

NOTA TÉCNICA Nº 5/2020/SFI-CPER/SFI/ANP-RJ

**Assunto: Proposta de resolução referente à revisão do conceito de segunda reincidência da Resolução ANP nº 8/2012 e aspectos referentes às penalidades.**

## 1. INTRODUÇÃO

A Resolução ANP nº 8, publicada em 22 de fevereiro de 2012, estabeleceu o critério temporal para o agravamento de pena de multa em razão da existência de antecedentes, conforme artigo 4º da Lei nº 9.847/1999, e para aplicação das penas de suspensão e de revogação decorrentes da constatação da reincidência e da segunda reincidência, previstas nos artigos 8º, 9º e 10 da referida Lei.

No fim do ano de 2014, foi publicada a Resolução ANP nº 64, que atualizou alguns critérios estabelecidos na Resolução ANP nº 8/2012, além de ter criado a possibilidade de exclusão da condenação para fins de reincidência, com conseqüente afastamento da execução das penas de suspensão e de revogação, desde que houvesse pagamento da correspondente pena pecuniária até a data estipulada.

Em abril de 2019, foi publicada a Resolução ANP nº 780, de vigência temporária, prevendo mais uma vez a possibilidade de afastamento de condenações para fins de reincidência mediante o pagamento das penas de multa já impostas até a data estipulada e, quanto aos processos em andamento sem decisão proferida, desde que paga a multa sem interposição do recurso administrativo, nos termos do artigo 4º, §3º, da Lei nº 9.847/1999.

A avaliação constante do mercado regulado é pressuposto básico para a atuação eficiente da ANP, que tem orientado suas atividades para a simplificação administrativa e dos procedimentos regulatórios. O objetivo a ser alcançado é a desburocratização, reduzindo empecilhos e entraves ao adequado desenvolvimento das atividades reguladas.

Tal propósito foi reforçado por leis mais recentes, especialmente a de nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro instituindo disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, a Lei nº 13.848/2019 das agências reguladoras e a Lei nº 13.874/2019 da liberdade econômica.

Passados mais de oito anos desde a publicação da Resolução ANP nº 8/2012 e tendo em conta a verificação de que a aplicação de algumas regras tem trazido prejuízos maiores que os benefícios gerados, é pertinente avaliar alguns ajustes ao regramento vigente, como se passa a expor.

## 2. CARACTERIZAÇÃO DE SEGUNDA REINCIDÊNCIA

A Lei nº 9.847/99, em seu artigo 8º, prevê a possibilidade da aplicação da pena de suspensão do funcionamento de estabelecimento nos casos de segunda reincidência de infrações:

Art. 8º A pena de suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação, será aplicada:

(...).

II - no caso de segunda reincidência.

§1º Verifica-se a reincidência quando o infrator pratica uma infração depois da decisão administrativa definitiva que o tenha apenado por qualquer infração prevista nesta Lei.

O §1º acima transcrito define a reincidência em infração administrativa: é preciso que, após condenação administrativa definitiva, o agente cometa uma nova infração.

Como a suspensão das atividades é uma medida grave e que pode gerar danos imediatos, já que a paralisação, ainda que temporária, afeta a fonte de recursos da pessoa jurídica e a sua credibilidade perante os consumidores, a Lei exige que haja “segunda reincidência” para que seja aplicada a pena de suspensão das atividades.

Embora a Lei nº 9.847/1999 não contemple o significado da expressão “segunda reincidência”, por ter estabelecido como sua conseqüência a grave pena de suspensão temporária das atividades, depreende-se que tal imposição justifica-se por não ter sido a penalização anterior sofrida pelo agente econômico (multa) suficiente para conformar sua atividade às normas por mais de uma vez.

A “segunda reincidência” é, portanto, mais reprovável que a reincidência, conforme interpretação finalística da Lei.

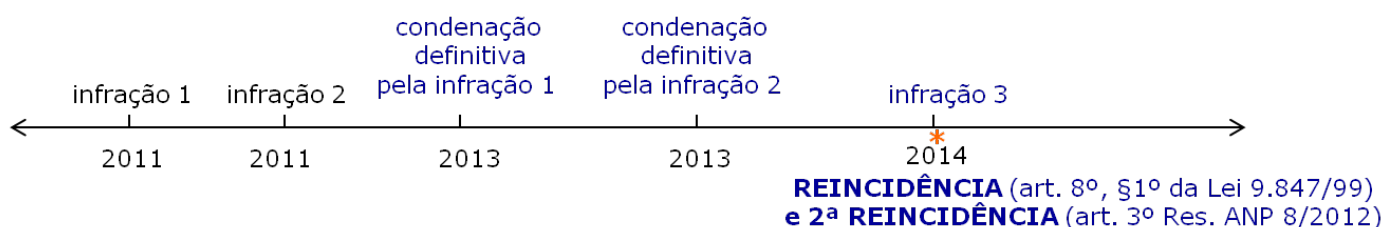
O artigo 3º da Resolução ANP nº 8/2012, por sua vez, conceituou a “segunda reincidência” nos seguintes termos:

Art. 3º. A segunda reincidência será caracterizada quando a nova conduta infracional for precedida de duas condenações definitivas, que não tenham sido desconsideradas nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 2º desta Resolução.

