

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**JULIA BRAND BRAGANTIN**

**DO MÍNIMO EXISTENCIAL ECONÔMICO À DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DA  
ANP NA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL**

**RIO DE JANEIRO**

**2022.2**

RIO DE JANEIRO  
2022/2º SEMESTRE  
JULIA BRAND BRAGANTIN

**DO MÍNIMO EXISTENCIAL ECONÔMICO À DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DA  
ANP NA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.

**Rio de Janeiro**  
**2022/2º SEMESTRE**

**CIP - Catalogação na Publicação**

B813m Brand Bragantin, Julia  
Do Mínimo Existencial Econômico à Democracia: A  
atuação da ANP na concretização do princípio  
constitucional / Julia Brand Bragantin. -- Rio de  
Janeiro, 2022.  
69 f.

Orientador: Carlos Alberto Pereira das Neves  
Bolonha.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Direito Constitucional. 2. Direito  
Administrativo. 3. Agências Reguladoras. 4.  
Regulação. 5. Democracia. I. Pereira das Neves  
Bolonha, Carlos Alberto, orient. II. Título.



**JULIA BRAND BRAGANTIN**

**DO MÍNIMO EXISTENCIAL ECONÔMICO À DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DA  
ANP NA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

*“O correr da vida embrulha tudo, a vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem. O que Deus quer é ver a gente aprendendo a ser capaz de ficar alegre a mais, no meio da alegria, e ‘inda mais alegre ainda no meio da tristeza! Só assim de repente, na horinha em que se quer, de propósito – por coragem. Será? Era o que eu às vezes achava. Ao clarear do dia.”*

João Guimarães Rosa

## AGRADECIMENTOS

À minha bisa, Lucia de Abreu Brand, *in memoriam*, que sabiamente enfrentou a vida com a força e a coragem que se fazem eternamente vivas nas mulheres que a sucederam. Carrego comigo todos os seus exemplos de humildade e de amor.

Aos meus avós maternos, Eduberto e Vera, pelo carinho de uma vida inteira. Palavras me faltam para expressar o que sinto por me colocarem em seus colos e fazer da casa de vocês também o meu Lar. Amo vocês eternamente.

Aos meus pais, que juntos alimentaram diariamente a minha esperança na vida. À minha mãe, Claudia, quem me ajudou a entender que é possível construir e escolher a vida que se almeja. A responsável por ensinar que a vida se faz presente todos os dias e em todos os lugares e que, com o caminhar regular da natureza, os saltos serão dados sempre no seu tempo. Ao meu pai, Alexandre, quem sempre apoiou o meu caminhar acadêmico e admirou as minhas escolhas.

Ao meu orientador Carlos Bolonha e à Luciana Silveira, que me deram a oportunidade de pesquisa e acreditaram na minha capacidade ao me concederem a oportunidade de Iniciação Científica durante a Faculdade. Esse caminho abriu muito outros e me fez ter segurança para enxergar o Direito sob as suas regras constitucionais e administrativas. Meu mais sincero obrigada.

À Faculdade Nacional de Direito, aos amigos da Nacional e aos professores, levo todas as memórias felizes com as saudades mais genuínas já vividas!

## RESUMO

Este trabalho busca trazer uma proposta de relativização da distância do setor regulado de Exploração e Produção de Petróleo, Gás Natural e Bicombustíveis, “E&P”, em relação ao Direito Administrativo e o Direito Constitucional. O tema é analisado pelo recorte do processo de revisão da Resolução ANP nº 5/2004, que ampliou a participação social na Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP. O tema é analisado sob três perspectivas que se complementam. No primeiro caso, pretendeu-se examinar o princípio da consensualidade em dois eixos, a consensualidade na administração pública e a consensualidade da atuação da administração pública, ambos como base principiológica a explicar essa relativização. No segundo caso, o principilogismo em questão levou a um espaço de abnegação da Lei e a um arranjo institucional que se enxerga uma regra de pequena escala apta a um diálogo entre regulador e regulado sob o tripé administrativo, qual seja: consensualidade, coordenação e consequencialismo. Das premissas estabelecidas, atesta-se a existência de uma democracia regulada e de uma tecnicidade constitucionalmente preenchida nos espaços de participação social regulados pela ANP.

**palavras-chave:** Direito Constitucional; Direito Administrativo; Agências Reguladoras; Regulação; Democracia.

## ABSTRACT

This work seeks to bring a proposal to relativize the distance of the regulated sector of Exploration and Production of Petroleum, Natural Gas and Biofuels, "E&P", in relation to Administrative Law and Constitutional Law. The theme is analyzed through the review process of ANP Resolution n° 5/2004, which expanded social participation in the National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels – ANP. The theme is analyzed from three perspectives that complement each other. In the first case, it was intended to examine the principle of consensuality in two axes, consensuality in public administration and consensuality in the performance of public administration, both as a principled basis to explain this relativization. In the second case, the principle in question led to a space of abnegation of the Law and to an institutional arrangement that sees a small-scale rule capable of a dialogue between regulator and regulated under the administrative tripod, namely: consensuality, coordination and consequentialism. From the established premises, the existence of a regulated democracy and a constitutionally fulfilled technicality in the spaces of social participation regulated by the ANP is attested.

**key-words:** Constitucional Law; Administrative Law; Regulatory Agencies; Regulation; Democracy.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I – COORDENAÇÃO, CONSENSO E CONSEQUÊNCIA: O TRIPÉ ADMINISTRATIVO</b>	<b>14</b>
1.1. A crise da Lei em sentido formal	17
1.1.1. A CRFB/88 e a juridicidade administrativa	24
1.1.2. A especialização técnico-setorial: o limite à juridicidade administrativa	28
1.2 Princípio da consensualidade e o Estado Administrativo de Direito	30
1.2.1 A consensualidade como legitimidade na atuação administrativa	33
1.2.2. A consensualidade como método da atuação administrativa	36
1.2.3. Cláusula geral da consensualidade: o consequencialismo nos Arts. 20 e 21 da LINDB	38
1.3. A consensualidade como proteção suficiente e proporcional	40
<b>CAPÍTULO II – DA EFICIÊNCIA À MAXIMIZAÇÃO DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS</b>	<b>44</b>
2.1. A ANP: instituição ou organização?	46
2.2. A Resolução ANP nº 846/2021 e a margem da inovação	48
2.3. <i>Regulatory lookback</i> : a análise do estoque regulatório	54
2.3.1. Paternalismo libertário e revisão regulatória retrospectiva	55
<b>CAPÍTULO III – A DEMOCRACIA DELIBERATIVA NA EXPERTISE TÉCNICA</b>	<b>58</b>
3.1. A Democracia Deliberativa regulada	60
3.2. A tecnicidade constitucionalmente preenchida	64
<b>CONCLUSÕES</b>	<b>67</b>

## INTRODUÇÃO

Administrar é criar e inovar<sup>1</sup>. Sem prejuízo da legalidade administrativa e com todas as devidas vênias possíveis a ela, o Estado Administrativo tem ganhado espaços, contornos e limites pela atuação da Administração Pública por meio da juridicidade administrativa<sup>2</sup>. Nesse sentido, entende-se o Estado Administrativo como desenho constitucional resultante das delegações de poder interpretativo e decisional às instituições administrativas que compõem o Estado. Desse modo, o marco teórico do Estado Administrativo oferece destaque à atuação do Direito Administrativo como o Direito que condiciona a criação e a execução de soluções pela Administração Pública (SUNDFELD, 2012).

A perspectiva teórica do Estado Administrativo aponta para a Administração Pública como responsável pela concentração e regulação dos principais aspectos da realidade sociopolítica de um Estado. Ainda, esse é o cenário em que a atividade do Estado passa a ser mais voltada à busca por resultados eficientes, que possam gerar maior concretização e desenvolvimento dos Direitos Fundamentais. É por esse raciocínio adotado que não somente a discussão jurídica, ou melhor, não somente a Lei ocupa unicamente o espaço e a linguagem na atuação das instituições. Isso porque, com a função de interpretação e decisão no corpo estatal, as instituições possuem “*ampla margem de manobra*” para conduzir a solução racional dos problemas que recepcionam<sup>3</sup>.

Redimensionando essa análise, venho propor, a partir do caso empírico da Resolução ANP nº 846/2021, a demonstração de mais uma faceta do Estado Administrativo, qual seja: a existência da democracia deliberativa nos processos de participação social regulamentados pela Resolução escolhida. A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis é a Agência Reguladora Federal responsável pela regulação do setor de Exploração e Produção “E&P” de petróleo, gás natural e biocombustíveis, caracterizado por sua *expertise* técnica elevada. A partir do entendimento pelo qual o texto constitucional institucionaliza uma

---

<sup>1</sup> De início, respondo e complemento a pergunta proposta pelo Professor Carlos Ari Sunfeld, na obra Direito Administrativo para Céticos, oportunidade em que a pergunta é título do Capítulo 9: Administrar é criar?

<sup>2</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 58. “(...) O princípio da juridicidade nada mais é do que o princípio da legalidade entendido substancialmente, não se tendo em consideração esta ou aquela regra legal específica, mas o ordenamento jurídico como um todo.”

<sup>3</sup> VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016, p. 1.

democracia liberal, fundada na liberdade individual e autonomia da vontade, direitos econômicos mínimos fazem parte da ideia de mínimo existencial necessário, a fim de que os índices de desenvolvimento social e econômico se mantenham elevados (BRAGANTIN, 2021). No que pese, será entendido como mínimo existencial as condições mínimas de dignidade humana, podendo essas serem materiais, intelectuais, psicológicas, sociais e econômicas (BINENBOJM, 2020). Assim, o texto constitucional resguarda a incidência de direitos fundamentais econômicos que não podem ser deixados à margem da perspectiva do Estado Administrativo e, sobretudo, do âmbito de incidência da democracia.

Com o objetivo de justificar essa incidência, chamo atenção ao conceito de juridicidade administrativa, uma vez que essa consagra o exercício da função pública à despeito da existência da Lei, olhos postos ao seu próprio limite colocado pela forma de organização da Administração Pública, qual seja: a descentralização das atividades em centros de competência, juntamente com a influência do setor regulado. A divisão das atividades reguladas pela criação de entidades responsáveis pela regulação demanda, bem assim, que a juridicidade administrativa seja exercida não apenas pelo administrador, mas também pelo administrado, em um diálogo com a noção de *Estado plural*, que será desenvolvida no presente trabalho. Por conta disso, como se verá no Capítulo 3, um exemplo do limite à juridicidade administrativa pelo próprio setor regulado é, portanto, a sugestão audaciosa que proponho, sendo essa: que a interpretação das normas técnicas não sejam produto, exclusivamente, da discricionariedade administrativa, mas, sobretudo, do entendimento do setor regulado, em consonância ao limite apresentado à juridicidade administrativa.

No Capítulo 2, coloco o objeto do presente trabalho, qual seja, a Resolução ANP nº 846/2021 em debate com o contexto da sua criação, já antes previsto no instrumento de boas práticas regulatórias denominado Agenda Regulatória ANP para o biênio 2020-2021. Nesse capítulo, abordo uma análise da revisão da participação social proposta pela Agência. A história da publicação da referida Resolução precedeu, no primeiro trimestre de 2020, da suspensão das audiências públicas, tendo em vista o cenário da pandemia do Covid-19, em que qualquer uso do interesse público para fins contrários à saúde pública restaria prejudicado, para posterior institucionalização, ainda em período de pandemia, da ampliação dos mecanismos de participação social por videochamada. Assim, não apenas as Audiências Públicas, já anteriormente previstas como instrumento de participação social pela Resolução ANP nº

5/2004, como as Consultas Públicas e as Consultas Prévias foram remodeladas para o meio digital, sem prejuízo de futuras nulidades que os atos administrativos editados sem o processo de participação social pudessem eivar.

Em primeiro lugar, em consonância com a juridicidade administrativa, será analisada a base principiológica apta a demonstrar o atual estágio do Estado Administrativo. Nesse sentido, foi escolhido o princípio da consensualidade a ser trabalhado em dois vieses, sendo eles: (i) a consensualidade como legitimidade na atuação administrativa e (ii) a consensualidade como método de atuação administrativa. Pelos motivos que este trabalho procura expor, o desenvolvimento desses dois vieses justifica a escolha do princípio em questão, uma vez que se entende como fator necessário para que a especificidade técnica-setorial do setor regulador figure como uma baliza para que a juridicidade administrativa não seja uma permissão de arbitrariedades por parte do regulador, permitindo que os agentes regulados possam participar do processo de tomada de decisão pública, sendo a sua manifestação levada em conta na escolha final do administrador.

Esse será o caminho que deverá existir para que a democracia deliberativa possa ser enxergada no processo de participação social dos agentes regulados. Mais ainda, como se verá, o diálogo entre a juridicidade administrativa, seus limites impostos pelo setor regulado e o princípio da consensualidade levará à concepção *vermeuliana* de abnegação à Lei, em que se justificará pela tentativa de se enxergar nesses espaços de participação social um arranjo institucional otimizador do mecanismo de democracia no campo de atuação da Administração Pública, sendo aqui entendido como uma regra de pequena escala que estrutura o processo pelo qual os atos normativos secundários objetivam um diálogo que parte da coordenação, do consenso e das consequências da decisão tomada entre regulador e regulado.

Em segundo lugar, da existência do caminho acima destacado busca-se aferir uma proteção suficiente e proporcional da emissão de regulações que ampliem a participação social, como a Resolução ANP nº 846/2021. Da proteção suficiente e proporcional, foram elencados dois importantes vises que permitirão o consectário final do presente trabalho, quais sejam: (i) direitos e responsabilidades não são termos dicotômicos e portanto, tanto a conduta do administrador, quanto do administrado, necessita ser suficientemente responsável para conferir a licença necessária aos administrados para o exercício do exercício da sua atividade econômica; bem assim, tem-se o entendimento de direitos sendo, ao mesmo tempo licença e

responsabilidade. E, (ii) a regulação, portanto, acaba sendo um fator multidisciplinar que ensejará uma tentativa de proposição de uma doutrina apta à revisão do estoque regulatório.

Por último, advoga-se a existência da democracia deliberativa no atuar da Administração Pública. Isso porque, a ANP, como autarquia de regime especial, responsável pelo desenvolvimento e fiscalização do segmento de “E&P”, permitirá o preenchimento das lacunas técnicas pela ampliação da participação social do setor regulado durante o seu processo de tomada de decisão, em um momento que se atestará que a licença do particular para desenvolvimento da atividade econômica de exploração e produção de petróleo, gás natural e biocombustíveis implicará, por outro lado, na responsabilidade da Agência Reguladora em permitir que a mutabilidade econômica do setor seja um fator multidisciplinar a influenciar a terminologia dos termos técnicos.

A proposta desse projeto é permitir a constatação da democracia deliberativa na participação social regulada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biorcombustíveis – ANP, permitida sua ampliação pela Resolução ANP nº 846/2021. Essa é uma aposta que contará com a criação e, porque também não afirmar, da inovação da tecnicidade do setor como protagonista no preenchimento dos seus próprios termos técnicos.

## CAPÍTULO I – COORDENAÇÃO, CONSENSO E CONSEQUÊNCIA: O TRIPÉ ADMINISTRATIVO

O imbricamento das instituições de poder com a sociedade é o cerne das questões contemporâneas transformadoras. Nesse sentido, adotar-se-á, a fim de melhor compreender a abordagem dessa dinâmica, o desempenho e o comportamento das instituições básicas da sociedade, aqui entendidas como toda comunidade de instituições de poder que formam o Estado<sup>4</sup>. É por esse aspecto que o que se analisa é a atuação e o comportamento das instituições, em especial a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, a fim de que se possa compreender de que maneira os princípios constitucionais, - em especial, o princípio da consensualidade -, resulta para a concretização da democracia em espaços de expertise técnica elevada, a partir da edição da Resolução ANP nº 846/202, que regulamentou a participação social no processo regulatório da Agência por videoconferência.

Em termos de participação social, a ANP editou uma nova regulação, em meio a pandemia de Covid-19, momento em que qualquer interesse contrário à saúde pública restaria prejudicado, para assegurar a continuidade da participação social dos entes regulados, ainda que por videochamada. Isso significa que o mapeamento do desempenho da ANP, enquanto Agência Reguladora estratégica para a consolidação do Estado Democrático de Direito, em um cenário de crise institucional<sup>5</sup> ocasionado pela pandemia de Covid-19, será segundo a égide da interação com os entes regulados, ponto determinante para o resultado eficiente dos objetivos constitucionais estabelecidos.

De plano, analisando a atividade administrativa, como pensada pela perspectiva liberal, sendo ela dominada pelo vínculo formal-normativo, - aqui, o vínculo formal-normativo resta evidente quando da edição da Resolução ANP nº 846/2021 -, inexistente uma regulamentação anterior que buscasse conter situações de crise, ou mesmo que tratasse de maneira clara acerca da interação entre as instituições para resolução dos problemas advindos do momento de crise.

---

<sup>4</sup>RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993. Nesse ponto, esclareço que, segundo o Autor, em *justice as fairness*, o conceito de estrutura básica da sociedade pode ser entendido como o conjunto de instituições políticas, sociais e econômicas encarregadas de cuidar de questões essencialmente de justiça em torno daqueles princípios compreendidos como apriorísticos à própria atividade constitucional democrática.

<sup>5</sup> Para fins deste Trabalho, crise institucional refere-se à dificuldade encontrada em preservar o projeto normativo constitucional e a dinâmica comportamental das instituições de poderes e de seus órgãos de função jurídico-administrativa em constante transformação política. Breve, significa dizer que a crise é a polarização da dimensão constitucional e a realidade político institucional. Sob a perspectiva da teoria institucional, significa a exceção do Estado Constitucional Democrático.

Por isso, a inexistência de regulação anterior para reger momentos de crise, pode gerar problemas indesejáveis, como uma possível paralisação da Administração Pública, vinculada a uma atuação que cria novas soluções, não pautadas em lei, e que pode sofrer grande resistência por parte dos entes regulados e da sociedade em geral, culminando na ausência de eficácia da medida adotada.

Não foi esse o desfecho da regulação adotada pela Resolução ANP nº 846/2021. Para especificar a problematização deste projeto, apontam-se, os aspectos de autoridade da ANP para produzir o direito e para exercer a política; isso é, como a escolha de superação da crise institucional ocasionada pela pandemia de Covid-19 procurou remodelar o diálogo com os agentes regulados. Esse será o ponto primordial do projeto, o qual se objetiva defender a inserção e a existência da democracia, - pelo diálogo regulador e regulado -, em um meio intrinsecamente técnico marcado pela predominância das atividades de Exploração e Produção de petróleo, gás natural e biocombustíveis, “E&P”. Logo, a metodologia de análise se pautará no estudo da maneira pela qual a existência de democracia em espaços altamente técnicos e regulados, como o segmento de “E&P”, funciona como instrumento estatal de concretização, controle e fiscalização de Políticas Públicas, aqui entendidas como ações governamentais capazes de concretizar Direitos Fundamentais (BUCCI, 2006).

