

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes (Relator): Conforme, relatado trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC, tendo por objeto os arts. 4º, 5º e 7º, da Resolução 790/2019 da Agência Nacional de Petróleo, e 8º, caput e incisos I, VII, XVI e XVII, da Lei 9.478 /1997.

Em essência, a controvérsia consiste em avaliar a constitucionalidade da instituição, por ato normativo da Agência Nacional do Petróleo – ANP, do Programa de Monitoramento da Qualidade dos Combustíveis – PMQC, que cria, para os agentes econômicos da cadeia de comercialização de combustíveis, a obrigação de contratar, às suas expensas, e entre aqueles previamente credenciados pela referida agência, laboratório para coletar, transportar e realizar análises físico-químicas em amostras de combustíveis líquidos automotivos.

Ao contrário do suscitado, no caso sob análise, a eventual ofensa à Constituição Federal ocorreria de maneira direta, uma vez que a incursão normativa de uma Agência Reguladora no campo reservado à legalidade estrita é razão suficiente para, por si só, fundamentar o pedido de declaração de inconstitucionalidade do ato. Além disso, alega-se transgressão aos princípios constitucionais da livre iniciativa, da liberdade de contratar, da proporcionalidade e da razoabilidade, cujos paradigmas de confronto indicados diretamente são a própria Constituição da República.

Assim, afasto a preliminar arguida, na esteira da jurisprudência desta SUPREMA CORTE, que assenta a viabilidade do controle abstrato de constitucionalidade de atos revestidos de carga de normatividade suficiente, caracterizada pela presença de elementos de abstração, generalidade e impessoalidade (ADC 12 MC, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJ 1º/9/2006; ADI 673 MC, Rel. Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno DJ 11/10/2001; ADI 1398 MC, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, DJ 18/10/1996; ADI 1372 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe 3/4/2009; ADI 2549, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe 3/11/2011; ADI 2630 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe 5/11/2014; ADI 2792 AgR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, DJ 12/3/2004; ADI 3573, Rel. p/

Acórdão Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2006; ADI 4628, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe 24/11/2014, ADI 6754, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe 13/7/2021).

Ainda em análise de questões preliminares, pontuo que parte dos pedidos formulados na petição inicial não merece ser conhecida. É que, consoante observado pelo Advogado-Geral da União e pelo Procurador-Geral da República, a requerente não se desincumbiu de seu ônus argumentativo para contestar a constitucionalidade do art. 8º, *caput* e incisos I, VII, XVI e XVII, da Lei 9.478/1997, deixando de deduzir, quanto a eles, fundamentação jurídica apta a demonstrar a necessidade da interpretação conforme à Constituição pretendida.

Ainda que este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não se encontre adstrito à análise da linha argumentativa desenvolvida na peça inicial, é ônus da parte, de indeclinável observância, argumentar consistentemente, contrapondo de modo específico as disposições constitucionais tidas por violadas as que contra essas atentariam. Nesse sentido: ADI 561, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, DJ de 23/3/2001; ADI 514, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Decisão monocrática, DJe de 31/3/2008). Na mesma linha: ADI 5.287, Rel. Min. LUIZ FUX, Pleno, DJe de 12/9/2016; ADI 2.213 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, DJ de 23/4/2004; ADI 708, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 13/3/1998; ADI 259, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno, DJ de 19/2/1993; e ADI 1.775, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Pleno, DJ de 18/5/2001), esta última assim ementada:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO ABSTRATA E GENÉRICA DE LEI COMPLEMENTAR. IMPOSSIBILIDADE DE COMPREENSÃO EXATA DO PEDIDO. NÃO CONHECIMENTO. 1. Argüição de inconstitucionalidade de lei complementar estadual. Impugnação genérica e abstrata de suas normas. Conhecimento. Impossibilidade. 2. Ausência de indicação dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido com suas especificações. Não observância à norma processual. Consequência: inépcia da inicial. Ação direta não conhecida. Prejudicado o pedido de concessão de liminar.

Portanto, à míngua da apresentação de razões específicas, em relação ao art. 8º da Lei 9.478/1997, a ação não merece ser conhecida, devendo, por consequência, ser extinta sem julgamento de mérito, por inépcia da petição inicial (art. 3º, I, da Lei 9.868/1999).

