

A LEGITIMIDADE DE MEDIDAS REPARADORAS DE CONDUTA CRIADAS PELA ANP

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO*

Sumário: 1. Introdução. 2. A verdadeira natureza jurídica da medida reparadora de conduta. 2.1. A natureza de causa de extinção da punibilidade. 2.2. A natureza de ato regulatório consensual. 3. A adequação da medida reparadora de conduta ao princípio da legalidade. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, instituiu, através da Resolução ANP nº 32/2012, a Medida Reparadora de Conduta - MRC, que consiste na possibilidade de o agente econômico causador de um dano ao consumidor de menor gravidade repará-lo eficazmente dentro de um certo lapso temporal, extinguindo a punibilidade da conduta ilícita por ele praticada, nos termos dos artigos 3º e 4º, *verbis*:

Art. 3º O agente econômico poderá adotar, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados a partir da data da ação de fiscalização, medidas reparadoras de conduta quando ficar caracterizado o não atendimento aos seguintes dispositivos:

*I - art. 12 da Portaria ANP nº 41, de 12 de março de 1999;
II - inc. VIII do art. 10 da Portaria ANP nº 116, de 5 de julho de 2000;
III - § 1º do art. 10 da Portaria ANP nº 116, de 5 de julho de 2000, somente quanto ao quadro de aviso;
IV - § 3º do art. 10 da Portaria ANP nº 116, de 5 de julho de 2000;
V - inc. II do art. 4º A da Portaria ANP nº 116, de 5 de julho de 2000, somente quanto à quantidade de bicos abastecedores, tipos de combustíveis e mudança de tancagem;
VI - inc. IX do art. 14 da Portaria ANP nº 32, de 6 de março de 2001;
VII - § 1º do art. 14 da Portaria ANP nº 32, de 6 de março de 2001, somente quanto ao quadro de aviso;
VIII - inc. IV do art. 16 da Portaria ANP nº 297, de 18 de novembro de 2003;*

* Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Árbitro. Advogado.

IX - inc. VIII do art. 36 da Resolução ANP nº 15, de 18 de maio de 2005;
X - inc. XVI do art. 36 da Resolução ANP nº 15, de 18 de maio de 2005;
XI - inc. VII do art. 13 da Resolução ANP nº 4, de 8 de fevereiro de 2006;
XII - inc. X do art. 13 da Resolução ANP nº 4, de 8 de fevereiro de 2006;
XIII - inc. VIII do art. 15 da Resolução ANP nº 18, de 26 de julho de 2006;
XIV - inc. III do art. 21 da Resolução ANP nº 8, de 6 de março de 2007;
XV - § 4º do art. 3º da Resolução ANP nº 9, de 7 de março de 2007;
XVI - art. 4º da Resolução ANP nº 9, de 7 de março de 2007; e
XVII - inc. XIII do art. 19 da Resolução ANP nº 20, de 18 de junho de 2009.

Parágrafo único. A adoção de medida reparadora de conduta poderá abranger 1 (um) ou mais incisos do caput deste artigo.

Art. 4º O agente econômico poderá adotar medidas reparadoras de conduta durante o transcurso da ação de fiscalização quando ficar caracterizado o não atendimento aos seguintes dispositivos:

I - inc. IV do art. 10 da Portaria ANP nº 116, de 5 de julho de 2000, somente quanto à informação sobre a aditivção do combustível comercializado;
II - inc. V do art. 10 da Portaria ANP nº 116, de 5 de julho de 2000;
III - inc. II do § 3º do art. 11 da Portaria ANP nº 116, de 5 de julho de 2000;
IV - inc. VI do art. 14 da Portaria ANP nº 32, de 6 de março de 2001;
V - inc. VII do art. 14 da Portaria ANP nº 32, de 6 de março de 2001;
VI - inc. XV do art. 14 da Portaria ANP nº 32, de 6 de março de 2001;
VII - parágrafo único do art. 11 da Portaria ANP nº 297, de 18 de novembro de 2003;
VIII - observação nº "(3)" do "Quadro I: Tabela de especificação do Gás Natural" do Regulamento Técnico ANP nº 2/2008, integrante da Resolução ANP nº 16, de 17 de junho de 2008;
IX - caput do art. 27 da Resolução ANP nº 7, de 9 de fevereiro de 2011;
X - parágrafo único do art. 27 da Resolução ANP nº 7, de 9 de fevereiro de 2011; e
XI - art. 1º da Resolução ANP nº 63, de 7 de dezembro de 2011.

Parágrafo único. A adoção de medida reparadora de conduta poderá abranger 1 (um) ou mais incisos do caput deste artigo.

Desde a edição da referida resolução, a sistemática da MRC vinha sendo aplicado normalmente pela Agência, no exercício de sua competência fiscalizatória e em cumprimento com as finalidades perseguidas pela Lei nº 9.478/97 – Lei do Petróleo, trazendo ganhos de eficiência administrativa, economicidade e, sobretudo, atendendo ao melhor interesse dos consumidores: qual seja, o da reparação eficaz dos danos a eles causados.

Contudo, há notícia de que o Ministério Público de Minas Gerais, por intermédio do Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON-MG), está contestando, dentre outras coisas, a legalidade da criação dessas Medidas Reparadoras de Conduta, considerando não haver expressa previsão legal para sua instituição, como se depreende da passagem abaixo transcrita:

“Analisando a instituição das ‘medidas reparadoras de conduta’ pela ANP, verifica-se que ela não possui embasamento legal, tendo sido instituída através de uma resolução. As atribuições da indigitada agência encontram-se dispostas na Lei Federal 9.478, de 6 de agosto de 1997, a qual nada menciona sobre tais medidas. Ademais, a Lei Federal 9.847, de 26 de outubro de 1999, que ‘dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis’ também não prevê no rol de sanções administrativas do seu artigo 2º as intituladas ‘medidas reparadoras de conduta’”.

Nesta linha, prossegue ainda o *Parquet* asseverando que mesmo na Lei nº 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor – não há, no rol de sanções, considerado exaustivo no documento em questão, nenhum dispositivo que preveja “a advertência ou medida similar como a reparação de conduta”.

Destarte, o presente ensaio tem por escopo aclarar a presente controvérsia, dentro de uma perspectiva estritamente jurídica. Para esse mister, iremos demonstrar que a MRC não possui natureza jurídica de sanção, como quer o MP-MG, mas, sim, de causa de extinção da punibilidade. Contudo, caso dessa forma não se considere, sua natureza ainda assim seria de ato consensual da administração – não de sanção.

Dito isto, demonstraremos não existir, independente de uma ou de outra natureza, qualquer violação por parte da Resolução ANP nº 32/2012 ao princípio da legalidade, mas, pelo contrário, sua concretização, cumprindo as finalidades visadas pela Lei do Petróleo, sobretudo a de proteção aos interesses dos consumidores, e efetivando os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, que devem sempre reger a atuação da Administração Pública, malgrado ausência de previsão legal específica.

2. A VERDADEIRA NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA REPARADORA DE CONDUTA

Para o adequado deslinde da questão, convém investigarmos a verdadeira natureza jurídica da Medida Reparadora de Conduta prevista na Resolução ANP nº

32/2012, em cujo entendimento do Ministério Público trata-se de sanção, similar a uma advertência.

Conforme será demonstrado infra, contudo, a MRC não pode ser considerada sanção, tratando-se de causa de extinção da punibilidade, fazendo desaparecer a pretensão sancionadora do Estado quando verificadas suas condições.