Com base na disposição transcrita, a aplicação da penalidade de suspensão das atividades é considerada possível desde que o agente econômico, já condenado em definitivo por duas vezes, pratique uma terceira infração. Neste caso, haveria a segunda reincidência<sup>1</sup>.

Assim, no julgamento dos autos de infração, é indiferente a data da prática da segunda infração. Se praticadas duas infrações, uma logo após a outra, sendo a condenação definitiva por ambas em datas próximas e, após, for praticada uma terceira infração, considera-se já caracterizada a “segunda reincidência”, permitindo-se a aplicação da pena de suspensão.

Com isso, é possível que seja logo caracterizada a “segunda reincidência”, sem que antes tenha sido caracterizada a reincidência, ou seja, é possível que a reincidência e a “segunda reincidência” ocorram no mesmo momento, como evidenciado no exemplo:



Ocorre que, penalizar o agente econômico por ser reincidente pela segunda vez quando, na verdade, é a primeira vez que pratica uma infração após ter contra si definitivamente julgada a condenação por infração às normas do abastecimento nacional de combustíveis, além de ilógico, não atende ao propósito legal de repreender com maior severidade aquele que, já reincidente, não conformou a sua conduta ao regramento do mercado regulado.

Desde o primeiro ano da vigência da Resolução ANP nº 8/2012, com base no artigo 3º, tem sido expressivo o número das penalidades de suspensão da atividade aplicadas nas decisões de primeira instância. Do ano de 2013 ao de 2019 foram aplicadas no total 1.273 penas de suspensão temporária das atividades conforme Tabela 1.

Tabela 1 – Perfil das aplicações das penalidades por ano e porte das empresas.

Ano da Decisão	Porte da Empresa		Total Geral
	Grande	Pequeno	
2013	127	61	188
2014	78	33	111
2015	66	39	105
2016	135	71	206
2017	153	97	250
2018	191	94	285
2019	85	43	128
<b>Total Geral</b>	<b>835</b>	<b>438</b>	<b>1.273</b>

Dentre os agentes econômicos que sofreram a incidência da penalidade de suspensão, observa-se que uma parcela considerável é formada por empresas de menor porte que, por normalmente possuírem uma estrutura mais simples para a realização de suas atividades, estão mais sujeitas a condutas irregulares de menor gravidade, decorrentes de falhas cometidas por desconhecimento ou inexperiência, e acabam sofrendo a pena de suspensão por conta da disposição vigente sobre a segunda reincidência, prejudicando a continuidade da atividade, a maior concorrência no setor e o abastecimento de combustíveis, cuja garantia de suprimento é uma das finalidades legais da ANP, conforme artigo 8º, I da Lei nº 9.478/99.

Os agentes de menor porte econômico têm em geral menos condições de acesso ao Poder Judiciário, já que, além da imprescindível contratação de um advogado para este tipo de demanda, precisam arcar com as custas correspondentes aos processos judiciais.

Além disso, a aplicação da penalidade de suspensão para os agentes de grande porte, com participação individual relevante no mercado regulado, pode ensejar o desabastecimento de combustível em determinadas localidades e, assim, muitas vezes não é executada pela ANP para evitar prejuízo a terceiros, o que não ocorre com os agentes menores.

Adicionalmente, as penas de suspensão e de revogação previstas na Lei nº 9.847/1999 não são aplicadas pela ANP aos agentes econômicos que realizam as atividades de *upstream*.

Há, portanto, uma distorção na aplicação da norma atual, pois os agentes de menor poder econômico são os mais rigorosamente punidos pela ANP.

Conforme os Princípios Orientadores para Qualidade e Performance Regulatória [2] desenvolvidos pela Organização para Desenvolvimento e Cooperação Econômica (OCDE), a regulação deve ter base legal e empírica e, tendo em conta os efeitos econômicos e sociais gerados, produzir benefícios que justifiquem os custos. A boa regulação deve também minimizar distorções de mercado e assegurar que os procedimentos administrativos para aplicação da regulação sejam transparentes e não discriminatórios (princípios 1 e 3).

Diante de tais diretrizes e dos fatos narrados, justifica-se um aprimoramento da norma em vigor.

