

Supremo Tribunal Federal

TUTELA ANTECIPADA NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 2.865 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
AUTOR(A/S)(ES)	: ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RÉU(É)(S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RÉU(É)(S)	: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL

TUTELA ANTECIPADA NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. FIXAÇÃO DE VALORES DE REFERÊNCIA PARA O CÁLCULO DE COMPENSAÇÃO FINANCEIRA RELATIVA À EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO. ART. 20, §1º, DA CRFB/88. SUMARIEDADE DA COGNIÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DESTA CORTE, NOS TERMOS DO ART. 102, I, 'F', DA CRFB/88, DIANTE DA POTENCIALIDADE DE CONFLITO FEDERATIVO DECORRENTE DA LIDE ORA NOTICIADA. LEI Nº 9.478/97. DECRETO Nº 2.705/98. ATRIBUIÇÕES DA AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP E DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA - CNPE. AUTONOMIA, INDEPENDÊNCIAS E DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS. PORTARIA ANP Nº 206/2000. APARENTE

ACO 2865 TA / RJ

INTROMISSÃO, PELO CNPE, EM
MATÉRIA DE COMPETÊNCIA
RESERVADA POR ATO NORMATIVO À
ANP. LIMITAÇÃO DA CAPACIDADE
INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO
PARA DEFINIÇÃO DE QUESTÕES
TÉCNICAS. PEDIDO DE TUTELA
ANTECIPADA PARCIALMENTE
DEFERIDO, NOS TERMOS DO ART. 303
DO CPC/2015. DESIGNAÇÃO DE
AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO, NOS
TERMOS DO ART. 343 DO CPC/2015.

DECISÃO: Trata-se de ação cível originária, aparelhada com pedido de tutela antecipada, ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro em face da União e da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, com base no art. 102, I, ‘f’, da CRFB/88.

Em sua petição inicial, o Estado-autor inicia discorrendo sobre o atual contexto político-econômico relativo à exploração de petróleo, tecendo considerações sobre o impacto deste cenário na quantificação das compensações financeiras devidas aos Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 20, § 1º, da CRFB/88. Sustenta, nesse sentido, a defasagem dos atuais “critérios para a fixação do preço mínimo do petróleo, produzido mensalmente em cada campo, a ser adotado para fins de cálculo das participações governamentais” (estabelecidos na Portaria ANP nº 206/2000), alegação que estaria fundamentada por estudos técnicos referidos na peça vestibular, bem como quando em comparação a índices utilizados pela atual prática internacional.

Informa que, com base nessas considerações, foi formulado, junto à agência reguladora do setor, pedido de revisão desses critérios, consubstanciado no processo administrativo nº 48610.000618/2015/11, em trâmite perante a ANP. Durante a instrução desse procedimento, o Estado afirma que, após examinados os documentos elencados pelos

ACO 2865 TA / RJ

interessados e colhidas novas informações relativas à precificação do mercado nacional e internacional, a Coordenadoria de Defesa da Concorrência daquela entidade emitiu a Nota Técnica nº 083/CDC, destinada à *“análise dos preços de óleo bruto e derivados para subsídios da revisão da Portaria ANP nº 206/200, que estabelece os critérios para definição do preço mínimo do petróleo para fins de cálculo das participações governamentais”*. Dentre as conclusões desse estudo técnico, destaca-se a seguinte, *in litteris*:

“Por este motivo, parece ser pertinente o exercício periódico de avaliação da dinâmica dos mercados e do comércio internacional de petróleo e derivados, de modo a manter os *benchmarks* selecionados sempre aderentes às condições normais de mercado, conforme disposto na legislação vigente. Assim, é oportuna a inserção de dispositivo na resolução a ser editada pela ANP que preveja a possibilidade de revisão/substituição dos respectivos *benchmarks*, incluindo os parâmetros a serem considerados.”

Ainda no curso do referido procedimento administrativo, a Superintendência de Refino, Processamento de Gás Natural e Produção de Biocombustíveis da ANP emitiu a Nota Técnica nº 025/2015/SRP-ANP, destinada à *“análise de proposta de alteração da metodologia de cálculo do preço mínimo do petróleo encaminhada pelos governos estaduais do Rio de Janeiro e do Espírito Santo”*. Com efeito, destaca-se a integridade da conclusão deste estudo técnico, *verbis*:

“Considerando o exposto, entendo ser razoável o uso de mais do que três frações na metodologia, independentes do grau API, desde que considerada a curva PEV (Pontos de Ebulição Verdadeiros). Caso se decida permanecer com três faixas, sugiro a adoção de 180°C e 350°C como pontos de corte, por manter aderência com a especificação dos derivados nacionais e com o praticado na indústria de petróleo do mundo.

Dado o possível impacto nos entes federativos e nos

ACO 2865 TA / RJ

concessionários, sugiro prazo pra transição ou outra ação que minimize tal impacto, que pode levar a judicialização do assunto.

Sugere-se ainda testar a nova metodologia para petróleos nacionais ou não, em que seja conhecida sua curva PEV e seu valor comercial, para verificação da aderência do modelo.”

