

REYNALDO SOARES DA FONSECA
DANIEL CASTRO GOMES DA COSTA

Coordenadores

DIREITO REGULATÓRIO

Desafios e
perspectivas para
a Administração Pública

Prefácio

LUIZ FUX

FORUM

DIREITO REGULATÓRIO

Desafios e perspectivas para a
Administração Pública

Reynaldo Soares da Fonseca
Daniel Castro Gomes da Costa
Coordenadores

Prefácio
Luiz Fux

DIREITO REGULATÓRIO

Desafios e perspectivas para a
Administração Pública

Belo Horizonte

FORUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

2020

© 2020 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (<i>in memoriam</i>)	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do *e-mail* editorial@editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

D598	Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública / Reynaldo Soares da Fonseca, Daniel Castro Gomes da Costa (Coord.). – Belo Horizonte : Fórum, 2020. 525 p.; 17cm x 24cm ISBN: 978-85-450-0719-7 1. Direito Administrativo. 2. Direito Público. 3. Direito Regulatório. I. Fonseca, Reynaldo Soares da. II. Costa, Daniel Castro Gomes da. III. Título. CDD: 341.3782 CDU: 346.5:65
------	--

Elaborado por Daniela Lopes Duarte – CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). *Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 525 p. ISBN 978-85-450-0719-7.

SUMÁRIO

PREFÁCIO

Luiz Fux	17
-----------------------	----

REGIME DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA EM ÂMBITO FINANCEIRO

Reynaldo Soares da Fonseca, Rafael Campos Soares da Fonseca, Leonardo Campos Soares da Fonseca	19
1 Introdução	19
2 Trajetória institucional de controle ao endividamento dos Estados Federados	20
3 Estado de calamidade financeira e seus efeitos jurídicos nas esferas administrativa e financeira	26
4 Conclusões	32
Referências.....	35

OS IMPACTOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Daniel Castro Gomes da Costa	37
1 Introdução	37
2 Contratações públicas no Brasil	39
3 Lei Anticorrupção.....	41
3.1 Aspectos sancionatórios.....	42
3.2 Questões atinentes à prevenção e à cooperação	44
4 A Lei Anticorrupção como instrumento de combate à corrupção.....	47
4.1 Prováveis dificuldades nas disposições da lei	47
4.2 Aplicação da Lei Anticorrupção	50
5 Conclusão	51
Referências.....	52

JUSTIÇA E SEGURANÇA NORMATIVA À LUZ DE APERFEIÇOAMENTOS NO PROCESSO REGULATÓRIO

Luiz Edson Fachin, Fernando Quadros da Silva	55
1 Os impactos na atividade regulatória: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e a Lei nº 13.848, de 26 de junho de 2019.....	55
2 Regulação por agências e a amplitude de seu controle pelo Judiciário	56
3 Aperfeiçoamento no processo decisório das agências.....	60
4 A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e possíveis efeitos na atuação regulatória	63
4.1 A Nova LINDB e seu reflexo na interpretação dos atos do Poder Público	64

4.2	O dever judicial de fundamentar e ponderar os efeitos das decisões	66
5	Algumas conclusões	66
	Referências.....	67

REGULAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÕES E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO DOS CONSUMIDORES EM CONTRAPOSIÇÃO AO CONCEITO DE USUÁRIOS

Humberto Martins	69
1 Introdução	69
2 O Direito das Telecomunicações como construção doutrinária	71
3 A relação do Direito das Telecomunicações com o Direito do Consumidor	75
4 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a afirmação do usuário de telecomunicações como consumidor.....	78
4.1 O Direito do Consumidor e o detalhamento do PIS e da COFINS nas faturas de serviços telecomunicações	79
4.2 A legitimidade passiva, ou não, da ANATEL e a legalidade da assinatura básica ...	81
5 Conclusão: a reestruturação da Agência Nacional de Telecomunicações e o reconhecimento do conceito de consumidor em detrimento do conceito de usuário	85
Referências.....	86

REGULAÇÃO E “NUDGE”: COMO A ECONOMIA COMPORTAMENTAL (BEHAVIORAL ECONOMICS) PODE INFLUENCIAR POLÍTICAS REGULATÓRIAS?