Adicionalmente, observamos que, para aqueles agentes econômicos que tiveram contra si uma decisão definitiva impondo a pena de suspensão temporária das atividades (também é o caso da pena de revogação), não há qualquer estímulo ao pagamento da pena de multa cumulativamente imposta, pois, independentemente do adimplemento desta, aquela será aplicada.

Com isso, não identificamos qualquer evidência que sustente ser o conceito atual de segunda reincidência um instrumento apto para evitar a contumácia dos infratores.

Por outro lado, verificamos que têm servido para penalizar mais gravemente e, por vezes, decretar o fim da fonte produtiva de pequenos empresários, muitos já em situação de fragilidade econômica, o que tende a se agravar considerando as dificuldades que os agentes econômicos do setor tem enfrentado por conta da redução do consumo de combustíveis gerado pela pandemia de COVID-19.

Em suma, o problema regulatório identificado em relação à aplicação das disposições da Resolução ANP nº 8/2012 em vigor é o excesso de rigor na punição de agentes econômicos de menor porte, o que tem o potencial de promover maior concentração no mercado regulado.

Neste contexto, a minuta de Resolução, no artigo 2º, II, propõe um novo conceito de segunda reincidência em relação ao previsto atualmente pela Resolução ANP nº 8/2012, de modo que esta somente se verificará quando uma nova infração é praticada após já ter sido constatada a reincidência.

Quanto ao conceito de reincidência, uma vez que está contemplado claramente no artigo 8º, §1º, da Lei nº 9.847/1999, não havendo o que inovar a esse respeito, a minuta de Resolução apenas o repete no artigo 2º, I.

A proposta de redação para o artigo 2º é então:

**Art. 2º** Para o fim de aplicação das disposições da Lei nº 9.847/99, define-se:

I - Reincidência: infração praticada depois de decisão administrativa definitiva que tenha apenado o agente econômico por qualquer infração prevista na Lei nº 9.847/1999.

II - Segunda reincidência: infração praticada depois de condenação definitiva por infração que tenha caracterizado a reincidência.

Com a modificação sugerida, a segunda reincidência somente poderá ser verificada após a ocorrência da reincidência, como no exemplo:



A redação proposta é compatível com a maior reprovabilidade da conduta do agente econômico que reincide em infração administrativa pela segunda vez, justificando a resposta mais rigorosa correspondente à imposição da pena de suspensão temporária do exercício da atividade.

### 3. LIMITAÇÃO TEMPORAL PARA A CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA

O artigo 2º, §1º, da Resolução ANP nº 8/2012 estabelecia em sua redação original:

Art. 2º Para efeitos de reincidência, não serão consideradas condenações anteriores se entre as datas de trânsito em julgado das decisões de condenação e do cometimento da infração em julgamento tiver decorrido período de tempo igual ou superior a dois anos.

Com a condenação definitiva por parte da ANP (“trânsito em julgado administrativo”), iniciava-se o período depurador de dois anos após o qual a condenação não poderia mais ser considerada para fins de reincidência.

Em 8 de dezembro de 2014, entrou em vigor a Resolução ANP nº 64, que modificou o artigo 2º da Resolução nº 8/2012 estabelecendo regra mais gravosa para os agentes econômicos, hoje vigente:

Art. 2º Verifica-se a reincidência quando o estabelecimento/instalação infrator(a) pratica nova infração prevista na Lei nº 9.847/1999, depois de definitivamente condenado administrativamente.

§1º Para efeitos de reincidência, não serão consideradas condenações anteriores se entre a data do cumprimento integral da pena pecuniária ou sua extinção e do cometimento da infração em julgamento tiver decorrido período de tempo igual ou superior a dois anos.

Atualmente, portanto, caso o agente econômico não pague a pena de multa ou essa pena não seja extinta, por exemplo, pela prescrição, não há qualquer limitação temporal para que a condenação administrativa definitiva conste no seu cadastro para o fim de consideração da reincidência.

É comum na atividade empresarial que as pessoas jurídicas passem por mudanças de administração e de controle social e acionário. Fazer com que um erro do passado seja eternamente reconhecido para justificar a imposição de pena mais grave em eventual infração cometida futuramente não se coaduna com o sistema jurídico vigente, em especial com a proporcionalidade da pena.

Originário do direito alemão e previsto implicitamente na Constituição de 1988, o princípio da proporcionalidade é uma forma de controle da Administração Pública e possui perfil objetivo, material, visando o balanceamento de valores (justiça, segurança, liberdade e etc.) [3] quanto à aplicação das normas às situações concretas por parte dos administradores.

