

Alexandre Santos de Aragão

PARECER

INJURIDICIDADES DA IMPOSIÇÃO DE PERIODICIDADE MÍNIMA PARA MUDANÇAS NOS PREÇOS DO COMBUSTÍVEIS

**Rio de Janeiro
Junho de 2018**

SUMÁRIO

I – A CONSULTA.

II – DIVERSAS MODALIDADES DE CONTROLE DE PREÇOS E A INDÚSTRIA DO PETRÓLEO

III – NATUREZA JURÍDICA DAS ATIVIDADES PETROLÍFERAS E SUAS RELAÇÕES COM AS REGRAS DE PREÇOS À LUZ DO ART. 174, CF.

IV – COMPETÊNCIAS DA ANP EM RELAÇÃO AOS PREÇOS DOS COMBUSTÍVEIS E O ART. 69 E SEQUINTE DA LEI DO PETRÓLEO.

V – ANÁLISES ADICIONAIS.

V.1 – MOTIVAÇÃO E COMPETÊNCIA.

V.2 – REQUISITOS CONSTITUCIONAIS DOS CONTROLES DE PREÇOS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF.

V.3 – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

V.4 – ESTATUTO DAS ESTATAIS E DEVERES DO ACIONISTA CONTROLADOR.

VI – CONCLUSÕES.

I – A CONSULTA.

Consulta-nos a Associação Nacional das Distribuidoras de Combustíveis, Lubrificantes, Logística e Conveniência – PLURAL a respeito da juridicidade da intenção manifestada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, através de Aviso de Tomada Pública de Contribuições – TPC, de impor periodicidades mínimas para o reajuste dos preços dos combustíveis.

Frisamos que, como não poderia deixar de ser, nos cindiremos aos aspectos estritamente jurídicos da consulta.

Aparentemente, o foco de tais imposições seria o preço cobrado pelas refinarias, mas não é de se descartar que venham a visar também os preços estabelecidos pelas distribuidoras e revendedoras de combustíveis.

Em seus “Considerandos” e em declarações do seu Diretor-Geral de 5 de junho de 2018, a ANP fundamenta a sua intenção na concentração no mercado de refino e na ausência de um mecanismo tributário que possa servir como um colchão contra flutuações bruscas de preços.

Não se refere, no entanto, em momento algum, ao movimento dos caminhoneiros que recentemente paralisou o País, e que, naturalmente, não pode ser irrealisticamente ignorado como uma de suas razões. Um dos principais pontos do movimento foi a contestação do modelo de preços adotado pela PETROBRAS de repassar para o mercado interno as variações dos preços internacionais do petróleo e seus derivados.



Alexandre Santos de Aragão

Afirma também a ANP que “estabelecer um período mínimo para repasse do reajuste não significa interferência na formação do preço, que continua sendo livre”. Essa questão conceitual é relevante teórica e empiricamente e será por nós abordada com vagar ao longo do Parecer.

Partiremos do pressuposto econômico informado pela Consultante de que qualquer periodicidade de reajuste que seja fixada para o refino pode gerar prejuízos.

Primeiramente, analisaremos a natureza jurídica das atividades da indústria do petróleo, em especial do refino, da distribuição e da revenda. O faremos com base em seu regramento constitucional e legal, e veremos os reflexos que tais naturezas jurídicas possuem no maior ou menor poder do Estado para fixar regras sobre os seus preços.

No Tópico III veremos alguns exemplos de modalidades de controles de preços em tese existentes, como elas evoluíram na indústria do petróleo nas últimas décadas, para vermos como que a imposição de periodicidade mínima se classificaria juridicamente: se espécie de controle de preços, ou não, como sustenta a ANP.

Em seguida (Tópico IV) focaremos concretamente nas possíveis competências da ANP para estabelecer tais regras, em especial face à política pública de liberalização de preços expressamente adotada pelo art. 69 e seguintes da Lei do Petróleo.

O Tópico V será dedicado a analisar alguns pontos críticos da proposta da ANP, que existiriam mesmo que tais regras pudessem ser, em tese, editadas pela ANP. As analisaremos à luz dos princípios da Proporcionalidade e da Motivação, dos requisitos constitucionais dos



controles de preços tal como expressados pela jurisprudência do STF, bem como dos ônus que podem acabar impondo à PETROBRAS, hoje ao abrigo do Estatuto das Estatais, que possui uma série de normas que coíbem tais onerações.

Iniciemos, pois.

II – NATUREZA JURÍDICA DAS ATIVIDADES PETROLÍFERAS E SUAS RELAÇÕES COM AS REGRAS DE PREÇOS À LUZ DO ART. 174, CF.

Um fator de distinção importante para verificarmos a possibilidade de o Estado controlar os preços cobrados pelas empresas é identificarmos a que título a empresa explora a atividade econômica: se por direito próprio de iniciativa privada, ou se por delegação do Estado de uma atividade por este titularizada, um serviço público ou um monopólio público.

Vige para as atividades econômicas *stricto sensu* não monopolizadas, participe delas o Poder Público ou não, o princípio da liberdade de iniciativa, observadas as regras de polícia econômica geral que as conforme aos princípios e valores fundamentais da República Federativa do Brasil (arts. 1º e 3º, CF) e aos princípios setoriais da ordem econômica (art. 170, CF), exigida, quando for o caso, autorização prévia para o seu exercício (art. 170, parágrafo único, CF).

Especificamente sobre o petróleo, a Constituição Federal é pródiga, dispondo sobre: a) a titularidade federal sobre os principais bens envolvidos nesta indústria – os recursos minerais; b) a competência da União para legislar sobre energia e recursos minerais (art. 22, IV e XII); c) a competência dos Estados para prestar os serviços de distribuição de gás



Alexandre Santos de Aragão

canalizado (art. 25, § 2º); d) o monopólio federal sobre as atividades básicas da indústria do petróleo (art. 177); e) as condições da atuação pública e privada no setor (art. 20, § 1º, 176 e 177); e f) a previsão de um órgão regulador (art. 177, § 2º, III).¹

O seu art. 177 estabelece como monopólio da União a pesquisa; a lavra; o refino do petróleo, nacional ou estrangeiro; a importação; a exportação e o transporte marítimo ou por dutos do petróleo e dos seus derivados. Note-se que há atividades da indústria do petróleo, como o transporte que não seja marítimo ou por dutos, assim como a distribuição e a revenda, que não constituem monopólios da União, sendo atividades da iniciativa privada, sujeitas, no entanto, à regulação estatal na forma dos arts. 170 e 174 da Constituição Federal.

Em relação especificamente ao refino, o art. 45 do ADCT dispõe que as refinarias já instaladas no País quando da edição da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, que criou inicialmente o monopólio do petróleo, ficam excluídas do monopólio da União, exercendo assim atividade eminentemente privada, a exemplo da Refinaria de Manguinhos.²

Regulamentando o art. 177, CF, foi editada a Lei nº 9.478/97, a Lei do Petróleo, que estabeleceu a política energética nacional, disciplinou as atividades da indústria do petróleo tal como definida no seu art. 6º, XIX, criou o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo – ANP, cabendo a esta a implementação da política traçada pelo primeiro (art. 8º, I).

¹ *Regime Jurídico do Setor Petrolífero*, p. 386, de Carlos Ari Sundfeld, constante da obra coletiva coordenada pelo próprio, *Direito Administrativo Econômico*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000.

² Cf. TÁCITO, Caio. Permissão de Refino de Petróleo, in *Temas de Direito Público*, 2º Volume, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, pp. 1617/1621.



Alexandre Santos de Aragão

As atividades petrolíferas foram pela Lei do Petróleo "declaradas de utilidade pública. Assim, elas têm o ônus público de deverem ser prestadas em benefício da população, no sentido de que o explorador destas atividades tem alguns ônus para com a população e para com o Estado".³

O art. 5º da Lei do Petróleo dispõe que a faculdade conferida pelo art. 177, § 1º, da Constituição Federal, ou seja, a contratação de particulares ou de empresas estatais para a exploração das atividades petrolíferas monopolizadas pela União, se dará mediante concessão ou autorização.

Para cada espécie ou fase da atividade petrolífera a Lei do Petróleo dá uma disciplina distinta, razão pela qual é de grande relevância distinguirmos: (a) exploração (ou pesquisa), na qual a empresa procura por petróleo em blocos ou áreas pré-delimitadas; (b) produção ou lavra, pela qual o petróleo é extraído da jazida; (c) importação e exportação, sendo que aquela, tal como a produção, concorre para o suprimento interno do produto; (d) refino, processo pelo qual o petróleo deve passar para poder ser utilizado; (e) transporte: para que o petróleo bruto ou seus derivados cheguem aos seus destinos devem ser transportados. "O transporte pode se dar de várias formas. Há os meios fixos, os condutos (o oleoduto e o gasoduto). Há os meios móveis, sendo os navios os principais";⁴ e (f) distribuição: para que os derivados do petróleo cheguem aos consumidores deve haver a distribuição dos combustíveis no atacado; e (g) revenda: "os

³ Maria d'Assunção Costa Menezello, *Introdução ao Direito do Petróleo e Gás*, constante da obra coletiva *Direito Administrativo Econômico*, coordenada por Carlos Ari Sundfeld, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 382.

⁴ Carlos Ari Sundfeld, *Regime Jurídico do Setor Petrolífero*, constante da obra coletiva, coordenada pelo próprio autor, *Direito Administrativo Econômico*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 388..



Alexandre Santos de Aragão

consumidores finais são atingidos pela atividade de revenda de derivados de petróleo",⁵ feita pelos "postos de gasolina".

Apenas as atividades de exploração e produção (letras "a" e "b") foram submetidas à concessão, tendo sido exigida para as demais (letras "c" a "g") a prévia autorização.

Vê-se que a Lei do Petróleo, considerando menos o monopólio incidente sobre as atividades do setor, e mais a possibilidade de concorrência que cada uma delas pode propiciar, destinou a autorização para as atividades nas quais se deem as maiores possibilidades de competição.

Assim, as atividades não monopolizadas (ex: a distribuição e a revenda) não são sujeitas à prévia contratação, até porque esta, precedida de licitação, pressupõe a limitação do número de operadores, limitação esta que não seria admissível em se tratando de atividade de titularidade da iniciativa privada, sujeita, todavia, a autorização (art. 9º, Lei do Petróleo).

Já as atividades monopolizadas (exploração, produção, importação, exportação, parte do refino, transporte marítimo e por dutos) podem ser sujeitas à concessão ou à autorização. A Lei reservou esta modalidade regulatória para as atividades de refino, importação, exportação e transporte marítimo ou por dutos, que não apenas admitem, como, pelo Princípio da Subsidiariedade, demandam, a maior concorrência possível (arts. 53, 56 e 60, Lei do Petróleo).



⁵ *Idem.*

Alexandre Santos de Aragão

A concessão foi destinada apenas à exploração e produção, vez que pressupõem a delimitação espacial, não sendo factível a abertura de concorrência para que todas as empresas interessadas explorassem ao mesmo tempo determinada jazida (art. 23, Lei do Petróleo). Além destas limitações fáticas, concorre para a imposição da prévia concessão para a exploração e produção de petróleo o fato de "envolverem o uso de bem público; portanto, a fruição é um privilégio".⁶

Não estamos a dizer que não deva haver concorrência nestas atividades, mas apenas que esta fica restrita à escolha do concessionário na licitação, que, uma vez escolhido, não terá a concorrência de outros concessionários sobre a mesma área.

Observe-se que em relação às atividades petrolíferas monopolizadas, que não são apenas a exploração e produção de petróleo, o § 1º do art. 177 da Constituição Federal alude à contratação de estatais ou de empresas privadas. Não sendo a autorização contrato, mas ato administrativo, poderia o Legislador ter assentido na exploração privada de algumas destas atividades mediante autorização?

Em outra oportunidade,⁷ já expusemos que sim, ou seja, que, em razão dos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade, sempre que atendido o interesse da coletividade, se impõe a adoção pelo legislador da modalidade regulatória menos constritiva, *in casu* a *ordenatio* (instrumentalizada por autorização administrativa), em detrimento da

⁶ Carlos Ari Sundfeld, *Regime Jurídico do Setor Petrolífero*, constante da obra coletiva coordenada pelo próprio, *Direito Administrativo Econômico*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 395.

