



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

**A Medida Reparadora de Conduta como
Instrumento de Regulação Responsiva na
ANP**

Ivan da Costa Arsky

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS - CCS

DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO

Curso de Especialização em Políticas Públicas e Gestão
Governamental nos Setores Energético e Mineral

Brasília, maio de 2019.



Ivan da Costa Arsky

**A Medida Reparadora de Conduta como Instrumento de
Regulação Responsiva na ANP**

Trabalho de Conclusão de Curso

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Políticas Públicas e Gestão Governamental nos Setores Energético e Mineral, apresentada ao programa de pós-graduação lato sensu em Administração da PUC-Rio como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental nos Setores Energético e Mineral

Orientadora: Professora Flávia Cavazotte

Brasília

maio de 2019.

Agradecimentos

À minha querida esposa Elisa e à nossa filha Beatriz, agradeço por todo o apoio e compreensão que me ajudaram a superar as angústias e dificuldades enfrentadas na pesquisa e elaboração deste trabalho.

Aos meus pais, Vadim da Costa Arsky e Regina Maria Keating da Costa Arsky, sou grato por minha existência, por minha formação e pelo exemplo de vida inspirador que me proporcionam até hoje.

Agradeço sinceramente ao amigo e colega de concurso, Ottomar Lustosa Mascarenhas, pelo pedido insistente para que eu aceitasse este projeto, pelos conselhos valiosos e pela ajuda na revisão final do texto.

Aos demais colegas que comigo compartilham o trabalho diário, agradeço a paciência e o incentivo, e especialmente, ao Paulo Marcelo Lima Vasconcelos Filho e ao Gilberto Hollauer, pelos debates enriquecedores que me ajudaram a iniciar e, finalmente, progredir no trabalho.

Por fim, agradeço à professora Flávia Cavazotte pela orientação do presente trabalho, pela confiança e pelas palavras de estímulo a que espero haver correspondido.

Resumo

Arsky, Ivan da Costa, Cavazotte. Flávia. A Medida Reparadora de Conduta como Instrumento de Regulação Responsiva na ANP. Rio de Janeiro, 2019. 47 p. Trabalho de Conclusão de Curso - Curso de Especialização em Políticas Públicas e Gestão Governamental nos Setores Energético e Mineral – Departamento de Administração. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O presente trabalho pretende examinar a Medida Reparadora de Conduta (MRC) criada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) a fim de verificar sua contribuição para a prática de uma Regulação Responsiva na fiscalização do Abastecimento Nacional de Combustíveis. O estudo compreende a análise da teoria da regulação responsiva e da própria MRC, seus aspectos institucionais, sua criação, sua evolução e sua relação com a regulação responsiva. O estudo demonstra que a MRC contribui efetivamente para o exercício de uma regulação mais responsiva por parte da ANP trazendo maior proporcionalidade e seletividade em imprimindo um caráter mais educativo à estratégia de fiscalização.

Palavras- chave

Medida Reparadora de Conduta, Regulação Responsiva, Abastecimento Nacional de Combustíveis, Fiscalização, Contribuição.

Abstract

Arsky, Ivan da Costa, Cavazotte. Flávia. A Medida Reparadora de Conduta como Instrumento de Regulação Responsiva na ANP. Rio de Janeiro, 2019. 47 p. Trabalho de Conclusão de Curso - Curso de Especialização em Políticas Públicas e Gestão Governamental nos Setores Energético e Mineral – Departamento de Administração. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The present work intends to examine the conduct restoration procedure (MRC) created by the Agência Nacional do Petróleo (ANP) to verify its contribution to the practice of a Responsive Regulation in the supervision of the National Fuel Supply. The study includes the analysis of the theory of responsive regulation and of the MRC itself, its institutional aspects, its creation, its evolution and its relation with the responsive regulation. The study demonstrates that the MRC effectively contributes to a more responsive regulation by ANP bringing greater proportionality and selectivity in imparting a more educational character to the inspection strategy.

Key-words

Conduct Restoration Procedure, Responsive Regulation, National Fuel Supply, Inspection, Contribution

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1- Pirâmide de Coerção	18
Figura 2 - Ambiente Institucional	21
Figura 3 – Principais Agentes Regulados do Downstream 2011	24
Figura 4 - Pirâmide de Coerção da ANP	34

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Documentos lavrados por Segmento - 2011	25
Gráfico 2 - MRC x Autuações Correlatas	32
Gráfico 3 - Linha do Tempo da MRC	38

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Ações de Fiscalização por Segmento - 2011 25

Tabela 2 – Principais Motivações de Infrações - 2011 26

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANP	Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
GLP	Gás Liquefeito de Petróleo
GNV	Gás Natural Veicular
MRC	Medida Reparadora de Conduta
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
SAT	Setor de Análise Técnica
SFI	Superintendência de Fiscalização do Abastecimento
SJP	Setor de Julgamento de Processos da Fiscalização
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TFT	Tit for Tat
TRR	Transportador Revendedor Retalhista

SUMÁRIO

1 Introdução	12
2 A Teoria da Regulação Responsiva	15
3 A Medida Reparadora de Conduta (MRC)	21
3.1. Aspectos Institucionais da Fiscalização do Abastecimento Nacional de Combustíveis no Brasil	21
3.2. O Panorama da fiscalização do abastecimento de combustíveis quando da instituição da MRC	23
3.3. A instituição e a evolução da MRC	27
4 A MRC como instrumento de regulação responsiva na ANP	33
5 Conclusão	41

1 Introdução

Em 2011 a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) vinha empreendendo ações no sentido de reorientar seus procedimentos e incrementar qualitativamente a fiscalização do abastecimento nacional de combustíveis no Brasil (BRASIL; AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, 2011a), cujo desafio incluía o acompanhamento de mais de 85 mil estabelecimentos espalhados em 5.546 municípios. Com a finalidade de melhorar a proteção dos interesses do consumidor no âmbito da política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, a Superintendência de Fiscalização do Abastecimento da ANP (SFI) procurava um modelo de fiscalização que, além das ações punitivas, permitisse a utilização de recursos persuasivos e comunicacionais (BRASIL; AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, 2012a).

Uma dessas ações foi introduzida pela Resolução ANP nº 53, de 7.10.2011, com criação da Medida Reparadora de Conduta (MRC), idealizada como instrumento destinado a estabelecer uma gradação aos procedimentos de fiscalização das atividades relacionadas ao abastecimento nacional de combustíveis, por um lado, dotando de maior razoabilidade o processo de penalização de irregularidades de menor gravidade e, por outro, direcionando o esforço de fiscalização do abastecimento de combustíveis para infrações de maior relevância na regulação do setor, de forma a permitir a obtenção de melhores resultados para o mercado e para o consumidor (BRASIL; AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, 2011c).

Segundo a nota técnica que encaminhou a minuta daquela resolução, o escalonamento proposto pela Superintendência de Fiscalização do Abastecimento teria sido inspirado, entre outras, na

Teoria da Regulação Responsiva, como forma de propiciar maior qualidade e eficiência em suas ações junto aos agentes regulados ao promover uma mudança de abordagem em relação a determinadas infrações consideradas de menor gravidade (BRASIL; AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, 2011a).

Em 2014, a ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE), publicou o Relatório: “Regulatory Enforcement and Inspections”, contendo os princípios da OCDE para boas práticas de políticas regulatórias na área de fiscalização regulatória e inspeções, enfatizando a importância de se assegurar a efetiva conformidade com as normas e regulamentações (OECD, 2014).

Colocando as inspeções¹ entre as atividades de fiscalização regulatória mais importantes e visíveis, aquele documento informava que o principal desafio para os governos estaria em obter os melhores níveis de conformidade mantendo os menores encargos administrativos e custos regulatórios possíveis (OECD, 2014).

Entre os onze princípios de melhores práticas internacionais para a melhoria da fiscalização e das inspeções regulatórias, a OCDE prescreveu que “a fiscalização regulatória deverá se basear nos princípios de ‘regulação responsiva’” de modo a modular suas ações “dependendo do perfil e comportamento de negócios específicos” (OECD, 2014, p.33).

O fato da OCDE recomendar a regulação responsiva aos seus países membros traduz um reconhecimento sobre a eficácia desta abordagem regulatória. Além disso, diversos estudos dão conta da disseminação dessa prática entre as agências reguladoras brasileiras conforme SPOLIDORIO (2017), ANDRADE (2018), CUNHA (2016) e VIEIRA, (2018).