A Lei 9.784/1999, que trata do processo administrativo federal, estabelece no artigo 2º que a Administração Pública obedecerá ao princípio da proporcionalidade. Especificamente acerca do processo administrativo sancionador, prevê o referido artigo 2º, parágrafo único, VI, que é vedada a imposição de sanções “em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” e, no inciso XIII, a interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige.

Para que seja realizada a análise quanto à proporcionalidade de determinado ato administrativo, foram estabelecidos alguns critérios como guia: 1º) adequação da medida para atingir o resultado pretendido – o meio empregado pela Administração deve ser compatível com o fim pretendido; 2º) necessidade da medida – não há outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível aos indivíduos; 3º) proporcionalidade em sentido estrito – corresponde à verificação de que os inconvenientes da medida justificam o resultado a ser alcançado, as vantagens a serem alcançadas superam as desvantagens.

Os critérios da proporcionalidade foram ainda reforçados mediante previsão em leis mais recentes.

A Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), previu a observância “das consequências práticas da decisão” por parte do julgador sempre que se valer de conceitos jurídicos abstratos na fundamentação e determinou que conste na motivação a “necessidade e a adequação da medida imposta” (artigo 20, parágrafo único).

Como esclarece Marçal Justen Filho:

A proporcionalidade-adequação consiste na aptidão da decisão adotada para atingimento de um fim buscado. Portanto, a ausência de estimativa quanto aos efeitos práticos de uma decisão significa infringir a proporcionalidade-adequação. Afinal, a ausência de projeção quanto aos efeitos práticos da decisão impede a avaliação quanto à aptidão dessa decisão produzir os efeitos pretendidos.

Como toda e qualquer decisão da autoridade estatal deve ser compatível com a proporcionalidade-adequação, isso significa que o art. 20 da LINDB apenas tornou inquestionável uma exigência que era implicitamente reconhecida como inafastável requisito de validade.[4]

Posteriormente, a Lei nº 13.848/2019 (lei das agências reguladoras), no artigo 4º, vedou a imposição de sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

Já a Lei nº 13.874/2019 (lei da liberdade econômica), que tem como princípios norteadores a presunção de boa-fé do particular e a intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas (artigo 2º, II e III) prevê como direito da pessoa jurídica, essencial para o desenvolvimento e o crescimento econômico do País, produzir, empregar e gerar renda, assegurada a liberdade para desenvolver atividade econômica (artigo 3º, II).

A inexistência de qualquer limitação de tempo para o reconhecimento de uma infração cometida no passado, cuja pena de multa não tenha sido paga, para fins de reincidência não atende ao princípio da proporcionalidade quanto ao teste da adequação.

Isto porque, impor hoje as graves penas restritivas de direitos (suspensão e revogação) por efeito de infrações cometidas há muitos anos atrás, muitas vezes cometidas quando sob outra administração a pessoa jurídica, paralisando temporária ou definitivamente sua atividade, não atende ao interesse público de regular funcionamento do mercado.

Ademais, muitos agentes punidos não quitam o débito da multa por absoluta impossibilidade econômica e, assim, de forma ainda mais evidente nessas situações, o meio (impor as penalidades mais graves de suspensão e revogação que atingem a fonte de recursos da empresa) não serve ao fim pretendido (cumprimento das normas regulatórias e pagamento das multas) e, também nesse sentido, não é proporcional quanto ao aspecto da adequação.

A previsão de um limite de tempo para a consideração da infração para fins de reincidência coaduna-se, ainda, com o princípio da preservação da empresa que, previsto no artigo 47 da Lei nº 11.101/05 e amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência, garante a manutenção da fonte produtiva e evita que seja retirado do mercado um agente econômico desnecessariamente, em prejuízo da concorrência na atividade.

Também para o fim de orientação administrativa dos trabalhos de julgamento de processos, é pertinente o estabelecimento de um limite temporal, já que o acesso às informações mais remotas nos sistemas podem ser menos confiáveis, mais sujeitas a equívocos.

É importante destacar que a previsão da limitação de prazo (independentemente do pagamento da pena de multa) para o reconhecimento da reincidência e dos antecedentes não é inédita para a Administração Pública indireta, ao contrário, está contemplada na previsão normativa de diversas agências reguladoras instituídas em âmbito federal, como se observa no quadro que segue:

