

Rio de Janeiro, 15 de março de 2021.

À
Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP

Ref.: Contribuição Complementar à Consulta e Audiência Públicas nº 01/2021 –
Participação Social.

Prezados,

Antes de adentrar no mérito da proposição é importante tecer alguns esclarecimentos acerca do poder normativo e regulador exercido pelas Agências Reguladoras.

Primeiramente, releva distinguir o poder regulatório do poder regulamentar. As Agências Reguladoras, cumprindo o seu papel regulador, editam atos normativos gerais e abstratos, intrinsecamente ligados à finalidade econômica e técnica, de observância obrigatória para aqueles que estão inseridos na sua órbita de regulação.

Deve-se considerar que tal atuação está limitada aos ditames da lei, cabendo ao legislador ordinário a edição de atos legislativos fixando os parâmetros gerais, ao passo que às agências, em razão da especificidade da matéria, cabe a edição de normativos técnicos, mas respeitando os limites da lei. Veja exposição do posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho¹:

*“O problema, todavia, derivado de tal carga de amplitude normativa, rende ensejo ao exame, pelos intérpretes e aplicadores da lei, e até mesmo aos destinatários, dos limites em que a regulamentação pode ser processada. Ainda que dotada de grande amplitude, a regulamentação feita pelas agências – como, de resto, ocorre com qualquer ato de regulamentação – terá que adequar-se aos parâmetros da respectiva lei permissiva. Afinal, é de ter-se em conta que a delegação legislativa não é ilimitada, mas, ao contrário, subjacentes a normas e princípios estabelecidos na lei. **Trata-se,***

¹ CARVALHO FILHO, 2006, p.10. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/jose-dos-santos-carvalho-filho/agencias-reguladoras-e-poder-normativo>. Acesso em 15.03.2021.

como bem acentuou LUIZ ROBERTO BARROSO, do que se denomina de “delegação com parâmetros” (“delegation with standards”), através da qual ao Poder Legislativo cabe fixar as linhas dentro das quais o ato regulamentar deve ser produzido.” (Grifou-se)

Sob tal ótica, reconhecendo a hierarquia das espécies legislativas e as competências fixadas pela Constituição Federal, respaldada pelo art. 177, §2^a, III da Carta Magna, foi criada a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - (“ANP”), por meio da Lei nº 9.478/1997, ficando estabelecido no art. 8º, *caput*², a sua competência para regulação.

No que tange aos processos decisórios da Agência, o art. 19 da Lei nº 9.478/1997 estabelece a obrigatoriedade de realização de audiência pública para a alteração de normas que afetem direitos de agentes econômicos, consumidores e usuários dos serviços regulados pela ANP. Veja-se:

“As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP.” (Grifou-se)

Já a Lei nº 13.848/2019, aplicável à ANP³ e que regula a gestão, organização, processo decisório e controle das Agências Reguladoras, quando trata da adoção e propostas de alteração dos atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços regulados, prevê, de forma prévia, a obrigatoriedade de realização de Consulta Pública (art. 9º), bem como da Análise de Impacto Regulatório – (“AIR”), cujos critérios serão estabelecidos pelos respectivos Regimentos Internos (art. 6º). Cita-se:

“Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários

² 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: (...)

³ Art. 2º Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000:

(...)

II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP);

dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. (Regulamento)

§ 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada.

§ 2º O regimento interno de cada agência disporá sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito.

§ 3º O conselho diretor ou a diretoria colegiada manifestar-se-á, em relação ao relatório de AIR, sobre a adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção, e, quando for o caso, quais os complementos necessários.

§ 4º A manifestação de que trata o § 3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo.

§ 5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão.

(...)

Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

§ 1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora.

§ 2º Ressalvada a exigência de prazo diferente em legislação específica, acordo ou tratado internacional, o período de consulta pública terá início após a publicação do respectivo despacho ou aviso de abertura no Diário

Oficial da União e no sítio da agência na internet, e terá duração mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, ressalvado caso excepcional de urgência e relevância, devidamente motivado.

§ 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, na sede e no respectivo sítio na internet, quando do início da consulta pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico usados como fundamento para as propostas submetidas a consulta pública, ressalvados aqueles de caráter sigiloso.

§ 4º As críticas e as sugestões encaminhadas pelos interessados deverão ser disponibilizadas na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 10 (dez) dias úteis após o término do prazo da consulta pública.

§ 5º O posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública deverá ser disponibilizado na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria.

§ 6º A agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os procedimentos a serem observados nas consultas públicas.

§ 7º Compete ao órgão responsável no Ministério da Economia opinar, quando considerar pertinente, sobre os impactos regulatórios de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidas a consulta pública pela agência reguladora.

Art. 11. A agência reguladora poderá estabelecer, em regimento interno, outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas.” (Grifou-se).