¹ O termo inspeção aqui está se referindo às ações de fiscalização em sentido estrito

A Medida Reparadora de Conduta é um instrumento que se mantém vivo e incorporado à cultura da fiscalização do abastecimento da ANP há oito anos. Acredita-se que um olhar crítico sobre o tema possa contribuir para o aperfeiçoamento da regulação do setor de abastecimento de combustíveis no Brasil por meio do estudo sobre como a MRC se relaciona com a regulação responsiva, estratégia regulatória alegadamente inspiradora de sua criação.

Assim, este estudo de caso pretende analisar a Medida Reparadora de Conduta para verificar sua contribuição como instrumento de regulação responsiva na fiscalização do Abastecimento de Combustíveis pela ANP, trazendo um maior entendimento sobre os princípios da regulação responsiva que inspiraram sua criação de modo a incrementar seu aproveitamento pelos agentes reguladores.

Para tanto o presente trabalho pretende estudar a teoria da regulação responsiva proposta por AYRES e BRAITHWAITE, (1992) procurando estabelecer seus princípios a fim de verificar sua aplicabilidade à forma como instituída e conduzida a MRC na ANP.

Na sequência, será examinada a MRC desde o contexto institucional de sua criação, passando por sua motivação e sua finalidade, até a descrição de seus mecanismos e sua evolução.

Finalmente, será feita a análise da medida reparadora de conduta com o fim de revelar sua relação com a teoria da regulação responsiva e sua contribuição no exercício dessa estratégia regulatória pela ANP.

2 A Teoria da Regulação Responsiva

A regulação responsiva é uma abordagem regulatória que foi formalizada em 1992 por I. Ayres e J. Braithwaite mas que tem sua origem em sólidas pesquisas e experimentos anteriores iniciados na década de 1980 a partir da observação de práticas de reguladores que levaram à obtenção de resultados positivos. Nesse sentido, a teoria da regulação responsiva é fundamentada na prática, mas tem seus princípios corroborados por diversas teorias das ciências sociais e da economia (IVEC e BRAITHWAITE, 2015).

A essência da regulação responsiva é a contínua atenção e adaptação do agente regulador aos problemas regulatórios observados e às próprias respostas regulatórias obtidas, por meio de um constante diálogo do regulador com aqueles capazes de resolver tais problemas. Segundo AYRES e BRAITHWAITE (1992,p.4), *“a regulação responsiva se distingue das demais estratégias de governança de mercado tanto no que desencadeia uma resposta regulatória quanto na resposta regulatória propriamente dita”* na medida em que se modulam de acordo com as diferentes estruturas da indústria regulada, seus objetivos, suas associações e até seus indivíduos e suas motivações. Nesse sentido, a regulação responsiva deve ser exercida sob medida em relação ao contexto em que aplicada e, por tal motivo, não constitui simples método ou modelo, nem pode ser simplesmente transplantada de uma determinada experiência para outra.

Trata-se de uma estratégia de governança de mercado baseada na cooperação entre órgão regulador e agente regulado no estabelecimento de metas e incentivos (sancionatórios e premiais), cujo controle de corrupção e captura é feito com inclusão de representantes da comunidade atingida no debate regulatório e na fiscalização dos

resultados, sob a premissa de que são obtidos de forma mais eficiente com a cooperação do agente econômico do que com o confronto.

Assim, opondo-se às correntes que pregam a maior intervenção regulatória do estado e também aos que defendem sua total desregulamentação, os autores sugerem uma estratégia regulatória flexível, propondo que se permita uma alternância entre ambas, adequando-se ao contexto, à cultura regulatória e à história do mercado regulado, inclusive pela delegação de co-responsabilidade pela regulamentação aos próprios interessados sem abdicar de sua responsabilidade na correção das falhas de mercado.

Para tanto, AYRES e BRAITHWAITE (1992) apoiam-se em estudo de SCHOLZ (1984a, b apud AYRES e BRAITHWAITE, 1992) que, baseado na teoria dos jogos, descreve a estratégia “Tit for Tat” (TFT)² como capaz de incrementar o cumprimento voluntário dos regulamentos pelas empresas pois *“Scholz modela a regulamentação como um jogo do dilema dos prisioneiros, em que a motivação da empresa é minimizar os custos regulatórios e a motivação do regulador é maximizar os resultados de conformidade. Ele mostra que uma estratégia de fiscalização TFT provavelmente estabelecerá cooperação mutuamente benéfica, sob suposições que ele acredita que serão cumpridas em muitos contextos regulatórios.”* (AYRES e BRAITHWAITE (1992, p.21).

Não obstante a efetividade da estratégia TFT, AYRES e BRAITHWAITE (1992) defendem que a indústria, em suas diversas camadas, inclusive por seus executivos, está sujeita a múltiplas

² Segundo VARIAN (2010) a estratégia Tit-For-Tat, traduzido como “olho por olho” é uma estratégia de jogo para o dilema do prisioneiro que, jogado por um número indefinido de vezes, segundo os experimentos de AXELROD (1984) obteve os maiores ganhos totais. Em sua opinião, “A estratégia de “olho por olho” funciona bem porque proporciona punição imediata a burla. É também uma estratégia de perdão: só pune o outro jogador uma vez por cada burla. Se ele entrar na linha e começar a cooperar, a estratégia de “olho por olho” o premiará com a cooperação. Parece ser um excelente mecanismo para obter o resultado eficiente num dilema do prisioneiro que será jogado por um número indefinido de vezes.”(VARIAN, 2015, p.744)

motivações, não sendo racionalidade econômica o único fator determinante da conformidade. Por isso argumentam que:

“1. Para entendermos regulação, precisamos agregar empresas em indústria e associações e desagregar empresas em subunidades corporativas, subunidades em indivíduos e indivíduos em múltiplas personalidades. Agências reguladoras promovem seus objetivos em jogos em cada um desses níveis de agregação por meio de jogadas em outros níveis de agregação

2. Alguns agentes corporativos somente vão cumprir a lei se isto for economicamente racional e a maioria vai cumprir a lei pela maior parte do tempo simplesmente porque está na Lei; todos os atores corporativos são conjuntos de compromissos contraditórios com valores sobre a racionalidade econômica, a obediência à lei e a responsabilidade empresarial.

3. Uma estratégia regulatória baseada totalmente na persuasão e na autorregulação será explorada quando os agentes estiverem motivados por uma racionalidade econômica.

4. Uma estratégia baseada exclusivamente na punição vai minar a boa vontade daqueles motivados por um senso de responsabilidade.

5. Punição é cara e a persuasão é barata. Uma estratégia baseada principalmente em punição desperdiça recursos em litígios que seriam mais bem gastos em monitoramento e persuasão.

6. Uma estratégia baseada principalmente na punição fomenta uma subcultura empresarial organizada de resistência à regulamentação em que os métodos de resistência legal e contra-ataque são incorporados à socialização da indústria (Bardach e Kagan, 1982). A aplicação punitiva engendra um jogo de gato e rato regulador pelo qual as empresas desafiam o espírito da lei ao explorar brechas, e o estado escreve regras cada vez mais específicas para cobrir as brechas.” (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 19).

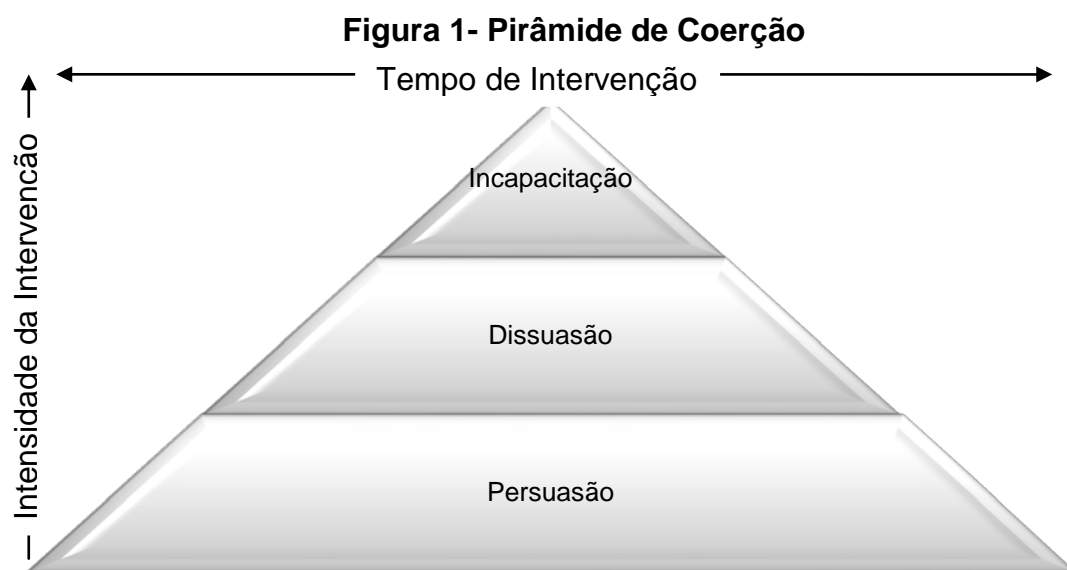
Conforme IVEC e BRAITHWAITE (2015, p.5), *“o primeiro desafio é fazer com que aqueles que estão sendo regulamentados compartilhem a preocupação. Uma vez alcançado, o regulado e o órgão regulador elaboram um plano para resolver o problema. Incluído nesta fase está o reconhecimento explícito e a aceitação de que o regulador aplicará sanções e usará meios coercitivos de acordo com a lei, se tudo o mais falhar. Por causa de sua natureza sensível ao contexto, avaliar a regulação responsiva envolve fazer a avaliação in loco enquanto ela está acontecendo e ajustar as respostas para alcançar o resultado desejado.”*