LIMITAÇÕES TEMPORAIS - RECONHECIMENTO DE REINCIDÊNCIA E ANTECEDENTES			
<b>ANS</b>			
<b>RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 124, DE 30 DE MARÇO DE 2006</b>			
	LIMITE	PERÍODO DEPURADOR	PREVISÃO EM LEI?
<b>REINCIDÊNCIA</b>	<b>1 OU 2 ANOS</b> , conforme natureza da infração (art. 17, § 1º e §2º)	Data do trânsito em julgado e a da prática da infração posterior (art. 17, § 1º).	<b>NÃO</b> (referência Lei nº 9.656/1998)
<b>ANTECEDENTES</b>	<b>NÃO TRATA</b>		
<b>ANATEL</b>			
<b>RESOLUÇÃO Nº 589, DE 7 DE MAIO DE 2012</b>			
	LIMITE	PERÍODO DEPURADOR	PREVISÃO EM LEI?
<b>REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA</b>	<b>5 ANOS</b> (art. 2º, VIII)	Data do trânsito em julgado do Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações até a data do cometimento da nova infração.	<b>NÃO</b> (referência Lei nº 9.472/1997)
<b>ANTECEDENTES</b>	<b>5 ANOS</b> (art. 2º, II)	Data do trânsito em julgado do Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações até a data do cometimento da nova infração.	
<b>ANEEL</b>			
<b>RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 846, DE 11 DE JUNHO DE 2019</b>			
	LIMITE	PERÍODO DEPURADOR	PREVISÃO EM LEI?
<b>REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA</b>	<b>2 ANOS</b> (art. 23, §1º, II)	Decisão condenatória definitiva e a prática da mesma infração.	<b>NÃO</b> (referência Lei nº 9.427/1996)
<b>ANTECEDENTES</b>	<b>4 ANOS</b> (art. 23, §1º, I)	Decisão condenatória definitiva e a lavratura do novo auto infração.	
<b>ANAC</b>			
<b>RESOLUÇÃO Nº 472, DE 6 DE JUNHO DE 2018</b>			
	LIMITE	PERÍODO DEPURADOR	PREVISÃO EM LEI?
<b>REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA</b>	<b>2 ANOS</b> (art. 36, §4º)	Decisão definitiva e cometimento de nova infração de natureza idêntica (art. 36, §4º).	<b>NÃO</b> (referência Lei nº 11.182/2005)
<b>ANTECEDENTES</b>	<b>NÃO TRATA</b>		
<b>ANA</b>			
<b>RESOLUÇÃO Nº 24, DE 04 DE MAIO DE 2020</b>			
	LIMITE	PERÍODO DEPURADOR	PREVISÃO EM LEI?
<b>REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA</b>	<b>3 ANOS</b> (art. 27)	Imposição de penalidade e a prática de infração da mesma natureza.	<b>NÃO</b> (referência Lei nº 9.433/1997)
<b>ANTECEDENTES</b>	<b>NÃO TRATA</b>		
<b>ANTT</b>			
<b>RESOLUÇÃO Nº 5.083 DE 27 DE ABRIL DE 2016</b>			
	LIMITE	PERÍODO DEPURADOR	PREVISÃO EM LEI?
<b>REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA</b>	<b>3 ANOS</b> (art. 67, §3º)	Cumprimento da punição estabelecida em decisão definitiva e a prática de nova infração que tiver o mesmo fato gerador.	<b>NÃO</b> (referência Lei nº 10.233/2001)
<b>ANTECEDENTES ESPECÍFICOS</b>	<b>3 ANOS</b> (art. 67, §1º, III)	Decisão definitiva e prática de nova infração que tiver o mesmo fato gerador.	
<b>ANTAQ</b>			
<b>RESOLUÇÃO Nº 3.259 DE 30 DE JANEIRO DE 2014</b>			
	LIMITE	PERÍODO DEPURADOR	PREVISÃO EM LEI?
<b>REINCIDÊNCIA</b>	<b>3 ANOS</b> (art. 52, §4º e §5º)	Decisão definitiva e a prática de nova infração.	<b>NÃO</b> (referência Lei nº 10.233/2001)
<b>ANTECEDENTES</b>	<b>NÃO TRATA</b> (contudo, a primariedade é considerada atenuante)		
<b>ANM</b>			
<b>DECRETO Nº 9.406 DE 12 DE JUNHO DE 2018</b>			
	LIMITE	PERÍODO DEPURADOR	PREVISÃO EM LEI?
<b>REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA</b>	<b>5 ANOS</b> (art. 53, §2º)	Não prevê o marco temporal.	<b>NÃO</b> (referência Lei nº 13.575/2017)
<b>ANTECEDENTES</b>	<b>NÃO TRATA</b>		

Como se pode perceber, além da ANP, apenas a ANTT exige como marco temporal inicial para a contagem do período depurador (aquele após o qual a infração não pode mais ser considerada para fins de reincidência) o cumprimento da pena imposta pela infração anterior e, mesmo assim, a ANTT só o prevê para a reincidência específica e há um limite temporal, pois o prazo no qual há produção de efeitos para agravamento da pena é de 3 anos.