Luiz Fux, Gabriel Campos Soares da Fonseca	89
1 Introdução	89
2 <i>Behavioral economics</i> : origens e desenvolvimento.....	91
2.1 Contextualização histórica.....	91
2.2 Definição conceitual.....	95
3 <i>Nudge</i> , arquitetura de escolhas e o paternalismo libertário: perspectivas da economia comportamental para a regulação	96
3.1 <i>Nudge</i> e paternalismo libertário	97
3.2 Regulação, arquitetura de escolhas e economia comportamental	98
3.3 Regras padrão (<i>default rules</i>) e inércia: dois exemplos	101
4 Considerações finais	102
Referências.....	104

OS DESAFIOS DA IMPLANTAÇÃO DE MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM RAZÃO DO CONFLITO DE INTERESSES NO ÂMBITO DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: BREVE ESTUDO ENVOLVENDO AS UHE DE JAGUARÁ, MIRANDA E SÃO SIMÃO

Mauro Luiz Campbell Marques	107
1 Introdução	107
2 Conceito de arbitragem	109
3 A arbitragem no setor público.....	110

4	As esferas pública e privada no Estado Regulador.....	112
5	Os limites da arbitragem em contrato administrativo: o caso CEMIG	114
6	A Câmara de Mediação e Arbitragem da Administração Federal: arbitragem ou arbitramento?	116
7	Conclusão	118
	Referências.....	119

PERFIL CONSTITUCIONAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Ives Gandra da Silva Martins	121
1 Introdução	121
2 Previsão constitucional taxativa e o poder normativo.....	121
3 Da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel	122
4 Da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP	126
5 Conclusão	130

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: REGULAÇÃO

Paulo Dias de Moura Ribeiro	133
1 Apresentação	133
2 Autoridade Nacional de Proteção de Dados.....	133
3 Desafios da Lei Geral de Proteção de Dados	134
4 Os direitos da personalidade precisam ser protegidos	134
5 As revoluções, a cidadania e a personalidade	135
6 Conclusão	136
Referências.....	136

AGÊNCIAS REGULADORAS: NOTAS SOBRE OS CONTORNOS E OS LIMITES DA FUNÇÃO NORMATIVA NO ÂMBITO DA REGULAÇÃO SANITÁRIA

Rosa Maria Pires Weber	139
1 Introdução	139
2 Regulação setorial e competência normativa.....	140
3 Regulação e regulamentação: distinções necessárias.....	143
4 O princípio da legalidade na regulação setorial.....	144
5 Limites materiais do poder normativo	146
6 A cláusula constitucional do direito à saúde	150
7 Uma palavra final sobre a restrição de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito	154
Referências.....	154

A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE E A TRANSPARÊNCIA NA NOVA LEI GERAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: O PRESTÍGIO À BOA ADMINISTRAÇÃO

Sérgio Silveira Banhos	157
1 Notas de introdução	157
2 Boa administração, participação da sociedade e transparência	158

PERFIL CONSTITUCIONAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Ives Gandra da Silva Martins¹

1 Introdução

Foi com muito prazer que recebi o convite para escrever para o livro “Direito Regulatório”, sendo que neste estudo trago à reflexão dos leitores os aspectos constitucionais das agências reguladoras. Exponho, assim, minhas convicções e preocupações sobre a matéria. Isso porque estou convencido que, embora o papel das agências reguladoras seja importante, sua excessiva valorização e proliferação tende a esvaziar as funções do Poder Legislativo e dos Ministérios aos quais estão subordinadas.

É, pois, o que passo a demonstrar.