Estabelecida essa delimitação, avanço ao mérito da controvérsia para observar que o conceito de “lei”, em seu sentido clássico no Estado Liberal, como resultado da atuação do Parlamento, dentro da ideia de “Separação de Poderes”, tinha como função definir uma ordem abstrata de Justiça, com pretensão de estabilidade e permanência, sobre a qual os cidadãos poderiam planejar suas vidas com segurança e certeza, conhecendo os limites da liberdade que a “lei” oferecia e o alcance exato da permissão legal à submissão ao Poder Público.

Hoje, diferentemente, a “lei”, além de definir uma situação abstrata, com pretensão de permanência, busca a implantação de políticas públicas, o estabelecimento do modo e dos limites de intervenção do Estado na economia, na fiscalização das atividades privadas e, inúmeras vezes, na própria resolução de problemas concretos, singulares e passageiros.

Não poucas vezes, principalmente no campo do Direito Administrativo, em que se ordenam *políticas públicas singulares*, caracterizadas pela contingência e singularidade de situações específicas, o conteúdo das “leis” passou a se aproximar daqueles tradicionalmente veiculados por “regulamentos”, necessários para disciplinar matérias destinadas a articular e organizar fomento do emprego, crescimento econômico, educação, saúde, proteção ao meio ambiente etc.; gerando, no dizer de GARCIA DE ENTERRÍA, uma verdadeira *inflação legislativa*.

Essa *inflação legislativa*, decorrente da ampliação da utilização de “leis formais emanadas do Parlamento” para uma “ampla normatização”, foi se acentuando no desenvolvimento do Estado Liberal durante o século XIX, em especial com a Revolução Industrial, e, posteriormente, no século XX, com a chegada do Estado do Bem-estar Social, tornando-se necessário repensar o tradicional conceito de “lei”, imaginado pelo pensamento liberal clássico.

Nesse contexto, o Parlamento inglês, em 1834, criou diversos órgãos autônomos com a finalidade de aplicação e concretização dos textos legais. Posteriormente, em virtude da influência do direito anglo-saxão, os Estados Unidos criaram, em 1887, a *Interstate Commerce Commission*, iniciando assim a instituição de uma série de agências, que caracterizam o Direito Administrativo norte-americano como o “ *direito das agências* ” (Cf. ELOISA CARBONELL; JOSÉ LUIS MUGA. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América* . Madri: Marcial Pons, 1996, p. 22 ss.), em face de sua organização descentralizada, existindo várias espécies de agências: reguladoras (*regulatory agency*); não reguladoras (*non regulatory agency*); executivas (*executive agency*); independentes (*independent regulatory agency or commissions*).

Nessa mesma direção, houve uma forte expansão da legislação delegada inglesa, em virtude da falta de tempo do Parlamento pela sobrecarga das matérias; caráter técnico de certos assuntos; aspectos imprevisíveis de certas matérias a ser reguladas; exigência de flexibilidade de certas regulamentações; possibilidade de se fazerem experimentos por meio da legislação delegada; situações de extraordinárias emergência, como ressaltado por NELSON SAMPAIO (*O processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996) ao apontar os fundamentos presentes no relatório apresentado pelo *Committee on Ministers' Powers* .

Esse novo panorama administrativo do Estado passou a exigir maior descentralização, trazendo consigo novas exigências de celeridade, eficiência e eficácia fiscalizatórias incompatíveis com o antigo modelo anacrônico.

O aumento da insatisfação com a ineficiência do Estado contemporâneo, sobrecarregado na execução de obras e na deficiente prestação de serviços públicos, ampliou a necessidade de descentralização na prestação de serviços públicos, inclusive por particulares (concessões, permissões) pois, como salientam GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ, as funções e atividades a serem realizadas pela Administração são algo puramente contingente e historicamente variável, que depende essencialmente de uma demanda social, distinta para cada órbita cultural e diferente também em função do contexto socioeconômico em que se produzem (*Curso de derecho administrativo*. Madri: Civitas, 2000, v. I).

Assim, o Poder Público passou a concentrar-se na elaboração de metas e na política regulatória e fiscalizatória de diversos setores da economia, descentralizando a realização dos serviços públicos, permissões ou concessões ao setor privado (AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*. 3 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, t. 2, p. 4 ss.).