A partir dessas inferências que também serão retomadas ao longo de todo o projeto, discutir-se-á no presente capítulo as duas frentes de atuação do princípio da consensualidade que levaram ao estabelecimento da conjuntura retratada, apresentada no tópico 1.1 a partir da crise da Lei em sentido formal, desencadeando o fenômeno da reformulação do princípio da legalidade. Em seguida, o subtópico 1.1.1 abordará a existência do princípio da juridicidade administrativa sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988, essa última atuando como norma habilitadora de competências da Administração Pública, independentemente da intermediação de Lei autorizativa. Ato contínuo, no tópico 1.1.2 será introduzido uma das possíveis vertentes, de objeto comum a esse trabalho, que pode figurar como o limite da juridicidade administrativa, qual seja, a especialização técnico-setorial admitida pela regulação de setores exclusivos da economia, sendo necessário a elaboração de normas técnicas e *experts* da área regulada que delimitam o espectro de assuntos incidentes sobre o objeto regulado. Essa forma de delimitação, por sua vez, será analisada pela perspectiva do princípio da consensualidade e a sua relação com o Estado Democrático de Direito (tópico 1.2), sendo esse

princípio analisado sob dois vieses: o viés do administrado e a ampliação da sua participação no processo administrativo, aqui entendido pela consensualidade como legitimidade na atuação administrativa, entendendo legitimidade como a compatibilidade da ação administrativa com manifestações democraticamente inseridas no processo de formação da decisão (tópico 1.2.1); e, sob o viés do administrador, de sorte que a adoção da ampliação dos instrumentos de participação popular como política regulatória do administrador permite a consensualidade como método de sua própria atuação (tópico 1.2.2). Diante disso, no tópico 1.2.3 demonstra-se a cláusula geral da consensualidade prevista no ordenamento jurídico brasileiro, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, momento em que se insere o argumento consequencialista na tomada de decisão consensual e coordenada. Por último, no tópico 1.3 será reconhecida a capacidade do princípio da consensualidade em consagrar a indisponibilidade do interesse público alinhada com a proteção de Direitos Fundamentais, sobretudo a dignidade da pessoa humana e sua dimensão econômica, quando resultantes do modelo de Estado Administrativo contemporâneo.

### 1.1. A crise da Lei em sentido formal

Em primeiro lugar, para que se desenhe os motivos da crise da Lei em sentido formal é necessário trazer o princípio da legalidade administrativa em sua versão inicial. Para isso, a solução encontrada para fazer com que o Direito Administrativo servisse de instrumento do projeto de direção da Administração Pública pelo Direito foi aquela de vincular a validade das Leis, atos e regulamentos administrativos à prévia autorização por Lei (SUNDFELD, 2012).

A concepção tradicional não se limita em afirmar que a Lei prévia seria capaz de pré-determinar todo o conteúdo da ação administrativa, reduzindo a função administrativa como mera função de execução de Lei de ofício<sup>6</sup>. De certo, o ponto de asfixia dessa concepção é quando se permite argumentar que o Direito Administrativo é fruto da submissão do Estado à Lei<sup>7</sup> (BANDEIRA DE MELLO, 2011). Antes de trazer os motivos, imperioso destacar que aqui se entende como Lei formal o ato emanado das entidades às quais a Constituição atribua função legislativa (BINENBOJM, 2008). De certo, a concepção formal da Lei seria a manifestação da vontade geral do povo, sobretudo porque na égide do pensamento liberal iluminista ela funcionou como um instrumento de racionalidade dos representantes do povo<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. A crise da Lei: Da Legalidade como vinculação positiva à Lei ao princípio da juridicidade administrativa. O desprestígio do legislador e a crise da lei formal: um fenômeno universal. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, cap. IV, p. 126-127. “As palavras, tão citadas na literatura publicística brasileira ao longo da segunda metade do século XX são de M. Seabra Fagundes. Todavia, deve-se ressaltar que a definição do grande administrativista brasileiro foi citada, via de regra, fora de seu contexto original. Com efeito, conforme anotamos em nota do atualizado na 7ª edição (2005) do clássico O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário (p. 5, N.A.: DOUT 1), a adoção indiscriminada do conceito de função administrativa de M. Seabra Fagundes, como sendo a aplicação da lei de ofício, não está levando em conta, na arguta observação de Antônio Carlos Cintra da Amaral, que “quando o ilustre jurista brasileiro formulou essa definição teve por objeto distinguir a função administrativa da função jurisdicional” e não simplesmente limitar a função administrativa a uma atuação mecânica (*Validade e Invalidade do Ato Administrativo*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 8, novembro, 2001, p. 3).”

<sup>7</sup> BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 99-100. “(legalidade) é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo (...) é o fruto da submissão do Estado à Lei (...) consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei (...) pretende garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.”

<sup>8</sup> BINENBOJM, op. cit., 2008, p. 126-127. “É um truísmo afirmar-se que a lei formal, no seu sentido liberal clássico, está em crise. A assertiva é especialmente recorrente na literatura do direito público contemporâneo. A obviedade da afirmação, contudo, não torna prescindível a compreensão de suas razões. É entendendo o que se passou com a lei, classicamente concebida como a manifestação, por excelência, da vontade geral do povo (indispensável, portanto, para legitimar a atuação da Administração Pública), que será possível constatar a necessidade de um novo paradigma legitimador do direito administrativo e identificar o seu conteúdo. A Lei, no pensamento liberal iluminista, era um produto da razão, emanada dos representantes da sociedade, constituindo-se na mais importante fonte do direito, notadamente na Europa, onde o constitucionalismo só tomou força após a Segunda Grande Guerra.”

Nesse contexto, o que se está pretendendo demonstrar é a existência do mito por trás da concepção tradicional que o princípio da legalidade administrativa carrega ao afirmar que o legislador seria capaz de definir, previamente, a integralidade daquilo que a Administração Pública poderia fazer<sup>9</sup>. Ainda que em matéria de liberalismo clássico a Lei funcionasse como instrumento racionalizador de comandos, não há como se admitir que a complexidade das leis acompanhasse, na mesma medida, a velocidade da complexidade das questões sociais que as regulam (BINENBOJM, 2008).

O grau de liberdade de atuação da Administração Pública conferida pela norma jurídica é o que pode variar. Isso porque, a aplicação da Lei pela Administração Pública depende de papel criativo por parte do aplicador do Direito, sendo inviável a existência de lei exaustiva o bastante que dispense o papel criativo do operador do Direito (OLIVEIRA, 2020).

Pelo exposto, é possível a demonstração de um cenário doutrinário em que se enumera algumas razões para que se reformule a concepção do princípio da legalidade, sobretudo porque a crise da Lei em sentido formal tornou-se um fenômeno em que a Doutrina procurou traçar novas saídas. Assim, enumera-se como principais motivos da crise (i) a inflação legislativa e a crise de representatividade do legislador; (ii) argumento histórico em que se demonstra que a Lei no sentido formal foi causa de injustiças; (iii) o Triunfo do constitucionalismo; (iv) o descompasso entre a realidade da Administração Pública e a morosidade do processo legislativo; (v) a ampliação do poder normativo da Administração Pública; (vi) a expansão da presença do Poder Executivo no processo legislativo; e, (vii) a ascensão institucional do Poder Judiciário.

No que se refere à inflação legislativa e a crise de representatividade do legislador em (i), o aumento das funções do Estado fez com que acarretasse, em certa medida, a uma “banalização” da Lei como instrumento supostamente apto a regular toda e qualquer crise econômica, política e social, transferindo todo o resultado dessa regulação a uma suposta inépcia do comando normativo<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Idem, 2008, p. 126-127. “Foi exatamente esta visão liberal idealista e mistificadora que sucumbiu. De fato, a lei não foi capaz de atender às demandas de que ela própria pretendia tratar no Estado liberal, sendo, ainda mais, inábil a responder aos anseios do Estado de providência.”

<sup>10</sup> Idem, 2008, p. 128. “O excesso de leis é uma realidade em todas as nações civilizadas, notadamente nos países de tradição romano germânica. O mito positivista de completude do ordenamento jurídico, aliado ao aumento significativo das funções do Estado social, inspirou os parlamentares a tratarem de qualquer assunto, sendo corolário deste movimento a noção (muito evidente no senso comum) de que a lei seria apta a resolver todos os

O argumento histórico em (ii) remonta ao respeito cego e irrestrito à Lei como causadora de injustiças e restrições às liberdades dos indivíduos, remontando-a como o fundamento da barbárie. Quando não se questiona a justiça de uma Lei, levando-se em consideração apenas o fato dela ser dotada de generalidade e abstração ou, ainda, por ter sido aprovada conforme a vontade geral, constata-se o argumento utilizado segundo o qual os critérios formais de validade do direito legitimaram a vinculação de um positivismo normativo ao nazifascismo<sup>11</sup>. Logo, a noção histórica em (ii) acaba por estar contida na inflação legislativa de (i), sobretudo porque, mais uma vez, a Lei se mostrou insuficiente para trazer justiça e liberdade ou, em outras palavras, para regulamentar as diversas crises sociais do século XX.

Em (iii), o triunfo do constitucionalismo elevou a Constituição ao epicentro do ordenamento jurídico, fazendo com que o princípio da legalidade passasse a ser mais um princípio dentre vários outros que compõe a manifestação da vontade geral, em um verdadeiro movimento de descentralização do legalismo. Com efeito, a Constituição emanou a sua eficácia irradiante por todo o ordenamento jurídico, passando a ser entendida não apenas como norma habilitadora de competências da Administração Pública, mas também como instrumento de validade da decisão do administrador<sup>12</sup>.

De certo modo, o descompasso entre a realidade da Administração Pública e a morosidade do processo legislativo ajudou para a ampliação do poder normativo da Administração Pública, sendo entendido que as razões (iv) e (v) acabam por estabelecer a primeira como razão de ser da segunda. Isso porque, o Estado, pautado pela lógica do princípio da eficiência, deve estar preparado para uma atuação regulatória célere para as inúmeras

---

problemas sociais. Banalizou-se a lei, o que fez com que se esvaziasse o sentimento de respeito que se lhe nutriu no período iluminista. Com a inflação legislativa, a norma do parlamento, inevitavelmente, “perde a sua majestade.”

<sup>11</sup> Idem, 2008, 128-129. “Uma segunda razão que contribuiu significativamente para a perda da importância da Lei foi a constatação histórica de que esta pode, muito além de veicular injustiça, ser fundamento para a barbárie. (...) Este formalismo tem seu apogeu no positivismo normativista, com a ideia de que toda lei é válida, desde que em conformidade com uma lei hierarquicamente superior, num escalonamento que termina numa norma fundamental (acima da Constituição) de conteúdo abstrato. É irrefutável a constatação de que os critérios formais de validade do direito acabaram por legitimar as maiores iniquidades do século XX. De fato, quando se pensava ter-se alcançado o mais elevado grau de desenvolvimento da civilização ocidental, a lei, expressão da vontade geral cujo conteúdo independe de maiores questionamentos, foi capaz de legitimar as práticas nazifascistas, que criaram talvez a maior cicatriz da história do século passado. A constatação de que a lei é insuficiente para trazer justiça e liberdade fez com que ela perdesse a aura de superioridade moral que havia incorporado com a Revolução Francesa.”

<sup>12</sup> Idem, 2008, p. 129-131. “O constitucionalismo é o grande vitorioso diante do colapso do legalismo. Diante do fracasso da lei, notadamente no segundo pós-guerra, as esperanças de garantia da liberdade e da justiça passam a ser depositadas no constitucionalismo.”

questões técnicas, sociais, econômicas e políticas que necessitam ser reguladas. Por assim dizer, a preocupação de uma eficiente atuação regulatória, bem como a preponderância do constitucionalismo como fundamento da validade das normas da Administração Pública, pautou o estabelecimento de novas esferas de normatização que pudessem conferir maior celeridade<sup>13</sup>. Assim, situando o fenômeno da deslegalização como o mais claro sinal da erosão da lei formal como condição da atuação administrativa (BAPTISTA apud BINENBOJM, 2008), nada mais condizente do que aceitar que atos normativos infralegais servissem de fundamento para o exercício da função administrativa, uma vez que esses remontarão o seu fundamento de validade na própria Constituição, sem a necessidade do intermédio da Lei.

Em decorrência da ampliação do poder normativo da Administração Pública, a ocorrência da expansão da presença do Poder Executivo no processo legislativo, sobretudo porque a fixação de atribuições diretas para o Poder Executivo, distribuídas por suas múltiplas estruturas, é decorrência da impossibilidade da Lei em contemplar todas as decisões administrativas possíveis de serem tomadas quando do exercício da função pública (BINENBOJM, 2008). Em uma perspectiva quantitativa, a fonte mais numericamente relevante do Direito Administrativo passou a ser o Decreto, cabendo demonstrar a tese de que, em maior ou menor intensidade, o Poder Executivo acabou por conseguir controlar indiretamente o processo legislativo.

De certa forma, pensar o caso do presidencialismo de coalizão brasileiro, aqui entendido como a necessidade de formação de maioria parlamentar para que se consiga governar, dando espaço a uma infinidade de combinações de alianças partidárias (BINENBOJM, 2008), mostrou claramente a participação ativa do Executivo no processo legislativo, em um visível desmantelamento da tradicional separação de poderes (LOEWENSTEIN, 1965), uma vez que o Direito Administrativo contemporâneo mostrou-se como um mero resultado de leis que foram editadas pelo Parlamento, mas que foram propostas, votadas e aprovadas conforme o interesse do Poder Executivo (BINENBOJM, 2008).

---

<sup>13</sup> Idem, 2008, p. 133-134. “A lei não é mais o instrumento que condiciona e legitima toda a atuação administrativa. Daí o movimento, tanto da Constituição, quanto do próprio legislador, no sentido de estabelecer novas esferas de normatização dotadas da devida celeridade. Este clamor por velocidade e eficiência é bastante explícito no direito administrativo econômico, preocupado com uma eficiente atuação regulatória do Estado.”

Por fim, ainda no espectro da reformulação da visão de legalidade tradicional, a ascensão institucional do Poder Judiciário desfocou da Lei a sua competência disciplinatória de resolução de conflitos sociais. Para esse ponto, importante destacar uma breve síntese histórica que atribuiu à norma constitucional o *status* de norma jurídica. A reconstitucionalização que sobreveio à II Guerra Mundial superou o modelo que vigorou na Europa até a primeira metade do século XX, no qual a Constituição era um documento essencialmente político, funcionando como um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização das propostas políticas expressas na Constituição ficavam, portanto, condicionadas à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador, não se reconhecendo papel algum ao Judiciário de realização do conteúdo da Constituição<sup>14</sup>(BARROSO, 2005).

Se antes não se reconhecia qualquer papel ao Judiciário na realização do conteúdo da Constituição, hoje o cenário mostra-se completamente ao contrário, cabendo, até mesmo, atestar a existência da *judicialização da vida no Brasil*<sup>15</sup>, expressão essa utilizada para fazer referência a extensa e profunda demanda de aspectos sociais que o Judiciário foi instado a decidir. Ainda, importante destacar que, para o presente tópico, com a finalidade de demonstrar a retirada do poder de solução de conflitos que a Lei possui, o presente trabalho irá se ater ao termo judicialização quantitativa<sup>16</sup>, aqui entendida como uma explosão de litigiosidade no País

---

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Belo Horizonte, ano. 7, n.33, 2005, p. 4. “O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.”

<sup>15</sup> Idem. *Sem data vênica: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. A Judicialização da vida no Brasil. Nem tudo pode ser resolvido nos tribunais. Rio de Janeiro: História Real, 1. ed., 2020, cap. 4, p. 203-204. “Nos últimos tempos, a vida brasileira se judicializou extensa e profundamente em todos os domínios relevantes. Não é difícil ilustrar essa constatação. No plano ético e dos costumes, juízes e tribunais foram chamados a decidir, por exemplo, se é legítimo o casamento entre pessoas do mesmo sexo; se uma mulher deve ter reconhecido o seu direito de interromper a gestação indesejada durante o primeiro trimestre de gravidez; se a lei pode autorizar pesquisas com células-tronco embrionárias, o que importa na destruição de embriões congelados que sobraram dos procedimentos de fertilização *in vitro*. (...), mas não é só. Para além dessas questões transcendentais, existem outras tantas que fazem parte da rotina da vida e que terminam em pronunciamentos judiciais.”

<sup>16</sup> Idem. p. 205. “O termo judicialização tem sido utilizado para identificar duas situações diferentes. Existe, em primeiro lugar, uma judicialização quantitativa. Nesse sentido, a expressão judicialização da vida se refere a uma certa explosão de litigiosidade no país, que se manifesta na existência de um número espantoso de ações em curso. Conforme a época, o critério e a origem da pesquisa, as estatísticas oscilam entre 70 e 100 milhões de processos em tramitação simultânea. É quase como se cada brasileiro adulto tivesse uma ação em juízo. Essa judicialização vertiginosa exibe uma ou outra faceta positiva. O excesso de litigiosidade revela ou o reiterado descumprimento de obrigações assumidas ou um exacerbado espírito de emulação. Em qualquer caso, não é bom.”

que deu ensejo à existência de um alto número de ações judiciais em curso, trazendo o Judiciário a ser o novo protagonista responsável pela resolução de conflitos jurídico-social (BARROSO, 2020). Nesse contexto, o fenômeno da *judicialização da vida* permitiu trazer ao império do Direito espaços privados, específicos e denominados, em caminho diametralmente oposto à Lei pública, abstrata e prescritiva. Aqui, é levado à esfera pública, ao próprio Poder Judiciário, discussões das relações privadas em perfeita consonância com o amplo espectro de matérias constitucionalizadas na Constituição Federal de 1988.

Ainda que não exaustivo, faz-se uma breve observação sobre o risco de judicialização excessiva como uma fiel consequência do amplo espectro de assuntos constitucionais na ordem vigente. O Direito Administrativo não está fora desse risco, sobretudo porque, como já abordado nesse presente trabalho, possui a Constituição Federal de 1988 como a principal fonte de sua atuação ou, ainda, como o principal estatuto jurídico em que a Administração Pública legitima a sua atuação<sup>17</sup>. Pois bem. A força expansiva das normas constitucionais pode acabar comprometendo o exercício da função pública que, por vezes, não conseguirá atingir a completude de concretização das matérias que está constitucionalmente vinculada<sup>18</sup>.

Ainda que se possa construir o argumento de que a *judicialização da vida* e, porque também não dizer, do próprio Direito Administrativo possa obstar o divórcio claro entre o setor público e o setor privado que o atual estágio do Estado Administrativo regulador<sup>19</sup> impõe, é

---

<sup>17</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação – transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 38. “A influência do constitucionalismo democrático se dá por meio de mutações que refletem uma nova compreensão sobre a legitimidade da organização e do funcionamento da Administração Pública. Modo geral, esse giro democrático constitucional propulsiona mudanças direcionadas a: (i) incrementar o grau de responsividade dos administradores públicos às aspirações e demandas da sociedade, mediante adoção de procedimentos mais transparentes e participativos.”

<sup>18</sup> Idem. p. 67. “Mas aqui também haverá espaço para a influência decisiva do giro pragmático do direito administrativo, como que a matizar o idealismo excessivo e a selar o compromisso do constitucionalismo democrático com a realidade concreta. Assim, para que as disposições constitucionais não se convoem em um “feixe bacharelesco de idealidades inviáveis, cruelmente desmentidas pela prática político-social”, mister adotar postura pragmatista que seja apta a dar consequência ao discurso quase transcendental e altamente impreciso de algumas correntes doutrinárias ligadas aos direitos humanos e à principiologia administrativo-constitucional.”

