

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE
DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL Nº 94.576 — RJ**
(Registro nº 98.0029858-4)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Agravante: Estado do Rio de Janeiro
Procuradores: Christina Aïres Corrêa Lima e outros
Agravados: Lanchonete Trevial Ltda e outros
Advogados: Carlos Alberto Calumby Lisboa e outros

EMENTA: Processual Civil — Embargos de divergência — Erro na identificação do acórdão-paradigma — Transcrição de ementas — Impossibilidade de confronto das situações fático-jurídicas dos casos — Agravo regimental.

I — Inadmissível o recurso de embargos de divergência que apresenta múltiplos defeitos, como erro na identificação de acórdão-paradigma e transcrição apenas das ementas, sem observância dos requisitos contidos no art. 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno.

II — Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, negar provimento ao agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Ari Pargendler e José Delgado. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 9 de dezembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Relator.

Publicado no DJ de 22.03.99.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Estado do Rio de Janeiro contra decisão que inadmitiu os embargos de divergência por defeito na identificação dos arestos-paradigmas e não atendimento aos requisitos processuais da espécie.

Alega o recorrente que o erro material havido na citação do recurso poderia ser relevado em face dos demais elementos fornecidos, salientando que, pela simples transcrição das ementas, o confronto é possível.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator): O agravo regimental não merece prosperar.

Os embargos de divergência devem ser opostos com absoluta observância dos requisitos processuais-regimentais, o que incoorreu na espécie, apesar de contar o Estado-recorrente com o *dobro* do prazo recursal.

Portanto, se houve erro na citação numérica do primeiro acórdão-paradigma, que levou à sua não identificação, mas à de outro recurso dissociado da questão dos autos, tal não pode ser reparado na via do agravo regimental.

De outra parte, tanto o primeiro acórdão quanto o segundo foram transcritos apenas por suas ementas, deixando de atender aos requisitos do art. 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do STJ. Não fora isso o bastante — e é — elas, de toda sorte, não se mostram suficientes, por si só, para a configuração exata de hipótese fático-jurídica em circunstâncias rigorosamente idênticas à dos autos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE
DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL Nº 153.191 — PE**
(Registro nº 98.0032552-2)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Agravante: Codiesel — Comércio Diesel Ltda
Advogados: Fabíola Cavalcanti Torres Borges e outros
Agravada: Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste — Sudene
Procuradores: Carine Delgado Caula Regis e outros

EMENTA: Tributário e Processual Civil — Requerimento administrativo — Sudene — Exame obrigatório sob a ótica do Decreto-Lei nº 1.564/77 — Pedido juridicamente impossível — Extinção do processo — Embargos de divergência — Confronto de teses não demonstrado — Agravo regimental.

I — Firmado pelo acórdão embargado que o pedido formulado na ação de segurança é juridicamente impossível, porque não pode ser compelida a autoridade administrativa a apreciar o requerimento da empresa, obrigatoriamente, sob a ótica de determinado diploma legal (Decreto-Lei nº 1.564/77), desservem como paradigmas decisões que se limitam a reconhecer o direito ao mero exame do pedido da impetrante pela Sudene, porém, evidentemente, sem condicionamento quanto ao tratamento legal a ser por ela aplicado.

II — Correto, pois, o despacho do Relator que à falta da demonstração da dissidência de teses, inadmitiu os embargos da parte.

III — Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, negar provimento ao agravo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Ari Pargendler e José Delgado. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 9 de dezembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Relator.

Publicado no DJ de 22.03.99.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto contra despacho do seguinte teor (fls. 239/240):

“Trata-se de embargos de divergência manifestados por Codiesel — Comercial Diesel Ltda, contra decisão segundo a qual não pode o juiz obrigar a autoridade administrativa a aplicar determinada lei quando da apreciação de pedido administrativo. E para o confronto de teses destaca a embargante tópico do acórdão embargado assim redigido:

‘Como se vê, pretende a impetrante que o Judiciário obrigue a Sudene a se abster de apreciar seu pedido de prorrogação do prazo de isenção do imposto de renda com base na Lei nº 7.450/85, artigo 59 e somente o faça observando o disposto no artigo 3º do Decreto-Lei nº 1.564/77. Evidente não pode o juiz obrigar a autoridade administrativa que, ao apreciar o pedido administrativo, deixe de aplicar determinada norma legal ou aplique esta ou aquela lei. A autoridade administrativa tem todo o direito e total liberdade para decidir a pretensão como bem entender e se o fizer contra a lei, seu ato poderá ser revisto pela Justiça.’ (fls. 215).

Ao pretender estabelecer o conflito, traz a embargante à colação julgados desta Turma que retratam o entendimento de que: conferida a isenção, uma vez preenchidos os requisitos legais, assegura-se o direito à prorrogação do favor fiscal. A toda evidência não há conflito de teses a dirimir. Com efeito, o acórdão embargado admite que não pode o juiz obrigar a autoridade administrativa a aplicar determinada lei quando da apreciação de pedido administrativo. Já os acórdãos trazidos à testilha asseguram o direito à pror-

rogação do favor fiscal, preenchidos os requisitos legais. As hipóteses são diferentes, como a solução também.

Pelo exposto, inadmito os embargos.”

Alega a agravante que as situações confrontadas são as mesmas, eis que as hipóteses, todas elas, versam sobre o princípio da irretroatividade das leis, aplicável, no caso, ao pedido de prorrogação de prazo de concessão de benefício fiscal a ser apreciado pela Sudene sob a ótica do Decreto-Lei nº 1.564/77, vigente à época em que concedido o aludido favor.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator): O acórdão embargado, conduzido pelo eminente Ministro Garcia Vieira, diz o seguinte (fls. 203/204):

“O pedido, neste mandado de segurança, é para que o mesmo seja concedido, determinando ao Sr. Superintendente da Sudene:

‘a) que se abstenha de apreciar o pedido de prorrogação do prazo de isenção do imposto de renda que lhe será submetido com base no que dispõe o § 1º do art. 59 da Lei nº 7.450, de 23.12.85, devendo a apreciação ser feita com observância do que dispõe o art. 3º do Decreto-Lei nº 1.564, de 29.07.77;

b) que se o referido pedido de prorrogação satisfizer as condições previstas no mencionado art. 3º do Decreto-Lei nº 1.564/77, expeça o respectivo ato de reconhecimento do direito requerido’. (fls. 21)

Estes pedidos, a meu ver, são juridicamente impossíveis (artigo 25, parágrafo único, item III, do CPC) e a petição inicial deveria ter sido indeferida.

Como se vê, pretende a impetrante que o Judiciário obrigue a Sudene a se abster de apreciar seu pedido de prorrogação do prazo de isenção do imposto de renda com base na Lei nº 7.450/85, artigo 59 e somente o faça observando o disposto no artigo 3º do Decreto-Lei nº 1.564/77. Evidentemente não pode o juiz obrigar a

autoridade administrativa que, ao apreciar pedido administrativo, deixe de aplicar determinada norma legal ou aplique esta ou aquela lei. A autoridade administrativa tem todo o direito e total liberdade para decidir a pretensão como muito bem entender e se o fizer contra a lei, seu ato poderá ser revisto pela Justiça.

No pedido da letra **b**, pretende a recorrente seja proferida sentença condicional, quando ela deve ser certa, mesmo se decidir relação jurídica condicional (artigo 461 do CPC). Não se pode condicionar o reconhecimento do direito perseguido, de prorrogação da isenção, à constatação de atendimento às condições do autor, de natureza diversa da pedida... (artigo 460 do CPC). Não resta outra saída, senão a extinção do processo, com fundamento no artigo 267, inciso VI, do CPC”.

A ementa é a seguinte (fl. 210):

“Imposto de renda — Isenção — Prazo — Prorrogação — Autoridade administrativa — Lei.

Não pode o juiz obrigar a autoridade administrativa a aplicar determinada lei quando da apreciação de pedido administrativo.

Recurso provido.”

Já os arestos-paradigmas versam sobre o mérito da questão, isto é, sobre o direito à prorrogação do favor fiscal concedido sob a égide do Decreto-Lei nº 1.564/77. As duas únicas decisões que tocam em tema semelhante, dentre as invocadas pela embargante, são as prolatadas no REsp nº 158.764-PE (Rel. Min. Hélio Mosimann — fls. 219/223) e no EREsp nº 33.542-PE, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins (fls. 228/235).

Quanto à primeira (REsp nº 158.764-PE), o voto se limita, no particular, a citar o EREsp nº 33.542-PE, nada adicionando a propósito. E a segunda, que é o voto prolatado pelo Min. Peçanha no citado EREsp nº 33.542-PE, a situação nele retratada (item 2 da ementa) não é a mesma, eis que não basta reconhecer o direito da empresa à apreciação do seu pedido administrativo. No caso dos autos, como visto, o que a impetrante requereu foi que, na apreciação do pedido administrativo, a Sudene deveria ser compelida judicialmente a apreciá-lo “... com observância do que dispõe o art. 3º do Decreto-Lei nº 1.564, de 29.07.77” (fl. 203, **sic**), o que levou o acórdão-embargado a extinguir o processo com base no art. 267, VI, do CPC, por impossibilidade jurídica da pretensão exordial.

Finalmente, deixou registrado que o aresto embargado também ingressou no mérito da matéria, porém, consoante acima assinalado, o resultado foi da extinção do processo sem aquele julgamento, pelo que a isto se circunscreve a divergência e ela não restou efetivamente demonstrada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 21.883 — RJ

(Registro nº 98.0019543-2)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Autor: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
Réu: Luiz Carlos V. da Silveira
Suscitante: Juízo de Direito da Décima Sexta Vara Cível do Rio de Janeiro-RJ
Suscitado: Juízo Federal da Sétima Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro
Advogada: Estela Consol Magno R. Barros

EMENTA: Processual — Conflito de competência — Processos envolvendo conselho de fiscalização profissional — Lei nº 9.649/98 (art. 58) — Competência da Justiça Federal.

— O art. 58 da Lei nº 9.649/98 é um texto programático, dispondo para o futuro. Em nada alterou a competência da Justiça Federal, para conhecer dos processos em que são partes as entidades de fiscalização profissional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Federal da Sétima Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Adhemar Maciel, Ari Pargendler, José Delgado, Aldir Passarinho Junior, Garcia Vieira, Hélio Mosimann e Demócrito Reinaldo.

Brasília-DF, 23 de setembro de 1998 (data do julgamento).
Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.
Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

Publicado no DJ de 14.12.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O MM. Juízo Federal suscitado remeteu ao Juízo Estadual suscitante, processo de execução fiscal promovida pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo.

A remessa ocorreu porque o suscitado declinou da competência. Fez isto, sob o argumento de que, a teor da Medida Provisória nº 1.549/97 (art. 58) os conselhos de fiscalização profissional tornaram-se pessoas jurídicas de direito privado.

O suscitante afirma que, embora a medida provisória tenha declarado que os serviços de fiscalização profissional passarão a ser exercidos em caráter privado, as entidades que os ministram não perderam a natureza de autarquias federais.

Este o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O Superior Tribunal de Justiça já cristalizou sua jurisprudência, no sentido de que

Os conselhos regionais de controle das profissões constituem autarquias federais. Por isto, a Justiça Federal é competente para conhecer dos processos em que eles sejam partes (Conflitos de Competência nº 5.515/Peçanha e 6.115/Demócrito).

Surgiu, entretanto, o art. 58 da Lei nº 9.649/98, a dizer que

“Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público, mediante autorização legislativa.”

Nesta redação, a origem da perplexidade geratriz do conflito.

O dispositivo provisório, contudo, nada alterou em relação à competência da Justiça Federal. Não alterou, nem o poderia fazer.

Com efeito, a natureza jurídica das pessoas jurídicas é um atributo permanente, insuscetível de alteração transitória.

Atento para esta circunstância, o Senhor Presidente da República editou o art. 58 do Diploma Legal, como um texto programático, dispondo para o futuro. Tanto que teve o cuidado de acrescentar-lhe o § 8º, em que adverte:

“Compete à Justiça Federal a apreciação das controvérsias que envolvem os conselhos de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegado, conforme o disposto no **caput.**”

Como se percebe, o art. 58 da Lei nº 9.649/98, em nada alterou a competência da Justiça Federal para as causas em que sejam partes os conselhos de fiscalização profissional.

Declaro competente o Juízo Federal da Sétima Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 4.578 — DF
(Registro nº 96.0035654-8)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Impetrantes: Valle Petro Distribuidora de Combustível Ltda e Comercial Exportadora Arco Íris Ltda
Impetrado: Ministro de Estado de Minas e Energia
Advogados: Cid Flaquer Scartezzini Filho e outros

EMENTA: Constitucional — Administrativo — Mandado de segurança — Decadência — Início do prazo — Ato de eficácia diferida — Compra de derivados de petróleo em operações interestaduais (CF, art. 155, X, b) — Restrição — Direito adquirido — Situações coletivas e individuais — Controle da atividade econômica (CF, art. 174) — Fraude à lei — Despesas com subsídio ao transporte — Competência do Ministro de Estado para restringir as operações.

I — O prazo de decadência do direito de pedir mandado de segurança começa a correr a partir do momento em que o ato malsinado se torna eficaz.

II — Se próprio ato de baixar a portaria implica em restringir o âmbito de escolha de que os impetrantes dispunham, para efetivar suas compras, o mandado de segurança é cabível, em tese, para reparar eventual ilegalidade.

III — O ato-condição que vincula alguém a determinada situação coletiva não gera direito adquirido à perpetuação do estatuto respectivo. Apenas o ato subjetivo produz direito imune aos efeitos de lei nova.

IV — É lícito ao Ministro de Minas e Energia restringir, em portaria, a prática de operações interestaduais, envolvendo compra e venda de produtos do petróleo (CF, art. 155, X, b e art. 174).

V — Se o posto varejista negocia combustíveis cuja origem não corresponde a sua bandeira, ele estará enganando o consumidor e se locupletando às custas do titular do logotipo.