Em relação à produção normativa, portanto, houve uma evolução nas tradicionais ideias decorrentes da tripartição de poderes, mantendo-se, porém, um de seus dogmas salientado nas lições de JOHN LOCKE, que apontava que "o Poder Legislativo é aquele que tem o direito de fixar as diretrizes de como a força da sociedade política será empregada para preservá-la a seus membros" (*Dois tratados sobre o governo civil* . São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 514).

A moderna Separação dos Poderes manteve, em relação à produção normativa do Estado, a *centralização política-governamental* no Poder Legislativo, que decidirá politicamente sobre a *delegação* e seus limites às Agências Reguladoras, fixando os preceitos básicos e as diretrizes; porém, passou a exigir maior eficiência e eficácia, possibilitando maior *descentralização administrativa* , inclusive no exercício do poder normativo desses órgãos administrativos para a consecução dos objetivos e metas traçadas em lei, como bem salientado por TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, ao ensinar que:

trata-se, como visto, de uma forma de delegação, com base no princípio da eficiência e por este introduzida no ordenamento constitucional. Afinal, no caso de atividade reguladora, sem ela ficaria vazio o princípio, tanto no sentido de sua eficácia quanto no sentido de controle constitucional. Ou seja, com base na eficiência, a delegação instrumental ganha contornos próprios que garantem à independência das Agências Reguladoras seu supedâneo (Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, p. 154).

Também, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO aponta que " o poder normativo das Agências Reguladoras se enquadra como uma variedade de delegação, denominada pela doutrina de deslegalização " (*Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 182).

O Direito brasileiro incorporou, principalmente do Direito norte-americano, a ideia de descentralização administrativa na prestação dos serviços públicos e conseqüente gerenciamento e fiscalização pelas Agências Reguladoras, que poderão ser criadas como *autarquias especiais* pelo Poder Legislativo (CF, art. 37, XIX), por meio de lei específica de iniciativa do Poder Executivo, recebendo uma delegação para exercer seu poder normativo de regulação, competindo ao Congresso Nacional a fixação das finalidades, dos objetivos básicos e da estrutura das Agências, bem como a fiscalização de suas atividades (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 396; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 148; TÁCITO, Caio. "Agências reguladoras na administração." *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, p. 1, jul./set. 2000; WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. "Agências reguladoras." *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, jan./mar. 1999, p. 145; MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. "Agências reguladoras e suas características." *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 218, out./dez. 1999, p. 73; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 83; AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 213, jul./set. 1998, p. 141).

As Agências Reguladoras não poderão, no exercício de seu poder normativo, inovar primariamente a ordem jurídica sem expressa delegação, tampouco regulamentar matéria para a qual inexista um prévio conceito genérico, em sua lei instituidora (*standards*), ou criar ou aplicar sanções não previstas em lei, pois, assim como todos os Poderes, Instituições e órgãos do poder público estão submetidas ao princípio da legalidade (CF, art. 37, *caput*), como bem destacado por CAIO TÁCITO " *a liberdade decisória das Agências Reguladoras não as dispensa do respeito ao princípio da legalidade e aos demais fixados para a Administração Pública, no art. 37 da Constituição Federal de 1988* " (" *Agências reguladoras na administração.*" *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, jul./set. 2000), não possuindo, portanto, como lembra MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, um " *cheque em branco para agir como bem entendem, divorciada do princípio da legalidade* " (" *Agências reguladoras e suas características.*" *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 218, p. 73, out./dez. 1999) . Conferir, ainda, em favor da necessidade de observância pela Agência do princípio da legalidade e dos limites da

delegação: MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 397; ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL MORAES, “ *Agências reguladoras .” Revista de Informação Legislativa* , Brasília, jan./mar. 1999, p. 153.

Nesse sentido, a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconhece o papel regulatório do Estado, exigindo, porém, que o ato regulatório apresente *lastro legal* , isto é, uma correspondência direta com diretrizes e propósitos afirmados em lei ou na própria Constituição (ADI 4093, Rel. Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, DJe de 16/10/2014; ADI 4954, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 29/10/2014; RMS 28.487, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 14/3/2013); na forma do já citado binômio “centralização política-governamental” – “descentralização administrativa”.