2 Previsão constitucional taxativa e o poder normativo

Tenho para mim – no que sou acompanhado pela excelente administrativista Maria Silvia Di Pietro² –, que o Constituinte admitiu apenas duas agências regulatórias, a saber: a ANATEL (artigo 21, inciso XI) e a ANP (artigo 177, §2º), dada a importância estratégica, do setor de telecomunicações, em que o país ainda tem muito a evoluir, e do setor de petróleo, que continua dependente da importação do produto externo.

Para as demais atividades, em que a União participa na ordem econômica, seja pelo regime da livre exploração, em casos de relevante interesse coletivo ou de segurança nacional (artigo 173) ou na prestação de serviços públicos (artigo 175), ao legislador das Casas com esta função normativa cabe o papel principal de elaboração das leis, e ao Chefe do Executivo, o papel regulamentador.

De rigor, a força maior das agências reguladoras reside no seu poder normativo e julgador, podendo impor regras de condução do mercado sobre o qual atuam e punir

¹ Agradeço a contribuição de minha assistente Ana Regina Campos de Sica, que me auxiliou na elaboração do presente artigo.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, p. 200-201.

descumprimentos das normas que criam. Acabam por exercer funções próprias dos três Poderes: do Legislativo, porque produzem normas; do Judiciário porque apreciam condutas dos que a elas estão subordinados e punem comportamentos em desacordo com as normas deles emanadas; e do Executivo, na medida em que atuam como um órgão administrativo dentro deste 3º Poder, de rigor, que tem a função exclusiva de pôr em marcha o ordenamento jurídico.

Ora, se não fosse da competência exclusiva do constituinte prever a existência de órgão regulador para setores, cuja relevância justifica a criação de uma entidade com tais funções, nitidamente, estar-se-ia diante de um notável enfraquecimento dos demais Poderes da República (Legislativo e Judiciário), sobre permitir que esse tipo de entidade se multiplicasse como cogumelos, nas várias esferas da Federação, terminando por gerar permanente conflito entre elas, sempre que houvesse proliferação de atividades dos agentes econômicos e áreas de atuação conjunta, paralela ou limítrofe de tais agentes.

Mais do que isto, sendo o objetivo de sua criação, a desburocratização, certamente o efeito seria inverso e acabariam as agências por burocratizar ainda mais os respectivos setores, gerando empregos cativos para aqueles que fossem encarregados de compatibilizar a produção normativa de cada agência, nos seus respectivos campos, para evitar invasões indevidas de competência, ou corrigi-las quando houvesse.

É de se lembrar, ainda, que o Constituinte só permite delegação legislativa por dois veículos: a medida provisória e a lei delegada. A primeira é sujeita ao exame de validade pelo Poder Legislativo; a segunda depende de expressa delegação do Legislativo ao Executivo com prazo certo e balizamento definido (artigos 62 e 68 da Constituição Federal).

Seria, pois, um contrassenso admitir que o processo legislativo, tão exaustivamente pormenorizado na Carta Magna (artigos 59 a 69), pudesse ser contornado pela outorga, sem respaldo da Lei Suprema, de funções normativas a qualquer agência criada por qualquer das entidades federativas do país (União, 26 Estados, Distrito Federal e aproximadamente cinco mil e quinhentos municípios).

A valer esta interpretação – que esvazia Legislativos, Ministérios e Secretarias de Estado –, as Casas Legislativas transformar-se-iam em casas de tertúlias acadêmicas e os Ministérios em órgãos consultivos de menor poder deliberativo.

Parece-me, pois, que, sabiamente, o Constituinte não permite qualquer outro tipo de agência que não aquelas duas expressamente autorizadas na Lei Suprema, sendo que todas as demais agências foram criadas em franca violação ao texto constitucional, razão pela qual não podem exercer o poder normativo; vale dizer: não podem promover inovação na ordem jurídica.