Assim, o ponto central da regulação responsiva é a construção tripartite, entre regulador, regulado e comunidade implicada, de pirâmides regulatórias compostas por sanções e incentivos escalonados, de forma a deixar claro a todos os envolvidos as compensações possíveis para as

escolhas das empresas reguladas no jogo regulatório (AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

“A ideia de uma pirâmide é que a base é sólida, firmemente fundamentada em deliberação democrática e ancorada por acordo que danos estão ocorrendo e estes devem ser interrompidos. Como os danos surgem e desaparecem com o tempo, a base da intervenção regulatória está sempre aberta à contestação democrática. Por essa razão, a base da pirâmide respeita o diálogo com a comunidade e com aqueles que não estão cumprindo os requisitos regulatórios. A escuta está presente em todos os níveis da pirâmide, com as autoridades reguladoras sendo particularmente abertas para aprender sobre os efeitos de sua regulamentação na base” (IVEC e BRAITHWAITE, 2015, p.6)

Assim, a pirâmide regulatória representa o conjunto de medidas disponíveis ao órgão regulador que serão utilizadas de forma escalonada conforme a resposta da empresa regulada no cumprimento da norma regulamentar. A ideia é de que na base da pirâmide estejam as ações menos interventivas (persuasivas), que deverão ser mais utilizadas, ficando as sanções mais brandas (dissuasivas) no meio, onde a expectativa de uso é menor, e no topo as penalidades capitais (incapacitantes) que serão utilizadas somente em último caso, conforme exemplo na figura 1.



Fonte: O Autor

A expectativa é que o regulador atue a maior parte do tempo na base da pirâmide onde a persuasão é capaz de induzir o espírito de colaboração do regulado e que somente escale a pirâmide para medidas mais rigorosas se for absolutamente necessário, retornando a atuar na base da pirâmide na primeira oportunidade (IVEC e BRAITHWAITE, 2015).

Na busca por reduzir a aparente complexidade das ideias que envolvem a regulação responsiva, BRAITHWAITE (2011) reformulou a teoria sob a forma de nove princípios heurísticos:

1. *“Pense no contexto; não imponha teorias pré-concebidas.*
2. *Ouçã ativamente; estruture um diálogo que:*
 - *Dê voz aos interessados;*
 - *Estabeleça resultados acordados e como monitorá-los.*
 - *Gere comprometimento pelo auxílio dos atores a encontrarem sua própria motivação para melhorar.*
 - *Comunique a determinação firme de ater-se ao problema até que ele seja resolvido.*
3. *Aborde aqueles que resistem com justiça; mostre respeito interpretando aquela resistência como uma oportunidade de aprender a maneira de melhorar o desenho regulatório.*
4. *Elogie aqueles que mostram comprometimento:*
 - *Apoie as inovações;*
 - *Cultive motivação para a melhora contínua;*
 - *Ajude os líderes a puxar os atrasados por novos tetos de excelência.*
5. *Sinalize que você prefere alcançar resultados por apoio e educação na construção de competência.*
6. *Sinalize, sem ameaçar, que você possui uma gama de sanções escalonadas que você pode utilizar mas sinalize também a existência de penas capitais que são utilizadas quando necessárias, como último recurso.*
7. *Construa uma governança piramidal em rede engajando uma gama maior de parceiros na subida ao topo da pirâmide coercitiva.*
8. *Extraia responsabilidade ativa (responsabilidade por resultados melhores no futuro) recorra à responsabilidade passiva (responsabilizando atores por ações passadas) quando a responsabilização ativa falhar.*
9. *Aprenda; avalie os benefícios e custos dos resultados obtidos e comunique as lições aprendidas.”* (BRAITHWAITE, 2011, p.476)

A ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE) traduziu tais princípios à regulação responsiva dirigida especificamente às inspeções (fiscalização) sob a forma das seguintes abordagens (OECD, 2014, p.33 e 34):

“Negócios que apresentam um padrão de violações sistemáticas e repetidas de regulamentações recebem um nível de risco mais alto e são avaliados com maior frequência.

Negócios que comprometem violações repetidas e sistemáticas também não apresentaram leniência, quando violações significativas foram constatadas. A fiscalização poderá escalar imediatamente para sanções e, possivelmente, a suspensão de operações, em vez de apenas receberem uma notificação para melhorias. Os inspetores deverão ainda considerar a resposta do operador do negócio para a inspeção e identificação de violações (por ex., se o operador tentar ocultar problemas ou for transparente sobre os mesmos, se a ação corretiva imediata é tomada, ou se o operador buscar todos os meios possíveis para dificultar a inspeção ou questionar até as constatações mais óbvias, etc.).

Por outro lado, negócios com um histórico de conformidade deverão ser verificados com graduação menor (com o nível de riscos classificado como menor). Os inspetores deverão ainda iniciar geralmente com notificações de melhorias ou (no caso de menor número de violações) notificações verbais, exceto em casos de perigos críticos e iminentes.

Os negócios criados recentemente deverão receber primeiramente, do mesmo modo, uma chance para melhorar, em vez de se recorrer imediatamente a sanções, de modo a promover uma cultura de abertura do lado deles (exceto, novamente, se as violações forem consideradas particularmente perigosas e/ou claramente cometidas propositalmente – neste caso, a agência de fiscalização regulatória deverá usar sanções apropriadas).

A proporcionalidade e a responsividade a riscos significam que, mesmo se uma violação for constatada em um negócio geralmente em conformidade (ou se for um negócio novo), porém, esta violação for particularmente ultrajante e impor diversas ameaças graves à vida, saúde ou outros bens ou direitos públicos essenciais, a resposta de fiscalização deverá ser mais eficaz e coerciva do que em casos em que as violações são relativamente menos agressivas ou não geram um perigo iminente.

Para ser efetiva, a abordagem de “regulamentação responsiva” requer ainda que um escopo de potenciais penalidades disponíveis para as agências de fiscalização regulatória seja amplo o suficiente e diferenciado para realmente tratar diferentes comportamentos de modo proporcional, mas também para exercer real prevenção, quando necessário – com penalidades que claramente incorrerão em custos maiores do que a violação poderia gerar em lucros indevidos ao operador do negócio, além de um processo para impor sanções que usem penalidades administrativas (e não processos jurídicos) para, no mínimo, uma parcela significativa de violações, de modo a assegurar uma fiscalização mais rápida e previsível. Se as sanções forem prevenções insuficientes, existe uma alta probabilidade de que “operadores nocivos” continuarão a cometer violações graves, mesmo após serem pegos uma vez (ou repetidas vezes).”

Finalmente, a recomendação sobre a regulação responsiva, considerando as especificidades dos sistemas legais e de cada área regulatória, adverte que *“é impossível considerar os passos acima como “tamanho único” e, em alguns casos particulares, poderem necessitar de exceções à abordagem de “regulação responsiva...”. (OECD, 2014, p.35).*

3 A Medida Reparadora de Conduta (MRC)

3.1. Aspectos Institucionais da Fiscalização do Abastecimento Nacional de Combustíveis no Brasil

O tema deste trabalho aconselha que se faça uma incursão, ainda que breve, na estrutura institucional que envolve o alvo primário da Medida Reparadora de Conduta (MRC): a fiscalização do abastecimento.

Contexto Constitucional. A Constituição Federal, em seu Art. 174, outorga ao Estado, como agente normativo e regulador, o poder para exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica a fim de manter seu o equilíbrio em face das deformações de mercado (BRASIL, 1988).

Contexto Legal e Infralegal. Em cumprimento ao desígnio constitucional, a Agência Nacional do Petróleo (ANP) foi instituída pela Lei 9.478/1997 como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, como da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério de Minas e Energia (Art.7º) (BRASIL, 1999).