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, Ed. Fórum, 4ª edição, Belo Horizonte, 2017, tópico v.7.



Alexandre Santos de Aragão

publicatio (instrumentalizada por contratos de delegação). As atividades petrolíferas monopolizadas de refino, importação, exportação e transporte marítimo ou por dutos, podem ser consentidas a um número indeterminado de agentes econômicos privados, o que é consentâneo com o princípio da livre iniciativa, ficando, no entanto, sujeita à ordenação pública autorizativa.

O exemplo análogo mais eloquente em nossa jurisprudência foi o da classificação dos serviços de telecomunicações através de variados índices de publicização (de serviços públicos a atividades privadas regulamentadas), realizada pela Lei Geral de Telecomunicações (arts. 18, I, c/c arts. 62 a 64, Lei nº. 9.472/97),⁸ considerada constitucional no julgamento da liminar requerida na ADIN nº. 1668.⁹

O Ministro NELSON JOBIM, autor do voto condutor da maioria nessa questão, não viu "inconstitucionalidade alguma no fato de cada modalidade de serviço estar destinada à prestação exclusivamente no regime de público, no regime privado ou, concomitantemente, em ambos os regimes, sem qualquer exclusão. A Agência poderá definir, e, em alguns casos concretos,

⁸ A riqueza classificatória presente na LGT é uma demonstração das potencialidades da discricionariedade legislativa conferida pelo art. 21, CF.

⁹ As mesmas discussões vêm sendo travadas na Argentina, que substituiu as concessões de telecomunicações pelas "*licencias*" (v. MUÑOZ, Guillermo. *Las Transformaciones del Servicio Público*, in *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 174 e segs.). Em Espanha, as telecomunicações foram inteiramente liberalizadas: "O desaparecimento do conceito de serviço público no setor impôs também o desaparecimento do conceito de concessão como meio de intervenção administrativa na atuação dos particulares. (...) A técnica da concessão, como técnica geral, foi substituída, com o mesmo caráter geral, e como técnicas ordinárias, pela autorização administrativa ou, nos casos em que o tipo de serviço de telecomunicação exigir maior intervenção, pela licença. Já não mais existe um transpasse de funções públicas (nota típica das concessões, que implica em um poder discricionário da Administração na sua outorga). Nos encontramos ante direitos subjetivos prévios dos particulares para aceder aos serviços que agora são apenas de interesse geral (não mais serviços públicos), limitando-se a intervenção administrativa a uma atividade de polícia, de controle prévio ao exercício de um direito preexistente a essa intervenção" (ALBI, Joaquín Albi. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones* [coord. Eduardo García de Enterría e Tomás de la Quadra-Salcedo], Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 69).



há o interesse público no sentido de que um serviço possa ser, ao mesmo tempo, privado – forma pela qual poderá ser financiado – e aberto ao público. (...) Não vejo inconstitucionalidade alguma em relação à concomitância".

EROS ROBERTO GRAU observa que "a Constituição é um dinamismo. É do presente, da vida real que se toma as forças que a ela, bem assim ao Direito, conferem vida. Por isso mesmo, os movimentos de redução e ampliação das parcelas da atividade econômica em sentido amplo que consubstanciam serviço público refletem a atuação das forças sociais em um determinado momento, evidentemente também conformadas pela Constituição. (...) A interpretação da Constituição, indispensável ao desvendamento do quanto por ela definido a esse respeito, explícita ou supostamente, envolve também a interpretação dos fatos, tal como se manifestam em um determinado momento."¹⁰

Tratando das constituições de províncias argentinas que, a exemplo da Constituição Brasileira de 1988 (art. 175), têm normas que reservam para o Estado serviços e monopólios públicos, HÉCTOR A. MAIRAL explica que "as normas constitucionais em questão podem ser interpretadas como atributivas ao Estado da titularidade da atividade, mas não necessariamente qualificando aquela determinada atividade com o caráter de 'administrativa'."¹¹

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público*, in *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, p. 266. "A interpretação constitucional não pode fechar os olhos diante das transformações de conteúdo e da função das normas constitucionais, que são derivadas da mutação da realidade social", mas, adverte o administrativista alemão, "a interpretação constitucional não pode deixar que sistematizações artificiais encubram os contrastes efetivos entre a Constituição e a realidade" (FORSTHOFF, Ernst. *Concetto e Natura dello Stato Sociale di Diritto*, in *Stato di Diritto in Trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 32).

¹¹ MAIRAL, Héctor A. *La Ideologia del Servicio Público*, in *Revista de Derecho Administrativo* [Argentina], ano 5, p. 403. Mister se faz a remissão na matéria ao Tópico V.7 *supra*.



Alexandre Santos de Aragão

Ou seja, o fato de o refino, em parte (lembremo-nos do cit. art. 45 do ADCT), estar inscrito na Constituição como monopólio da União não retirou do Legislador a discricionariedade de, se assim julgasse mais conveniente, dar-lhe feição de atividade privada regulamentada, sujeita a mera autorização administrativa, e não a contrato. Foi exatamente essa decisão que, como narrado acima, tomou a Lei do Petróleo em relação ao refino e às outras atividades enumeradas no art. 177, com exceção das atividades de exploração e produção.

Tradicionalmente, as autorizações administrativas são qualificadas como atos administrativos discricionários e precários. Entendemos que, dada a vagueza da Lei do Petróleo em relação às autorizações, o seu caráter discricionário é defensável, caráter este que não pressupõe necessariamente a precariedade, que é excluída em princípio, por exemplo, nas autorizações por prazo determinado. Nessas autorizações a doutrina, sem negar a discricionariedade na emissão, a recusa na revogação antes do fim do prazo.¹²

Como "pondera FRANCHINI, a autorização constitui o compromisso entre a liberdade e a autoridade, caracterizando-se como o ato que reintegra o ato de liberdade, possibilitando que o direito individual produza seus naturais efeitos. (...) O direito individual precede à autorização, que, no entanto, é complemento necessário ao gozo do direito ou liberdade ao qual adere. Configura um ato-condição, na terminologia de DUGUIT. Vitaliza o

¹² "A fixação de prazo poderá investir o beneficiário do direito subjetivo oponível à Administração, consistente em perdas e danos, em caso de revogação extemporânea" (Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, Ed. ATLAS, 2ª ed., 1997, p. 99).

direito *in fieri*, conferindo-lhe trânsito no mundo jurídico, em cujos umbrais se encontra, na expectativa do impulso libertatório".¹³

Alguns autores extraem do sistema da Lei do Petróleo a estabilidade das autorizações petrolíferas.¹⁴ A isto acresceríamos o fato de que, em razão da própria natureza das atividades envolvidas, que demandam altos investimentos,¹⁵ a precariedade, deve ser de todo excepcional. **Igualmente, por absoluta identidade de razões, também não deve ser admitida a instabilização da autorização, com a imposição de novas regras gravosas que não estavam em seus termos originais.**

Observe-se que a ANP, como não poderia deixar de ser, ao exercer a discricionariedade conferida pela Lei do Petróleo vem configurando as autorizações por ela emitidas como estáveis, vez que ficam sujeitas apenas a algumas hipóteses taxativas e não discricionárias de revogação.

Dessa forma, a única diferença entre as atividades de refino e de distribuição de combustíveis, está na discricionariedade legislativa

¹³ Cf. TÁCITO, Caio. Permissão de Refino de Petróleo, in *Temas de Direito Público*, 2º Volume, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, p. 1625.

¹⁴ Nota-se ainda que tem sido revisto, tanto doutrinária como legislativamente, o conceito tradicional de autorização como sendo um ato discricionário e precário. Não existindo uma configuração constitucional do instituto da autorização, nada impede que o Legislador lhe atribua caráter vinculado e não precário, como o fez na Lei Geral de Telecomunicações e na Lei do Petróleo. Aprofundar em Floriano Azevedo Marques Neto, *Direito das Telecomunicações e ANATEL*, na obra coletiva *Direito Administrativo Econômico*, coordenada por Carlos Ari Sunfeld, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 313, e em Maria d'Assunção Costa Menezello, *Introdução ao Direito do Petróleo e Gás*, constante da mesma obra coletiva, p. 383. Carlos Ari Sunfeld observa que "a Lei do Petróleo parece não ter pretendido submeter os autorizatários ao regime de instabilidade, que se afigura incompatível com a política nela expressa. Na base dessa conclusão está o raciocínio de que, se não há garantia de estabilidade e permanência, não poderá, por via de consequência, haver liberdade de iniciativa e livre competição" (*Regime Jurídico do Setor Petrolífero*, pp. 394/5, da obra coordenada por Carlos Ari Sunfeld, *Direito Administrativo Econômico*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000).

¹⁵ As autorizações precárias são próprias apenas das atividades que exigem baixos investimentos e que podem ser encerradas a qualquer tempo sem maiores prejuízos.

Alexandre Santos de Aragão

sobre elas incidentes. Em relação ao refino, estando em parte no monopólio da União, o legislador teria ao seu dispor instrumentos muito mais interventivos que os que dispõe em relação à distribuição, atividade por determinação constitucional privada. Ocorre que, ao exercer essa discricionariedade, o legislador optou, ao revés, por deixar a atividade de refino apenas sob *ordenatio* (regulação por licença ou autorização), não sob *publicatio* (exercitável por particulares apenas mediante contratos).

Ainda deve ser repisado, além disso, que há refinarias expressamente excluídas do monopólio da União pelo art. 45 do ADCT. Como expôs CAIO TÁCITO, "o art. 45 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, excluindo do monopólio as refinarias em funcionamento no País, mantém as situações existentes na integridade de sua estrutura técnica e econômica, que tem como suporte os indicados princípios e normas da respectiva regulamentação legal. **A substância do direito, que perdura, supõe a permanência de suas condições de estabilidade e continuidade**, entre as quais avulta *de lege* a rentabilidade do empreendimento. (...) A fixação desses valores vincula-se ao correlato dever de assegurar, às empresas refinadoras, o equilíbrio econômico-financeiro que serve de alicerce à eficácia do direito à continuidade estável da atividade amparada pela ressalva constitucional à aplicação do monopólio".¹⁶

Pelo exposto, tendo sido dado (pela Constituição) caráter privado à distribuição e dado (pela Lei do Petróleo) feição privada ao refino, não pode o poder público invocar supostas titularidades suas sobre a atividade para regulamentá-la de maneira tão intensa a ponto de controlar seus preços. Em

¹⁶ Cf. TÁCITO, Caio. Permissão de Refino de Petróleo, in *Temas de Direito Público*, 2º Volume, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, pp. 1628/9, grifamos.

Alexandre Santos de Aragão

relação ao refino, até poderia, mas somente mediante alteração legislativa e apenas *ex nunc*, respeitando-se os atos jurídicos perfeitos das autorizações administrativas anteriormente emitidas.

Nesse contexto, não pode ser imposta uma programação estatal obrigatória, através do estabelecimento de obrigações quanto à conformação (por quanto, como e quando produzir) do empreendimento, violando o art. 174 da Constituição Federal, para o qual o planejamento é meramente indicativo para a iniciativa privada. O Estado, com base no mesmo art. 174, pode regular, mas sem que a regulação chegue a constituir uma planificação ou uma direção.¹⁷ O Estado não pode, nas atividades sujeitas a mera *ordenatio*, é se substituir ao agente econômico na tomada de decisões empresariais.¹⁸

¹⁷ O art. 174 prevê o Estado como normatizador e regulador das atividades econômicas privadas, tendo sido retirado, já durante a fase final dos trabalhos constituintes, o termo "controle", que poderia levar a interpretações de que o Estado planejaria coativamente também as atividades privadas. "Falava-se em controle. E controle com um sentido diferente de fiscalização significa dominação, comando" (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1990, p. 81). Na mesma passagem da obra podem ser consultados maiores detalhes quanto ao trâmite constituinte do que acabou se tornando o art. 174 da Constituição Federal.