Promovida a juntada de outros estudos técnicos e manifestações de entidades interessadas, o processo administrativo culminou em nova Nota Técnica expedida pela Superintendência de Participações Governamentais da ANP (NT nº 45/2015/SPG-ANP), que também analisava a proposta de revisão da referida Portaria ANP nº 206/2000. Por sua relevância e sinteticidade do que discutido ao longo daquele procedimento, destaca-se a integralidade de sua conclusão:

“157. Após quase um ano de estudos, análises, reuniões com concessionárias, beneficiários, agências de informação de preços, entre outros agentes econômicos e sociais, entendemos que a minuta de resolução está pronta para ser discutida com a sociedade brasileira. Em termos gerais, a minuta busca adequar a Portaria ANP nº 206/2000 às condições do mercado internacional de petróleo, mantendo-se ainda como referência o mercado noroeste europeu.

158. Começando com a implementação de uma nova forma de precificar petróleos com elevados teores de enxofre, incluindo um modelo de precificação de petróleos de elevada acidez, reduzindo a apenas uma faixa de corte para o cálculo do diferencial de qualidade, substituindo-se os derivados utilizados pelos de maior liquidez no mercado.

159. Mantendo-se o Brent como referência internacional de petróleo, abrindo possibilidade de ser utilizada mais de uma agência de informação de preços pela ANP, revisão da metodologia de cálculo de preços para os operadores C e D, entre outros aspectos, entendemos que a minuta de resolução apresenta uma resposta técnica e economicamente adequada às necessidades da indústria petrolífera nacional e à sociedade

ACO 2865 TA / RJ

brasileira.

160. Alguns petróleos terão ajustes maiores nos seus preços, outros menores, e alguns podem vir a ter um desconto em seus preços. Acreditamos que isso está dentro do esperado. Entendemos que a minuta atende a demanda colocada na Agenda Regulatória da ANP para os anos de 2015 e 2016 e aos aspectos que se propôs a regulamentar apresentados logo no início deste documento.

161. Neste sentido, a consulta e a audiência pública permitirão o aprofundamento do debate sobre a proposta de metodologia apresentada, servindo para aperfeiçoá-la a partir das contribuições a serem feitas pela indústria e pelos beneficiários das participações governamentais.”

Após atendidas algumas recomendações realizadas pelo Parecer da Procuradoria Federal Especializada junto à ANP (Parecer nº 711/2015/PF-ANP/PGF/AGU), a proposta de resolução foi submetida à Diretoria Colegiada daquela agência em reunião realizada em 28/12/2015, editando-se a Resolução de Diretoria, pela qual se autorizava *“a realização de Audiência Pública, precedida de Consulta Pública pelo período de 45 (quarenta e cinco) dias, referente à minuta de Resolução que revisa a Portaria ANP nº 206/2000, a qual estabelece os critérios para fixação do Preço Mínimo do Petróleo para fins de apuração das participações governamentais”*. Na sequência, fixou-se a data de 10/03/2016 para a realização da Audiência Pública, conforme publicação do Diário Oficial da União de 05/01/2016.

Entretanto, em 22/01/2016, sobreveio a publicação no D.O.U. da Resolução nº 01, de 20/01/2016, do Conselho Nacional de Políticas Energéticas – CNPE, órgão vinculado ao Ministério de Minas e Energias (MME), assim consubstanciada, *verbis*:

“CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA
RESOLUÇÃO Nº 1, DE 20 DE JANEIRO DE 2016

Dispõe sobre a sistemática de
apuração dos preços mínimos do petróleo

ACO 2865 TA / RJ

para o cálculo de royalties e Participação Especial, pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA - CNPE, no uso das atribuições, tendo em vista o disposto no art. 1º, incisos I, II e X e o art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, no art. 1º, inciso I, alíneas "a", "b" e "j", do Decreto nº 3.520, de 21 de junho de 2000, o art. 14, parágrafo único, do Regimento Interno do CNPE, aprovado pela Resolução nº 7, de 10 de novembro de 2009, e o que consta do Processo no 48000.000108/2016-02, considerando que

o atual cenário mundial vem produzindo fortes impactos no mercado de petróleo e gás natural, com preços que dificultam a viabilização econômica dos investimentos;

novos investimentos na indústria petrolífera requerem regras estáveis e prazo de vigência que permitam o planejamento de longo prazo, assegurando a manutenção dessas regras ao longo do período de realização dos investimentos e de sua remuneração; e

o segmento de óleo e gás tem grande relevância para a cadeia produtiva nacional, com forte impacto sobre a capacidade de crescimento do País, resolve:

Art. 1º Determinar à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP que mantenha a atual sistemática de apuração dos preços mínimos do petróleo, considerados para o efeito do cálculo dos valores a serem pagos a título de royalties ou de Participação Especial, pelo menos até que a cotação do Petróleo *Brent Dated* alcance o patamar de US\$ 50.00 (cinquenta dólares norte-americanos) por barril, considerando a média de sete dias consecutivos.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação."