Figura 2 - Ambiente Institucional



Fonte:MME

Criada com a finalidade de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, a ANP tem sua competência estabelecida pela referida Lei 9.478/1997, e que inclui:

“Art.8º [...]: I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; [...] “VIII - fiscalizar diretamente e de forma concorrente nos termos da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato” (BRASIL, 1997)

Mais detalhadamente, a Lei 9.847, de 26.10.1999, (Medida Provisória nº 1.883), especifica a competência da ANP para exercer a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis (Art. 1º), enumerando as atividades que compõem o abastecimento nacional de combustíveis (Art.1º, §1º) e prescrevendo as sanções administrativas aplicáveis (BRASIL, 1999).

O Decreto 2.455, de 14.1.1998, que implantou a Agência Nacional do Petróleo e definiu sua estrutura regimental, estabeleceu, entre os princípios a serem observados na execução de suas atividades, o de que a fiscalização deveria ser exercida no sentido da educação e orientação dos agentes econômicos do setor, bem como da prevenção e repressão de condutas violadoras da legislação pertinente, das disposições estabelecidas nos contratos e nas autorizações (BRASIL, 1998)

Finalmente, o Decreto nº 2.953, de 28.1.1999, dispõe sobre o procedimento administrativo para a aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades relativas à indústria do petróleo e ao abastecimento nacional de combustíveis, fixando a competência dos servidores da ANP e as dos órgãos públicos conveniados para a lavratura do auto de infração (Art. 1º, §2º), atribuindo ao órgão técnico da ANP a competência para a instrução e julgamento do processo administrativo correspondente e conferindo à Diretoria da ANP a competência exclusiva

para o julgamento dos recursos interpostos contra tais decisões (BRASIL, 1998).

No âmbito da ANP, cabe à Superintendência de Fiscalização do Abastecimento (SFI), nos termos do Regimento Interno, aprovado pela Portaria ANP nº 69, de 6.4.2011, entre outras atribuições, a de “*planejar, programar e executar as ações de fiscalização dos agentes que compõem o abastecimento nacional de combustíveis*” (Art.28, I) bem como “*propor as diretrizes, as metas, as prioridades e as políticas para a fiscalização daqueles agentes regulados, principalmente os dos segmentos de distribuição e revenda*” (Art. 28, I), além de gerir o Setor de Julgamento de Processos de Fiscalização - SJP, responsável pela instauração, instrução e julgamento em 1ª instância dos processos administrativos relativos aos autos de infração lavrados no âmbito da própria Superintendência de Fiscalização do Abastecimento e de outras superintendências da ANP. (Art.28, VII) (BRASIL; AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, 2011b).

Assim, no modelo desenhado para a fiscalização do abastecimento nacional de combustíveis, a Superintendência de Fiscalização do Abastecimento ficou encarregada de fiscalizar junto aos agentes econômicos regulados o cumprimento das normas regulatórias aprovadas pela Diretoria da ANP e de aplicar aos agentes regulados infratores as sanções prescritas na referida Lei 9.847/1999.

3.2. O Panorama da fiscalização do abastecimento de combustíveis quando da instituição da MRC

Visto o ambiente institucional, interessa conhecer, ainda que minimamente, a situação do mercado de abastecimento e de sua fiscalização à época da criação da MRC, pois tal situação será tomada como referência na análise de sua evolução.

Em 2011, o abastecimento nacional de combustíveis era composto por mais de 85 mil agentes econômicos regulados, entre produtores,

distribuidores, revendedores e consumidores, distribuídos entre os 5.546 municípios brasileiros, e divididos em 18 atividades, conforme Figura 3 .

Figura 3 – Principais Agentes Regulados do Downstream 2011



Fonte: ANP

As atividades mais fiscalizadas eram também as mais capilarizadas: em 2011, a Revenda Varejista de Combustíveis Automotivos contava com cerca de 38.000 postos e tinha sido objeto de 15.305 ações de fiscalização; enquanto a Revenda de GLP reunia cerca de 40.000 estabelecimentos e havia sido fiscalizada em 6.543 ocasiões, ou seja, das 25.522 ações de fiscalização efetuadas naquele ano em todo o território nacional, 15.305 se referiram a postos de combustível e 6.543 a revendas de GLP, conforme se extrai da Tabela 1:

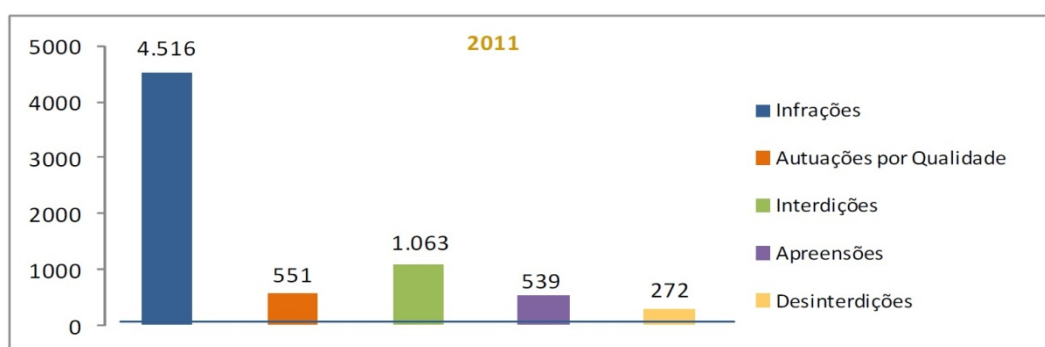
Tabela 1 - Ações de Fiscalização por Segmento - 2011

Segmentos	Ações de Fiscalização
Revenda de Combustíveis	15.305
Revenda de GLP	6.543
Distribuidor de Combustíveis	1.219
Distribuidor de GLP	412
Transportador-Revendedor-Retalhista	271
Ponto de Abastecimento	737
Distribuidor de Solventes	22
Produtor de Biodiesel	91
Produtor de Lubrificante Acabado	262
Revenda de Combustíveis de Aviação	150
Produtor de Etanol	46
Outros	364
Total	25.422

Fonte: ANP (2012a, p.5)

As 25.422 ações de fiscalização efetuadas em 2011 (que não eram necessariamente inspeções)³ resultaram na lavratura de 4.516 autos de infração, dos quais apenas 551 referiam-se a problemas de qualidade, conforme Gráfico 1:

Gráfico 1 – Documentos lavrados por Segmento - 2011



Fonte: ANP (2012a, p.5)

³ Considera-se inspeções apenas aquelas ações efetuadas nos estabelecimentos dos agentes regulados

No segmento de Revenda de Combustíveis Automotivos, as irregularidades por vício de qualidade dos combustíveis e vício de quantidade foram responsáveis, respectivamente, por cerca de 16% e 7% do total de autuações lavradas, enquanto as questões de atualização de dados cadastrais e o fornecimento de informações ao consumidor por meio de quadros e placas totalizaram aproximadamente 11% e 8% daquele montante, respectivamente (BRASIL; AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, 2012a).

Tabela 2 – Principais Motivações de Infrações - 2011

Revenda de Combustíveis	Qtde.	%
Comercializar produto fora de especificação	602	23,0
Construir/operar - Instalações e/ou equipamentos em desacordo	301	11,0
Não atualizar dados cadastrais na ANP	280	10,0
Não cumprir notificação	261	10,0
Não prestar informações ao consumidor	217	8,0
Operar bomba medidora com vício de quantidade	186	7,0
Não dispor de medida padrão de 20 litros	164	6,0
Adquirir combustível de fonte diversa da marca comercial exibida	147	5,0
Não fornecer óleo diesel de baixo teor de enxofre	128	5,0
Não atender às normas de segurança	111	4,0
Adquirir ou destinar combustível de/para fonte diversa da autorizada	49	2,0
Deixar de apresentar, ou apresentar incorretamente, a documentação de movimentação de combustíveis	43	2,0
Exercer atividade regulada sem autorização	32	1,0
Não apresentar a documentação referente à qualidade dos combustíveis	31	1,0
Outros*	139	5,0
Total	2.691	100

* Adquirir/comercializar sem cobertura fiscal; clonagem, rompimento/ocultação de faixa/lacre; construir/operar instalações e/ou equipamentos em desacordo; responsabilidade solidária.

Fonte: ANP (2012a)

Naquela época, o Setor de Julgamento de Processos (SJP)⁴, subordinado à SFI e responsável pelo julgamento dos processos administrativos sancionatórios instaurados contra agentes regulados a ela submetidos havia eliminado um estoque de 7.417 processos anteriores a 2008 e passaria a observar as condições para o agravamento das penas pecuniárias em virtude dos antecedentes do agente regulado e a aplicação de penas não pecuniárias em razão da constatação de reincidência em infrações (BRASIL; AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, 2012a).