¹⁸ Em uma interpretação relativizadora do art. 174, CF, há doutrina no sentido que "a expressa menção do referido dispositivo ao fato de o planejamento econômico ser meramente indicativo para o setor privado elimina apenas a possibilidade de dirigismo econômico. Pouco ou nada esclarece, porém, com relação ao grau de intervencionismo. Para essa definição o art. 174 é de pouco auxílio. A competência normativa e reguladora atribuída pelo Constituinte ao Estado é ampla o suficiente para incluir intervenções bastante brandas ou bem extremadas na ordem econômica. Essa incerteza não desaparece uma vez analisados os princípios gerais estabelecidos no art. 170. De sua dicção não é possível definir com exatidão a extensão nem os limites do intervencionismo. A exata medida em que princípios como 'livre iniciativa' e 'justiça social' bem como 'propriedade privada' e 'função social da propriedade' devem conviver é deixada ao trabalho interpretativo do aplicador do Direito. Assim é que a vinculação do princípio da livre iniciativa ao da justiça social tem sido, por exemplo, usada em muitos casos para permitir o controle de preços em áreas sensíveis, como ocorrido com as mensalidades escolares: ADIn nº. 319-DF, in RTJ 149/666 – onde o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da Lei 8.039, de 30.5.1990, que dispõe sobre os critérios de reajuste das mensalidades escolares" (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, p. 106). A assertiva do autor não nos parece equivocada, uma vez que realmente há um amplo espaço de ponderação de princípios a ser definida pelo legislador, mas deve ser considerada com

Alexandre Santos de Aragão

A mesma interpretação teve o STJ, ao decidir o Recurso Especial nº 614048/RS, sendo Relator o Ministro LUIZ FUX, julgamento que, por sua importância teórica, deve ter parte de sua ementa transcrita:

“A intervenção estatal no domínio econômico é determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, por força da livre iniciativa e dos cânones constitucionais inseridos nos arts. 170 e 174, da CF. Deveras, sólida a lição de que um “dos fundamentos da Ordem Econômica é justamente a 'liberdade de iniciativa', conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inciso IV, aponta, ainda a 'livre concorrência' como um de seus princípios obrigatórios: 'A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência'. Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a

cautela, uma vez que tal discricionariedade legislativa é limitada pela bipartição que a própria Constituição faz entre as atividades econômicas *stricto sensu* e os serviços públicos, não podendo a regulação prevista no art. 174 ser tão forte a ponto de total ou parcialmente indiferencia-los, por exemplo, em relação à fixação de preços pelo Estado. No citado precedente do STF, por exemplo, havia o controle dos preços para evitar abusos, mas não a sua fixação diretamente pelo Estado, além de envolver diretamente direito fundamental especial sensível, que é a educação.

Alexandre Santos de Aragão

eleição da atividade que será empreendida assim como o quantum a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados. No passado ainda poderiam prosperar dúvidas quanto a isto; porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado, com todas as letras, no art. 174: 'Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (...)'

As atividades de refino, distribuição e revenda devem ser encaradas dentro desse marco, como qualquer atividade privada que possua liames de utilidade pública, mas que segue sendo privada, para fins de admissibilidade ou não do controle de preços, o que só é admissível em casos excepcionais, em resumo por duas razões básicas cumulativas: (1) cobrança de preços abusivos que (2) possa ameaçar a fruição de direitos fundamentais.

O atendimento a esses requisitos será objeto de apreciação apenas no Tópico V.2. No momento, ainda estamos em um momento logicamente anterior de nossa análise, qual seja, a de verificação da própria competência

Alexandre Santos de Aragão

e legalidade da ação da ANP em estabelecer modalidade de controle de preços consistente na vedação de mudanças em seu valor em períodos de tempo que entender muito curtos, o que será objeto do próximo tópico.

Apenas após ele, analisaremos, *ad argumentandum*, se, mesmo que a ANP tivesse tal competência e que a Lei a permitisse, se tal controle de preços atenderia aos requisitos constitucionais gerais desse mecanismo de forte intervenção do Estado na economia.

No Tópico que segue, começaremos a adentrar mais especificamente no tratamento que a Lei do Petróleo deu ao controle de preços e como a proposta da TCP se enquadraria entre as diversas espécies dessa forma de intervenção do Estado no domínio econômico.

III – DIVERSAS MODALIDADES DE CONTROLE DE PREÇOS E A INDÚSTRIA DO PETRÓLEO.

A relação do Estado com a economia se dá de maneira pendular, com épocas de maior intervenção e restrições à liberdade econômica, seguidas de outras de maior liberalização e espaço para o livre mercado.¹⁹ Tais momentos são positivados em regras jurídicas até que, posteriormente, sejam revisadas em um novo contexto político econômico.



¹⁹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O caráter cíclico da intervenção estatal. Revista de Economia Política, v. 9, n. 3, jul.-set. 1989. No direito público econômico, de maneira mais restrita, Caio Tácito também identifica o mesmo movimento periódico de alternância, uma "dança do pêndulo entre extremos em busca do equilíbrio estável da perfeição" (TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. Revista Forense, ano 92, v. 334, p. 18, abr.-jun. 1996).

Alexandre Santos de Aragão

Uma das maiores expressões dos momentos de mais forte intervenção do Estado na economia são os controles dos preços praticados pelos agentes econômicos em suas operações comerciais privadas.

Sendo os preços o principal elemento das operações econômicas, a sua disciplina pelo Estado determina o próprio conteúdo da operação econômica. Trata-se de forte dirigismo contratual pelo Estado, tornando esses contratos privados, de livres, em regulamentados. MASSIMO SEVERO GIANNINI, por exemplo, os coloca entre as "potestades administrativas de conformação de negócios".²⁰

Os anos 1960 a 1980 foram, no Brasil e em grande parte do mundo, de forte intervenção do Estado na economia, inclusive na liberdade contratual, com a grande presença de regras estatais disciplinando preços em variados aspectos.

A partir da década de 1990 vem ocorrendo uma redução da intensidade da intervenção estatal na liberdade dos agentes econômicos, caracterizando o que alguns denominam de Estado Regulador²¹ ou Estado Árbitro²², ou seja, do Estado que se retirou das atividades de prestação direta ao público e de regulamentar intensamente as relações privadas, passando a exercer uma regulação de forma menos constritiva.

Foi nesse momento que, além de desestatizações, que não é implicada diretamente pelo objeto do Parecer, começaram a ocorrer liberalizações e

²⁰ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*, vol. II, Ed. Giuffrè, Milão, 3ª. ed., 1993, p. 790.

²¹ Por exemplo, Antonio la Spinta e Giandomenico Majone, *Lo Stato Regolatore*, Il Mulino, Bolonha, 2000, pp. 168/9.

²² Adotando esta denominação, BUREAU, Dominique. *La Réglementation de l'Économie*, constante dos *Archives de Philosophie du Droit*, Tomo 41 – *Le Privé et le Public*, Ed. Sirey, Paris, 1997, p. 330.

Alexandre Santos de Aragão

desregulações de atividades que, mesmo privadas, eram intensamente disciplinadas pelo Estado, que se impunha ao mercado e às empresas na tomada de uma série de decisões, com destaque para as relativas aos preços a serem por elas cobrados.

Como ensina GUIDO CORSO, "a desregulação não impede que as regras publicísticas sejam substituídas por outras regras: que à desregulação suceda uma re-regulação. Mas se trata de 'outras regras', voltadas a disciplinar a concorrência dos agentes econômicos (a regular o mercado) mais do que a sujeitar a iniciativa econômica privada aos poderes administrativos".²³

Nesse contexto, no Direito Brasileiro os controles de preços passaram a ser aceitos apenas em casos de todo excepcionais, para a garantia de direitos fundamentais, como a saúde, educação e cultura, repressão de abusos do poder econômico.²⁴ Passaram a ser considerados inclusive as distorções econômicas que a imposição artificial *top-down* de valores para operações econômicas pode trazer, como mercado negro, desincentivo à produção, sonegação dos bens por seus produtores etc.

O setor do petróleo é um exemplo paradigmático desse movimento pendular no qual nos encontramos: deixou um sistema de ampla determinação governamental de preços, através da chamada Conta Petróleo²⁵ instituída pela Lei nº 4.452/64, para um sistema de liberdade total

²³ CORSO, Guido. *Attività Economica Privata e Deregulation*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1998, p. 641. A doutrina citada, como veremos em seguida, se aplica como uma luva à política pública determinada pelos arts. 69 e seguintes da Lei do Petróleo em relação aos preços dos combustíveis.

²⁴ Voltaremos a este aspecto no Tópico V.2.

²⁵ Basicamente por esse mecanismo a União se creditaria com os preços cobrados pela PETROBRAS que fossem além dos preços internacionais e ficaria a ela devendo pelos preços cobrados aquém dos preços internacionais, podendo, em caso de a conta ficar negativa, ressarcir a estatal com títulos da dívida pública.

Alexandre Santos de Aragão

de preços determinada pelos arts. 69 e seguintes da Lei do Petróleo – Lei nº 9.478/97, adotando expressamente uma política de “desregulamentação de preços” (art. 70).

Ainda que de forma propedêutica, vejamos, apenas exemplificativamente, algumas formas de controle de preços em tese existentes para, em seguida, aferirmos se a imposição de periodicidade pretendida pela ANP se enquadra em algumas delas ou no seu gênero:

1) Congelamento de preços: proibição de aumento ou de diminuição de preços, que devem se manter os mesmos que eram no momento determinado pela Lei. O Estado não determina o seu valor, mas apenas determina que não sejam alterados. Trata-se de instrumento no passado muito utilizado no combate à inflação.

2) Tabelamento de preços: diferentemente do congelamento, por ele o Estado fixa diretamente os valores a serem cobrados pelos particulares em seus contratos, sem referência a valores anteriormente cobrados por eles. É um mecanismo muito semelhante à fixação de tarifas, mas estas, diferentemente, incidem sobre atividades econômicas de titularidade do Estado, como os serviços públicos.²⁶

²⁶ “O tabelamento, como figura técnica, consubstancia-se em mecanismo de controle; (...) tabelar espelha a técnica da prefixação de preços decorrente de um plano global. Estabelece-se o plano e, a partir desse e de seus elementos, são fixados os preços e os seus respectivos componentes, que devem vigorar enquanto perdurar o plano original”. (CAGGIANO, Monica Herman Salem. Controle do Mercado por via de Tabelamento. *Revista de Direito Público*, n.º 100, p. 43)

Alexandre Santos de Aragão

3) Preço mínimo: visa normalmente a proteger determinadas categorias de agentes econômicos, garantindo-lhes certa lucratividade.

4) Preço-teto: com esse mecanismo o Estado protege consumidores contra abusos de preços que possam lhes prejudicar. É muito semelhante ao tabelamento, diferenciando-se dele apenas no sentido de que em razão do tabelamento não podem ser cobrados preços também a menor.

5) Controle de preços por custo: neste caso o Estado controla o preço para que ele só possa ser alterado mediante a comprovação da alteração dos custos da atividade, com a apresentação de planilhas etc. É o mecanismo de controle adotado em relação às escolas privadas pela hoje já revogada Lei nº 9.870/99.²⁷

6) Imposição de descontos para determinadas categorias: por intermédio dela o Estado determina que os particulares cobrem menos de certas categorias de clientes seus, como estudantes em atividades culturais, ou os idosos em relação aos medicamentos.

Feita essa breve exemplificação de algumas das mais comuns espécies de controle de preços, podemos constatar que **sempre estaremos diante de um controle de preços quando não houver plena liberdade em sua fixação. Sempre que o preço não puder ser livremente fixado pelo**

²⁷ Esta Lei, no entanto, gerou, como veremos no Tópico V.2, o mais relevante precedente jurisprudencial brasileiro em matéria de controle de preços.



agente econômico – seja em seu valor, em seu momento ou clientes –, estaremos diante de alguma modalidade de controle de preços.

Não é por outra razão que na Itália o controle de preços é denominado de “*disciplina autoritativa dei prezzi*”,²⁸ ou seja, sempre que estivermos diante de regras estatais que imponham verticalmente (*autoritativamente*) limites à livre fixação dos preços – seja em seu valor ou em seu tempo, total ou parcialmente, mais ou menos intensamente – estaremos diante de mecanismos de controle de preços, de uma disciplina editada pelo Estado sobre preços.