Por outro lado, caso não se encampe essa possibilidade, pode também ser encarada a MRC como ato regulatório consensual, na esteira da recente tendência do ordenamento jurídico brasileiro de adoção de soluções consensuais em detrimento da imposição unilateral coercitiva.

2.1. A natureza de causa de extinção da punibilidade

Alega o *Parquet* mineiro que a Medida Reparadora de Conduta da Resolução ANP nº 32/2012 seria uma forma de sanção branda (similar a uma advertência), não prevista em lei e que, por essa razão, estaria eivada de invalidade.

Incorre, contudo, em equívoco: as MRCs celebradas entre a ANP e os agentes econômicos *são prévias à instauração do processo administrativo sancionador*. Do contrário, maior invalidade estaria em desrespeitar-se a garantia constitucional do devido processo legal na aplicação de sanção. Ora, a Resolução da ANP denota que a medida é justamente uma excludente de responsabilidade administrativa, não uma sanção leve: a penalidade em tese incidente é outra, que é afastada pela satisfação voluntária do direito violado.

Tratam-se, como será demonstrado infra, de *causas de extinção da punibilidade*, que se opera com a tempestiva adequação da conduta do particular à legislação setorial, até 5 dias úteis da data da ação de fiscalização ou durante o transcurso da referida ação, conforme o caso (ver arts. 3º e 4º da Resolução).

As causas de extinção da punibilidade são um instituto tipicamente estudado pela disciplina penalista, mas cuja aplicação harmoniza-se com o Direito Administrativo Sancionador devido à proximidade axiológica de ambos. Sobre essa proximidade, afirma *Marçal Justen Filho* que “a doutrina nacional e estrangeira concordam, em termos pacíficos, que as penalidades administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante”.¹

Além disso, importar determinados conceitos e institutos de outras searas jurídicas em que seu estado de evolução teórica esteja mais evoluído não é uma prática contrária ao Direito, que, apesar de comportar diversos regimes diferentes, é uno por definição. Neste sentido, leciona *Alejandro Nieto* que o Direito Administrativo Sancionador “toma emprestados os instrumentos proporcionados pelo direito penal simplesmente porque lhe são úteis por causa de seu amadurecimento mais avançado e de sua superioridade teórica”.² Evidentemente, não houvesse proximidade entre as disciplinas, descabido seria o empréstimo dos instrumentos deste para aquele.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1008.

² NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1994, p. 81-2.

Dito isto, é preciso consignar que, conforme expõe *Heleno Cláudio Fragoso*, “com a prática da ação delituosa surge para o Estado o direito subjetivo à imposição da pena, que se expressa na *pretensão punitiva*. Esse direito subjetivo se exerce em relação ao transgressor da norma penal. A pena aparece como consequência jurídica da realização do crime. Há situações, no entanto, que extinguem a punibilidade, fazendo desaparecer a pretensão punitiva ou o direito subjetivo do Estado à punição”.³

Sobre tais causas, *Aloysio de Carvalho Filho* destaca que “decorrentes, que sejam, do imperativo natural, como a morte do condenado; de conveniência política, como a anistia, ou a prescrição, têm elas o efeito de impedir ou paralisar a ação penal, evitar ou encerrar a execução da pena”.⁴ Mais adiante, minudencia: “naturais são as causas que resultam do próprio conceito da ação: o direito de agir deixa de existir, seja porque a sua força se esgotou, seja porque o objeto mesmo da ação não subsiste, seja porque desapareceu uma de suas condições. (...) As causas políticas decorrem de circunstâncias estranhas à natureza da ação; certas razões de política criminal atribuem-lhes o efeito de eliminar a punição do delinquente, do que são mostra a anistia e a prescrição”.⁵

Dessa forma, ainda quando a extinção da punibilidade não decorra naturalmente das circunstâncias do processo punitivo, é legítimo ao Poder Público estabelecer novas causas ‘não naturais’ para essa extinção, com base em um juízo de conveniência política, tendo sempre em vista os princípios constitucionais informadores de sua atuação.

É o que ocorre no caso concreto quando a ANP edita a Resolução nº 32/2012, que cria a Medida Reparadora de Conduta. A MRC é uma causa de extinção da punibilidade que se opera, para as infrações taxativamente elencadas nos arts. 3º e 4º da indigitada resolução, todas de pequena gravidade, quando o agente econômico adequa sua conduta à legislação até 5 dias úteis a partir da data da ação de fiscalização (hipóteses do art. 3º) ou durante o transcurso da mesma (art. 4º). Tal medida, como será demonstrado no Tópico III, atende não apenas aos objetivos da Lei nº 9.478/97, como também concretiza diretamente os princípios constitucionais da Administração Pública, sobretudo os da Eficiência e Economicidade.

Há de se questionar, todavia, como o faz o *parquet*, o fato de tais causas necessariamente constarem de expressa previsão legal em matéria de Direito Penal, o que não se reproduz no caso concreto, atinente ao Direito Administrativo Sancionador. Acontece que naquele ramo do direito vigora o princípio da reserva absoluta de lei formal, que, via de regra, não se aplica a este, muita menos quando não cria infração administrativa, mas sim a atenua ou a exclui. Nesse diapasão, como será exposto no Tópico III, ao qual nos reportamos, a previsão da Resolução ANP nº 32/2012 em nada viola o princípio da legalidade administrativa, sendo, pelo contrário, com ele harmonizada.

³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 399.

⁴ CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal – Volume IV. Arts. 102 a 120*. 4ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1958, p. 71.

⁵ IDEM, p. 75.

Por fim, caso não se entenda pela natureza de causa de extinção da punibilidade da MRC, o que admitidos *ad argumentandum tantum*, ainda assim ela não terá natureza de sanção, tratando-se de ato regulatório consensual, como passaremos a expor infra.

2.2. Da natureza de ato regulatório consensual

Mesmo que não se entenda que as Medidas Reparadoras de Conduta possuem natureza de causa de extinção da punibilidade, elas não poderiam ser consideradas como sanções, sendo, conforme será demonstrado abaixo, verdadeiros atos regulatórios consensuais, cada vez mais presentes em nosso ordenamento jurídico, no que se pode chamar de uma crescente tendência pela consensualidade na atuação estatal.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto assim expõe as vantagens da Administração Pública consensual: “Pela via da consensualidade, o Estado obtém respostas mais eficientes, mais rápidas, de menores custos e, é claro, mais legitimadas, para satisfazer a seus deveres legais com a sociedade com a atração de incentivos. Essa participação cooperativa, segundo a arguta apreciação de *Roland Pennock*, deve ser incrementada nas democracias contemporâneas. Primeiro, pela simples e óbvia razão de alcançar o aprimoramento da governança (eficiência); segundo, para propiciar freios contra o poder de interesses escusos sobre o governo (legalidade); terceiro, para garantir, sempre mais, que nenhum interesse foi negligenciado ou excluído na consideração governamental para a tomada de decisões (justiça); quarto, para garantir, pela participação de mais pessoas informadas e sábias, que se chegue a uma ‘sabedoria coletiva’, à maneira aristotélica, que sobrepasses mesmo à do mais sábio e prudente governante (legitimidade); quinto, pela responsabilidade que, assim, se infunde aos indivíduos, pelas consequências de suas ações políticas, aprimorando-os pelo equilíbrio, que isso importa, entre a realização de seus desejos pessoais e a do interesse coletivo (civismo); sexto, para tornar o ‘produto’ governamental mais aceitável e, portanto, de um lado, garantindo o mais fiel cumprimento de suas determinações e, de outro, reduzindo o risco de descontentamento (ordem)”.⁶

Neste contexto, *Gaspar Ariño Ortiz* sustenta que “nada obsta, mas recomenda, que nos processos de regulação (fixação de preços ou tarifas, estabelecimento do direito de acesso às redes, determinação de cotas de conexão, ordens de ampliação do serviço, etc.) o regulador, antes de qualquer coisa, trate de chegar a um acordo com a empresa interessada, ou melhor, com as partes interessadas, pois na maioria das vezes se tratam de procedimentos triangulares nos quais o conflito se coloca bilateralmente à Administração”.⁷

Tratando de situação semelhante à do presente caso, *Florianio de Azevedo Marques* sustenta a possibilidade de a ANEEL substituir a aplicação de sanções pecuniárias pela imposição de novas metas de ampliação dos serviços prestados pela

⁶ Prefácio à obra de Marcos Juruena Villela Souto, *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, pp. 3-4.

