

Alexandre Santos de Aragão

PARECER

**A SEGMENTAÇÃO DAS ATIVIDADES DE
PETRÓLEO, GÁS NATURAL E
BIOCOMBUSTÍVEIS. INJURIDICIDADES DAS
TENTATIVAS DE SUA RELATIVIZAÇÃO.**

**Rio de Janeiro
Outubro de 2018**

SUMÁRIO

I – A CONSULTA.

II – PRINCÍPIO DA SEGMENTAÇÃO DAS ATIVIDADES DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS.

III – RAZÕES JURÍDICO-ECONÔMICAS PARA A SEGMENTAÇÃO DA ATIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO.

IV – GARANTIA DO ABASTECIMENTO NACIONAL DE COMBUSTÍVEIS COMO O VALOR PRIMORDIAL A SER CURADO PELA ANP.

V – VEDAÇÃO AO RETROCESSO.

VI – VÍCIOS DE MOTIVAÇÃO.

VII – AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO.

VIII – CONCLUSÕES.

I – A CONSULTA.

Honra-nos a Associação Nacional das Distribuidoras de Combustíveis, Lubrificantes, Logística e Conveniência – PLURAL com consulta a respeito da juridicidade de propostas constantes da Tomada Pública de Contribuições nº 03/2018 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, disponibilizada em 19/09/2018, que trata, dentre outros temas, do fim da proibição à verticalização no setor, permitindo que o agente de um dos momentos da cadeia econômica possa exercer atividades em outros elos da mesma cadeia.¹

Destacamos, de antemão, que nossas análises são adstritas exclusivamente aos aspectos jurídicos da consulta formulada, sem adentrar naturalmente em aspectos econômicos ou políticos a respeito de políticas econômicas setoriais.

Como grande parte da produção normativa, das tomadas de contribuições e dos esforços recentes da ANP, a proposta ora aventada deita suas origens na paralisação geral de caminhoneiros e empresas de transporte que teve início em 21 de maio de 2018, com profundas implicações na economia do país.

Em razão desse movimento foi elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos - DEE, um dos órgãos que compõem o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE um estudo intitulado “Repensando o Setor de Combustíveis: medidas pró-concorrência”, no qual o Departamento elabora uma série de propostas, que poderiam,

¹ Narra a Consulente que, atualmente, apenas em casos muito específicos e residuais (como os postos-escolas, que podem pertencer a distribuidoras de combustíveis) é permitido que o agente de um elo da cadeia econômica verticalize, ou seja, tenha atividade em outros elos da cadeia, sejam eles a montante ou a jusante.

teoricamente, resultar em um ambiente mais competitivo no setor, não apenas limitadas aos aspectos regulatórios, mas também incluindo questões tributárias e de outras naturezas.

Tal documento, que será citado nos momentos oportunos ao longo deste Parecer, serve de base e fundamentação à TPC nº 3/2018, conforme evidenciado em seus considerandos², tendo ainda sendo constituído um Grupo de Trabalho pela ANP e pelo CADE a fim de estabelecer uma atuação conjunta em defesa da concorrência no setor.

Assim, como fruto dessa atuação conjunta e tendo por base os estudos genéricos do DEE condensadas no documento acima referido ("Repensando o Setor de Combustíveis"), foi aberta pela ANP a Tomada Pública de Contribuições nº 3/2018, dotada do seguinte objetivo:

"Convite ao público para contribuir na análise sobre a verticalização na cadeia de distribuição de combustíveis, devendo ser avaliado, dentre outros:

- vedação da verticalização direta e indireta;
- vedação da comercialização direta de produtores e importadores para revendedores;
- vedação de que os TRRs comercializem outros combustíveis, além de óleo diesel;

² "CONSIDERANDO que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no período da greve dos caminhoneiros apresentou o estudo "Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência" com as seguintes contribuições de caráter regulatório: (i) permitir que produtores de álcool vendam diretamente aos postos; (ii) repensar a proibição de verticalização do setor de varejo de combustíveis; (iii) extinguir a vedação à importação de combustíveis pelas distribuidoras; (iv) fornecer informações aos consumidores do nome do revendedor de combustível, de quantos postos o revendedor possui e a quais outras marcas está associado; (v) aprimorar a disponibilidade de informação sobre a comercialização de combustíveis para o aperfeiçoamento da inteligência na repressão à conduta colusiva."

- manutenção da obrigatoriedade de que os TRRs comprem diretamente de distribuidores;
- manutenção das limitações de comercialização para distribuidores e TRRs no que se refere aos pontos de abastecimento nos termos da Resolução ANP nº 34, de 1º de novembro de 2007.” (GRIFAMOS)

Tomando sempre por base as informações fornecidas pela Consultante, iniciaremos nosso percurso realizando uma análise sistemática das normas constitucionais e infraconstitucionais que estruturam o setor, das quais, como se verá, é extraível o princípio da segmentação das atividades da cadeia econômica do petróleo.

No Tópico III, por outro lado, estudaremos as principais razões jurídico-econômicas pelas quais, à luz do atual arcabouço regulatório e fático, se deve favorecer a segmentação das atividades de uma cadeia econômica em detrimento da irrestrita verticalização.

Indo adiante, no tópico seguinte veremos que a garantia do abastecimento nacional é o valor primordial a ser curado pela ANP e como ela se relaciona com as vedações atualmente vigentes de verticalização das atividades do setor.

No Tópico V, trabalharemos com as premissas estabelecidas nos tópicos anteriores para focar na incidência concreta do princípio da vedação ao retrocesso diante da hipótese aventada.

Em seguida, no Tópico VI analisaremos vício de motivação contido no Aviso de TPC nº 3/2018, cujo estudo que lhe serve de lastro principal não endossa a adoção das medidas pretendidas sem que sejam necessários

maiores aprofundamentos, e, por fim, interligado com o anterior, trataremos no Tópico VII a respeito da necessidade de prévia análise de impacto regulatório antes de se propor a medida cogitada.

Sigamos.

II – PRINCÍPIO DA SEGMENTAÇÃO DAS ATIVIDADES DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS.

Nesse tópico vestibular analisaremos como a proposta aventada pela TPC nº 3/2018 de pôr fim à proibição de verticalização no setor de combustíveis, que inclui a venda direta de produtores de etanol e derivados direto para postos revendedores, contraria toda estrutura jurídica que a nossa Constituição Federal e a Lei do Petróleo dão para o setor, das quais se pode extrair um verdadeiro princípio da segmentação das atividades da cadeia econômica do petróleo.

O legislador constituinte optou por conferir uma especial atenção à economia do petróleo, sendo esse o setor produtivo mais proficuamente regulado diretamente pela Constituição Federal de 1988.

Especificamente sobre o petróleo, portanto, a Constituição Federal foi pródiga, dispondo sobre: a) a titularidade federal sobre os principais bens envolvidos nesta indústria – os recursos minerais; b) a competência da União para legislar sobre energia e recursos minerais (art. 22, IV e XII); c) a competência dos Estados para prestar os serviços de distribuição de gás canalizado (art. 25, § 2º); d) o monopólio federal sobre as atividades básicas da indústria do petróleo (art. 177); e) as condições da atuação pública e privada no setor (art. 20, § 1º, 176 e 177); e f) a previsão de um órgão

regulador (art. 177, § 2º, III);³ e g) a previsão da ordenação da venda e revenda de combustíveis (art. Art. 238).

O art. 177 – o mais relevante *in casu* – lista, inciso por inciso, de forma distinta, atividades da cadeia econômica do petróleo monopolizadas pela União: a pesquisa; a lavra; o refino do petróleo, nacional ou estrangeiro; a importação; a exportação e o transporte marítimo ou por dutos do petróleo e dos seus derivados.⁴ Já quanto às demais atividades da indústria do petróleo, como o transporte que não seja marítimo ou por dutos, assim como a distribuição e a revenda, estas não constituem monopólios da União, sendo atividades da iniciativa privada, sujeitas, no entanto, à regulação estatal na forma dos arts. 170 e 174 da Constituição Federal.

Também de extrema importância, dispõe o art. 238 da CF/88 que *"a lei ordenará a venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis, respeitados os princípios desta Constituição"*.

Percebe-se, com isso, uma preocupação específica do legislador constituinte em conferir tratamento próprio a cada diferente segmento da cadeia econômica do petróleo, o que constitui importante diretriz a ser

³ *Regime Jurídico do Setor Petrolífero*, p. 386, de Carlos Ari Sundfeld, constante da obra coletiva coordenada pelo próprio, *Direito Administrativo Econômico*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000.

⁴ Art. 177. *Constituem monopólio da União:*

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

observada pelo legislador infraconstitucional e, *a fortiori*, pelo regulador administrativo.

Regulamentando os citados dispositivos constitucionais, foi editada a Lei nº 9.478/97 – a Lei do Petróleo –, que estabeleceu a política energética nacional, disciplinou as atividades da indústria do petróleo tal como definida no seu art. 6º, XIX, criou o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo – ANP, cabendo a esta a implementação da política traçada pelo primeiro (art. 8º, I).

As atividades petrolíferas foram pela Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, "declaradas de utilidade pública. Assim, elas têm o ônus público de deverem ser prestadas em benefício da população, no sentido de que o explorador destas atividades tem alguns ônus para com a população e para com o Estado".⁵

O art. 5º da Lei do Petróleo dispõe que a faculdade conferida pelo art. 177, § 1º, da Constituição Federal, ou seja, a contratação de particulares ou de empresas estatais para a exploração das atividades petrolíferas monopolizadas pela União, se dará mediante concessão ou autorização.

Para cada espécie ou fase das atividades do setor a Lei do Petróleo, seguindo a diretriz constitucional acima mencionada de tratar cada uma das atividades de forma separada, dá uma disciplina distinta.