3 Da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel

Tendo sua criação autorizada pelo inciso XI do art. 21 da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 1995, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) exterioriza o espírito de determinado segmento da Constituinte, que pretendeu impedir a exploração econômica de determinadas áreas à iniciativa privada, nos seguintes termos:

Art. 1º Compete à União: (...) XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, *a criação de um órgão regulador* e outros aspectos institucionais; Art. 2º É vedada a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21 com a redação dada por esta emenda constitucional. (Grifos meus).

Este dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o capítulo da Comunicação Social da Lei Suprema, que, por sua vez, colocado no Título VIII da Ordem Social, assegura a liberdade absoluta na veiculação através da mídia de toda manifestação de pensamento, sob qualquer forma, havendo, pois, vedação a imposição tributária ou restrição, seja qual for sua natureza, a seu exercício por parte das autoridades públicas.

Em outras palavras, o controle da mídia e das manifestações de pensamento por parte do Poder Público é proibido, constituindo qualquer atuação tendente a introduzi-lo clara maculação à Lei Suprema.

Tal liberdade decorre de ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, em que a livre expressão garante a estabilidade das instituições, pois não se censura, nem se restringe, o que de melhor pode um povo apresentar, ou seja, a manifestação de seu pensamento, assegurada sem amarras, limitações, punições ou ameaças.³

Os artigos 220 a 224, portanto, dão formas definitivas à liberdade de manifestação, à luz dos princípios já delineados nos incisos II, IV, V, VI, IX, XIV, do artigo 5º da CF/88, assim redigidos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...)

³ Escrevi: “O artigo 220 elimina qualquer tipo de restrição aos meios de comunicação, afastando toda a espécie de censura, assim como programas obrigatórios – como a ‘Voz do Brasil’, resquício da ditadura – abrindo apenas espaço para a propaganda eleitoral, pois expressamente prevista no artigo 17, §3º, da Constituição Federal”.

O dispositivo fala claramente em manifestação (direito sem restrições) do pensamento, o que vale dizer, desde que veiculando opiniões pessoais, não pode haver qualquer espécie de limitação. Continua, o constituinte, a referir-se à criação autêntica ou informativa, acrescentando que a “expressão” e a “informação” – está mais voltada ao jornalismo – gozam de idêntica imunidade.

Não contente, o legislador supremo, em dizer que tais manifestações não sofreriam qualquer restrição, reforçou a dicção, ao dizer que as limitações não poderiam ser de qualquer natureza, ou seja “sob qualquer forma, processo ou veículo”.

À nitidez, entendeu, o constituinte, que, ao falar em veículo (meio de comunicação social), processo (qualquer tipo de divulgação) ou forma (latitude máxima), eliminaria qualquer atentado sobre a liberdade de imprensa ou a livre manifestação do pensamento.

A repetição objetiva tornar a garantia deste direito a mais ampla possível, impondo, o constituinte, apenas as restrições descritas pela própria Constituição, como é o caso da propaganda eleitoral (*Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, vol. VIII, 2000, p. 872/873).

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...)

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo *não sofrerão qualquer restrição*, observado o disposto nesta Constituição.

§1º – *Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social*, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§2º – É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§3º – Compete à lei federal:

I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§4º – A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§5º – Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§6º – A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade (grifos meus).⁴

Como se percebe, o artigo 220 traz para a mídia – sendo, a meu ver, cláusula pétrea, pois vinculada aos direitos fundamentais expressos no artigo 50º,⁵ conforme transcrito – a garantia própria de um Estado Democrático de Direito, cujo bem maior, em nível de liberdade, encontra-se exatamente em poder o cidadão pensar e dizer o que pensa sem restrições, através da mídia, para que o debate de ideias e o nível de informação e formação façam-se plenamente.