⁷ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación: Granada, 1999, pp. 598-9.

concessionária infratora, atitude que, *in casu*, seria mais consentânea com os objetivos públicos perseguidos pela Agência.⁸

Afirma o publicista que “a unilateralidade e a exorbitância tradicionais no exercício da autoridade pública (poder extroverso) têm que dar lugar à interlocução, à mediação e à ponderação entre interesses divergentes, sem descuidar, por óbvio, da proteção da coletividade contra abusos dos agentes econômicos. De outro lado, a atividade regulatória estatal, neste novo contexto, tem que se pautar pelos interesses que lhe cumpre tutelar. (...) *A finalidade da atividade regulatória estatal não é a aplicação de sanções e sim a obtenção das metas, pautas e finalidades que o Legislador elegeu como relevantes alcançar.* Para atingimento destas finalidades primaciais pode lançar mão, dentre outros instrumentos, do poder de sancionar”.⁹

Em outra ocasião, também tivemos a oportunidade de nos manifestar a esse respeito, como se destaca abaixo:

“Nesta perspectiva a concepção tradicional da irrenunciabilidade dos poderes da Administração Pública deve ser matizada com os Princípios da Eficiência e da Proporcionalidade. A mera previsão legal da possibilidade de a Administração atuar coercitivamente não impede que, deixando de agir impositivamente, adote medidas em comum acordo com os sujeitos envolvidos, desde que, naturalmente, os valores em jogo sejam atendidos pelo menos com o mesmo grau de satisfação com que o seriam de forma coercitiva. Sob o influxo destes novos paradigmas devem se abeberar alguns tradicionais dogmas do Direito Administrativo, tais como o de poder/dever de aplicação de sanções em virtude do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público”.¹⁰

Ademais, como se pode inferir da ementa infra transcrita, este também é o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

PODER PÚBLICO. TRANSAÇÃO. VALIDADE. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. *Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimização deste interesse.* Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria

⁸ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Parecer na Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 221, p. 355-7.

⁹ IDEM, grifamos.

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 111.

fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.¹¹

Desta feita, no caso concreto, ao possibilitar que, respeitadas as condições apostas na resolução, o agente infrator voluntariamente repare o dano causado, liberando-se da responsabilização pelo ilícito cometido, a ANP está apenas adotando uma solução consensual em detrimento do exercício da atuação coercitiva que culminaria na imposição de sanção, cumprindo, como será visto no Tópico III, com as finalidades almejadas pela Lei nº 9.478/97, efetivando os princípios constitucionais da administração pública e os princípios gerais da isonomia e da segurança jurídica.

Com efeito, a ANP, voluntariamente, regulamentou a possibilidade prevista legalmente de conciliar e celebrar termos de ajustamento de conduta, prevenindo normativamente em que hipóteses os particulares infratores que aderissem à norma ficariam sem ser punidos. Esses, por sua vez, também voluntariamente, aderem à norma praticando o comportamento considerando pela ANP como suficiente para excluir a punibilidade.

Sob essa perspectiva é que vemos que *o raciocínio desenvolvido nesse ensaio com fins didáticos, pelo qual se defende que a MRC é uma exclusão de punibilidade ou um ato regulatório consensual é um falso dilema, pois na verdade os dois institutos são plenamente harmonizáveis: trata-se de uma exclusão consensual de punibilidade.*

Anote-se que esta tendência de substituição do exercício imediato do poder punitivo estatal por soluções consensuais, evitando, *prima facie*, a instauração de processo sancionador e a movimentação da máquina pública em casos de ofensas de menor gravidade, é salutar e pode ser atribuída hodiernamente ao Direito como um todo, emergindo tanto nos sistemas estrangeiros quanto no ordenamento pátrio.

O caso mais notório de internalização dessa tendência é o da Lei nº 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais, que trouxe as chamadas medidas despenalizadoras. A este respeito, *Ada Pellegrini Grinover et al* afirmam que esse diploma legal é o resultado da preocupação do jurista brasileiro com um "processo penal de melhor qualidade com o intuito de alcançar um 'processo de resultados', ou seja, um processo que disponha de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar praticamente a utilidade das decisões. Trata-se do tema da efetividade do processo, em que se põe em destaque a instrumentalidade do sistema processual em relação ao direito material e aos valores sociais e políticos da nação"¹².

Sobre tais medidas, asseveram os renomados juristas que “o que há de comum, pelo menos no que tange a três desses institutos despenalizadores, é o *consenso* (a conciliação)”¹³. Ou seja, é a consensualidade entre Poder Público e particular servindo de mecanismo eficaz à consecução dos objetivos colimados pelo

¹¹ RE 253885, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al). *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099/1995*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 9.

¹³ IDEM, p. 39.

ordenamento, em detrimento da imposição coercitiva de uma sanção, que, apesar de sempre prevista na lei, não necessariamente se coaduna com seus fins ou contribui para que se os alcancem.

Também no Direito Ambiental a Lei nº 9.605/98 prevê expressamente a aplicação de medidas despenalizadoras, quando diante de infrações de menor lesividade. Confira-se, a título exemplificativo, o art. 28 do referido diploma:

Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:

I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no caput, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo;

II - na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no caput, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição;

III - no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1º do artigo mencionado no caput;

IV - findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III;

V - esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano.¹⁴

Dessa maneira, pode-se dizer que emerge uma tendência geral de consensualidade a ganhar força no ordenamento brasileiro, o que, aliás, pode ser também muito bem exemplificado pelo §6º c/c o *caput* do art. 5º da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública, que de forma geral e abstrata autoriza a celebração de compromissos de ajustamento de conduta para a defesa de interesses difusos pelas autarquias, o que, naturalmente, inclui as agências reguladoras.