⁴ O SJP era então denominado Setor de Análises Técnicas (SAT)

Nas palavras do diretor da ANP, Allan Kardec Duailibe, ao qual estava vinculada a SFI:

“O poder de sanção da ANP foi gradualmente fortalecido com o julgamento de todo o estoque acumulado de processos antigos, garantindo efetividade à fiscalização e afastando a perniciosa sensação de impunidade. Não é por menos que, entre 2009 e 2010, a arrecadação de multas pecuniárias cresceu cerca de 120%. Ademais, hoje, já se podem aplicar, dependendo dos casos, penas de suspensão e de revogação de atividade e já se despende tempo bem menor no julgamento de processos sancionadores em 1ª instância. Empresas recorrentes no comportamento ilícito são suspensas ou retiradas do mercado; aquelas cuja conduta ilegal tem menor potencial ofensivo são orientadas, em prazo estabelecido, a se adequarem, nos termos do instituto da Medida Reparadora de Conduta inserido no arcabouço legal da Fiscalização.” (BRASIL; AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, 2012a)

3.3. A instituição e a evolução da MRC

Instituição da MRC - Resolução ANP 53/2011. A Medida Reparadora de Conduta (MRC) foi instituída pela Resolução ANP nº 53, de 7.10.2011, como um instrumento regulatório que permitia que o agente econômico regulado ajustasse sua conduta ao disposto na legislação aplicável para evitar a imposição das penalidades previstas na Lei nº 9.847/1999 e no Decreto nº 2.953/1999 (BRASIL; AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, 2011c).

Dito de forma resumida, aquele regulamento inaugural ordenava que, durante a inspeção de estabelecimento de atividade regulada, caso o agente de fiscalização se deparasse com determinadas irregularidades de menor potencial ofensivo, deveria, observados os pressupostos ali definidos, conceder ao agente econômico regulado um prazo para que este promovesse a extinção daquela irregularidade por meio do cumprimento da norma violada e da comunicação da reparação à ANP, com a finalidade de impedir a lavratura do auto de infração correspondente sem que antes fosse dada ao agente econômico a oportunidade de se adequar à norma setorial.

As hipóteses de aplicação da MRC estavam previstas nos artigos 3º e 4º, que discriminavam os dispositivos normativos que continham as

obrigações passíveis de reparação abrangendo quatro atividades econômicas reguladas: Revenda Varejista de Combustíveis Automotivos, Transportador Revendedor Retalhista – TRR, Revenda Varejista de GLP, Posto e Revendedor de Combustível de Aviação.

A adoção de medida reparadora poderia abranger múltiplos incisos de cada um desses artigos.

O pressuposto para a adoção da MRC estava no art. 5º da Resolução 53/2011, que proibia a aplicação da medida se o benefício já houvesse sido concedido ao agente regulado nos 3 anos antecedentes, ainda que outra fosse a infração constatada anteriormente.

Os prazos para reparação das condutas eram dois. Para os casos relacionados nos incisos do art.4º, a resolução dispunha que a reparação da conduta deveria ser ultimada pelo agente econômico durante o transcurso da ação de fiscalização, evitando definitivamente a lavratura de autuação. Para as obrigações relacionadas no art.3º, a previsão era de que o agente econômico teria o prazo de cinco dias para adotar a medida, situação em que deveria comunicar à ANP a reparação da conduta em até 72 horas (art.6º), mediante o envio de declaração assinada por seu representante legal, sob pena de ser considerado não implementado o ajuste (art. 7º).

A falta de adequação do agente regulado, ou a falta da comunicação do adimplemento no prazo estipulado ensejariam sua responsabilização pela infração correspondente (Art.7º) e pela eventual discrepância de sua declaração (Art.7º, parágrafo único).

As irregularidades de menor gravidade contempladas pela possibilidade de reparação no prazo de 5 dias, em total de sete, ficaram adstritas a obrigações relacionadas ao fornecimento de informações sobre os próprios agentes econômicos (razão social, CNPJ, etc.) e nomenclatura de produtos e orientações para reclamações ao CRC da ANP.

Para reparação imediata, no transcurso da ação de fiscalização, as oito transgressões associavam-se a falta ou falha no fornecimento de informações atinentes a especificação, aditivação, nocividade, periculosidade e uso de combustíveis, seus fornecedores bem como as relativas à quantidade de abastecimento de GNV.

Finalmente, a Resolução ANP 53/2011 alterou o anexo da Portaria ANP nº 100, de 4 de junho de 1999, de modo a incluir a medida reparadora de conduta no Documento de Fiscalização padrão (Art.8º) de modo que a oportunidade de adoção da MRC fosse registrada naquele documento padrão para: identificar as irregularidades passíveis de reparação; estabelecer o termo inicial do prazo para a restauração da regularidade; e advertir sobre as medidas a serem tomadas pelo agente econômico, inclusive a obrigação de encaminhamento da Declaração devida quando fosse o caso.

Conforme visto, a adoção da Medida Reparadora de Conduta não se restringia ao cumprimento integral da obrigação estabelecida no regulamento aplicável, mas compreendia também a satisfação de uma nova obrigação, qual seja a de comunicar à ANP o integral cumprimento da norma mediante o encaminhamento de uma Declaração assinada por seu representante legal, no prazo de 72 horas.

A Resolução 32/2012. Por volta de um ano após sua instituição, a MRC sofreu suas primeiras alterações, com a publicação da Resolução ANP nº 32, de 16.10.2012, que manteve as regras e os casos de reparação inicialmente previstos, acrescentando mais alguns dispositivos relacionados com o fornecimento de informações e introduzindo casos alusivos à falta de atualização de dados cadastrais e disponibilidade de documentos de monitoramento de qualidade. Com tais alterações, a MRC passou amparar situações de menor potencial lesivo identificadas também em Revendedores Varejistas de GNV, Posto Revendedor Escola, Distribuidoras de GLP e Coletores de Óleo Lubrificante Usado ou Contaminado aumentando para sete o número de atividades

consideradas em um total de 28 itens (BRASIL; AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, 2012b).

A Resolução 60/2014. Em função da publicação da Resolução ANP nº 41, de 5 de novembro de 2013, que passou a disciplinar a atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos, a Resolução ANP nº 60, de 30.10.2014 efetuou a revisão da mencionada resolução 32/2012 para *“possibilitar a adoção de medida reparadora de conduta de dispositivos anteriormente contemplados nas Portarias ANP nº 116 , de 5 de julho de 2000, e ANP nº 32, de 6 de março de 2001, e de novos dispositivos que devem ser contemplados com a adoção daquela medida”* (BRASIL; AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, 2016).

Além das adaptações necessárias com a revogação de alguns incisos em face da aglutinação de obrigações anteriormente tratadas em dispositivos distintos, fazendo cair para 24 o total de possibilidades de ajuste, foi mantida a maioria das prescrições da resolução 32/2012, incluindo-se casos de MRC para indisponibilidade de documentos tais como Certificados de Verificação/Calibração e Planta Simplificada do estabelecimento.

A mais significativa das alterações trazidas pela Resolução 60/2014, entretanto, foi a simplificação do procedimento de adoção da MRC com a revogação dos arts. 6º e 7º, que impunham obrigação acessória ao agente econômico e a consequência de seu descumprimento.

A Resolução 688/2017. A mais recente alteração da MRC, operada pela Resolução ANP nº 688, de 5.7.2017, foi a que incluiu o maior número de atividades econômicas reguladas (21) e de irregularidades (66) contempladas, extinguiu a modalidade de reparação imediata unificando em 5 dias o prazo para a reparação das condutas e alterou o pressuposto de aplicação (BRASIL; AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, 2017).