VI — O Ministro das Minas e Energia dispõe de autoridade para, em portaria, impedir que o granelista venda combustível ao varejista ligado à bandeira que não a sua. Em assim fazendo, não ultrapassa os limites do poder de polícia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, por maioria, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, vencidos os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Demócrito Reinaldo que a concederam parcialmente. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Adhemar Maciel (voto-vista), José Delgado e Francisco Peçanha Martins. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília-DF, 23 de setembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Presidente.

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Valle Petro Distribuidora de Combustível Ltda e Comercial Exportadora Arco Íris Ltda requerem mandado de segurança preventivo contra ato do Senhor Ministro de Estado de Minas e Energia.

Alegam, em síntese:

1. são empresas brasileiras de capital nacional, e atuam no ramo de distribuição e comercialização de combustíveis líquidos, derivados de petróleo e álcool etílico hidratado carburante;

2. obtiveram junto ao Departamento Nacional de Combustíveis, os Registros de Distribuidores de Combustíveis Líquidos certificados pelos números 326 e 68, respectivamente, conforme ofícios DNC/CGAB/DIVIN nºs 170/95 e 154/93 (docs. 11 e 12);

3. o Decreto-Lei nº 395/38 dispõe sobre os requisitos necessários ao exercício das atividades de distribuição e comercialização e outras, a concessão do Registro de Distribuidor de Combustível Líquido, bem como sobre a criação do Conselho Nacional do Petróleo (órgão antecessor ao Departamento Nacional de Petróleo);

4. “as atribuições dadas ao então Conselho Nacional de Petróleo, hoje com outra denominação, foram no sentido de estruturação do sistema de preços (uniformização), assegurar o suprimento, fiscalização das atividades, do transporte, do armazenamento e o estabelecimento de limites mínimos de estoques de segurança, entre outros”;

5. surgiram, entretanto, as Portaria nºs 61 e 63 (ambas de 1995) a dizerem, **in verbis**:

“O revendedor varejista que exibir marca de identificação comercial de uma empresa, somente poderá adquirir combustíveis da referida distribuidora.” (Port. nº 61/95, art. 11);

“A distribuidora não poderá fornecer combustível a revendedores varejistas vinculados a outra distribuidora.” (Port. nº 63/95, art. 18);

6. com elas o governo impôs limites restritivos à comercialização interestadual dos combustíveis por elas distribuídos, em de-

trimento da própria autorização para comercialização e distribuição em todo território nacional:

“A distribuidora somente poderá fornecer produtos de bases de distribuição de outra unidade da Federação quando esta for a mais próxima da sede do posto revendedor, do transportador-revendedor-retalhista ou do consumidor” (Port. nº 63/95, art. 19);

“O revendedor varejista obriga-se a:

.....
 XI — somente receber combustíveis de base de distribuição de outra unidade da Federação quando esta for a mais próxima da sede do posto revendedor” (Port. nº 61/95, art. 13);

7. impediu as relações comerciais de compra e venda de combustíveis pelas distribuidoras congêneres, que sempre foram praticados pelo mercado, a fim de que fossem equilibrados os estoques excedentes de suas quotas, tendo em vista a obrigatoriedade da aquisição dos produtos junto a Petrobrás:

“O exercício da atividade de distribuição depende, em caráter permanente, dos seguintes requisitos:

.....
 III — adquirir e retirar o produto exclusivamente dos produtores, observados os volumes autorizados pelo DNC” (Port. nº 63/95, art. 3º);

8. o art. 25, II, comina à distribuidora que descumprir os preceitos que disciplinam suas atividades, a cassação da autorização para funcionar;

9. as portarias administrativas carecem de eficácia para restringir direitos e criar obrigações;

10. o art. 238 da Constituição Federal é muito claro, ao dizer:

“A lei ordenará a venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados

de matérias-primas renováveis, respeitados os princípios desta Constituição.”

11. em homenagem a esta reserva constitucional, é defeso à Administração invadir a competência do Poder Legislativo, disciplinando, mediante regras de hierarquia inferior, a distribuição de combustíveis;

12. com estes dispositivos, o Senhor Ministro de Estado terminou outorgando às grandes distribuidoras, exclusividade para abastecer os postos varejistas que ostentam suas respectivas marcas;

13. esta forma de vinculação induz a cartelização — proscrita pela atual ordem constitucional, beneficiando as grandes distribuidoras;

14. o Congresso Nacional, recentemente, quebrou as regras do monopólio do petróleo, não podendo o Senhor Ministro de Estado, através de simples portarias, desestruturar toda a relação comercial existente e em vigor no mercado de compra e venda de combustíveis;

15. os dispositivos impugnados agridem os princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência, segurança jurídica, moralidade administrativa e vinculação dos atos públicos às diretrizes do planejamento;

16. a relação que se trava entre as distribuidoras e os postos revendedores efetiva-se através de contratos de compra e venda, disciplinados pelo direito privado. Por isto, não se expõe a restrições partidas de autoridade administrativa;

17. de mais a mais, os dispositivos inscritos na portaria agridem o cânone da segurança jurídica. Agridem-no, porque alteram, de inopino, a estrutura mercadológica em que a impetrante se inseriu, após efetuar substanciais despesas;

18. a mudança abrupta das “regras do jogo” levará o empreendimento à inviabilidade e as impetrantes, à insolvência;

Pede-se mandado de segurança

para que livres da autuação, possam realizar suas atividades sem a ameaça do cancelamento de seus registros (fls. 11).

O pedido veio primorosamente instruído com quinze documentos e reproduções dos diplomas normativos pertinentes.

O Senhor Ministro das Minas e Energia, nas informações, levanta diversas questões preliminares, onde:

1. afirma a impropriedade de sua indicação, como autoridade coatora. Sustenta a preliminar, no argumento de que sua competência exaure-se no âmbito da emissão das normas gerais;
2. assevera que a impetrante está em busca de mandado de segurança contra normas em tese;
3. operou-se decadência sobre o direito de pedir segurança, eis que, entre a publicação da portaria (09.03.95) e o ingresso do pedido de segurança (14.12.95) passaram-se nove meses.

No mérito, as informações dizem:

1. através do Decreto nº 507, de 23.04.92, o Ministro de Minas e Energia tem competência para adotar medidas necessárias ao cumprimento das leis relacionadas com o controle e fiscalização do abastecimento nacional de lubrificantes e combustíveis;
2. o Decreto nº 1.021, 27.12.93, no art. 24, IX, comina multa para quem fizer negócios com produtos sob controle do Ministério, em desacordo com as normas vigentes;
3. a portaria questionada resultou de amplos debates, envolvendo todos os segmentos interessados no comércio e consumo de produtos petrolíferos;
4. a aquisição interestadual de combustíveis, fora dos limites fixados na Portaria nº 63/95, gera concorrência desleal capaz de desorganizar o sistema de abastecimento de combustíveis. Isto, porque os revendedores não terão como suportar a concorrência com empresas que não recolhem ICMS;
5. a compra interestadual de combustíveis é um artifício para fraudar o pagamento de ICMS;
6. muitas vezes, a fuga ao imposto se faz mediante simples emissão de notas fiscais: a empresa vendedora negocia produto que já se encontra em seu estabelecimento em Goiânia, mas emite nota

fiscal, como se a venda houvesse envolvido mercadoria estocada em Brasília;

7. a portaria, ao disciplinar a venda de combustíveis, teve o escopo de proteger o interesse fiscal dos Estados e Municípios;

8. acrescente-se que o transporte de uma unidade federada para outra onera a União, que é obrigada a ressarcir o frete;

9. o exercício dos direitos outorgados pela Constituição sujeita-se a limites impostos nas leis e regulamentos. Tais regulamentos manifestam-se em decretos, portarias e atos normativos emanados de autoridades sediadas em diversas escalas de competência;

10. a Portaria nº 63/95, longe de agredir o art. 5º, II, da Constituição homenageia o art. 174 daquela Carta Política; eis que encerra ato de pura fiscalização da atividade econômica.

11. a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais orienta-se no sentido de que “é legítimo o ato do Conselho Nacional de Petróleo, que interdita estabelecimento de comércio de abastecimento de derivados de petróleo e álcool hidratado combustível, por haver adquirido partida de álcool etílico de fonte diversa de seu distribuidor exclusivo (TRF-5ª Região — Rem. **Ex Officio** nº 4.533 — Rel. eminente Juiz Nereu Santos).

As informações estão ilustradas com um parecer do eminente Professor **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** (fls. 136 usque 168)

O Ministério Público Federal, em pronunciamento do eminente Subprocurador-Geral Miguel Guskow recomenda não se conheça do pedido.

Este, o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator):
Neste processo agitam-se dois temas relacionados com a distribuição de combustíveis:

a venda de mercadoria a consumidor sediado em outra unidade da Federação e;

a aquisição pelo posto vinculado a determinada “bandeira”, de combustível fabricado por terceiros.

Manifestei-me sobre a primeira destas questões, quando relatei o MS nº 4.233-GO. Cuidava-se, então, de segurança impetrada por empresas consumidoras de combustível sediadas em Goiás. Elas pretendiam comprar este material no Distrito Federal e o transportar para Goiás.

Naquele julgamento, foram suscitadas três questões preliminares, também levantadas agora. Superei-as, dizendo:

Afasto a preliminar de ilegitimidade ativa.

A restrição resultante da portaria atinge as impetrantes, em inegável interesse econômico.

Não houve, tampouco, decadência: apesar de editada em 6 de março, a Portaria nº 63/95 somente produziu efeitos após cento e oitenta dias, contados da publicação. Vale dizer: em setembro de 1995. Isto é o que se verifica de seu art. 26.

Ora, a ação de segurança foi exercida em 20 de setembro do ano passado.

Não houve decadência.

Também não procede a alegada ilegitimidade passiva.

O questionado art. 19 da Portaria expressa-se nestes termos:

“A distribuidora somente poderá fornecer produtos de bases de distribuição de outra unidade da Federação quando esta for a mais próxima da sede do posto revendedor, do transportador-revendedor-retalhista ou do consumidor.”

Como se percebe, o dispositivo impõe restrição plenamente eficaz: a distribuidora está proibida de fornecer suas mercadorias, fora das hipóteses estabelecidas no art. 19.

A proibição opera instantaneamente, sem necessidade de agente intermediário que a torne eficaz.

O próprio ato de baixar a portaria implicou em restringir o âmbito de escolha de que os impetrantes dispunham, para efetivar suas compras.

Louvo-me nestes argumentos, para repelir as preliminares levantadas nas informações.

No mérito, a impetrante monta sua pretensão de realizar, livremente, negócios interestaduais, em duas ordens de argumentos.

O primeiro destes raciocínios pode ser resumido, assim:

- a) se o art. 155, § 2º, X, veda a incidência de ICMS, em operações interestaduais envolvendo derivados do petróleo, é porque tais negócios são permitidos;
- b) em sendo permitidos, somente a lei pode restringir-lhes a prática;
- c) singela portaria ministerial é impotente, para tanto.

A outra proposição desenvolve-se em três pontos, a saber:

- a) o art. 5º, XXXVI, da Constituição protege o direito adquirido, contra os efeitos de leis supervenientes;
- b) as impetrantes, são beneficiárias de direito adquirido à compra interestadual.
- c) em tal circunstância, nem a edição de lei teria o condão de retirar-lhes a faculdade de comprar combustíveis em outra unidade da Federação.

Nas informações, o Senhor Ministro destacou dois objetivos que inspiraram a edição do art. 19:

- a) evitar a fuga fraudulenta ao pagamento do ICMS;
- b) defender o Erário Federal, evitando despesas não necessárias com subsídio ao transporte.

A invocação de direito adquirido merece exame preferencial.

Com efeito, se as impetrantes adquiriram direito à venda interestadual, estaria prejudicada qualquer discussão complementar.

Nossa Lei de Introdução ao Código Civil estende o conceito de direito adquirido, além das situações em que se põe à disposição do titular, seu exercício imediato.

O art. 6º, § 2º, daquele diploma também considera adquiridos, os direitos cujo exercício dependa de termo ou condição.

Na avaliação do alcance da regra de direito intertemporal que ressalva o direito adquirido, a doutrina mais autorizada tomou como referência o estudo das situações jurídicas e dos fenômenos em que são geradas.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em preciosa monografia, desenvolve exposição segura e didática em torno da delicada questão (Ato Administrativo e Direitos dos Administrados, RT, 1981, pp. 105 e segts.).

A partir de conceitos fixados por **Léon Duguit** e **Laubadère**, o mestre paulista define situação jurídica como “o conjunto de direitos e obrigações de que uma pessoa pode ser titular.”

As situações jurídicas manifestam-se sob duas espécies, a saber:

a) situações gerais, ou estatutárias, cujo conteúdo, por resultar de preceito genérico, é idêntico, em relação a todos os indivíduos que nelas se encontram;

b) situações individuais, cujos efeitos variam de um para outro titular. Seus contornos são ditados pelo ato individual que lhes dá origem. O mais corriqueiro dos atos geradores de tais situações é o contrato.

O ato que produz a situação geral denomina-se ato-regra. O ato-regra tem alcance indeterminado.

As pessoas inserem-se nas situações gerais, por efeito de um outro ato que implica na submissão voluntária ou compulsória, a determinado conjunto de regras, a um estatuto. Este ato se denomina ato-condição. O nome se explica, porque, a partir dele, passa a atuar um complexo de direitos e obrigações.

Com as situações subjetivas sucede o contrário: o próprio ato criador insere nela o sujeito que a produziu.

A situação geral é, normalmente, mutável; a pessoa que se investe no **status** de servidor público não se imuniza contra futuras alterações no estatuto a que se vinculou. É que o ato-regra (a investidura) não cria situação subjetiva; simplesmente insere determinada pessoa em situação geral.

Para que a situação geral se torne imutável, é necessário que o ordenamento jurídico expressamente determine a imutabilidade: no Brasil, os vencimentos dos servidores públicos são irredutíveis, porque a Constituição Federal assim o diz (art. 37, XV).

No seio das situações estatutárias geram-se, contudo, situações individuais. Elas ocorrem, quando são adimplidos todos os requisitos para a aquisição

ção de determinados direitos, assegurados pelo estatuto a quem a ele está subordinado: se encontra sujeito às suas regras o servidor público, após doze meses de trabalho, tem direito subjetivo ao gozo de férias.