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed., Rio de Janeiro: Método, 2020, p.12. “É importante esclarecer que a diminuição do aparelho estatal e a reformulação das atividades que devem ser desenvolvidas pelo Estado não significam um simples retorno ao Estado Liberal clássico, pois, agora, o Estado não abdica da intervenção na área econômica e social. A mudança primordial está justamente na técnica utilizada para essa intervenção, que deixa de ser direta e passa a ser indireta (subsidiariedade), notadamente mediante a regulação (Estado Regulador) e o fomento público.”

exatamente com a ampliação do seu papel, constitucionalmente previsto<sup>20</sup>, no controle e na fiscalização da prestação dos serviços públicos pela iniciativa privada que fez com que a sua faceta de um agente econômico decisivo e necessário persistisse<sup>21</sup>. Isso porque, por mais que se tenha tentado diminuir o papel do Estado na economia, ou que de fato tenha-se conseguido, o Estado regulador não se tornou mínimo ou inexpressivo<sup>22</sup>.

Isso porque, a expressão do Estado regulador na economia não é mínima ou inexpressiva. Assim, uma vez que o texto constitucional escolheu por institucionalizar uma democracia liberal, fundada na liberdade individual e autonomia da vontade, fez-se necessário a adoção de um modelo de Estado que perpetue essa escolha sem, contanto, apagá-lo. Por isso, o Estado Administrativo regulador incorpora o ideal da existência de direitos econômicos mínimos quando, necessariamente, materializa a adoção do modelo das agências reguladoras pela fiscalização das atividades públicas, ocorrendo o seguinte diálogo: há a tentativa de construção de um Estado capaz de limitar a fronteira entre o público e o privado, ao mesmo tempo em que, mantêm a expressiva participação econômica e jurídica para o bem comum (ARDENTE, BRAGANTIN, 2021).

Pelo exposto, a visão realista que esse trabalho adota é a de que a concepção tradicional da legalidade administrativa que a clássica Doutrina do Direito Administrativo procurou descrever, ou seja, a lógica de que a Administração Pública seria mera executora de comandos legais, bem como de que o legislador predefiniria todo o conteúdo de atuação do administrador é, sobretudo, irreal e nunca, de fato, existiu, passando a ser apenas um conceito balizador da discricionariedade do agente público, caindo rapidamente em decadência<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> De acordo com Art. 173, *caput*, da CRFB, “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

<sup>21</sup> De acordo com o Art. 175, *caput*, da CRFB, “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação a prestação de serviços públicos.”

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. 2002.

<sup>23</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. A crise da Lei: Da Legalidade como vinculação positiva à Lei ao princípio da juridicidade administrativa. Os caminhos da legalidade administrativa: os sentidos da vinculação da Administração à juridicidade. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, cap. IV, p. 136. “A primeira concepção da legalidade administrativa, do ponto de vista cronológico, surgiu de uma analogia entre o ato administrativo e a sentença judicial. Segundo esse entendimento, o ato administrativo se constituiria em uma mera particularização dos mandamentos genéricos e abstratos veiculados na lei, em sua atuação concreta. Otto Mayer observou argutamente que tal noção de ato administrativo surgiu por analogia ao conceito que os juristas integrantes das assembleias e quadros revolucionários franceses tinham da sentença judicial aplicativa da lei. E assim foi que se forjou o conceito-chave de ato administrativo como declaração concreta de vontade com a qual a Administração Pública

Nesse sentido, entende-se, até mesmo que a evolução da ideia de legalidade para a de juridicidade administrativa, como se verá adiante, foi uma consequência natural da realidade da Administração Pública, uma vez que a inexistência de todos os possíveis comportamentos do agente público previstos em Lei construiu a noção de conformidade do atuar administrativo, não apenas com a Lei em sentido formal, mas com o Direito Administrativo como um todo.

Além disso, as breves razões descritas acima da crise da Lei em sentido formal são um elemento legitimador do Estado Administrativo regulador, isso porque toda a ordem jurídica que o legitima possui fundamento na Constituição Federal de 1988, bem como o modelo das agências reguladoras escolhido para o seu exercício e que será objeto de análise nesse presente trabalho.

### **1.1.1. A CRFB/88 e a juridicidade administrativa**

A juridicidade administrativa consagra a viabilidade de atuação da Administração Pública, com base diretamente na Constituição Federal de 1988, a despeito da existência de uma Lei em sentido formal a respaldar a sua atividade. Em outras palavras, o princípio da legalidade acaba por estar contido à noção de juridicidade administrativa, aqui entendida como a expressão ampla e englobante da legalidade administrativa<sup>24</sup> (ARAGÃO, 2013). Ainda, a juridicidade administrativa não representa um desprezo à Lei em sentido formal, sobretudo porque se há a existência de Lei entre a Administração Pública e a Constituição, o administrador

---

se particulariza e aplica uma previsão normativa geral. Por seu distanciamento olímpico da realidade, tal conceito não tardou a cair em desuso. Com efeito, se mesmo em relação à decisão judicial a ideia da vinculação total e mecânica à lei soa hoje como fantasiosa ou cerebrina, no que toca aos atos administrativos, por ainda maior razão, sua invocação sem ressalvas é simplesmente equivocada. É que a noção de legalidade administrativa (entendida como vinculação à lei formal) não apenas é inapta a alcançar performaticamente toda a efetividade da Administração, como, mais que isso, não deve pretender alcançá-la.”

<sup>24</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 58. “Princípio que vem se afirmando na doutrina e na jurisprudência mais modernas como uma nova acepção (não uma superação) do princípio da legalidade, a juridicidade, costuma ser referida como a submissão dos atos estatais a um padrão amplo e englobante de legalidade, cujos critérios não seriam apenas a lei estrita, mas, também, os princípios gerais do direito e, sobretudo, os princípios, objetivos e valores constitucionais. É a visão de que a Administração Pública não deve obediência apenas à lei, mas ao Direito como um todo. Trata-se, na verdade, de uma expressão ampliada do princípio da legalidade, consequência 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.”

deve observá-la, sob pena de deslegitimar o principal fundamento que a Lei se sustenta, sendo esse a própria Constituição<sup>25</sup>.

Pois bem. A Constituição Federal de 1988 é, inicialmente, um fundamento habilitador do exercício da função administrativa, seja através da Lei, seja à despeito da própria Lei. De certa forma, essa concepção também reforça a própria natureza do poder discricionário conferido à Administração Pública para agir nos espaços livres de regulamentação da Lei (BINENBOJM, 2008). Isso porque, conceber a Constituição como norma habilitadora de competências da função administrativa é atestar a necessidade de um desenvolvimento de atribuição normativa precedente, apto a legitimar o poder jurídico dos atos administrativos advindos diretamente do texto constitucional<sup>26</sup>. Tanto assim o é que a Constituição, como norma superior, acaba regulando a forma de produção da norma inferior, ou seja, acaba sendo a habilitação necessária para que a função pública detenha o fundamento da legitimidade que regula todo o sistema jurídico<sup>27</sup>.

Pelo exposto, tal como não se pode entender a Lei em sentido formal como instrumento concretizador de todas as complexidades que a função administrativa é capaz de regular, também não se pode partir da premissa de que a Constituição pré-ordena todo o exercício da Administração Pública. Se a inflação legislativa e a crise de representatividade do legislador

---

<sup>25</sup> Idem, p. 58. “(...) O princípio da legalidade, se corretamente entendido, não pode ser considerado superado pelo princípio da juridicidade, porque as referências ao princípio da juridicidade sempre parte de normas (regras e princípios) constitucionais ou legais. O princípio da juridicidade nada mais é do que o princípio da legalidade entendido substancialmente, não se tendo em consideração esta ou aquela regra legal específica, mas o ordenamento jurídico como um todo.”

<sup>26</sup> Como exemplo de consagração da viabilidade de atuação da Administração Pública com base diretamente na Constituição Federal de 1988, a despeito da existência de uma Lei em sentido formal à respaldar a sua atuação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no Recurso Extraordinário 579.951-2/RN de Tema 66 de Repercussão Geral com a seguinte tese: “A vedação ao nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, dado que essa proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal.”

<sup>27</sup> Op. cit., p. 138-139. “Em sua conhecida formulação sobre a estrutura do ordenamento jurídico, Kelsen concebe-o como um sistema escalonado e hierarquizado, em que a norma de escalão inferior tem seu fundamento de validade na norma de escalão superior. Seguindo uma direção ascendente, da base rumo ao topo da pirâmide normativa, a sentença judicial e o ato administrativo teriam fundamento de validade na lei (norma geral), enquanto a lei encontraria seu fundamento de validade na Constituição (norma superior que representa o escalão de direito positivo mais elevado). Como fundamento de validade último do ordenamento jurídico, situada no vértice da pirâmide, Kelsen concebe uma norma fundamental, que não é posta enquanto norma de direito positivo, mas pressuposta. (...) Partindo-se de uma guinada de visão da pirâmide normativa de cima para baixo, inversa àquela empreendida acima, pode-se dizer que a norma superior regula a forma de produção da norma inferior. A Constituição estabelece, assim, o processo pelo qual as leis serão produzidas e, eventualmente, o conteúdo que haverão de ostentar. O mesmo fenômeno acontece entre as leis e as sentenças judiciais ou os atos administrativos, numa relação de determinação ou vinculação. Essa relação de determinação, entretanto, nunca é completa (...), pois a norma de escalão superior não pode vincular em todas as direções e sob todos os aspectos o ato através do qual é aplicada, seja ele uma lei, um ato administrativo ou uma decisão judicial.”

fizeram com que surgisse o sentimento de “banalização” da Lei, como demonstrado no tópico 1.1, o entendimento análogo a esse para a juridicidade administrativa também levaria a inépcia da sua completude, já que a Constituição Federal de 1988 é apenas um instrumento balizador da atuação do administrador.

Assim, a juridicidade administrativa é a expressão dos lineamentos constitucionais pertinentes, por meio da superação do dogma da onipotência da Lei, com o objetivo de trazer a constitucionalização do Direito Administrativo pela ligação direta da Administração Pública aos princípios e regras constitucionais<sup>28</sup>. De certo, a constitucionalização do Direito Administrativo não resta imune de críticas, sobretudo quando se reconhece uma verdadeira *ubiquidade* constitucional<sup>29</sup>, aqui entendida como a amplitude de matérias tratadas na Constituição Federal de 1988 de modo excessivamente detalhista. Se, por um lado, a noção de juridicidade administrativa permite que a Constituição seja o fundamento habilitador da função administrativa, essa última acaba também se permeando dos mesmos riscos do subjetivismo constitucional, quando da interpretação e da aplicação de um texto constitucional *dilatado*<sup>30</sup>, uma vez que acaba sendo reconhecida pela abertura que as normas de natureza principiológica possuem. Contudo, para o presente trabalho, destacar-se-á uma das faces da limitação do subjetivismo constitucional, sendo essa através da própria necessidade de especialização de funções da Administração Pública.

---

<sup>28</sup> Idem, p. 142-143. “Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores. A nova principiológica constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. (...) Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e estruturante do Estado democrático de direito.”

<sup>29</sup> SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. Revista de Direito do Estado, n. 2, p. 83-118, abr./jun. 2006. Em uma breve exposição, nas palavras do Autor, o conceito de *ubiquidade* constitucional pode ser retratado no seguinte contexto: “Do ponto de vista histórico são compreensíveis as razões que levaram à adoção deste modelo constitucional inflado. As forças políticas presentes na Assembléia Constituinte desejavam assegurar, já naquele momento, os seus interesses e bandeiras. Calejadas por sucessivas decepções, elas não confiavam no legislador futuro, nem tampouco em como as cortes judiciais poderiam interpretar, mais à frente, afirmações principiológicas vagas que o constituinte viesse a estabelecer. Queriam, portanto, ver estampado no texto, da forma mais clara e minuciosa possível, a garantia do direito ou interesse porque lutavam. A pressão que exercitaram, combinada como uma certa dose de imaturidade política dos constituintes, é responsável, em boa dose, pelo texto excessivamente detalhista da Carta de 88.”

<sup>30</sup> BAPTISTA, Patrícia. *A administração pública na Constituição de 1988. Trinta anos depois: disputas, derrotas e conquistas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 45-74, maio/ago. 2018, p. 49. Nas palavras da Autora, a Constituição Federal de 1988 pode ser entendida como dilatada, sobretudo por conta da existência de amplos comandos normativos de natureza principiológica: “No novo contexto – contando já, então, a Carta de 1988 com quase duas décadas de vigência -, que surgiram apontamentos sobre o risco do subjetivismo na interpretação e aplicação de um texto constitucional dilatado, que se notabiliza pela grande abertura de muitas de suas normas, especialmente as de natureza principiológica.”



### 1.1.2. A especialização técnico-setorial: o limite à juridicidade administrativa

Tal como o objetivo do presente trabalho se apresenta, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, autarquia de regime especial conceituada pelo desenho institucional das Agências Reguladoras, pessoa jurídica de direito público integrante da Administração Pública Indireta, sofre as limitações da juridicidade administrativa por meio da incidência do princípio da especialidade.

Cumprir destacar que, por mais que se tenha demonstrado que é exatamente por conta da abertura conferida pelas normas de natureza principiológica que o subjetivismo constitucional consegue permear o fundamento de validade dos atos emanados pela Administração Pública, será pela conceituação de um dos princípios constitucionais que será possível o estreitamento da atuação do administrador.

Em primeiro lugar, entender a organização administrativa tal como ela é, é atribuí-la o desenho institucional previsto no ordenamento jurídico que viabiliza a interação entre o Estado e a sociedade. Hoje, o exercício da função pública acompanha, cada vez mais, a pluralidade de interesses e de finalidades que o administrador acaba por estar vinculado a concretizar. Isso porque, a existência de um pluralismo econômico-social reflete na organização do Estado e, sobretudo, para a existência de um *Estado plural*, ou *sociedade pluriclasse*, que demanda a estruturação da função pública por meio da especialização de diversos centros de competência de modo a atender as demandas plurais da sociedade<sup>31</sup>.

Logo, hoje se reconhece a Administração Pública gerencial, introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que deu fim à Administração Pública burocrática. A EC 19/98 introduziu a Reforma Administrativa pela substituição do antigo modelo de foco nos processos,

---

<sup>31</sup> MOREIRA, Vital. *Administração autônoma e associações públicas*. Coimbra, 1997, p. 31-35. Nas palavras de Vital Moreira, o Estado plural ou a sociedade pluriclasse é aquele que “na concepção tradicional, a administração pública apresentava um perfil unitário, baseado nos serviços departamentais hierarquizados, na direção governamental e na responsabilidade parlamentar do Governo pela atividade da administração. O modelo originário da administração pública do Estado constitucional era a “administração ministerial”, isto é, a administração hierarquicamente organizada sob a égide de um Ministro responsável. (...) Hoje a “unidade da administração é uma ficção”, sendo incontroversa a sua natureza “plurifórmica e pluricêntrica”, (...) o que constitui “resultado natural da passagem do Estado burguês oitocentista, tipicamente monoclassista”, voltado exclusivamente para a proteção dos interesses da burguesia então vitoriosa, para o Estado pluriclasse contemporâneo (...) que necessariamente reflete na sua organização o incontornável e crescente pluralismo da organização social. (...) o pluralismo social e político provocou o pluralismo e a diferenciação organizatória da administração.”

para aquele de obtenção de resultados, marcado pela descentralização de atividades e da avaliação de desempenho. Assim, o princípio da especialidade adentra a tônica em questão quando a especialização técnico-setorial se torna especialmente presente no Direito Público contemporâneo (ARAGÃO, 2009), em completo diálogo com o *Estado plural*, ou *sociedade pluriclasse*. Isso porque, as atividades específicas a serem desempenhadas por cada centro de competência descentralizado necessitam estar adstritas ao seu objeto regulado, ou seja, necessitam corresponder àquela demanda do setor específico da *sociedade pluriclasse* que também é tutelada pela Administração Pública<sup>32</sup>.

Assim, a descentralização obtida pelo modelo de criação de centros de competência através das entidades pertencentes à Administração Pública indireta, - para o presente trabalho, estar-se-á remetendo à Agência Reguladora escolhida em questão, a ANP, em específico, o setor regulado de “E&P” -, demonstra a necessidade de delimitação precisa dos seus objetivos e de suas competências na Lei criadora da entidade, em razão disso, a entidade só poderá desempenhar as atividades expressamente definidas em Lei<sup>33</sup>. Tem-se, aqui, o caso concreto de que a juridicidade administrativa não representa desprezo à Lei; pelo contrário, a juridicidade administrativa permite que a Lei tenha o seu fundamento de validade diretamente na Constituição, possibilitando o exercício da função administrativa em diálogo com a habilitação de competências da função pública presente nos princípios explícitos e implícitos do texto constitucional. Portanto, ainda que tenha ocorrido a constitucionalização do Direito Administrativo, legitimando a Constituição Federal de 1988 como norma habilitadora de competência da Administração Pública, o subjetivismo constitucional encontra balizas, tanto

---

<sup>32</sup> ARAGÃO, Alexandre. *Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade*. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público. Belo Horizonte, ano 11, n. 57, set./out. 2009. In.: COCOZZA, Francesco. *Profili di Diritto Costituzionale applicatio all'Edconomia (Incidenza dei Rapporti Economici sull'Organizzazione del Potere Politico e sul Sistema dele Fonti dek Diritto)*. Torino: G. Giappichelli ed., 1999, v. 1, p. 171. “Nesse contexto, merece menção a relação entre a eficiência e a especialização técnico-setorial crescentemente presente no Direito Público contemporâneo, “*tecnicidade relacionada com a especificidade das atividades a serem disciplinadas, que necessitam de normas pontuais, remetidas à autonomia de órgãos técnicos, o que assegura de organização setores específicos, assegurando a flexibilidade e a permeabilidade às exigências da sociedade econômica.*”

<sup>33</sup> A Lei nº 9.478/97 cria a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Bicomcombustíveis – ANP, define os seus objetivos e as suas competências constitucionais. De acordo com o 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. Parágrafo único. A ANP terá sede e foro no Distrito Federal e escritórios centrais na cidade do Rio de Janeiro, podendo instalar unidades administrativas regionais.” De acordo com o Art. 8º, “A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: (...)”

nos princípios constitucionais que vinculam o atuar administrativo, quando na própria demanda do *Estado plural* em que, cada vez mais, se fecha em centros de competência específicos e técnicos.

## 1.2 Princípio da consensualidade e o Estado Administrativo de Direito

Coordenação e consenso. O exercício dessas duas palavras permitirá a existência do princípio da consensualidade, aqui entendido como a manifestação de um princípio “maior”, ou seja, do valor geral do princípio democrático do Direito Administrativo nas relações entre a Administração Pública e os seus administrados.