Em outras palavras, o constituinte brasileiro, ao petrificar a liberdade de expressão através dos meios de comunicação social, retirou do Poder Público a força de intervenção e controle, nesse campo, o que, de resto, é atitude própria de ditadores, a quem a informação e a liberdade de expressão incomodam sempre, mormente quando pode se transformar em dura oposição aos anseios dos detentores do poder.

⁴ Nos mencionados comentários, entendo que o §1º realça a garantia da liberdade de expressão à informação jornalística, o §2º é apenas classificatório. *Para diversos espetáculos públicos*, o §3º objetiva garantir a família nos programas de rádio e televisão abertas, o §4º procura alertar sobre a propaganda de produtos nocivos à saúde, o §5º elimina monopólios ou oligopólios e o §6º é dedicado aos jornais impressos. Nenhum deles reduz a plena liberdade de imprensa, principalmente no que concerne à comunicação audiovisual de acesso condicionado.

⁵ Este é, também, o entendimento de muitos constitucionalistas, como se lê, no Tratado de Direito Constitucional que coordenei com Gilmar Mendes e Carlos Valder do Nascimento, no trabalho escrito por Gastão Alves de Toledo (vol. 2, Ed. Saraiva, 2010, p. 307/348).

Neste ponto, analiso especialmente a questão da comunicação audiovisual de acesso condicionado, que é forma especializada de comunicação no interesse exclusivo do consumidor, vale dizer, da pessoa que deseja ter um tipo de programa e por ele paga. Neste caso, as empresas que se constituem para produzi-lo objetivam, exclusivamente, aquele consumidor específico interessado em tais programas.

Ora, no caso de comunicação audiovisual de acesso condicionado, tal liberdade de manifestação autêntica possui um componente maior, qual seja, o interesse daquele que deseja receber determinado tipo de programação, que paga para a empresa veiculadora, recebendo em contraprestação o que deseja. Se nenhum controle ou restrição, por força do artigo 220 e seus §§1º e 2º da CF/88, é permitido, com muito mais razão, nesta hipótese, em que qualquer restrição produziria violação ao princípio da livre-iniciativa.

Qualquer restrição ou imposição de programas obrigatórios feriria a livre-iniciativa, da mesma forma que feriria se determinado consumidor pretendesse adquirir um automóvel de determinada marca e o governo o obrigasse a adquirir automóvel de outra marca.

O *caput* do artigo 170 da CF está versado nos seguintes termos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – *defesa do consumidor*; (grifos meus)

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003*)

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995*).

É de se lembrar que a livre-iniciativa se une ao princípio da livre concorrência, e este ao planejamento não obrigatório para o segmento privado, como exposto no artigo 174 da Lei Suprema. Impor condições, restrições, onerações à livre-iniciativa em empreendimento que, por outro lado, goza da liberdade sem restrições em suas manifestações culturais ou informativas é macular também a Lei Suprema.⁶

Macula-se, também, a Lei Suprema no momento em que o direito do consumidor é atingido, tornando este sem defesa contra programações que não queira adquirir, em

⁶ O artigo 174 *caput* tem a seguinte dicção:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e *indicativo para o setor privado*” (grifos meus).

nítida violação ao artigo 170, inciso V, da Lei Suprema, que impõe a defesa do consumidor como cláusula pétrea da Lei Suprema, sendo tal defesa obrigação do Estado, nos termos do inciso XXXII, do artigo 5º, nos seguintes termos: “XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (...)”.

Ora, impor a um consumidor a obrigação de adquirir um programa de comunicação audiovisual que não deseja, por imposição governamental é, à evidência, tornar o Poder Público não um defensor, mas um agressor do direito do consumidor.

Nem se deve argumentar com o artigo 221 da Constituição Federal, que impõe condições claras a emissoras de rádio e televisão abertas, ou seja, aquela que é disponibilizada graciosamente ao consumidor. Claramente, não se aplica à “comunicação social condicionada”, pois esta é direcionada exclusivamente ao interesse do consumidor, que pretende determinado tipo de programa e apenas aquele.