Assim, tanto por força das previsões constitucionais como da Lei do Petróleo, no setor há sempre que se distinguir: (a) exploração (na qual a

⁵ Maria d'Assunção Costa Menezello, *Introdução ao Direito do Petróleo e Gás*, constante da obra coletiva *Direito Administrativo Econômico*, coordenada por Carlos Ari Sundfeld, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 382.

empresa procura por petróleo em blocos ou áreas pré-delimitadas) e produção (pela qual o petróleo é extraído da jazida);⁶ (b) importação e exportação, sendo que aquela, tal como a produção, concorre para o suprimento interno do produto; (c) refino, processo pelo qual o petróleo deve passar para poder ser utilizado; (d) transporte: para que o petróleo bruto ou seus derivados cheguem aos seus destinos devem ser transportados. "O transporte pode se dar de várias formas. Há os meios fixos, os condutos (o oleoduto e o gasoduto). Há os meios móveis, sendo os navios os principais";⁷ (e) distribuição: para que os derivados do petróleo cheguem aos consumidores deve haver a distribuição dos combustíveis no atacado; e (f) revenda: "os consumidores finais são atingidos pela atividade de revenda de derivados de petróleo",⁸ feita pelos "postos de gasolina".

Apenas as atividades de exploração e produção (letra "a") foram submetidas à concessão, tendo sido exigida para as demais (letras "b" a "f") diferentes e respectivos tipos de autorização.⁹

Esta, em apertada síntese, é a estrutura conferida pela Constituição Federal ao setor econômico do petróleo e cristalizada pela Lei nº 9.478/97,

⁶ Naturalmente que, em relação aos biocombustíveis, a produção se dá de forma diversa, através das usinas produtoras, mas cuja regime jurídico também é tratado segmentadamente.

⁷ Carlos Ari Sundfeld, *Regime Jurídico do Setor Petrolífero*, constante da obra coletiva, coordenada pelo próprio autor, *Direito Administrativo Econômico*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 388.

⁸ Carlos Ari Sundfeld, *Regime Jurídico do Setor Petrolífero*, constante da obra coletiva, coordenada pelo próprio autor, *Direito Administrativo Econômico*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 388.

⁹ "As chamadas atividades *upstream* na produção do petróleo (exploração, desenvolvimento e produção) são sujeitas ao regime de concessão, enquanto as atividades denominadas *downstream* (refinação, processamento, transporte, importação e exportação) submetem-se à sistemática da autorização. Há uma explicação lógica para a diferença de tratamento, já que a autorização supõe sempre uma pluralidade de prestadores para uma mesma atividade, o que é perfeitamente concebível nas atividades *downstream*, ao passo que a concessão representa certo monismo, que é característico das atividades *upstream*" (AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62).

na qual se confere para cada atividade da cadeia econômica um regime jurídico próprio e um título habilitador diferente, sendo constatável um verdadeiro princípio da segmentação das atividades da cadeia econômica do setor.

Com efeito, para cada uma dessas atividades o ordenamento constitucional e legal prevê uma concessão ou uma autorização administrativa específica, com cada uma dessas atividades, segmentadas desde a sua matriz constitucional, possuindo a sua própria concessão ou autorização, distintas entre si. Vale dizer que, para o Constituinte, cada etapa da cadeia do petróleo deve existir – ou seja, não pode ser objeto de total confusão ou tampouco de supressão. De modo que qualquer discussão sobre verticalização que resulte em total confusão de atividades estaria, *a priori*, em colisão com a Constituição Federal.

Consoante afirma RONALD DWORKIN, considerado por muitos o maior pensador de filosofia política e teoria do direito da nossa era, “a prática do Direito é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos específicos ou textos legais, mas de forma geral”, o que, acresceríamos, deflui inclusive da vetusta interpretação sistemática do direito, com uma série de princípio não explícitos sendo extraído do conjunto de regras analisadas.¹⁰

Não é porque a constituição ou a legislação ordinária não enumeram em algum diploma específico expressamente um princípio da segmentação das atividades da cadeia econômica do petróleo que um tal princípio não exsurge do ordenamento, até porque, de um lado, existem diversos

¹⁰ DWORKIN, Ronald. O direito como interpretação. In: *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de; (org.). Ed. Manole, 2010, p. 14.

princípios que não possuem uma consagração textual expressa – chamados princípios implícitos, como o próprio princípio da proporcionalidade, para ficar com o exemplo de um dos princípios mais reverenciados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; e, de outro, não existe uma perfeita correlação entre textos normativos e o conteúdo da norma em si.¹¹

Nesse particular, leciona LUÍS ROBERTO BARROSO que “dispositivo é um fragmento de legislação, uma parcela de um documento normativo. Pode ser o *caput* de um artigo, um inciso, um parágrafo. Por vezes, um dispositivo trará em si uma norma completa. (...) Em outras situações, ele precisará ser conjugado com um ou mais dispositivos para que venham a produzir uma norma. (...) Há hipóteses, ainda, em que **uma norma pode existir sem que haja qualquer dispositivo expresse que a institua. É o caso de diversos princípios** constitucionais, como o da razoabilidade e o da proteção da confiança, **que não são explicitados no texto da Constituição. Portanto, dispositivo não é o mesmo que norma**”.¹²

¹¹ Referimo-nos à norma dentro da concepção da Teoria do Direito que se sagrou vitoriosa na contemporaneidade, como gênero que comporta as espécies princípios e regras. Para maiores aprofundamentos, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, p. 353 e seguintes. “Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional de subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese de conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá ocorrer mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato”.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 228-229, grifamos.

Na mesma senda, HUMBERTO ÁVILA, em sua obra *Teoria dos Princípios*, aduz que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os **sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos**. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.¹³

Segundo o autor, hipóteses há em que “há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma. Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade chega-se ao princípio da segurança jurídica. Dessa forma, **pode haver mais de um dispositivo e ser construída uma só norma**”.¹⁴ É justamente esse o caso do princípio da segmentação das atividades da cadeia econômica do petróleo, que decorre dos artigos 176, 177 e 238 da CF/88, tendo sido densificado pela estrutura conferida ao setor pela Lei do Petróleo.

Semelhantemente DANIEL SARMENTO e CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO explicam que “o texto é algo que se interpreta; a norma é o produto da interpretação, que, além do texto, deve considerar toda uma gama de outros elementos, dentre os quais o âmbito da realidade social sobre o qual a norma incide. (...) Pode existir norma constitucional sem texto correspondente – caso das normas implícitas. Também por isso, muitas vezes é possível extrair várias normas constitucionais de um único dispositivo. (...) Mas, por outro lado, há hipóteses em que uma única norma é obtida com a conjugação de diversos dispositivos constitucionais diferentes. Para se chegar à norma constitucional que vincula o mandato dos deputados federais aos seus partidos, o TSE e o STF tiveram que

¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 50, grifamos.

¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 51, grifamos.

conjugar vários preceitos constitucionais, como os contidos nos arts. 14, §3º, 17, *caput* e §2º, e 45 da Constituição Federal".¹⁵

Assim é que, no caso concreto, a partir de uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais que regulam a matéria do direito do petróleo (texto dos diversos dispositivos acima elencados), extrai-se o princípio da segmentação das atividades da cadeia econômica do petróleo (norma), significando a impossibilidade de total confusão ou supressão da segmentação entre cada uma dessas atividades e seus agentes, com cada uma delas recebendo tratamento jurídico específico, horizontal.

Conjugando as normas constitucionais com o que estabelece a Lei do Petróleo, há um detalhamento do princípio da segmentação, com um regime e um título habilitante diferenciado para cada uma das atividades. **Ao exigir uma concessão ou uma espécie de autorização para cada uma das diferentes atividades do setor, a Lei do Petróleo pressupõe requisitos e características próprias para cada uma das atividades. Permitir a verticalização irrestrita seria tornar todas essas autorizações fungíveis entre si, tornando iníquos os requisitos de cada uma delas.** Por exemplo, determinado agente distribuidor de combustíveis, cumprindo os requisitos para a distribuição, poderia passar livremente a também importar os combustíveis sem cumprir os requisitos exigidos para a edição da autorização administrativa própria dessa atividade. Pense-se, ainda, em um revendedor que, sem atender aos requisitos regulatórios exigidos para a obtenção da autorização para o exercício da atividade de distribuição, passa a adquirir diretamente da refinaria – o que equivale, *mutatis mutandis*, a dizer que a refinaria, na venda direta, passa a ser de fato também distribuidora sem possuir a respectiva autorização.

¹⁵ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 362.

Uma nota também merece o fato de que, como conceitual e intrinsecamente se caracteriza qualquer princípio ou valor jurídico, a segmentação das atividades de óleo e gás também pode ser mitigada e relativizada, material ou temporalmente, mediante os devidos estudos, por outros princípios e valores da mesma hierarquia que estejam em eventual colisão.

Em suma, todo o tratamento conferido pela Constituição e pela legislação ordinária ao setor do petróleo, gás natural e biocombustíveis pressupõe um regime jurídico e um título habilitante específico para cada segmento da cadeia produtiva, devendo ser considerada contrária ao ordenamento a proposta de permeabilização entre eles trazida pela TPC nº 3/2018.

Conforme passamos a ver no próximo tópico, tal segmentação das atividades do setor não constitui mera decisão do legislador sem esteio na realidade, possuindo, ao revés, imperativos técnicos e econômicos para tanto.

Sendo o foco primordial da Consultante a atividade de distribuição de combustíveis, a análise desses aspectos sobre ela se focará, sem prejuízo de sua aplicabilidade em tese também às outras atividades do setor, mas cujo tratamento específico delongaria por demasiado e seria despiciendo para o seu mister principal.



III – RAZÕES JURÍDICO-ECONÔMICAS PARA A SEGMENTAÇÃO DA ATIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO.

Distinguem-se no Direito Econômico, grosso modo, integração vertical e concentração horizontal: enquanto a primeira significa a atuação de um mesmo agente econômico em mais de um segmento da cadeia econômica,¹⁶ a segunda representa exatamente o oposto, a atuação competitiva entre os agentes econômicos restrita a cada atividade que compõe o elo.