Se, por um lado, a especialização técnico-setorial da sociedade e, por consequência, do próprio Estado, transformando-o em uma Administração Pública *pluriclasse*, permitiu a descentralização de competências por meio da criação de entidades dotadas de capacidades específicas para regular determinado setor da sociedade, - a descentralização legal permitiu a coordenação das entidades criadas por meio dos instrumentos de tutela e vinculação ao ente político central que seria, originariamente, competente para exercer aquela atividade; por outro, não há como se falar em matéria de exercício da função pública de maneira eficiente sem alinhar os resultados à presença da democracia inerente a toda e qualquer relação social, mas principalmente e de forma obrigatória<sup>34</sup> nas relações travadas pela Administração Pública.

Isso porque, a eficiência na condução dos interesses públicos é princípio constitucional explícito<sup>35</sup>, que necessita ser interpretado como um mandamento constitucional inafastável, em que a soma do devido processo legal, meio de realização da gestão pública, juntamente com os meios técnicos necessários para que ela esteja de acordo com o ordenamento jurídico, - sendo assim, de acordo com a juridicidade administrativa -, possa resultar no atual estágio da Administração Pública gerencial ou de resultados (MOREIRA NETO, 2009).

---

<sup>34</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O paradigma do resultado*. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano. 9, n. 100, jun. 2009, “Presumidamente, toda ação, seja pública ou privada, deve ser eficiente, de outro modo não atingirá o resultado que dela se espera. Mas este logro de resultados, que até certo ponto possa ser meramente dispositivo na gestão privada de interesses, é rigorosamente mandatário, quando referido à gestão de interesses públicos pelo Estado.”

<sup>35</sup> De acordo com o Art. 37 da CRFB/88, “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”

De certo, o princípio da consensualidade pode ser extraído da cláusula pétrea do Estado Democrático de Direito, na medida em que as técnicas democráticas, - tais como, o diálogo, o debate, a consulta, o processo, a justificação, o sufrágio, a regra da maioria e, não menos importante do que essas, mas, sobretudo por ser o objeto do presente trabalho, a audiência e consulta públicas -, são meios (BANDEIRA DE MELLO, 2009) para que se construa a coordenação e o consenso entre os administradores e os administrados, levando à finalidade precípua da Administração Pública de concretização do interesse público primário<sup>36</sup>, da razão de ser do Estado.

De fato, o *Estado plural* substituiu a antiga organização administrativa liberal, marcada pela imperatividade, pelo autoritarismo e pela centralização estatal na consecução das finalidades públicas, sobretudo porque a pluralidade da sociedade contemporânea e da aproximação entre o Estado e os particulares superou o antigo modelo de Administração Pública em que o administrado ainda era entendido como *súdito*<sup>37</sup>, passando a ser compreendido como cidadão capaz de contribuir e participar do processo da formação da decisão administrativa.

Aqui, faz-se mister destacar que o entendimento do particular como cidadão capaz de conferir a legitimidade que faltava ao processo de formação da coisa pública é a consequência natural da *processualização*<sup>38</sup> da atividade administrativa, em outras palavras, da democratização da Administração Pública. Pois bem. Se hoje é possível enxergar o particular

---

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interesses públicos versus Interesses privados. Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 13. In.: ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960, p. 197. “A noção de interesse público, para os fins aqui visados, irá utilizar uma distinção fundamental e pouco explorada, que divide em primário e secundário. O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se aos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou de suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.”

<sup>37</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Método, 8. ed., 2020, p. 6. “(...) O Estado absoluto (Estado de Polícia – *Polizeirecht*), vigente nos séculos XIV a XVIII, caracterizava-se pela centralização de poder nas mãos do monarca que possuía poderes ilimitados. A vontade do Rei era a própria vontade do Estado, a lei suprema (*l’Etat c’est moi*). Dessa forma, o Estado, por não se encontrar limitado pela ordem jurídica, não poderia ser responsabilizado pelos danos eventualmente causados a terceiros (*The king can do no wrong*).”

<sup>38</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação – transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 38. “A influência do constitucionalismo democrático se dá por meio de mutações que refletem uma nova compreensão sobre a legitimidade da organização e do funcionamento da Administração Pública. Modo geral, esse giro democrático-constitucional propulsiona mudanças direcionadas a: (...) (iii) submeter a atuação dos administradores públicos a controles efetivos, fundados tanto em parâmetros jurídicos como em termos de resultados práticos.”

como potencial colaborador dos atos públicos atesta-se, ainda que de modo tardio, que o Direito Administrativo finalmente se aproximou dos ideais do Estado de Direito, estranhos à sua própria natureza<sup>39</sup>.

A maior preocupação com o processo decisório e, por consequência, menos com a decisão, permitiu a ampliação dos canais de participação do administrado durante o procedimento de tomada decisória, na medida em que a incidência das garantias processuais-constitucionais foram estendidas ao Processo Administrativo. Logo, a *processualização* da atividade administrativa e a democratização da Administração Pública são elementos legitimadores da ordem jurídico-constitucional vigente, correspondendo, sobretudo aos dois pilares estruturantes do Estado constitucional contemporâneo, quais sejam: o sistema democrático e o sistema de direitos fundamentais (BINENBOJM, 2020).

Portanto, Estado Administrativo de Direito faz parte da cláusula geral do Estado Democrático de Direito, mas, mais que isso, confirma a mudança de natureza jurídica do Direito Administrativo que, em sua origem, mostrou-se como um *direito especial*, dotado de prerrogativas especiais e não resultante da vontade geral manifestada pelo Legislativo<sup>40</sup>, passando a atestar a sintonia ao ordenamento jurídico vigente, sobretudo pela vinculação do administrador ao regime constitucional de 1988 ou, em outras palavras, à noção de juridicidade administrativa.

---

<sup>39</sup> Idem, p. 39-41. “De outro lado, todavia, impõe-se reconhecer que a formação e desenvolvimento inicial do direito administrativo na França pós-revolucionária teve pouco que ver com os pilares do liberalismo político – isto é, com as ideias de Estado de direito e de separação de poderes. De fato, a conhecida origem pretoriana do direito administrativo revela um conjunto de novas categorias e institutos jurídicos que não foram criados por obra do legislador, mas elaborados pelo Conselho de Estado, órgão de cúpula do contencioso administrativo. Tal postura insubmissa do *Conseil d’État* às normas editadas pelo Parlamento – v.g., às normas do Código Civil napoleônico – e a invenção de um regime jurídico-administrativo exorbitante do direito comum traz consigo esta evidente contradição: o surgimento de um direito especial da Administração resultou não da vontade geral, manifestada pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo. Isso explica porque o direito administrativo passou ao largo da chamada era das grandes codificações, embora tenha nascido e desenvolvido em tal período de crença na completude das compilações legislativas, sendo até hoje caracterizado pela fragmentação e ausência de organização sistemática. (...) Assim, alheio a qualquer controle judicial, o Conselho de Estado acaba por edificar, paulatinamente, um arcabouço dogmático autônomo, distinto do direito civil, fundado em prerrogativas especiais da Administração Pública, que constituem a tônica e conferem mesmo identidade ao regime jurídico-administrativo. (...) O nascimento do direito administrativo ocorre, portanto, ao arpejo do princípio da separação de poderes e do primado da lei sobre os atos da Administração. Num arranjo em tudo semelhante ao do velho Estado absolutista, o Poder Executivo concentra em seu plexo de competências, além da função de administrar, poderes para criar o direito que lhe é aplicável e para aplicá-lo aos litígios de que é parte contra os particulares, dirimindo-os em caráter definitivo. Tal modelo não resulta da afirmação histórica da ideia de Estado de direito – mas, antes, representa sua antítese.”

<sup>40</sup> Idem, p. 41.

Pelo exposto, o princípio da consensualidade pode ser entendido como a manifestação valorativa da garantia do direito ao devido processo legal na formação do interesse público. Nesse sentido, a divisão adotada nos itens 1.2.1 e 1.2.2 possui o objetivo de demonstrar as duas manifestações concretas que podem surgir, quando do exercício da consensualidade como instrumento de ampliação das garantias processuais constitucionais.

### **1.2.1 A consensualidade como legitimidade na atuação administrativa**

De modo geral, à despeito da necessidade do diálogo entre a Administração Pública e o ordenamento jurídico constitucional vigente através do princípio da juridicidade administrativa, quando se fala em princípio da legalidade, trabalha-se com a compatibilidade da ação administrativa com a Lei, essa última com fundamento diretamente na Constituição Federal de 1988, olhos postos à possibilidade do ato administrativo emanar diretamente do texto constitucional, dispensando a existência de Lei em sentido formal.

Por outro lado, quando se fala em legitimidade fala-se da compatibilidade da ação administrativa com manifestações democraticamente inseridas no processo de formação da decisão. Em resumo, a legalidade e a legitimidade são dois modos de compatibilidade da ação administrativa, a primeira relativa à Lei, ou à própria Constituição Federal de 1988, e a segunda em relação à participação dos administrados no processo decisório<sup>41</sup>.

Por consequência, o que se requer com a ampliação da legitimidade administrativa é a redução do déficit de falta de legitimidade das decisões tomadas pela Administração Pública, pela introdução de mecanismos de participação popular na elaboração de normas e na tomada de decisões administrativa, - tais como, as consultas e as audiências públicas -, que permitam uma melhor ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses dos particulares, identificando os problemas, traçando as futuras consequências e aumentando a probabilidade de aceitação dos destinatários das decisões (OLIVEIRA, 2020).

---

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed., Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 52. “Enquanto, na sua concepção clássica, a ideia de Estado de Direito estava intimamente vinculada à submissão da Administração Pública à legalidade, hoje, no Estado Democrático de Direito, além do respeito à lei e à Constituição, deve a atividade administrativa pautar-se por uma legitimidade reforçada. O Direito Administrativo, que outrora se satisfazia com o princípio da legalidade, hoje reclama ainda o respeito à legitimidade. É a necessidade de conferir maior legitimidade à atuação do Poder Público, no contexto de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que leva ao surgimento de novos mecanismos de participação popular na elaboração de normas e na tomada de decisões administrativas (...).”

Feito esse breve esclarecimento sobre a abertura do processo administrativo à participação dos administrados, destaca-se que o que aqui se pretende defender não é diferente do que o direito de acesso à informação prestada pelo Poder Público já constitucionalmente assegura<sup>42</sup>. Em primeiro lugar, decorre do direito fundamental de acesso à obtenção de informação do Poder Público a participação popular no processo de formação da decisão administrativa. Isso porque, o direito fundamental de obtenção de informação do Poder Público é uma dimensão mais ampla que permite e a participação dos agentes regulados no processo de formação da decisão regulatória.

Contudo, pertinente destacar, sobretudo em relação ao setor de Exploração e Produção “E&P” de petróleo, gás natural e biocombustíveis regulado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, sendo a Resolução ANP nº 846/2021, que regulamentou as Audiências e Consultas Públicas por videochamada o objeto desse trabalho, a necessidade de identificar quais são os atores que se engajam em integrar esses processos decisórios, uma vez que as Audiências e Consultas Públicas sustentam a validade da posterior tomada de decisão por parte da Administração Pública (BRAGANTIN, 2020).

Os atores principais em setores de alta tecnicidade de “E&P” são, ao mesmo tempo, os agentes regulados, os técnicos e *experts* da Agência e o controle que decide de forma mais consciente e informada, para que suas decisões sejam preservadas em favor da melhor condução dos interesses democráticos-constitucionais.

Ainda, é dissonante pensar que há aproximação da sociedade civil com a matéria tratada nas Audiências e Consultas Públicas, uma vez que a mesma desconhece a profundidade do objeto a ser tratado. Apesar da teoria constitucional prezar pela coerência entre seus institutos de participação popular e a realidade prática da Administração Pública, os atores engajados na integração dos processos decisórios na ANP são os agentes regulados. Por conta disso, ainda que caiba argumentar que não se pode limitar a interpretação a um só legitimado, deve-se, também, levar em conta as habilidades e as limitações das instituições envolvidas e de seus

---

<sup>42</sup> De acordo com o Art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988, “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: XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

atores quando da interpretação de normas técnicas, até mesmo porque, em completo diálogo com o *Estado plural*, ou *sociedade pluriclasse*, a escolha da descentralização legal por meio da criação de entidades dotadas de capacidades específicas para regular determinado setor da sociedade reforça que a participação popular será por intermédio dos atores que fazem parte da própria especialização técnica-setorial da indústria de “E&P” de petróleo, gás natural e biocombustíveis<sup>43</sup>.

Pelo exposto, o que se pretende demonstrar é que a decisão tomada pela Administração Pública deve ser apta a produzir mudanças efetivas e concretas na sociedade e, para tal, o uso do princípio da consensualidade por meio da ampliação dos *canais participatórios*<sup>44</sup> que faz com que a decisão tomada seja em compromisso com os anseios do setor regulado, ao mesmo tempo em que preserva as finalidades regulatórias do Estado.

De certo, em oposição ao que fora apresentado, entendendo os administrados como participantes das decisões tomadas pela Administração Pública, o déficit de comunicação entre esses e os administradores pode ocasionar em um *ato administrativo autista*, aqui entendido como a manifestação unilateral da Administração Pública, por intermédio de agente competente, no exercício de poder extroverso e praticado em cumprimento estrito de um comando legal, sujeitando-o ao controle judicial quanto aos aspectos de legalidade<sup>45</sup>(MARQUES NETO, 2019). Em outras palavras e em completo dissenso à releitura do princípio da legalidade à luz da juridicidade administrativa, bem como da cláusula do Estado

---

<sup>43</sup> Por exemplo, como se verá no capítulo 2, o processo de normatização da Resolução ANP nº 846/2020 contou, em um momento inicial de pandemia ocasionada pelo COVID-19, com a suspensão da realização de audiências e consultas públicas por meio da Resolução ANP nº 812/2020. Entretanto, ainda que a medida representasse o caráter emergencial, os argumentos trazidos pela Associação Brasileira de Petróleo e Gás Natural (ABPIP) e pelo Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP) foram levados em consideração no processo decisório como meio de resguardar a regra da manifestação dos agentes regulados.

<sup>44</sup> ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 44

<sup>45</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A superação do ato administrativo autista*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2012. Nas palavras de Floriano Marques de Azevedo Neto, a conceituação de ato administrativo autista reporta “a uma disfunção, um déficit de capacidade, a adjectivação poderá ser tomada como uma desqualificação. Corro o risco. Porém nos parece que a imagem é muito adequada para o que quero ressaltar, na medida em que as síndromes genericamente incluídas dentro do que a medicina chama de Transtorno do Espectro Autista se caracterizam, basicamente, por um déficit de comunicação do indivíduo com o meio circundante, uma dificuldade de socialização caracterizada por uma dificuldade ímpar de travar relações, de estabelecer interações e de responder aos inputs do ambiente. O indivíduo autista não consegue interagir com o meio, de tal sorte que não responde aos incentivos externos e muito por isso acaba por ter uma pequena interferência, isolando-se. A incapacidade de comunicação do autista não o torna imperceptível ao meio ambiente, mas o faz desconectado, imune aos impulsos, tolhendo a capacidade de evolução incentivada pela integração.”

Democrático de Direito, dos mecanismos de *processualização* e da democratização do Direito Administrativo, este seria um exemplo de uma tomada de decisão alheia às interferências e manifestações do próprio setor regulado, como também em contraposição à organização administrativa admitida pelo viés da descentralização de competências pela divisão de atribuições à entidades específicas para regular cada setor do *Estado plural*.

Por fim, admite-se a fixação do entendimento pelo qual não há (mais) como conceber a tomada de decisão unilateral, não apenas porque não há mais fundamento jurídico apto a resguardar o autoritarismo Estatal, mas, sobretudo, porque a tomada de decisão administrativa de modo consensual e participativa é cláusula pétrea<sup>46</sup>, de sorte é que um instrumento de proteção e de garantia do Direito Fundamental de requisitar e de obter informações do Poder Público, não podendo ser suprimido, alterado ou modificado.

### **1.2.2. A consensualidade como método da atuação administrativa**

Se, o eixo da consensualidade como legitimidade da atuação administrativa trouxe o viés assecuratório do Direito Fundamental do administrado de usufruir da ampliação de sua participação no processo decisório administrativo, o que se pretenderá demonstrar a seguir é o segundo eixo do princípio em epígrafe, de modo tal que conceber a consensualidade como método de atuação administrativa confere o viés ao administrador, quando responsável pela eficácia dos instrumentos de participação popular em ponderação às finalidades públicas do Estado.

O critério material que o presente trabalho usará para identificar um específico direito fundamental é a sua medida de realização de Políticas Públicas, aqui entendidas como ações governamentais capazes de concretizar Direitos Fundamentais (BUCCI, 2006). Como visto, o direito fundamental de requerer e obter informações do Poder Público é o escopo pelo qual o princípio da consensualidade está contido, de tal sorte que a amplitude da legitimidade da ação

---

<sup>46</sup>Art. 60, §4, IV C/c Art. 5º, XXXIII, ambos da Constituição Federal de 1988. De acordo com o Art. 60, §4º, IV, “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV- os direitos e garantias individuais.” De acordo com o Art. 5º, XXXIII, “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: XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

administrativa é conferida quando os administrados conseguem maior participação na formação da decisão administrativa.

Contudo, é necessário que a Administração Pública detenha instrumentos normativos, regulatórios e técnicos suficientes para que a capacidade de produção dos efeitos conferida pela amplitude da legitimidade de participação no processo de formação do interesse público possa estar em plena consonância com o Estado Administrativo de Direito. Esse, então, é o objeto do eixo da consensualidade como método de atuação administrativa.

Diante desse quadro teórico, o eixo em questão remonta à análise do momento inicial de pandemia ocasionado pelo COVID-19 em que, no dia 23 de março de 2020, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP suspendeu a realização de consulta e audiências públicas em decorrência da emergência de saúde pública, por meio da Resolução ANP nº 812/2020. Nos primeiros reflexos dessa medida, percebeu-se que a elaboração dos atos normativos que se seguiram à Resolução em questão, não demandou a submissão prévia aos agentes regulados por meio de consulta ou audiência pública, visto o perigo de aglomeração de pessoas e a possibilidade de contágio.

Em um momento em que qualquer uso do interesse público para fins contrários à saúde pública restaria prejudicado, a decisão de dispensa da realização de futuras consultas e audiências públicas é extraída do Art. 45, da Lei de Processo Administrativo Federal, Lei nº 9.784/99<sup>47</sup> que permite à Administração Pública, em situações de risco iminente ao interesse público – como no caso da motivação da suspensão das audiências públicas, pela possibilidade de contágio ocasionada pela pandemia de COVID-19 – tomar providências sem previamente consultar os principais interessados.

Posteriormente, a realização das consultas e audiências públicas foram permitidas, mas dessa vez por videoconferência, regulamentada pela Resolução ANP nº 822/2020, de 29 de junho de 2020, ensejando a revogação dos atos que a suspenderam. Um ano depois, em 24 de junho de 2021, a ANP aprovou a Resolução nº 846/2021, que disciplina a realização de instrumentos de participação social da Agência, como a consulta prévia, consulta pública e

---

<sup>47</sup> De acordo com o Art. 45, da Lei de Processo Administrativo Federal, Lei nº 9.784/99, “Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem prévia manifestação do interessado.”

audiência pública por videochamada, permitindo um novo modelo que visou ampliar o número de participações e diminuir os seus custos.