Esta longa dissertação tem como objetivo distinguir situações em que atua a garantia de imunidade dos direitos adquiridos.

A inserção de uma pessoa em qualquer situação geral não produz para ela o direito, à cristalização do estatuto.

Ao contrário, quem se envolve em relação individual tem direito à imutabilidade da relação: é defeso ao vendedor, assim como ao comprador, alterar o preço da coisa negociada.

Tudo o que acabo de dizer leva à conclusão de que:

- a) os atos-regra e os atos-condição não geram direitos adquiridos;
- b) os atos subjetivos produzem direitos adquiridos.

Se apreciarmos a questão sob a perspectiva das fornecedoras de derivados de petróleo, verificaremos que elas se inseriram em situação genérica que as permite explorar o comércio de derivados de petróleo. Submeteram-se, portanto, a um estatuto ditado pelo Estado.

Em determinado momento, o estatuto do comércio de produtos petrolíferos permitiu a realização indiscriminada de vendas interestaduais. A partir de um ato de governo as vendas passaram a sofrer restrições.

O ato-regra que alterou o estatuto do fornecimento de derivados não poderia atingir negócios já consumados, ou sujeitos a termo ou condição suspensiva. No entanto, sua incidência a impedir a celebração de contratos futuros não agride qualquer direito adquirido.

Não procede a alegada ofensa a direito adquirido.

Vejam, então, o segundo fundamento do pedido: a impotência da portaria, para restringir a venda, fora de sua base territorial.

Sabemos que o art. 174 da Constituição Federal reserva ao Estado competência para fiscalizar e regular a atividade econômica.

Como esclarecem as informações, o Ministro de Minas e Energia, por efeito do Decreto nº 507/92 (arts. 1º, IV e 12, III e XVI), é competente para autorizar, regular, controlar e fiscalizar o abastecimento de petróleo e seus derivados. No exercício deste controle, o Ministro tem competência para adotar as normas que se fizerem oportunas.

Controlar a execução de determinada norma é fazer com que ela se desenvolva no sentido dos fins sociais para a qual a regra foi concebida.

A imunidade das operações de transporte para outros Estados, de produtos derivados de petróleo tem como escopo, no dizer de **Cretella Júnior**, “permitir a circulação, livre de impostos, entre vários Estados-membros da Federação, dando, porém, como consequência, vantagem ao Estado-receptor, que recolhe a seus cofres o ICMS.” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Ed. Forense Universitária — 2ª ed., vol. VII, p. 3.670).

A venda de combustíveis destinados à utilização no território de Unidade Federada que não aquela onde se encontra o estabelecimento vendedor, implica em evidente desvio da norma, em relação a seu escopo. Sua prática implica em fraude à lei.

Com efeito, as pessoas que efetuavam negócios desta natureza praticavam atos lícitos — quando considerados individualmente — mas cujo somatório implicava em lesar o interesse do Estado onde o produto seria consumido.

Por outro lado, as operações fraudulentas acarretavam despesas para o Erário Federal, traduzidas em subsídio a transportes desnecessários.

Se assim ocorria, a restrição a este tipo de atividade traduz legítimo exercício de polícia administrativa.

A impetrante não foi vítima de ilegalidade.

Denego a segurança, no que respeita à pretensão de continuar a prática indiscriminada de vendas interestaduais.

Examinou, agora, a pendência relacionada com a fidelidade à “bandeira”.

O eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, em trabalho inédito, a que tive acesso, examinou a questão, enfocando-a sob vários aspectos, destacando-lhe, contudo, aqueles de natureza político-econômica.

Depois de agudas observações, em torno da opção sociopolítica do Constituinte de 1988, o Ministro Rocha, observa:

“Argumenta-se, por um lado, que o Estado, a teor do disposto nos arts. 1º, IV — que elege a livre iniciativa como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito — e 170 e seguintes da Constituição Federal — que asseguram os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência — já não mais teria espaço para,

genericamente, ser assim tão interferente nas relações econômicas entre particulares.

De logo observo que os princípios gerais da atividade econômica dispostos nos arts. 170 a 181 da Constituição Federal revelam o compromisso do Estado brasileiro com a liberdade da atividade econômica, mas sempre com atenção ao interesse social, pois, se de um lado dá ênfase à livre iniciativa, à propriedade privada, à livre concorrência e ao livre exercício de qualquer atividade, do outro se sobrelevam a valorização do trabalho humano conforme os ditames da justiça social, a garantia de existência digna para todos, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução de desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego.

Destarte, na condição de agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174 da CF), cabe ao Estado discipliná-la, exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, para tanto editando as regras disciplinadoras que se fizerem necessárias.

Sem dúvida que o liberalismo, quer na sua feição política, quer na sua face econômica, consubstanciado na expressão *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*, já está sepultado pela poeira do tempo, de sorte que uma das mais fortes características do Estado Moderno (Estado Social, denominação a contrapor-se ao anterior Estado Liberal) consiste exatamente na sua atuação intervencionista.

Desde que se entendeu como superado o *État gendarme*, aquele absenteísta, mero guardião e espectador das vivências sociais, pela crença de que uma mão invisível regulava o mercado, e que se teve pela necessidade de um Estado presente, participativo, atuante, já não mais se questionou da pertinência ou não dessa nova postura estatal.

Destarte, pacífico o entendimento de que o Estado pode e deve intervir nas atividades econômicas, não podendo quedar-se inerte como mero espectador e desatento ouvinte dos atos e rumores provindos dos torvelinhos econômicos, deixando-os à mercê apenas das forças do mercado. Tem-se verificado, tão-somente, modificações sucessivas na sua forma de atuação e na diversificação das técnicas utilizadas.

A Constituição Federal de 1988 não ficou alheia a essa verdade, daí que cuidou de estabelecer diretrizes que desaguardariam tanto na intervenção direta (art. 173), a permitir ao Estado explorar diretamente, por seus agentes, a atividade econômica, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, quanto na intervenção indireta, conforme postulados inscritos nos seus demais dispositivos que integram o Título VII, que cuida da ordem econômica e financeira.

Assim, logo no seu art. 170 assevera que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios que indica, e no seu art. 174 edita que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Ora, desses dispositivos resulta claro que o Estado pode atuar como agente regulador das atividades econômicas em geral, e em algumas delas, é indispensável a sua atuação.”

Lembro, a propósito, que esta Seção já foi conduzida, pelo Ministro Rocha, à proclamação de que:

“A Constituição Federal, em seu art. 170, preceitua que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os princípios que indica.

No seu art. 174 pontifica que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Desses dispositivos resulta claro que o Estado pode atuar como agente regulador das atividades econômicas em geral, sobretudo nas de que cuidam as empresas que atuam em um setor absolutamente estratégico, daí lhe ser lícito estipular os preços que devem ser por elas praticados.” (MS nº 2.887-DF)

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 à bandeira que não a sua.

Peço licença para lembrar a circunstância de que o Ministro de Minas e Energia, por efeito do Decreto nº 507/92 (arts. 1º, IV e 12, III e XVI), é competente para autorizar, regular, controlar e fiscalizar o abastecimento de petróleo e seus derivados. No exercício deste controle, o Ministro tem competência para adotar as normas que se fizerem oportunas.

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.

A garantia da boa qualidade, no mundo hodierno, manifesta-se através das marcas e logotipos.

Quem escolhe posto de determinada “bandeira”, para abastecer um veículo, o faz na presunção de que a empresa por ela simbolizada entregará um produto de boa qualidade.

Isto ocorre, porque, a exibição do logotipo de marca famosa traduz a afirmação de que no local se vendem produtos daquela marca.

Ora, se o posto negocia produtos cuja origem não corresponda a sua bandeira, ele estará enganando o freguês.

Praticar semelhante engano equivale a “obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.” (C. Penal, art. 171)

Quando o freguês é iludido, a distribuição de combustível não estará correspondendo aos fins sociais que orientam as normas disciplinadas da distribuição de combustíveis.

Tal anomalia lesa, também, a empresa titular da bandeira. Ela se expõe ao risco de um produto de qualidade inferior comprometer o prestígio da marca.

Lucra somente a granelista que se aproveitou da marca famosa para, às custas de sua titular, enriquecer ilicitamente.

Em semelhante conjuntura, o Senhor Ministro, coibindo a fraude, se contém nos limites do legítimo poder de polícia.

Denego a segurança.

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Pela seteira do pedido de vista, desejando suplantar dúvidas e para alçar razões esclarecedoras do meu convencimento, concluído o exame direto das peças informativas do processo, recoloco em discussão os temas geradores da impetração. Com esse desiderato, encerrada a solitária averiguação, em face do tempo decorrido, relembro que distribuidoras atuantes no mercado de combustíveis, registradas junto ao departamento competente — DNC, apodando de ilegais e inconstitucionais as Portarias nºs 61 e 63, por extrapolarem o poder de polícia e fiscalização, afetando a economia de livre mercado, alegando o direito líquido e certo de fazerem a distribuição e comercialização de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool carburante e outros produtos a qualquer posto revendedor varejista, ainda que vinculado à determinada “bandeira”, pediram a segurança.

No seu judicioso voto, relatando, o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, primordialmente, deixando vencidas as questões preliminares, agitou dois temas relacionados com a distribuição de combustíveis, assim:

— “a venda de mercadoria a consumidor sediado em outra unidade da Federação e;

— a aquisição, pelo posto vinculado a determinada ‘bandeira’, de combustível fabricado por terceiros”.

Com substanciosa fundamentação, em abreviado, para a denegação da segurança, resolveu as questões lineando que:

“a) os atos-regra e os atos-condição não geram direitos adquiridos;

b) os atos subjetivos produzem direitos adquiridos.

Se apreciarmos a questão sob a perspectiva das fornecedoras de derivados de petróleo, verificaremos que elas se inseriram em situação genérica que as permite explorar o comércio de derivados de petróleo. Submeteram-se, portanto, a um estatuto ditado pelo Estado.

Em determinado momento, o estatuto do comércio de produtos petrolíferos permitiu a realização indiscriminada de vendas interestaduais. A partir de um ato de governo as vendas passaram a sofrer restrições.

O ato-regra que alterou o estatuto do fornecimento de derivados não poderia atingir negócios já consumados, ou sujeitos a termo ou condição suspensiva. No entanto, sua incidência a impedir a celebração de contratos futuros não agride qualquer direito adquirido.

Não procede a alegada ofensa a direito adquirido.

Vejam, então, o segundo fundamento do pedido: a importância da portaria, para restringir a venda, fora de sua base territorial.

Sabemos, esclarecem as informações, o Ministro de Minas e Energia, por efeito do Decreto nº 507/92 (arts. 1º, IV e 12, III e XVI), é competente para autorizar, regular, controlar e fiscalizar o abastecimento de petróleo e seus derivados, no exercício deste controle, o Ministro tem competência para adotar as normas que se fizerem oportunas.

Controlar a execução de determinada norma é fazer com que ela se desenvolva no sentido dos fins sociais para a qual a regra foi concebida.

A imunidade das operações de transporte para outros Estados, de produtos derivados de petróleo tem como escopo, no dizer de **Cretella Júnior**, 'permitir a circulação, livre de impostos, entre vários Estados-membros da Federação, dando, porém, como consequência, vantagem ao Estado-receptor, que recolhe a seus cofres o ICMS'. (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Ed. Forense Universitária — 2ª ed., vol. VII, p. 3.670).

A venda de combustíveis destinados à utilização no território de Unidade Federada que não aquela onde se encontra o estabelecimento vendedor, implica em evidente desvio da norma, em relação a seu escopo. Sua prática implica em fraude à lei.

Com efeito, as pessoas que efetuavam negócios desta natureza praticavam atos lícitos — quando considerados individualmente

— mas cujo somatório implicava em lesar o interesse do Estado onde o produto seria consumido.

Por outro lado, as operações fraudulentas acarretavam despesas para o Erário Federal, traduzidas em subsídio a transportes desnecessários.

Se assim ocorrida, a restrição a este tipo de atividade traduz legítimo exercício de polícia administrativa.

A impetrante não foi vítima de ilegalidade.

Denego a segurança, no que respeita à pretensão de continuar a prática indiscriminada de vendas interestaduais.

.....

‘A Constituição Federal, em seu art. 170, preceitua que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os princípios que indica.

No seu art. 174, pontifica que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Desses dispositivos resulta claro que o Estado pode atuar como agente regulador das atividades econômicas em geral, sobretudo nas de que cuidam as empresas que atuam em um setor absolutamente estratégico, daí lhe ser lícito estipular os preços que devem ser por elas praticados’ (MS nº 2.887-DF).

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 a sua.

Peço licença para lembrar a circunstância de que o Ministro de Minas e Energia, por efeito do Decreto nº 507/92 (arts. 1º, IV e 12, III e XVI), é competente para autorizar, regular, controlar e fiscalizar o abastecimento de petróleo e seus derivados. No exercício deste controle, o Ministro tem competência para adotar as normas que se fizerem oportunas.

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.

A garantia da boa qualidade, no mundo moderno, manifesta-se através das marcas e logotipos.

Quem escolhe posto de determinada 'bandeira', para abastecer um veículo, o faz na presunção de que a empresa por ela simbolizada entregará um produto de boa qualidade.

Isto ocorre, porque, a exibição do logotipo de marca famosa traduz a afirmação de que no local se vendem produtos daquela marca.

Ora, se o posto negocia produtos cuja origem não corresponda a sua bandeira, ele estará enganando o freguês.

Praticar semelhante engano equivale a 'obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento' (C. Penal, art. 171).

Quando o freguês é iludido, a distribuição de combustível não estará correspondendo aos fins sociais que orientam as normas disciplinadas da distribuição de combustíveis.

Tal anomalia lesa, também, a empresa titular da bandeira. Ela se expõe ao risco de um produto de qualidade inferior comprometer o prestígio da marca.

Lucra somente a granelista que se aproveitou da marca famosa para, às custas de sua titular, enriquecer ilicitamente.

Em semelhante conjuntura, o Senhor Ministro, coibindo a fraude, se contém nos limites do legítimo poder de polícia."