Expondo as eventuais vantagens e desvantagens da integração vertical, LUIS MAXIMINO OTERO MONTES explana que "a estratégia de integração vertical pode representar **diversas vantagens estratégicas**, como a diminuição de custos intermediários e a eliminação de riscos associados a variações de preços de insumos e pressões exercidas por fornecedores. A verticalização também permite a alavancagem de atividades menos rentáveis integrantes da cadeia produtiva e, assim, possibilita o desenvolvimento da indústria como um todo.

Por outro lado, tal integração vertical (sobretudo envolvendo agentes dominantes e na presença de falhas de mercado) pode acarretar em **entraves** à entrada e desenvolvimento de novos *players* em uma indústria, problemas na coordenação do funcionamento do setor e no compartilhamento da infraestrutura existente (como inviabilizar a implementação de uma política de livre acesso, por exemplo. Regula-se muitas vezes apenas os elos da cadeia sujeitos a falhas de mercado para que, nos demais segmentos, exista a livre competição.

¹⁶ Não se confunde ela também, todavia, com as relações verticais, ou seja, com o relacionamento decorrente de contrato livremente celebrado entre agentes a montante e a jusante.

Na doutrina estrangeira, DARRYL BIGGAR ressalta que “muitas das potenciais eficiências em custos podem ser pelo menos parcialmente exploradas por meio de arranjos contratuais entre firmas separadas. Uma compreensão dos custos de separação, portanto, requer uma comparação entre os custos de eficiência atingíveis por meio da integração *versus* aquelas que podem ser atingidas por meio de arranjos contratuais”.¹⁷

Assim é que, de maneira geral, a doutrina especializada em direito concorrencial vê a necessidade de redobrada cautela por parte do Poder Público para, em cada caso e a depender das condições estruturais e conjunturais de cada mercado, ponderar os efeitos positivos e negativos da integração. Nesse sentido, a imediata supressão das restrições que atualmente limitam a possibilidade de integrações verticais no mercado de combustíveis, para ser regulatoriamente superada, deve exigir uma profunda análise de custos-benefícios embasada em estudos específicos para o setor, o que não foi feito no caso concreto.

Como regra, os potenciais benefícios advindos da integração vertical de agentes econômicos, com potencial redução de custos intermediários e eliminação de riscos associados, não apenas não compensam os altos riscos anti-concorrenciais desse modelo como podem ser obtidos através de arranjos contratuais entre os *players* de diferentes segmentos, algo que pode ser, inclusive, estimulado ou facilitado através da regulação.

No que diz respeito especificamente ao setor de combustíveis, para além dos apontamentos concorrenciais acima expostos, a obrigatoriedade

¹⁷ BIGGAR, Darryl. When should regulated companies be vertically separated? In LAUDATI, Laraine; AMATO, Giuliano (ed.). *The anticompetitive impact of regulation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 178.

da existência em separado de um elo específico para a atividade de distribuição também traz consigo uma série de benefícios associados, dentre os quais:

- (i) Facilitação do controle/fiscalização e do processo de responsabilização no setor: a existência necessária de um elo intermediário na cadeia (justamente entre a produção dos combustíveis e a sua revenda varejista), com uma quantidade relativamente pequena de *players*, é um facilitador do exercício da fiscalização setorial pela ANP e do controle da qualidade de combustíveis. Ao fim, o elo intermediário acaba por ser uma garantia eficiente de maior proteção aos consumidores. A prática de concentrar a fiscalização em elos intermediários não é sequer exclusiva da regulação setorial. A título de exemplo, as Fazendas Públicas, na maioria das substituições tributárias acabam por concentrar a responsabilidade tributária na etapa industrial, dotada de menos *players* e de maior poder econômico, e, portanto, mais facilmente controláveis e responsabilizáveis;
- (ii) Capilaridade das distribuidoras: hoje, as distribuidoras de combustíveis possuem capilaridade em todo o território nacional, alcançando os rincões mais longínquos (e economicamente menos atrativos) do Brasil. Alterando-se a estrutura do mercado, nada garante – e não haverá incentivos econômicos para tal – que as distribuidoras mantenham sua capacidade logística em regiões que vierem a perder a atratividade econômica em razão da atuação direta, por exemplo, de uma pequena produtora de etanol na atividade de revenda. Se essa produtora, por qualquer motivo, vier a descontinuar seu funcionamento, o abastecimento na localidade tenderá a ficar comprometido, já que a

verticalização do setor operaria como potencial desincentivo à capilaridade das distribuidoras. Não haveria por exemplo porque investirem na expansão de sua malha de suprimento (armazenamento e distribuição) em pequenas localidades se a qualquer momento uma pequena produtora pudesse entrar no mercado como *free-rider*, fornecendo combustíveis diretamente para os postos de revenda;

- (iii) Garantia do abastecimento nacional: tema que será minudenciado no próximo tópico, a garantia do abastecimento nacional de combustíveis é uma das principais finalidades da desverticalização pela conjugação dos benefícios listados anteriormente: a melhor fiscalização do mercado e a respectiva responsabilização e a capilaridade das distribuidoras em todo o território nacional;
- (iv) Maior incentivo à concorrência: benefício potencial da desverticalização já exaustivamente referido no início deste tópico, mas que não poderia deixar de aqui também constar, tendo em vista ser a livre concorrência um dos fundamentos da ordem econômica brasileira (art. 170, IV, CF).

O mais curioso é que a percepção dessas razões parece também ser compartilhada pela ANP¹⁸, que, em 30 de maio desse ano, portanto há

¹⁸ DANIELE DE OLIVEIRA NUNES relata o processo de desverticalização capitaneado pela ANP no setor de gás natural. Segundo a autora, "com o passar do tempo e a análise das práticas do mercado, a ANP diagnosticou que o modelo inicial de verticalização não servia a contento ao objetivo de promover uma maior concorrência. Na prática, havia um agente dominante e integrado verticalmente ao longo da cadeia. Segundo o órgão regulador, essa estrutura verticalizada passou a representar barreiras à atuação de novos players, prejudicando o desenvolvimento do mercado. De fato, um dos riscos da integração vertical é que o agente dominante adote uma conduta destinada a monopolizar

poucos meses, emitiu a Nota Técnica Conjunta 001/2018/SDL-SDR, enfatizando os diversos benefícios da proibição de venda direta de etanol por produtor aos postos de combustíveis, com argumentos que podem ser, na integralidade, aplicados à desverticalização no setor de maneira geral:

“A ANP, respaldada por sua competência legal, optou por definir o modelo do abastecimento nacional de combustíveis a partir da divisão de responsabilidades entre produção, distribuição e revenda, de modo que todo combustível, antes de chegar ao revendedor, deve passar por empresas distribuidoras de combustíveis autorizadas pela Agência. Na concepção original da cadeia de abastecimento de combustíveis, os distribuidores de combustíveis são os agentes que realizam a intermediação entre fornecedores e consumidores finais. (...) Essa centralização permite, por exemplo, que diversas obrigações que afetam os consumidores recaiam em um elo da cadeia, tais como: (i) a responsabilidade por garantir o controle da qualidade e da segurança do produto final; (ii) a garantia do correto percentual de misturas entre etanol anidro e gasolina A; (iii) a realização de estoques operacionais mínimos; (iv) o acompanhamento da eficiência logística da distribuição, incluindo a armazenagem, o transporte e a entrega do produto. (...) O modelo atual, distinguindo o papel de produtores, de distribuidores e de varejistas/consumidores, apresenta as seguintes vantagens:

o segmento competitivo por meio da criação de dificuldades de acesso à infraestrutura essencial. É nesse contexto que a ANP, como reguladora do mercado, aceitou introduzir na proposta de resolução em análise um maior rigor na separação de atividades, consagrando a vedação às participações societárias cruzadas no transportador e no carregador, a chamada unbundling” (NUNES, Daniele de Oliveira. A desverticalização total do setor de gás natural e a Resolução ANP nº 51, de 26 de dezembro de 2013. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 163-175, jul./dez. 2015).



- a. **Economia de escala:** a economia trabalha de modo mais eficiente com a distinção entre atacadistas, pois permite negociações em grandes volumes, otimização de fretes, administração dos varejistas, entre outros;
- b. **Relacionamento comercial entre distribuidores e revendedores:** a vinculação entre esses dois elos da cadeia facilita a concessão de crédito aos agentes que operam no varejo;
- c. **Capilaridade:** a logística dos distribuidores é presente em todos os estados e assegura a competitividade e entrega em todas as regiões, além de possuírem bases de armazenagem em todas as regiões produtoras de etanol;"

À guisa de conclusão, reportamo-nos às palavras da própria Agência na referida nota técnica, que pondera que sua atuação regulatória deve levar em conta diversos aspectos muito mais amplos, incluindo o respeito às prescrições do ordenamento jurídico-constitucional, que, conforme visto no Tópico II, não se harmoniza com a eliminação de etapas da cadeia produtiva do petróleo: "em tese e em análise preliminar, a eliminação de um elo da cadeia de abastecimento poderia ampliar a concorrência no mercado e a eficiência econômica em situações específicas, com impactos positivos sobre preços ao consumidor. Do ponto de vista regulatório, no entanto, as escolhas são realizadas a partir da ponderação de um conjunto complexo e amplo de efeitos (qualitativos e quantitativos, quando possível), observando-se disposições e princípios legais e constitucionais que devam nortear a atuação da autoridade regulatória setorial".



IV – GARANTIA DO ABASTECIMENTO NACIONAL DE COMBUSTÍVEIS COMO O VALOR PRIMORDIAL A SER CURADO PELA ANP.

Consignamos nos tópicos anteriores que a eventual permissão de integração vertical que resulte na total confusão ou supressão de elos da cadeia produtiva no setor nacional de combustíveis via regulação encontra óbice no *design* econômico estabelecido pensado para o setor pelo legislador constituinte e, via de consequência, pela Lei do Petróleo.