Se, por um lado a medida de dispensa da realização de audiências públicas possa ter questionado a legitimidade democrática e a consequente efetividade dos atos administrativos posteriores à medida, a posterior institucionalização pela Resolução ANP nº 846/2021 de uma cultura regulatória em que os instrumentos de participação social atenderam, não apenas ao apelo das novas tecnologias, mas também a continuidade dos instrumentos de participação popular mesmo em contexto de emergência de saúde pública, atesta a existência da consensualidade como método de atuação da Administração Pública.

De fato, a pandemia de COVID-19, junto com a necessidade de transferência por completo das ações regulatórias para o meio digital foram fatores essenciais para que a Agência emitisse uma nova regulação em termos de participação social. Isso é, a nova regulação emitida foi uma Política Pública pautada pelo princípio da consensualidade como método de atuação administrativa, sendo capaz de concretizar a amplitude da legitimidade de participação dos administrados pela institucionalização da consulta prévia, consulta pública e audiência pública por videochamada.

### **1.2.3. Cláusula geral da consensualidade: o consequencialismo nos Arts. 20 e 21 da LINDB**

Até o momento, tem-se dois eixos demonstrados, quais sejam: o primeiro eixo, em que se demonstrou a perspectiva do administrado pelo viés assecuratório da ampliação do seu Direito Fundamental de usufruir da ampliação da sua participação no processo decisório administrativo e o segundo eixo, de modo tal que a existência de um método de atuação administrativa confere ao administrador a responsabilidade pela eficácia dos instrumentos de participação popular em ponderação às finalidades públicas do Estado.

Pelo exposto, se o princípio da consensualidade decorre da cláusula do Estado Democrático de Direito, em um claro caminho de substituição da antiga subordinação dos administrados frente à Administração Pública pela ideia de coordenação e consenso, tem-se, então, uma nova finalidade pública: àquela que confere primazia às consequências da atuação do gestor público.

Isso porque, quando da adoção dos dois eixos demonstrados acima, a tomada de decisão, tanto do administrado, quanto do administrador, em sua essência, é unívoca, sendo aquela de “*matriz realista*”, que enxerga o ordenamento jurídico pela lógica exógena através de busca pelos melhores resultados práticos e em uma via *consequencialista* forte (FERNANDES, 2015)<sup>48</sup>.

Coordenação, consenso e consequência. Essa última ligada à filosofia do pragmatismo constitucional prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Antes, aqui se entende como pragmatismo constitucional a boa decisão apta a produzir as melhores consequências, olhos postos no direito positivo como uma ferramenta não apenas de produção dos melhores resultados, como também de estabilidade e preservação das expectativas dos indivíduos (SARMENTO, NETO, 2013)<sup>49</sup>.

Nesse contexto, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB consagra nos artigos 20<sup>50</sup> e 21<sup>51</sup> a previsão da necessidade de que no processo de tomada de decisão administrativa sejam observadas e expressamente indicadas as consequências advindas da decisão. Sendo, portanto, as decisões consequencialistas mera decorrência da consensualidade abordada sob os dois eixos apresentados.

---

<sup>48</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Bahia: Juspodivm, 2015, pp 214-215

<sup>49</sup> SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Curso de Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte, 2013, p 231. “Na teoria jurídica, o mais conhecido defensor do pragmatismo é o juiz e professor norte-americano Richard A. Posner, que também é um dos expoentes da corrente chamada “análise econômica do direito.” Para Posner, o principal critério para a correção de uma decisão judicial diz respeito às suas consequências. Boa decisão é a que produzir melhores consequências, e não a que estiver de acordo com os textos legais vigentes ou com alguma ambiciosa teoria moral. Isso não significa que, para Posner, o direito positivo seja irrelevante no processo de adjudicação judicial. Como a estabilidade e a preservação das expectativas dos indivíduos e agentes econômicos são resultados importantes, e os mesmo são promovidos pelo respeito às leis e precedentes, há fortes argumentos pragmáticos para que, pelo menos na maior parte dos casos, leis e precedentes sejam observados. A sua decisão, porém, não resulta de um dever de respeito às decisões passadas de autoridades legítimas, e, sim, de um cálculo de utilidade social. O juiz pragmático volta-se muito mais para o futuro do que para o passado.”

<sup>50</sup>De acordo com o Art. 20, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, Lei nº 13.655/2018, “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

<sup>51</sup>De acordo com o Art. 21, idem, “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.”

### 1.3. A consensualidade como proteção suficiente e proporcional

Com o objetivo de arrematar os conceitos introduzidos no presente capítulo, faz-se uma breve análise do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade com vistas a demonstrar de que maneira a existência da consensualidade, tanto como método de legitimação da atividade administrativa, como de atuação do administrador público, é a proteção *suficiente e proporcional* para a promoção do Estado Administrativo de Direito e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito.

Em primeiro lugar, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estão ligados a ideais de justiça, de racionalidade e da rejeição de atos arbitrários da Administração Pública, atuando como verdadeiros instrumentos de proteção das liberdades individuais frente aos eventuais atos abusivos ou discricionários do Estado, de forma que se atribui ao controle da atividade administrativa a ideia de atos racionais Poder Público<sup>52</sup>, exigindo-se que o ato administrativo seja submetido ao teste da proporcionalidade que se verá adiante. Isso porque, a coexistência de interesses públicos e privados como objeto de tutela constitucional advém da centralidade do sistema de direitos fundamentais oriundos da Constituição Federal de 1988 e, sendo assim, direitos individuais e coletivos são objeto da matéria do Administrador Público que, diante de um caso concreto, deverá ponderar os interesses em jogo<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed., Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 46. “Apesar da polêmica quanto à existência ou não de diferenças entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tem prevalecido a tese da fungibilidade entre os citados princípios que se relacionam com os ideais de igualdade, justiça material e racionalidade, consubstanciando importantes instrumentos de contenção dos possíveis excessos cometidos pelo Poder Público.”

<sup>53</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Do princípio da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade. A constitucionalização do Direito Administrativo e o dever de ponderação proporcional como fator de legitimação e princípio reitor da atividade administrativa. O Estado democrático de direito como Estado de ponderação. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, cap. III, p. 104-105. “(...) Nesse contexto, os valores encampados constitucionalmente, tidos como paradigmas da ordem jurídica, representam interesses públicos, ou seja, diretrizes efetivamente vinculantes para a máquina estatal. Ato contínuo, partindo da premissa de que interesses privados e coletivos coexistem como objeto de tutela constitucional, conclui-se que a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca a ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração Pública. (...) O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais, e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade, impõe ao legislador e à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.”

O caminho que o Administrador Público deverá percorrer com vistas à máxima realização dos interesses em jogo possui uma tríplice estrutura capaz de conferir racionalidade à medida escolhida. Nesse sentido, a decisão administrativa apenas será passível de justificação se preenchida as três etapas necessárias, a saber: (i) adequação, congruência entre o meio restritivo e o fim desejado, de modo que o mecanismo escolhido seja apto a produzir o efeito desejado; (ii) necessidade, envolve a proibição do excesso em atos restritivos de direito, a fim de que a solução encontrada possa ser a menos gravosa em matéria de restrição de direitos; e, (iii) proporcionalidade em sentido estrito, o grau de restrição a um determinado direito deve ser justificado com a promoção de outros direitos, por vezes contrapostos<sup>54</sup>.

Brevemente, vejamos se a Resolução ANP nº 846/2021 preenche as três lacunas acima, a saber: (i) em termos de adequação da medida, ainda que em um primeiro momento a participação popular possa ter sido temporariamente suspensa por razões da pandemia de COVID-19, o meio restringido não perdurou continuamente, de modo que a participação social por meio digital foi apta a dar continuidade à legitimidade na participação das decisões da Agência; (ii) as videochamadas foram o único instrumento apto e, portanto necessário, para que a comunicação entre o administrador e o administrado continuasse a acontecer, em um período de emergência de saúde pública em que medidas de distanciamento social foram tomadas; (iii) ainda que não se faça uma análise exaustiva de custo-benefício da medida, a limitação de espaço físico que antes existia, não mais se faz presente no meio digital, podendo suportar uma maior quantidade de legitimados no processo decisório.

Até aqui, não apenas os dois eixos da consensualidade, seja como legitimidade da atuação administrativa, seja como método de atuação administrativa, foram trabalhados sob a perspectiva da Resolução ANP nº 846/2021, mas também, o mesmo instrumento normativo regulatório se mostrou apto, a partir do teste de proporcionalidade acima descrito, a ensejar uma *proteção suficiente e proporcional* admitida pelo Poder Público. Em matéria de Direitos Fundamentais, o princípio implícito de proibição da proteção insuficiente é consagrado com o objetivo de figurar também como um conceito de proporcionalidade, mas diferente da proporcionalidade conferida pela tríplice estrutura acima, em que se reconhece que o Estado

---

<sup>54</sup> Idem, p. 107. “Assim sendo, na ponderação, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justificará na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa ao interesse contraposto, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.”

pode praticar atos restritivos de direito e, por isso, o controle racional dos atos do Poder Público é julgado necessário. Mais que isso, nessa segunda acepção, diz-se que o Estado agiu com proteção insuficiente quando ele deixa de agir positivamente para a promoção de Direitos Fundamentais.

Se, por um lado, o controle racional dos atos do Poder Público é analisado por meio do teste de proporcionalidade envolvendo as três fases descritas em epígrafe, a análise do princípio da proibição da proteção insuficiente implica em saber se a proteção dos direitos fundamentais foi completamente omitida ou se foi claramente insuficiente<sup>55</sup>. Assim, é cabível argumentar que a “proibição de proteção insuficiente” garante certo nível de proteção, apenas surgindo nos casos em que a intervenção do Estado se torna essencialmente necessária para proteger um interesse privado contra a ação de outro ator privado (REINHARDT, 2006). Em outras palavras, a garantia de uma proteção mínima a um Direito Fundamental é o marco inicial para se analisar se a proteção está sendo feita de forma insuficiente.

Nesse sentido, o princípio da proibição da proteção insuficiente é descrito pela perspectiva do mínimo existencial, aqui entendido como as condições mínimas de dignidade humana, podendo essas serem materiais, intelectuais, psicológicas, sociais e econômicas. Nas ausências dessas condições mínimas, não há igual acesso às dimensões da democracia liberal, sendo elas a liberdade individual e a autonomia da vontade, a fim de que os direitos sociais e econômicos possam ter efeitos práticos<sup>56</sup>.

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, então, como responsável pelo desenvolvimento e fiscalização do segmento de Exploração e Produção “E&P” de petróleo, gás natural e biocombustíveis, responde por uma *proteção suficiente e proporcional* quando emite regulações como a Resolução ANP nº 846/2021, em que permite a continuidade da participação popular pelos dois eixos da consensualidade, como legitimidade da atuação e como método de atuação administrativa, ainda que por meio digital.

---

<sup>55</sup>REINHARDT, Jörn. *Conflitos de Direitos Fundamentais entre atores privados: “efeitos horizontais indiretos” e pressupostos de proteção de Direitos Fundamentais*. Tradutor: Paula Galbiatti Silveira e Douglas Elmayer. Revisão e adaptação final de texto: Jeferson Ferreira Barbosa. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 13, n. 41, p. 59-91, jul./dez.2019.

<sup>56</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual. O que é e por que importa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: História Real. 2020. p. 102.

De fato, é no plano econômico que as instituições se tornam responsáveis pelas oportunidades existentes na sociedade e, sendo exatamente por meio do uso das suas competências – ou seja, pelo bom exercício dos poderes que as competem – que serão capazes de definir e limitar a extensão dos princípios decorrentes da dignidade da pessoa humana<sup>57</sup>.

Por fim, o presente capítulo procurou trazer as bases teóricas aptas a explicarem o estudo da Resolução ANP nº 846/2021, em plena consonância com o Estado Democrático de Direito, procurando, sobretudo, demonstrar o diálogo entre os princípios basilares do Direito Administrativo e de que forma eles estão presentes no atuar da Administração Pública. Ato contínuo, o que se analisará a seguir será os aspectos de autoridade da ANP para produzir o Direito e para exercer o diálogo entre os administrados, sobretudo pela abordagem teórica de Adrian Vermeule<sup>58</sup>, no que tange à perspectiva de demonstrar que a Agência em comento, quando da sua função de interpretação e decisão do corpo estatal, concretiza a característica fundamental do Estado Administrativo atual, qual seja: a abnegação à Lei.

---

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênua. Um olha sobre o brasil e o mundo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: História Real. 2020. p. 72.

<sup>58</sup> VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 2016.

## **CAPÍTULO II – DA EFICIÊNCIA À MAXIMIZAÇÃO DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS**

No primeiro capítulo deste trabalho busquei explicitar as bases principiológicas que justificam a existência do princípio da consensualidade, seja como legitimidade na atuação administrativa, seja como método de atuação da Administração Pública. A partir de então, estando delimitado o problema de pesquisa, neste tópico do trabalho passarei a tratar do seu objeto especificamente, qual seja, de que maneira a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, consegue emitir uma boa regulação como a Resolução ANP nº 846/2021 que justifica a tomada de decisão da Administração Pública alinhada com a coordenação, o consenso e as consequências admitidas no Capítulo 1, motivo pelo qual defenderei a previsão da revisão do estoque regulatório como prática de boa regulação adotada pela Agência com vistas à maximização das liberdades individuais, indo além das ideias de eficiência. Por fim, pretendo contribuir com uma especulação acerca de um possível método de análise do estoque regulatório que esteja compatível com o conceito de direito no campo das finanças públicas.

O principal argumento trazido neste capítulo é o da aceitação da abnegação da Lei frente à característica da Agência Reguladora em comento, como instituição democrática apta à concretização do seu papel normativo por meio de atos normativos que ampliam o processo de tomada de decisão público. Para tanto, coloco o objeto de pesquisa em debate com a distinção entre instituições e organizações, admitida por Douglas C. North, conquanto necessária para atestar o encaixe da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP como instituição democrática que concretiza, por meio dos seus atos normativos, uma concepção política de justiça, sobretudo porque a especialização técnico setorial, abordada no subitem 1.1.2.1, não admite o abandono dos princípios de justiça, mas condiciona-os à perspectiva institucional, compreendida como a instância de efetivação de direitos.

Em primeiro lugar, importante destacar o meu ponto de partida, que é a resignação às Agências Reguladoras, em especial à ANP, por meio da Resolução ANP nº 846/2021, ao paradigma da inovação em matéria de boas práticas regulatórias. Contudo, esclareço que as críticas à abnegação à Lei *vermeuliana* irão se dirigir não à teoria em si, dado que a abnegação à Lei de Adrian Vermeule é não apenas um referencial teórico na matéria de Estado

Administrativo, como também é consequência da crise da Lei e da juridicidade administrativa, abordadas no Capítulo 1, mas, sim, aos riscos de uma regulação à longo prazo e a questão da justiça intergeracional. Isso porque, a abnegação à Lei é a realidade do modelo das Agências Reguladoras, sobretudo por conta da sua capacidade de edição de atos normativos em matéria técnica do setor regulado. No entanto, apesar desse referencial teórico, o fato de se admitir uma margem de inovação para as Agências, bem assim, a possibilidade de adoção de regulações de longo prazo pode ajudar para que o Estado careça de responsabilidade, motivo pelo qual passo a explicar o entendimento.

A Lei federal nº 13.848/2019<sup>59</sup> adota uma sistemática de disposição para as Agências Reguladoras federais, nelas se enquadrando a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, em que a cada quadriênio a Agência Reguladora deverá elaborar a sua Agenda Regulatória, instrumento regulatório que conterà todo o plano de atuação regulatória que será adotado nos quatro anos subsequentes. Fato é que, no âmbito da ANP, a Agência já adota uma postura de instituição das suas Agendas Regulatórias a cada biênio, de forma que a crítica que esse trabalho se propõe sobre os riscos da regulação à longo prazo e a justiça intergeracional podem ser realmente vivenciados se adotado o quadriênio previsto na Lei federal nº 13.848/2019.

Dessa forma, analisou-se, no presente Capítulo, a Agenda Regulatória para o biênio 2020-2021, uma vez que a Resolução ANP nº 846/2021 foi fruto do processo de revisão, já previsto na Agenda em referência, da Resolução ANP nº 5/2004, que regulamentou a participação social no processo regulatório da ANP. Dessa forma, conforme se buscará demonstrar, a necessidade de atualização da regulamentação sobre o tema, ainda que previsto em um momento anterior à pandemia do Covid-19, teve os seus reflexos admitidos pelo fator externo da emergência de saúde pública em comento, quando da institucionalização de todos os meios de participação social admitidos pela Agência – quais sejam, consulta pública, consulta prévia e audiência pública -, por meio de videoconferência.

---

<sup>59</sup> De acordo com o Art. 17, da Lei nº 13.848/2019, “A agência reguladora deverá elaborar, para cada período quadrienal, plano estratégico que conterà os objetivos, as metas e os resultados estratégicos esperados das ações da agência reguladora relativos a sua gestão e a suas competências regulatórias, fiscalizatórias e normativas, bem como a indicação dos fatores externos alheios ao controle da agência que poderão afetar significativamente o cumprimento do plano.”

Nesse sentido, a revisão do estoque regulatório, olhos postos aos atos normativos passados, demonstra uma análise retrospectiva em que se atualizou o procedimento dos mecanismos de participação social. Fato é que, da revisão do estoque regulatório, as decisões regulatórias admitidas podem afetar os direitos dos administrados, ainda que, no âmbito da Resolução ANP nº 846/2021, objeto do presente trabalho, o direito de participação no procedimento administrativo foi ampliado.

Afetar os direitos dos administrados por uma mudança de regulação da Administração Pública é um tema sensível que enfrenta a necessidade de uma análise regulatória capaz de mapear as consequências, ao passo que a coordenação e o consenso da relação administrador e administrado também subsistam. Por isso, um diálogo sério entre a gestão do estoque regulatório, a origem da sua iniciativa e, bem como se a natureza da gestão dará origem a um ato normativo novo ou revisado é um fundamental de demonstração de transparência da atuação da Administração Pública. Como se verá no subitem 2.2., o diálogo acima foi trabalhado na Agenda Regulatória ANP para o biênio 2020-2021, o que impôs um ônus empírico na análise de suas consequências.

Nesse sentido, defende-se que a revisão do estoque regulatório, como prática de boa regulação adotada, é fruto da abnegação à Lei, uma vez que as Agências Reguladoras dispõem de práticas normativas para além da própria Lei, com o objetivo de persecução de suas finalidades regulatórias. Por esse motivo, considera-se a definição de direito enquanto àquele pertencente ao campo das finanças públicas, que permite o conceber como licença e responsabilidade ao mesmo tempo. Dessa forma, o método de análise do estoque regulatório que será proposto será aquele alinhado à doutrina do paternalismo libertário, com o objetivo de defender uma proposta de regulação retrospectiva do estoque regulatório para além dos ideais da eficiência, com o objetivo de entrelaçar a regulação em comento à concretização do direito enquanto licença e responsabilidade, em um caminho à maximização das liberdades individuais dos administrados.

## **2.1. A ANP: instituição ou organização?**

Partindo da coordenação e do consenso entre a relação do administrador e do administrado e, portanto, chegando à escolha da boa decisão administrativa, até aqui entendida

como aquela apta a demonstrar as suas consequências, este tópico se dedicará a demonstrar a questão da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP como instituição determinante a ditar o comportamento do setor regulado.