ACO 2865 TA / RJ

Consectariamente, adotando tal portaria do CNPE como fundamento expresso, o Diretor-Geral Substituto da ANP editou Comunicado (publicado no DOU de 25/01/2016), no qual se informava a suspensão da audiência pública a ser realizada nos autos do processo administrativo de revisão da Portaria nº 206/2000 da ANP. Cita-se o inteiro teor de tal comunicado:

"COMUNICADO

O DIRETOR-GERAL SUBSTITUTO DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pela Portaria ANP nº 12, de 15 de janeiro de 2016, com fundamento na Resolução CNPE nº 1, de 20 de janeiro de 2016, ad referendum da Diretoria Colegiada, comunica a suspensão da Consulta Pública e Audiência Pública nº 2/2016."

Nesse sentido, além da alegação da existência de vício de forma na Resolução do CNPE, em razão da ausência da ata de reunião do colegiado, o Estado do Rio de Janeiro sustenta, em síntese, as seguintes violações: (i) *"da competência do colegiado do CNPE, que se viu substituído, à mingua de qualquer motivação, pelo Ministro de Minas e Energia na prolação da referida decisão"*; (ii) *"da competência da ANP, única investida da atribuição de fixar o preço de referência para cálculo de participações governamentais"*; (iii) *"da função regulatória fixada pelo art. 177 da Constituição da República e positivada na Lei 9.478/97, pela substituição de uma decisão técnica e especializada pelo arroubo voluntarista e imotivado de agente isolado da Primeira Ré"*; e (iv) *"do princípio democrático inscrito explicitamente no Preâmbulo e no art.1º da Constituição da República, suprimindo, pela vontade isolada de agente em manifesto excesso de poder, o processo deliberativo em curso perante instituição técnica e especializada na matéria em questão"*.

Quanto ao pleito de tutela antecipada, invoca o art. 303 do Código de Processo Civil/2015, formulando os seguintes pedidos:

ACO 2865 TA / RJ

“4.6. Diante do exposto, impõe-se a concessão de tutela antecipada para anular a Resolução CNPE 01/2016 e a Resolução de Diretoria/ANP nº 35, de 04/02/2016, determinando-se que a Segunda Ré designe, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas do recebimento do mandado de intimação, nova audiência pública para data não posterior ao dia 02/06/2016, observando-se o prazo originalmente fixado entre a publicação do edital e a data anteriormente marcada para tal ato.

4.7. Requer igualmente seja antecipada a tutela jurisdicional para determinar que o CNPE e o Ministro das Minas e Energia se abstenham de deliberar a respeito do processo de revisão dos parâmetros de fixação do preço de referência para o pagamento de participações governamentais, visto tratar-se de competência regulatória exclusiva da Segunda Ré, sob pena de configuração de crime de responsabilidade para os membros Titulares de Pastas na Administração Federal e de crime de desobediência para os demais integrantes do colegiado, além da imposição de multa pessoal não inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada um dos integrantes que não observarem tal ordem judicial.”

É o relatório. Decido.

Ab initio, destaco que a presente ação foi ajuizada em 26/04/2016, já sob a vigência do CPC/2015 (cujo início se deu em 18/03/2016). Tratando-se de processo submetido à competência originária desta Corte, são de se lhe aplicar, portanto, as disposições deste novo diploma processual.

Na sequência, neste juízo ainda perfunctório da questão, verifico a incidência, *in casu*, do disposto no artigo 102, I, ‘f’, da CRFB/88, que estabelece caber ao Supremo Tribunal Federal conhecer e julgar originariamente “as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração direta”, a ensejar a competência originária desta Corte para o

ACO 2865 TA / RJ

feito. Isso porque, mesmo não se olvidando dos recentes julgados deste Tribunal no sentido de que o conflito sobre mero interesse patrimonial não enseja a aplicação deste dispositivo constitucional, tenho por afirmada a competência originária desta Corte, em razão de vislumbrar potencial conflito federativo na questão (notadamente em função da discussão relativa à fixação do preço mínimo para fins do cálculo das participações governamentais no regime de exploração de petróleo). Ressalte-se que o orçamento dos entes federados e a aplicação das receitas que lhes competem são questões diretamente ligadas ao desempenho da autonomia de cada um deles, ensejando o presente caso matéria potencialmente capaz de vulnerar o pacto federativo, devendo a questão ser apreciada originariamente por esta Corte.

Assentada a competência do STF, passo ao exame de mérito.

O texto constitucional de 1988, ao tratar da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, elencou, nos incisos de seu art. 20, os bens da União, destacando-se, para o caso presente, os incisos V e IX, que assim dispõem:

“Art. 20. São bens da União:

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;”

Ainda quanto ao ponto, o § 1º do mencionado art. 20 da CRFB/88, assim prevê:

“§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.”