Tanto é assim que o Estado dispõe de outros instrumentos aptos a influenciarem os preços cobrados pelos agentes econômicos sem chegarem a constituir, contudo, controle. Como exemplos teríamos os estoques reguladores, incentivos fiscais, acordos setoriais, monitoramento de preços, divulgação dos preços para propiciar maior concorrência, preços de referência para que os consumidores possam ter acesso aos componentes dos preços deles cobrados etc.

Nesses casos o Estado procura influenciar preços privados, mas sem editar unilateralmente uma disciplina sobre eles.²⁹

Já quando pretende realmente impor normas sobre preços, essa disciplina pode recair sobre a própria determinação do preço diretamente

²⁸ DI PLINIO, Giampiero. *Diritto Pubblico dell'Economia*, Ed. Giuffrè, Milano, 1998, pp. 140, 315 e 322.

²⁹ JACINTHO ARRUDA CÂMARA define controle de preços o afastando daquelas modalidades em que há um acordo entre o Poder Público e as empresas: “ao controlar preços, (...) não existe pacto envolvendo as partes (a Administração e o Particular atingido)” (CÂMARA, Jacintho Arruda. *Regimes Tarifários e Instrumentos Regulatórios de Intervenção em Preços*. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva(coord.); PINHEIRO, Luís Felipe Valerím. *Direito da Infraestrutura 2*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 228/230.

Alexandre Santos de Aragão

(tabelamento), ou só estabelecer tetos ou pisos, vedar alterações em determinados períodos, congelando-os durante eles; pode colocar os preços sob prévia autorização para verificação se os lucros estão aumentando demasiadamente; ou impor que os ganhos de eficiência da empresa sejam compartilhados com os consumidores etc.

Vê-se, assim, que a imposição de periodicidade mínima para a alteração dos preços dos combustíveis está longe de ser um daqueles mecanismos mais suaves de o Estado, sem imposições, tentar influenciar os preços privados. Não está entre as modalidades de controle de preços mais interventivas, como o tabelamento puro e simples, mas, como vimos, o espectro de controle de preços é amplo, abrangendo várias modalidades e intensidades.

A fixação de periodicidade mínima para mudança de preço constitui verdadeiro mecanismo de controle de preços: mais do que um mecanismo *soft* de tentar influenciar indutivamente os agentes econômicos, restringe a liberdade das empresas quanto ao momento em que poderão alterar seus preços.

A proposta de imposição de periodicidade mínima para a alteração do preço dos combustíveis poderia, ilustrativamente, até ser vista como uma espécie de congelamento de preços, por curtos períodos sucessivos de tempo. Devemos lembrar que o congelamento impõe a manutenção dos preços por determinado período, até porque nenhum congelamento se pressupõe indefinido e perpétuo. O fato de *in casu* o congelamento vir a se dar por períodos curtos e sucessivos, não o desnatura enquanto tal. Seu caráter principal se mantém: a vedação da alteração de preços.



Alexandre Santos de Aragão

De toda sorte, quer se veja a medida proposta como uma forma de congelamento, ou como uma modalidade autônoma de controle de preços, o seu enquadramento nesse gênero, ao contrário do que dá a entender a motivação da TCP, é indubitável,³⁰ já que configurados os seus dois elementos conceituais necessários: uma disciplina obrigatória estabelecida pelo Estado (no caso sobre a periodicidade de alterações dos preços) que limita a liberdade dos agentes em fixar os seus preços (no caso em relação ao momento de fixa-los).

Em linha com o entendimento ora exposto, CLÁUDIO FRISCHTAK, em monografia sobre a regulação estatal de preços industriais no Brasil, trata a estabilização temporal de preços – sendo indiferente para o conceito se por maior ou menor lapso temporal – expressamente como forma de controle de preços: “uma política de controle que enfatizasse a estabilidade temporal dos preços, a menos de variações nos custos, iria assegurar, pelo menos no curto prazo, a manutenção das posições relativas da empresa”.³¹

Também reiterando a assertiva de o controle de preços ser gênero do qual várias modalidades – umas mais outras menos intensas – fazem parte, mas todas constituindo controles de preços, as lições do autor em outra passagem:

³⁰ Curioso aliás notar, em possível “ato falho institucional”, como a própria TCP também já considera que de alguma forma já está realmente se esvaindo da premissa da liberdade de preços: “CONSIDERANDO que, embora a liberdade do estabelecimento de preço seja uma premissa respeitada pela ANP, decorrente da livre iniciativa, a ausência de efetiva concorrência no mercado de refino gera desequilíbrio no mercado passível de intervenção”. Apenas esse pode ser o sentido da adoção da conjunção “embora” na motivação da TCP.

³¹ FRISCHTAK, Claudio R. *Regulação estatal de preços industriais no Brasil: a experiência do Conselho Interministerial de Preços (DEPE/IFCH, Universidade de Campinas, Tese de Mestrado, 1980), p. 62. Disponível em <http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/279708/1/Frischtak_ClaudioRoberto_M.pdf>. Acesso em 19/06/2018*

Alexandre Santos de Aragão

"Quando se pensa o controle de preços como elemento de regulação estatal de mercados concentrados, pode-se tomar por referência pelo menos duas problemáticas até certo ponto distintas: por um lado, os controles podem ser discutidos nos marcos de uma política antiinflacionária de viés heterodoxo, justificados frente a capacidade da grande empresa, numa conjuntura de retração da demanda, de defender suas margens de lucro elevando preços e retraindo (em termos absolutos, ou mesmo relativos) a produção; por outro, a reflexão que se faz sobre os controles os toma como parte de uma **complexa política estatal de intervenção e ordenação da atividade econômica, tanto na órbita da empresa e o mercado que lhe corresponde, quanto para o conjunto da indústria**".³²

Em igual sentido de controle de preços THIAGO RODRIGUES PEREIRA: "Um das formas de intervenção é o controle de preços de mercado. Na história do país vários estilos de controle já foram realizados e são eles: tabelamento, congelamento e vinculação de reajuste. Qualquer uma das formas adotadas é vista pelo setor privado como total usurpação de poder, isso porque dentro do princípio da livre iniciativa, além da possibilidade de principiar uma atividade, também está presente a liberdade de administração do empresário, sendo que a escolha do preço de seu

³² FRISCHTAK, Claudio R. Regulação estatal de preços industriais no Brasil: a experiência do Conselho Interministerial de Preços (DEPE/IFCH, Universidade de Campinas, Tese de Mestrado, 1980). Disponível em <http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/279708/1/Frischtak_ClaudioRoberto_M.pdf>. Acesso em 19/06/2018, p. 55.

produto ou serviço está entre as mais importantes medidas tomados por ele.”³³

Identificada conceitualmente a imposição da obrigação de não alterar os preços por determinados períodos sucessivos de tempo como uma espécie de controle de preços, analisemos, doravante, que competências – vedações – teria a ANP para tratar da matéria.

IV – COMPETÊNCIAS DA ANP EM RELAÇÃO AOS PREÇOS DOS COMBUSTÍVEIS E O ART. 69 E SEQUENTES DA LEI DO PETRÓLEO.

Historicamente, a doutrina brasileira entende que o Princípio da Legalidade aplicado à Administração Pública implica em uma vinculação positiva à lei, ou seja, não é possível ao administrador inovar na ordem jurídica, mesmo quando da edição de atos normativos.³⁴

No entanto, mesmo para a corrente que admite algum grau de inovação por atos da Administração, dentre os quais nos incluímos, o poder normativo das autoridades administrativas encontra limites na principiologia para o

³³ PEREIRA, Thiago Rodrigues. A controvérsia presente nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal nos casos de controle de preço, Sociedade Brasileira de Direito Público, acessível em http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/67_Thiago-Rodrigues-Pereira-1.pdf, em 19.06.2018.

³⁴De acordo com José dos Santos Carvalho Filho: “Atos dessa natureza [regulamentos autônomos] não podem existir em nosso ordenamento porque a tanto se opõe o art. 5º, II, da CF, que fixa o postulado da reserva legal para a exigibilidade de obrigações. (...) Os atos de organização e funcionamento da Administração Federal, ainda que tenham conteúdo normativo, são meros atos ordinatórios, ou seja, atos que preordenam basicamente ao setor interno da Administração para dispor sobre seus serviços e órgãos (...) Esse aspecto não é suficiente para converter os atos em decretos ou regulamentos autônomos.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 15ª ed., pp. 50/51.

Alexandre Santos de Aragão

setor fixados nas leis em sentido estrito editadas pelo Congresso Nacional.³⁵ E mais ainda, quando a lei não se limita a estabelecer essas normas de baixa densidade normativa, mas, como ocorre no caso concreto, pré-fixa regras específicas, deve a Administração Pública, por óbvio, observá-las.

O tema do poder regulamentar no Direito Brasileiro é extremamente polêmico,³⁶ mas quanto a esse ponto (vedação de violação da lei) não há controvérsia.

Como já introduzido no Tópico II, até a publicação da Lei 9.478/97 - Lei do Petróleo, que regulamentou a abertura do setor de petróleo e gás natural e criou a ANP, os preços dos combustíveis no Brasil eram fixados por atos do Estado.

Durante o período de transição para a liberação dos preços, prevista no artigo 69 da Lei do Petróleo³⁷, que vigorou da data da sua publicação, 07/08/1997, até 31/12/2001, os preços dos combustíveis passaram a ser estabelecidos por portarias interministeriais, ato conjunto dos Ministérios da Fazenda e das Minas e Energia. A Portaria Interministerial nº 307, de 31.10.2001, em mera execução dos arts. 69 e segs. da Lei do Petróleo,

³⁵ "As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de – ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos – propiciar, em maior ou menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica relação social subjacente". ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 406.

³⁶ Sobre as diversas correntes existentes, ver o nosso *Legalidade e regulamentos administrativos no direito contemporâneo: uma análise doutrinária e jurisprudencial*. *Revista Forense*, v. 99, p. 3-21, 2003.

³⁷ Art. 69. *Durante o período de transição, que se estenderá, no máximo, até o dia 31 de dezembro de 2001, os reajustes e revisões de preços dos derivados básicos de petróleo e gás natural, praticados pelas unidades produtoras ou de processamento, serão efetuados segundo diretrizes e parâmetros específicos estabelecidos, em ato conjunto, pelos Ministros de Estado da Fazenda e de Minas e Energia.*

Alexandre Santos de Aragão

dispôs: “Art. 1º. Ficam liberados os preços de venda dos óleos combustíveis nas unidades produtoras em todo o território nacional”.

Assim é que vigora no Brasil, desde 2001, por força dos arts. 69 e segs. da Lei do Petróleo, um regime de liberdade de preços em toda a cadeia de produção e comercialização de combustíveis – produção (refino), distribuição e revenda. Não há qualquer tipo de tabelamento, imposição de valores ou periodicidades máximas e mínimas, nem necessidade de autorização prévia para reajustes de preços de combustíveis em qualquer etapa da sua cadeia econômica.

Cumprindo essa determinação, a ANP apenas acompanha o comportamento dos preços praticados pelas distribuidoras e postos revendedores de combustíveis – facilitando inclusive a pesquisa de preços por parte dos virtuais adquirentes –, sem, contudo, interferir ou fixar valores uma vez que o mercado de combustíveis é livre e, portanto, os preços também. Por quanto e quando alterar preços foi um direito dos agentes econômicos e uma política pública assegurada pela Lei do Petróleo em regras expressas e específicas, cabendo à ANP apenas cumpri-las.³⁸

Dessa maneira, a proposta de impor às empresas periodicidades mínimas de reajuste não encontra amparo na Lei ordinária, indo, na verdade, de encontro frontal aos seus arts. 69 e seguintes.

9

³⁸ Em estudo específico sobre o mercado de distribuição de combustíveis, CELSO RIBEIRO BASTOS ensina que: “nenhum dos princípios constitucionais da ordem jurídica pátria autoriza que o Poder Público proceda ao tabelamento de preços. Muito pelo contrário, como se pode verificar, vige entre nós a plena liberdade nesse campo” (BASTOS, Celso Ribeiro. Empresas Distribuidoras de combustíveis. Ação Civil Pública. Tabelamento de preços. Valor do frete. *Revista Forense*. Ano 94. v. 342. p. 210).

