

²⁴ ORDOÑEZ, Yssela Bellido. *Desafios que enfrenta a ANP para regular a indústria de petróleo no Brasil depois da quebra do monopólio em 1997 até o ano de 2005*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3387/Yssela.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 out. 2013, p. 62.

²⁵ NUNES, Edson; RIBEIRO, Leandro Molhano; PEIXOTO, Vitor. *Agências Reguladoras no Brasil: Documento de Trabalho n.º 65*. Disponível em: <http://www.observatoriouniversitario.org.br/documentos_de_trabalho/documentos_de_trabalho_65.pdf>. Acesso em: 22 out. 2013, p. 10.

evadir-se das suas verdadeiras funções chegando a desempenhar funções que excedam seu campo de responsabilidade, v.g., atividade política.

O exercício de atividade política trata-se do principal alvo das críticas que circundam as agências reguladoras. Isto, pois, vê-se afigurado uma situação em que o agente que deveria exercer função técnica e apolítica, promovendo ajustes na livre concorrência do mercado do petróleo, opostamente, vem inclinando seu âmbito de atuação para respeitar inclinações políticas e o, pior, muitas vezes partidária.

Essa prática tomou fôlego no governo Lula, no qual a política paternalista não viabilizou o exercício da autonomia para a atuação das agências e inibiu a possibilidade de cumprimento das suas funções estabelecidas ao instigar a politização na tomada de decisões.

Na verdade, a história do petróleo no Brasil demonstra que o Estado sempre desempenhou papel marcante na tentativa de regulamentar o setor²⁶, contudo, ao interferir de tal modo, acaba por desnaturar o instituto em questão, concebendo na verdade mais um braço de atuação da administração direta.

A interferência política nas agências reguladoras consiste em uma verdadeira afronta ao que realmente propõem tais instituições, haja vista que tolhem, precipuamente, a prerrogativa de serem independentes a fim de promover que tanto o governo como entes privados exerçam seus papéis na economia à luz da Constituição Federal.

Com isso, encontra-se diante de circunstância que agrava a fragilidade das agências reguladoras já constatada pela ausência de adequado corpo normativo pois, a carência de norma definidora do modelo de atuação de tais empresas juntamente com a influência incisiva exercida pelos os governos origina a seguinte situação: a cada mudança governamental, as agências reguladoras adotam postura diferente promovendo uma verdadeira insegurança na atuação de tal órgão, bem como, instabilidade no mercado nacional.

Ademais, algo que corrobora com o supramencionado viabilizando a influência política do governo nas atividades das agências reguladoras, é o fato de que os dirigentes das agências reguladoras são indicados pelo Presidente da República e,

²⁶ ORDOÑEZ, Yssela Bellido. *Desafios que enfrenta a ANP para regular a indústria de petróleo no Brasil depois da quebra do monopólio em 1997 até o ano de 2005*, p. 8. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3387/Yssela.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 out. 2013.

após aprovação do Senado Federal, não podem ser exonerados pelo mesmo por mera discricionariedade, tendo em vista que os aqueles exercem mandato fixo, a prazo certo e só podem ser destituídos por processo administrativo disciplinar.

Sendo assim, considera-se que tal modelo de indicação do dirigente, frise-se, daquele que toma a última decisão nas agências reguladoras, pode induzi-lo a laborar em prol da conveniência dos poder executivo, haja vista que permite que o presidente só indique pessoa que seja filiada ao seu governo e que, logo, trabalhe para favorecer sua política governamental.

Assim, dá-se margem para pessoas que, por vezes, sem o necessário conhecimento técnico possam vir a presidir um órgão de extrema relevância, principalmente, quando se trata da ANP, focadas apenas em ser mais um braço do governo e, conseqüentemente, promovendo uma séria afronta à democracia, bem como intensificando a cultura corruptiva do país.