Além disso, também o vimos, o fim da segmentação das atividades do setor colocaria em risco a fiscalização, desincentivaria o investimento na expansão da malha de suprimento, dificultaria a responsabilização e prejudicaria a capilaridade das distribuidoras pelo território nacional, potencialmente dificultando o abastecimento em pequenas localidades que passassem a ser supridas diretamente por produtores caso estes descontinuassem suas atividades.

Nesse particular, não é exagerado reforçar que a universalidade do acesso aos derivados do petróleo (e demais fontes de combustível) é o valor primordial a ser curado pela ANP, enquanto ente regulador dos combustíveis.

Quando olhamos para um momento ainda bastante recente de nossa história, vemos os efeitos desastrosos da escassez de combustíveis vivida como consequência da paralização geral dos transportadores rodoviários em maio de 2018, afetando bruscamente o cotidiano das pessoas, os serviços públicos de transporte, a segurança pública (com falta de combustível para as viaturas policiais e do corpo de bombeiros), a saúde (ambulâncias paralisadas), dentre outros aspectos primordiais para a coesão social.

Recíproco em relação ao dever da ANP de garantir o abastecimento, é o direito individual e difuso da população a ter acesso ao combustível, considerando o atual estágio de evolução tecnológica em que se encontra nossa sociedade, com grande dependência desse tipo de fonte de energia para a prestação dos mais variados serviços públicos e atividades econômicas em geral.¹⁹

“Para o setor de derivados de petróleo”, afirma MARIA D’ASSUNÇÃO COSTA MENEZELLO, “a garantia do abastecimento é sinônimo da universalidade do acesso, seja para os combustíveis de automóveis e assemelhados, seja para o GLP, gás liquefeito de petróleo, utilizado na cocção em todo o território nacional”.²⁰

Eis que tal constatação não passou infensa aos olhos do legislador constituinte, que erigiu a garantia do abastecimento nacional de combustíveis ao patamar de direito coletivo de *status* constitucional, nos termos do art. 177, §2º, I, *verbis*:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem

¹⁹ Como é notório, a economia brasileira é altamente dependente do modal rodoviário para o escoamento de sua produção. Cerca de 65% do transporte de mercadorias em território nacional é realizado por caminhões que se abastecem do combustível líquido.

²⁰ MENEZELLO, Maria D’Assunção Costa. *Comentários à Lei do Petróleo*. 2ª ed. Atlas, 2009, p. 97.

assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; (...)

§ 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 nacional;

Comentando esse dispositivo, DANIELA COUTO MARTINS segue na mesma linha do que pontuamos acima, destacando que “a previsão constitucional de medidas assecuratórias de fornecimento de derivados em todo o território nacional revela nítida preocupação com o consumidor e implica a adoção de políticas econômicas relativas ao abastecimento interno e à disponibilização de combustíveis para consumo nas regiões de difícil acesso no território nacional, o que contribui para a redução das desigualdades regionais e para o alcance da finalidade de existência digna a todos os habitantes, cujo bem-estar pode depender, em grande parte, das facilidades advindas da utilização dos derivados de petróleo (locomoção, iluminação, utilização residencial de GLP etc.)”.²¹

Trata-se, portanto, a garantia do abastecimento nacional de combustíveis, de um direito constitucionalmente tutelado, de sorte que, em cabendo à ANP a regulação econômica do setor de combustíveis, uma de suas finalidades primordiais, senão a mais importante, deve ser curar desse direito e, por seus meios e poderes, garantir-lhe a efetividade.

²¹ MARTINS, Daniela Couto. *A regulação da indústria do petróleo segundo o modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.71, grifos nossos.

De fato, em sintonia com a Constituição Federal, de um lado, estabelece o art. 1º da Lei nº 9.478/97 ser um dos objetivos das políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia *garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional*, nos termos do § 2º do art. 177 da Constituição Federal, e, de outro, o art. 1º, da Lei nº 9.847/99 declara a utilidade pública do abastecimento nacional de combustíveis, atribuindo à ANP as competências para fiscalização das atividades que lhe são correlatas, conforme abaixo:

*Art. 1º **A fiscalização das atividades relativas às indústrias do petróleo e dos biocombustíveis e ao abastecimento nacional de combustíveis**, bem como do adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e do cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, será realizada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) ou, mediante convênios por ela celebrados, por órgãos da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

§ 1º O abastecimento nacional de combustíveis é considerado de utilidade pública e abrange as seguintes atividades:

I - produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda, comercialização, avaliação de conformidade e certificação do petróleo, gás natural e seus derivados;

II - produção, importação, exportação, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda e

comercialização de biocombustíveis, assim como avaliação de conformidade e certificação de sua qualidade;

Ainda dentre as competências da ANP, condensadas em seu art. 8º, arrola a Lei do Petróleo, logo no primeiro inciso, o seguinte:

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;

Não se trata, percebe-se, de uma competência ancilar ou meramente programática da agência, mas de uma verdadeira prioridade a ser por ela observada “**com ênfase**” na implementação da política nacional de combustíveis, juntamente com a proteção dos interesses do consumidor, que são também protegidos com a garantia do abastecimento, como visto.²²

²² Demais disso, não é exagerado lembrar que a tutela do consumidor, para além de uma das ênfases da ANP na implementação da política nacional de combustíveis, também é contemplada como competência fiscalizatória específica e concorrente da Agência nos termos do CDC, consoante dispõe o art. 8º, VII, da Lei do Petróleo: *fiscalizar diretamente e de forma concorrente nos termos da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato.*

Em outras palavras, em toda a sua atuação finalística, sobretudo naquela de caráter normativo, deve a ANP atentar sempre como valor primordial para a garantia do fornecimento de combustíveis em todo o território nacional, buscando observar se e de que forma a sua própria atuação, a dos agentes regulados e dos consumidores poderia afetar esse direito coletivo e quais condutas devem ser adotadas para protegê-lo e/ou não fragilizá-lo.

Em sua obra de comentários à Lei nº 9.478/1997 – mas que também trata da já referida Lei nº 9.847/1999 –, MARIA D'ASSUNÇÃO COSTA MENEZELLO aduz que “a Lei do Petróleo transcreveu o dispositivo integrante da Emenda Constitucional nº 9/95 que determinou ao legislador federal disciplinar, por meio de lei ordinária, o monopólio do petróleo, impondo mecanismos legais que pudessem *‘garantir o fornecimento dos derivados de petróleo em todos o território nacional’*. O legislador ordinário ou o **órgão regulador devem dar proteção e eficácia máxima a essa garantia constitucional para que se preserve o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional**, cumprindo-se assim uma determinação da Lei Maior”.²³

O próprio Superior Tribunal de Justiça já lançou mão da garantia do fornecimento de combustíveis em todo o território nacional, enquanto uma das finalidades a serem perseguidas pela ANP, como um dos fundamentos de decidir, em acórdão conduzido pelo voto do MINISTRO JOSÉ DELGADO, consignando que a garantia de direitos de determinados agentes regulados “não pode ocorrer com o comprometimento do mercado nacional de combustíveis e, em última análise, da **satisfação do consumidor**, devendo haver a conciliação de interesses. O ato hostilizado é medida técnica que

²³ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à Lei do Petróleo*. 2ª ed. Atlas, 2009, p. 95-96, grifos nossos.

materializa a atribuição para regular o setor petrolífero (art. 8º, caput e XV da Lei 9.478/97) conferida à ANP, levando em conta o suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional (art. 8º, I, da Lei 9.478/97), a garantia de oferta de produtos aos consumidores (art. 8º, I, da Lei 9.478/97) e o volume comercializado por cada distribuidora nos meses anteriores, permitindo ainda, o gradual crescimento dessas últimas, sem realizar impacto excessivo e desequilíbrio no mercado”.²⁴

Conforme passamos a ver no tópico abaixo, considerando a natureza da garantia do abastecimento nacional aqui explanada, uma atuação regulatória que tenha o condão de lhe oferecer risco representaria retrocesso normativo constitucionalmente vedado.

V – VEDAÇÃO AO RETROCESSO.

A previsão constitucional de atividades específicas e claramente delineadas que compõem o mercado de combustíveis está, como aduzimos nos tópicos acima, intrinsecamente relacionada à livre concorrência, à proteção ao consumidor e à garantia do abastecimento nacional, valores constitucionalmente garantidos pela Carta de 1988 e densificados pela Lei do Petróleo.

Uma vez alcançado pela regulação infralegal um determinado grau de implementação através de regras que vedam a confusão ou supressão de atividades, cumpre ao presente tópico investigar se a ANP poderá retroceder em relação ao grau com que aqueles direitos individuais e coletivos e objetivos públicos já foram atendidos. Em outras palavras, seu objeto é aferir

²⁴ STJ, REsp 676.172/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 27/06/2005, p. 253, grifamos.

se a proposta em exame da ANP – a qual, no limite, resultaria na eliminação de etapa imprescindível da cadeia do petróleo – seria compatível com o princípio constitucional da vedação do retrocesso.

LUÍS ROBERTO BARROSO traz definição cristalina do referido princípio:

“Por este princípio, que não é expresso mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação”.²⁵

Haveria, pois, verdadeiro entrincheiramento (*entrenchment*) da **efetividade dos direitos e objetivos fundamentais em face de ações legislativas e, com ainda mais fortes razões, de ações meramente administrativas, infralegais, como aventa a ANP no caso concreto. Estaríamos diante de um retrocesso quanto à implementação de desideratos não apenas constitucionais, como também legais – da Lei do Petróleo –, cf. tópico anterior.**

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158-159.