Nesse sentido também me manifestei no julgamento da ADI 4874, (Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 1/2/2018, DJe de 1/2/2019), oportunidade em que anotei que “ *as agências reguladoras não poderão, no exercício de seu poder normativo, inovar primariamente a ordem jurídica – ou seja, regulamentar matéria para a qual inexista um prévio conceito genérico em sua lei instituidora (standards) -; nem tampouco poderão criar ou aplicar sanções não previstas em lei* ”.

Assentadas essas premissas, é preciso verificar se os *standards* fixados na Lei 9478/1997 são capazes de dar sustentação jurídica à Resolução 790 /2016, emanada da Diretoria da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP.

No particular, considerado o disposto no art. 8º, inciso I e XVII, da Lei 9.478/1997, a resposta é claramente positiva.

Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)

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 ; (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)

[...]

XVII - exigir dos agentes regulados o envio de informações relativas às operações de produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda, destinação e comercialização de produtos sujeitos à sua regulação; (Incluído pela Lei nº 11.097, de 2005).

Nota-se, portanto, que a partir do binômio *centralização política-governamental e descentralização administrativa*, a delegação congressional desta matéria fixou como *standard* zelar pelos interesses dos consumidores, inclusive no que se refere à qualidade dos produtos, em clara delimitação legal da diretriz à qual a ANP deve se ater no exercício da atividade regulatória da atuação dos agentes econômicos integrantes da cadeia de comercialização de combustíveis, viabilizando, ainda, a exigência dos agentes regulados de informações relativas aos diversos atos integrantes da cadeia de produção e circulação de produtos sujeitos à regulação.

Sob tal aspecto, portanto, inexistem óbices constitucionais ou legais para que a matéria seja tratada pela ANP, como bem ressaltado pelo Procurador-Geral da República:

Como bem afirmou a ANP. “ *compete ao fornecedor dos produtos assegurar e atestar a qualidade daquilo que oferece ao consumidor* ”. Segundo o inciso VIII do art. 39 da Lei 8.078, de 11.9.1990 (Código de Defesa do Consumidor), constitui prática abusiva (e, portanto, vedada) do fornecedor de produtos ou serviços “ *colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Commetro)* ”.

[...]

Nesse diapasão, a “ *coleta, transporte e realização de análises físico-químicas em amostras de combustíveis líquidos automotivos por laboratório credenciado na ANP* ” constitui dever dos revendedores de combustíveis, tal como ocorre com todo fornecedor de produtos e serviços. [...].

Como se vê, o PMQC é, antes de tudo, instrumento para que os agentes econômicos cumpram com os deveres a eles impostos pelo

direito do consumidor. Nesse cenário, não há falar em atividade fiscalizatória do Estado, exercício do poder de polícia ou necessidade de instituição de taxa por lei.

As normas técnicas para certificação da qualidade dos combustíveis podem ser veiculadas – como foram – por resolução da ANP. E, como visto, o art. 8º, I e XVII, da Lei 9.478/1997 conferem à ANP a competência para implementar a política nacional do petróleo, gás natural e biocombustíveis com ênfase na proteção dos interesses dos consumidores quanto à qualidade dos produtos, bem como permitem que a ANP exija dos agentes regulados o envio de informações relativas à revenda e à comercialização dos produtos.

Inexiste, portanto, violação do princípio da reserva legal.

Sob o prisma da alegada ofensa aos princípios da livre iniciativa, da liberdade de contratar e da proporcionalidade e razoabilidade, o inconformismo da requerente tampouco merece prosperar.

No tocante à livre iniciativa, observo que a jurisprudência desta SUPREMA CORTE é repleta de precedentes reconhecendo que a autonomia garantida na Constituição à iniciativa empresarial, embora de importância cardeal para a propagação da atividade econômica no país, não proíbe o Estado de atuar subsidiariamente sobre a dinâmica do fenômeno econômico para garantir que ele sirva ao alcance de objetivos indispensáveis para a manutenção da coesão social, entre eles, principalmente, aqueles listados nos incisos do art. 170 do texto constitucional, desde que haja proporcionalidade entre a restrição à atividade econômica proposta e a finalidade de interesse público (ADI 855, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, DJe de 27/3/2009; AC 1.657 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Red. p/ Acórdão Min. CEZAR PELUSO, DJe 31/8/2007; ADI 319 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 30/4/1993; ADI 1.950, Tribunal Pleno, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 2/06/2006; ADI 5.939, Tribunal Pleno, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe 6/8/2020; ADPF 449, Tribunal Pleno, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 2/9/2019; RE 1.054.110, Tribunal Pleno, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 6/9/2019).