O Regimento Interno da ANP, aprovado por meio da Portaria nº 265/2020, regula o processo normativo, reproduzindo o teor da legislação ordinária, tendo em vista que não possui o condão de inovar no ordenamento, mas apenas tecer os pormenores. Veja-se o dispositivo:

“Art. 29. Os atos normativos da ANP que regulamentam matérias de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos

bens e serviços da indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis, serão expedidos por meio de Resoluções, de competência exclusiva da Diretoria Colegiada, observados os procedimentos de Participação Social obrigatórios pela legislação vigente.

Parágrafo único. Os atos normativos a que se refere o caput deverão ser precedidos de Análise de Impacto Regulatório, exceto nas hipóteses em que se admite a dispensa, nos termos da legislação federal.”

(...)

Art. 36. A participação social no processo regulatório da ANP se dará por meio dos seguintes instrumentos:

I - audiência pública: sessão realizada de forma presencial, semipresencial ou por meio de vídeo conferência, previamente à edição ou alteração de ato normativo que afete os direitos de agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias do petróleo, gás natural e biocombustíveis;

II - consulta pública: período anterior à audiência pública para recebimento de contribuições, por escrito, acerca da edição ou alteração de ato normativo proposto pela ANP que afete os direitos de agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias do petróleo, gás natural e biocombustíveis; e

III - consulta prévia: período para recebimento de contribuições, por escrito, acerca de Nota Técnica de matéria regulatória, com escopo definido, de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários de bens e serviços das indústrias do petróleo, gás natural e biocombustíveis.

Parágrafo único. Os relatórios, súmulas e demais documentos relativos aos instrumentos de participação social descritos neste artigo deverão ser elaborados pela unidade organizacional responsável pela condução do processo.” (Grifou-se)

Nesse sentido, compreendendo o arcabouço legal e regulador que permeia o tema proposto, cabe agora analisar a minuta de Resolução disponibilizada pela Agência e que trata especificamente a respeito da participação social nos processos decisórios da ANP.

Baseado nas premissas apresentadas, nota-se um descompasso com o proposto no § 2º do art. 4º da minuta sob análise. No dispositivo citado a pretensão é possibilitar à

ANP a edição de atos ou a alteração de normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos bens e serviços da indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis, sem a prévia realização de audiência pública, tendo como fundamento o poder geral de cautela. Veja-se:

“Art. 4º A edição ou a alteração de ato normativo de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos bens e serviços da indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis serão necessariamente precedidas de consulta e audiência pública convocada e dirigida pela ANP.”

(...)

§ 2º Com base em seu poder geral de cautela, a ANP poderá editar ato normativo sem a prévia realização de audiência pública, desde que devidamente comprovada a urgência e suprida, quando cabível, a realização da audiência em momento posterior.” (Grifou-se)

Ocorre que a legislação ordinária, fundamento de validade dos atos normativos das agências, não apresenta nenhuma hipótese na qual excepciona a precedência de consulta pública para a edição ou alteração de atos normativos, dispositivo que é reproduzido no Regimento Interno da própria agência. A única hipótese aceita com base no poder cautela é a substituição de AIR por nota técnica ou documento equivalente que fundamente a proposta de edição ou alteração do ato normativo, o que deve ser entendido como excepcional, conforme previsto no Decreto Regulamentador da AIR nº 10.411/2020⁴, indicando obrigatoriamente o problema regulatório que se pretende solucionar e os objetivos aos quais se pretende alcançar.

⁴ Art. 4º A AIR poderá ser dispensada, desde que haja decisão fundamentada do órgão ou da entidade competente, nas hipóteses de:

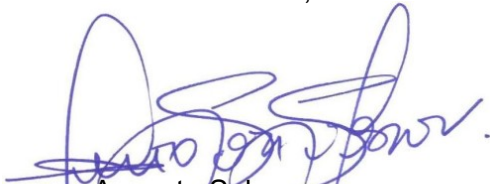
I - urgência;

§ 1º Nas hipóteses de dispensa de AIR, será elaborada nota técnica ou documento equivalente que fundamente a proposta de edição ou de alteração do ato normativo.

§ 2º Na hipótese de dispensa de AIR em razão de urgência, a nota técnica ou o documento equivalente de que trata o § 1º deverá, obrigatoriamente, identificar o problema regulatório que se pretende solucionar e os objetivos que se pretende alcançar, de modo a subsidiar a elaboração da ARR, observado o disposto no art. 12.

Diante disso, admitir que a ANP aprove regulamento com tal teor, sem fundamento de validade na lei, na prática, representará a edição de um regulamento autônomo, não admitido no nosso ordenamento jurídico para estes casos. Ressalte-se que o ato emanado pela ANP não é uma espécie legislativa e não possui validade e legitimidade diretamente na Constituição. No sistema jurídico brasileiro, as Resoluções têm fundamento de validade em lei, razão pela qual deve a agência excluir o § 2º do art. 4º da minuta a ser aprovada, sob pena de ofensa à legislação que permeia o Poder Regulador das agências.

Atenciosamente,



Augusto Salomon
Presidente Executivo