Nesse contexto, avivados a causa de pedir, o pedido e as razões desenvolvidas pelo eminente Relator, primeiramente, no tocante às arguições preliminares, afastando-as manifesto adesão ao voto proferido.

Outrossim, no exame do mérito, quanto à venda de mercadoria a consumidor sediado em outra unidade da Federação, sem divisar a liquidez e certeza do direito vindicado e, também, como demonstrou o nobre Relator, compreendendo que não pode ser reconhecido o direito adquirido, concilio-me com as conclusões arvoradas.

No lance final, ainda como contingente do mérito, no tablado da argumentação desenvolvida pelas impetrantes, necessariamente, preendo a atenção às Portarias n^{as} 61/95 (arts. 11 e 13) e 63/95 (arts. 18 e 19), malsinadas por limitarem o exercício das atividades das distribuidoras de derivados do petróleo aos postos revendedores (varejistas). As prédicas são de insurgência contra privilégio à distribuição feita por marcas tradicionais, com essa reserva de mercado violando o *livre comércio*, assegurando sistematicamente por princípios e orientações programáticas de natureza constitucional; assim:

— Art. 170: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

— 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”.

— Art. 238: “A lei ordenará a venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas, respeitados os princípios desta Constituição”.

Na iluminura da anunciação constitucional, perfiliam-se as ordenações administrativas, provocadoras da ação, textualmente:

— “Portaria n^o 61:

‘Art. 11. O revendedor varejista que exibir a marca de identificação comercial de uma distribuidora, somente poderá adquirir combustíveis da referida distribuidora’.

.....

‘Art. 13. O revendedor varejista obriga-se a:

(...)

XI — Somente receber combustíveis de base de distribuição de outra unidade da Federação, quando esta for a mais próxima da sede do posto revendedor’.

— “Portaria n^o 62:

‘Art. 9^o. O transportador-revendedor-retalhista obriga-se a:

(...)

II — Somente receber produtos de base de distribuição de outra unidade da Federação, quando esta for a mais próxima da sede do TRR;

(...)"

— "Portaria nº 63:

'Art. 18: A distribuidora não poderá fornecer combustíveis a revendedores varejistas vinculados a outra distribuidora.

Art. 19: A distribuidora somente poderá fornecer preditos de bases de distribuição de outra unidade da Federação quando esta for a mais, próxima da sede do posto revendedor, do transportador-revendedor-retalhista ou do consumidor'."

Diante das restrições ditas administrativamente, ouvindo o forte somido das comemoradas proclamações constitucionais e da pertinente legislação ordinária, adveio o inconformismo vertente da impetração, provocando a verificação, antes do seu conteúdo material da validade formal, ou não, sob a coordenação maior da Constituição e conformidade às leis de regência, cuja obediência amolda a legitimidade do ato administrativo. Enfim, compõe-se o quadro para a averiguação da citada legislação secundária desenvolva pelo Poder Executivo, abertamente exercitando atividade legislativa com a complacência, mas, notadamente, sem a mão salvífica de explícita disciplinação do Poder Legislativo.

Nesse contexto, na imensidão dos temas (jurídico, econômico, social e político), acolho erudita compilação doutrinária e interpretação pretoriana, na forma de parecer distribuído, ganhando significação as autorizadas observações elaboradas pelo douto **Xavier de Albuquerque**, depois de discorrer a respeito da *delegação legislativa, do poder normativo organizatório e/ou ordinatório e da revogação das normas legais delegatárias*, vigiando o cerne da questão jurídico-litigiosa, esplendidamente, assinalou:

"... em matéria de normatização do abastecimento nacional de petróleo — campo ao qual se filiam as portarias ministeriais objeto da consulta —, *não houve* expedição de ato legislativo que prorrogasse o prazo de sobrevida das disposições legais preexistentes. Fenece-ram estas, pois, inapelavelmente, em princípios de abril de 1989.

O Presidente da República chegou a expedir a Medida Provisória nº 43, de 28.3.89, transformada na Lei nº 7.763, de 27.4.89,

as quais prorrogaram até 30.4.90 a vigência de alguns dispositivos legais relacionados com a fixação dos efetivos das Forças Armadas e enquadráveis no art. 25, I, do ADCT, bem assim as Medidas Provisórias nºs 45, de 31.3.89, 53, de 3.5.89, transformada na Lei nº 7.770, de 31.5.89, 100, de 24.10.89 e 188, de 30.5.90, transformada na Lei nº 8.056, de 28.6.90, com propósito idêntico mas atinentes a atribuições outrora deferidas por lei ao Conselho Monetário Nacional, ao Conselho Nacional do Comércio Exterior, ao Conselho Nacional de Seguros Privados e ao Conselho Interministerial de Preços.

Mas nisso ficou, salvo improvável lapso de nossa pesquisa, o aproveitamento, por via legislativa, da permissão também contida no comentado preceito constitucional.

Formamos decididamente, pelas razões expostas neste subcapítulo, na brigada dos que negam cidadania brasileira ao chamado *regulamento autônomo ou independente*. Cremo-lo inajustável ao nosso constitucionalismo desde 1946, mas é sobretudo o sistema vigente que, ao nosso pensar, o incompatibiliza de vez e desengastadamente.

Condições plenamente favoráveis de ambiência, ele só as teve sob a Carta de 1937, na qual, como registrou **Bilac Pinto**, ‘a função regulamentar, normalmente administrativa, foi sensivelmente ampliada por se ter limitado a função do legislador. O Poder Legislativo, que, na concepção tradicional do Direito brasileiro-americano, deveria ter o monopólio da função de legislar, não somente o perdeu (arts. 12, 13 e 14), mas ainda sofreu limitações, mesmo na parte residual que lhe ficou (art. 11). ‘A lei’, — rezava com efeito o art. 11 do estatuto estadonovista — ‘quando de iniciativa do Parlamento, limitar-se-á a regular, de modo geral, dispondo apenas sobre a substância e os princípios, a matéria que constitui o seu objeto. O Poder Executivo expedirá os regulamentos complementares.’ Daí a observação de **Victor Nunes**: ‘Não são poucas as leis, na vigência da Carta de 10 de novembro, que deixaram para os regulamentos a tarefa de dispor sobre lacunas do texto legal.’ E o lamento de **Castro Nunes**: ‘Seria essa solução de 37 a que, ao meu ver, deverá ter sido adotada (em 1946). Era uma das fórmulas sábias daquele Estatuto’.

Mais longe ainda do que a brasileira de 1937, chegou a solução francesa de 1958 que, numa ‘inovação arrojada’, segundo

Oswaldo Trigueiro, ‘limitou o domínio da lei: O Parlamento somente pode votar leis sobre as matérias constantes da discriminação ali contida. Tudo o que estiver fora dessa discriminação, passa para o domínio do regulamento’. Solução que, na opinião de **Paulo de Figueiredo**, deveríamos imitar: ‘A França nos mostrou o caminho a seguir, primeiro, com as ‘leis-quadro’, e, depois, com o moderno processo da ‘deslegalização das leis’. Também a **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** pareceu que ‘uma solução como essa seria conveniente para o nosso país’, e que nela talvez resida ‘a renovação da divisão de poderes que o mundo espera para o século que vem.’

De todo modo, mesmo que se pudesse admitir, ou ainda se pudesse admitir a legitimidade, entre nós e no presente, do *regulamento autônomo*, nem por isso se admitiria sua incursão **pareter legem**. O perfil, que o regulamento tomaria, estaria mais para o de delegado, do que para o de *independente*. Até porque, como autorizadamente ensina **Marcelo Caetano**, tanto, no caso de regulamentos complementares ou executivos, quanto no de *regulamentos autônomos* ‘a Administração procura assegurar a fiel execução das leis. Esse é o objetivo fundamental dos regulamentos administrativos.’

À face dos parâmetros dogmáticos até aqui alcançados e para com eles ser cotejado, faz-se oportuna a sinopse do regime jurídico do abastecimento nacional de petróleo.

V — Regime jurídico do abastecimento nacional de petróleo

A) Panorama geral

Conta mais de meio século a intervenção do Estado no mercado brasileiro de petróleo. Instituiu-a o Decreto-Lei nº 395, de 29.4.38, que declarou de utilidade pública o abastecimento nacional de petróleo (art. 1º), definido como abrangente de produção, importação, exportação, transporte, inclusive construção de oleodutos, distribuição e comércio de petróleo bruto e seus derivados, além de refinação (*idem*, parágrafo único). Reservou-se ao Governo Federal a competência para autorizar, regular e controlar tais atividades, e criou-se para a execução das medidas envolvidas na intervenção, o Conselho Nacional do Petróleo (CNP).

Da organização do novo órgão, cuidou o Decreto-Lei nº 538, de 7.7.38, que também lhe ampliou as atribuições.

Pouco depois e com base nos dois referidos Decretos-Leis, sobreveio o Decreto nº 4.071, de 12.5.39, que regulamentou pormenorizadamente o abastecimento nacional de petróleo. Ficou estipulado que o exercício das atividades com ele relacionadas dependia de prévia *autorização* do CNP (art. 1º), cujos requisitos, para cada uma delas, foram especificados (arts. 2º, 5º, 7º e 9º). Foi explicitado caber ao CNP — quer diretamente, seja por intermédio de órgãos já existentes — a fiscalização do setor (art. 12). Finalmente, enumeraram-se infrações e penalidades (arts. 15 e 16) e disciplinou-se o processo administrativo das contravenções (arts. 17 a 21).

Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, as circunstâncias levaram à edição do Decreto-Lei nº 4.292, de 7.5.42, que, sobre reafirmar a competência do CNP para velar pelo abastecimento nacional de petróleo e seus derivados em todo o território nacional, deu-lhe também a de promover o racionamento do seu consumo. Esse diploma legal teve cunho emergencial e pouco influiu, na verdade, sobre a disciplina geral do mercado. Sua principal e transitória inspiração foram, a bem dizer, a escassez conjuntural dos produtos e o conseqüente contingenciamento de sua utilização.

Nos anos 50, a criação da Petrobrás deu ensejo a que a Lei nº 2.004, de 3.10.53, versasse novamente as atribuições do CNP, aí definidas como as de superintender as medidas concernentes ao abastecimento nacional de petróleo (art. 3º), cuja abrangência se reiterou nas suas linhas gerais (*idem*, § 1º).

Seguiu-se o Decreto nº 42.483, de 16.10.57, no qual o Presidente da República, a pretexto de que as prescrições constantes do Decreto nº 4.071/39 já não condiziam, em grande parte, com os interesses do abastecimento nacional de petróleo, e de que cabia ao CNP, nos termos do art. 3º da Lei nº 2.004/53, superintender as medidas que lhe concerniam, pretendeu dar ao referido órgão a incumbência de baixar normas regulando o exercício das atividades do mercado (art. 1º). Além disso, mais não fez do que revogar, do prefalado regulamento primitivo, disposições relativas à obrigatoriedade de manutenção de estoques mínimos, antes imposta a importadores, distribuidores e refinadores (art. 2º).

Com o objetivo de consolidar dispositivos relativos à organização e competência do CNP e de lhe reformular a estrutura básica, adveio, bem mais tarde, o Decreto nº 70.750, de 23.6.72. Até

mesmo por sua feição consoladora, esse decreto executivo pouco acrescentou ao regime jurídico sob exame.

Mais recentemente, foi baixado o Decreto nº 95.729, de 12.2.88, que dispôs sobre a competência do CNP, baixou normas de procedimentos e deu outras providências.

Os atos acima mencionados traçam os lineamentos fundamentais do regime jurídico do abastecimento nacional de petróleo, mas não lhe exaurem a disciplina.

Ao longo desses quase sessent'anos, editaram-se vários outros que, seja versando aspectos particulares ou circunstanciais, seja ostentando o freqüente caráter misto de legislação tributária e administrativa ou de Direito Econômico, também lhe integraram o complexo normativo.

Esses documentos paralelos, todavia, ainda quando fossem subsistentes nos dias que correm, não parecem relevantes para os fins do presente estudo.

B) Legislação primária

Traçado esse panorama geral, cabe destacar dele — e lhes examinar a eventual sobrevivência — aquelas normas que interferiram com o nosso tema.

Principiemos pelo principal — que são as leis formais, ou que tanto valham —, com os Decretos-Leis nºs 395 e 538, ambos de 1938 e baixados sob invocação do art. 180 da Carta de 1937, o que os caracteriza como atos propriamente legislativos. Dão, eles, o primeiro ao Governo Federal (art. 2º, I) e o segundo ao CNP (art. 10, a), aquele, competência, e este, incumbência, para 'autorizar, regular e controlar... o transporte, ... a distribuição e o comércio de petróleo e seus derivados no território nacional'.

Está claro que, conquanto válida no regime do Estado Novo, a atribuição de *regular* — que aí também pode exprimir *normatizar* — as atividades indicadas já não se pode reputar subsistente, seja como predicamento do Governo Federal personalizado no Poder Executivo seja do CNP, especificamente, ou de órgão que lhe haja tomado o lugar, na melhor hipótese, tê-la-á revogado, seis meses depois de promulgada, a Constituição de 1988 (nº 15, supra).

Também está claro que, se a *normatização* aqui discutida proviesse de ato do Poder Executivo ou, mais particularmente, do CNP,

baixado oportunamente e sob o império da Carta de 1937, continuaria válida e eficaz porque emanada ao tempo em que se fazia legítima. Mas não é este o caso, porque as Portarias questionadas são de 1995.

O mesmo cabe dizer-se da Lei nº 2.004/53, cujo art. 3º, como visto, reconheceu ao CNP a finalidade de ‘superintender as medidas concernentes ao abastecimento nacional de petróleo.’ Ainda que *superintender* tais medidas compreendesse *normalizar* o próprio abastecimento a que elas concernem — ponto duvidosíssimo, ao qual, todavia, pareceu querer chegar o Poder Executivo, como logo se verá, esticando a semântica até sua virtual ruptura —, teria fenecido, mesmo assim e por idênticas razões, a questionável atribuição.