ACO 2865 TA / RJ

Com efeito, assegura-se aos demais entes federativos diversos da União a “participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva”, participação esta que, nos termos do que já assentado por este Tribunal no julgamento do MS 24.312 (rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJ de 19/12/2003), constitui receita originária dos Estados-membros, e não transferências voluntárias realizadas pela União em favor daqueles. Destaque-se, ainda, que tal direito de participação deve se dar “nos termos da lei”, mandamento constitucional concretizado pela Lei nº 9.478/97, e demais alterações, denominada de “Lei do Petróleo”.

Ao concretizar tal mandamento constitucional, a Lei nº 9.478/1997 instituiu a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, “entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia” (art. 7º), dispondo sobre suas competências básicas. A previsão da criação deste órgão regulador, aliás, também tem sede constitucional, conforme disposição do art. 177, § 2º, III, da CRFB/88.

Ademais, a mencionada lei também instituiu o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE “vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia”, com a atribuição genérica de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas à política energética, conforme detalhamento do art. 2º daquele diploma legal.

Igualmente, a Lei nº 9.478/97 (arts. 45 a 52) tratou, ainda, do detalhamento das participações governamentais na exploração e produção dos recursos minerais a que se refere, remetendo expressamente a decreto regulamentar editado pelo Presidente da República a disposição sobre os critérios orientadores do cálculo dessas participações (v.g. arts. 47, § 2º; 50 e 51).

Nesse sentido, importante trazer à baila, também, o que prevê o Decreto nº 2.705/1998, que, dentre outras providências, definiu os

ACO 2865 TA / RJ

critérios gerais para o cálculo e a cobrança das participações governamentais de que trata a Lei nº 9.478/1997, aplicáveis às atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, especificando competências da ANP nesse processo.

Com efeito, especificamente quanto ao preço de referência a ser aplicado a cada mês ao petróleo produzido em cada campo, ponto que interessa ao objeto do presente processo, assim dispôs tal ato normativo regulamentar, *in litteris* (grifos nossos):

“Art. 7º O preço de referência a ser aplicado a cada mês ao petróleo produzido em cada campo durante o referido mês, em reais por metro cúbico, na condição padrão de medição, será igual à média ponderada dos seus preços de venda praticados pelo concessionário, em condições normais de mercado, ou ao seu preço mínimo estabelecido pela ANP, aplicando-se o que for maior.”

§ 1º Os preços de venda de que trata este artigo serão livres dos tributos incidentes sobre a venda e, no caso de petróleo embarcado, livres a bordo.

§ 2º Até o dia quinze de cada mês, a partir do mês seguinte àquele em que ocorrer a data de início da produção de petróleo de cada campo, o concessionário informará à ANP as quantidades vendidas, os preços de venda do petróleo produzido no campo no mês anterior e o valor da média ponderada referida neste artigo.

§ 3º O concessionário apresentará, sempre que exigida pela ANP, a documentação de suporte para a comprovação das quantidades vendidas e dos preços de venda do petróleo.

§ 4º Os preços de venda do petróleo, quando expressos em moeda estrangeira, serão convertidos para a moeda nacional pelo valor médio mensal das taxas de câmbio oficiais diárias para a compra da moeda estrangeira, fixadas pelo Banco Central do Brasil para o mês em que ocorreu a venda.

§ 5º O preço mínimo do petróleo extraído de cada campo será fixado pela ANP com base no valor médio mensal de uma cesta-padrão composta de até quatro tipos de petróleo similares

ACO 2865 TA / RJ

cotados no mercado internacional, nos termos deste artigo.

§ 6º Com uma antecedência mínima de vinte dias da data de início da produção de cada campo e com base nos resultados de análises físico-químicas do petróleo a ser produzido, realizadas segundo normas aceitas internacionalmente e por sua conta e risco, o concessionário indicará até quatro tipos de petróleo cotados no mercado internacional com características físico-químicas similares e competitividade equivalente às daquele a ser produzido, bem como fornecerá à ANP as informações técnicas que sirvam para determinar o tipo e a qualidade do mesmo, inclusive através do preenchimento de formulário específico fornecido pela Agência.

§ 7º Dentro de dez dias, contados da data do recebimento das informações referidas no parágrafo anterior, a ANP aprovará os tipos de petróleo indicados pelo concessionário para compor a cesta-padrão ou proporá a sua substituição por outros que julgue mais representativos do valor de mercado do petróleo a ser produzido.

§ 8º Sempre que julgar necessário, a ANP poderá requerer nova análise das características físico-químicas do petróleo produzido, a ser realizada por conta e risco do concessionário, bem como o fornecimento das informações técnicas de que trata o § 6º deste artigo.

§ 9º A ANP emitirá, a cada mês, uma consolidação do preço mínimo do petróleo extraído de cada campo no mês anterior, incorporando as atualizações relativas às variações dos preços internacionais dos tipos de petróleo que compõem a cesta-padrão respectiva, ocorridas no mês anterior, e eventuais revisões na composição da cesta-padrão, resultantes da inadequação dos tipos de petróleo originalmente selecionados.

§ 10. Os preços internacionais dos tipos de petróleo que compuserem a cesta-padrão serão convertidos para a moeda nacional pelo valor médio mensal das taxas de câmbio oficiais diárias para a compra de moeda estrangeira, fixadas pelo Banco Central do Brasil para o mês anterior à emissão da consolidação

ACO 2865 TA / RJ

do preço mínimo.