Assim, se comparado às demais agências reguladoras, o critério adotado atualmente pela ANP revela-se muito rigoroso, especialmente considerando que há previsão legal de aplicação da grave pena de suspensão das atividades por parte da ANP em caso de segunda reincidência e, portanto, os efeitos dessa suplantam o aumento da



pena pecuniária.

Destaca-se no quadro acima que a grande maioria das agências só prevê maior rigor da aplicação da pena administrativa quando há reincidência específica, ou seja, quando o agente pratica a mesma infração administrativa, o que denota maior reprovabilidade da conduta. Também sob esse aspecto, a atual norma da ANP é mais rigorosa, já que permite a aplicação da grave pena de suspensão por segunda reincidência genérica, ou seja, pela prática de qualquer infração dentre as reprovadas pela Agência.

Note-se também que as agências reguladoras preveem prazos para a consideração de antecedentes e de reincidência em suas próprias resoluções, não sendo os marcos temporais estabelecidos em suas leis de regência.

Ao longo dos anos de aplicação das regras da Resolução ANP nº 8/2012, muitas pessoas jurídicas têm sido submetidas às graves penas de suspensão e de revogação em decorrência de condutas sem maior gravidade, inclusive porque, como mencionado, a reincidência que vialibiza a aplicação das referidas penas pode ser genérica, ou seja, não precisa ser em relação à mesma infração praticada no passado, mas por qualquer outra.

Com isso, anos atrás a SFI viu-se diante da necessidade de editar uma norma de vigência temporária abrindo uma janela de oportunidade para incentivar os agentes econômicos a quitar suas penas de multa em aberto e, assim, permitir que suas condenações anteriores fossem desconsideradas para fins de reincidência, afastando-se conseqüentemente a aplicação das penas de suspensão e de revogação. Com esse propósito, foi editada a Resolução ANP nº 64/2014.

Em razão do mesmo problema, no ano de 2019 foi publicada a Resolução ANP nº 780.

A necessidade de reedição de normas de vigência temporária é um indicativo de que o conteúdo da norma em vigor não está adequado ao fim a que se destina e que ajustes são imprescindíveis para que as penas sejam aplicadas em conformidade com a exigida proporcionalidade.

O artigo 1º-A da Lei nº 9.873/99 prevê que prescreve em 5 (cinco) anos a ação de execução da administração pública federal relativa a crédito não tributário constituído definitivamente em decorrência da aplicação de multa por infração à legislação em vigor.

Por sua vez, o Direito Penal que, por seu caráter fragmentário, contempla apenas a punição das lesões mais graves aos bens jurídicos prevê a desconsideração das infrações transitadas em julgado para fins de agravamento da pena por reincidência se, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos (artigo 64, I do Código Penal).

Tendo por referência temporal as referidas disposições legais, a minuta prevê o limite de 5 (cinco) anos desde a decisão administrativa condenatória definitiva até a prática da infração posterior para que aquela condenação seja considerada para fins de reincidência e, conseqüentemente, para que se justifique a imposição das penas de suspensão e de revogação.

Em comparação com as demais agências reguladoras pesquisadas, conforme o quadro acima apresentado, o prazo de 5 (cinco) anos proposto é o mais rigoroso.

Os infratores contumazes, que realmente desconsideram as normas regulatórias e não cumprem as penalidades pecuniárias impostas, dificilmente terão um período de 5 (cinco) anos entre uma condenação e a prática de outra infração, de modo que a proposta normativa em questão promoverá penas mais consetâneas com a proporcionalidade, sem que isso beneficie infratores.

A Resolução ANP nº 8/2012 prevê alguns incentivos à quitação das multas aplicadas, mediante a redução do tempo em que tais infrações ficam no cadastro do agente econômico para fins de reincidência e de antecedentes, o que é bom para a Administração Pública, pois recebe mais facilmente e sem mais custos burocráticos o recurso correspondente à pena de multa imposta, e também para o agente econômico que, ao assumir sua responsabilidade perante à Agência, reduz o período de tempo a que fica sujeito à imposição de penas restritivas de direito.

Neste sentido, compreende-se que é justificável manter o período depurador em 6 (seis) meses para os casos em que há pagamento integral da multa com renúncia expressa do direito de recorrer, nos termos do §3º do artigo 4º da Lei nº 9.847/99 (artigo 3º, I, da minuta), e em 2 (dois) anos para os casos em que há cumprimento da pena pecuniária pelo agente econômico após interposição do recurso administrativo (artigo 3º, II da minuta).