Alexandre Santos de Aragão

Não se pode desconhecer, por óbvio, que a Lei do Petróleo contém uma série de *standards*, valores e objetivos que incumbem à ANP a proteção dos consumidores, inclusive quanto ao preço dos produtos (arts. 1º, III; e 8º, I); também não olvidamos que, em uma série de julgados já foi considerada legítima a imposição de regras da ANP aos agentes econômicos com base apenas no objetivo legal geral de proteção dos consumidores. Lembremos, por exemplo, do julgado do STJ que reconheceu a legitimidade da imposição da chamada "fidelidade de bandeira" para os postos de revenda apenas com base nesse *standard*.^{39- .40}

A situação *in casu* é, contudo, inteiramente diversa.

Uma circunstância é a ANP, se baseando na proteção dos consumidores ou de quaisquer outros *standards* constantes da Lei do Petróleo, estabelecer uma medida concreta que vise a implementá-los, mas havendo sobre essa medida específica, como no mencionado

³⁹ "(...) Montado nestes argumentos, não tenho dúvida em afirmar que o senhor Ministro dispõe de autoridade para impedir que o granelista venda combustível ao varejista ligado a bandeira que não é a sua. Como registrei acima, controlar a execução de determinada norma é fazer com que ela se desenvolva em busca dos fins sociais para a qual a regra foi concebida. Os preceitos que disciplinam a distribuição de combustíveis tem como finalidade fazer com que os usuários de tais produtos recebam, com segurança e facilidade, produtos de boa qualidade. Isto ocorre, porque, a exibição do logotipo de marca famosa traduz a afirmação de que no local se vende daquela marca. Ora, se o posto negocia produtos cuja origem não corresponda à sua bandeira, ele estará enganando o freguês (...). Quando o freguês é iludido, a distribuição de combustível não estará correspondendo aos fins sociais que orientam as normas disciplinadoras da distribuição de combustíveis" (MS 4.578/DF, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros).

⁴⁰ Em sede doutrinária já havíamos tratado o mencionado acórdão da seguinte forma: "Encerramos o presente Tópico com decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ que, mesmo antes da previsão constitucional de órgãos reguladores específicos, a exemplo do "órgão regulador do monopólio da União" sobre as atividades petrolíferas (art. 177, § 2º, III, CF), lavrou acórdão na qual o Ministro Humberto Gomes de Barros afirmou a possibilidade da Administração Pública, para alcançar as finalidades genéricas da disciplina da matéria, mas sem qualquer autorização legal específica, restringir a liberdade dos "postos de gasolina" adquirirem combustíveis. A importância do acórdão é que é um dos poucos exemplos em que a nossa jurisprudência foi além de questões atinentes ao caso concreto, tratando do âmago doutrinário e teórico da matéria, ou seja, do que deve ser entendido como 'execução de lei'."

9

julgado, silêncio na Lei do Petróleo. Em casos tais, as agências reguladoras realmente possuem um espaço bem maior de atuação normativa, podendo editar regulamentos não apenas *secundum legem*, mas de certa forma, a depender da nomenclatura adotada por cada autor, também regulamentos *praeter legem*, ou seja, que não regulamentam determinado ponto específico da Lei, apenas se esteiando em seus valores mais gerais.

No caso concreto em exame, a situação é bem outra. Apesar de diversos *standards* que em tese poderiam embasar eventual ação da ANP de impor limites temporais à alteração de preços, especificamente em relação a medidas desse jaez não há silêncio legislativo. Ao revés, há todo uma Seção, com seis artigos (arts. 69 a 74), dedicada exclusivamente aos preços dos combustíveis, Seção que existe para determinar, a partir de 31 de dezembro de 2001, a sua total liberalização e consequente ausência de qualquer controle que imponha normas aos particulares.

Em outras palavras, uma coisa é a Lei ser silente sobre determinado ponto específico e a agência reguladora, com base em seus valores e objetivos gerais (ex.: proteção do consumidor em relação aos combustíveis), estabelecer regras sobre ele (por exemplo, estabelecendo a fidelidade de bandeira dos postos de revenda); já se a Lei já contiver regra sobre aquele ponto específico (ex.: liberalizando totalmente os preços), a agência reguladora deverá apenas aplicá-la, normativa ou concretamente, mas jamais desconsiderá-la com bases em valores e objetivos gerais constantes da mesma Lei.

Na mesma esteira, ROBERT ALEXY, o principal pensador contemporâneo da Teoria dos Princípios juntamente com DWORKIN, estatui de forma peremptória que “os argumentos que dão expressão a um elo com

as verdadeiras palavras da lei, ou com a vontade do legislador histórico, têm precedência sobre os outros argumentos (...).⁴¹ Em sede doutrinária, também já havíamos afirmado, em título de tópico integrante do artigo, “a prevalência da ponderação legítima feita pela regra sobre outras possíveis ponderações”.⁴²

Não pode, portanto, a ANP, se valer de *standards* genéricos, para violar regras específicas e expressas constantes da mesma Lei.

O fato de alguns autores, entre os quais nos incluímos, admitirem até a edição de regulamentos *praeter legem* por agências reguladoras, não faz com que admitamos a edição de regulamentos *contra legem*, violando regras específicas constantes da própria lei que criou a agência reguladora.

Em nosso *Curso de Direito Administrativo*,⁴³ ao tratarmos das diversas acepções e posições que a doutrina pode ter sobre o Princípio da Legalidade, nos valem da enumeração de CHARLES EISENMANN e ODETE MEDAUAR, que é a seguinte:

“(1ª) a Administração pode praticar todos os atos que não sejam contrários à lei;

(2º) a Administração só pode fazer o que a lei autoriza;

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 239.

⁴² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios, in *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 54, set./dez. 2014.

⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2013, Tópico IV.4.1.

Alexandre Santos de Aragão

(3ª) a Administração só pode praticar os atos cujo conteúdo advenha de um esquema abstrato já pré-estabelecido na lei; e

(4ª) a Administração só pode fazer os atos que a lei ordená-la a fazer".⁴⁴

Na oportunidade expressamos nossa adesão à segunda acepção, já exposta acima e no citado julgado do STJ, mas a enumeração acima demonstra que, por mais que se tenha uma visão mais flexível do Princípio da Legalidade e potencializadora de um forte poder normativo da Administração Pública, **nenhuma acepção ou corrente chega aos píncaros de admitir que a agência reguladora possa violar regra legal.** E note-se, *in casu* não estamos tratando da violação a princípios legais, que sempre podem gerar subjetivismos e maiores controvérsias na sua aplicação, mas sim a regras bem objetivas, detalhadas e específicas.⁴⁵

Note-se que a política pública de liberalização dos preços dos combustíveis constantes das regras constantes dos arts. 69 a 74 da Lei do Petróleo é clara e resoluto, e bem geral, vedando qualquer interferência do Estado nos preços dos combustíveis após 31 de dezembro de 2001. Qualquer medida, mais ou menos intensa, como a cogitada atualmente pela TCP objeto deste Parecer, que imponha regras

⁴⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, Ed. RT. 7ª. edição, São Paulo, 2003, p. 137.

⁴⁵ Os conflitos entre regras são resolvidos pelos critérios ditos clássicos de resolução de antinomias – primeiro a hierarquia (norma hierarquicamente superior revoga norma hierarquicamente inferior), depois a especialidade (norma especial derroga norma geral) e, afinal, a cronologia (norma mais atual revoga norma mais antiga), que levam à sua aplicação ou não aplicação completa –, enquanto que os conflitos entre princípios seriam solucionados por intermédio de uma técnica conhecida como ponderação, sempre a depender de cada caso concreto e podendo levar à mitigação da força dos próprios conflitos em disputa (cf. GRAU, Eros. *A ordem Econômica na Constituição de 1998 – Interpretação e Crítica*, Ed. RT, 2ª edição, p. 114).

Alexandre Santos de Aragão

sobre fixação de preços de combustíveis constitui intervenção estatal vedada pelos arts. 69 a 74 da Lei do Petróleo, e só poderia ter sido implementada durante o mencionado período de transição, ou seja, até 31 de dezembro de 2001.

Pelo exposto, havendo vedação legal expressa à imposição de qualquer modalidade de controle de preços, não é juridicamente possível a imposição pela autoridade estatal de regra que vede às empresas reajustes de preços por determinados períodos. Não é mais dado ao Estado determinar aos agentes econômicos o momento em que podem fixar os preços dos seus combustíveis.

O fato de os arts. 69 e seguintes da Lei do Petróleo vedarem qualquer modalidade de controle de preços pela ANP não quer dizer, naturalmente, que ela não tenha mais funções quanto à proteção dos consumidores em matéria de preços. Ao contrário, mesmo sem poder mais estabelecer regras impositivas, deve ela divulgar preços, fomentar a concorrência e outras medidas que atendam também a esses seus objetivos legais.⁴⁶

O que estamos a sustentar não é nada se não o colocado pela própria agência em seu *site* esclarecendo a população acerca do atual papel que

⁴⁶ Não só é sempre possível, como é até mesmo uma tendência mundial na regulação, se utilizar técnicas não impositivas na indução de preços privados. Uma possibilidade seria o *nudge*: instrumento direcionado a incentivar comportamentos dos particulares em determinado sentido, porém mantendo sua possibilidade de opção adversa. Nesse procedimento, altera-se determinado aspecto da arquitetura da escolha o qual altera, por sua repercussão em vieses cognitivos humanos, comportamentos particulares. Trata-se de teoria formulada por CASS SUNSTEIN e RICHARD H. THALER – este vencedor do Prêmio Nobel de Economia do ano de 2017 –, que, segundo os autores, “preserva a autonomia da escolha enquanto também influenciam as pessoas [ou mercados] em direções que beneficiem suas vidas” (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. Yale University Press, 2008. p. 252).

Alexandre Santos de Aragão

possui (certamente mais limitado) em relação aos preços dos combustíveis derivados de petróleo, texto com o qual assentimos integralmente:

“A Lei do Petróleo também criou a ANP e conferiu-lhe a competência para implementar a política energética nacional no que se refere a petróleo, gás natural e biocombustíveis, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, de gás natural e seus derivados e de biocombustíveis em todo o território nacional, e na proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta desses produtos.

Dado que a Agência não controla preços ou quantidades de quaisquer produtos, essas atribuições legais devem ser exercidas por meio da proteção do processo competitivo nos mercados, uma vez que a Lei do Petróleo estabelece, também, a promoção da livre concorrência entre os princípios e objetivos da política energética nacional” (grifamos).

Ora não nos parece, logicamente, que a imposição unilateral de períodos de reajustes mediante atos administrativos de autoridade seja um instrumento de mera proteção do livre mercado; muito pelo contrário, restringe a liberdade do mercado.

Com base nessa constatação, nem precisaríamos adentrar nos critérios de validade dos atos administrativos em geral e nos de controle de preço em especial para afirmar a injuridicidade da medida proposta pela ANP, já que, por expressa imposição legal da liberação dos preços dos combustíveis, ela sequer tem competência para tanto.

Alexandre Santos de Aragão

Todavia, apenas para completar todo o campo argumentativo envolvido na questão, passaremos no próximo Tópico – em seus subtópicos – a analisar se a medida proposta seria legítima mesmo se, *ad argumentandum*, já não fosse de antemão vedada pelas regras específicas dos arts. 69 e seguintes da Lei do Petróleo.

V – ANÁLISES ADICIONAIS.

Como mencionado, os subtópicos que seguem se destinam a examinar a juridicidade da imposição de periodicidades mínimas para a alteração dos preços dos combustíveis mesmo que ela não fosse vedada pela política de plena liberação de preços determinada pelos arts. 69 e seguintes da Lei do Petróleo.