§ 11. Caso o concessionário não apresente as informações referidas nos §§ 2º e 6º deste artigo, a ANP fixará o preço de referência do petróleo, segundo seus próprios critérios.”

De igual modo, ao estabelecer as definições técnicas para efeito de sua aplicação, o art. 3º, V, do mencionado Decreto prevê que preço de referência é definido “*por unidade de volume, expresso em moeda nacional, para o petróleo, o gás natural ou o condensado produzido em cada campo, a ser determinado pela ANP, de acordo com o disposto nos arts. 8º e 9º deste Decreto*” (grifos nossos).

Destarte, note-se que o Decreto, cujo escopo específico era definir os critérios gerais de cálculo e cobrança das participações governamentais previstas pelo art. 45 da Lei nº 9.478/97 (em concretização ao que disposto no art. 20, § 1º, da CRFRB/88), atribuiu à ANP as competências para a fixação do preço de referência para o cálculo dessas participações, observados os parâmetros ali estabelecidos.

Com efeito, resalto que a questão jurídica suscitada na presente ação toca o cerne da atual dogmática juspublicista e, não por outro motivo, vem sendo objeto de acalorados debates doutrinários. Cuida-se de definir os limites da autonomia e dos poderes normativos conferidos às agências reguladoras, pauta temática que, no Brasil, passou a ganhar relevo na vida política e jurídica com a reforma gerencial por que passou a Administração Pública a partir da década de 90 do século passado. Sua importância é autoevidente: o reconhecimento de autoridade *normativa* a agências reguladoras independentes põe em xeque concepções mais tradicionais quanto à centralidade da lei *formal* na disciplina das relações sociais, colocando-se em discussão a própria noção conceitual de legalidade, pedra de toque do Estado de Direito.

O debate, porém, não pode ignorar que a comunidade política que temos hoje já não é a mesma da que existia ao tempo da insurgência dos movimentos de ruptura com o Antigo Regime no final do século XVIII. O Estado, como registrou o Min. Joaquim Barbosa em sede doutrinária, sofreu uma verdadeira “*metamorfose*” marcada pelas “*frequentes e profundas*

ACO 2865 TA / RJ

*alterações, todas elas desencadeadas pela formidável evolução da técnica, pela radical transformação do modo de produção econômica e pela conseqüente modificação das estruturas sociais". (BARBOSA, Joaquim. "Agências Reguladoras: A 'Metamorfose' do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)" in BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 21).*

Com efeito, o modelo oitocentista de Estado, de perfil minimalista no que diz respeito à atuação junto à iniciativa privada, deu lugar a um Estado interventor nas esferas antes hegemônicas da sociedade civil, assumindo o papel de provedor de necessidades fundamentais. Esse novo perfil interventivo passou a exigir cada vez mais conhecimento técnico e especializado dos órgãos estatais, além de respostas mais rápidas do que as propiciadas pelo naturalmente moroso processo legislativo formal. A resposta institucional a essa demanda da sociedade contemporânea veio na forma de agências reguladoras independentes. No Brasil, essas autoridades surgem como autarquias de *regime especial*, dotadas de autonomia reforçada e concentradoras de funções públicas normalmente distribuídas entre poderes do Estado.

Destaca-se, para os fins do presente julgamento, a autonomia e independência, ainda que não absolutas, das agências reguladoras para o exercício de sua competência regulatória e normativa. Essa função é, em boa medida, decorrente das conhecidas "leis-quadro" (*lois-cadre*) ou *standartizadas*, que acabam por abrir espaços, mais ou menos amplos, à atividade normativa das agências reguladoras. Isso porque, caracterizadas pela baixa densidade normativa, tais leis permitem "*o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente*" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 408).

Nesse contexto, o tradicional princípio da legalidade não mais se prende ao paradigma liberal clássico, que enxergava na lei *formal* (i.e., aquela emanada dos órgãos constitucionalmente investidos de função

ACO 2865 TA / RJ

legiferante, notadamente o Parlamento) o único padrão de regência da vida pública ou privada, capaz de esgotar, em seu relato abstrato, todos os comandos necessários à disciplina social. É o que defende o professor Alexandre Santos de Aragão ao propugnar *"por uma superação da separação rígida entre as versões extremas de conformidade legal, sustentando que o mínimo de densidade normativa que as leis devem possuir para atribuir poderes à Administração Pública consiste em habilitações normativas calcadas em princípios e valores"*, ao que o autor denota por *legalidade principiológica* ou *legalidade formal axiológica*, *"no sentido de que as atribuições de poderes pela lei devem, por sucintas que sejam, ser pelo menos conexas com princípios que possibilitem o seu controle; princípios aqui considerados em seu sentido amplo, abrangendo finalidades, políticas públicas, standards etc."* (ARAGÃO, Alexandre Santos de. "A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade" *in Revista de Direito Administrativo*, v. 236, 2005, p. 12).