C) Legislação secundária

Descendo ao plano normativo secundário, depara-se-nos o Decreto nº 42.483/57, baixado sob invocação do art. 87, I, da Constituição de 1946 e, portanto, no exercício do poder regulamentar. Num de seus *considerandos*, leva ele em conta ‘que, nos termos do art. 3º da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, cabe ao Conselho Nacional do Petróleo superintender as medidas concernentes ao abastecimento nacional de petróleo’. E dispõe incumbir ao CNP, ‘o exercício da superintendência das medidas concernentes ao abastecimento nacional de petróleo, baixar normas regulando o exercício das atividades de ... transporte, distribuição e comércio de petróleo e derivados’ (art. 1º).

Segue-se-lhe o Decreto nº 70.750/72, de vocação consolidadora já apontada, baixado sob invocação do art. 81, III e V — traduzindo, pois, exercício de poder regulamentar, tanto *de execução* quanto *organizatório e/ou ordinário* — da Constituição de 1967-1969. Repete a finalidade específica do CNP de ‘superintender’ as prefaladas medidas, mas embute-a na finalidade genérica de ‘orientar e controlar a política nacional de petróleo’ (art. 1º e inciso II). E lhe atribui a competência de ‘regular, controlar e fiscalizar ... o transporte, a distribuição e o comércio de petróleo e seus derivados’ (art. 8º, I).

O Decreto nº 95.729/88 remontou ao Decreto nº 42.483/57, estatuinto que o CNP, ‘no exercício da competência de superintender o abastecimento nacional do petróleo,... baixará as normas

reguladoras das atividades de... transporte,... distribuição e comércio desse produtos.’

Nenhum desses atos regulamentares poderia, por si mesmo, conferir ao CNP os poderes normativos neles mencionados, ou para *regular* o exercício das atividades abrangidas pelo abastecimento nacional de petróleo, ou para *baixar normas* que as regulassem. No particular, o fundamento de validade de qualquer deles haveria de residir forçosamente em preceitos *legais* anteriores, que os autorizassem. Destes, porém, como visto no número precedente, nenhum guarda vigência em nossos dias. Logo, também não podem mantê-la os dispositivos secundários neles assentados e deles derivados.

D) O quadro mais recente

Posteriormente aos examinados no nº 22, supra, nenhum novo ato legislativo tratou da matéria, nem antes, nem depois da Constituição de 1988. Leis ou medidas provisórias recentes, que reestruturaram a Administração Federal e têm sido impropriamente invocadas, limitaram-se a conferir ao Poder Executivo competência para dispor sobre a organização e funcionamento dos Ministérios e demais órgãos que a compõem — v.g., Lei nº 8.028, de 12.4.90, art. 57, Lei nº 8.422, de 13.5.92, art. 16, Lei nº 8.490, de 19.11.92, art. 30, Medida Provisória nº 813, de 1.1.95, art. 39, Medida Provisória nº 886, de 30.1.95, art. 39, Medida Provisória nº 931, de 1.3.95, art. 40, etc. —, nos termos, aliás, do permitido no art. 84, VI, da Carta Magna vigente. Depois que exauridos em sua vigência e eficácia, como ali demonstrado, aqueles velhos dispositivos editados em 1938 e 1953, não se editaram novas disposições legais que os sucedessem no posto.

O que houve, foi genética transferência de competências e incumbências. Estatuíu, com efeito, o art. 28 da Lei nº 8.490, de 19.11.92: ‘São transferidas, aos órgãos que receberem as atribuições pertinentes e a seus titulares, as competências e incumbências atribuídas em leis gerais, ou específicas aos órgãos transformados ou extintos por esta Lei, ou a seus titulares.’ Também dispuseram semelhantemente, a título exemplificativo, no art. 36 de cada uma, as Medidas Provisórias nºs 813, 886 e 931, todas de 1995, e provavelmente as que as vêm sucedendo até expedição recentíssima da Medida Provisória nº 1.498-20, de 8.8.96, que no seu art. 31 reitera o preceito.

É óbvio que semelhante transferência supunha a *preexistência*, com base em lei, do seu objeto, vale dizer, das competências e incumbências ditas transferidas. Aquelas que não mais existiam no momento da edição da norma — como certamente acontecia com a de o Poder Executivo regular ou normatizar as atividades abrangidas pelo abastecimento nacional de petróleo —, não podem ter sido trasladadas.

Ora, as portarias do Ministro de Minas e Energia, de que trata a consulta, tomaram como seu fundamento de validade o art. 87, parágrafo único, II, da Constituição (nº 1, supra), que dá competência aos Ministros de Estado para ‘expedir instruções para a execução das leis e seus regulamentos’ (nº 11, supra), e levaram em consideração ‘o disposto no Decreto-Lei nº 395, de 29 de abril de 1938, na Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, no Decreto nº 507, de 23 de abril de 1992’ (nº 1, supra). Como o exercício desse poder regulamentar de execução encerra atividade transitiva que supõe a existência de lei formal (ou regulamento, no caso desses auxiliares do Presidente da República) que demande regulamentação, voltada para sua execução (nº 11, supra), a compreensão do preâmbulo das ditas portarias não pode ser, senão a de haver o Ministro pretendido instruir sobre a execução do Decreto-Lei nº 395/38, da Lei nº 2.004/53 e do Decreto nº 507/92.

Sucede que, como já foi exaustivamente visto (nº 22, supra), nem o Decreto-Lei nº 395/38, nem a Lei nº 2.004/53 mantinham vigência e eficácia a 6 de maio de 1995, no tocante à outorga de poderes ao Executivo para *regulação ou normatização* das atividades abrangidas pelo abastecimento nacional de petróleo. E sucede, por outro lado, que o Decreto nº 507/92 não constitui regulamento de qualquer daqueles atos legislativos, mas simples aprovação da Estrutura Regimental do Ministério de Minas e Energia. Não tem significado útil, portanto, a menção, no preâmbulo das portarias, desses três atos, dois dos quais, legislativos, mas nessa parte já exauridos, e um, executivo, vigente, mas alheio à matéria.

Quiçá quisesse o Ministro, para baixar as portarias malsinadas, abrigar-se no art. 12, III, a, do Anexo I do prefalado Decreto nº 507/92, que diz competir ao Departamento Nacional de Combustíveis — sucessor do primitivo CNP —, ‘superintender, autorizar, regular, controlar e fiscalizar o abastecimento nacional de ... petró-

leo'. Nem assim, porém, se lhe purgaria o pecado da intromissão em matéria normativa desautorizada por lei, dado que insuficientemente, porque **ultra vires**, a habilitação acaso contida em decreto executivo.

É conclusivo, portanto, que falece fundamento de validade a disposições questionadas, contidas nas portarias com as quais nos ocupamos. Além do que, se lhes não faltasse tal fundamento, seria evidentíssimo haverem elas, de todo modo e dada a índole proibitiva que ostentam, exorbitado dos limites a que sujeitado o poder regulamentar da Administração que, na lição de **Francisco Campos**, 'não poderá, em caso algum e sob qualquer pretexto, ainda que lhe pareça adequado à realização da finalidade visada pela lei, editar preceitos que envolvam limitações aos direitos individuais. Este domínio é, de modo absoluto, reservado à legislação formal, ou aos preceitos jurídicos editados pelo Poder Legislativo.'

VI — Reserva de lei formal

A tudo quanto foi dito nos capítulos anteriores, acresce a circunstância relevantíssima de que a Constituição reserva à lei formal, o trato da matéria, **verbis**:

'Art. 238. A lei ordenará a venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis, respeitados os princípios desta Constituição'.

O próprio Poder Executivo reconhece que a disciplina do comércio de combustíveis deve ser objeto de lei — aquela emanada do Parlamento, ou outra que este acaso lhe delegue, ou mesmo medida provisória subordinada à aprovação congressual — que qualifica como ordinária, sem embargos de se haver omitido, até hoje, como adiante se dirá, em propô-la ao Congresso Nacional. Não há cogitar-se, pois, de versá-la no plano da legislação secundária. Como ensina **Victor Nunes**, 'sempre que a Constituição, ao dispor sobre determinado assunto, exigir a feitura de uma lei, a matéria é legal e não regulamentar.'

Trata-se de reserva absoluta, aquela, na síntese de **Guido Neppi Modona**, que *'imponne ao legislatore ordinario di regolare direttamente la materia riservata, demandando eventualmente alle fon-*

te subordinale la sola emanazione di disposizioni marginali di carattere esecutivo.'

Como é notório, a lei encomendada no preceito constitucional não foi aviada, até hoje, pelo Poder Legislativo. Isso permite naturalmente, que permaneça regendo a matéria a legislação precedente à Constituição, mas somente naquilo que com elas se compatibilize e lhe não o desrespeita os princípios. Acode à situação o fenômeno da recepção.

Não se suporá, pois, que a Constituição haja deixado órfão de qualquer normatividade o abastecimento nacional de petróleo. Continuam a regulá-lo as disposições dos Decretos-Leis nºs 395 e 538, ambos de 1938, e da Lei nº 2.004/53; mas, tão-somente no que lhes remanescer de vigente e eficaz, porque afeiçoado à nova ordem constitucional. E isso não se dá, como já evidenciado, com as prescrições atributivas de competências ao Poder Executivo em matéria de ação normativa.

Outra vez, não há como contemporizar-se, por mais esta decisiva razão, com a intrusão que se dissimula nas discutidas portarias ministeriais."

.....
"Vê-se, pois, que a matéria está submetida, como determina o art. 238 da Constituição, ao Poder Legislativo, e em termos que colidem frontalmente com a solução que o Ministro de Minas e Energia pretendeu ditar à primeira e principal das duas referidas questões. Ao Congresso Nacional é que cabe resolvê-la, no exercício de opção política de que é titular exclusivo, ou no sentido do que lhe propuseram os autores dos projetos, ou, quem sabe, até mesmo no sentido oposto, quicá coincidente com o pensamento ministerial.

É inadmissível, diante disso, que auxiliar do Presidente da República se atravesse no caminho do Parlamento para antecipar a sua própria, à vontade legislativa ainda em formação.

VII — Ilegitimidade material além de formal

Creemos haver demonstrado, até aqui e na linha da 'questão de ordem' inicialmente proposta (nº 3, supra), a ilegitimidade formal das disposições normativas com as quais nos estamos ocupando. Não só essa, todavia, as adoee, porque também padecem de

ilegitimidade material vale dizer, relacionada com o conteúdo que encerram. Ainda que estranho, esse vício acrescido, ao nosso roteiro, não nos escusamos de examiná-lo sumariamente.

A) Intromissão na economia contratual

A primeira e principal das questões que fazem objeto das malsinadas disposições, diz respeito à proibição, que nelas se encerra, de a distribuidora fornecer, e de este adquirir, a revendedora sob diversa ‘bandeira’.

Trata-se de clara intromissão na economia dos contratos entre distribuidoras e fornecedores. Quiçá pudesse traduzi-la a lei formal, em atenção ao novo perfil que a intervenção estatal na economia imprimiu no correr deste século ao direito contratual. Nunca, porém, meras portarias de pretendida vocação regulamentar. Como anota **Geraldo Ataliba**, com apoio em lição de **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello**, é ‘inconstitucional o regulamento que pretenda interpor-se entre dois particulares, em suas relações civis ou comerciais’.

Fizeram época, há dois decênios, numerosos litígios deflagrados entre distribuidoras e revendedores de derivados de petróleo, vinculados geralmente por contratos coligados de concessão de venda com exclusividade e de comodato do equipamento utilizado para a revenda. Fundaram-se quase sempre em inadimplemento contratual dos revendedores — não raro traduzido em infidelidade à chamada ‘bandeira’ —, alegado pelas distribuidoras. Resolveu-os, todos, e à luz do direito comum, o Poder Judiciário, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, ao qual foram ter. Jamais se cogitou de que pudesse desatá-los, ou mesmo preveni-los mediante norma vedatória do tipo da questionada, a própria Administração.

B) Invasão de competência tributária alheia

A segunda das referidas questões resolve-se na vedação, salvo maior proximidade entre a base de distribuição e a sede do adquirente — seja revendedor varejista, seja transportador-revendedor-retalhista —, de operações interestaduais. Aqui, ao que se vê dos elementos informativos propiciados pelo consulente, a autoridade de que emana a vedação tem alegado cuidar-se de medida endereçada à preservação do interesse tributário dos Estados-membros, relativamente à arrecadação do ICMS.

A ser assim, trata-se de confessada tentativa de impedir a ocorrência do pressuposto factual de expressa imunidade constitucional, pois a Constituição dispõe, sem impor condição ou restrição, que o ICMS não incide 'sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, (e) combustíveis líquidos e gasosos dele derivados' (art. 155, § 2º, X, b).

Onde e quando a imunidade deva operar, não haverá vislumbrar suposta evasão fiscal que a vedação questionada tenha o fim de obviar. 'O que há, isso sim,' — anota **Paulo Magalhães da Costa Coelho** em estudo específico — 'é mera elisão fiscal, no campo da licitude, se a empresa por economia, adquirir combustível em outra unidade da Federação e não internamente no Estado onde está situada. Na elisão o agente, visando a certo resultado econômico, busca, sempre por meios lícitos, forma alternativa e menos onerosa do ponto de vista fiscal, aproveitando-se da legislação não proibitiva.'

Fosse possível, todavia, restringir ou condicionar a efetividade da norma constitucional imunizante, certamente que a tarefa não caberia ao Ministro de Minas e Energia. Na discriminação da competência tributária atribuída a cada um dos entes políticos que compõem a Federação, atuam 'limitações rígidas e intransponíveis, a primeira das quais reside em que nenhuma pessoa de direito público pode incursionar no campo reservado privativamente a outra.'

E isso, não apenas no concernente à modalidade mais eminente de exercício da competência tributária, que é a própria instituição do tributo. Tratando dos chamados deveres instrumentais, **Roque Antonio Carrazza** observa que a lei pode estabelecê-los, mas que eles 'só vão incidir sobre as pessoas relacionadas, de algum modo, com as exações da competência privativa do ente político que os editou.' E acrescenta, ilustrativamente: 'A título de exemplo, não pode a União, pelo seu Legislativo, dar à publicidade, validamente, deveres instrumentais que pretendam disciplinar, para os contribuintes dos Estados e os entes que com estes contribuintes convivem, salvo a própria União, o recolhimento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias.'