Para tanto, teremos que (V.1) verificar se não há vícios de competência na proposta, inclusive à luz dos motivos alegados na própria TCP; (V.2) analisar os requisitos constitucionais do controle de preços de atividades privadas, sobretudo, em se tratando de matéria sujeita à subjetiva ponderação de princípios, à luz da jurisprudência do STF; (V.3) o atendimento ao Princípio da Proporcionalidade, inclusive se algumas das alternativas colocadas pela própria ANP seriam menos gravosas para as empresas; e (V.4) de que forma a medida proposta atingiria a estatal de petróleo que é o principal agente desse mercado, inclusive à luz das regras do Estatuto das Estatais que as protegem de ingerências do Ente Federativo que as controla.



V.1 – MOTIVAÇÃO E COMPETÊNCIA.

Como relatado no Tópico I, nos “Considerandos” do Aviso de Tomada Pública de Contribuições – TPC e em declarações do seu Diretor-Geral de 5 de junho de 2018, a ANP fundamenta a sua intenção de impor regras temporais de preços na concentração do mercado de refino e na ausência de um mecanismo tributário que possa fazer um colchão contra as flutuações bruscas dos preços internacionais do petróleo e combustíveis.

Devemos ter em vista que a ANP é o instrumento organizacional que a União Federal se vale para regular muitos dos aspectos da indústria do Petróleo, mas que há outros órgãos e entidades da própria União – que não a ANP – que possuem as competências necessárias para debelar determinados problemas no setor.

Talvez previda pelo movimento dos caminhoneiros que recentemente paralisou o País, e que, naturalmente, não pode ser ignorado como uma de suas razões, a ANP parece ter decidido, por conta própria, resolver problemas cujas causas, como ela própria admite, não são de sua competência.

Ora, a por ela mencionada questão tributária é de competência do Poder Legislativo da União; e o problema de concentração e falta de concorrência em um mercado (no caso, como por ela citado, no de refino) é competência dos órgãos de defesa da concorrência, não da ANP.

Com efeito, o controle da concorrência no setor de combustíveis fósseis, aliás, não incumbe sequer à ANP como um todo, na medida em que o art. 10 da Lei 9478/97 prevê que “quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho

Alexandre Santos de Aragão

Administrativo de Defesa Econômica – CADE e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente”.

Depreende-se, então, que a adoção de toda e qualquer medida voltada à prevenção, fiscalização e ao sancionamento de problemas concorrenciais perpetrados junto à indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis incumbe tão-somente ao CADE.

Naturalmente que os motivos que cada órgão ou entidade invoca para a prática dos seus atos administrativos tem que ser um motivo de sua alçada de competências, sob pena de o ato ser eivado concomitantemente de vício de motivação e de competência (art. 37, *caput*, CF).

Não poderia a ANP se valer de um instrumento *ad argumentandum* de sua competência (controle da periodicidade dos reajustes de preços) para tentar resolver razões que não são de sua competência, quais sejam, a ausência de mecanismos tributários para atenuar a flutuação de preços, de competência do Poder Legislativo, e a falta de concorrência no mercado de refino, incumbência dos órgãos de defesa da concorrência.

Nesse sentido, é o magistério clássico de CAIO TÁCITO: "Não há, em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento das atribuições do cargo. **Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito.** A competência é sempre um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador".⁴⁷

⁴⁷ TÁCITO, Caio. Composição da Atividade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 228: 143-148, 2002, p. 144.

V.2 – REQUISITOS CONSTITUCIONAIS DOS CONTROLES DE PREÇOS.

De toda sorte, independentemente de outras injuridicidades, os controles de preço em geral precisam atender determinados requisitos construídos pela doutrina e sobretudo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF para serem legítimos, já que o patamar em que a nossa Constituição Federal colocou a livre iniciativa coloca tais mecanismos interventivos estatais em posição bastante excepcional e extraordinária em nosso ordenamento jurídico.

Como o controle de preços envolverá então a ponderação entre a iniciativa privada e outros valores e princípios constitucionais, também de baixíssima densidade normativa, um elevado subjetivismo na ponderação será inevitável.⁴⁸ Por esta razão, buscamos, neste subtópico, dar menos destaque à doutrina e mais a como a questão vem sido objetivamente tratada pelo STF, seu intérprete último.

A medida proposta pela ANP, acaba, por óbvio, por impor unilateralmente limite à livre fixação de preços pelos agentes econômicos, o que é, em princípio, inconstitucional em relação a atividades privadas, ressalvadas apenas situações-limite, como já fixou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁸ “(...) Têm levado a doutrina a, sem abandonar os avanços que os mecanismos metodológicos da ponderação de interesses representaram em relação ao formalismo legalista, se preocupar com os desvios que a excessiva subjetividade daquela metodologia pode trazer à decisão judicial, visando evitar que a mera invocação de valores meta-jurídicos como segurança nacional, saúde pública, combate à criminalidade, etc., possa tornar plausível qualquer decisão” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios, in *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 52, set./dez. 2014).

Alexandre Santos de Aragão

Explica LUIS ROBERTO BARROSO que a fixação de preços praticados em regime de livre iniciativa pelo Estado só pode ser realizada em hipóteses excepcionais: “o controle prévio de preços é medida própria de dirigismo econômico, e não meio legítimo de disciplina de mercado. A livre fixação de preços integra o conteúdo essencial da livre iniciativa e não pode ser validamente vulnerada, salvo situações extremas que envolvam o próprio colapso no funcionamento do mercado”.⁴⁹

Da jurisprudência do STF se infere que o controle de preços, em suas diversas modalidades, das mais às menos intensas, tem sido admitido apenas em hipóteses excepcionais: para coibir preços abusivos e lucros arbitrários, assegurando o acesso direto a direitos fundamentais básicos como saúde e educação.

O artigo 174, § 4º, trata dos casos em que o Estado deve intervir para controlar preços:

*Art.173 (...) § 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercado, à eliminação da concorrência e ao **aumento arbitrário de lucros.***

Ao julgar a ADIN nº 319, contra a Lei federal nº 8.039/90, que impunha controle de preços sobre as mensalidades escolares,⁵⁰ o STF, como se extrai do voto do Ministro MOREIRA ALVES, deixou clara a necessidade de haver abuso nos preços por aumento arbitrário de lucros para legitimar a eclosão dessa forte modalidade de intervenção do Estado na economia.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços, *Revista Diálogo Jurídico*, jun./ago. 2002, p. 23.

⁵⁰ Note-se, que nem chegava a ser um tabelamento, mas mero controle da razoabilidade de eventuais aumentos, mediante planilhas de custos.

Alexandre Santos de Aragão

O Ministro MOREIRA ALVES invoca, nesse sentido, precedente do Ministro CASTRO NUNES:

“Se não é possível o lucro imodesto e se essa proibição conta da lei constitucional, em letra expressa e categórica, é preciso que todas as leis obedçam, em sua estrutura, ao princípio capital da lei constitucional, a termos de possibilitarem a repressão. E assim não pode a vedação das delegações impedir a **repressão constitucional do lucro excessivo**” (grifamos).

E nesse mesmo sentido, prossegue o Ministro MOREIRA ALVES:

“E, portanto, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio de concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao **aumento arbitrário de lucros**” (grifamos).

Em análise do paradigmático acórdão, destaca a doutrina que, “do mesmo modo do ministro MOREIRA ALVES, CELSO DE MELLO aponta que a lei tem por objetivo combater o abuso do poder econômico, no entanto não especifica se esse abuso é uma das situações previstas no artigo 173 ou diversas, **apenas expressa que o combate ao abuso somado ao interesse social legitima a intervenção.**”⁵¹ Até mesmo “os ministros que corroboraram

⁵¹ PEREIRA, Thiago Rodrigues. A controvérsia presente nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal nos casos de controle de preço, Sociedade Brasileira de Direito Público, acessível em http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/67_Thiago-Rodrigues-Pereira-1.pdf, acessado em 19.06.2018.

Alexandre Santos de Aragão

com a tese de que os Estado brasileiro não se encontra sobre o modelo liberal clássico do *laissez-faire, laissez-passer*, também não defendem claramente que a interferência no domínio econômico pode se dar exclusivamente com respaldo na justiça social, até mesmo o ministro Celso de Mello, após traçar diversos modelos econômicos e exaltar a importância das questões sociais e de interesse público acaba reconhecendo que houve abuso do poder econômico”.⁵²

Ou seja, como adiantado no início deste subtópico, a legitimidade dos controles de preços só existe quando diante de ameaça a elevados valores ligados a direitos fundamentais somada, e o ponto é colocado como requisito fundamental pelo acórdão da ADIN nº 319, ao combate à prática abusiva de preços decorrente da busca do aumento arbitrário de lucros.

Ora, *in casu* não há a invocação nos “Considerandos” da TCP de qualquer direito fundamental específico que esteja sendo violado pelos preços de combustíveis, nem mesmo o direito de ir e vir, considerando inclusive a existência de transporte público.

Da mesma forma, mesmo que apenas ilustrativamente, houvesse concentração de mercado no refino, não há qualquer alegação de que tal concentração tenha levado as empresas a um comportamento oportunista,

⁵² PEREIRA, Thiago Rodrigues. A controvérsia presente nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal nos casos de controle de preço, Sociedade Brasileira de Direito Público, acessível em http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/03/67_Thiago-Rodrigues-Pereira-1.pdf, acessado em 19.06.2018. Como expõe o autor, após destacar ser a ADIN nº 319 realmente o precedente mais relevante sobre controle de preços na jurisprudência brasileira, destaca outras duas decisões do STF sobre o tema que também considera importantes: uma diz respeito à imposição por Lei fluminense de descontos em medicamentos vendidos para idosos (ADIN nº 2435), em que foram basicamente invocados os mesmos fundamentos da acima citada ADIN nº 319; e a outra decisão impôs o dever de o Estado indenizar por tabelamento de preços que impunha à empresa vender por valor inferior aos seus custos, focando-se assim mais nas consequências *a posteriori* do que nos requisitos *a priori* da intervenção estatal, tratando da questão mais à luz da responsabilidade civil objetiva do Estado (RE 422941).

elevando estratosféricamente seus lucros de maneira irrazoável e descolada do mercado. Ao contrário, o que o controle de preços proposto parece visar é *prima facie* justamente o oposto, vedando que tais empresas acompanhem *pari passu* os preços do mercado internacional aplicados em seu setor, atuando em desvantagem conforme os pressupostos econômicos referidos no Tópico I.

V.3 – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Como qualquer medida de restrição de liberdades individuais, a medida proposta pela ANP no sentido de limitar a liberdade dos agentes econômicos quanto ao momento de reverem seus preços, deveria obedecer ao Princípio da Proporcionalidade em seus três elementos.

O Princípio da Proporcionalidade exige que, em sua atividade, a Administração não atue de modo a impor aos administrados restrições maiores do que as estritamente necessárias ao fim público que se pretende atingir. Nas palavras de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, "o princípio da proporcionalidade exige que o administrador se pautar por critérios de ponderabilidade e de equilíbrio entre o ato praticado, a finalidade perseguida e as consequências do ato".⁵³

Para JUAREZ FREITAS, "proporcionalidade significa que os agentes públicos estão obrigados a sacrificar o mínimo para conservar o máximo de direitos". E, pouco adiante, conclui: "o princípio da proporcionalidade, considerado finalística e essencialmente, diz somente isto: temos de

⁵³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios do processo administrativo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar-2004, p. 3508.

Alexandre Santos de Aragão

habilidosamente fazer concordar os valores jurídicos, e quando a preservação do ordenamento indicar a preponderância parcial de um sobre o outro, mister salvaguardar, ao máximo, aquele que restou relativizado".⁵⁴

A doutrina cunhou três elementos, ou subprincípios, da Proporcionalidade⁵⁵, quais sejam:

(a) A restrição ao direito individual (no caso, liberdade de iniciativa) deve ser apropriada à realização dos objetivos sociais perquiridos – elemento adequação dos meios aos fins;

(b) O Estado deve impor a menor restrição possível, de forma que, dentre as várias medidas aptas a realizar a finalidade pública, opte pela menos restritiva à liberdade de iniciativa – elemento necessidade. Nesse sentido, HEINRICH SCHOLLER observa que as restrições à liberdade econômica devem "operar apenas em um degrau (ou esfera)", passando para a fase seguinte "tão-somente quando uma restrição mais intensa se fizer absolutamente indispensável para a consecução dos fins almejados".⁵⁶

(c) A restrição imposta ao mercado deve ser equilibradamente compatível com o benefício social visado, isto é, mesmo que aquela seja o meio menos gravoso, deve, tendo em vista a

⁵⁴ FREITAS, Juarez. Atos administrativos: a indispensável distinção entre anulação e decretação da nulidade absoluta. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, outubro/2000, p. 725.