Evidentemente, se de um lado nenhuma liberdade se qualifica como direito absoluto, de outro, o poder de legislar do Estado também não o é. A liberdade de conformação normativa do Estado não admite a prática de excessos, de maneira que sua prerrogativa de produzir regras cogentes é restringida pelo princípio da proporcionalidade:

*“O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa **está necessariamente sujeita** à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, **veda** os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.*

*O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de **diversas** cláusulas constitucionais, **notadamente** daquela que veicula a garantia do **substantive due process of law** - acha-se vocacionado a **inibir** e a **neutralizar** os **abusos** do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria **constitucionalidade material** dos atos estatais.*

*A norma estatal, **que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade**, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, **ajustando-se** à cláusula que consagra, **em sua dimensão material**, o princípio do **substantive due process of law** (CF, art. 5º, LIV).*

*Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do **abuso de poder legislativo**, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica **essencialmente** limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.”*

(ADI 1407 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 24/11/2000)

A desproporcionalidade estará caracterizada, conforme destacado por JESUS GONZALEZ SALINAS, quando ausente a coerência do Poder Público no exercício de suas atividades legislativas, com patente extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, e conseqüente desrespeito ao Princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos, que impede a criação de obrigações desprovidas de justificação fática (*Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo* . Revista de Administración Pública, número 120, 1989).

Estabelecidas tais premissas, observo que combustíveis, fósseis ou não, constituem elemento essencial integrante da matriz energética necessária para o funcionamento e o desenvolvimento de qualquer economia, daí por que, inclusive, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 9.874/99, as atividades de produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda, comercialização, avaliação de conformidade e

certificação do petróleo, gás natural e seus derivados, integrantes da cadeia de abastecimento nacional de combustíveis, são consideradas de interesse público.

Nesse contexto, portanto, há patente legitimidade na instituição de medidas com o objetivo de assegurar que os combustíveis comercializados no país atendam às especificações mínimas de qualidade, exigidas a partir de critérios técnicos definidos pelo agente regulador.

De outra perspectiva, ao contrário do sustentado pela Requerente, as normas impugnadas não transferem aos agentes econômicos parcela da competência fiscalizatória da ANP, obrigando o mercado a se autofiscalizar.

Nos termos do que dispõe o art. 2º da Resolução ANP 790/2019, a finalidade dos resultados obtidos do PMQC é a geração de indicadores de da qualidade geral de combustíveis líquidos automotivos comercializados em âmbito nacional. O parágrafo único do referido dispositivo ressalva, ainda, que os monitoramento da qualidade dos combustíveis não constitui atividade de fiscalização, esclarecendo que os resultados obtidos ser utilizados para a imposição de penalidades administrativas.

Embora os índices de conformidade possam servir de subsídio para a tomada de decisões estratégicas a respeito de ações de fiscalização, portanto, o monitoramento da qualidade de combustíveis com elas não se confunde. Veja-se, no ponto, o seguinte trecho das informações apresentadas pela ANP:

Destarte, não se pode confundir a atividade de monitoramento com a de fiscalização. A legitimada aduz que a Resolução 790/2019 teria “ clara intenção de repassar aos agentes econômicos uma parte da competência fiscalizatória do agente regulador, associada à transferência dos custos da execução de tal função pública ”.

Todavia, a fiscalização é uma atribuição legal do poder de polícia administrativa, conferido à ANP pela Lei 9.478/97, e exercida exclusivamente por servidores concursados na função de fiscais, que podem autuar e interditar estabelecimentos regulados, recolher amostras de combustíveis e outros produtos para análises a fim de instaurar processos administrativos, atividades executadas pela Superintendência de Fiscalização do Abastecimento.

Já o monitoramento, por sua vez, trata exclusivamente da análise de amostras coletadas de forma aleatória, para levantamento de indicadores gerais da qualidade dos combustíveis comercializados no Brasil. As amostras são analisadas por laboratórios contratados pela ANP, não gerando qualquer tipo de penalidade aos agentes, mas dados informativos ao agente econômico e à ANP, atividade executada pela Superintendência de Biocombustíveis e Qualidade de Produtos – SBQ/ANP.