Pela intensidade de alvíssaras aos comentários transcritos, porque desnecessários, salvo no eito de censurável repetência, descabem outros registros. Apenas, para espancar eventual crítica por omissão, no pertencente ao

acenado receio de prejuízo à qualidade dos produtos e à segurança do consumidor, comporta anotar que todos eles vêm da mesma ou única fonte fornecedora: Petrobrás (art. 177, CF). Em sendo assim, e assim é, fica desapensado da razão preocupar-se, com “a defesa do consumidor” (art. 170, V, CF, —; Lei nº 8.078/90). Pois estabelecida a relação de consumo (distribuidor e consumidor), a **traditio res** origina-se de fonte comum, quanto aos direitos básicos do destinatário, verificando-se que a qualidade é assegurada pela “fornecedora geral” (Petrobrás), independentemente da distribuidora ou do posto filiado ou desfilado a esta ou àquela “bandeira”.

Nesse toar, se informações fraudulentas ou serviços criticáveis enganarem o consumidor, como corolário, a proteção escapa da fonte originária para sobreconcentrar-se na estratégia de *marketing* (coercivo ou desleal) das distribuidoras e postos varejistas. Logo, a prevenção, repressão e reparação desvinculam-se do produto de fonte comum para todos: distribuidores e consumidores. Obvia-se a inclusão das distribuidoras e postos vinculados às chamadas “bandeiras”.

Por último, estadeado que a impetração não visa interferir no contrato entre as distribuidoras e postos obrigados nas respectivas “bandeiras”, concludente que a *relação contratual* privada, quanto às obrigações e conseqüências, algema apenas os interesses das partes contratantes. Desse modo, esses efeitos particularizados, sob a tutela da multicidades portarias, não podem condicionar ou restringir relações apropriadas ao *livre comércio*. A índole coercitiva, das aludidas portarias, aureolando privilegiadamente acordamentos firmados por alguns, exorbita dos limites ditados para preceitos normativos ou ordinatórios coarctando o livre comércio. Pois em contrário pensar, as distribuidoras ‘embandeiradas’ constituirão seguimento “cartorial” protegido contra a sadia livre concorrência. apanágio da livre iniciativa.

Confluente à motivação, acompanho o exímio Relator, porém no pertencente às preliminares e à inexistência de direito líquido e certo para a venda em outras unidades da Federação, **data venia**, quanto à legalidade da vedação, como manifestei-me em julgamentos anteriores, divirjo da conclusão limitativa à livre distribuição aos postos revendedores.

Pela guia do exposto parcialmente, voto concedendo a segurança, reconhecendo o vindicado direito à distribuição dos derivados de petróleo aos postos varejistas interessados e estabelecidos no limite territorial do Estado-membro, onde está localizada a respectiva sede das impetrantes.

É o voto-vista.

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Valle Petro Distribuidora de Combustível Ltda e Comercial Exportadora Arco Íris Ltda impetraram mandado de segurança contra ato do Ministro de Estado de Minas e Energia. Noticiam que são empresas que atuam no ramo de distribuição e comercialização de combustíveis líquidos, derivados de petróleo e álcool etílico hidratado carburante. Alegam que a autoridade indigitada como coatora baixou as Portarias nºs 61/95 e 63/95, cerceando o livre comércio. Tais portarias, são, segundo os impetrantes, inconstitucionais e ilegais. Daí porque requerem a concessão do *writ*, a fim de que possam comercializar livremente combustíveis e demais derivados de petróleo.

O Ministro de Minas e Energia prestou informações.

O Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento do *writ*.

O feito foi incluído em pauta.

Posteriormente, o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros votou pela denegação da segurança.

Em seguida, o eminente Ministro Milton Luiz Pereira pediu vista.

Dando continuidade ao julgamento, o eminente Ministro Milton Luiz Pereira votou pela parcial concessão da segurança.

Naquela altura, animei-me a pedir vista para melhor estudar o caso dos autos.

Trata-se, como já dito, de mandado de segurança impetrado ao argumento de que os arts. 11 e 13, XI, da Portaria nº 61/95 e os arts. 3º, III, 18 e 19 da Portaria nº 63/95 são inconstitucionais e ilegais.

O art. 11 da Portaria nº 61/95 fixou que “o revendedor varejista que exibir a marca de identificação comercial de uma distribuidora, somente poderá adquirir combustíveis da referida distribuidora”.

Para reforçar a regra acima transcrita, o art. 18 da Portaria nº 63/95 estabeleceu que “a distribuidora não poderá fornecer combustíveis a revendedores varejistas vinculados a outras distribuidoras”.

Segundo as impetrantes, tais preceitos constituem “vedação ao livre comércio” (fl. 04).

No entanto, com o advento das Portarias nºs 8 (cf. art. 19) e 9 (cf. art. 16) de 1997, as Portarias nºs 61 e 63 foram expressamente revogadas.

Como as portarias atualmente em vigor não repetiram as regras insertas nos arts. 11 e 18 das Portarias nºs 61 e 63, respectivamente, a ação não merece prosperar no particular, tendo em vista a superveniente falta de interesse processual das impetrantes (art. 267, VI, do CPC). É que não é mais necessário, nem apresenta mais nenhuma utilidade para as impetrantes, a declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade dos mencionados preceitos. Na verdade, a pretensão das impetrantes consubstanciada na livre comercialização entre distribuidoras e revendedoras parece ter sido acolhida pelo Ministro de Minas e Energia, conforme se apreende do disposto no art. 5º da Portaria nº 9/97:

“Art. 5º O revendedor varejista somente poderá adquirir os produtos de que trata o **caput** do art. 1º desta Portaria, de empresa autorizada pelo DNC a atuar como distribuidora”.

Como se vê, não há mais a limitação de que o revendedor varejista só pode adquirir produtos da distribuidora à qual está vinculado. A nova portaria exige apenas que a aquisição seja feita de empresa autorizada pelo DNC a atuar como distribuidora. Daí porque entendo que as impetrantes não têm mais interesse processual em afastar a hoje inexistente limitação prevista nos arts. 11 e 18 das Portarias nºs 61 e 63.

Além disso, Senhores Ministros, é preciso ter em mente que à luz do art. 462 do CPC, o juiz e o tribunal devem aplicar o direito vigente quando da prestação jurisdicional, ainda que seja superveniente à propositura da ação (cf. REsp nº 60.607/SP, Segunda Turma do STJ, unânime, Relator Ministro Adhemar Maciel, publicado no DJU de 06.10.97).

In casu, com o advento das Portarias nºs 8/97 e 9/97, os arts. 11 e 18 das Portarias nºs 61/95 e 63/95, respectivamente, perderam sua vigência. Como o juiz deve levar em consideração o direito em vigor quando da entrega da prestação jurisdicional, tenho que as Portarias nºs 8/97 e 9/97 não repetiram as regras tachadas de vedatórias do livre comércio. Por tal razão, ou seja, tendo em vista a superveniente falta de interesse processual das impetrantes, deixo de apreciar o mérito da questão posta à fl. 4.

No mais, o *writ* merece ser apreciado, pois as Portarias nºs 8/97 e 9/97 preservaram as regras tidas por inconstitucionais e ilegais pelas impetrantes. Senão vejamos.

Segundo as impetrantes as Portarias nºs 61/95 e 63/95 impuseram “limites restritivos de comercialização interestadual dos combustíveis”, “em detri-

mento da própria autorização para comercialização e distribuição em todo território nacional” (fl. 4). Tal alegação teve como alvo o art. 19 da Portaria nº 63/95 e o art. 13, XI, da Portaria nº 61/95. Os mencionados artigos tinham o seguinte teor:

“Art. 19. A distribuidora somente poderá fornecer produtos de bases de distribuição de outra unidade da Federação quando esta for a mais próxima da sede do posto revendedor, do transportador-revendedor-retalhista ou do consumidor”.

“Art. 13. O revendedor varejista obriga-se a:

.....

XI — somente receber combustíveis de base de distribuição de outra unidade da Federação, quando esta for a mais próxima da sede do posto revendedor”.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, o advento das Portarias nºs 8/97 e 9/97, que revogaram expressamente as Portarias nºs 61/95 e 63/95, em nada alterou a questão do recebimento de combustíveis de base de distribuição de outra unidade da Federação. É que o art. 14, IX, da Portaria nº 8/97, e o art. 11, XVI, da Portaria nº 9/97 preservaram, no particular, as regras insertas nas portarias revogadas. Senão vejamos:

“Art. 14. A distribuidora obriga-se a:

.....

IX — fornecer produtos de bases de distribuição de outra unidade da Federação, somente quando esta for a mais próxima da sede do posto revendedor, do transportador-revendedor-retalhista ou do consumidor”.

“Art. 11. O revendedor varejista obriga-se a:

.....

XVI — receber combustíveis automotivos de base de distribuição de outra unidade da Federação, somente quando esta for a mais próxima da sede do posto revendedor”.

Assim sendo, apesar da revogação das Portarias nºs 61/95 e 63/95, as impetrantes ainda têm interesse processual no tocante à questão do recebimento de combustíveis de base de distribuição de outra unidade da Federa-

ção. Isso porque, como já dito, as Portarias nºs 8/97 e 9/97 preservaram a limitação imposta nos arts. 13, XI, e 19, das portarias revogadas. Houve, no particular, a manutenção das regras tidas por inconstitucionais e ilegais pelas impetrantes.

O mesmo ocorre com a questão advinda da aplicação do art. 3º, III, da Portaria nº 63/95, pois o art. 3º, III, da Portaria nº 8/97 manteve a exigência de que as distribuidoras adquiram os combustíveis da produtora (Petrobrás). Senão vejamos:

“Art. 3º. O exercício da atividade de distribuição depende do atendimento, em caráter permanente, dos seguintes requisitos e condições essenciais:

.....
III — adquirir e retirar os produtos exclusivamente dos produtores, observados os volumes autorizados pelo DNC”.

Porém, antes de examinar o mérito das questões que não restaram prejudicadas com o advento das Portarias nºs 8/97 e 9/97, submeto à apreciação da Seção a preliminar de decadência suscitada pela autoridade indigitada coatora (cf. fls. 75/76).

Quando do julgamento do MS nº 4.368-SP, esta Seção, conduzida pelo voto proferido pelo eminente Ministro Demócrito Reinaldo, afastou a decadência, ao fundamento de que aos 120 dias do art. 18 da Lei nº 1.533/51 deveriam ser somados os 180 dias previstos no art. 26 da Portaria nº 63/95, a qual foi alvo daquele mandado de segurança.

In casu, tenho que o citado precedente não tem aplicação, no tocante à preliminar de decadência. Senão vejamos.

As Portarias nºs 61/95 e 63/95 foram publicadas no “Diário Oficial” de 09.03.95 (fls. 48/51).

Não há dúvida, como bem pontificou o eminente Ministro Demócrito Reinaldo no MS nº 4.368-SP, que “as Portarias nºs 61 e 63/95, do Ministro de Minas e Energia, que, pela dicção de seus artigos, não são meras instruções normativas de caráter genérico, mas são atos de efeitos *concretos* de eficácia *imediate*, a partir de sua publicação” (grifei).

A partir da publicação das Portarias nºs 61/95 e 63/95, ou seja, 09.03.95, suas disposições passaram a ter efeitos e eficácia no mundo jurídico. Dessa data flui, portanto, o prazo para a propositura do *writ*. Como a ação de mandado

de segurança foi ajuizada apenas em 20.06.96 (fl. 2), ou seja, *mais de 1 ano e 3 meses após a publicação das portarias*, tenho por caduco o direito ao aforamento do *writ*, pois o prazo fixado no art. 18 da Lei nº 1.533/31 foi, em muito, ultrapassado. A propósito, invoco os seguintes precedentes desta Seção:

“Mandado de segurança. Prazo para a impetração. Decadência.

— Se entre a data da impetração e a da portaria questionada, que contém em si mesma medida coercitiva de efeitos concretos, já escoou o prazo de decadência previsto no artigo 18 da Lei nº 1.533/51, decaem os impetrantes do direito à segurança.

— Mandado de segurança não conhecido” (MS nº 426-DF, Primeira Seção/STJ, unânime, Rel. Ministro José de Jesus, DJU 19.08.91).

“A Portaria nº 226 do Ministro da Agricultura e Reforma Agrária foi publicada no DOU de 23.07.90. O ajuizamento da ação de segurança ocorreu a 12.07.91, quando manifesta a decadência do direito do autor a sua impetração, na forma do art. 18 da Lei nº 1.533/51.

Mandado de segurança não conhecido” (MS nº 1.014-DF, Primeira Seção/STJ, unânime, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, DJU 17.02.92).

No mesmo sentido é a jurisprudência do STF, conforme se apreende da ementa do seguinte precedente.

“Mandado de segurança. Prazo de decadência consumado entre a edição do ato atacado na petição (portaria ministerial) e o ajuizamento do pedido.

Precedentes da Turma: MS nº 21.444 e MS nº 21.362.

Recurso ordinário a que se nega provimento” (RMS nº 21.364-RJ, Segunda Turma/STF, unânime, Rel. Ministro Octavio Gallotti, DJU 07.08.92).

Destaco, por fim, que de nada adianta invocar o art. 26 da Portaria nº 63/95 (que deu ensejo ao afastamento da preliminar de decadência no MS nº 4.368-SP), pois, mesmo se adicionássemos aos 120 dias do art. 18 da Lei nº 1.533/51 os 180 dias do mencionado art. 26, ainda assim o óbice da caducidade não seria ultrapassado. O *writ* foi ajuizado mais de 1 ano e 3 meses após a publicação das portarias, pelo que acolho a preliminar suscitada nas informações.

Com essas considerações, peço vênias para extinguir o processo de mandado de segurança. À evidência, as vias ordinárias estão ressalvadas.

É o meu voto-preliminar.

Senhor Presidente, preparei voto-mérito para a hipótese de os eminentes pares rejeitarem a preliminar de decadência.

Passo, portanto, a apreciar o mérito das questões que não restaram prejudicadas com o advento das Portarias nºs 8/97 e 9/97.