Assim, MARCELO VEIGA FRANCO, com base nas lições de WALBER DE MOURA AGRA, expõe que “o *entrenchment* do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais funciona como uma garantia à efetivação desses direitos, impedindo um retrocesso na sua concretização e, conseqüentemente, aumentando a legitimidade da jurisdição constitucional. O entrincheiramento, como o étimo da palavra já clarifica, configura-se no encastelamento do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico, solidificando este conteúdo no tecido social. [...]. A finalidade do *entrenchment* é garantir eficácia ao ordenamento jurídico, dotando-o de segurança jurídica, o que faz com que as normas deixem de ter um papel retórico e possam ter uma concretude prática. [...]. A concepção de entrincheiramento ou proibição do retrocesso assegura uma proteção ao conteúdo dos direitos fundamentais, mantendo um nível mínimo de determinada concretude normativa”.²⁶

E, ao contrário do que sua acepção mais popularizada possa denotar, a vedação ao retrocesso não protege apenas direitos sociais, mas direitos e objetivos constitucionais de maneira geral, tais como a garantia do abastecimento nacional, a proteção ao consumidor e a livre concorrência.²⁷ JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA ressalta que “a vedação do retrocesso de efetividade, como trata de questões constitucionais elementares, não se restringe aos direitos sociais. Ela pode abranger direitos eleitorais (...), de nacionalidade (ex.: lei que excluísse estrangeiros de relações de compra e venda), ambientais etc., (...), possuindo o “seu uso

²⁶ FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria da integridade do Direito e o princípio da vedação ao retrocesso como limites à criatividade jurisdicional. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 10, n. 12, p. 179-214, jul./dez. 2012.

²⁷ Entendemos que o seu fundamento axiológico último é que, uma vez implementado um parâmetro constitucional, o retrocesso em relação a ela agrediria, como uma inconstitucionalidade por comissão, o próprio parâmetro.

jurisprudencial ampla abrangência material, não se limitando a direitos sociais, e, quiçá, a direitos fundamentais".²⁸

Quanto à sua aplicação, assevera-se que o princípio "pode ser entendido em dois conteúdos possíveis: (i) como vedação genérica, aplicável a todas as normas constitucionais, cujo efeito é invalidar, por inconstitucionalidade, uma lei que, sem regular diferentemente, revogue outra lei que tornava eficaz determinado ditame constitucional; (ii) como vedação específica, aplicável ao regime dos direitos fundamentais sociais e relacionada com a redução, por via legislativa, do patamar que estes hajam alcançado".²⁹

Em outras palavras, não se pode, à luz do princípio da vedação ao retrocesso, (i) desconstituir normas que consubstanciem mandamentos constitucionais sem que se proponha outra normatização como alternativa (incidência genérica); ou (ii) reduzir infraconstitucionalmente o patamar já atingido pela consagração de direitos e objetivos constitucionais (incidência específica). No caso concreto, como volveremos abaixo, a proposta aventada pela ANP seria afetada por ambas as repercussões do princípio.

A aplicação do princípio da vedação ao retrocesso é referendada pelos tribunais pátrios, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.³⁰ A título de

²⁸ MENDONÇA, José Vicente de. *Vedação do Retrocesso: melhor quando tínhamos medo?* Uma proposta para um uso controlado do argumento. Disponível em: <https://www.academia.edu/25797541/Veda%C3%A7%C3%A3o_do_Retrocesso_melhor_quando_t%C3%ADnhamos_medo_Uma_proposta_para_um_uso_controlado_do_argumen-to>. Acesso em 12/10/2018, pp. 17 a 20.

²⁹ BINENBOJM, Gustavo. O princípio da publicidade administrativa e a eficácia da divulgação de atos do poder público pela internet. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p. 89-111, abr./jun. 2006.

³⁰ Como aponta JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA acerca do princípio da vedação ao retrocesso, "se, em 2002, escrevi que 'em termos gerais, a jurisprudência brasileira desconhece o assunto', quatorze anos depois a situação é diferente, a começar por seu órgão de cúpula" (MENDONÇA, José Vicente de. *Vedação do Retrocesso: melhor quando*

exemplo,³¹ no RE nº. 878.694, o STF entendeu que "o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº. 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso".³²

Também o Superior Tribunal de Justiça já aduziu que, "à luz do princípio da proibição do retrocesso, não se admite que uma regra jurídica afluyente possa desconstituir um direito subjetivo ou conferido por norma anterior, a não ser que também afluja situação impeditiva da manutenção daquele direito, na complexa condição de insuperável e incontornável".³³

Conforme narra a Consulente, suprimir a desverticalização do setor de combustíveis, em linha com as considerações dos tópicos acima, seria retroceder um histórico normativo de pelo menos quarenta anos, que, como já visto, atende a preceitos constitucionais e legais concernentes à defesa da concorrência e a direitos individuais, coletivos e difusos dos consumidores ao abastecimento de combustíveis.

De acordo com as informações, já em 1975, por meio da Resolução nº 7/1975 do CNP, a desverticalização na indústria do petróleo era tutelada juridicamente pela legislação setorial.

tínhamos medo? Uma proposta para um uso controlado do argumento. Disponível em: <https://www.academia.edu/25797541/Veda%C3%A7%C3%A3o_do_Retrocesso_melhor_quando_t%C3%ADnhamos_medo_Uma_proposta_para_um_uso_controlado_do_argumen-to>. Acesso em 07/10/2018).

³¹ O princípio também foi invocado pela Suprema Corte na MC na ADPF nº. 47, no RE 658312 e na ADIs 4627, dentre outros julgados.

³² STF, RE 878694, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018.

³³ STJ, AgRg na Rcl 21.763/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/02/2016, DJe 03/03/2016.

A Consulente destaca que, durante as quatro décadas que se seguiram, a evolução normativa do setor petrolífero esteve em consonância com o princípio abordado neste tópico ao não retroceder na proteção à desverticalização dessa relevante cadeia produtiva.

A Resolução CNP nº 7, datada de 07 de junho de 1977, alterou a redação da Resolução nº 7/1975, mantendo, porém, a não verticalização das etapas de produção petrolífera.

Na década seguinte, a Portaria nº 7/1985 do CNP, que regulamentava a atividade de revenda, foi expressa ao asseverar, em seu art. 4º, que *"somente poderão pleitear autorização para operar Posto Revendedor pessoas físicas ou jurídicas que não sejam proprietárias, acionistas ou empregadas de quaisquer organizações, cujas atividades estejam relacionadas com a distribuição e o transporte de derivados do petróleo e de AEHC, ressalvados os direitos adquiridos, anteriormente à presente Resolução"*. Em 1987, a Resolução nº 16/1987 fez alterações pontuais na normatização do setor, mantendo, porém, a íntegra da regra.

O movimento não retrocedeu nas quatro normas editadas pelo MINFRA sobre o tema na década de 1990 (Portarias nº 670/1990, 755/1990, 795/1990 e 253/1991), *a fortiori* pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

Nessa senda, a primeira dessas normas, portaria MINFRA nº 670/1990, previu disposição que fixava que *"o registro somente poderá ser pleiteado por pessoa jurídica cujos titulares não sejam proprietários, acionistas ou empregados de quaisquer sociedades cujas atividades estejam relacionadas com a distribuição e o transporte de derivados do petróleo e de álcool etílico hidratado combustível"* (art. 5º).

A portaria MINFRA nº 253/1991, última dessa sequência de normas do MINFRA, previa sucintamente em seu art. 7º que “*é vedado às Distribuidoras a operação direta de Postos Revendedores*”. No mesmo contexto, a Portaria nº 07/1992 do DNC e a Portaria nº 61/1995 do MME conservaram a proteção à desverticalização, chegando a replicar o texto do art. 7º da Portaria MINFRA nº 253/1991.

Informa, por fim, que também as normas editadas pela ANP desde sua criação, regulamentando o setor petrolífero, mantiveram a separação das atividades que compõem essa cadeia produtiva.

A Portaria ANP nº 116/2000, posteriormente revogada pela Agência, por exemplo, previa no art. 12 ser “*vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP, e outros combustíveis automotivos o exercício da atividade de revenda varejista*”.

Notemos que ANP, ao substituir a Portaria nº 116/2000 pela multicitada Resolução nº 41/2013, foi ainda mais firme na proteção da segmentação dos desses dois elos da cadeia do petróleo - a distribuição e a revenda de combustíveis: além da vedação ao exercício direto de atividade de revenda, o art. 26 da resolução atualmente vigente veda “*ao distribuidor de combustíveis líquidos autorizados pela ANP a participação no quadro de sócios de revendedor varejista de combustíveis automotivos autorizado pela ANP*”.³⁴

³⁴ Luís Maximino Otero Montes lista três diferentes graus de desverticalização, do menos para o mais intenso: “(a) a separação contábil e societária entre os agentes atuantes em diferentes elos de uma indústria; (b) a imposição de restrições estruturais, ao se impedir que diferentes elos de uma indústria estejam sob controle comum e (c) a separação

Dessa breve digressão, conclui-se que, após sua tutela expressa pelo ordenamento, a possibilidade de sobreposição irrestrita, que resulte na total confusão ou imediata supressão de etapas no setor de combustíveis em momento algum foi revertida – pelo contrário, chegou a ser aprofundada pela Resolução ANP nº 41/2013.

Esse movimento decorre dos importantes valores constitucionais e legais (concorrência e garantia de abastecimento) instrumentalizados pela segmentação das atividades do setor, não podendo a agência reguladora “desimplementar” aqueles valores sob pena de violação da própria CF e da Lei do Petróleo.

É dizer: valendo-se das lições que iniciaram este tópico, temos que, editadas – há décadas – normas densificando os preceitos constitucionais supracitados por meio da segmentação do setor de combustíveis, a desconstituição dessa segmentação é impedida pelo princípio da vedação ao retrocesso, quer em sua face genérica (invalidando o fim da separação sem que se proponha alternativa proporcional, visto que ela advém de ditame constitucional), quer em sua repercussão específica (proibindo a redução infraconstitucional do patamar já alcançado de positivação do direitos constitucionais à garantia do abastecimento nacional, à livre concorrência e à proteção ao consumidor).