Antes de adentrar às concepções do Estado Administrativo e, sobretudo, na linha do que argumenta Adrian Vermeule, faz-se uma ressalva. A ANP, enquanto autarquia de regime especial, dotada de uma autonomia reforçada<sup>60</sup> em relação ao poder central, com assento constitucional<sup>61</sup>, é, *lato sensu*, uma instituição capaz de traçar o desempenho econômico do país.

Nesse sentido, a premissa estruturante desse tópico é aquela segundo a qual as instituições importam<sup>62</sup>. Douglas C. North apresentou a relevância do papel das instituições para a construção das nações, destacando uma importante distinção conceitual entre instituições e organizações<sup>63</sup>. Para North, a distinção conceitual é aquela em que as instituições são entendidas como as responsáveis por ditar as “*regras do jogo*”, momento em que se vislumbra a existência dos padrões de conduta a serem adotados, tanto pelo setor regulado, quanto pelo administrador. Em contraposição, as organizações seriam os “*jogadores*”, não se confundindo o primeiro conceito com o segundo, mas, sim, admitindo uma regência de influências necessárias entre os dois conceitos.

Coordenação, consenso e consequências entre as “*regras do jogo*” e os “*jogadores*” é a realidade da atuação da ANP. A Resolução nº 846/2021 é, por assim dizer, um claro exemplo de uma “*regra do jogo*” advinda da realidade de crise ocasionada pelo COVID-19, permitindo que as instituições possam concretizar uma pretensão o que, em uma perspectiva rawlseana, chama-se de uma concepção política de justiça. Para John Rawls, em uma democracia constitucional, o conceito de justiça pode ser entendido de forma política e moral porque é uma questão fundamental que antecede as próprias instituições, de modo que seu condicionamento

---

<sup>60</sup>A Lei federal nº 13.848/2019 estabelece as características gerais da autonomia reforçada das Agências Reguladoras em âmbito federal, tal é a disposição do Art. 3º, “A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os seus mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de Leis específicas voltadas à sua implementação.”

<sup>61</sup>De acordo com o Art. 177, §2º, III, da Constituição Federal de 1988, “III- a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.”

<sup>62</sup> NORTH, Douglas C. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. Tradução: Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p.13.

<sup>63</sup> Idem, p. 13, 16-17 e 197.

afeta as estruturas básicas da sociedade, estabelecendo uma concepção política de justiça capaz de respaldar a tomada de decisão racional, estruturando uma base de legitimidade política perfectível a nível institucional<sup>64</sup>.

Nesse sentido, a concepção política de justiça não se distancia das “*regras do jogo*” conduzidas pela ANP, na medida em que serve de plano de fundo para a configuração da sua autonomia técnica decisória. Isso porque, em regra, as decisões das Agências Reguladoras devem ser orientadas por critérios técnicos capazes de entregar a estabilidade necessária para que o setor economicamente regulado não sofra, demasiadamente, com as instabilidades inerente à própria democracia. Assim, se a concepção rawlseana admite o conceito de justiça como inerente às estruturas básicas da sociedade e, portanto, advindo anteriormente às instituições, nada mais congruente do que se admitir que a tecnicidade delas seja redimensionada de modo não a abandonar princípios de justiça, mas a condicioná-los à perspectiva institucional, compreendida como a instância de efetivação de direitos.

Acompanhando esse raciocínio, instituições democráticas em nada se confundem com instituições representativas (BOLONHA, ALMEIDA, RANGEL, 2013)<sup>65</sup>, oportunidade em que se admite colocar a ANP como uma instituição democrática, mas sem a característica de ser representativa, pois é a sua atribuição normativa que dita o seu papel democrático, tendo em vista que a partir de problemas técnicos setoriais concretos, que a Agência em questão formula a resposta normativa prática aos anseios do setor regulado.

## **2.2. A Resolução ANP nº 846/2021 e a margem da inovação**

Como resposta prática a um problema concreto, a atribuição normativa da ANP, enquanto instituição democrática, não deixou dúvidas de sua existência, quando da elaboração da Resolução ANP nº 846/2021 a agência demonstrou uma condução técnica, normativa e

---

<sup>64</sup> RAWLS, JOHN. *Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica*. Editora Lua Nova, São Paulo, 1992.

<sup>65</sup> BOLONHA, Carlos. ALMEIDA, Maíra. RANGEL, Henrique. *A legitimidade na teoria institucional: Os efeitos sistêmicos como um aspecto legitimatório*. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 2013, 7(22), 148–169, p. 6. “Instituições democráticas não se resumem a uma concepção de instituições representativas. Por mais que não se pretenda, neste trabalho, estabelecer um conceito próprio de democracia ou imergir em uma discussão mais profunda sobre o tema, certamente, a ideia de democracia adotada não se resume a este plano. A compreensão de uma instituição democrática talvez envolva outros critérios, sobretudo no plano da concepção política de justiça de base rawlsiana. De acordo com estes critérios de avaliação sobre o exercício da atividade institucional, é possível, inclusive, que se chegue à conclusão de um poder eleito não ser democrático e, ao mesmo tempo, o judiciário ser.”

racional para com a resolução dos problemas ocasionados pela crise da pandemia do COVID-19.

O desafio da pandemia do COVID-19 demonstrou que o mundo, de certo ponto, não estava preparado para as mudanças encadeadas que sucederam a pandemia, fazendo com que qualquer outro interesse que não a saúde pública retasse prejudicado frente às adversidades que o momento impôs. Nada obstante, o Estado, sobretudo em matéria de instituições públicas, não cumpriu outro papel, se não aquele de tentar demonstrar, dentre seus inúmeros organismos técnicos já existentes, a implementação de instrumentos que regulassem as relações sociais, culturais, jurídicas e políticas.

Isso porque, da inquietação do Estado brasileiro em trazer, tendo em vista a pandemia do COVID-19, os instrumentos técnicos já existentes, porém insulados da política brasileira, para implementar uma proposta mais ambiciosa de regulação<sup>66</sup> frente à emergência de saúde pública, não se mostrou um ponto de vista distante das características e circunstâncias do pano de fundo abrangente da perspectiva teórica do Estado Administrativo que o presente trabalho adota.

Nesse sentido, carece de atenção a determinação na Lei das Agências Reguladoras<sup>67</sup> que prevê a chamada Agenda Regulatória a cada quadriênio. No âmbito da ANP, a Agenda Regulatória representa o instrumento de planejamento das ações regulatórias frente às necessidades do mercado, de ampliação da transparência do processo regulatório, de estímulo à participação social na elaboração de normas e na resolução de problemas regulatórios. A Agenda Regulatória integra o conjunto de instrumentos de boas práticas adotados pela ANP visando o aprimoramento da qualidade regulatória em seu âmbito de atuação. Assim, faz parte desses instrumentos as seguintes práticas: (i) a gestão do estoque regulatório, (ii) o

---

<sup>66</sup> CYRINO, André. *Regulação, riscos de longo prazo e justiça entre gerações*. Disponível para acesso em: <https://www.jota.info/opiniaoe-analise/artigos/regulacao-riscos-de-longo-prazo-e-justica-entre-geracoes-07102022> Neste ponto abordo a ideia dos riscos de regulação a longo prazo e justiça entre gerações, no sentido estipulado pelo Prof. André Cyrino em seu artigo “*Regulação, riscos de longo prazo e justiça entre gerações*.” Parte-se desse paradigma para que posteriormente, possa-se relacionar a ideia da Agenda Regulatória com uma finalidade específica de tornar o Estado Regulador mais responsivo, de modo que também reste demonstrado a maior margem de poder para a inovação no Estado Administrativo.

<sup>67</sup> De acordo com o Art. 17, da Lei nº 13.848/2019, “A agência reguladora deverá elaborar, para cada período quadrienal, plano estratégico que conterà os objetivos, as metas e os resultados estratégicos esperados das ações da agência reguladora relativos a sua gestão e a suas competências regulatórias, fiscalizatórias e normativas, bem como a indicação dos fatores externos alheios ao controle da agência que poderão afetar significativamente o cumprimento do plano.”

monitoramento do processo de regulação, (iii) os projetos de simplificação e consolidação normativa e (iv) a análise legística dos atos normativos<sup>68</sup>.

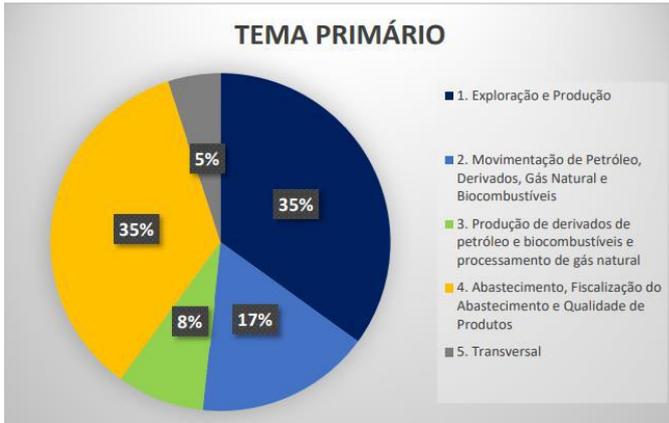
O presente trabalho irá ater-se apenas em (i), tendo em vista que a edição da Resolução nº 846/2021 é produto da gestão do estoque regulatório, sendo esse entendido como a revisão periódica e a consolidação de normas vigentes, sob responsabilidade da ANP, que estabelecem a regulação existente para as indústrias do petróleo, gás natural e biocombustíveis, de forma a manter a regulação sempre atualizada e proporcional aos desafios específicos de cada mercado. Sem pretensão de um estudo aprofundado do instrumento de Agenda Regulatória, mas visando a melhor construção do conceito de democracia nos espaços técnicos que possui como base principiológica o que fora demonstrado no Capítulo I, ao mesmo tempo em que o substrato do presente trabalho se ancora nas diretrizes da Resolução ANP nº 846/2021, faz-se uma breve exposição de como a Agenda Regulatória ANP para o biênio 2020-2021 foi composta para que se demonstre como a Resolução em comento foi admitida.

À bem da verdade, o contexto da pandemia de COVID-19 ensejou que os instrumentos de participação popular – consulta pública, audiência pública e consulta prévia – fossem institucionalizados, com efeitos *ex nunc* a contar da pandemia, por meio das videochamadas. No entanto, a nova cultura imposta não excluiu o fato de que a ANP já havia previsto, em sua Agenda Regulatória para o biênio 2020-2021, a revisão da Resolução ANP nº 5/2004, que regulamenta a participação social no processo regulatório da Agência.

Sendo assim, passa-se às breves explicações sobre a estruturação da Agenda Regulatória ANP para o biênio 2020-2021. Esta, por sua vez, é composta por 60 ações regulatórias, distribuídas em cinco temas primários: (i) exploração e produção, (ii) movimentação de petróleo, derivados, gás natural e biocombustíveis, (iii) produção de derivados de petróleo e biocombustíveis e processamento de gás natural, (iv) abastecimento, fiscalização do abastecimento e qualidade de produtos e (v) transversal. O percentual das ações por tema primário é assim contemplado na Fig. 1:

---

<sup>68</sup> A despeito da imposição legal, a ANP já publicou três edições de agenda regulatória correspondentes aos biênios 2013-2014, 2015-2016 e 2017-2018, todas disponíveis em seu sítio na internet <http://www.anp.gov.br/qualidade-regulatoria>.



Fonte: Agenda Regulatória ANP para o biênio 2020-2021, página 10.

Além disso, as ações regulatórias também são classificadas quanto à origem da iniciativa e quanto à sua natureza. No que concerne à origem da iniciativa, esta pode ser: (i) interna, se o problema regulatório foi identificado pela própria ANP, (ii) externa, se o problema regulatório foi apresentado por um agente regulado, associação ou outro e (iii) governamental, caso a ação regulatória seja resultante de uma norma ou orientação governamental. A distribuição das ações quanto à sua origem é demonstrada na Fig. 2:



Fonte: Agenda Regulatória ANP para o biênio 2020-2021, página 11.

Por fim, a classificação quanto à natureza das ações regulatórias aborda um entendimento em que uma ação é considerada nova se o tema não é objeto de ato normativo da ANP em vigor e abrange temas que dependem de estudo preliminar, podendo não resultar em ato normativo. Se o tema implica em revisão ou potencial revogação de ato normativo da ANP em vigor, classifica-se como revisão. A classificação quanto à natureza da ação é demonstrada na Fig. 3:



Fonte: Agenda Regulatória ANP para o biênio 2020-2021, página 12.

Pelo exposto, a Resolução ANP nº 846/2021 pode ser descrita da seguinte forma à luz dos parâmetros da Agenda Regulatória ANP para o biênio 2020-2021: faz parte dos 5% dos temas primários transversais, com origem de iniciativa interna, sob o prisma da necessidade de atualização de atualização da regulamentação sobre o tema, com o objetivo de ampliar os mecanismos de participação social, sendo a natureza da ação da Agência aquela de revisão da Resolução ANP nº 5/2004<sup>69</sup>.

De volta à perspectiva teórica do Estado Administrativo, o caso da Resolução ANP nº 846/2021 demonstrou que as circunstâncias políticas e econômicas do COVID-19 influenciou a regulação estatal a projetar uma otimização dos seus controles legais de atuação, atribuindo à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP uma maior margem de poder para inovação, respeitando os limites institucionais anteriormente previstos na sua própria Agenda Regulatória ANP para o biênio 2020-2021. Aqui, demonstra-se a perspectiva *vermeuliana* que este presente Capítulo se propõe, pois a partir da denominada abnegação do Direito – *law's abnegation* -, característica fundamental do Estado Administrativo, resta demonstrado não é mais a Lei que unicamente dita o espaço de atuação das instituições, mas, sobretudo, a ampla margem de manobra que as instituições possuiriam para conduzir a solução racional dos problemas que recepcionam<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Agenda Regulatória ANP para o biênio 2020-2021, página 81. Disponível para acesso em:

<https://www.gov.br/anp/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/agenda-regulatoria>

<sup>70</sup> VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: From Law's Empire to the administrative State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016, p. 1. "(...) consistency, have come to the view that administrative should have broad leeway to set policy, to determine facts, to interpret ambiguous statutes, and even – in an intolerable affront to the traditional legal mind – to determine the boundaries of the administrators' own jurisdiction, acting as 'judges in their own cause.'"

De certo ponto, a ampla margem de manobra admite a existência de uma margem para a inovação da Administração Pública, olhos postos para os limites positivos que protegem o comportamento arbitrário. É, portanto, exatamente pelo exposto que do extrato teórico demonstrado no Capítulo 1 conclui-se que a legalidade caminha em direção à abnegação, aqui entendida como a ideia de acomodação necessária da estrutura estatal concretizada pela deferência às interpretações jurídicas emanadas das instituições que compõe a Administração Pública<sup>71</sup>.

Nesse contexto, a disposição na Lei das Agências Reguladoras das Agendas Regulatórias serem obrigatoriamente previstas a cada quadriênio é um marco temporal largo, tendo em vista que a própria ANP prevê as suas Agendas em biênio, sendo cabível admitir a existência da tese dos riscos de longo prazo que uma regulação pode trazer em termos de justiça geracional. Fato é que os problemas de hoje, ou de um futuro próximo, colocam-se no presente quando previstos em Agendas Regulatórias, sendo necessário admitir que uma regulação a longo prazo pode encontrar, invariavelmente, mais fatores externos – à exemplo da pandemia de COVID-19 – com chances de ineficiência regulatória<sup>72</sup>.

A Agenda Regulatória, instrumento técnico já existente, porém aqui entendido como insulado da política brasileira, pois precisou-se deparar diante da crise do Covid-19 para que se “*desinsulasse*” do texto legislativo, funcionando como a origem da transformação advinda da regulação emitida pela ANP<sup>73</sup>, terá seus contornos trabalhados no subitem 2.3 na medida em

---

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> CYRINO, André. **Regulação, riscos de longo prazo e justiça entre gerações**. “Quem considerava viver uma pandemia? Quais governos efetivamente avaliam que as mudanças na expectativa de vida podem levar a um colapso do sistema previdenciário em poucas décadas? Quem imaginava que os serviços (públicos?) de telecomunicações se tornassem menos essenciais que outros mecanismos que viabilizam a comunicação, como a internet? (...) Tem-se, aqui, um viés de preocupação com o presente (*presentism bias*). E as escolhas acabam por ignorar o que pode ocorrer num futuro distante, ou, improvável. O problema é que, no longo prazo, tudo que não é impossível, é provável. Como assim? No longo prazo, deve haver mais pandemias, haverá inúmeras obsolescências, existe chance real de colapsos por falta de recursos (sempre eles, sempre escassos) etc. A regulação oferece meios para lidar com a falta de consideração com riscos. (...) O legislador até parece ter percebido esse potencial quando determinou que as agências reguladoras divulgassem suas agendas cada quadriênio (Lei nº 13.848/2019, Art. 17). Mas isso ainda é pouco. Carece-se de atenção a possibilidades e riscos mais distantes. Algo que se mostrou óbvio diante da Covid-19. O mundo não se preparou para o desafio, embora já tenha vivido outros episódios ainda mais devastadores, como a peste bubônica — e estudiosos tenham alertado para tal possibilidade. A vida da política e as agendas de quatro anos continuarão sendo de curto prazo. O viés de presente tem data: a próxima eleição; ou o próximo quadriênio regulatório.”

<sup>73</sup> Idem. “Daí a inquietação de que o Estado brasileiro, já dotado de inúmeros organismos técnicos, mais ou menos insulados da política, busque implementar agendas regulatórias de longo e longuíssimo prazo. Uma proposta mais ambiciosa que aquela da Lei das Agências Reguladoras. Até porque contratos importantes por elas regulados

que será demonstrado de que maneira a revisão do estoque regulatório de normas já existentes contribui para o fomento à transparência pública e a ampliação da participação dos interessados.

### **2.3. *Regulatory lookback*: a análise do estoque regulatório**

Em ampla escala, o regime das Agências Reguladoras traz tensões com alguns princípios constitucionais relevantes. Em primeiro lugar, destaca-se a tensão com o princípio da legalidade, sendo essa a tensão relevante para o objeto do presente trabalho, o que ensejou no subitem 2.2 a conclusão de uma verdadeira abnegação à Lei, em um claro cometimento da ANP em fazer com que os seus próprios instrumentos regulatórios instituíssem maior grau de responsabilidade do administrador com o setor regulado, reservando à Lei apenas desenhos institucionais gerais de atuação das Agências Reguladoras federais.

Dessa maneira, da análise feita no subitem 2.2 em que se pode constatar a revisão do estoque regulatório como um instrumento de boas práticas regulatórias adotado pela ANP, o que o subitem a seguir se propõe é demonstrar, em que medida, o grau das decisões regulatórias tomadas é capaz de afetar os direitos dos administrados. Nesse sentido, a análise que se verá a seguir pretende pensar as características do moderno Estado regulador.