Senhor Presidente, de acordo com os princípios constitucionais norteadores da atividade econômica (arts. 170 e segs. da CF/88), o poder público assegurará a proteção dos consumidores e fiscalizará a atividade econômica exercida no país. Assim sendo, tenho que as revogadas Portarias nºs 61/95 e 63/95 e as atuais Portarias nºs 8/97 e 9/97 foram baixadas para dar cumprimento aos mencionados princípios, pelo que voto em prol da denegação da segurança, prestigiando a tese defendida pelo eminente Ministro Humberto Gomes de Barros. Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência consolidada nesta Seção de Direito Público ao tempo da vigência das Portarias nºs 61/95 e 63/95. Por oportuno, transcrevo as ementas dos seguintes precedentes:

“Constitucional e Administrativo. Comercialização de combustível. Controle e fiscalização pelo Estado.

1. A intervenção do Estado na atividade econômica encontra autorização constitucional quando tem por finalidade proteger o consumidor.

2. A edição de regras de polícia ostentados pelos arts. 11 e 18, respectivamente, das Portarias Ministeriais nºs 61/1995 e 63/1995, estão autorizados pelos princípios insculpidos nos arts. 5º, XXIX, XXXII e 170, II e V, da CF/1988.

3. O Código de Proteção ao Consumidor (artigos 4º, inciso I, III e IV, 6º, IV e 55) dá sustentação jurídica para a edição das portarias referidas, além do Decreto-Lei nº 395, de 27.04.1938, da Lei nº 2.004, de 03.10.1953 e legislação posterior que reestruturou o Ministério das Minas e Energia e fixou as suas atribuições.

4. A liberdade de ‘bandeira’ para a comercialização de combustível, relação considerado de utilidade pública, não atende aos interesses de se proteger o bem comum e as relações de consumo” (MS nº 4.138-DF, Rel. Ministro José Delgado, DJU de 21.10.96, p. 40.193).

“Constitucional — Administrativo — Mandado de segurança — Decadência — Início do prazo — Ato de eficácia diferida — Compra de derivados de petróleo em operações interestaduais (CF, art. 155, X, **b**) — Restrição — Direito adquirido — Situações coletivas e individuais — Controle da atividade econômica (CF, art. 174) — Fraude à lei — Despesas com subsídio ao transporte — Competência do Ministro de Estado para restringir as operações.

I — O prazo de decadência do direito de pedir mandado de segurança começa a correr a partir do momento em que o ato malsinado se torna eficaz.

II — Se próprio ato de baixar a portaria implica em restringir o âmbito de escolha de que os impetrantes dispunham, para efetivar suas compras, o mandado de segurança é cabível, em tese, para reparar eventual ilegalidade.

III — O ato-condição que vincula alguém a determinada situação coletiva não gera direito adquirido à perpetuação do estatuto respectivo. Apenas o ato subjetivo produz direito imune aos efeitos de lei nova.

IV — É lícito ao Ministro de Minas e Energia restringir, em portaria, a prática de operações interestaduais, envolvendo compra e venda de produtos do petróleo (CF, art. 155, X, **b** e art. 174)” (MS nº 4.233-GO, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 14.10.96).

“Constitucional — Administrativo — Mandado de segurança — Decadência — Início do prazo — Ato de eficácia diferida — Compra de derivados de petróleo em operações interestaduais (CF, art. 155, X, **b**) — Restrição — Direito adquirido — Situações coletivas e individuais — Controle da atividade econômica (CF, art. 174) — Fraude à lei — Despesas com subsídio ao transporte — Competência do Ministro de Estado para restringir as operações.

I — O prazo de decadência do direito de pedir mandado de segurança começa a correr a partir do momento em que o ato malsinado se torna eficaz.

II — Se o próprio ato de baixar a portaria implica em restringir o âmbito de escolha de que os impetrantes dispunham, para efetivar suas compras, o mandado de segurança é cabível, em tese, para reparar eventual ilegalidade.

III — O ato-condição que vincula alguém a determinada situação coletiva não gera direito adquirido à perpetuação do estatuto respectivo. Apenas o ato subjetivo produz direito imune aos efeitos de lei nova.

IV — É lícito ao Ministro de Minas e Energia restringir, em portaria, a prática de operações interestaduais, envolvendo compra e venda de produtos do petróleo (CF, art. 155, X, b e art. 174)” (MS nº 4.368-SP, Rel. p/ acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 25.11.96).

Com essas considerações, peço vênica para denegar a segurança. Como já frisei anteriormente, deixo de apreciar o mérito da questão da proibição das operações de compra e venda entre revendedores vinculados a outra distribuidora, pois tal vedação deixou de existir com o advento das Portarias nºs 8/97 e 9/97.

É o meu voto-mérito.

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, tenho concedido a segurança a casos idênticos, mas, neste caso, não posso concedê-la e nem denegá-la. Se concedê-la, estarei decidindo sobre a invalidade das portarias e, se decidir pela denegação, estarei decidindo pela validade dos atos. Não posso fazer nem uma coisa e nem outra, porque esses atos já foram revogados. Proponho a V. Exa. que submeta à apreciação da egrégia Seção a prejudicialidade do mandado de segurança. V. Exa. deve se recordar que, em casos idênticos a esse, quando se tratou do desbloqueio dos cruzados, o Supremo Tribunal Federal declarou prejudicados todos os mandados de segurança.

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Aparte): Sr. Presidente, o meu caso já está prescrito. São duas coisas: as “bandeiras” e os “outros Estados”. As “bandeiras” caíram, mas os “outros Estados” permanecem. Penso que o interesse ainda continua.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Na questão dos Estados, deneguei a segurança. O mandado de segurança, pelo menos em parte, está prejudicado. Em relação à declaração de nulidade dos arts. 11 e 18 das Portarias nºs 61 e 63, o mandado de segurança está prejudicado.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Aparte): Sr. Presidente prosseguindo com o julgamento, deixamos de debater a prejudicialidade.

Agora, na mesma sessão, não devemos oferecer solução diversa em mandado de segurança igual. Na ocasião, alguns ministros concederam a segurança ou concederam-na parcialmente e outros a denegaram. Pondero à Seção que, sem levar em conta o acerto ou o desacerto da técnica processual, não é razoável confrontar o mandado de segurança anterior.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, concedo parcialmente a segurança, pois a minha convicção permanece.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5.764 — DF

(Registro nº 98.0024609-6)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Impetrante: Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes — Sindicom

Advogado: Antonio Vilas Boas Teixeira de Carvalho

Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda

Litisconsortes Passivos: Federação dos Plantadores de Cana do Brasil — Feplana, e Associação dos Plantadores de Cana da Região de Jauá — Associcana

Advogado: Fernando Campos de Arruda

EMENTA: Administrativo — Mandado de segurança — Produção de álcool hidratado e álcool anidro — Sistemática de aquisição e comercialização — Livre concorrência — Ato normativo postergado a liberação do preço — Lei nº 8.178/91 (art. 3º, III). Lei nº 9.069/95 (art. 70) — Decreto nº 99.179/90 — Portarias nºs 711/90, 463/91, 22/95, 292/96, 294/96, 57/98 e 102/98 do Ministério da Fazenda.

1. Ato administrativo editado por autoridade competente, sem a pronúncia do desvio de finalidade e motivação compatível, objetivamente demonstrando causa ajustada a hipótese normativa e adequado quanto à forma, não se expõe ao crivo da desconstituição na via do controle judicial.

2. As razões políticas integrantes da legislação de regência, voltada ao interesse público, não cede aos ajustes de natureza privada. No caso, descabe versar, direitos subjetivos individuais ou setorial, decorrentes

de celebração contratual de natureza privada, concretizada conforme as conveniências de distribuidoras e fornecedores de combustíveis.

3. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, denegar a segurança, nos termos do voto do Senhor Ministro-Relator, vencido o Senhor Ministro Humberto Gomes de Barros, que julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Senhores Ministros Ari Pargendler, José Delgado, Aldir Passarinho Junior, Garcia Vieira, Hélio Mosimann e Demócrito Reinaldo votaram com o Senhor Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Francisco Peçanha Martins.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 24 de fevereiro de 1999 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Relator.

Publicado no DJ de 17.05.99.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Trata-se de mandado de segurança contra a Portaria nº 102/98, editada pelo Senhor Ministro da Fazenda, interferindo na atividade de distribuição e venda de álcool em postos de gasolina, exercida em todo o território nacional pelas distribuidoras, relatando o impetrante que, “diante da clara isenção do Governo Federal de desregular o setor e liberar o preço do álcool hidratado a partir de 1º de maio de 1998”, as distribuidoras passaram a firmar contratos bilaterais, objetivando garantir para as usinas o escoamento da produção e para as distribuidoras a continuidade do suprimento sem tutela governamental. Contudo, o Senhor Ministro de Estado da Fazenda, por meio da Portaria nº 102, de 21 de abril de 1998, (publicada no DOU de 29.04.98) prorrogou para 1º de novembro de 1998 a liberação do preço do álcool hidratado para fins carburantes.

Sustenta que houve extrapolação dos limites de competência regulamentar da autoridade coatora, já que o artigo 87, parágrafo único, da Constituição Federal, determina que compete ao Ministro de Estado “expedir instruções para execução das leis, decretos e regulamentos”, mas a portaria impugnada “não contém qualquer instrução sobre outra norma, nem cuida de explicitar como se daria a sua execução.”

Por outro lado, continua o impetrante, afirmando que o artigo 3º, inciso III, da Lei nº 8.178/95, dispõe que o Ministro de Estado poderá “baixar, em caráter especial, normas que liberem, total ou parcialmente, os preços de qualquer setor”, todavia, a “Portaria nº 102 contém determinação exatamente contrária ao que prevê a lei, pois o que nela se contém é o restabelecimento de controle de preços; destarte, se não se trata de liberação de preços, o preceito igualmente não atribuiria competência à ilustre autoridade impetrada para expedir o ato nos termos em que posto.”

Disse que a Lei nº 9.096/95 — que também justificou a competência para a edição da impugnada portaria — em seu artigo 70, inciso II, dispõe que o reajuste e a revisão dos preços públicos e das tarifas dos serviços públicos far-se-ão anualmente, a partir de 1º de julho de 1994. Aduziu que a referência aos preceitos legais apontados só se justifica “por mero equívoco”, já que não se cogita de preços públicos ou de tarifas, nem se discute a periodicidade de pretensas revisões ou reajustes.

Assim, os preceitos indicados no preâmbulo da malsinada portaria “não atribuem à autoridade impetrada competência para editar ato no sentido de controlar o preço do álcool hidratado, pois a Administração sempre quis e quer desregular o setor e liberar preços, donde a certeza de sua invalidade”.

O impetrante ressalta ainda a existência de vícios caracterizadores do desvio de finalidade, “pois por meio dela a ilustre autoridade alterou a finalidade declinada expressamente nas referidas normas legais, editadas, aliás, em consonância com a Carta Magna desviando-se claramente da finalidade pública almejada, que é exatamente a de propiciar aos cidadãos consumidores, por meio da livre iniciativa e da livre concorrência, um produto melhor e mais barato.

Destacou que a desregulamentação, com certeza, faria cair o preço do álcool hidratado, daí que:

“... irrecusável o desvio de finalidade a ensejar a invalidade do ato administrativo em causa, pois o agente administrativo, encarre-

gado de cumprir o fim público almejado pelo legislador e pelo próprio Poder Executivo, vale dizer, a desregulamentação do setor e a liberação de preços, ignorou o fator de realização do interesse público, desviando-se por trilha oposta.” (fls. 15/16).

Aponta também a motivação como outro vício que estaria eivando de legalidade a portaria atacada, porque “são absolutamente inadequados aos fins colimados, pois de um lado não condizem com a realidade e de outro não são ‘próprios’”. A respeito aduziu:

“Em primeiro lugar, não é plausível a alegação de necessidade de realização de ‘amplo diagnóstico ...’ a 48 horas (quarenta e oito) de uma data que havia sido estabelecida com antecedência de quase um ano e meio.”

omissis

“A finalidade de todo o Programa de Desregulamentação determinado na Constituição, na lei e no decreto contendo as diretrizes do próprio governo, se opõe claramente, **data venia**, ao sentido deste motivo. Com efeito, estão previstos em sede constitucional, os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, sendo ainda a atividade do Estado meramente indicativa para o setor privado (arts. 170 e 174 da CF). A Lei nº 8.178 tem como escopo a desindexação da economia visando primordialmente evitar a majoração indevida de preços, prejudicial ao consumidor. Finalmente, o Decreto nº 99.179 tem como objetivos expressos reduzir a interferência do Estado e contribuir para a maior eficiência e o menor custo dos preços e serviços praticados para os consumidores.” (fls. 18/19).

Com relação ao **periculum in mora** e ao **fumus boni iures**, registrou:

“... centenas de ajustes bilaterais de fornecimento de álcool hidratado para fins carburantes foram celebrados entre as distribuidoras e as usinas produtoras, a partir do 3º trimestre de 1997.

Importa destacar, no passo, que o impetrante deu pontual conhecimento de tais contratações à Administração, mediante correspondências dirigidas ao Senhor Ministro da Fazenda e ao Diretor Superintendente da Agência Nacional de Combustíveis — ANC,

de tal sorte que jamais se poderá afirmar que havia desconhecimento por parte do Poder Público dessas novas situações jurídicas regularmente constituídas (docs. 32 a 35).

O retorno à sistemática pretérita, imposto pela malsinada Portaria nº 102, com supino desprezo pela máxima **pacta sunt servanda** e pelos atos jurídicos perfeitos, acarretará inegáveis prejuízos às associadas do impetrante.” (fl. 21).

omissis

“... parece não haver dúvida de que a prevalência do ato administrativo em questão causará prejuízo financeiro incomensuravelmente grave e de difícil reparação às associadas do impetrante, às usinas produtoras e até mesmo ao cidadão consumidor, além de lesionar, de forma irreparável, a ordem jurídica reguladora da matéria.” (fl. 29).

Disse ainda:

“... além de infringir a Constituição, a lei e atos regulamentares do próprio Governo Federal, e de padecer dos vícios de competência, finalidade e motivação, **data venia**, há veementes indícios de que a portaria questionada não se assentou em critérios técnicos ou teve em mira o interesse público, mas decorreu de outros fatores, alheios à sua finalidade, conforme destacado na matéria da Gazeta Mercantil, transcrita no item retro e objeto do doc. 62.