O artigo é destinado à programação ao público geral e não à programação desejada e solicitada para um público específico, ao contrário da comunicação aberta e “descondicionada”, que é dedicada ao público em geral. Na primeira, o consumidor exige a programação da empresa que a propõe naqueles termos. Na segunda, as emissoras colocam o programa que desejam, sem que o consumidor tenha o direito de exigir esta ou aquela programação. E nesta deverão as emissoras de rádio e televisão cumprir rigorosamente o artigo 221.

A prova inequívoca está nos denominados programas para “adultos”, que, certamente, não beneficiam os valores da ética familiar, mas que podem ser adquiridos por aqueles que, na sua liberdade de agir e de pensar, desejam assistir a tais programas, pois tal liberdade é assegurada pela democracia, sob pena de o governo se transformar de defensor em agressor.

À evidência, todos os veículos de comunicação estão sujeitos a eventuais crimes e danos morais se afetarem terceiros nos direitos garantidos pelo artigo 5º, inciso X, da Lei Suprema. As limitações são, pois, os próprios princípios constitucionais, que, com base nos direitos fundamentais, jamais admitiriam a pornografia infantil, por exemplo.

4 Da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP

Como já aventado, como a União é detentora do monopólio sobre o setor de petróleo, sua competência e titularidade de regulamentação, concessão e autorização é absoluta para as atividades previstas nos incisos do art. 177 da CF/88, sendo que a ANP tem a necessidade de sua criação prevista na Constituição Federal, inciso III do §2º do art. 177 da CF/88, nos seguintes termos:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (*Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995*)

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

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

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

V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)*

§2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)* *(Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995)*

I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)*

II – as condições de contratação; *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)*

III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)* (grifos meus).

Assim, o braço administrativo da União Federal para conferir efetividade a tais funções é a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, instituída pela Lei nº 9.478/97 e implementada pelo Decreto nº 2.455, de 14.01.1998.

Ambos os instrumentos normativos preveem que a ANP é uma agência sob o regime autárquico especial e órgão regulador ligado ao Ministério de Minas e Energia,⁷ nos seguintes termos:

⁷ Celso Ribeiro Bastos sobre tais determinações ensina que:

“As atividades econômicas de que trata o art. 4º serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País (art. 5º). Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo – ANP, entidade integrante da administração federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia. A ANP terá como finalidade precípua promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas relativas ao petróleo. Portanto, todos os direitos de exploração e produção de petróleo e gás natural em território nacional pertencem à União, cabendo sua administração à ANP. Assim, a Petrobrás terá de transferir para a ANP as informações e dados de que dispuser sobre as bacias sedimentares brasileiras, assim como sobre as atividades de pesquisa, exploração e produção de petróleo ou gás natural, desenvolvidas em função da exclusividade do exercício do monopólio até a publicação da Lei n. 9.478, de 06 de agosto de 1997. Tudo isso constitui o acervo técnico, cabendo à ANP sua coleta, manutenção e administração. Pelos dados e informações referidos a Petrobras será remunerada, segundo critérios da ANP. Somente poderão obter concessão para a exploração e produção de petróleo ou gás natural as empresas que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP. É o que reza a norma geral do art. 25. Já as normas específicas cuidam das atividades em curso, que sempre foram levadas a efeito por uma única empresa: a Petrobras, que detinha o monopólio do petróleo. De acordo com os arts. 31 a 35, a Petrobras passa a gozar de uma série de privilégios, tais como: a) ratificação de seus direitos sobre cada um dos campos que se encontrem em efetiva produção na data de início de vigência da lei (art. 31); b) nos blocos em que, quando do início da vigência da norma, tenha a Petrobras realizado descobertas comerciais ou promovido investimentos na exploração, poderá ela, observada sua capacidade de investir, inclusive por meio de financiamentos, prosseguir nos trabalhos de exploração e desenvolvimento pelo prazo de três anos e, nos casos de êxito, nas atividades de produção (art. 32); c) cumprindo o disposto no art. 31 e dentro do prazo de um ano a partir da data de publicação da lei, a ANP celebrará com a Petrobras, dispensada a licitação prevista no art. 23, contratos de concessão dos blocos que atendam às condições estipuladas nos arts. 32 e 33, definindo-se, em cada um desses contratos, as participações devidas, nos termos estabelecidos na Seção VI.