[...]

Efetivamente, a Resolução ANP nº 790/2019 não transferiu a terceiros o custo de ações de fiscalização aos agentes econômicos, já que as atividades de fiscalização não podem ser delegadas e se mantêm - como sempre ocorreu - executadas diretamente pela ANP.

Como também destacado pela ANP nas referidas informações, a inexistência de uma estrutura laboratorial e de recursos humanos especializados capazes de atender à demanda gerada por toda a rede varejista de combustíveis no âmbito do território nacional justificou, por um longo período, um tratamento diferenciado em relação aos demais “*normativos da Agência que conferem aos agentes regulados a obrigatoriedade de adotarem práticas que resguardem a qualidade de produtos*”, de modo que, nesse contexto, “*os postos de combustíveis e os produtores de lubrificantes eram os únicos agentes da cadeia de combustíveis em que o custo das análises era arcado pela ANP, por meio dos Programas de Monitoramento da Qualidade de Combustíveis e de Lubrificantes*”.

Passados mais de vinte anos desde o início do Programa e supridas as deficiências circunstanciais, mostra-se absolutamente plausível que o custeio dos exames relativos ao referido monitoramento alcance isonomicamente todos os agentes econômicos da cadeia de comercialização de combustíveis, que, auferindo os lucros da atividade, também possuem o dever de assegurar perante o consumidor a qualidade dos produtos oferecidos.

Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis e atos normativos, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A desigualdade inconstitucional na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Assim, os tratamentos normativos diferenciados somente são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado (CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e permitidas. Revista Trimestral de Direito Público, no 1, p. 79), o que não se observa na pretensão formulada pela requerente.

Por outro lado, a Nota Técnica 42/2021/SBQ-CGC/SBQ/ANP-RJ, anexada às informações prestadas pela ANP, dá conta de que a escolha do modelo de execução do PMQC levou em consideração fatores como a confiabilidade dos resultados e as vantagens propiciadas pela economia de escala:

4.5. O modelo em que há laboratório único escolhido mediante procedimento licitatório realizado pela ANP também vai ao encontro da economicidade para os agentes, uma vez que há significativos ganhos de escala pela reunião de todas as amostras em um único

laboratório, e pela disputa no procedimento licitatório que é do tipo técnica e preço na proporção 40% técnica e 60% preço, garantindo que tal disputa se dê pelo melhor preço, assegurando-se a qualidade técnica do serviço prestado pelo laboratório. Sem mencionar que é extremamente complexo para um agente interessa do prestar o serviço de coleta e análises físico-químicas sem uma razoável e precisa noção dos quantitativos do serviço a ser prestado.

4.6. A confiabilidade nos resultados das análises constitui-se em um dos fatores de sucesso do Programa, sendo inafastável a supervisão da ANP sobre o laboratório credenciado. Por outro lado, não é possível atingir o mesmo nível de vigilância se houver multiplicidade de laboratórios em cada região de monitoramento. Ressalta-se, ademais, que a maioria dos agentes não possui expertise para avaliar a qualidade técnica e capacitação analítica dos laboratórios, de modo que a multiplicidade de laboratórios credenciados em uma mesma região certamente levaria à disparidades entre os resultados e consequentes questionamentos quanto à isonomia e à confiabilidade do Programa.

Como consequência, segundo os estudos citados nas informações da ANP, da Presidência da República e do Senado Federal, além de referidos na manifestação da Advocacia-Geral da União, o valor a ser desembolsado por duas coletas anuais para ensaios completos de combustíveis por cada revendedor monitorado, em razão do volume de combustíveis vendidos anualmente pelos postos revendedores, produz um impacto financeiro equivalente a uma fração de centavos de real por litro de combustível.

O efeito da integração desse custo na formação do preço, portanto, é virtualmente imperceptível para o consumidor final, sobretudo quando confrontado com os benefícios decorrentes de um programa de monitoramento capaz de melhorar a qualidade geral do combustível ofertado em todo o território nacional.

Constato, assim, a compatibilidade dos arts. 4º, 5º e 7º, da Resolução 790 /2019, da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, com os parâmetros suscitados pela requerente.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade e, na parte conhecida, JULGO IMPROCEDENTE o pedido.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 01/07/2022 00:00