Desta forma, não restam dúvidas que o perfil assumido pelas agências reguladoras nacionais não condiz com a real proposta impressa na teorização de tais órgãos. O Brasil foi perfilhando um caminho que desnatura o instituto e concebeu um modelo, precipuamente, frágil e ineficaz em regular, no caso da ANP, o mercado nacional do petróleo. Assim, diante da importância do papel que as agências reguladoras possuem, é imperioso que haja uma reformulação na dinâmica de atuação de tais órgãos.

Nesse pórtico, a primeira medida a ser tomada seria conceber um marco regulatório capaz de nortear as agências reguladoras demonstrando com clareza a limitação da competência e estruturação do modo de atuação, bem como, uma nova forma de escolha de seus dirigentes²⁷.

É certo que o legislativo já vem buscando solucionar essa qualidade deficitária normativa quanto às salvaguardas que as agências reguladoras necessitam para estruturarem-se. Ato demonstrativo dessa incipiente, mas ainda assim presente preocupação, é a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 81/03, que tramita no Senado Federal. Basicamente, esta viria a acrescentar o artigo 174-A, além do já

²⁷ ORDOÑEZ, Yssela Bellido. *Desafios que enfrenta a ANP para regular a indústria de petróleo no Brasil depois da quebra do monopólio em 1997 ate o ano de 2005*, p. 54. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3387/Yssela.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 out. 2013.

presente artigo 174 da Constituição Federal, que busca estabelecer as tarefas do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Buscando acrescentar à Constituição Federal os princípios da atividade regulatória, dar-se-ia a estas normas um patamar constitucional para atuarem mais diretamente na persecução de seus devidos fins. Resta saber, contudo, até que ponto a Constituição Federal não estaria sendo prolixa ou por vezes repetitiva em seus ordenamentos, além do fato de que a Proposta de Emenda Constitucional, por demais abrangente em seus termos, acabaria por apenas reiterar a necessidade normativa regulatória.

Deste modo, através desta Emenda Constitucional, de outro instrumento normativo ou de uma incisiva regulamentação específica a cada agência reguladora, se permitiria consolidar a autonomia de tais órgãos e, assim, destituí-los de qualquer influência política do Poder Executivo agindo de maneira neutra e eficaz na perquirição de seus objetivos, qual seja, fomentar o desenvolvimento do setor econômico a partir daquilo que determina a Constituição Federal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício de atividade econômica de forma direta pelo Estado de maneira intervencionista e controladora compromete a estrutura econômica nacional. Desse modo, sobre o auspício da Emenda Constitucional nº 9, o Estado, flexibilizou a economia e, assim, adotou postura abstencionista depositando no setor privado maior liberdade de ação na economia.

É nesse cenário que surgem as agências reguladoras, tratando-se de ente estatal com autonomia administrativa e política capaz de fiscalizar o exercício da atividade econômica de determinado setor e, assim, harmonizar os interesses de todos os investidores da dinâmica econômica, seja o Estado, o setor privado ou os cidadãos.

Nesse sentido, o presente trabalho se debruçou sobre o papel da ANP, agência reguladora responsável por um setor da economia extremamente importante, não apenas pela potência econômica como também pelo caráter estratégico: o petróleo. Do mesmo modo, procurou direcionar especial atenção ao que se insere na atividade do refino do petróleo e, para tanto, considerou pertinente trazer ao debate jurídico a visão não só econômica como também constitucional concernente a ANP frente ao refino nacional.

Para tanto, é importante demonstrar as disposições legais que fundamentam a atividade econômica referente ao refino do petróleo. No âmbito constitucional, a atividade do refino encontrou respaldo na Emenda Constitucional nº 9 que flexibilizou a economia, bem como pelos artigos 21, XI; 177, § 2º, III e 174 ao prever a atuação do Estado como agente regulador.

Na seara infraconstitucional relevante se fez explanar o que determina a Lei do Petróleo (Lei Federal nº 9.478/97) em relação a atividade do refino. Desse modo, analisou-se brevemente os artigos atinentes ao refino, onde pode constatar o protagonismo legalmente conferido à ANP no sentido de regular tal importante dimensão da indústria do petróleo, alvo de interesse do setor privado mediante a sua ascensão mercadológica.