Embora mínima essa concessão, ela tem o caráter simbólico e também prático de, na medida em que se contratarem empresas privadas para fazer serviços da mesma natureza dos feitos pela Petrobras, estar-se-á criando a possibilidade de avaliação ou de confronto da eficiência dos entes estatais na exploração de atividade econômica. Quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como órgãos da administração direta da União, têm eles direito à participação no resultado da exploração do petróleo ou do gás natural, desde que a reserva se encontre no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva. Essa

Lei 9.478/1997:

Art. 7º Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia. (*Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005*) (...)

Decreto 2.455/1998:

Art. 1º. Fica implantada a Agência Nacional do Petróleo – ANP, autarquia sob regime especial, com personalidade jurídica de direito público e autonomia patrimonial, administrativa e financeira, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com prazo de duração indeterminado, como órgão regulador da indústria do petróleo, nos termos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. (...)

Art. 4º Ficam remanejados nos termos do §1º, art. 77 da Lei nº 9.478, de 1997, do Ministério de Minas e Energia para a Agência Nacional do Petróleo – ANP, os Cargos em Comissão do Grupo – Direção e Assessoramento Superiores – DAS e Funções Gratificadas – FG, alocados ao Departamento Nacional de Combustíveis – DNC, assim distribuídos: um DAS 101.5; quatro DAS 101.4; nove DAS 101.2; vinte DAS 101.1; dois DAS 102.1: cinco FG-1; seis FG-2 e nove FG-3.

Art. 5º O regimento interno da ANP será aprovado pelo Ministério de Estado de Minas e Energia e publicado no Diário Oficial da União, no prazo de até sessenta dias contados da data de publicação deste Decreto.

A ANP tem como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe, entre outras funções, implementar a política nacional de petróleo e gás natural, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação, estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores, além de regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (art. 8º, incisos I, VI, VII e XV, da Lei nº 9.478/97).

Cabem à ANP, outrossim, as atribuições do Departamento Nacional de Combustíveis – DNC, relacionadas com as atividades de distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool, bem como, na hipótese de Importação e Exportação de Gás Natural, autorizar as empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, a exercer tais atividades.

No artigo 6º dessa mesma Lei nº 9.478/97 constam as definições de gás natural, seu transporte, transferência, e da distribuição canalizada, nos seguintes termos:

Art. 6º Para os fins desta Lei e de sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições:

(...)

participação pode ser substituída por uma compensação financeira, tudo conforme o disposto no art. 20, §1º, da Constituição Federal” (BASTOS Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 7º vol. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 147 e 148).

II – Gás Natural ou Gás: todo hidrocarboneto que permaneça em estado gasoso nas condições atmosféricas normais, extraído diretamente a partir de reservatórios petrolíferos ou gaseíferos, incluindo gases úmidos, secos, residuais e gases raros;

(...)

VII – Transporte: movimentação de petróleo e seus derivados ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse geral;

VIII – Transferência: movimentação de petróleo, derivados ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse específico e exclusivo do proprietário ou explorador das facilidades;

(...)

XIV – Campo de Petróleo ou de Gás Natural: área produtora de petróleo ou gás natural, a partir de um reservatório contínuo ou de mais de um reservatório, a profundidades variáveis, abrangendo instalações e equipamentos destinados à produção;

(...)