Portanto, não nos parece em consonância com o princípio da vedação ao retrocesso a proposta aventada na TPC nº 3/2018 de permitir a verticalização do setor de combustíveis. Não obstante, a juridicidade da

operacional, quando embora sobre controle comum, a operação técnica de determinadas atividades se dá por um agente externo” (MONTES, Luís Maximino Otero. A indústria do gás no Brasil: a verticalização e os desafios ao desenvolvimento do setor. In: Revista dos Tribunais. Ano 102 – vol. 931 – maio/2013. P. 177-203).

solução proposta encontra ainda outras máculas, a serem abordadas nos dois tópicos que se seguem.

VI – VÍCIO DE MOTIVAÇÃO.

Conforme mencionado no Tópico I, o Aviso de Tomada Pública de Contribuições nº 3/2018 dispõe expressamente em seus considerandos que a proposta *in casu* fundamenta-se nas recomendações do estudo do DEE intitulado “Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência”:

“CONSIDERANDO que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no período da greve dos caminhoneiros apresentou o estudo “Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência” com as seguintes contribuições de caráter regulatório:

- (i) permitir que produtores de álcool vendam diretamente aos postos;
- (ii) repensar a proibição de verticalização do setor de varejo de combustíveis;
- (iii) extinguir a vedação à importação de combustíveis pelas distribuidoras;
- (iv) fornecer informações aos consumidores do nome do revendedor de combustível, de quantos postos o revendedor possui e a quais outras marcas está associado;
- (v) aprimorar a disponibilidade de informação sobre a comercialização de combustíveis para o aperfeiçoamento da inteligência na repressão à conduta colusiva.”



Ocorre que o referido documento traz unicamente reflexões e sugestões, isto é, elenca hipóteses regulatórias não assertivas a serem eventualmente estudadas pela Agência, de modo que há ônus motivacional para proposição das medidas aventadas pelo DEE, ônus do qual a ANP não se desincumbiu, ainda mais se considerando que a simples cogitação das medidas já gera grande insegurança em todos os agentes do setor.

De acordo com WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR, “decorrência dos princípios da legalidade, transparência, controle e democracia, a motivação é marco de ruptura com o antigo modelo (autoritário, opaco e sigiloso) de Administração Pública, incompatível com o Estado Democrático de Direito – sedimentado na plena visibilidade dos motivos que orientaram a condução dos negócios públicos”.³⁵⁻³⁶

Nessa esteira, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO extrai o princípio da motivação primariamente do art. 93, X, da Constituição: “*Todos os julgamentos dos órgãos do Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as suas decisões (...).*” Raciocina que, se a fundamentação é exigida do Judiciário, o qual, em nosso sistema, é o principal órgão de controle, a

³⁵ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de direito administrativo: teoria e princípios do direito administrativo* / Wallace Paiva Martins Junior, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Tratado de direito administrativo; v. 1 / coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro). p. 464.

³⁶ Igualmente, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ asseveram que o requisito de motivação “foi uma conquista tardia da doutrina, pois o absolutismo fazia da não motivação uma regra de prestígio (...), em último caso determinada pela natureza não necessariamente legal das sentenças, que se sustentavam, independentemente do seu conteúdo, na soberania direta do monarca, que podia criar em cada caso uma norma ou decisão específica, sem se submeter a Leis prévias”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, 1; revisor técnico Carlos Ari Sundfeld; tradutor José Alberto Froes Cal. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 566)



fortiori deve sê-lo da Administração Pública, que é por essência controlável.³⁷

Esteja explícito no art. 93, X, da Constituição Federal, esteja implícito no texto constitucional no que tange à Administração Pública, o princípio da motivação encontra-se também expresso na Lei de Processo Administrativo Federal (artigo 2º da Lei 9.784/99), que evidentemente se aplica aos atos administrativos de entes integrantes da Administração Indireta federal, como é o caso da ANP:

“Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Exige-se ainda que a motivação seja expressa, clara e congruente:

“Art. 5º. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

³⁷ “A obrigatoriedade de motivar decisões, tradicional no Direito Processual, geralmente expressa quanto aos atos decisórios jurisdicionais típicos do Poder Judiciário, estendeu-se, com a Carta de 1988, a seus próprios atos administrativos com características decisórias (art. 93, X). Por via de consequência, o princípio da motivação abrange as decisões administrativas tomadas por quaisquer dos demais Poderes, corolário inafastável do princípio do devido processo da lei. Com efeito, se o Poder Judiciário, a quem caberá sempre o controle final da juridicidade de qualquer decisão, está obrigado à motivação das suas decisões administrativas, com mais razão, a ela também estarão os Poderes Legislativo, Executivo e os órgãos constitucionalmente autônomos, cada um em suas respectivas decisões administrativas, pois só assim ficará garantida a efetividade do controle”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 98)

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.³⁸

Conforme adiantamos, a motivação “não é um simples requisito meramente formal”. Isto é, como aduzem EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, o referido princípio não é atendido “com qualquer fórmula convencional; ao contrário, a motivação deve ser suficiente, isto é, deve fundamentar plenamente o processo lógico e jurídico que determinou a decisão”.³⁹

³⁸ Também o art. 50, §1º, da Lei nº. 9.784/1999 prevê a necessidade de motivação expressa, clara e congruente: “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (...). § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”.

³⁹ A motivação há de ser suficiente, não podendo ser tratada como mera formalidade. Nessa linha, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ lecionam que este princípio “é um meio técnico de controle da causa do ato. Por isso não é um simples requisito meramente formal, mas de fundo (...). O que se quer dizer é que a motivação não é atendida com qualquer fórmula convencional; ao contrário, a motivação deve ser suficiente, isto é, deve fundamentar plenamente o processo lógico e

Portanto, não basta a mera indicação⁴⁰ a estudos não assertivos de outro ente para que atos administrativos estejam motivados, sobretudo quando tenham o potencial de afetar objetivos e direitos individuais, coletivos e difusos constitucionalmente tutelados, conforme salientado nos tópicos anteriores.

In casu, para que fosse proposta a liberação da verticalização, que incluiria a possibilidade de venda direta, no setor de combustíveis seria preciso o desenvolvimento do ônus argumentativo imposto pelo próprio DEE em suas considerações, isto é, estabelecendo congruência entre as sugestões da autarquia concorrencial, as normas jurídicas aplicáveis e a decisão exarada pelo administrador. Seria necessário, ademais, a criação de arcabouço regulatório específico prévio para impedir que a possibilidade de se autorizar a verticalização, inclusive a venda direta, resulte na total confusão ou imediata supressão de atividades da indústria do petróleo.

Nesse sentido, o clássico JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE leciona: “Como atuação jurídica, o ato administrativo tem de basear-se num ‘processo lógico, coerente e sensato’, de maneira que só pode aceitar-se como fundamentação um discurso racional, pelo menos um que não contenha erros de raciocínio evidentes. Note-se que a congruência se refere

jurídico que determinou a decisão” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, 1; revisor técnico Carlos Ari Sundfeld; tradutor José Alberto Froes Cal. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 568).

⁴⁰ Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Tópico 3.3.13).

especialmente à relação entre a fundamentação e o conteúdo do ato, devendo ser uma consequência lógica daquela (...).⁴¹

Observa-se, contudo, que a ANP lastreou a sua proposta *in casu* apenas nas competentes, porém genéricas e especulativas, sugestões do estudo do DEE "Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência", sem dar seguimento aos pontos *in limine* ventilados pela autarquia concorrencial.

Ressalte-se que o DEE é enfático ao explicar que suas sugestões são meramente especulativas. A todo momento, o campo semântico invocado pelo estudo é tão somente o da possibilidade, da hipótese, sem que haja qualquer assertividade quanto às sugestões levantadas. Haveria, portanto, forte ônus motivacional à ANP em relação às propostas do DEE, como bem conclui o estudo, asseverando expressamente o caráter não vinculante de suas contribuições e não excludente de outras inúmeras possíveis alternativas:

"As presentes sugestões buscam contribuir com o debate já entabulado pelo 'Combustível Brasil' a respeito da necessidade de repensar o setor de combustível, buscando **auxiliar** na determinação das pautas de discussão e na avaliação sobre o diagnóstico a respeito de como tornar este setor melhor e mais eficiente.

Essa tentativa de pautar estes temas na sociedade serve como sinalização a respeito de desenhos institucionais alternativos que **podem** melhorar a rivalidade do setor. Talvez estes não sejam os únicos desenhos possíveis ou as melhores

⁴¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Almedina, Coimbra, 1992, pp. 233/234.

alternativas disponíveis. Também, é possível que se tenha a necessidade de considerar outras variáveis em um cenário mais amplo do ponto de vista social. Trata-se apenas de uma primeira tentativa de diálogo sobre estes assuntos.

Todavia, cumpre ressaltar que é dever institucional desta Autarquia apresentar **sugestões**, do ponto de vista da Política de Defesa da Concorrência, que possam, pelo menos, iniciar algum diálogo social sobre estes temas referidos, para, quiçá, diminuir o preço dos combustíveis no cenário nacional, em decorrência de um ambiente concorrencialmente saudável”.⁴²

Especificamente no que tange às contribuições invocadas pela ANP como fundamento da proposição da verticalização do setor de combustíveis – advindas unicamente de experiências alienígenas constantes no capítulo 3.II do documento, referentes, ressalte-se, apenas a desverticalização –, o DEE frisa que não foi feita “mensuração ou quantificação exata do impacto no preço final dos combustíveis”.⁴³ Por fim, ressaltou a autarquia, “**não há um estudo empírico para o caso brasileiro**” (grifamos).

Com fulcro na incipiência de lastro empírico na questão, concluiu o DEE especificamente quanto à verticalização que “obviamente (...) outros agentes (privados e públicos) podem ter compreensões distintas a respeito destes temas. Neste sentido, o DEE busca pautar estas discussões para gerar maior debate social a respeito destes desenhos institucionais, que, talvez, possam ser mais bem calibrados”.⁴⁴

⁴² Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência*. Contribuições do CADE. Maio/2018. p. 34.

⁴³ Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência*. Contribuições do CADE. Maio/2018. p. 4.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 5.