Há, contudo, à primeira vista, duas importantes diferenças entre os institutos ora citados e aquilo que se prevê na Resolução ANP nº 32/2012 que podem ensejar questionamentos quanto à sua legalidade. Confirmam-se abaixo:

¹⁴ À guisa de exemplo, também na seara tributária não é recente a adoção de figura semelhante, chamada ‘denúncia espontânea’, que tem o condão de liberar o infrator inclusive de responsabilização penal. Consta do art. 138 do CTN, *verbis*: Art. 138. *A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração. Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.*

- a) Uma primeira diferença é o fato de que as medidas despenalizadoras dependem de iniciativa do Poder Público: seu benefício é oferecido ao particular que aceita a proposta, sujeitando-se a seus termos, ou recusa-a. Por outro lado, as MRCs da Resolução ANP nº 32/2012, pelo seu caráter normativo, geral e abstrato, prescindem de posterior nova iniciativa concreta da Agência, ou seja, podem ou não ser adotadas diretamente pelo agente econômico sem intermediação específica do ente estatal, que deve apenas ser notificado;
- b) Em segundo lugar, as medidas despenalizadoras da Lei nº 9.099/95 e da Lei nº 9.605/98 estão previstas expressamente em lei, ao passo que as MRCs emanam, ao menos diretamente, de regulamento;

Com relação à primeira diferença, é importante destacar que, conforme mencionado supra, a Lei da Ação Civil Pública outorga uma competência geral às Agências Reguladoras para transigirem na defesa de interesses difusos, dentre os quais encontram-se, naturalmente, os dos consumidores. Também a Lei nº 9.478/97 prevê as competências para a ANP compor conflitos (art. 18) e atuar na proteção dos interesses dos consumidores (art. 8º, I), o que será analisado mais detidamente no próximo tópico.

Nesse diapasão, é correto afirmar que compete à ANP, caso a caso, firmar Termos de Ajustamento de Conduta com os agentes econômicos que incorrerem em violações das normas setoriais, para que se busque consensualmente a reparação do dano causado em detrimento da aplicação de uma sanção, quando esta opção mostrar-se mais vantajosa do ponto de vista dos interesses em jogo (proteção dos interesses dos consumidores, eficiência administrativa, reparação eficaz do dano etc.). Transigir em tais hipóteses é, portanto, uma opção legítima e muitas vezes até mesmo necessária da Administração Pública.

À luz de tais considerações, percebe-se que, ao editar a Resolução nº 32/2012, esta Agência Nacional apenas exerceu autolimitação de sua ampla competência para transigir com os agentes econômicos, estabelecendo, com generalidade, abstração e efeitos vinculantes, algumas hipóteses (28 ao todo) de descumprimento da legislação setorial em que ao particular é facultado, dentro de um prazo, adequar voluntariamente sua conduta e evitar a aplicação de penalidade. As hipóteses, ressalte-se, são todas de infrações de pequena gravidade, cuja rápida reparação traz muitos mais benefícios do que a instauração de processo administrativo sancionador, dada a baixa lesividade dos danos causados. Veja-se o exemplo da norma referida no art. 3º, VIII da supramencionada resolução:

Art. 16. O revendedor de GLP obriga-se a:

(...)

IV - exibir em Quadro de Aviso, na entrada do estabelecimento, em local visível e de modo destacado, com caracteres legíveis e de fácil visualização, conforme dimensões e características descritas do Anexo II desta Portaria, as seguintes informações:

- a) razão social, CNPJ e número de autorização da ANP, capacidade de armazenamento das instalações em quilogramas de GLP;
- b) horário de funcionamento;
- c) nome do órgão regulador e fiscalizador: Agência Nacional do Petróleo - ANP;
- d) o número do telefone do Centro de Relações com o Consumidor - CRC da ANP, informando que a ligação é gratuita e indicando que a ele deverão ser dirigidas as reclamações que não forem atendidas pelo revendedor; e
- e) o(s) nome(s) do(s) distribuidor(es) detentor(es) da(s) marca(s) dos recipientes transportáveis comercializados pelo revendedor, constantes da Ficha Cadastral e respectivos telefones de assistência técnica ao consumidor;

Ou seja, a ANP restringiu parcialmente sua competência para transigir caso a caso, estabelecendo normativamente diretrizes para que o agente econômico, na hipótese de cometimento de determinadas infrações de baixa gravidade, como a ora transcrita, adequasse tempestivamente sua conduta à legislação e evitasse a imputação de penalidade, privilegiando a isonomia entre as empresas do setor e proporcionando maior segurança jurídica e igualdade, já que a sua vontade de celebrar ou não acordos excludentes da punibilidade não ficará variando de caso a caso, pré-estabelecidos que estão normativamente todos os critérios que entende necessários para tanto – com a obtenção com muito maior transparência e previsibilidade dos mesmos efeitos práticos da celebração de um TAC ou similar.¹⁵

Já no que tange à segunda diferença exposta, referente à ilegalidade por ausência de expressa previsão legal, sua superação será mais bem elucidada no Tópico seguinte.

3. A ADEQUAÇÃO DA MEDIDA REPARADORA DE CONDUTA AO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Conforme demonstrado no Tópico II supra, as Medidas Reparadoras de Conduta, tais como previstas na Resolução ANP nº 32/2012, não possuem natureza de sanção, não constituindo, portanto, uma modalidade de ‘advertência’ exógena aos róis de sanções das leis nº 9.874/99 e nº 8.078/90, conforme alega o Ministério Público mineiro.

Tratam-se de medidas que visam, seja sua natureza de causa de extinção da punibilidade ou de ato regulatório consensual, ou melhor dizendo, como já mencionado acima, de uma causa consensual de extinção de punibilidade, à resolução de um ilícito administrativo de menor potencial lesivo sem a necessidade de exercício do poder punitivo da Administração. Assim, não sendo sanções, as Medidas Reparadoras de Conduta não estão sujeitas à legalidade estrita e ao

¹⁵ A esse respeito, impende destacar que o benefício das MRCs não pode ser concedido indiscriminadamente. Dispõe o art. 5º da Resolução ANP nº 32/2012 que a MRC “não será aplicada novamente ao mesmo estabelecimento/instalação do agente econômico pelo período de 3 (três) anos, mesmo que o novo inadimplemento flagrado seja distinto daquele que originou a adoção da medida reparadora de conduta anterior”. Por outro lado, segundo o art. 7º, “o não envio da Declaração ou a eventual constatação de sua inveracidade será interpretado como não sanada a irregularidade que motivou a medida reparadora de conduta, sujeitando o agente econômico às sanções legais pertinentes”.

princípio da tipicidade, cuja observância se faz obrigatória em matéria de direito sancionador.

A aplicação dessas medidas, como se verá, ainda quando não haja expressa previsão legal autorizando o ente regulador a fazê-lo, é uma exigência do Direito, do ordenamento jurídico como um todo, em perfeita sintonia com o princípio da juridicidade, de modo que não é mais adequado falar, nos dias de hoje, que a administração pública só pode praticar atos cujo conteúdo esteja preestabelecido em lei ou, ainda, que compete à administração apenas ‘executar de ofício a lei’.

O princípio da juridicidade é uma releitura do princípio da legalidade, decorrente “de uma visão neoconstitucionalista do Direito, onde os princípios jurídicos, as finalidades públicas e os valores e direitos fundamentais constituem, juntamente com as regras constitucionais e legais o “bloco de legalidade” que, ao mesmo tempo, legitima e impõe limites à ação administrativa”.¹⁶

Sobre o mencionado princípio, afirma *Luís Roberto Barroso* seguinte:

“Supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuta-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem”.¹⁷

Nesta mesma linha, *Gustavo Binimbojm* assevera que “a ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)”.¹⁸

Convém pontuar nesse sentido que a ideia de juridicidade como releitura da legalidade não fica apenas adstrita às discussões doutrinárias, tendo relevante aplicação inclusive na jurisprudência dos nossos tribunais superiores, como no notório caso da Resolução do Nepotismo (ADC nº 12), em que se reconheceu a

¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Forense: Rio de Janeiro, 2013, p. 58.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 375-6.

¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Renovar: Rio de Janeiro, 2014, pp. 37-8.

constitucionalidade de ato normativo do CNJ que não regulamentava nenhuma lei diretamente, mas a própria CRFB:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) prestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça.¹⁹

Todavia, a despeito desta explanação, no presente caso, não entendemos se tratar tão somente de hipótese de aplicação direta da Constituição, porquanto também presentes na Lei nº 9.478/97 elementos suficientes a balizar a edição da Resolução ANP nº 32/2012, conforme passaremos a ver.

Em primeiro lugar, há que se destacar a competência geral da ANP para compor conflitos, insculpida no art. 18 da Lei do Petróleo, *verbis*:

Art. 18. As sessões deliberativas da Diretoria da ANP que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre esses e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria de

¹⁹ ADC nº 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, DJe-237.

petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão públicas, permitida a sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de delas obter transcrições.

Ora, se cabe a esta Agência Nacional dirimir os conflitos existentes entre agentes econômicos e entre esses e consumidores, com mais propriedade ainda caberá, seguindo a lógica de que ‘quem pode o mais pode o menos’, estabelecer diretrizes para resolver divergências entre si mesma e agentes econômicos, com vistas a uma rápida solução de problemas concretos, o que traz benefícios para todos os interessados: para a administração, há um enorme ganho de eficiência e economicidade, como será visto a seguir, evitando a movimentação da máquina pública para apuração e eventual sanção de uma infração de baixa gravidade; o particular, a seu turno, evita a possibilidade de lhe ser aplicada uma penalidade; e o consumidor tem a proteção de seu direito potencializada, com a pronta adequação da conduta do agente à legislação.

Outrossim, é justamente em relação aos direitos do consumidor que se vislumbra também um outro balizamento legal para a Resolução nº 32/2012: estabelece o art. 8º, I da Lei nº 9.478/97 que compete à ANP a proteção dos interesses dos consumidores. Neste sentido, o que atenderia mais eficazmente a tais interesses: a pronta adequação da conduta do agente econômico ao disposto na legislação ou a sua apenação por uma multa a ser paga à ANP (não ao consumidor lesado) pelo cometimento de uma infração de baixa gravidade? Parece evidente que o ajuste da conduta coaduna-se muito mais com a proteção dos melhores interesses dos consumidores do que a imposição de sanção ao particular.

Enquanto as MRCs voltam-se à resolução de um problema, tendo em seu epicentro a proteção do consumidor, que delas se beneficiará, uma eventual aplicação de sanção, ao término de um processo administrativo sancionador regularmente instaurado, é uma medida que demonstra preocupação com a mera punição da conduta praticada, e não com a sua reparação propriamente dita.

Assim, tendo em vista as competências da ANP para dirimir conflitos (art. 18) e para promover a proteção dos interesses dos consumidores (art. 8º, I), não parece correto alegar a ilegalidade da Resolução ANP nº 32/2012, considerando que, ainda que as Medidas Reparadoras de Conduta não estejam expressamente previstas na Lei do Petróleo, enquadram-se no feixe de competências desta Agência na medida em que proporcionam a eficaz solução de conflitos regulatórios com a reparação de um eventual dano causado aos consumidores – executando, dando concretude, aos objetivos da Lei do Petróleo, que a instituiu.

À luz do art. 84, IV, CF, os regulamentos editados com base em habilitações genéricas de poder normativo podem, por um lado, ser considerados regulamentos autônomos, já que (como qualquer ato jurídico, em certa escala) criam direito, como também, por outro lado, são regulamentos de execução, *in casu* de execução da habilitação legal e dos *standards* genéricos que a condicionam.

A definição da densidade normativa mínima que os *standards* devem possuir para possibilitar o controle não é uma questão fácil, só podendo ser aferida em relação a cada habilitação legal especificamente considerada, no conjunto da lei na qual está contida.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ lavrou acórdão no qual o *Ministro Humberto Gomes De Barros* afirmou a possibilidade de a Administração Pública, para alcançar as finalidades genéricas da disciplina da matéria, mas sem qualquer autorização legal específica, restringir a liberdade dos "postos de gasolina" adquirirem combustíveis. A importância do acórdão é ser um dos poucos exemplos em que a nossa jurisprudência foi além de questões atinentes ao caso concreto, tratando do âmbito doutrinário e teórico da matéria, ou seja, do que deve ser entendido como "execução de lei". Vejamos:

"A Constituição Federal, em seu art. 170, preceitua que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos a existência digna, conforme os princípios que enuncia. No seu art. 174 pontifica que, como agente normativo, e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Desses dispositivos resulta claro que o estado pode atuar como agente regulador das atividades econômicas em geral, sobretudo das que cuidam as empresas que atuam em um setor absolutamente estratégico, daí lhe ser lícito estipular preços que devem ser por elas praticados. Montado nestes argumentos, não tenho dúvida em afirmar que o senhor Ministro dispõe de autoridade para impedir que o granelistavenda combustível ao varejista ligado a bandeira que não é a sua. Como registrei acima, controlar a execução de determinada norma é fazer com que ela se desenvolva em busca dos fins sociais para a qual a regra foi concebida.²⁰ Os preceitos que disciplinam a distribuição de combustíveis têm como finalidade fazer com que os usuários de tais produtos recebam, com segurança e facilidade, produtos de boa qualidade. Isto ocorre, porque a exibição do logotipo de marca famosa traduz a afirmação de que no local se vende daquela marca. Ora, se o posto negocia produtos cuja origem não corresponda à sua bandeira, ele estará enganando o freguês (...). Quando o freguês é iludido, a distribuição de combustível não estará correspondendo aos fins sociais que orientam as normas disciplinadoras da distribuição de combustíveis".²¹

No Recurso Especial Nº 714.110 - RJ (2004/0184121-4), sendo Relatora a *Ministra Eliana Calmon*, o STJ, não só refutou o argumento de que ato normativo da Administração Pública não possuía fundamento legal em razão de a lei conter apenas objetivos bastante gerais, como afirmou que sequer

²⁰ A afirmação do STJ encontra supedâneo também na doutrina de Guido Zanobini: "Ainda que se queira evitar a palavra 'execução', que poderia importar no equivocado desconhecimento da discricionariedade podemos falar em 'atuação da lei', expressão que implica tanto a execução stricto sensu da norma, como o desenvolvimento dos princípios nela contidos, a consecução dos fins que ela quer que sejam alcançados" (ZANOBINI, Guido. *L'Attività Amministrativa e la Legge*, in *Scritti Vari di Diritto Pubblico*. Ed. Giuffrè, Milano, 1955, p. 212).

²¹ MS 4.578/DF.

competiria ao Judiciário o escrutínio sobre o meio técnico normativamente eleito pela Administração para a realização de tais objetivos:

Ementa: Administrativo - Portaria 202/99, da ANP – Compatibilidade com os arts. 1º, I, II, IX, e 8º da Lei 9.478/97 - Falta de objetividade normativa - Dispositivos que apenas traçam objetivos e princípios relacionados às políticas nacionais de aproveitamento de energia conduzidas pelo Poder Executivo. 1. Os comandos dos arts. 1º, I, II, IX, e 8º da Lei 9.478/97 não se revestem de objetividade normativa com o condão de inibir a regulamentação perpetrada pela Portaria 202/99 da ANP, que criou, para a concessão de autorização de funcionamento das distribuidoras de combustíveis, o requisito de que as empresas do setor possuíssem base própria de armazenamento com capacidade mínima de 750 m³. 2. Não se pode, por um critério objetivo, afirmar que a exigência da ANP tenha maculado princípios relacionados às políticas nacionais de aproveitamento racional das fontes de energia, tais como: preservação do interesse nacional, promoção do desenvolvimento, aplicação do mercado de trabalho, valorização de recursos energéticos, promoção da livre concorrência, ampliação da competitividade do País no mercado internacional, garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e proteção dos interesses dos consumidores. 3. A averiguação da satisfação dos referidos princípios e objetivos pela atividade administrativa ou, especificamente, pela Portaria 202/99, não tem lugar em ação judicial, pois dizem respeito à condução de políticas públicas pelo Poder Executivo, nelas não podendo se imiscuir o Judiciário. 4. Recurso especial improvido”.