Para isso, um breve esclarecimento que se faz necessário. A definição que aqui se adotará acerca do que se entende por direito é aquela do ponto de vista das finanças públicas, sendo entendido, portanto, que todos os direitos são licenças para que os indivíduos busquem seus objetivos pessoais e conjuntos sob os auspícios da proteção da comunidade (HOLMES, SUSTEIN, 2019). Pelo exposto, direitos e responsabilidades acabam por não serem termos dicotômicos, já que os dois possuem a finalidade de não apenas tornar o Estado mais responsável, mas também de induzir uma conduta responsável por parte dos agentes do Estado<sup>74</sup>, em um processo de manutenção dos direitos enquanto licenças, tanto dos indivíduos, quanto do Poder Público.

---

duram décadas. Se as gerações futuras não são tema que fomenta votos a cada quatro anos, que sejam, então, um assunto para a administração. Uma postura voltada a viabilizar, para valer, que o *homo sapiens* siga habitando esse planeta de maneira confortável. Que o próximo vírus não seja problema, apenas, dos nossos netos.”

<sup>74</sup> HOLMES, Stephen. SUSTEIN, Cass R. *O Custo dos Direitos: porque a liberdade depende dos impostos*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2019, p. 177.

Sendo assim, direitos enquanto licenças são incentivos à autodisciplina porquanto implicam responsabilidades. Voltando-se para a análise da relação administrador e administrado, pensar em que grau as decisões regulatórias tomadas pela Administração Pública são capazes de afetar os direitos dos agentes regulados é, sobretudo, uma análise da licença conferida ao Estado regulador para que a sua conduta seja suficientemente responsável para conferir direitos aos administrados quando do exercício da sua atividade econômica.

Diante disso, a questão a qual se pretende chegar é que seria pela revisão do estoque regulatório de normas já existentes, assim como pela decisão e análise de novas abordagens na atuação da Administração Pública que se consolidaria maior transparência à sua atuação. Portanto, a consagração e institucionalização de um “*regulatory lookback*<sup>75</sup>” ou, da análise do estoque regulatório de normas já existentes, não apenas demonstra a realidade de uma regulação em que o administrador, a partir das informações da regulação anteriormente emitida, à exemplo da Resolução ANP nº 4/2005, revisa os seus aspectos com o objetivo de responder aos anseios atuais do setor regulado, mas também à manutenção da responsabilidade, enquanto Poder Público, de manter em plena eficácia a licença do particular em gozar do pleno funcionamento do exercício da sua atividade econômica com vistas a maximização das suas liberdades individuais.

### **2.3.1. Paternalismo libertário e revisão regulatória retrospectiva**

À bem da verdade, a eficiência não é um conceito ideal para que se possa medir o grau das decisões regulatórias capazes de afetar direitos. O presente trabalho pretende não se ater ao atributo da eficiência como termômetro de uma boa regulação, sobretudo porque a Agenda Regulatória ANP para o biênio 2020-2021 traçou, a partir da natureza das ações regulatórias, a revisão de um ato normativo foco de análise para o passado, relativo a medidas já adotadas e que estão em vigor, em uma clara tentativa de verificação dos seus efeitos de forma retrospectiva, com dados concretos e menos limitações informacionais, o que pode levar à produção de resultados mais confiáveis (JORDÃO, CUNHA, 2020).

---

<sup>75</sup> COGLIANESE, C. *Moving Forward with Regulatory Lookback*. Revista de Direito Administrativo. v. 276, p. 13-23, set./dez/ 2017

Aqui, uma ressalva importante sobre o conceito de eficiência administrativa que o presente trabalho adota. Por meio da Reforma Administrativa de 1998, através da Emenda Constitucional 19/1998, o princípio da eficiência introduz em sede constitucional<sup>76</sup> um modelo de Administração Pública gerencial, focada em resultados, mas não se limitando ao plano financeiro, uma vez que a eficiência também aborda uma preocupação com as consequências práticas da atividade administrativa, em uma clara tentativa de superação da Administração Pública burocrática e improdutiva.

O que irá ser demonstrado é uma tentativa de pensar em critérios para uma boa regulação além da construção de diretrizes normativas que condicionam a ação do legislador, do regulador e do regulado, como também da própria sociedade, no vício da utilização da eficiência como única haste de medição ou, até mesmo, como justificativa para toda e qualquer tomada de decisão regulatória<sup>77</sup>. Em linhas opostas àquela da maximização da eficiência como tentativa de fornecimento de base ética para uma ação regulatória, contemplando uma suposta maximização de efeitos, o paternalismo libertário pressupõe que as liberdades de escolha nas sociedades liberais não atuam, de forma automática, a levar os indivíduos ao acréscimo das suas condições materiais<sup>78</sup>. É nesse cenário que a busca pela eficiência pode entrar em conflito com declarações legislativas, sociais e, até mesmo econômicas, que asseguram o ideal do paternalismo libertário na implementação de decisões regulatórias (BRAGANTIN, 2021).

A interdisciplinaridade do paternalismo libertário – doutrina que se caracteriza por surgir no escopo dos estudos da economia comportamental, ou *Behavioral Economics*, adentrando nas contribuições das análises da psicologia social acerca dos comportamentos do indivíduos, tal como suas consequências no âmbito das ciências sociais, políticas e jurídicas – atesta que o homem é constantemente traído por uma série de condições que não necessariamente irão levar a escolhas mais eficientes, ou que, ainda, escolhas que irão prezar pela manutenção de seus próprios direitos. Nesse sentido, a economia comportamental não sugere que os comportamentos individuais sejam aleatórios e, portanto, impossíveis de serem previstos ou que a sua regulação não possa adentrar no ordenamento jurídico. Ao contrário, ela

---

<sup>76</sup> De acordo com o Art. 37, da Constituição Federal de 1988, “A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”

<sup>77</sup> BALDWIN, Robert. CAVE, Martin. LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice. What is a “Good” Regulation?* Second Edition. p. 25-26

<sup>78</sup> RIBEIRO, Maria Clara Pereira. DOMINGUES, Victor Hugo. *Paternalismo libertário e Políticas Públicas: intervenção e transparência*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. v.11, n.1, 2021.

é precisa ao assumir que é exatamente pela sua interdisciplinaridade econômica, político-social e jurídica que os comportamentos individuais, tendo em vista sua previsibilidade, podem ser sistematicamente modelados e, assim, regulados<sup>79</sup> (BRAGANTIN, 2021).

Então, o que se pretende com a especificidade ideológica apresentada é a demonstração de uma possível proposta de institucionalização de tomada de decisão regulatória no momento de decisão da adoção de boas práticas regulatórias. Logo, o paternalismo libertário, enquanto viés capaz de modelar os comportamentos individuais, ainda que esses possam estar sujeitos a serem ludibriados por ideais de eficiência e maximização de escolhas, pode lançar mão de diretrizes e linhas gerais metodológicas capazes de servir como um guia na atuação do agente público. Logo, a tentativa de consagrar a possível utilização do paternalismo libertário, como instrumento de metodologia a ser implementado, é dada na utilização das análises retrospectivas em medidas de correção passadas e sujeições futuras. Isso porque, na ausência de um acordo universal entre os indivíduos sobre a natureza de um mundo puramente eficiente e maximizador, o ideal da liberdade de escolha não condicionada por ficções de efetividade e maximização atesta a qualidade da regulação como fator multidisciplinar e socialmente dependente (BRAGANTIN, 2021).

Por fim, o entendimento da regulação como um fator social multidisciplinar apenas é possível no ordenamento jurídico brasileiro atual porque os Direitos Fundamentais são as premissas estruturantes do Estado Administrativo regulador, fazendo com que a sua eficácia normativa possa ser enxergada em toda e qualquer atividade constitucionalmente prevista. Portanto, o que se verá no Capítulo III, por é a demonstração da democracia deliberativa em espaços com *expertise* técnica elevada e altamente regulados pela ANP, como o de Exploração e Produção de petróleo, gás natural e biocombustíveis, “E&P”, com a confirmação de que o Direito Administrativo encontra os seus meios de realização no Direito Constitucional.

---

<sup>79</sup> SUSTEIN, Cass. JOLLS, Christine. THALER, Richard H. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Journal Articles. 1998.

### CAPÍTULO III – A DEMOCRACIA DELIBERATIVA NA EXPERTISE TÉCNICA

Este último capítulo destina-se especialmente à elaboração e à afirmação da existência do conceito de democracia deliberativa nos espaços técnicos regulados pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, em uma clara consonância com a Resolução ANP nº 846/2021 que buscou ampliar o procedimento de participação social quando da institucionalização das consultas públicas, consultas prévias e audiências públicas por meio de videochamada. Para tanto, a dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais, compreendida pelo seu papel irradiante em todo o ordenamento jurídico, será tomada por base, tendo em vista que é a partir dela que se admite a vinculação positiva da Administração Pública aos Direitos Fundamentais, não bastando não os violar, sendo necessário que o administrador concorra positivamente para concretizá-los.

Assim, pretende-se, através da adoção de um modelo democrático do ponto de vista deliberativo<sup>80</sup>, tendo em vista que esse se justifica pela maior atenção a ser dada à forma como as decisões podem ser estruturadas dentro das instituições, demonstrar que a legitimidade dos resultados democráticos obtidos a partir do modelo em questão está relacionada com a base oferecida que justifique as escolhas coletivas em nome do interesse público comum. Isso porque, estando diante de um setor altamente técnico e regulado, a complexização da sua legitimidade de manifestação tem que ser observada em uma determinada forma ideal de tomada de decisão pela Administração Pública, sob pena de uma inépcia de legitimidade do exercício do poder político<sup>81</sup> pelo administrador.

Enxergar os Direitos Fundamentais nas premissas estruturantes do Estado Administrativo contemporâneo é admitir um modelo deliberativo na persecução do interesse público. Isso porque, principalmente no modelo da ANP, enquanto Agência Reguladora, a tensão entre a deferência em relação ao mérito técnico das agências e a garantia de manifestação dos administrados é, sobretudo, um acordo de regras para que o procedimento deliberativo ocorra, no sentido de um reconhecimento mútuo entre administrador e administrado como pessoas dotadas de capacidades deliberativas, tais como a capacidade para participar em um debate por meio de troca de razões e para agir conforme o resultado da deliberação (COHEN,

---

<sup>80</sup>BOLONHA, Carlos; GANEM, Fabrício; ZETTEL, Bernardo. *O modelo democrático-deliberativo: possibilidades institucionais*. Revista Direito Estado e Sociedade, 2012.

<sup>81</sup> Idem, p. 3.

apud, BOLONHA, GANEM, ZETTEL, 2012). Para tanto, será a partir da delimitação dos elementos estruturais de democracia deliberativa, quais sejam: (i) os sujeitos da deliberação, (ii) o objeto da deliberação e (iii) o processo ou procedimento de deliberação, que a sua existência será demonstrada nos espaços de participação social admitida pela Resolução ANP nº 846/2021.

Advoga-se que a adoção do modelo deliberativo para a tomada de decisão o está em consonância com os dois vieses do princípio da consensualidade estudados no Capítulo 1, subitens 1.2.1 e 1.2.2, seja porque a consensualidade pelo eixo da ampliação da participação na tomada de decisão pública, sob o viés do agente regulado, seja pela consensualidade como método de atuação do agente regulador necessitam estar conjugadas com o objetivo de alcance de uma finalidade única, qual seja: o desenvolvimento do processo de tomada de decisão no interior da Agência Reguladora.

Se, o Capítulo 1 colocou em voga as diretrizes da coordenação, do consenso e da consequência como o tripé administrativo necessário para que o princípio da consensualidade possa figurar como vetor principal do atual estágio de desenvolvimento do Estado Administrativo regulador e, se o Capítulo 2 demonstrou a abnegação à Lei como resposta ao protagonismo de outras formas de regulação que em nada se afastam das três diretrizes expostas em 1, o Capítulo 3, por sua vez, demonstra a base constitucional, por meio da democracia deliberativa e da eficácia irradiante dos Direitos Fundamentais, que permite a estruturação do presente trabalho.

Contudo, nas palavras de Patrícia Valente, a realidade é de um enfraquecimento das Agências Reguladoras como um gargalo para investimentos e, conseqüentemente, de uma paralisia decisória dessas autarquias, sendo que a solução residiria em um processo de fortalecimento das regras existentes, principalmente daquelas voltadas para conferir maior segurança jurídica ao gestor público<sup>82</sup>. Sendo assim, acredita-se que é por meio do fortalecimento dos valores democráticos irradiados da eficácia objetiva dos Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos que reformas de pequena escala podem transformar as tradições e praxes institucionais do modelo de Agências Reguladoras. Tal como

---

<sup>82</sup> VALENTE, Patrícia Pessoa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil*. Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa. São Paulo: 2019.

sugerido por Adrian Vermeule<sup>83</sup>, os arranjos democráticos de pequena escala são mecanismos de democracia entendidos como arranjos institucionais de segunda ordem, pautados na praxe constitucional, sendo capazes de promover os seus próprios objetivos.

Dito de outra forma, a Administração Pública, conforme se verá adiante, funciona como um arranjo institucional de segunda ordem capaz de tornar perfectível a norma constitucional que, por sua vez, quando inserida na realidade de implementação das Agências Reguladoras, torna-se capacitada a promover o meio técnico necessário ao desenvolvimento do setor regulado. Assim, não seria possível enxergar os Direitos Fundamentais nas premissas do Estado Administrativo contemporâneo se não se entendesse como possível a delegação de matérias constitucionais não apenas a nível legislativo, mas também administrativo.

Nesse sentido, não apenas a juridicidade administrativa já arguida no Capítulo 1, itens 1.1.1 e subitem 1.1.2, pode ser um vetor de entendimento de delegação de matérias constitucionais ao nível administrativo, mas, também, sendo essa a tese arguida no presente capítulo, porque a própria tecnicidade do setor de exploração e produção de petróleo, gás natural e biocombustíveis, “E&P” regulado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, impõe o deslocamento da competência das operações legislativas que dependem de escolha técnica do Poder Legislativo para o Poder Executivo, não se incluindo nas matérias reservadas à Lei (GUERRA, 2017).

Neste capítulo, dedico uma contribuição exclusiva para se pensar a adoção do modelo deliberativo de democracia como decorrência da eficácia irradiante objetiva dos Direitos Fundamentais, quando em cenário as reformas de pequena escala produzidas no ambiente técnico de participação social, impulsionado pela modificação promovida pela Resolução ANP nº 846/2021, reservam à Agência Reguladora escolhida o protagonismo da edição de um conceito de democracia reservado à participação no processo de tomada de decisão regulatória.

### **3.1. A Democracia Deliberativa regulada**

Esse tópico se dedicará à delimitação dos elementos estruturais da democracia deliberativa, sendo eles: (i) os sujeitos da deliberação, (ii) o objeto da deliberação e (iii) o

---

<sup>83</sup> VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. New York: Oxford University Press, 2007.

processo ou procedimento de deliberação, no contexto de participação social por videochamada regulamentada pela Resolução ANP nº 846/2021. No entanto, para a verificação da democracia deliberativa nos espaços técnicos, faz-se uma ressalva *vermeuliana*<sup>84</sup>, segundo a qual, o que se demonstrará a seguir é, nada mais, do que um arranjo institucional otimizador do mecanismo de democracia, aqui entendido como uma regra de pequena escala que estrutura o processo pelo qual as Leis são formuladas; *mutatis mutandi*, no campo de atuação da Administração Pública, o que se verá é uma regra de pequena escala que estrutura o processo pelo qual os atos normativos secundários objetivam um diálogo que parte da coordenação, do consenso e das consequências da decisão tomada entre regulador e regulado.

Nesse sentido, (i) os sujeitos da deliberação são aqui entendidos como aqueles afetados pela decisão tomada (BOLONHA, GANEM, ZETTEL, 2012). Na história da elaboração da Resolução ANP nº 846/2021, quando do primeiro momento da suspensão da realização das audiências públicas em decorrência da pandemia de Covid-19, pela Resolução ANP nº 812/2020, a Procuradoria Geral Federal (PGF) junto à ANP emitiu Parecer<sup>85</sup> em sede de consultoria administrativa, ressaltando que apesar do caráter emergencial da medida, os argumentos trazidos pela Associação Brasileira de Petróleo e Gás Natural (ABPIP) e pelo Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP) foram levados em consideração no processo decisório com meio de resguardar a regra da manifestação dos agentes regulados<sup>86</sup> (BRAGANTIN, 2020).

Apesar de não representarem a totalidade dos concessionários, a ABPIP e o IBP são as principais entidades representativas da indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis, de modo tal que as suas manifestações foram reconhecidas mesmo em um momento de suspensão das audiências públicas, olhos postos à ressalva da PGF quanto à possibilidade de realização do controle social por parte dos demais administrados em um momento posterior. Certamente, compartilha-se da tese em que a delimitação dos sujeitos afetados pela decisão pode apresentar problemas práticos do ponto de vista em que esses podem ser afetados em níveis distintos, tornando difícil a delimitação dos agentes regulados potencialmente afetados (BOLONHA, GANEM, ZETTEL, 2012).

---

<sup>84</sup> Idem.

<sup>85</sup> Parecer da Procuradoria Geral Federal junto à ANP. Processo SEI/ANP:48610.205603/2020-04.

<sup>86</sup> As Cartas ABPIP 071211, Carta IBP-PRES-45/20 0712115 e Carta IBP E&P 047/2020 0712121 constam em inteiro teor no Processo SEI/ANP 48610.205603/2020-04.

Entretanto, nas palavras de Bernardo Barbosa Zettel, Fabrício Faroni Ganem e Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha, destaca-se a capacidade racional individual como condição para que os participantes no processo deliberativo possam defender de forma razoável seus pontos de vista sobre uma proposta política. Ainda, os autores advogam a existência de que de toda decisão seja admitida um critério razoável para a sua eventual correção<sup>87</sup>. De certa forma, admite-se o entendimento de que a própria tomada de decisão não abranja todas as manifestações necessárias, uma vez que se permite uma margem para ajustes futuros, sobretudo pautados na ideia de interesse coletivo e bem comum. Logo, ainda que se permita entender que a ABPIP e o IBP agrupam manifestações diferentes de diversos agentes regulados do setor de “E&P” em uma única participação, esse agrupamento que, ao mesmo tempo tenta reunir os anseios do setor regulado, mas também admite uma correção futura da tomada de decisão, forma a vontade política do setor regulado, aqui entendida como a concretização do princípio democrático na regulação do setor petrolífero.

Superado a análise dos sujeitos de deliberação, passemos ao estudo do ponto (ii) objeto da deliberação, aqui entendido como a matéria que é discutida para fundamentar uma decisão (BOLONHA, GANEM, ZETTEL, 2012). Conforme mencionado, o objeto da deliberação foi, em um primeiro momento da pandemia de Covid-19, a suspensão das audiências públicas pela Resolução ANP nº 812/2020, para, posteriormente, a institucionalização do modelo de participação social por videoconferência pela Resolução ANP nº 846/2021. Aqui, faz-se um estudo breve do fluxo do objeto em deliberação, sobretudo porque, conforme visto no Capítulo 2, a Resolução nº 5/2004 que da sua revisão ampliou-se o método de participação social por videoconferência, pela Resolução ANP nº 846/2021, já fora prevista no eixo temático 5, de cunho transversal, pela Agenda Regulatória ANP para o biênio 2020-2021, antes do contexto de emergência de saúde pública.