⁵⁵ Partimos da exposição de Luís Roberto Barroso acerca do Princípio da Proporcionalidade, constante da obra *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Ed. Saraiva, 1996, p. 209.

⁵⁶ SCHOLLER, Heinrich. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha, trad. Ingo Wolfgang Sarlet, *Revista Interesse Público*, vol. 2, pp. 102/5.

Alexandre Santos de Aragão

finalidade pública almejada, "valer à pena" – proporcionalidade em sentido estrito.

Aplicando-se esses marcos teóricos à hipótese em exame, desde já verificamos que a proposta não parece um meio adequado a alcançar seus fins de o mercado interno não sofrer tanto com as variações no preço internacional do petróleo e seus derivados, pois apenas adiará em alguns dias o aumento (ou diminuição, mais improvável ao que tudo indica no atual contexto econômico) dos preços dos combustíveis, limitando a liberdade de preço dos agentes econômicos sem evitar que as variações ocorram de toda sorte.

O elemento da necessidade também não parece ter sido atendido no caso, pois como deixam exposto os próprios "Considerandos" da TCP há meios, além de mais adequados, mais eficientes para atingir o fim visado e sem tamanhas restrições à liberdade temporal de fixação dos preços pelos agentes econômicos como um todo. Os "Considerandos" aludem à criação de um regime tributário que sirva de colchão de amortecimento interno para as variações do mercado internacional e os problemas de concentração de mercado, que seriam soluções muito menos restritivas à liberdade de iniciativa privada na fixação de preços.

Ora, o fato de a ANP não ser a responsável por essas medidas, não possuindo competência para toma-las, não a libera para tomar qualquer outra desde que fosse em tese (e *ad argumentandum*, repise-se sempre, em relação a todos os subtópicos desse Tópico V) do seu âmbito de competência, mesmo que não seja adequada nem a menos restritiva às liberdades dos agentes econômicos. O Estado Brasileiro – e a União Federal *a fortiori*, com toda a sua Administração Direta e Indireta – deve ser considerado como um todo na análise da legitimidade da escolha de uma

Alexandre Santos de Aragão

medida entre o leque de medidas disponíveis. Do contrário, seria, por exemplo, como admitir que o Poder Executivo possa tomar uma medida desnecessariamente restritiva aos cidadãos em razão de uma outra medida, que só possa ser aprovada pelo Parlamento, ainda estar sendo por ele apreciada.

No último elemento do Princípio da Proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito, também não é possível acomodar a medida proposta pela ANP. Não guarda relação de custo-benefício razoável impor restrições temporais de preços aos agentes econômicos, voltando no tempo, ainda que parcialmente, a um passado que se visou ultrapassar como um todo na vida nacional, mas, sobretudo, no setor de combustíveis, pelo art. 69 e seguintes da Lei do Petróleo.

E todo esse *déjà-vu* de intervenção sobre preços sem que sequer se logre evitar as variações internas decorrentes das variações do mercado internacional, apenas adiando-as em alguns dias.

Tratar-se-ia realmente, apenas para argumentar, caso não fosse uma medida que violasse os arts. 69 e segs. da Lei do Petróleo, de uma imposição inadequada aos fins a que se propõe; desnecessária, por haver medidas menos restritivas disponíveis no aparato do Estado como um todo; e desproporcional em sentido estrito, por não guardar uma relação de custo-benefício minimamente razoável diante do retrocesso regulatório que representaria e dos parcos benefícios que seriam trazidos.



V.4 – ESTATUTO DAS ESTATAIS E DEVERES DO ACIONISTA CONTROLADOR.

Como colocado nos pressupostos econômicos narrados na Consulta (Tópico I), qualquer periodicidade de reajuste que seja fixada para o refino pode gerar prejuízos.⁵⁷

Como tais prejuízos poderiam ter reflexos também na PETROBRAS, sociedade de economia mista federal, pela ANP, autarquia também federal, integrante da Administração Indireta do seu acionista controlador – a União Federal –, a questão também deve, ainda que apenas *ad argumentandum* (como todo o Tópico V), ser vista sob esse prisma.

Deve-se no particular destacar a natureza empresarial da PETROBRAS, sociedade de economia mista atuante em concorrência com a iniciativa privada, nos termos da Lei nº 9.478/97⁵⁸, o que implica a necessidade de que medidas antieconômicas impostas sejam submetidas a rígido crivo, sob pena de o Estado delas criador lhes dar – na verdade lhes impor – os fins (atuar em um mercado concorrencial), para depois retirar-lhes os meios (possibilidade de adotarem estratégias racionais do ponto de vista

⁵⁷ Como já destacado no Tópico I, o presente Parecer se deita apenas sobre os aspectos jurídicos, partindo de pontos econômicos apenas tal como narrados na consulta.

⁵⁸ Art. 61. A *Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS* é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei. § 1º As atividades econômicas referidas neste artigo serão desenvolvidas pela PETROBRAS em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado, observados o período de transição previsto no Capítulo X e os demais princípios e diretrizes desta Lei.

econômico), numa verdadeira inversão da *implied powers doctrine*, segundo a qual, quem dá os fins, deve dar os meios necessários para atingi-los.⁵⁹

JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOSO indica que também "haverá de ser ofensivo à nossa Lei Maior o estabelecimento de quaisquer deveres ou ônus de atuação que impeçam sua atuação no mercado nos moldes em que uma empresa privada o faria. Deverão sempre atuar em pé de igualdade, vedados privilégios e o estabelecimento de ônus de qualquer natureza que impliquem formas de desigualdade jurídica de tratamento ao longo de suas respectivas atuações no campo econômico".⁶⁰

Nessa linha, RICARDO LOBO TORRES aduz que, "em se tratando de entidade da administração indireta com personalidade jurídica de direito privado, o controle é genérico e global, com o objetivo precípua de evitar a ilegalidade das ações das estatais, **mas sem lhes prejudicar o funcionamento segundo os métodos das empresas privadas**".⁶¹

Também FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO assevera que "a interface entre os entes estatais exploradores de atividades econômicas pelo prisma de competição (empresas estatais e suas concorrentes privadas)

⁵⁹ "Legítimo o fim e, dentro da esfera da Constituição, todos os meios que sejam convenientes, que plenamente se adaptem a este fim e que não estejam proibidos, mas que sejam compatíveis com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais" (apud Rodolfo Bledel, in *Introducción al Estudio del Derecho Publico Anglosajón*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 57. "*Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional.*" *McCulloch v. Maryland*).

⁶⁰ CARDOSO, José Eduardo Martins. "O dever de licitar e os contratos das empresas estatais que exercem atividade econômica." *Curso de Direito Administrativo Econômico*, Ed. Malheiros, São Paulo, p. 786.

⁶¹ Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Coord: Diogo Figueiredo Moreira Neto. Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil- Espanha. Renovar, 2003, p. 637.

Alexandre Santos de Aragão

deve se dar em condições de ampla e justa competição, sendo vedada qualquer regra legal que ofereça privilégio ou, ao contrário, estabeleça restrições à atuação do ente estatal".⁶²

A PETROBRAS, sendo uma empresa submetida ao regime da livre concorrência, está obrigada a buscar um perfil de atuação equiparável ao das demais concorrentes, a fim de que possa tornar economicamente viável a sua atuação, sem, contudo, descuidar do interesse coletivo que justificou a sua criação.

Não é por outra razão que a Lei das Sociedades Anônimas dispõe:

Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

No mesmo sentido, o ulterior Estatuto das Estatais – Lei nº 13.303/16 em seu art. 4º, § 1º:

Art. 4º, § 1º. A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação.

⁶² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no Mercado. Direito Administrativo. Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. p. 585.

Alexandre Santos de Aragão

Todavia, o fato de as Leis das S.A. e das Estatais reconhecerem que as sociedades de economia mista podem de alguma forma ser direcionadas para objetivos de interesse público, não quer dizer que tais objetivos podem chegar ao ponto de comprometer a racionalidade econômica de suas atuações.

Com efeito, em sede societária ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA pondera que afastar as empresas estatais “da técnica das empresas privadas e de suas características de independência de ação e consequente liberdade administrativa” fará com que elas deixem de ser “os instrumentos simples, flexíveis e eficientes, correndo o risco de falharem em suas finalidades”.⁶³ Nesse passo, MODESTO CARVALHOSA argumenta que “a lucratividade da sociedade de economia mista constitui meio necessário para a consecução de seu fim”.⁶⁴

O art. 238 da Lei das S.A. c/c art. 4º, § 1º, do Estatuto das Estatais não exclui de forma absoluta e *a priori* que objetivos macroeconômicos sejam impostos às estatais, mas os admite desde que relacionados à criação da sociedade de economia mista: o objetivo pode ser geral, mas tem que ser relacionado especificamente àquela estatal.⁶⁵

NELSON EIZIRIK, sobre o tema, afirma que “[a]s políticas públicas atendidas pela atuação do Estado como acionista controlador somente são aquelas que justificaram a instituição da sociedade de economia mista, caso

⁶³ *Apud* DAVIS, M. T. de Carvalho Britto. Tratado das Sociedades de Economia Mista, José Konfino Editor, Rio de Janeiro, 1969, p. 737.

⁶⁴ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas, 4ª ed – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 410.

⁶⁵ Esta e outras reflexões constantes do presente subtópico V.4 deste Parecer advém do Tópico IV.2 de ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2017.

Alexandre Santos de Aragão

contrário, ficará caracterizado o abuso do poder de controle. Não é aceitável, exemplificando, que se determine o 'congelamento' do preço dos bens produzidos por determinada sociedade de economia mista, reduzindo a sua margem de lucros frente às concorrentes, com vistas a combater a inflação".⁶⁶

Em outro exemplo paralelo, uma petrolífera estatal só poderia cobrar combustível abaixo do valor do mercado se for para fomentar a concorrência no setor ou em situação econômica extrema de risco de abastecimento por total incapacidade econômica dos consumidores, não simplesmente para controlar a inflação, objetivo bastante genérico, que é competência ordinária e específica do Banco Central, não de uma empresa petrolífera.

Todavia, pode ser sustentado, apesar de para nós ficar muito próximo da zona de certeza negativa de incidência do art. 238 da Lei das S.A. c/c art. 4º, § 1º, do Estatuto das Estatais, que, em sendo os combustíveis insumo tão básico da economia e de tanta importância para a inflação, seria natural que o Estado tivesse potenciais preocupações macroeconômicas de controle da inflação ao criar uma estatal no setor do petróleo e seus derivados.

Independentemente, dessa controvérsia – de os objetivos visados pela TCP ser ou não macroeconômicos e desses poderem ou não ser impostos às estatais –, o fato é que a imposição de racionalidades não estritamente econômicas pelo controlador de sociedades de economia mista, impõe, de qualquer maneira, ainda quando admissíveis, a prévia identificação e planejamento, bem como o estabelecimento da forma com que a estatal vai ser compensada pelo Ente Federativo.



⁶⁶ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 3, p. 314.

Alexandre Santos de Aragão

Só com objetivos públicos muito relevantes pode a empresa estatal ser obrigada a realizar operações comerciais singularmente deficitárias, mas que não comprometam a lucratividade, ainda que menos intensa, da empresa como um todo, e mesmo assim com as devidas compensações em virtude do art. 8º, § 2º, do Estatuto das Estatais.

Portanto, por mais que se atendam aos limites quantitativos e qualitativos da mitigação dos lucros, o Estado deverá compensar a estatal por isto, com o que, na verdade, deixará de haver a mitigação do lucro.

Ao prever a celebração de um “contrato, convênio ou ajuste” para a estatal assumir obrigações de políticas públicas, o art. 8º do Estatuto das Estatais deixa claro o caráter *lato sensu* comutativo dessa assunção, impondo-se que esses instrumentos contenham a forma de compensação da estatal por estes ônus, compensação que deverá se pautar inclusive pela estimativa financeira que contiver a carta anual referida pelo inciso I do art. 8º.