O STF em diversas ocasiões também já fixou a legitimidade da atribuição de poder normativo através de *standards* e finalidades genéricas estabelecidas em lei. Em recente decisão liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN nº. 1.668/DF, Relator *Ministro Marco Aurélio*), o STF considerou constitucional a habilitação normativa efetuada pelos incisos IV e X do art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT em favor da ANATEL, desde que esta subordine-se aos preceitos legais e regulamentares pertinentes. No Recurso Extraordinário nº. 76.629/RS, o *Ministro Aliomar Baleeiro* afirmou que “se o legislador quer os fins, concede os meios. (...) Se a L. 4.862 expressamente autorizasse o regulamento a estabelecer condições outras, além das que ela estatuir, aí não seria delegação proibida de atribuições, mas flexibilidade na fixação de *standards* jurídicos de caráter técnico, a que se refere *Stati*”.

Miguel Reale observa que "se há algo que caracteriza a Ciência do Direito de nossos dias é a opção pelos modelos jurídicos abertos, os quais deixam amplo campo de decisão a cargo dos juízes e administradores como aplicadores das leis, por se reconhecer que a complexidade e dinamicidade do mundo contemporâneo não comporta uma legislação cerrada, na qual tudo já se encontre previsto e disciplinado, nem juízes desprovidos de participação criadora".²²

É assim, que, tomando por referência a nomenclatura de José Manuel Sérvulo Correia vista acima, não adotamos, nem uma legalidade meramente formal, que não fornece pautas de controle da substância dos atos, nem uma legalidade substancial de excessiva densidade normativa, que exige que a lei já preestabeleça pelo menos parte do conteúdo dos atos a serem expedidos, o que muitas vezes não é compatível com a dinâmica da atividade administrativa, principalmente quando lida com subsistemas sociais de especial desenvolvimento e mutabilidade, como a economia e a ciência.²³

Propugnamos, portanto, que o mínimo de densidade normativa que as leis devem possuir para atribuir poderes à Administração Pública consiste em habilitações normativas calcadas em princípios e valores.

A isto podem ser dados vários nomes: legalidade formal axiológica, legalidade material leve ou legalidade principiológica, no sentido de que as atribuições de poderes pela lei devem, por sucintas que sejam, ser pelo menos conexas com princípios que possibilitem o seu controle; princípios aqui considerados em seu sentido amplo, abrangendo finalidades, políticas públicas, *standards*, etc.²⁴ Trata-se, portanto, de uma

²² REALE, Miguel. *Questões de Direito Público*, Ed. Saraiva, 1997, pp. 76-77.

²³ GIANNINI observa que o Princípio da Legalidade em sua concepção inicial determinava que todo ato da Administração Pública, em todos seus elementos, devesse estar previsto em lei, mas "esta concepção rígida do princípio da legalidade correspondia à concepção do poder administrativo como poder executivo e, portanto, administração como execução. Já que desta maneira as administrações públicas não teriam como funcionar, foram encontradas duas válvulas, na discricionariedade, e em alguns atos administrativos a serem adotados somente em situações extraordinárias, que eram os regulamentos de necessidade (*ordinanze di necessità*)" (GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*, Vol. 1, 3ª. edição, Ed. Giuffrè, Milano, 1993, p. 88).

²⁴ "É preferível uma legislação de princípios gerais e *standards* a que uma legislação feita de regras, cujos conteúdos tendem a ficar obsoletos em um lapso de tempo sempre cada vez mais breve. Em outras palavras, é difícil colocar dentro de normas de conteúdo determinado uma realidade social em contínua evolução. (...) Se sabe que um excesso de regras é o melhor modo de deixar a Administração de se subtrair à sua observância, já que a burocracia, diante de muitas regras, acaba ficando substancialmente livre para aplicar a interpretação que considere mais adequada ao caso concreto. Uma desregulamentação da atividade administrativa não serve para resolver o problema, quando o que se deve é reconsiderar o papel da norma (e do jurista) em um ordenamento em contínua evolução. A consequência imprescindível é a necessidade de uma revisão do papel constitucional da Administração e do próprio Princípio da legalidade, que a doutrina é chamada a elaborar, em um momento em que já está em fase avançada a transição normativa para uma Administração por objetivos, que exalta o papel da eficiência da ação administrativa" (MANGANARO, Francesco. *Principio di Legalità e Semplificazione dell'Attività Amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 165).

visão neopositivista do Princípio da Legalidade,²⁵ resultante de um sistema constitucional tendencialmente principialista.²⁶

E daí podemos afirmar que a Resolução ANP nº 32/2012 é um meio de execução dos objetivos da Lei do Petróleo (muito mais do que a mera subsunção formal de fatos a normas), dentre os quais se destacam a proteção dos interesses do consumidor (art. 1º, I) e a atratividade do mercado de petróleo e gás como um todo (art. 1º, IX, X, XI, XII, XV e XVI), que tende a diminuir face a uma Administração Pública ineficiente meramente coercitiva, o que não é recomendado diante de uma interpretação consequencialista deste diploma, sendo também um instrumento para que a a ANP exerça a sua competência legal de compor conflitos (art. 18) e de proteger os interesses dos consumidores (art. 8º, I).

A esse respeito, já tivemos a oportunidade de destacar que “há, ao longo dos países e das épocas, uma série de correntes e métodos interpretativos que sustentam que as consequências devem ser um importante fator a ser considerado ao se tomar decisões jurídicas. Na verdade, há quase sempre mais de uma interpretação plausível. O que entendemos é que, tendencialmente, deve ser adotada a que, entre elas, melhor resultados realizar do ponto de vista dos objetivos visados pelo ordenamento jurídico para a situação que estiver sendo julgada. Adotamos, assim, um “sincretismo metodológico”, empregando diversos pensamentos que têm como vetor comum o fato de prestigiarem os resultados práticos na aplicação do Direito”.²⁷