É dizer: o principal estudo utilizado pela ANP para fundamentar a proposta de verticalização do setor de combustíveis conclui expressamente que suas contribuições seriam apenas um ponto de partida, devendo ser robustecidas por novos estudos, tendo em vista a considerável possibilidade de se concluir pelo oposto das soluções aventadas pelo DEE. A omissão *in casu* configura, pois, vício de motivação.

Destaque-se que a proposta em análise da ANP tem motivação, além de insuficiente, contraditória com pronunciamentos anteriores da própria Agência (e não por outros entes como o DEE): na Nota Técnica Conjunta 001/2018/SDL-SDR, a ANP enfatiza os diversos benefícios da proibição de venda direta de etanol aos postos de combustíveis, com argumentos que podem ser, na integralidade, aplicados à desverticalização no setor de maneira geral (cf. Tópico III, *supra*). Viola assim, juntamente com o princípio de motivação, o dever de coerência interna.⁴⁵

A fim de que se construa uma regulação consentânea com as recomendações e ressalvas apontadas no estudo do DEE, o instrumento

⁴⁵ "O problema pode ser encontrado em diversos aspectos das relações jurídico-administrativas, como ocorre nas situações, v.g., em que mais de um órgão ou mesmo entidade da Administração Pública possua competência para fiscalizar determinada conduta levada a efeito por um particular, ensejando a possibilidade de serem praticados atos administrativos conflituosos. Ou ainda nos casos em que a Administração, modificando sua interpretação, pratica ato incompatível com o anterior sem que tenha havido modificação no plano fático. Em casos como esses, referidos apenas a título de exemplo, aplica-se a teoria das autolimitações administrativas, que consubstancia a incidência do *nemo potest venire contra factum proprium* no âmbito da Administração Pública, impedindo que o Poder Público, ante os mesmos elementos de fato, adote entendimentos contraditórios ou em desacordo com os precedentes anteriormente firmados em sede administrativa" (FACCI, Lucio Picanço. *A Proibição de Comportamento Contraditório no Âmbito da Administração Pública: a Tutela da Confiança nas Relações Jurídico-Administrativas*, in file:///C:/Users/Aragao/Downloads/a_proibicao_de_comportamento_contraditorio_luciopicanco.pdf, acessado em 15/10/2018. Sobre o tema ver também ARAGÃO, Alexandre Santos. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. Revista de Direito do Estado, n. 4, Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2006.

deveria ter sido precedido inclusive de estudos de impacto regulatório por parte da ANP previamente à tomada de decisão, ainda que preliminar, quanto ao melhor caminho a ser seguido, o que será objeto de comentários mais à miúdo a seguir.

VII – AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO.

Conforme asseveramos no tópico acima, o estudo do DEE utilizado como fundamento para a proposta da ANP de verticalização do setor de combustíveis conclui que suas sugestões, preliminares, devem ser aprofundadas, amplamente debatidas antes de sua efetiva proposição, o que não ocorreu *in casu*.

A atuação da Administração Pública, nunca é demais rememorar, deve ser pautada pelos princípios da Motivação e da Eficiência, segundo os quais, cabe ao administrador motivar as suas decisões e essas serem sempre as mais eficientes a atender a finalidade pretendida, da forma menos onerosa possível, tanto para os direitos dos cidadãos como para o Erário público.

Nesse sentido, as agências reguladoras, dotadas que são, de maior capacidade institucional de decisões de natureza técnica, são obrigadas a demonstrar a razoabilidade de suas possíveis decisões, os seus prováveis custos diretos e indiretos, os benefícios esperados, e a razão pela qual não foram escolhidos outros meios para atingir ao mesmo propósito.

Na condição de agência técnica especializada no setor petrolífero, a ANP não teve atuação consentânea com os referidos princípios ao se abster de realizar quaisquer estudos técnicos mais aprofundados que embasassem a desregulação pretendida. Esse cenário é ainda mais grave tendo em conta

(i) a recomendação categórica do DEE pela complementação de suas análises; e (ii) os potenciais efeitos da medida cogitada em direitos constitucionalmente tutelados, sendo a sua mera cogitação já sensível para a segurança dos investidores e agentes do setor.

Com efeito, paralelamente aos vícios de motivação esmiuçados no Tópico VI, seguiu-se também ação ineficiente da ANP, na medida em que não se preocupou em verificar se as medidas pretendidas teriam efetivamente o condão de bem realizar os fins colimados, ou mesmo se esses fins deveriam realmente ser prioritariamente perseguidos no setor de combustíveis.

Repise-se que o DEE asseverou faltarem dados empíricos para atestar os efeitos da verticalização no mercado brasileiro de combustíveis, o que não pode ser considerado irrelevante.

Tais questionamentos poderiam ser ao menos mitigados pela realização de eventual análise de impacto regulatório (AIR).

Segundo uma tradicional definição da OCDE, a análise de impacto regulatório é uma “ferramenta política sistemática utilizada para examinar e medir os benefícios, os custos e os efeitos prováveis de uma regulação nova ou já existente”.⁴⁶



⁴⁶ OCDE. “Building an institutional framework for regulatory impact analysis”. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>. Acessado em: 10.set.2018.

A OCDE, inclusive, recomenda a realização de Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) desde os estágios iniciais dos processos para a formulação de novas propostas de regulação.

Se assim não fosse, o regulador poderia, mesmo que ainda em uma fase de estudos, criar um ambiente de insegurança econômica e jurídica, tanto para as empresas que já atuam no mercado, quanto para novos investidores, quando apresenta sugestões ou coloca em discussão questões – como as apresentadas no TPC – que já haviam sido dirimidas e consolidadas pelo mercado e pela regulação setorial.

De fato, a realização de estudos prévios sobre o impacto de medidas regulatórias sobre a sociedade vem recebendo cada vez mais destaque nos debates relativos ao custo-benefício das ações regulatórias, demonstrando ser cada vez mais útil e necessária para a garantia de uma regulação proporcional e consentânea com os direitos constitucionais atingidos.

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e ALINE LÍCIA KLEIN enumeram de forma bastante didática diversas vantagens “associadas à regulação orientada pela avaliação de impacto regulatório, entre as quais se destacam o aprimoramento da qualidade regulatória; a melhor compreensão do problema ou do contexto econômico-social ao qual a regulação é endereçada; a estimativa realista dos custos envolvidos na regulação; o levantamento de informações úteis que viabilizam um conteúdo regulatório mais eficaz; o reconhecimento das alternativas regulatórias, com especial ênfase para os instrumentos em jogo na atividade de regulação; a



viabilização do planejamento regulatório de longo prazo; e a conferência de eficiência às ações regulatórias".⁴⁷

Partindo das mesmas premissas, já tivemos a oportunidade de observar em sede doutrinária que "a regulação econômica pode gerar efeitos negativos no desenvolvimento da economia, especialmente se aumentar desproporcionalmente os custos e a burocracia necessária à exploração das atividades econômicas, inibindo o desenvolvimento de pequenas e médias empresas, ou, ainda, indiretamente criando vantagens competitivas para algum participante do mercado, dentre outras coisas. Há o risco, também, de a regulação estatal apresentar-se desatualizada, morosa e excessiva, em prejuízo dos consumidores e empresários".⁴⁸

Além dos possíveis vícios decorrentes de práticas regulatórias pouco ou não fundamentadas, fato é que toda medida regulatória impõe custos para o setor regulado e para a sociedade como um todo. Existem, aliás, estudos que podem dar uma noção de quão alto são os custos oriundos da regulação. Nos Estados Unidos, por exemplo, em 2001, a regulação correspondeu a um custo aproximado de 221 bilhões de dólares.⁴⁹

Esse fato, como não poderia deixar de ser, foi reconhecido pelo Governo Federal, que, em junho de 2018, publicou, por intermédio do Comitê Interministerial de Governança, as Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório, documento resultante de um

⁴⁷ KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. V. 4. São Paulo: Editora RT, 2014, pp. 625-6.

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de Impacto Regulatório – AIR, *Revista de Direito Públicos da Economia – RDPE*, nº. 32, out./dez. 2010, p. 9.

⁴⁹ GUASCH, J. Luis; HAHN, Robert W. The Costs and Benefits of Regulation: Implication for Developing Countries. Disponível em <<http://www.oecd.org/dataoecd/58/1/1898295.pdf>>. Acesso em 28 fev. 11.

longo período de esforços do poder público federal em uniformizar uma disciplina de AIR na atividade regulatória das agências e, conseqüentemente, disseminar o uso do instrumento. Extrai-se do documento a seguinte passagem:

“A regulação é o instrumento por meio do qual o Estado intervém no comportamento dos agentes, de modo a promover aumento da eficiência, de segurança, crescimento econômico e ganhos de bem-estar social. Entretanto, se utilizada de modo arbitrário e desproporcional, pode gerar efeitos nocivos substanciais aos mercados e à sociedade como um todo, tais como: aumento do preço dos produtos ou serviços, queda de investimentos, barreiras à entrada, barreiras à inovação, altos custos de conformidade ao setor regulado, aumento dos riscos e distorções de mercado. Além disso, a regulação também impõe custos de fiscalização e monitoramento ao regulador. Assim, ela só deve ser criada quando sua existência é justificada. Reconhecendo os custos e conseqüências da má regulação, a maior parte dos países desenvolvidos tem dirigido esforços, desde o início da década de 90, à implementação de mecanismos e ferramentas para promover a melhoria da qualidade e do desempenho regulatório. (...) A AIR é um dos principais instrumentos voltados à melhoria da qualidade regulatória. Consiste num processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos. Tem como finalidade orientar e subsidiar

a tomada de decisão e, em última análise, contribuir para que as ações regulatórias sejam efetivas, eficazes e eficientes”.⁵⁰

Ainda segundo as Diretrizes Gerais, “a AIR deve ser realizada sempre que a Agência Reguladora, órgão ou entidade da administração pública identificar um problema regulatório que possa demandar a adoção ou alteração de atos normativos ou algum outro tipo de ação com potencial de influir sobre os direitos ou obrigações dos agentes econômicos, de consumidores ou dos usuários dos serviços prestados pelas empresas do setor regulado”.⁵¹

Ainda segundo as Diretrizes Gerais, “a AIR deve ser realizada sempre que a Agência Reguladora, órgão ou entidade da administração pública identificar um problema regulatório que possa demandar a adoção ou alteração de atos normativos ou algum outro tipo de ação com potencial de influir sobre os direitos ou obrigações dos agentes econômicos, de consumidores ou dos usuários dos serviços prestados pelas empresas do setor regulado”.⁵²

Ora, no caso concreto, acima de qualquer suspeita – e naturalmente por decorrência do fenômeno social da greve dos caminhoneiros – identificou-se problema regulatório cuja solução proposta almeja alterar, por via infralegal, toda a estrutura mercadológica do setor, assim delineada pela própria Constituição Federal, repercutindo imensamente sobre os direitos e

⁵⁰ *Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR*, pp 19-21. Disponível em: http://www.casacivil.gov.br/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/comite-interministerial-de-governanca-aprova-as-diretrizes-gerais-e-roteiro-analitico-sugerido-para-analise-de-impacto-regulatorio-diretrizes-air-e-o-guia-orientativo-para-elaboracao-de-analise-de-impacto-regulatorio-guia-air/diretrizes_guia_air_cig_11junho2018.pdf. Acesso em: 10.set.2018.