O pressuposto de aplicação da MRC, que anteriormente incluía não haver reincidência de forma genérica pelo prazo de três anos, nesta última versão da MRC passou a exigir apenas dois anos sem a

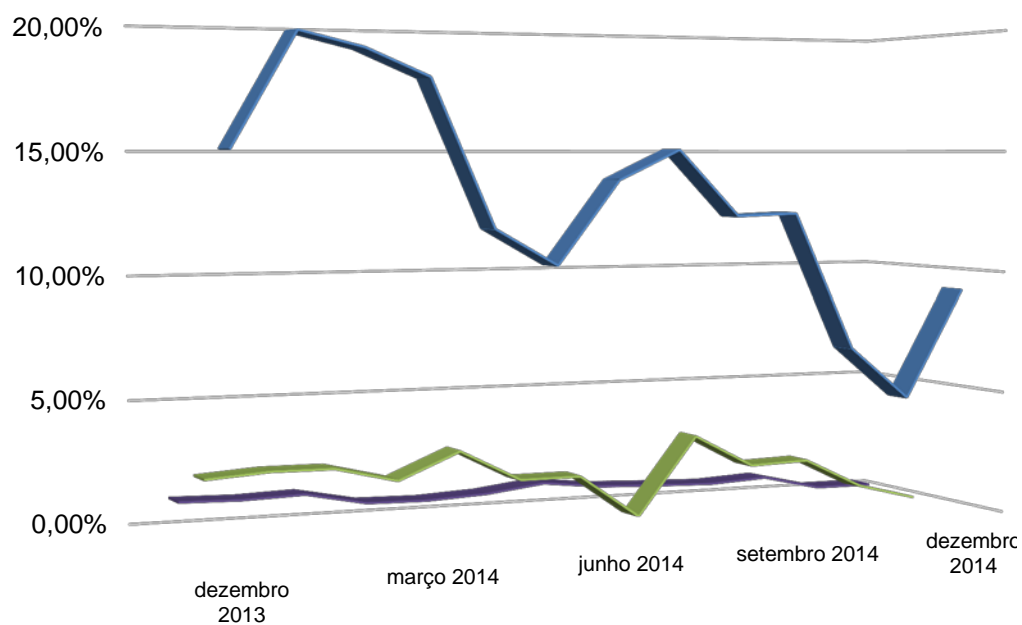
reincidência, mas somente se esta for específica, ou seja, só não será aplicada se o novo inadimplemento flagrado for relativo ao mesmo dispositivo que originou a adoção da MRC anterior.

Divulgação dos resultados. A partir de março de 2018, a ANP passou a publicar em sua página na internet os resultados das ações de fiscalização, incluindo, entre as informações disponíveis, as medidas reparadoras de conduta concedidas aos agentes regulados em ações de fiscalização, não havendo, ainda, informações tabuladas que demonstrem de forma inequívoca os efeitos das MRCs, ou seja, não há como extrair diretamente das informações obtidas, por exemplo, quantos agentes regulados efetivamente cumpriram a reparação ou quantos reincidiram no período de 2 anos. Isto não significa que tais dados não estejam disponíveis para pesquisa e utilização pela fiscalização. Ao contrário, os dados encontrados estão suficientemente detalhados para tal: apenas não estão organizados da melhor forma para aproveitamento no presente trabalho.

Apesar disso, é possível comparar a quantidade de MRCs aplicadas com os dois tipos de infração mais presentes nas hipóteses passíveis de reparação, conforme gráfico 2⁵⁵ e perceber o impacto que a medida reparadora operou nas ações de fiscalização, pois sem a MRC os índices de tais infrações poderiam estar bem mais elevados e operando os efeitos indesejados para a regulação do setor.

⁵⁵ Gráfico elaborado a partir das informações publicadas pela ANP em: [HTTP://www.anp.gov.br/fiscalizacao/fiscalizacao-do-abastecimento/resultado-das-acoes-de-fiscalizacao-do-abastecimento](http://www.anp.gov.br/fiscalizacao/fiscalizacao-do-abastecimento/resultado-das-acoes-de-fiscalizacao-do-abastecimento)

Gráfico 2 - MRC x Autuações Correlatas⁶



⁶ O gráfico se refere ao percentual de documentos gerados em relação ao total de ações de fiscalização (inspeções) realizadas no período.

4 A MRC como instrumento de regulação responsiva na ANP

Foi dito no começo deste estudo que sua finalidade seria a de verificar contribuição da MRC como instrumento da regulação responsiva no Setor de Abastecimento de Combustíveis pela Superintendência de Fiscalização da ANP. Para tanto serão examinadas as características e mudanças relevantes da MRC, desde a sua criação até sua última versão, procurando identificar em que aspectos ela contribui para uma regulação responsiva na ANP.

A princípio, verifica-se que a MRC não foi criada sob a condição de que fosse construída uma pirâmide de coerção, com a participação dos agentes econômicos dos segmentos contemplados e de organizações sociais afetadas. Isso porque, conforme dito anteriormente, as sanções aplicáveis na fiscalização do abastecimento nacional de combustíveis já estavam previstas na Lei 9.847/1999.

Desse modo, a pirâmide de coerção, à época da instituição da MRC, legalmente estabelecida para os mercados que envolvem o abastecimento nacional de combustíveis, já possuía o desenho correspondente à figura 5.

Figura 4 - Pirâmide de Coerção da ANP



Fonte: o Autor

Ocorre que, nas palavras de Braithwaite,

“A ideia da pirâmide de incentivos e sanções é o coração desse projeto. Parceria com aqueles que alguém deseja regular é possível no processo de desenho das pirâmides regulatórias. O paradoxo da regulação responsiva é que, por ter a capacidade de progredir a um alto nível coercitivo, algumas regulações podem se traduzir em uma construção de capacidade colaborativa. A maior parte da atuação pode incidir em uma pirâmide baseada em forças. Uma pirâmide de incentivos à conformidade e ao progresso contínuo.” (2011, p.475)

De fato, a MRC tem sido considerada ao lado do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como uma espécie de acordo substitutivo, não se podendo dizer que a ANP tenha criado uma nova sanção alterando a pirâmide de coerção legalmente estabelecida.

Em estudo específico, ARAGÃO (2014) defende que a MRC teria a natureza jurídica de exclusão consensual de punibilidade, sob a ótica de que o instituto guarda características tanto de ato regulatório consensual quanto de extinção de punibilidade. No referido estudo, ARAGÃO combate a ideia que as MRCs tenham natureza similar à advertência, logo afastando essa hipótese, tendo em vista que seriam celebradas antes da instauração do processo administrativo.

Em um primeiro momento, Aragão (2014) classifica a MRC como causa de extinção de punibilidade, aplicando o instituto típico do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionatório, com fulcro na proximidade axiológica de ambos, pontificando que

“ainda quando a extinção da punibilidade não decorra naturalmente das circunstâncias do processo punitivo, é legítimo ao Poder Público estabelecer novas causas “não naturais” para essa extinção, com base em um juízo de conveniência política, tendo sempre em vista os princípios constitucionais informadores de sua atuação.” (p.213)

Posteriormente, acompanhado por prestigiada doutrina e jurisprudência, Aragão defende se tratar a MRC de ato regulatório consensual válido, ponderando que

“a concepção tradicional da irrenunciabilidade dos poderes da Administração Pública deve ser matizada com os Princípios da Eficiência e da Proporcionalidade. A mera previsão legal da possibilidade de a Administração atuar coercitivamente não impede que, deixando de agir impositivamente, adote medidas em comum acordo com os sujeitos envolvidos, desde que, naturalmente, os valores em jogo sejam atendidos pelo menos com o mesmo grau de satisfação com o que o seriam de forma coercitiva” (2014, p.215).

Finalmente, o citado estudo destaca a outorga feita pela Lei da Ação Civil Pública de uma competência geral às Agências Reguladoras para transigirem na defesa de interesses difusos, pelo que caberia à ANP firmar, caso a caso, Termos de Ajustamento de Conduta. O fato de a ANP estabelecer normativamente os casos em que tal transação deva ocorrer não retira da MRC seu caráter transacional, mas privilegia a isonomia entre os agentes econômicos do setor *“proporcionando maior segurança jurídica e igualdade, já que sua vontade de celebrar ou não acordos*

excludentes de punibilidade não ficará variando de caso a caso.” (ARAGÃO, 2014, p.219).

Além disso, as medidas reparadoras adotadas pelos agentes regulados não são computadas nem consideradas para efeito de reincidência em processos sancionatórios eventualmente instaurados posteriormente em razão de outras ações de fiscalização. Isto porque a adoção das medidas reparadoras não configura sanção administrativa, até porque não é objeto de ampla defesa nem contraditório.

Assim, verificado que a MRC não tem natureza jurídica de sanção, é possível afirmar que a pirâmide de sanções permaneceu inalterada, não tendo havido portanto a construção participativa da pirâmide de coerção, tido como coração da regulação responsiva. A instituição da MRC apenas criou, no rito de fiscalização, uma oportunidade de adequação do agente regulado à legislação, atingindo o objetivo regulatório e poupando a ANP dos custos decorrentes do litígio natural que envolve a lavratura de um auto de infração.

Tal circunstância, no entanto, não implica em que não haja regulação responsiva nas ações que envolvem as medidas reparadoras de conduta.

Como dito anteriormente, a regulação responsiva não é um modelo pronto de ação, mas uma abordagem baseada em princípios de ação que levam aos resultados por ela pretendidos.

Na forma como traduzidos pela OCDE, é possível concluir pelo atendimento de seus princípios, principalmente, considerando-se a advertência sobre as especificidades dos sistemas legais, como é o presente caso.