Em primeiro lugar, até o momento de suspensão das audiências públicas pela Resolução ANP nº 812/2020, ainda sem a realidade da pandemia de Covid-19 que alterou diversas situações fáticas regulatórias, o objetivo precípua era apenas a revisão da Instrução Normativa nº, de 20 de fevereiro de 2004<sup>88</sup>, sem dispor sobre a necessidade de revisão da Resolução nº

---

<sup>87</sup> Neste ponto, os Autores descrevem o modelo padrão do sujeito deliberante construído pelas teorias deliberativas democráticas de John Rawls e Jürgen Habermas.

<sup>88</sup> Processo Administrativo ANP nº 48610.203324/2020-06.

5/2004. Entretanto, duas foram as situações que fizeram com que a Resolução ANP nº 5/2004 fosse revista juntamente com a Instrução Normativa destacada, quais sejam: (i) a publicação da Lei Geral das Agências Reguladoras que afetou a redação dos prazos e dos procedimentos da minuta de revisão da Instrução Normativa nº 4/2004 original que disciplinava, exclusivamente, os procedimentos de participação social e, principalmente, (ii) a declaração, pela Organização Mundial de Saúde, em março de 2020, de emergência sanitária em razão da pandemia do Covid-19, que impôs à ANP soluções criativas em face das necessidades de distanciamento social, ao mesmo tempo em que tais soluções continuassem a propiciar a manutenção das atividades e rotinas operacionais.

Nesse contexto, nas palavras da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, por meio da Nota Técnica de Regulação 1/2020/SGE-CQR/SGE/ANP-RJ<sup>89</sup>, a revisão dos atos normativos previstos na Agenda Regulatória para o biênio 2020-2021 limitou-se a disciplinar os aspectos da participação social que, de algum modo, afetem os interesses dos agentes regulados, dos consumidores, dos usuários e da sociedade em geral.

Aqui, uma ponderação pertinente. Lembremo-nos que, quando da manifestação dos sujeitos da deliberação no ponto (i), as únicas manifestações formalmente recebidas no curso do procedimento administrativo de suspensão das audiências públicas foram, apenas, da ABPIP e do IBP e, em um movimento posterior a Agência constatou que os sujeitos afetados pela medida estão para além das associações de representantes dos agentes regulados, corroborando o entendimento que a decisão pudesse ser eventualmente corrigida pelo administrador em um momento oportuno, tal qual advoga a teoria da democracia deliberativa e, sobretudo, em conformidade com o entendimento da PGF anteriormente demonstrado.

Para o ponto (iii) o processo ou o procedimento de deliberação, compreendido como a justificação para um procedimento deliberativo ideal, esse último entendido como o momento em que as noções de igualdade, liberdade e razão possam ser trazidas por meio dos argumentos dos participantes em um ambiente de construção de um pluralismo razoável (BOLONHA, GANEM, ZETTEL, 2012).

---

<sup>89</sup> Processo Administrativo ANP nº 48610.215970/2020-16.

Sem pretensão de distinguir os elementos que estruturam o procedimento deliberativo dos fatores que indicam a sua condição necessária<sup>90</sup>, uma vez que para tanto seria necessário um trabalho exaustivo de análise regulatória envolvendo parâmetros cálculo de custos e benefícios da ANP em dispor sobre a revisão do ato normativo em questão, não sendo esse o objetivo do presente trabalho, faz-se, apenas a demonstração de que a razão pública, tal como arguida pela teoria deliberativa, pode ser observada quando do mecanismo de ampliação da participação social pela Resolução ANP nº 846/2021, justificando o ponto (iii).

Pelo exposto, a razão pública pode ser assim resumida pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, atestando a ampliação do pluralismo razoável, quando da elaboração das suas decisões e materialização do seu poder político, pela inclusão de não apenas novas formas de participação social por meio da utilização de soluções tecnológicas, como a consulta pública e a consulta prévia remotas, para além da previsão da existência de audiência pública já prevista pela Resolução ANP nº 5/2004, essa última também se tornando remota, como também a redução dos custos para os agentes regulados e para qualquer interessado em tomar parte em um instrumento de participação social da ANP<sup>91</sup>.

Por fim, demonstrados o cumprimento dos três elementos estruturais da democracia deliberativa em um arranjo institucional de pequena escala de regulação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, o último item será reservado à premissa fundante e arrematante a que esse presente trabalho se propôs: o desafio da expressão dos Direitos Fundamentais na tecnicidade do setor regulado.

### **3.2. A tecnicidade constitucionalmente preenchida**

O que se verá no último item do presente trabalho será a decorrência da existência da democracia deliberativa no cerne do procedimento de elaboração da Resolução ANP nº

---

<sup>90</sup>BOLONHA, Carlos; GANEM, Fabrício; ZETTEL, Bernardo. *O modelo democrático-deliberativo: possibilidades institucionais*. Revista Direito Estado e Sociedade, 2012. Neste ponto, os Autores destacam que seria necessária essa distinção. Entretanto, a Nota Técnica de Regulação 1/2020/SGE-CQR/SGE/ANP-RJ (Processo Administrativo ANP nº 48610.215970/2020-16) concebe um trabalho pormenorizado de apresentação das justificativas técnicas-regulatórias, englobando aspectos de identificação do problema regulatório, dos atores ou grupos afetados, dos custos presumidos, das possíveis alternativas, dos objetivos e da estratégia de implementação, fiscalização e monitoramento que, caso adotado como centralidade no presente trabalho, destoaria do objetivo central de demonstração da democracia deliberativa nos espaços técnicos, fazendo apenas a constatação dessa diferenciação existente no corpo da Nota Técnica em questão.

<sup>91</sup>Essas são as palavras da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, na Nota Técnica de Regulação 1/2020/SGE-CQR/SGE/ANP-RJ (Processo Administrativo ANP nº 48610.215970/2020-16).

846/2021. Aqui, nas palavras de Sérgio Guerra, uma premissa fundamental é a de que a realidade econômica, para o presente trabalho, do setor regulado pela ANP de “E&P”, depende da realidade social e econômica do momento. Para isso, admite-se uma progressiva tecnização no tratamento dos assuntos a cargo da Administração (MEDAUAR, 2003).

Não por outra razão, é admitida o deslocamento da competência das questões técnicas ao poder normativo das Agências Reguladoras, sobretudo porque aqui se defende que a razão pública admitida na democracia deliberativa, subitem 3.1, não está propriamente encaixada na técnica, mas, sim, no resultado (fim) almejado e, por conta disso, não cabe ao legislador entender dessas questões de alta *expertise*, pois, para cada arranjo institucional de pequena escala, a depender do setor regulado, há um subsistema de assuntos de complexidade técnica elevada (GUERRA, 2017).

Como já demonstrado, a Resolução ANP nº 846/2021 tratou da ampliação dos mecanismos de participação social, sobretudo do ponto de vista organizacional, ao ser admitida por videoconferência. Nada obstante, essa ampliação em não se distancia da natureza técnica dos temas tratados nas audiências públicas, consultas públicas e consultas prévias; pelo contrário, possibilita que a tomada de decisão das normas técnicas a serem objeto desses instrumentos de participação social possam ser proporcionais aos impactos que pretendem causar, sobretudo porque a existência do meio tecnológico retirou as barreiras físicas e impeditivas da democracia deliberativa a ocorrer na tomada de decisão de cada ação regulatória.

Em regra, advoga-se que as normas técnicas reguladoras possuem peculiaridades da própria ciência econômica, como, por exemplo, a recorrência a fórmulas matemáticas (GUERRA, 2017). Nesse sentido, é exatamente por conta da existência desses termos fluidos<sup>92</sup> que a sua concretização não deve ser unicamente fundamentada pela competência do Administrador Público, sob pena de ameaçar o pilar democrático deliberativo existente na natureza da norma de participação social da ANP, Resolução ANP nº 846/2021, que reverbera os seus efeitos em todo o procedimento de participação social a ser realizado pela agência. Por conta disso, esse é o momento em que a discricionariedade admitida ao Administrador Público

---

<sup>92</sup> GUERRA, Sérgio. *Tecnicidade e regulação estatal no setor de infraestrutura*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 198, p. 61-71, ago. 2017. Para Sérgio Guerra, o Autor caracteriza os termos técnicos como “fluidos” vez que esses advêm da constante alteração da economia, caracterizada pela sua própria mutabilidade e tecnicidade que permeia todas as decisões regulatórias do país

é colocada à margem do Direito Administrativo, para permitir que seja através dos termos técnicos fluidos que a eficácia objetiva dos Direitos Fundamentais, dos princípios e valores constitucionais possam preencher, por intermédio da manifestação do setor regulado, as lacunas de entendimento técnico.

Portanto, enxergar os Direitos Fundamentais nas premissas estruturantes do Estado Administrativo contemporâneo é lidar com a fluidez da economia e da mutabilidade de seus conceitos técnicos que, conseqüentemente, serão objeto de regulação. Pressupõe-se, contudo, que a democracia deliberativa no cerne da tomada de decisão da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP é maximizadora do preenchimento dessas lacunas técnicas, uma vez que a deliberação aumenta a possibilidade da tomada de decisão regulatória razoável, entendida como aquela que dialoga com os fatos reais, aqui entendida como a tecnicidade do setor regulado.

## CONCLUSÕES

Mesmo que se entenda que administrar é apenas criar, a inovação acaba por ser inerente a toda e qualquer atividade administrativa que regule atividades econômicas. Assim entendeu essa dissertação. O presente trabalho buscou trazer a releitura do princípio da legalidade do Direito Administrativo brasileiro como a linha de partida para se pensar o seu desembocar final em um contexto de abnegação à Lei e preenchimento das lacunas terminológicas técnicas pela própria atuação do setor regulado em um claro momento de influência do Direito Constitucional no modo de ser do Direito Administrativo.

As abordagens procuraram descrever o percurso que se permita enxergar a democracia deliberativa como um pilar preponderante nas atuações das Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, sob três principais pontos de vistas: (i) a possibilidade do próprio ordenamento jurídico observar a coordenação, o consenso e as consequências da atuação entre regulador e regulado, tanto pela base principiológica, quanto pela base normativa; (ii) a previsão na Agenda Regulatória ANP para o biênio 2020-2021 da revisão do ato normativo que deu origem à ampliação da participação social e, em que medida essa tomada de decisão pode afetar os direitos dos administrados, sendo adotada a concepção de direito como licença ao administrado e responsabilidade do administrador; e, (iii) o protagonismo da ampliação da participação social na ANP como diretriz fundamental para o preenchimento dos termos técnicos fluidos pelos valores e princípios constitucionalmente estabelecidos.

Essa tratativa adotada decorre do fato de se defender que a Constituição Federal de 1988 é um espaço para a criação de acordos fundamentais envolvendo amplo acordo social sobre as condições que servirão de base para futuras tomadas de decisões institucionais. Isso, então, explica a existência da noção da juridicidade administrativa, abordada no Capítulo 1, item 1.1.1., uma vez que a Constituição Federal de 1988 atuou como norma habilitadora de competências da Administração Pública, independentemente da intermediação de Lei autorizativa.

Da noção de juridicidade administrativa, foram desenvolvidos dois eixos possíveis de trabalho do princípio da consensualidade, um capaz de colocar o administrado como protagonista, o outro focado na atuação da Administração Pública. A consensualidade como

legitimidade na atuação administrativa e a consensualidade como método de atuação do administrador público foram os dois parâmetros traçados para que fosse possível a compreensão de que o princípio constitucional escolhido fosse dotado de um mandamento de otimização para os dois lados da relação administrativa, qual seja, a do regulado e a do regulador.

A consensualidade como legitimidade na atuação administrativa é a possibilidade de que possa ser permitido uma ampliação da participação no processo de decisão administrativa, tal como o que ocorreu com a publicação da Resolução ANP nº 846/2021, objeto desse presente trabalho. Já a consensualidade como método de atuação administrativa é a capacidade do administrador em concretizar a promoção dos Direitos Fundamentais no curso do procedimento administrado. Adota-se essa concepção pois, desse modo, esse segundo eixo do princípio da consensualidade dialoga com a medida de realização de Políticas Públicas, aqui entendidas como ações governamentais capazes de concretizar Direitos Fundamentais (BUCCI, 2006).

A coordenação entre agente regulado e regulador, em decorrência do regular exercício dos dois eixos do princípio da consensualidade acima destacados, nos leva, também, à observância das consequências da tomada de decisão. Essa última, por sua vez, prevista expressamente como dever legal ao Administrador Pública na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.

Coordenação, consenso e consequência foi o tripé permissivo de encontro ao estudo da Agenda Regulatória ANP para o biênio 2020-2021, demonstrada no Capítulo 2, sobretudo porque definiu as bases em que o Estado Administrativo regulador contemporâneo está edificado. No que se refere a esse segundo Capítulo, a perspectiva *vermeuliana* de abnegação à Lei entra em cena, uma vez que é desenvolvido o argumento central de análise em que se atesta que a ampliação das medidas de participação social pela Resolução ANP nº 846/2021 é consequência da capacidade da Agência em ditar as “*regras do jogo*” regulatório.

Torna-se, portanto, imperativo e consequencialmente natural que a Agência tenha atuado de forma a demonstrar uma tentativa de inovação frente aos problemas que recepciona. Nesse sentido, a análise da Agenda Regulatória ANP para o biênio 2020-2021 com o objetivo de mapeamento da forma como a Agência institucionalmente organizou-se para dar ensejo ao processo de revisão do modelo de participação social antes da Resolução ANP nº 846/2021

admitido, permitiu-se, então, uma conclusão e uma sugestão audaciosa de boas práticas regulatórias que em nada se distancia do que fora encontrado, senão, vejamos.

A conclusão que se chegou foi aquela segundo o instrumento de regulação utilizado para o processo de revisão da participação social. Sendo assim, a uso da análise normativa retrospectiva ensejou a proposição do paternalismo libertário como doutrina influente na análise de instrumentos regulatórios voltados para o estudo de atos normativos já em vigor, em uma demonstração de uma concepção de regulação como um fator social multidisciplinar e, sobretudo, influenciado pela mutabilidade dos setores econômicos regulados.

No que se refere ao Capítulo 3, acredita-se que a democracia deliberativa é a natureza, tanto da Resolução ANP nº 846/2021, quanto da participação social ampliada por esse ato normativo secundário, uma vez que, na completude dos seus três elementos estruturantes, - como demonstrado no item 3.1., (i) sujeitos de deliberação, (ii) objeto de deliberação e (iii) o processo ou o procedimento de deliberação – a deliberação está em plena consonância com a necessidade de completude dos termos técnicos fluidos, não apenas pelo regulador, mas também e, principalmente, pelo próprio agente regulado.

Portanto, destaco que esse trabalho procurou, à luz da história da ampliação da participação social pela Resolução ANP nº 846/2021, apostar em uma proposta de relativização da distância que as normas técnicas dos setores regulados da economia possuem para com o Direito Administrativo e, mais ainda, com o Direito Constitucional. A intenção primordial desse projeto é tentar trazer como um instrumento de preenchimento de lacunas técnicas regulatórias, a possibilidade de influência do ordenamento jurídico constitucional vigente e sua eficácia normativa vinculante em um contexto de aproveitamento da ampliação da participação social dos agentes regulados. Nesse sentido, a proposta dos dois eixos do princípio da consensualidade se apresenta como hipótese principiológica habilitadora do exercício do texto constitucional nos procedimentos administrativos, entendendo que, por mais abstrato que o presente trabalho possa se mostrar, é o ponto de partida para a tecnicidade democrática.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agenda Regulatória ANP para o biênio 2020-2021. Disponível para acesso em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/agenda-regulatoria>

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. *Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade*. Biblioteca Digital Fórum de Direito Público. Belo Horizonte, ano 11, n. 57, set./out. 2009. In.: COCOZZA, Francesco. *Profili di Diritto Costituzionale applicatio all'Edconomia (Incidenza dei Rapporti Economici sull'Organizzazione del Potere Politico e sul Sistema dele Fonti dek Diritto)*. Tradução: G. Giappichelli, ed., 1999, v. 1, p. 171.

BALDWIN, Robert. CAVE, Martin. LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice. What is a "Good" Regulation?* Second Edition. p. 25-26

BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011

BAPTISTA, Patrícia. *A administração pública na Constituição de 1988. Trinta anos depois: disputas, derrotas e conquistas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 45-74, maio/ago. 2018, p. 49.

BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. 2002.

\_\_\_\_\_. *Interesses públicos versus Interesses privados. Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 13. In.: ALESSI, Renato. Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano, 1960, p. 197.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. RDA - Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2005.

\_\_\_\_\_. *Sem data vênia: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, 1. ed., 2020, cap. 4, p. 203-204

BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual. O que é e por que importa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: História Real. 2020. p. 102.

\_\_\_\_\_. *Poder de polícia, ordenação, regulação – transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 38

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOLONHA, Carlos. ALMEIA, Maíra. RANGEL, Henrique. *A legitimidade na teoria institucional: Os efeitos sistêmicos como um aspecto legitimatório*. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 2013, 7(22), 148–169, p. 6

\_\_\_\_\_.; GANEM, Fabrício; ZETTEL, Bernardo. *O modelo democrático-deliberativo: possibilidades institucionais*. *Revista Direito Estado e Sociedade*, 2012.

COGLIANESE, C. *Moving Forward with Regulatory Lookback*. *Revista de Direito Administrativo*. v. 276, p. 13-23, set./dez/ 2017

CYRINO, André. *Regulação, riscos de longo prazo e justiça entre gerações*. Disponível para acesso em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulacao-riscos-de-longo-prazo-e-justica-entre-geracoes-07102022>

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Bahia: Juspodivm, 2015, pp 214-215

GUERRA, Sérgio. *Tecnicidade e regulação estatal no setor de infraestrutura*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 198, p. 61-71, ago. 2017

HOLMES, Stephen. SUSTEIN, Cass R. *O Custo dos Direitos: porque a liberdade depende dos impostos*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2019, p. 177.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A superação do ato administrativo autista*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os caminhos do ato administrativo*.

NORTH, Douglas C. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. Tradução: Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p.13.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed., Rio de Janeiro: Método, 2020.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

REINHARDT, Jörn. *Conflitos de Direitos Fundamentais entre atores privados: “efeitos horizontais indiretos” e pressupostos de proteção de Direitos Fundamentais*. Tradutor: Paula Galbiatti Silveira e Douglas Elmayer. Revisão e adaptação final de texto: Jeferson Ferreira Barbosa. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 13, n. 41, jul./dez.2019

RIBEIRO, Maria Clara Pereira. DOMINGUES, Victor Hugo. *Paternalismo libertário e Políticas Públicas: intervenção e transparência*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. v.11, n.1, 2021

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. Revista de Direito do Estado, 2006.

SUSTEIN, Cass. JOLLS, Christine. THALER, Richard H. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Journal Articles. 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. *“Direito Administrativo para Céticos”*. Editora Malheiros, 2012.

VALENTE, Patricia Pessoa. *Percepções sobre a regulação da infraestrutura de transporte e mobilidade no Brasil*. Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa. São Paulo: 2019.

VERMEULE, Adrian. *Law’s Abnegation: From Law’s Empire to the administrative State*. Harvard University Press, 2016.

\_\_\_\_\_, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. New York: Oxford University Press, 2007.