⁵¹ *Ibidem*, p. 23.

⁵² *Ibidem*, p. 23.

obrigações dos agentes do mercado e da própria coletividade, titular do direito à garantia de abastecimento de combustíveis.

Em linha com as orientações da doutrina e do próprio Governo Federal, esse fato *per se* ensejaria a elaboração de AIR sobre a proposta aventada. Ocorre que o procedimento *a fortiori* deve ser realizado *in casu*, vez que o estudo do DEE que supostamente lastreia a medida determina expressamente que suas considerações são apenas iniciais, demandando cabal desenvolvimento e aprofundamento por parte do ente regulador. Não cabe à ANP “pular etapas” regulatórias, em contraposição às recomendações de quem primeiro mencionou, com muitas ressalvas, a admissão da verticalização do setor.

Ainda que o lançamento da TPC não signifique proposta de alteração normativa imediata, a mera colocação das sugestões para escrutínio público indica que a agência enxerga utilidade nas propostas, o que gera insegurança jurídica, pois inquina o desenho institucional atual do setor, acarretando em prejuízos concretos imediatos (suspensão de investimentos, perda de valor dos agentes listados, etc.). Por isso, o cuidado da agência deve ser o mesmo que ela teria ao propor mudanças concretas de normas (realizando AIR, p. ex.).

Note-se que a proposta já se insere dentro os possíveis mecanismos de planejamento estatal da economia previsto no art. 174 da CF, já devendo se submeter a todos os paradigmas materiais e procedimentais do Direito Administrativo Econômico.

O legislador também corrobora com a incidência desse verdadeiro novo paradigma do Direito Administrativo. A recente Lei nº 13.655/2018 alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, introduzindo

importantes dispositivos consagradores de normas gerais de direito público, dentre os quais merece destaque, para os fins desta consulta, o novel art. 20:

*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**.*

Em se tratando de agências reguladoras, cujas finalidades institucionais pressupõem a tomada de decisões técnicas complexas, é possível depreender do dispositivo supra que a adoção de medidas regulatórias com potenciais efeitos sobre direitos dos consumidores – tal qual a proposta veiculada no aido de TPC nº 3/2018 – deva ser necessariamente precedido da devida análise de impacto regulatório, que tenha esse *nonem juris* ou não.

Afinal, um dos motivos para a delegação de tantas competências às agências reguladoras, e um dos fatores que legitimam o poder normativo a elas conferido, é a sua especialidade nas matérias reguladas e o caráter técnico das suas atividades. Em sendo assim, a agência é obrigada a realizar estudos prévios à implementação de medidas a serem observadas pelo setor com vistas a (i) verificar se tais medidas serão adequadas para o atendimento dos fins visados; e (ii) se tais medidas se justificam, à luz de uma análise imparcial de custo-benefício, diante dos interesses por ela atingidos.

A imparcialidade regulatória, com efeito, é um dos mais importantes produtos dos estudos de impacto regulatório. Através dele, é possível racionalizar o processo decisório, evitando-se subjetivismos diversos, decisões fundadas em alegado “bom senso” ou “fatos notórios”.

Como adiantamos acima, a necessidade de análise de impacto regulatório fortalece-se por expressa indicação do estudo do DEE utilizado como fundamento à medida aventada. É dizer: a fim de se evitar que as propostas da TPC nº 3/2018 sejam viciadas por cristalina incompletude na motivação – e mesmo contraditórias à luz dos atos do DEE –, seria necessária, por exemplo, a comparação com outras medidas em tese cogitáveis, objeto por excelência de uma AIR.

Em suma, à luz das contribuições deste tópico, a proposta de verticalização objetivada pela ANP é viciada por não ser lastreada em estudos técnicos quanto aos seus impactos (e sua própria necessidade face aos problemas que se quer combater), mesmo diante de recomendação do DEE para que assim se fizesse, e por não ter sido realizada prévia análise do custo-benefício das medidas sugeridas.

VIII – CONCLUSÕES.

O exposto no presente Parecer pode, sem de forma alguma prescindir de todo o seu texto, ser condensado por meio das seguintes assertivas objetivas, sempre pressupondo os fatos como narrados pela Consulente:

- 1) A partir da análise sistemática dos dispositivos constitucionais referentes ao setor de petróleo, gás natural e biocombustíveis,

bem como da lei que os densificou – a Lei do Petróleo. É possível identificar o princípio implícito da segmentação das atividades.

- 2) Mais de um dispositivo pode gerar apenas uma norma. É justamente esse o caso do princípio da segmentação das atividades da cadeia econômica do petróleo, que decorre dos artigos 176, 177 e 238 da CF/88, tendo sido densificado pela estrutura conferida ao setor pela Lei do Petróleo.

Ao exigir uma concessão ou uma espécie de autorização para cada uma das diferentes atividades do setor, a Lei do Petróleo pressupõe requisitos e características próprias para cada uma das atividades. Permitir a verticalização irrestrita, que resulte na total confusão ou supressão de atividades específicas do setor, seria tornar todas essas autorizações fungíveis entre si, tornando iníquos os requisitos de cada uma delas.

- 3) A atuação segmentada, especificamente no setor dos combustíveis, maior efetividade da fiscalização e responsabilização de agentes desconformes, bem como a capilaridade das distribuidoras em todo o território nacional como forma de assegurar o abastecimento nacional de combustíveis, objetivo primordial da ANP no setor.
- 4) A garantia do abastecimento nacional de combustíveis é um objetivo e direito (individual, coletivo e difuso) constitucionalmente tutelados e fortemente reforçado pela legislação infraconstitucional.



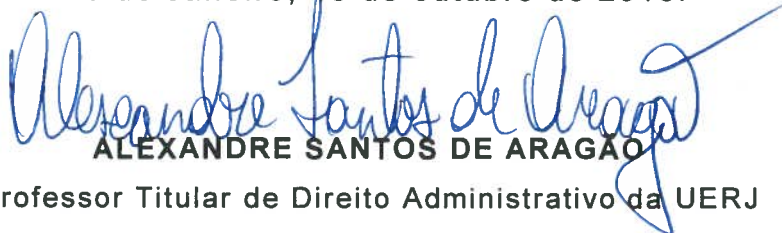
- 5) Ademais, tendo em perspectiva os direitos constitucionalmente tutelados potencialmente afetados por uma completa verticalização do setor, como a garantia do abastecimento nacional, a livre concorrência e a própria proteção ao consumidor, a desconstituição dessa segmentação é impedida pelo princípio da vedação ao retrocesso, quer em sua face genérica (invalidando o fim da desverticalização sem que se proponha alternativa proporcional, visto que ela advém de ditame constitucional), quer em sua repercussão específica (proibindo a redução infraconstitucional do patamar já alcançado de posituação dos direitos constitucionais à garantia do abastecimento nacional, à livre concorrência e à proteção ao consumidor).
- 6) Trata-se de proteção da eficácia e efetividade dos direitos e objetivos fundamentais em face de ações legislativas e, com ainda mais fortes razões, de ações meramente administrativas, infralegais, como aventa a ANP no caso concreto. Estaríamos diante de um retrocesso quanto à implementação de desideratos não apenas constitucionais, como também legais – da Lei do Petróleo.
- 7) O estudo “Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência”, de lavra do Departamento de Estudos Econômicos, que serve explicitamente de fundamento ao Aviso de TPC nº 3/2018, conclui expressamente que suas contribuições servem mais como forma de estimular o debate sobre o tema, no bojo da crise que se vivenciou no setor nos idos de maio deste ano, devendo ser robustecidas por novos estudos, tendo em vista a considerável possibilidade de se concluir pelo oposto das

soluções aventadas pelo DEE– com o que padece de vício de motivação a alteração normativa proposta.

- 8) A proposta em análise da ANP apresenta motivação, além de insuficiente, contraditória com pronunciamentos anteriores da própria Agência (e não por outros entes como o DEE): na Nota Técnica Conjunta 001/2018/SDL-SDR, a ANP enfatiza os diversos benefícios da proibição de venda direta de etanol aos postos de combustíveis, com argumentos que podem ser, na integralidade, aplicados à desverticalização no setor de maneira geral (cf. Tópico III, supra). Viola assim, juntamente com o princípio de motivação, o dever de coerência interna.
- 9) A proposta de alteração normativa analisada também se desarmoniza com o ordenamento jurídico por não ter sido precedida de prévio estudo de impacto regulatório, mormente quando, conforme salientado acima, são inequívocas as recomendações do DEE nesse sentido.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 15 de outubro de 2018.



ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Professor Titular de Direito Administrativo da UERJ

Professor de Direito Público do Petróleo do Doutorado da UERJ

Doutor em Direito do Estado pela USP