Importante também investir na análise do poder de normatização realizada pela a ANP, em razão disso foi que se buscou evidenciar algumas portarias emitidas por tal agência a fim de esclarecer ou informar sobre a atividade fiscalizadora. Assim, diante de todo respaldo normativo, pode-se concluir que, teoricamente, a ANP desempenha sua função com autonomia possuindo bastante poder na indústria do petróleo.

Contudo, não podemos nos manter inerte ao que dispõe a letra fria da lei, sendo imprescindível conhecer a realidade fática do exercício da atividade da ANP e lançar sobre ela um olhar crítico. Desse modo, em análise a conjuntura do papel da ANP em nossa sociedade, pode-se verificar que as agências reguladoras nacionais, de uma forma geral, possuem problemas ontológicos que comprometem o desempenho de suas funções legitimamente.

Os problemas encontrados são interligados de maneira que um decorre do outro, um promove a intensificação do outro. Um deles consiste na ausência de um marco regulatório delimitador da competência das agências reguladoras, haja vista que apenas existem normas genéricas que deixam margem para a insegurança na atividade de tais agências.

Em decorrência disso, vê-se afigurado outra grande querela, qual seja a inclinação política que as agências reguladoras assumem no Brasil sempre no sentido de agir na direção que convém ao governo, porquanto, promove uma desnaturação da verdadeira função que possui a agência reguladora de promover fiscalização técnica e apolítica do mercado de maneira a favorecer, tão somente, a economia de maneira harmônica ao que dispõe a Constituição.

Portanto, cumpre-nos observar que o exercício da função fiscalizadora pela a ANP – como pela as outras agências reguladoras – encontra-se destoante aos preceitos democratizantes trazidos pela Constituição, isto, pois, não vem sendo capaz de concretizar os direitos constitucionais atinentes à política econômica e, por conseguinte, os direitos fundamentais inerentes a tal conjectura.

Assim, o refino, setor essencial para se chegar à autossuficiência petrolífera, precisa estar envolvido pelo manto protetor da Constituição, fazendo-se necessário regulamentar e direcionar juridicamente o exercício do poder normativo da ANP, a fim de que os preceitos constitucionais – principalmente aqueles referentes à ordem econômica – não sejam desrespeitados, mas cada vez mais preservados e vivenciados por aqueles que fazem parte da conjuntura econômica do nosso país, afinal, o direito fundamental ao desenvolvimento só será concretizado, se a nossa Constituição estiver sendo aplicada.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. *As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da ANP*. Revista de Direito da Associações dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002.

BUCHÉB, José Alberto. *Direito do Petróleo: A Regulação das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

D'ASSUNÇÃO, Maria. *Comentários à Lei do Petróleo: Lei Federal nº 9.478 de 6-8-1997*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

DUARTE, Arthur Vieira. *Da Lei do Petróleo à descoberta do Pré-sal: histórico e inovações*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23594/da-lei-do-petroleo-a-descoberta-do-pre-sal-historico-e-inovacoes>>. Acesso em: 1 out. 2013.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeo. *Lições de Direito Econômico*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico Esquematizado*. 1. ed. São Paulo: Método, 2011.

NUNES, Edson; RIBEIRO, Leandro Molhano; PEIXOTO, Vitor. *Agências Reguladoras no Brasil*: Documento de Trabalho nº. 65. Disponível em: <http://www.observatoriouniversitario.org.br/documentos_de_trabalho/documentos_de_trabalho_65.pdf>. Acesso em: 22 out. 2013.

ORDOÑEZ, Yssela Bellido. *Desafios que enfrenta a ANP para regular a indústria de petróleo no Brasil depois da quebra do monopólio em 1997 ate o ano de 2005*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3387/Yssela.pdf?sequence=1>> Acesso em: 26 out. 2013.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.