Vê-se, portanto, que a autoridade normativa das agências reguladoras não implica, *per se*, uma crise da legalidade (e, *a fortiori*, do Estado de Direito), mas antes a superação de uma forma oitocentista (e totalizante) de enxergá-la. Com efeito, a necessidade de respostas mais técnicas e completas se alinha à imprescindibilidade de que estas também sejam autônomas, independentes e céleres, traços distintivos fundamentais da atuação das atuações reguladoras, na linha do que explicita o Prof. Marçal Justen Filho:

"A atribuição de competência de controle (dominação e fiscalização) à agência deriva do reconhecimento de que o processo decisório nos órgãos integrantes das estruturas tradicionais do Estado é permeado por critérios e influências políticas. Isso não significa algum tipo de manifestação reprovável, eis que é da inerência do processo democrático. Mas pode ser incompatível com os fins visados pela regulação estatal. As decisões acerca da atuação dos sujeitos controlados não podem fazer-se apenas segundo conveniências políticas, mas deve ser presidida também por juízos de competência predominantemente técnicos."

ACO 2865 TA / RJ

(JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 364)

Não se ignora, porém, que nem todo exercício das funções típicas das agências reguladoras independentes é infensa ao controle de suas atuações, inclusive judicial, nos casos de extrapolação dos limites delineados ao seu múnus regulatório, ou mesmo no caso em que se verifique indevida intromissão de órgão distinto em suas atribuições. Não obstante, deve-se destacar que tal controle deve ser limitado à própria **capacidade institucional** do Poder Judiciário, em referência à expressão cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (*Interpretation and Institutions*. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, Nº 156, 2002; U Chicago Public Law Research Paper nº 28).

Sem prejuízo das peculiaridades de cada controvérsia, veja-se o exemplo de direito comparado dos Estados Unidos, no contexto do qual Erwin Chemerinsky relata que, em mais de sessenta anos desde o julgamento dos casos *Panama Oil* e *Schechter*, que assentaram, ainda durante o período do New Deal, as bases teóricas da *non-delegation doctrine*, a Suprema Corte norte-americana não declarou inconstitucional nenhuma lei que tenha conferido poderes normativos a agências reguladoras independentes. Todas as delegações, ainda que amplas, foram reputadas válidas. Segundo o festejado professor da Universidade da Califórnia (Irvine), “isso reflete um entendimento judicial de que delegações abrangentes são necessárias em um mundo complexo, bem como que o Poder Judiciário não está bem preparado para traçar limites claros”. (Tradução livre do original: “Undoubtedly, this reflects a judicial judgment that broad delegations are necessary in the complex modern world and that the judiciary is ill-equipped to draw meaningful lines” - *Constitutional Law: Principles and Policies*. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2011, p. 335).

É preciso, pois, cautela do Poder Judiciário ao se pronunciar sobre leis que atribuam poderes normativos às agências reguladoras, sobre os atos técnicos por estas editados, ou mesmo sobre os procedimentos administrativos por elas conduzido. Richard Stewart, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Nova Iorque (*New York*

ACO 2865 TA / RJ

University - NYU), alerta sobre os inconvenientes e obstáculos inerentes à tentativa de tolher, pela via judicial, os espaços de discricionariedade das instâncias administrativas, exigindo um tratamento exaustivo dos diferentes assuntos no plano legislativo:

“Enquanto as cortes podem, em alguns casos, limitar amplas delegações legislativas por intermédio de interpretação jurídica, a adoção generalizada da doutrina da não-delegação (*nondelegation doctrine*) seria claramente pouco sábia. No mundo contemporâneo, previsões legislativas detalhadas de políticas públicas não seriam nem factíveis nem desejáveis, e os juízes não estão bem preparados para distinguir as situações.

Em relação a muitas medidas estatais, pode ser impossível especificar o curso particular de ação a ser seguido. Isso é mais óbvio em um novo campo regulatório. A administração é um exercício de experimentação. Se a matéria é política ou economicamente volátil – como a definição de salários ou preços – mudanças constantes nos parâmetros básicos do problema impedem o desenvolvimento de uma política detalhada que possa ser aplicada por qualquer período maior de tempo. (...)

Ademais, há sérias limitações institucionais à habilidade do Congresso em detalhar políticas regulatórias. As maiorias legislativas representam tipicamente coalizões de interesse que devem guardar harmonia não apenas entre si, mas também com oponentes. Políticos com frequência preferem não tomar posição firme e clara em assuntos controversos de políticas econômicas ou sociais. A previsão legislativa detalhada exigiria investigação intensa e contínua, decisão, e revisão de complexos e específicos assuntos. Tal tarefa demandaria recursos que o Congresso, na maioria dos casos, não tem capacidade ou interesse em reunir. Um esforço generalizado de legislar em detalhes também exigiria um grau de descentralização que poderia erodir a já fragilizada *accountability* das decisões congressuais. Essas circunstâncias tendem a justificar amplas delegações de autoridade a agências administrativas. Além

ACO 2865 TA / RJ

disso, para além desses fatores, alguém poderia questionar se o Poder Legislativo é mais provável de produzir decisões responsáveis sobre questões de políticas públicas do que as agências.