²⁵ ALMIRO DO COUTO E SILVA bem coloca o neopositivismo de uma forma que os valores, então reclamados apenas pelos jusnaturalistas, são tratados como partes integrantes (e das mais relevantes) do próprio ordenamento jurídico positivo: “Os valores estão dentro do próprio ordenamento jurídico, sob a forma de princípios embutidos na Constituição, de maneira explícita ou implícita. Essa corrente de pensamento, que se alastrou pelo mundo, revigorou os princípios constitucionais já identificados, descobrindo-lhes novos aspectos, e acrescentou ao rol conhecido muitos outros. Os princípios adquiriram, desse modo, no Direito moderno, especialmente o Direito Público, um vigor que nunca tinham possuído, notadamente na configuração da coerência do sistema. As outras normas são sempre a eles necessariamente reconduzidas e são eles que orientam a sua aplicação” (COUTO e SILVA, Almiro. Os Indivíduos e o Estado na realização de Tarefas Públicas, in *Direito Administrativo e Constitucional – Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, vol. 2, Ed. Malheiros, São Paulo, 1997, p. 97). Por essas razões, preferimos o termo “neo” a “pós-positivismo”: se trata de positivismo, essencial para a diferenciação do Direito dos demais subsistemas sociais, mas um positivismo calcado em princípios (capazes, o que é essencial, de dialogar com valores metajurídicos), não em regras jurídicas. Não estamos, naturalmente, nos referindo à chamada “Escola Neopositivista” ou da lógica positivista, de Marburg, do início do século XX, nem, tampouco, adotando o positivismo histórico. Na verdade, estamos próximos dos que se denominam “pós-positivistas”, apenas crendo que a denominação mais correta da posição que adotamos (e também a de muitos dos seus próceres, como BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, in *A Nova Interpretação Constitucional*, org. Luís Roberto Barroso, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 1 a 49) é, face à importância dada à positivação de valores metajurídicos, a de neopositivismo. “De fato, o pós-positivismo não desacredita na razão e no Direito como instrumento de mudança social, e busca, recorrendo sobretudo aos princípios constitucionais e à racionalidade prática, catalizar as potencialidades emancipatórias da ordem jurídica” (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 78).

²⁶ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Ed. Almedina, Coimbra, 2003, p. 168.

²⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. 1 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 295-310.

Também *Carlos Maximiliano* já afirmava que deve preferir-se “o sentido conducente ao resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave. É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o conseqüente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto, dentro da letra expressa, procure-se a *interpretação que conduza a melhor conseqüência* para a coletividade”.²⁸

Diego Werneck Arguelhes assevera que “em linha similar, o [então] Presidente do Supremo Tribunal Federal, *Ministro Nelson Jobim*, tem sistematicamente valorizado em declarações públicas e em seus votos o peso das conseqüências – sobretudo econômicas – nas decisões judiciais.”²⁹

O Direito não pode ser uma ciência que se ocupa apenas da consecução lógica de seus preceitos. Se uma de suas principais funções é assegurar a harmonia do convívio social, o cumprimento de uma norma não pode desconsiderar os efeitos práticos que alcança, aferindo maior ou menor proximidade com a realidade que busca regular.

O intérprete bem como o aplicador da lei não podem se furtar de considerar os efeitos práticos, os possíveis resultados das orientações que vierem a adotar em sua atividade, o que se ressalta sobremaneira ao considerarmos as finalidades do Direito Público Econômico – o ramo jurídico destinado a disciplinar, tendo em vista determinados objetivos coletivos, o exercício da atividade econômica, o mais globalizado e dinâmico de todos os subsistemas sociais.³⁰

Em suma, diante de mais essas ponderações, entendemos que a compreensão pela legalidade ou ilegalidade da Resolução ANP nº 32/2012 não pode descurar-se de uma interpretação consequencialista dos preceitos da Lei do Petróleo, que leve em conta a persecução dos melhores resultados pretendidos, em detrimento de uma interpretação formalista e estrita, apegada às literalidades.

Assim, seguindo pela via interpretativa sugerida pela Promotoria mineira e deixando de aplicar a Resolução ANP nº 32/2012 para instaurar processos sancionadores sempre que verificadas as irregularidades ali previstas, é possível que se desencadeiem, dentre outras conseqüências, (i) o mal aproveitamento dos esforços fiscalizatórios do setor, considerando que sua capacidade é, naturalmente, limitada, os quais poderiam ser mais bem empregados se direcionados à fiscalização de infrações de maior gravidade – o que significa também mal aproveitamento dos recursos públicos, igualmente limitados, destinados à ANP; (ii) a procrastinação de uma situação danosa aos direitos do consumidor, porque a mera instauração de processo sancionador não assegura nem estimula o agente econômico a reparar o

²⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 18ª edição, Rio de Janeiro, 1998, p. 165.

²⁹ ARGUELHES, Diego Werneck. *ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS E ESTADO DE DIREITO: SUBSÍDEOS PARA UMA COMPATIBILIZAÇÃO*, <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Diego%20Werneck%20Arguelhes.pdf>.

³⁰ “O Sistema judicial não pode ser insensível ao que ocorre no sistema econômico” (FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 9). Para ANTONIO MENEZES CORDEIRO, “na outra extremidade do processo, há que lidar com as denominadas conseqüências da decisão (...) Desenvolveu-se assim o factor teleológico da interpretação (...) Trata-se de um conjunto de regras que, habilitando o intérprete-aplicador a pensar em conseqüências, permitem o conhecimento e a ponderação dos efeitos das decisões” (CORDEIRO, Antônio Menezes, in “Prefácio” à obra “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, de Claus-Wilhelm Canaris, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pp. CIX, CX e CXI).

dano o mais rápido possível, como no caso das MRCs; e (iii) o desestímulo a investimentos no mercado, tanto de origem nacional quanto internacional, à vista de uma Administração Pública meramente repressiva, impositiva e burocrática.

Destarte, vê-se que, à luz dos elementos fornecidos pela Lei do Petróleo, dentre os quais seus objetivos e as competências da ANP, reforçados pela interpretação consequencialista, é de duvidoso acerto pugnar pela ilegalidade da Resolução ANP nº 32/2012.

Ainda que assim não fosse, entretantes, considerando a ideia de legalidade como juridicidade antes exposta, a indigitada resolução também não poderia ser reputada como ilegal, no sentido de contrária ao Direito, porque realizadora dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, intimamente relacionados a essa preocupação com os resultados materiais e a responsabilidade econômica das soluções juridicamente possíveis.

Conforme destaca *Maria Sylvia Di Pietro*, o princípio da eficiência impõe à Administração que atue de forma a produzir “resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar.”³¹

Assim, toda atitude e ato administrativo só serão válidos ou validamente aplicados se, *ex vi* do princípio da eficiência³² (art 37, caput, CF), forem a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se forem pelo menos uma forma razoavelmente eficiente de realização dos objetivos previstos no ordenamento jurídico.

Paulo Modesto ensina que “o princípio da eficiência pode ser percebido também como uma exigência inerente a toda atividade pública. Se entendermos a atividade de gestão pública como atividade necessariamente racional e instrumental, voltada a servir o público, na justa ponderação das necessidades coletivas, temos de admitir como inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contra-produtivo, ineficiente.”³³

Também nesse sentido, *Diogo Figueiredo Moreira Neto* assevera que “não basta, hoje, ao Direito, que a ação administrativa do Estado exista, seja válida e eficaz. A simples busca da produção de efeitos, ou seja, pretender-se apenas a eficácia da ação, já era insuficiente para a Sociologia do Direito. Agora passou a sê-lo também para o Direito Administrativo. Acrescentou-se, aos quatro princípios constitucionais da administração pública, um quinto, o da eficiência, que, doutrinariamente, no plano do Direito Público, poderá ir até mais além, para nortear, acolá da ação administrativa, também a produção legislativa e a interpretação judiciária”.³⁴

Já a respeito do princípio da economicidade, “deve ser recebido como um princípio geral do Direito Administrativo, em razão de sua amplitude quando se trata

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Atlas: São Paulo, 1998, p. 73.

³² Diferentemente do que ocorre no setor privado, a eficiência, no setor público, não pode ser entendida como maximização do lucro, mas sim “como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe à Administração Pública.” (MANGANARO, Franceso. *Principio di Legalità e Semplificazione dell'attività Amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*, Edizione Scientifiche, Napoli, 2000, p. 25).