XXII – Distribuição de Gás Canalizado: serviços locais de comercialização de gás canalizado, junto aos usuários finais, explorados com exclusividade pelos Estados, diretamente ou mediante concessão, nos termos do §2º do art. 25 da Constituição Federal;

(...).

Algumas considerações se fazem necessárias em relação ao disposto no §1º do artigo 177 da Constituição Federal, que flexibilizou o monopólio da União, nos seguintes termos:

§1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995) (Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995).*

À evidência, o que determina a Carta Magna é que as atividades elencadas nos incisos I a IV pertencem à União, podendo, entretanto, haver a participação de empresas privadas, nos termos definidos por lei ordinária federal, cuja matéria o §2º prevê que seja a respeito da garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional, das condições de contratação e da estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio.

Ora, como visto, a lei a que se refere o dispositivo constitucional é Lei nº 9.478/97, que dispõe sobre a política energética pátria e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências, tais como:

Art. 4º Constituem monopólio da União, nos termos do art. 177 da Constituição Federal, as seguintes atividades:

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

II – a refinação de 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 como o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e de gás natural.

Portanto, o monopólio da União sobre o setor petrolífero é ratificado pela própria lei instituidora da ANP (Lei nº 9.478/97).

5 Conclusão

Por todo o exposto, creio que tenha ficado claro ao leitor que tenho uma visão restritiva das funções das agências, pois entendo que, no Brasil, o constituinte outorgou poder normativo apenas ao Presidente da República (medidas provisórias, leis delegadas, decretos e regulamentos para fiel execução de lei – art. 84, IV, da CF), às Casas Legislativas das três esferas da Federação e às duas agências regulatórias (ANEEL, art. 21, inciso XI, e ANP, art. 177, §2º, inciso III); o que é compatível com a forma democrática que adotamos.

É de se lembrar que as agências regulatórias têm um poder superior às autarquias, maior agilidade e uma competência normativa (atos de regulação) que dificilmente encontrar-se-iam nas entidades da administração indireta que substituem. Fala-se mesmo que as agências regulatórias são mais fortes que os Ministérios ou Secretarias de Estado, pois “legislam” com uma autonomia antes desconhecida, no Direito Pátrio.

Por esta razão, o constituinte, em dois setores estratégicos, que dependem de decisões rápidas, permitiu a sua instituição, dando-lhes, por decorrência, um poder discricionário maior e conferindo-lhes a faculdade de criar comandos regulatórios quase semelhantes aos do Poder Legislativo.

Assim, qualquer outra agência reguladora criada por qualquer ente da Federação é, a meu ver, inconstitucional, pois os poderes que recebem dos legisladores menores não lhes poderiam ser concedidos, à falta de previsão no texto máximo, elaborado pelo legislador maior.

Não estou convencido, pela excepcionalidade e pela força de que se revestem, que possam ser criadas tantas agências regulatórias quantos sejam os segmentos considerados relevantes para o governo, que, um dia, argumentando-se *ad absurdum*, poderão ser todos.

Em outras palavras, outorgar, em nível federal, estadual e municipal, poder regulatório a qualquer agência a ser criada pelas mais de 5.500 entidades federativas brasileiras é instituir, em todas as esferas, poderes normativos paralelos, o que poderia gerar conflitos permanentes sem interligações, interconexões e interdependência, nos setores regulados por agências diferentes. E o conflito das regulações poderá provocar uma burocratização consideravelmente maior traindo o intuito para o qual foram permitidas pela Constituição, nos dois setores, qual seja o da simplificação.

Vale a pena meditar sobre o assunto, para que não aconteça que, a título de desburocratizar, tornando mais ágil a economia implantada, venham a provocar, pela excessiva independência de cada agência e pela quantidade de normas regulatórias que editam, um breque no desenvolvimento econômico nacional. No caso, o princípio latino de *qui abundat, non nocet* é inaplicável.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Perfil constitucional das agências reguladoras. *In*: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). *Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 121-131. ISBN 978-85-450-0719-7.