Por fim, há sérios problemas em confiar ao Poder Judiciário a missão de aplicar a teoria da não-delegação (*nondelegation doctrine*). As cortes podem impropriamente insistir em um detalhamento legislativo maior do que a matéria comporte. Porém, como decidirá o juiz acerca do grau de especificação normativa possível, por exemplo, na regulação de salários e preços quando esta é inicialmente implementada? Como ele decidirá se há possibilidade de maior detalhamento legislativo em razão do conhecimento acumulado sobre a matéria? E se a situação política é tal que o processo legislativo seja incapaz de gerar qualquer previsão normativa mais detalhada? Como o juiz diferencia este caso daqueles em que o Poder Legislativo está evitando exercer suas 'próprias' responsabilidades? Tais julgamentos são necessariamente subjetivos, e a doutrina que os enxerga como determinantes da legitimidade da atuação administrativa pode inviabilizar a própria administração, seja pela sua exposição à contínua ameaça de invalidação, seja pelo incentivo à recalcitrância que desperta naqueles que a ela se opõem. Dados esses parâmetros subjetivos, e o caráter controverso de decisões quanto à invalidade de decisões legislativas, tais decisões irão inevitavelmente parecer partidárias, e poderão com frequência sê-lo".

(STEWART, Richard. "The Reformation of American Administrative Law" *in Harvard Law Review*, vol. 88, p. 1695-1697 - tradução livre do original)

Na espécie, consideradas essas duas premissas teóricas principais – (i) a garantia de autonomia das agências reguladoras; e (ii) o reconhecimento da limitação da capacidade institucional do Poder Judiciário –, aparenta-se evidenciar, nesta primeira análise da questão, uma indevida intromissão realizada pelo Conselho Nacional de Política

ACO 2865 TA / RJ

Econômica – CNPE nas atribuições autônoma e independentemente asseguradas pela Lei nº 9.478/97 e pelo Decreto nº 2.705/1998 à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP. Como já discorrido no início do presente *decisum*, tais diplomas normativos destinam à ANP a competência para fixação dos valores mínimos, bem como do preço de referência, relativos aos critérios para o cálculo das compensações financeiras.

Deveras, não obstante se disponha que a ANP é “*vinculada ao Ministério de Minas e Energia*” (art. 7º, *caput*, da Lei nº 9.478/97), tal vinculação é tão somente administrativa, não alcançando a atuação finalística da referida agência reguladora. Mesmo considerada a distinção entre a formulação de políticas públicas e a sua execução, atribuiu-se, na regulação do setor econômico petrolífero, específica e expressamente à ANP a definição de preços mínimos para o cálculo das compensações financeiras sobre as quais aqui se discute, elemento que, nessa análise de cognição sumária, parece não integrar a formulação da política pública energética, atribuída ao CNPE.

Nesse sentido, citam-se as lições de Lucas Rocha Furtado, que dispõem tanto sobre o cenário geral da independência das agências reguladoras, como sobre a relação entre a ANP e o CNPE neste cenário, *verbis* (grifos nossos):

“Traço distintivo e peculiar na atuação das agências diz respeito à independência que lhes é conferida e que visa garantir atuação imparcial, ou ao menos mais imparcial do que a que seria exercida por órgãos governamentais mais sujeitos a interferências e flutuações de humores políticos ocasionais.

[...]

Inserir o poder das agências de regular determinado segmento do mercado no campo da discricionariedade, e não do regulamentar, não importa em outorga-lhes independência absoluta. Ao contrário, há muito se discute a possibilidade de ser exercido, não apenas pelos Tribunais de Contas, mas

ACO 2865 TA / RJ

também pelo próprio Poder Judiciário controle de legitimidade sobre a atuação discricionária do administrador, podendo o princípio da razoabilidade ser apontado como apenas um dos instrumentos adequados para tal mister. [...]

A rigor, o termo discricionariedade técnica — tão importante para o tema que ora examinamos — foi utilizado pela primeira vez na Áustria, e a sua justificativa está diretamente relacionada à necessidade de que certas decisões administrativas devem considerar tal nível de especialização que somente aquele órgão ou entidade teria elementos necessários para a valoração da melhor solução a ser adotada.

Ademais, o poder discricionário conferido às agências é ampliado pelo fato de que as leis que definem suas atribuições utilizam, muitas vezes, conceitos genéricos, e tratam as questões que lhes são apresentadas apenas como princípios, fixando apenas standards ou parâmetros a serem observados pelas agências no exercício do poder de regular determinados setores. Surge, assim, o amplo espaço de atuação das agências e que certamente irá resultar em conflitos com as entidades políticas a que estejam vinculadas, caso não haja absoluta sintonia entre a atuação das agências e a atuação, ou falta de atuação, do Poder Central.