Conforme visto, a MRC foi criada considerando-se

“a conveniência de padronizar e dotar de maior razoabilidade o processo de penalização de irregularidades de menor gravidade, preservados os direitos do consumidor” e “que o direcionamento do esforço de fiscalização do abastecimento para infrações de maior

gravidade implica melhores resultados para o mercado e para o consumidor” (BRASIL; AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, 2011c).

Na prática, ficou explícita a adoção da estratégia de fiscalização do TFT para obtenção da cooperação do agente regulado quando se percebe que as infrações de menor gravidade eram também de baixíssimo custo regulatório para o agente econômico, pois todas se referiam ao simples fornecimento de informações mediante a colocação de placas e adesivos, cujo descumprimento traria pouca ou nenhuma vantagem ao agente regulado, mas que resultaria em sanções em que os valores mínimos previstos na legislação poderiam representar algo próximo a uma centena de vezes o custo necessário ao cumprimento da legislação.

Por tal motivo, a instituição da MRC realmente possibilitou um tratamento mais proporcional ao cometimento das irregularidades de menor gravidade considerando a impossibilidade de alteração das penas estabelecidas em Lei. Este tratamento mais isonômico labora no sentido do diálogo com aqueles agentes econômicos tendentes à cooperação, minando a subcultura de resistência à regulamentação.

À primeira vista, essa característica da MRC estaria contrariando a ideia de BRAITHWAITE no sentido de que

“O uso estratégico da pirâmide exige que o regulador resista a categorizar os problemas em questões menores que devem ser tratadas na base da pirâmide, as mais graves que devem estar no meio e as mais notórias para o pico da pirâmide. Mesmo com os assuntos mais sérios - desrespeitando as obrigações legais de operar uma usina nuclear que arrisca milhares de vidas, por exemplo -, ficamos com a presunção de que é melhor começar com o diálogo na base da pirâmide. Uma presunção significa que, por mais sério que seja o problema, nossa resposta normal é tentar dialogar primeiro para lidar com isso, apenas para anular a presunção se houver razões convincentes para fazê-lo.” (2011, p.483)

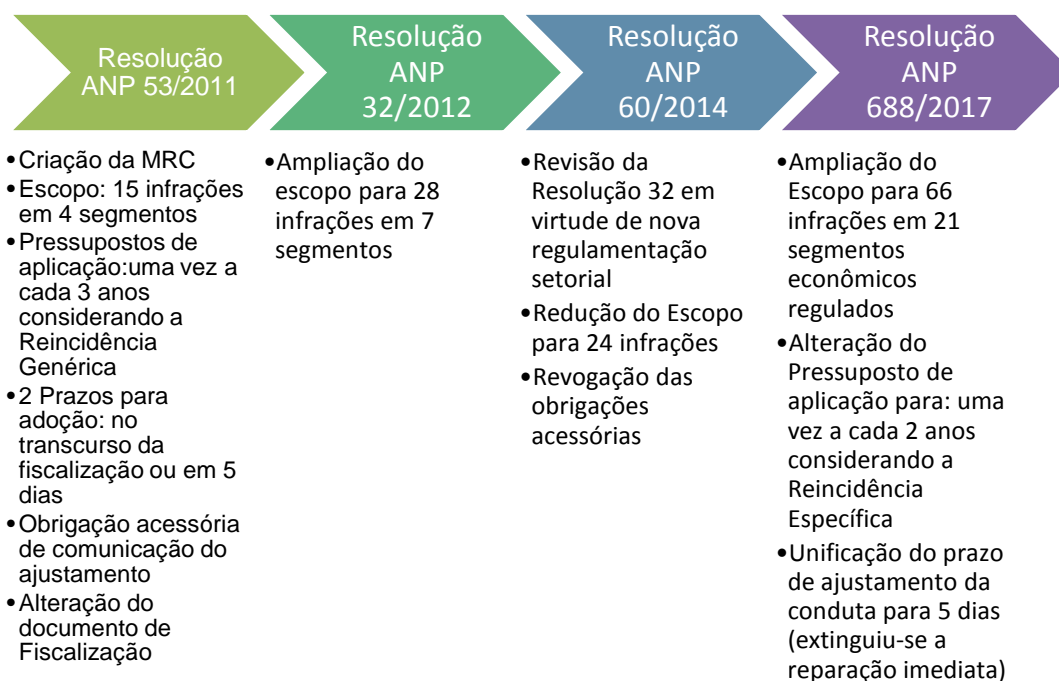
No entanto, é preciso considerar que a outorga de poderes feita à ANP pelo Poder Legislativo resultou em uma pirâmide regulatória em que a margem discricionária deixada ao regulador está entre o valor mínimo e máximo atribuído a cada infração.

Além disso, o espaço que a MRC abre para o direcionamento do esforço da fiscalização também é um fator que contribui para uma regulação responsiva, da forma como recomendada pela OCDE, na medida em que permite à SFI fiscalizar com mais frequência e atenção às irregularidades mais graves. Nesse mesmo compasso, a concentração de processos tratando de irregularidades mais graves deve proporcionar uma maior celeridade e qualidade na imposição das sanções, melhorando o tempo de resposta aos agentes daninhos ao mercado.

É preciso considerar ainda que, devido à evolução no julgamento dos processos administrativos sancionatórios da SFI, que resultou em um aumento extraordinário na arrecadação de multas e na aplicação de sanções não pecuniárias de maior gravidade, a busca de uma maior proporcionalidade na regulação se tornou ainda mais necessária ao combate da resistência ao cumprimento da lei.

Também é possível analisar a responsividade da estratégia de fiscalização com a MRC nas alterações que esse instituto sofreu ao longo do tempo, conforme Gráfico 2.

Gráfico 3 - Linha do Tempo da MRC



Fonte: o Autor

A primeira alteração significativa que demonstra essa responsividade foi aquela efetuada pela Resolução 60/2014, pela qual foi simplificado o procedimento de adoção da MRC com a revogação dos arts. 6º e 7º que impunham obrigação acessória ao agente econômico e a consequência de seu descumprimento (BRASIL; AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, 2016).

Tal obrigação foi extinta tendo em vista o efeito burocrático que resultava em ônus para a SFI, tanto no âmbito da fiscalização quanto no do processo sancionador e, muitas vezes, também para o agente regulado, anulando as vantagens que justificavam a aplicação da medida reparadora.

Isso porque a obrigação acessória era constituída mediante a lavratura de notificação, cujo descumprimento, conforme Art. 3, inciso XVI, da Lei 9.847/1999, inclusive com respeito ao prazo estipulado, caracterizaria a infração ali prevista de deixar de cumprir notificação. Assim, eventuais atrasos ou equívocos no encaminhamento das declarações acabavam por gerar processos administrativos pela falha na obrigação acessória ainda que a obrigação principal houvesse sido cumprida.

Desse modo, a opção pela revogação dos artigos que geravam a obrigação acessória foi uma medida tomada no sentido de evitar esse efeito contrário, mormente quando se percebe que tais falhas não decorrem de escolhas racionais dos agentes econômicos. Ainda que os processos administrativos gerados fossem julgados insubsistentes na análise caso a caso ante as justificativas apresentadas em defesa, o fato é que o ônus à fiscalização e ao setor de julgamento já haviam se concretizado em detrimento do objetivo público final, que era o ajuste da conduta do agente econômico para proteção dos direitos do consumidor.

Outra modificação importante nesse sentido ocorreu com a publicação da Resolução ANP nº 688/2017, que alterou a condição de aplicabilidade da MRC com relação ao prazo e ao tipo de reincidência.

Na redação anterior, a MRC não poderia ser aplicada caso o agente econômico já houvesse recebido aquele benefício dentro dos últimos três anos, ainda que a irregularidade anterior fosse relativa a outro dispositivo normativo.

Após a alteração, a proibição passou a exigir que a concessão anterior da MRC fosse relativa ao mesmo dispositivo normativo da irregularidade atual que houvesse sido concedida dentro do prazo de apenas 2 anos, atribuindo um caráter mais educativo à estratégia de fiscalização, conforme Art. 16 do Anexo I do Decreto nº 2.455, de 14.1.1998.

Estas alterações também revelam a responsividade na estratégia de fiscalização, demonstrando o compromisso da SFI com a consecução dos objetivos regulatórios.

5 Conclusão

Conforme explicitado inicialmente, este estudo teve a finalidade de verificar contribuição da MRC como instrumento da regulação responsiva no Setor de Abastecimento de Combustíveis pela Superintendência de Fiscalização da ANP.