Nesses termos, o artigo 3º da minuta propõe:

**Art. 3º** Para efeito de reincidência, a condenação administrativa definitiva em face do agente econômico será desconsiderada quando:

I - Entre a data do pagamento integral da multa com renúncia expressa do direito de recorrer, nos termos do §3º do artigo 4º da Lei nº 9.847/99, e a infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a 6 (seis) meses;

II - Entre a data do pagamento integral da multa imposta em decisão definitiva e a infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a 2 (dois) anos;

III - Entre a data da decisão administrativa definitiva e a infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos;

**Parágrafo único** - Para os casos de parcelamento, o período de tempo previsto no inciso II terá como termo inicial a data da homologação do pedido de parcelamento do débito e a desconsideração só ocorrerá se o parcelamento não tiver sido suspenso.

Desse modo, após 5 (cinco) anos contados da condenação definitiva, considerando que o tempo enseja mudanças quanto à administração, condições econômicas, organizacionais e etc., a condenação deixa de ser considerada para fins de reincidência e de ensejar as penas de revogação ou de suspensão temporária da atividade, sendo certo que as multas eventualmente não pagas continuam plenamente exigíveis.

#### 4. ANTECEDENTES

A Lei 9.847/99 prevê para a aplicação das penas de suspensão e de revogação o conceito de “reincidência” e, para a aplicação da pena de multa, o conceito de “antecedentes”.

Mesmo sendo conceitos aplicados a penas diferentes no âmbito dos processos de fiscalização do abastecimento nacional de combustíveis, seu propósito é o mesmo: punir mais severamente os agentes que possuam condenações anteriores em seu histórico perante a Agência.

É então pertinente conferir tratamento equivalente para a reincidência e para os antecedentes no que se refere às hipóteses previstas para a desconsideração das infrações anteriores.

A adoção de critérios diferenciados feita atualmente pelos artigos 2º e 4º da Resolução ANP nº 8/2012 causou dificuldades de entendimento para os agentes econômicos que reiteradamente demandam explicações perante a Agência ou mesmo demonstram, por suas manifestações processuais, não ter compreendido corretamente o conteúdo das normas.

Além disso, quando do julgamento dos processos administrativos sancionadores, a adoção dos mesmos critérios evita equívocos por parte dos julgadores, que observarão as mesmas regras para a consideração de condenações definitivas anteriores para fins de reincidência e antecedentes para a aplicação das correspondentes penas, contribuindo para maior eficiência na administração pública.

Desse modo, o artigo 2º, III, da minuta conceitua os antecedentes e o artigo 4º estabelece que a condenação anterior será desconsiderada como antecedente nas mesmas hipóteses previstas para a desconsideração da reincidência. No parágrafo único do artigo 4º, mantém-se a previsão de que, uma vez considerada a infração para fins de reincidência, não o será para fins de antecedentes, nos seguintes termos:

**Art. 2º** Para o fim de aplicação das disposições da Lei nº 9.847/99, define-se:

(...).

III - Antecedente: decisão administrativa definitiva que tenha apenado o agente econômico por qualquer infração prevista na Lei nº 9.847/1999 anteriormente àquela que se está julgando.

(...).

**Art. 4º** Para o fim de gradação das penas de multa previstas na Lei nº 9.847/99, o antecedente será desconsiderado nas hipóteses previstas no artigo 3º desta Resolução ou se já tiver sido utilizado para a caracterização da reincidência ou da segunda reincidência.

#### 5. PENAS DE SUSPENSÃO E REVOGAÇÃO

O artigo 8º, §3º e §4º da Lei 9.847/99 prevê que a pena de suspensão será aplicada pelo prazo de 10 (dez) a 15 (quinze) dias pela primeira vez e que, depois, o será pelo prazo de 30 (trinta) dias.

Também tendo em consideração o princípio da proporcionalidade da pena e o reconhecimento de que o maior decurso do tempo entre uma infração e outra demonstram menor reprovabilidade da conduta, a fim de conferir um tratamento menos severo aos agentes que passam um longo período sem cometimento de nova infração, a minuta prevê no artigo 5º que, decorrendo intervalo de tempo superior a 2 (dois) anos entre a aplicação da suspensão e a do cometimento de outra infração, à segunda suspensão será novamente aplicado o prazo de 10 (dez) a 15 (quinze) dias.

Quanto à pena de revogação, a Lei 9.847/99 prevê no artigo 10, II que poderá ser aplicada ao agente econômico que já tenha sido punido com a suspensão do funcionamento. Seguindo a mesma lógica acima, a minuta também prevê (artigo 6º) que decorrido período de tempo superior a 2 (dois) anos desde a aplicação da suspensão por 30 (trinta) dias e a do cometimento de outra infração, não haverá a revogação, mas nova aplicação da pena de suspensão.

Esta disposição coaduna-se também com o princípio da preservação da empresa, de modo a não pôr fim à fonte produtiva.

#### 6. PENA DE PERDIMENTO

O artigo 9º da Resolução ANP nº 8/2012, incluído pela Resolução ANP nº 64/2014, continha algumas



disposições sobre a penalidade de perdimento, que não foram repetidas nesta minuta que prevê a revogação das referidas normas.