Na definição das potestades conferidas às agências, há uma que não lhe é conferida: a de definir ou de formular políticas públicas. Essa tarefa é inerente às entidades políticas. Cabe à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal formularem as políticas para os diversos setores regulados, cabendo às suas respectivas agências o papel de executá-las. Tomemos aqui o exemplo do setor energético a fim de verificarmos as causas de tantas desavenças entre o setor regulado, o poder central e as agências reguladoras.

A Lei nº 9.478/97, a lei do petróleo, além de criar a Agência Nacional do Petróleo (ANP), criou o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), órgão integrante da Administração direta, cuja função é a de sediar o debate, de forma multidisciplinar, sobre a problemática energética em nosso País.

ACO 2865 TA / RJ

Temos, assim, que o CNPE fica com o encargo de definir a política energética, enquanto a regulação e execução dessas políticas ficam sob a responsabilidade das agências ligadas a essa área: ANEEL e ANP.

Devem as agências regular os setores sob sua responsabilidade; não devem elas, todavia, desempenhar a função do Poder Central de formular políticas públicas, função que deve ser definida em nível ministerial, com a efetiva participação do chefe do Executivo e do respectivo Poder Legislativo.

[...] A discricionariedade a ser utilizada pelas agências, como agentes de implementação dessas políticas, deve estar definida em lei, sob pena de se subverter a própria lógica do sistema, que pressupõe normas claras e previamente definidas, de modo a que os investidores possam agir com a certeza de que não haverá alterações inesperadas nos rumos definidos para os setores regulados.”

(FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, pp. 151-155)

Igualmente, destaca-se que nem no âmbito do Decreto nº 3.520/2000, que dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do CNPE, tampouco nas disposições da Lei nº 9.478/97, se vislumbra qualquer atribuição de competências a tal órgão em exercício da qual se poderia justificar a intervenção ora noticiada.

Destarte, tratando-se de competência explicitamente destinada pelos atos normativos que regulam a matéria à ANP, a providência promovida pelo CNPE, sobretudo quando o processo administrativo conduzido posteriormente suspenso pelo órgão regulador se mostra tecnicamente fundamentado, em *determinar* (termo literalmente utilizado pela Resolução nº 01/CNPE de 20/01/2016) à ANP que atue, em competência que lhe é própria, conforme qualquer determinação externa, aparenta consubstanciar indevida intromissão na autonomia e independência funcional da agência reguladora. Nessa linha, como acima já destacado,

ACO 2865 TA / RJ

observa-se que a edição deste ato pelo CNPE foi adotada expressamente como motivo para a suspensão da realização de audiência pública destinada à avaliação da revisão da Portaria ANP nº 206/2000, em sede do processo administrativo nº 48610.000618/2015/11, em trâmite perante a referida agência reguladora.

Entretanto, considerada a segunda premissa acima explicitada, entende-se que o pedido de tutela antecipada formulado pelo Estado-autor não pode ser integralmente acolhido. Na linha dos já alentados temas da limitação da capacidade institucional do Judiciário e da discricionariedade técnica do órgão regulador, a manifestação judicial sobre o ponto deve ser mínima, porquanto essa autonomia e independência das agências reguladoras é oponível, guardados seus limites, aos três Poderes do Estado, como bem afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *"a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o norma do órgão regulado ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque suas normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estanhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos serviços públicos"* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.** São Paulo: Atlas, 2002, p. 141).

Ex positis, nos termos do art. 303 do CPC/2015, **defiro parcialmente o pedido de tutela antecipada**, apenas para suspender os efeitos da Resolução nº 01/CNPE de 20/01/2016, até que se decida definitivamente o presente feito, devendo a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP proceder, conforme sua independência e autonomia funcional, à continuação do processo administrativo nº 48610.000618/2015/11, em trâmite perante a referida agência reguladora, destinado à avaliação da revisão da Portaria ANP nº 206/2000, deixando de considerar, para a suspensão da realização de audiência pública neste

ACO 2865 TA / RJ

feito, o ato do CNPE cujos efeitos ora se suspende.

Ademais, considerando que, sob uma ótica moderna do processo judicial, a fase conciliatória é uma etapa de notória importância e diante da possibilidade de se inaugurar um processo de mediação neste feito, capaz de ensejar um desfecho conciliatório célere e deveras proveitoso para o interesse público (postulados expressamente adotados pelo CPC/2015), **designo a realização de audiência de conciliação e inaugural de um possível processo de mediação**, a ocorrer em 14 de junho de 2016, às 11 horas, no 3º andar do Anexo II do Supremo Tribunal Federal, em meu Gabinete, nos termos do art. 303, § 1º, II, do CPC/2015, **devendo os réus serem citados e todas as partes intimadas para essa audiência, bem como seus respectivos procuradores**, a ser realizada nos termos do art. 334 desse mesmo diploma processual.

Além dos réus (União e Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP), que já serão ordinariamente citados e intimados quanto à realização da audiência, **intime-se pessoalmente o Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República**, para que possa comparecer pessoalmente ou por meio de representante.

Publique-se. Int..

Brasília, 5 de maio de 2016.

Ministro **LUIZ FUX**

Relator

Documento assinado digitalmente