Para tanto foi necessário reconhecer que a regulação responsiva é uma estratégia de governança de mercado baseada na cooperação entre órgão regulador e agente regulado no estabelecimento de metas e incentivos (sancionatórios e premiais), cujo controle de falhas governamentais é feito com inclusão da comunidade abrangida no debate regulatório e na fiscalização dos resultados, sob a premissa de que os resultados são obtidos de forma mais eficiente com a cooperação do agente econômico do que com o confronto e de que a participação comunitária auxilia no controle da captura e da corrupção.

Nesse sentido, foram considerados os princípios heurísticos formulados por BRAITHWAITE para a prática da regulação responsiva e que envolvem: a consideração ao contexto na definição da estratégia regulatória; a recorrência ao diálogo democrático; a abordagem com justiça; o incentivo à excelência; a preferência pela via educativa; a inexorabilidade da punição quando necessário; a construção de uma governança piramidal; a responsabilização ativa e passiva dos regulados; e o aprendizado com os resultados obtidos.

Também foram consideradas as recomendações feitas pela OCDE para boas práticas de políticas regulatórias na área de fiscalização regulatória e inspeções que podem ser resumidas pela seletividade, proporcionalidade e responsividade na estratégia de fiscalização em relação aos riscos envolvidos.

O estudo se deu pelo exame das características relevantes da MRC, desde a sua criação até sua última versão, que influenciaram a estratégia de fiscalização da SFI ante a ideia de regulação responsiva.

Verificou-se que a Medida Reparadora de Conduta atua na criação de um tratamento mais proporcional por parte da ANP em face de determinadas irregularidades classificadas como de menor potencial ofensivo proporcionando um tratamento mais justo aos agentes regulados.

Este ponto se mostrou especialmente relevante se considerado que, no período anterior à criação da MRC, o mercado de abastecimento de combustíveis havia sofrido o impacto resultante da eliminação do passivo de processos sancionatórios e do início da aplicação de critérios de agravamento das sanções administrativas. Além do aumento da efetividade de aplicação das penas, estas ainda passavam a ser devidamente exacerbadas. Naquele momento, o mercado passou a ter uma melhor percepção da pirâmide de sanções já existente, mas que não havia sido utilizada em grande parte de sua extensão.

Assim, a maior proporcionalidade em face das irregularidades de menor potencial ofensivo tornou-se ainda mais necessária para uma abordagem mais justa que combatesse a subcultura de resistência ao cumprimento das normas sob o argumento da iniquidade do órgão regulador.

A MRC também contribui para a regulação responsiva ao prestigiar uma abordagem mais educativa por parte dos agentes de fiscalização que passaram a ter a oportunidade de fornecer orientação no momento da inspeção, em cumprimento ao que já preconizava o Decreto 2.455/1998. Embora o diálogo a que se refere a teoria responsiva seja muito mais amplo do que aquele possível em um ambiente de fiscalização, verifica-se neste ponto também a contribuição da MRC, pois, certamente, a oportunidade de orientação também poderá ser utilizada como oportunidade de escuta.

Constatou-se ainda que a MRC sofreu diversas modificações ao longo do tempo, em razão do aprendizado adquirido com as respostas obtidas do mercado, revelando o compromisso da SFI pela busca da efetividade daquela ferramenta. Nesse sentido, além do constante aprendizado com os resultados, verificou-se o firme propósito da SFI na solução do problema regulatório.

Observou-se ainda que, pela aplicação de medidas reparadoras de conduta, é possível extrair-se informações importantes sobre os agentes econômicos que compõe o abastecimento nacional de combustíveis e que podem conduzir a fiscalização a operar com maior seletividade, eficiência e eficácia e, assim, obter melhores resultados regulatórios.

Finalmente, é possível dizer que a MRC tanto melhor pode ser aproveitada para a regulação responsiva quanto maior for o entendimento dos agentes reguladores envolvidos em sua aplicação sobre a contribuição que esse instituto pode prestar para aquela estratégia regulatória.

Nesse sentido, espera-se que as reflexões deste trabalho, de alguma forma, colaborem para uma melhor compreensão da Medida Reparadora de Conduta, seu propósito, suas limitações e seu potencial no desenvolvimento de uma estratégia de fiscalização que melhor contribua para a consecução dos objetivos regulatórios da ANP para o abastecimento nacional de combustíveis.

Referências

ANDRADE, Natália Resende. **Regulação Responsiva no Setor de Águas: Propostas de Aperfeiçoamento do Desenho Regulatório Responsivo Brasileiro**. Revista de Direito Setorial e Regulatório, v. 4, n. 2, p. 41–60, 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos De. **Consideracoes sobre as Medidas Reparadoras de Conduta criadas pela ANP_Aragao**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, v. 13, n. outubro de 2014, p. 209–232, 2014.

AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984.

AYRES, Ian e BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. New York: Oxford University Press, 1992.

BRAITHWAITE, John. **The essence of responsive regulation**. University of British Columbia Law Review, v. 44, n. 3, p. 475 y ss., 2011. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/281594929>>.

BRASIL; AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, Gás Natural e Biocombustíveis. **Fiscalização do Abastecimento em Notícias - Balanço Anual 2012**. Balanço Anual. [S.l: s.n.], 2013. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/publicacoes/boletins-anp/2396-boletim-fiscalizacao-do-abastecimento-em-noticias>>.

_____; _____. **Fiscalização do Abastecimento em Notícias nº 1**. [S.l: s.n.], 2012a. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/publicacoes/boletins-anp/2396-boletim-fiscalizacao-do-abastecimento-em-noticias>>.

_____; _____. **Nota Técnica nº 230/SFI 2011.** . [S.l: s.n.], 2011a. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/images/Consultas_publicas/Concluidas/2011/n20/Nota_Tecnica_no.230SFI.pdf>. Acesso em: 5 mar 2019.

_____; _____. **PORTARIA ANP Nº 69, de 6.4.2011.** , 2011 b. Disponível em: <<http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=anp:10.1048/enu>>. Acesso em: 10 abr 2019.

_____; _____. **RESOLUÇÃO ANP n. 60, de 29.10.2014.** , 2016, p. 30–32. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/wwwanp/publicacoes/anuario-estatistico/2441-anuario-estatistico-2016#Seção 4 ç Biocombustíveis>>.

_____; _____. **RESOLUÇÃO ANP Nº 032, 15.10.2012.** , 2012 b.

_____; _____. **RESOLUÇÃO ANP Nº 53, DE 7.10.2011.** , 2011 c. Disponível em: <<http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=anp:10.1048/enu>>. Acesso em: 11 mar 2019.

_____; _____. **RESOLUÇÃO ANP Nº 688, de 5.7.2017.** , 2017.

BRASIL. **Constituição (1988). Constitution of the Federative Republic of Brazil (Constituição da República Federativa do Brasil).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. **DECRETO Nº 2.455, DE 14.1.1998.** Implanta a Agência Nacional do Petróleo - ANP, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências, 1998. Disponível em: <<http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=anp:10.1048/enu>>. Acesso em: 27 mar 2019.

_____. **LEI Nº 9.478, DE 6 DE AGOSTO DE 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências., 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm>.

_____. **LEI Nº 9.847, DE 26 DE OUTUBRO DE 1999.** Dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelece sanções administrativas e dá outras providências., 1999.

DA CUNHA, Marcelo Barros. **Responsividade do sistema sancionatório da radiodifusão Brasileira.** Revista de Direito, Estado e Telecomunicacoes, v. 8, n. 1, p. 61–80, 2016.

IVEC, Mary e BRAITHWAITE, Valerie. **Applications of Responsive Regulatory Theory in Australia and Overseas: Update.** SSRN. [S.l.: s.n.], 2015.

OECD. **Regulatory enforcement and inspections.** [S.l.]: OECD, 2014. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-enforcement-and-inspections_9789264208117-en>. Acesso em: 9 abr 2019. (OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy).

SCHOLZ, John T. **Cooperation, Deterrence, and the Ecology of Regulatory Enforcement.** Law & Society Review, v. 18, n. 2, p. 179, 18 Jun 1984a.

_____. **VOLUNTARY COMPLIANCE AND REGULATORY ENFORCEMENT.** Law & Policy, v. 6, n. 4, p. 385–404, 1984b.

SPOLIDORIO, Paulo Celso Maistro. **A Alocação Negociada de Água como Estratégia de Regulação Responsiva.** Revista de Direito Regulatório, v. 3, n. 1, p. 183–198, 2017.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia Intermédia: Uma Abordagem Moderna.** 9ª ed. [S.l.]: Elsevier, 2015.

VIEIRA, Vânia Lúcia Ribeiro. **A atuação do COAF na prevenção à lavagem de dinheiro à luz da Teoria da Regulação Responsiva.** Revista de Direito Setorial Regulatório, v. 4, n. 1, p. 263–288, 2018.