As referidas disposições não traziam complemento relevante ao disposto na Lei nº 9.847/1999 e parecem desconectadas com o sentido geral da Resolução ANP nº 64/2014.

Além disso, a aplicação da pena de perdimento enseja muitos procedimentos burocráticos custosos para a Administração Pública (desde a apreensão do produto, é necessária a indicação do depositário, transporte, armazenamento adequado de produto inflamável por longo tempo, devolução quando requerido pela ANP, preparação e realização do leilão público) e, assim, deve ser aplicada apenas nas situações previstas pelo artigo 6º da Lei nº 9.947/1999: quando constatados vícios de quantidade ou de qualidade por inadequação ou falta de segurança do produto.

Para os casos de apreensão de produto adequado para o consumo por parte da ANP e que esteja armazenado em instalações inseguras, atende à eficiência administrativa que não se aplique a pena de perdimento, mas que este fator seja considerado para fins de aumento da pena de multa em razão da gravidade, nos termos do artigo 4º, da Lei nº 9.847/1999.

De qualquer forma, o produto apreendido, mas não sujeito à pena de perdimento, não será liberado pela Agência sem que o agente econômico autuado demonstre a regularidade e a segurança do local para o qual será encaminhado ao fim do processo administrativo sancionador.

Com isso, neste momento, entende a Superintendência de Fiscalização que não haverá qualquer prejuízo com a revogação das disposições da Resolução ANP nº 8/2012 quanto ao perdimento, ao contrário, que melhor atende ao interesse público neste momento.

## **7. SIMPLIFICAÇÃO DA REDAÇÃO**

De forma geral, a minuta propõe a simplificação da redação das normas estabelecidas, a fim de proporcionar maior clareza ao agente regulado quanto às suas obrigações, bem como a qualquer membro da sociedade que tenha a intenção de controlar o seu cumprimento.

## **8. ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO**

O artigo 6º da Lei nº 13.848/2019 prevê que as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

O Decreto nº 10.411, que regulamentou a AIR, foi publicado e entrou em vigor em 1º de julho de 2020 e produzirá efeitos para as agências reguladoras a partir de 15 de abril de 2021, conforme seu artigo 24, I, “b”.

De acordo com o artigo 4º, III, do referido Decreto, a AIR poderá ser dispensada para o ato normativo considerado de baixo impacto, sendo assim caracterizado, conforme artigo 2º, II, aquele que:

- a) não provoque aumento expressivo de custos para os agentes econômicos ou para os usuários dos serviços prestados;
- b) não provoque aumento expressivo de despesa orçamentária ou financeira; e
- c) não repercuta de forma substancial nas políticas públicas de saúde, de segurança, ambientais, econômicas ou sociais;

A proposta em questão referente a ajustes nos critérios de aplicação de penalidades essencialmente restritivas de direitos qualifica-se como ato normativo de baixo impacto, nos termos previstos pelo Decreto nº 10.411/2020, uma vez que não ensejará qualquer custo adicional para os agentes econômicos ou consumidores, não requer qualquer despesa orçamentária ou financeira, tampouco repercute de forma substancial nas políticas públicas saúde, de segurança, ambientais, econômicas ou sociais.

De qualquer forma, as justificativas de alteração normativa foram explicitadas neste documento, bem como apresentados os dados relevantes acerca do tema.

## **9. CONCLUSÃO**

Pelos fundamentos expostos, a Superintendência de Fiscalização encaminha a minuta de Resolução para apreciação da Procuradoria Geral e aprovação da Diretoria Colegiada.

## **10. COMPLEMENTOS**

[1] Verificados os requisitos, existe a possibilidade de afastar o reconhecimento da reincidência desde que haja decorrido mais de dois anos entre a data do cumprimento integral da pena pecuniária ou de sua extinção e o cometimento da infração em julgamento; este período é reduzido a seis meses, se tiver sido pago antecipadamente, sem interposição do recurso administrativo, nos termos do §1º e do §2º da Resolução nº 8/2012.

[2] Disponível em: <https://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>. Acesso em: 16/7/2020.

[3] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 43 e 44.

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 30. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/4255>. Acesso em: 17/7/2020.



Documento assinado eletronicamente por **FRANCISCO NELSON CASTRO NEVES, Superintendente**, em 17/12/2020, às 17:32, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **REBECCA FEO DE OLIVEIRA, Assessora Técnica V**, em 18/12/2020, às 15:14, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **RITA DE CASSIA CAMPOS PEREIRA TORRES, Coordenadora V**, em 18/12/2020, às 16:07, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.anp.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.anp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **1071439** e o código CRC **95667459**.