Não seria obviamente de se supor a necessidade de celebração – consensual por natureza – de um ato negocial que contivesse obrigações apenas para uma das partes. Se assim fosse, o ato negocial seria despiciendo, bastando a imposição unilateral do Estado/sócio controlador para a estatal tomar atitudes desprovidas de racionalidade econômica.

Ademais, o sistema do Estatuto é todo no sentido de proteger as estatais da sua instrumentalização para a realização de políticas públicas, como se depreende também do inciso I do art. 8º, que determina a elaboração de uma carta anual com a especificação de todas as ações que a estatal desempenhará no período para atender aos seus objetivos públicos institucionais, com a definição clara dos recursos que serão empregados para esse fim.



Alexandre Santos de Aragão

RENATO FERREIRA DOS SANTOS menciona que “se a LSA não regulava a matéria, a Lei nº 13.303/16 trouxe, a nosso ver, disposições que reforçam a argumentação em favor da compensação da companhia nas hipóteses de que aqui se cuida. É de se ressaltar, inicialmente, que todo o conteúdo da citada lei é marcadamente inspirado por normas que reforçam os compromissos públicos com boas práticas de governança corporativa e limitações aos poderes do Estado e da Administração Pública na relação com os particulares, dada a natureza societária das empresas estatais sujeitas às disposições da Lei nº 13.303/16. Nessa linha, (...) o argumento legal em favor da compensação a ser promovida pelo Poder Público em face de situações em que a sociedade de economia mista tenha prejuízos por sua atuação em prol do interesse público encontra respaldo no §2º do art. 8º da Lei nº 13.303/16”.⁶⁷

Seguindo esse entendimento, a PETROBRAS, após a edição da Lei nº 13.303/16, alterou o seu Estatuto Social justamente para encampar essa postura. Segundo o seu § 5º do art. 3º, “o Comitê Financeiro e o Comitê de Minoritários, em suas atribuições de assessoramento ao Conselho de Administração, avaliarão e mensurarão, com base nos critérios de avaliação técnico-econômica para projetos de investimentos e para custos/resultados operacionais específicos praticados pela administração da Companhia, se as obrigações e responsabilidades a serem assumidas são diversas às de qualquer outra sociedade do setor privado que atue no mesmo mercado”.

Em seguida, no § 6º do art. 3º, a estatal destaca que, “observados os critérios de que trata o parágrafo quinto, sendo que, nesta hipótese, a União compensará, a cada exercício social, a companhia pela diferença entre as

⁶⁷ SANTOS, Renato Ferreira dos. *O papel do Estado como acionista controlador de sociedades de economia mista: limites e restrições à perseguição do interesse público*. 2017. 125f. Mestrado – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017. p. 81.



Alexandre Santos de Aragão

condições de mercado definidas conforme o parágrafo quinto acima e o resultado operacional ou retorno econômico da obrigação assumida".

Quando o Estado, através de sua Administração Direta ou Indireta, edita uma norma ou ato regulador, mesmo que através de lei ou resolução, e o único ou um dos poucos regulados relevantes que poderia se subsumir à situação prevista na regulação for mesmo uma empresa por ele controlada, a determinação cogente pode ser enquadrada no art. 8º do Estatuto das Estatais como acima exposto.

Ora, no caso em exame é exatamente essa a situação, já que os próprios "Considerandos" da TCP aludem à concentração do mercado de refino, dando-se tal concentração, como é de conhecimento comum, na PETROBRAS.

Por mais que juridicamente as diversas faces do ente federativo em relação às suas estatais sejam distintas, não pode o Direito ficar alheio para às aproximações e intercomunicabilidades que na prática existem.

VI – CONCLUSÕES.

O exposto no presente parecer pode, sem de forma alguma prescindir de todo o seu texto, ser condensado por meio das seguintes assertivas objetivas, sempre pressupondo os fatos como narrados pelo Consultante e sem adentrar no mérito de seus aspectos técnico-econômicos:

- 1) As atividades monopolizadas (exploração, produção, importação, exportação, parte do refino, transporte marítimo e por dutos)

Alexandre Santos de Aragão

podem ser sujeitas à concessão ou à autorização. A Lei reservou esta modalidade regulatória para as atividades de refino, importação, exportação e transporte marítimo ou por dutos, que não apenas admitem, como, pelo Princípio da Subsidiariedade, demandam, a maior concorrência possível (arts. 53, 56 e 60, Lei do Petróleo).

- 2) O fato de o refino, em parte (exceção para as refinarias objeto do art. 45 do ADCT), estar inscrito na Constituição como monopólio da União não retirou do Legislador a discricionariedade de, se assim julgasse mais conveniente, dar-lhe feição de atividade privada regulamentada, sujeita a autorização administrativa, e não a contrato. Foi exatamente essa decisão que tomou a Lei do Petróleo em relação ao refino e às outras atividades enumeradas no art. 177, com exceção das atividades de exploração e produção.
- 3) A única diferença entre as atividades de refino e de distribuição de combustíveis, está na discricionariedade legislativa sobre elas incidentes. Em relação ao refino, estando no monopólio da União, o legislador teria ao seu dispor instrumentos muito mais interventivos que os que dispõe em relação à distribuição, atividade por prévia determinação constitucional privada. Ocorre que, ao exercer essa discricionariedade, o legislador optou, ao revés, por deixar a atividade de refino sob *ordenatio* (regulação por licença ou autorização), não sob *publicatio* (exercitável por particulares apenas mediante contratos).
- 4) As atividades de refino, distribuição e revenda devem ser encaradas dentro desse marco, como qualquer atividade privada



Alexandre Santos de Aragão

que possua liames de utilidade pública, mas que segue sendo privada, para fins de admissibilidade ou não do controle de preços.

- 5) A desregulação de preços ou de outros aspectos de atividades econômicas não impede que as regras publicísticas sejam substituídas por outras regras: que à desregulação suceda uma re-regulação. Mas se trata regras e estratégias de natureza diversa, voltadas a fomentar a concorrência dos agentes econômicos, e não a sujeitar as empresas a determinações administrativas.
- 6) O setor do petróleo é um exemplo paradigmático de desregulação: deixou um sistema de ampla determinação estatal de preços, através da chamada Conta Petróleo⁶⁸ instituída pela Lei nº 4.452/64, para um sistema de liberdade total de preços determinada pelos arts. 69 e seguintes da Lei do Petróleo – Lei nº 9.478/97, adotando expressamente uma política de “desregulamentação de preços” (art. 70).
- 7) Sempre estaremos diante de um controle de preços quando não houver plena liberdade em sua fixação; sempre que o preço não puder ser livremente fixado pelo agente econômico – seja em seu valor, em seu momento ou clientes –, estaremos diante de alguma modalidade de controle de preços.

⁶⁸ Basicamente por esse mecanismo a União se creditaria com os preços cobrados pela PETROBRAS que fossem além dos preços internacionais e ficaria a ela devendo pelos preços cobrados aquém dos preços internacionais, podendo, em caso de a conta ficar negativa, ressarcir a estatal com títulos da dívida pública.

Alexandre Santos de Aragão

- 8) A fixação de periodicidade mínima para mudança de preço constitui verdadeiro mecanismo de controle de preços: mais do que um mecanismo *soft* de tentar influenciar indutivamente os agentes econômicos, restringe a liberdade das empresas quanto ao momento em que poderão alterar seus preços.
- 9) Quer se veja a medida proposta pela ANP como uma forma de congelamento, ou como uma modalidade autônoma de controle de preços, o seu enquadramento nesse gênero, ao contrário do que dá a entender a motivação da TCP, é indubitável, já que configurados os seus dois elementos conceituais básicos: uma disciplina obrigatória estabelecida pelo Estado (no caso sobre a periodicidade de alterações dos preços) que limita a liberdade dos agentes em fixar os seus preços (no caso em relação ao momento de fixa-los, que deixaria de estar na alçada da livre determinação empresarial).
- 10) Quanto ao poder normativo da ANP *in casu*, uma situação seria a Lei ser silente sobre determinado ponto específico e a agência reguladora, com base em seus valores e objetivos gerais (ex.: proteção do consumidor em relação aos combustíveis), estabelecer regras sobre ele (por exemplo, estabelecendo a fidelidade de bandeira dos postos de revenda). Todavia, já se a Lei já contiver regra sobre aquele ponto específico (ex.: liberalizando totalmente os preços), a agência reguladora deverá apenas aplica-la, normativa ou concretamente, mas jamais desconsidera-la com bases em valores e objetivos gerais constantes da mesma Lei.

Alexandre Santos de Aragão

- 11) No caso concreto, apesar de haver diversos *standards* que em tese poderiam embasar eventual ação da ANP para impor limites temporais à alteração de preços, especificamente em relação a medidas desse jaez não há silêncio legislativo. Ao revés, há toda uma Seção, com seis artigos (arts. 69 a 74), dedicada exclusivamente aos preços dos combustíveis, Seção que existe para determinar, a partir de 31 de dezembro de 2001, a sua total liberalização e conseqüente ausência de qualquer controle que imponha normas aos particulares.
- 12) Com base nas assertivas acima, nem precisaríamos adentrar nos critérios de validade dos atos administrativos em geral e nos de controle de preço em especial para afirmar a injuridicidade da medida proposta pela ANP, já que, por expressa imposição legal da liberação dos preços dos combustíveis, ela sequer tem competência para tanto. Contudo, apenas para completar todo o campo argumentativo envolvido na questão, analisamos se a medida proposta seria legítima mesmo se, *ad argumentandum*, já não fosse de antemão vedada pelas regras específicas dos arts. 69 e seguintes da Lei do Petróleo.

12.1) Os motivos que cada órgão ou entidade invoca para a prática dos seus atos administrativos tem que ser um motivo de sua alçada de competências, sob pena de o ato ser eivado concomitantemente de vício de motivação e de competência (art. 37, *caput*, CF). Não poderia a ANP se valer de um instrumento *ad argumentandum* de sua competência (controle da periodicidade dos reajustes de preços) para tentar resolver razões que não são de sua competência, mas sim de outros Poderes e órgãos do Estado, quais sejam, a



Alexandre Santos de Aragão

ausência de mecanismos tributários para atenuar a flutuação de preços e a falta de concorrência no mercado de refino, conforme expresso nos próprios "Considerandos" da TCP.

12.2) Só há legitimidade dos controles de preços quando diante de ameaça a elevados valores ligados a direitos fundamentais somada, e o ponto é colocado como requisito fundamental pelo acórdão da ADIN nº 319 do STF, ao combate à prática abusiva de preços decorrente da busca do aumento arbitrário de lucros, o que sequer está sendo cogitado *in casu*. Ao revés, como consta de pressuposto econômico narrado pela Consultente, é a medida proposta pela ANP que pode fazer com as empresas tenham diminuição arbitrária de lucros ou até mesmo prejuízos nas operações por ela atingidas.

12.3) Tratar-se-ia, caso não fosse uma medida que violasse os arts. 69 e segs. da Lei do Petróleo, de uma imposição inadequada aos fins a que se propõe; desnecessária, por haver medidas menos restritivas disponíveis no aparato do Estado como um todo; e desproporcional em sentido estrito, por não guardar uma relação de custo-benefício minimamente razoável diante do retrocesso regulatório que representaria e dos parques benefícios que seriam trazidos.

12.4) O art. 238 da Lei das S.A. c/c art. 4º, § 1º, do Estatuto das Estatais não exclui que objetivos públicos lhes sejam impostos pelo Estado (diretamente ou através de entidades da sua Administração Indireta), mas desde que relacionados

Alexandre Santos de Aragão

às razões de sua criação e – e esta é a grande novidade trazida pelo art. 8º do Estatuto das Estatais – que o Ente Federativo compensa financeiramente a estatal por eles.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 28 de junho de 2018.



ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Professor Titular de Direito Administrativo da UERJ
Professor de Direito Público do Petróleo do Doutorado da UERJ
Doutor em Direito do Estado pela USP