³³ MODESTO, Paulo. “Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência”. In *Revista Diálogo Jurídico*, salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº2, maio, 2001. Disponível em www.direitopublico.com.br.

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, Renovar: Rio de Janeiro, 2007, pp. 32-3.

de aferir o desempenho em termos de custo-benefício da administração pública. Neste sentido, em parte é corolário do princípio da eficiência, acima estudado, porque se volta à observância de uma relação, que aqui é especificamente financeira, portanto, mensurável ou estimável entre insumos e produtos (...)"³⁵

No mesmo sentido, *Paulo Soares Bugarin* alerta que “o Ministro Ivan Luz, do TCU, um dos primeiros a abordar a questão do controle da eficiência e da economicidade pelos Tribunais de Contas, consigna que os resultados objetivos dos planos, projetos e programas, ..., podem ser objeto de avaliação. Esta revelará a eficiência, a produtividade dos instrumentos administrativos envolvidos, o acerto dos estudos de viabilidade econômica realizados, a economicidade como relação adequada entre os recursos envolvidos e as resultantes alcançadas: revelará outrossim, seu bom ou mau emprego, o desperdício insensato, a leviandade, a gestão temerária, a negligência”.³⁶

Confrontando estes princípios com o caso concreto, é possível constatar que a Resolução ANP nº 32/2012 harmoniza-se perfeitamente com suas premissas, tendo em vista os já mencionados benefícios potencialmente aferidos com sua aplicação, tais como ganhos de eficiência administrativa com a desburocratização, aproveitamento adequado dos esforços fiscalizatórios e sua correspondente vertente financeira: emprego dos escassos recursos públicos em procedimentos fiscalizatórios realmente relevantes do ponto de vista dos impactos ao mercado, estímulo aos agentes regulados de se adequarem voluntariamente à legislação, dentre outros.

É de se notar que nossos tribunais também vêm acolhendo esses paradigmas metodológicos:

“O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos sendo *eficiente para com a própria administração (...)*. Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária (...). 6. Recursos especiais improvidos.”³⁷

Como resultado, percebe-se que mesmo à luz da juridicidade, entendida aqui como legalidade ampla, desconsiderando, portanto, os elementos confirmadores da Lei nº 9.478/97, é legal a previsão regulamentar das Medidas Reparadoras de Conduta – MRCs através da Resolução ANP nº 32/2012.

Em caso semelhante, o STJ, alegando fundamento direito da Constituição, denegou segurança a postos de combustíveis que impugnavam duas portarias do Ministro de Minas e Energia ao argumento de que “as portarias administrativas carecem de eficácia para restringir direitos e criar obrigações”:

³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Forense: Rio de Janeiro, 2014, p. 116.

³⁶ BUGARIN, Paulo Soares. *Reflexões sobre o Princípio Constitucional da Economicidade e o Papel do TCU* in Revista do Tribunal de Contas da União, v. 29, N. 78 out/dez 1998, Brasília, p. 42.

³⁷ STJ. 1a. Turma. RESP 579541 / SP, Rel. Minº José Delgado, Data da decisão: 17/02/2004, Publicada no DJ em 19/04/04, p. 165.

“(…) II - Se próprio ato de baixar a Portaria implica em restringir o âmbito de escolha de que os impetrantes dispunham, para efetivar suas compras, o Mandado de Segurança é cabível, em tese, para reparar eventual ilegalidade.

III - O ato-condição que vincula alguém a determinada situação coletiva não gera direito adquirido à perpetuação do estatuto respectivo. Apenas o ato subjetivo produz direito imune aos efeitos de lei nova.

IV - É lícito ao Ministro de Minas e Energia restringir, em Portaria, a prática de operações interestaduais, envolvendo compra e venda de produtos do petróleo (CF. Art. 155, X, b e Art. 174).

V - Se o posto varejista negocia combustíveis cuja a origem não corresponde a sua bandeira, ele estará enganando o consumidor e se locupletando às custas do titular do logotipo.

VI - O Ministro das Minas e Energia dispõe de autoridade para, em Portaria, impedir que o granelista venda combustível ao varejista ligado a bandeira que não a sua. Em assim fazendo, não ultrapassa os limites do poder de polícia.³⁸

4. CONCLUSÃO

Podemos formular conclusivamente as seguintes assertivas objetivas:

(i) As Medidas Reparadoras de Conduta previstas na Resolução ANS nº 32/2012 não possuem natureza de sanção, mas de causas de extinção da punibilidade, por um juízo de conveniência política, fazendo desaparecer a pretensão sancionadora do Estado quando verificadas suas condições.

(ii) Ainda que não se considere a natureza de causas de extinção da punibilidade das MRCs, estas de qualquer forma não seriam sanções, mas atos regulatórios consensuais, na esteira da recente tendência do ordenamento jurídico brasileiro de privilegiar decisões consensuais em detrimento da imposição unilateral coercitiva.

(iii) O raciocínio desenvolvido nesse ensaio com fins didáticos, pelo qual se defende que a MRC é uma exclusão de punibilidade ou um ato regulatório consensual é um falso dilema, pois na verdade os dois institutos são plenamente harmonizáveis: trata-se de uma exclusão consensual de punibilidade.

(iv) A Resolução da ANP denota que a medida é justamente uma excludente de responsabilidade administrativa, não uma sanção leve: a penalidade em tese incidente é outra, que é afastada pela satisfação voluntária do direito violado.

³⁸ MS 4578/DF, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/1998, DJ 18/12/1998, p. 281.

(v) Independente da natureza jurídica de causas de extinção da punibilidade ou de ato regulatório consensual, as MRCs adequam-se ao princípio da legalidade, tanto no sentido estrito, porque executam os objetivos da Lei do Petróleo e com as competências da ANP nela insculpidas, quanto no sentido amplo de juridicidade, pois concretizadoras dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, conduzindo às melhores consequências práticas permitidas e almejadas pela Lei do Petróleo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARGUELHES, Diego Werneck. *Argumentos Consequencialistas e Estado de Direito: Subsídios Para Uma Compatibilização*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Diego%20Werneck%20Arguelhes.pdf>>

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*, In BARROSO, Luís Roberto. (org.) *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BUGARIN, Paulo Soares. *Reflexões sobre o Princípio Constitucional da Economicidade e o Papel do TCU* in Revista do Tribunal de Contas da União. v. 29. N. 78 out/dez 1998. Brasília.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal – Volume IV. Arts. 102 a 120*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

CORDEIRO, Antônio Menezes, in “Prefácio” à obra “*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*”, de Claus-Wilhelm Canaris. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

COUTO e SILVA, Almiro. Os Indivíduos e o Estado na realização de Tarefas Públicas. In: *Direito Administrativo e Constitucional – Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, vol. 2. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*, Vol. 1, 3ª. Edição. Milano: Ed. Giuffrè, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al). *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099/1995*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MANGANARO, Francesco. *Principio di Legalità e Semplificazione dell'Attività Amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Parecer na Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 221.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 18ª edição, Rio de Janeiro, 1998.

MODESTO, Paulo. “Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência”. In Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº2, maio, 2001. Disponível em: www.direitopublico.com.br.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1994.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

REALE, Miguel. *Questões de Direito Público*, Ed. Saraiva, 1997.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

ZANOBINI, Guido. L'Attività Amministrativa e la Legge, In *Scritti Vari di Diritto Pubblico*. Milano: Ed. Giuffrè, 1955.