De outra banda, restou demonstrado que a prevalência do malsinado ato administrativo causará enormes, graves e deveras irrecuperáveis prejuízos às associadas da impetrante, e, especialmente, aos consumidores que, não fora ele (o ato), certamente seriam amplamente beneficiados com a redução do custo final do produto, decorrente da liberação do seu preço, tal como já ocorreu no setor da aviação comercial.” (fl. 30).

A liminar pleiteada foi indeferida por não se vislumbrar claramente a presença do **fumus boni iures**.

A autoridade coatora, por seu turno, estacou a inexistência de direito líquido e certo, posto que a portaria atacada “facultou (poderá) o Senhor Ministro da Fazenda baixar normas que liberem os preços” não impondo ou obrigando, pois, se o fizesse, usaria o verbo deverá. Logo, no máximo, o impe-

trante, no presente caso, tem apenas expectativa de direito. Registrou que “expectativa de direito não é protegida pelo **mandamus**, a média que não pode ser equiparada ao direito líquido e certo.”

No mérito afirmou:

“O ato de liberar ou não os preços do álcool anidro e do hidratado insere-se no poder que tem o Estado de atuar na ordem econômica, que apesar de fundada na livre iniciativa e na livre concorrência, deve assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Os fundamentos apresentados pelo impetrante para demonstrar a alegada ilegalidade ou inconstitucionalidade da Portaria nº 102/98 resumem-se na livre iniciativa e na livre concorrência, asseguradas na ordem econômica (arts. 170, **caput** e inciso IV, CF/88). Ao listar os dispositivos constitucionais e legais que cuidam da matéria, o sindicato-impetrante, pretende a existência de um capitalismo pleno, sem qualquer interferência estatal, ao omitir que a ordem econômica também é fundada na valorização do trabalho humano e que tem por fim assegurar a existência digna e os ditames da justiça social (**caput** do art. 170 da CF/88). Esses dois pontos não declarados pelo impetrante são o esteio constitucional de toda intervenção do Estado no domínio econômico, no sentido de realizar a justiça social.”

omissis

“... cientes de que a intervenção estatal no domínio econômico se faz necessária, ressalte-se que cabe ao Estado-Administração averiguar a conveniência, a necessidade e a oportunidade dessa intervenção. No caso **sub judice**, toda legislação em vigor, quais sejam, art. 3º, III, da Lei nº 8.178/95, e art. 14, IX, g, da Medida Provisória nº 1.651-43, de 5.5.98, é no sentido de que compete ao Ministério da Fazenda os assuntos referentes a preços em geral.

Infere-se daí que os motivos que sustentam a liberação ou não do álcool cabem ao Ministério da Fazenda e não às empresas interessadas, pois compete ao Estado-Administração, numa visão ampla, a regularização do mercado, para evitar a quebra das empresas, a falta do produto, o aumento de preços e o desemprego de milhares de trabalhadores no setor produtivo.”

omissis

“Os argumentos levantados pelo sindicato, no presente mandado de segurança, não têm o condão de afastar a competência da Administração para examinar as situações fáticas e decidir sobre sua intervenção ou não no setor.”

omissis

“A alegação de que tais justificativas foram tomadas nos últimos dois dias antes do termo final previsto na Portaria nº 294/96 não procede. É do conhecimento dos autores que o governo, por meio dos Ministérios da Indústria, do Comércio e do Turismo, de Minas e Energia e da Fazenda, além dos 8 (oito) Ministérios representados no CIMA, vêm, ao longo dos últimos anos, realizando, anualmente, reuniões, tendo por objeto negociações e operacionalizações, no sentido de desregulamentar a saída do governo do setor, sem traumas e transtornos, tanto para os produtores, quanto para os distribuidores e consumidores, enfim, sem ônus para a sociedade brasileira.

Informe-se ainda que, como toda economia nacional, o setor produtivo e distribuidor de álcool combustível permanecem com forte intervenção governamental. O processo de desregulamentação e liberação de preços, iniciado na década de 90, não foi concluído e não existe prazo estabelecido para a sua conclusão. Mesmo existindo prazos, estes podem ser reprogramados, tendo em vista o não atendimento dos objetivos propostos como foi o presente caso. Tanto na parte produtiva como na de distribuição, ainda há necessidade de desregulamentação, uma vez que os preços do álcool hidratado e gasolina na região norte do País permanecem tabelados aos consumidores; as importações dos derivados básicos não foram liberadas e o governo mantém o ressarcimento de subsídio ao frete em muitos derivados de petróleo, ao produtor de álcool e às indústrias de álcool e petroquímicas.”

omissis

“... verifica-se que, para a concessão da tutela jurisdicional buscada pelo impetrante, nesse ponto, seria necessário que o magistrado adestrasse no âmbito do mérito do ato administrativo, o que, **concessa maxima venia**, é vedado ao Poder Judiciário, pois não pode este substituir a autoridade do Poder Executivo no juízo de conveniência e oportunidade que poderá ensejar ou não a efetivação da ação administrativa discricionária, como é o caso. Na hi-

pótese de se admitir esta atitude por parte do Estado-juiz, estar-se-ia afrontando o princípio constitucional da harmonia e independência dos Poderes da União.” (fls. 193 a 200).

Diante do indeferimento da liminar, o impetrante formulou pedido de reexame, também indeferido às fls. 325.

O douto Ministério Público Federal, em parecer, opinou pela denegação da segurança, enfatizando as seguintes razões:

“Ao contrário do alegado pelo impetrante, essa portaria não contém determinação contrária ao previsto na Lei nº 8.178/95; o fato de haver prorrogado a data da liberação de preços, não contraria os termos do inciso III do art. 3º da referida norma...”

omissis

‘De igual modo, no que tange aos preceitos indicados no preâmbulo da portaria, que segundo o entendimento do impetrante não atribuem à autoridade impetrada a competência para editar ato no sentido de controlar os preços do álcool hidratado, já que a Administração quis e quer desregular o setor e liberar os preços.

Ora, a vontade da Administração em implantar medidas tendentes ao processo de desregulamentação do setor sucroalcooleiro, estabelecendo até prazo, não lhe tira o direito de prorrogá-lo, tendo em vista o não atendimento dos objetivos propostos e, por conseguinte, não tem o condão de afastar a competência da autoridade impetrada.

De outro lado, a própria portaria alinha os motivos determinantes da prorrogação do prazo, inserindo nesse contexto o escopo do ato, que, na hipótese, não foi alterado pelo só fato de postergar a liberação de preços até 1º.11.98, pois a finalidade pública almejada permanece, como se observa das razões elencadas na Nota Técnica nº 40/98 — SEAE, elaborada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, referido nas informações...”

omissis

“Se a motivação não vai ao encontro do interesse da impetrante, não quer dizer que seja ela inadequada, pois compete à Administração, em contato com a realidade, examinar as situações

fáticas e decidir sobre a conveniência e oportunidade da prática de atos.

O fato de a Portaria Ministerial nº 294/96 ter estabelecido que os preços do álcool hidratado para fins carburantes seria liberado em 1º de maio não assegurava às associadas da impetrante o direito de firmar contratos com as unidades produtoras, ajustando-se ao novo modelo, já que até mencionada data só havia expectativa de direito.

Assim, os alegados danos irreparáveis não podem ser atribuídos à alteração feita e sim à precipitação das associadas da impetrante em celebrar os contratos antes do termo final previsto na Portaria nº 294/96, que, diga-se de passagem, é de efeito geral, não objetivando situação pessoal, podendo até ser revogada, sem ofensa aos direitos subjetivos singulares, sujeita que está à discricionariedade do Poder Público, em atenção à política do setor sucroalcooleiro.

De outra parte, não procede a alegação de que as justificativas para o ato foram tomadas de última hora, porquanto, como ressaltado nas informações, 'é do conhecimento dos autores que o Governo, por meio dos Ministérios da Indústria, do Comércio e do Turismo, de Minas e Energia e da Fazenda, além dos 8 (oito) Ministérios representados no CIMA, vêm ao longo dos últimos anos, realizando, anualmente, reuniões, tendo por objeto negociações e operacionalizações, no sentido de desregulamentar a saída do governo do setor, sem traumas e transtornos, tanto para os produtores, quanto para os distribuidores e consumidores, enfim, sem ônus para a sociedade brasileira.' (fls. 199).

Destaca, ainda, que 'o setor produtivo e distribuidor de álcool combustível permanecem com forte intervenção governamental. O processo de desregulamentação e liberação de preços, iniciado na década de 90, não foi concluído e não existe prazo estabelecido para a sua conclusão. Mesmo existindo prazos, estes podem ser reprogramados, tendo em vista o não atendimento dos objetivos propostos como foi o presente caso. Tanto na parte produtiva como na de distribuição, ainda há necessidade de desregulamentação, uma vez que os preços do álcool hidratado e gasolina na região norte do País permanecem tabelados aos consumidores; as importações dos derivados básicos não foram liberadas e o governo mantém o res-

sarcimento de subsídio ao frete em muitos derivados de petróleo, ao produtor de álcool e às indústrias de álcool e petroquímicas.’ (fls. 199).” — fls. 331 a 337.

A Federação dos Plantadores de Cana do Brasil — Feplana e a Associação dos Plantadores de Cana da Região de Jaú — Associcana formularam pedidos de admissão no processo, como assistentes simples da autoridade coatora, pedido indeferido às fls. 341/342. Em nova solicitação, autorizei provisória admissão como litisconsorte passivo (fl. 472).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): A leitura das peças informativas revelam que, seguindo o itinerário marcado pelo Decreto nº 99.179/90, referenciando a Lei nº 8.178/91 e as Portarias nºs 711/90, 463/91, 22/95, 292/96, 294/96, 57/98, decorrendo repercussões no setor de produção e comercialização de combustíveis, notadamente em relação aos preços praticados na produção de álcool hidratado e álcool anidro, fazendo louvações à livre concorrência e comentando a gradual liberação dos preços e dos prazos de faturamento do produto a partir da distribuição, fixando o ato impugnado, registrou o impetrante:

.....
“Diante da clara intenção do Governo Federal de desregular o setor e liberar o preço do álcool hidratado a partir de 1º de maio de 1998, conforme se viu, as distribuidoras do produto, associadas da impetrante, e as unidades produtoras, ajustando-se ao novo modelo, passaram a firmar contratos bilaterais, com o objetivo de garantir para as usinas, de um lado, o escoamento de sua produção, e para as distribuidoras de outro lado, a garantia de continuidade do suprimento sem a tutela governamental, dando conta dessas providências ao Senhor Ministro da Fazenda e ao Diretor Superintendente da Agência Nacional de Combustíveis (docs. 15 a 20 — Cartas das distribuidoras; docs. 21 a 31 — Propostas das Usinas).

Sucedeu, porém, que o Senhor Ministro de Estado da Fazenda, surpreendentemente, **data venia**, mediante a Portaria nº 102, de 21 de abril de 1998, publicada no Diário Oficial do dia 29 —

portanto, dois dias antes da data estabelecida — resolveu prorrogar para 1º de novembro de 1998 a liberação do preço do álcool hidratado para fins carburantes. Eis o texto da referida norma:

‘O Ministro de Estado da Fazenda, no uso da competência que lhe é conferida pelo art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 3º, inciso III, da Lei nº 8.178, de 1º de março de 1991, no art. 70, inciso II, da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, e no art. 3º, inciso III, da Portaria MF nº 463, de 6 de junho de 1991:

considerando a necessidade de realização de amplo diagnóstico do setor sucroalcooleiro, conforme decidido pelo Conselho Interministerial do Açúcar e do Álcool — CIM, com vistas a identificar e corrigir desequilíbrios estruturais do setor;

considerando a existência, no presente momento, de estoques de passagem de álcool carburante que poderão pressionar os níveis de preços do produto, podendo afetar a renda e o emprego do setor;

considerando a necessidade de definir regras ou padrões de comercialização para o álcool carburante, previamente à liberação total do mercado; e

considerando a necessidade de aprofundar as discussões sobre a comercialização da cana-de-açúcar em ambiente de liberdade de preços, resolve:

Art. 1º — O art. 2º da Portaria MF nº 294, de 13 de dezembro de 1996, passa a ter a seguinte redação: ‘Art. 2º — A partir de 1º de novembro de 1998, ficam sujeitos ao regime de preços liberados, de que trata o art. 3º, inciso III, da Portaria nº 463/91, os preços de cana-de-açúcar, inclusive os fretes, fornecida às usinas e destilarias autônomas de todo o País, do açúcar cristal *standard*, do álcool hidratado para fins carburantes, do álcool para fins não carburantes de todos os tipos e do mel residual, nas unidades produtoras’.

Art. 2º — Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação’ (doc. 3)”.

Nessa plana, antes de avançar juízo de mérito impõe-se decisão a respeito do pedido para integração processual, ou não, como litisconsortes passivos

necessários, da Federação dos Plantadores de Cana do Brasil — Feplana e a Associação dos Plantadores de Cana da Região de Jaú — Associcana, que pediram para ser admitidas como *litisconsortes passivos necessários* (fls. 346 a 364).

O pedido, basicamente, ancorando-se na Lei nº 4.870/65, tem por suporte o fato de serem beneficiárias de contribuições sociais incidentes sobre o preço oficial da tonelada de cana, a respeito, dizendo:

.....
“Ora, se se extinguir o tabelamento, se o preço da cana foi liberado, como afinal decorrerá da eventual anulação da Portaria MF nº 102/98, desaparecida, **ipso facto**, a base de cálculo das duas contribuições e as próprias contribuições.

Em suma, a Feplana e a Associcana serão diretamente prejudicadas com a perda de sua única fonte de receita. E terão de fechar as portas.” (fl. 350).

Ora, as requerentes não foram beneficiadas ou prejudicadas pelo ato impugnado, uma vez que as contribuições decorrem de lei descogitada neste **mandamus**. Pesa, outrossim, à vista da causa de pedir e pedido da impetração, considerar que a afirmação ou desconstituição da Portaria nº 102/98, por si, não modificará a Lei nº 4.870/65 que, inclusive, não cuida da política de liberação de preços ou desregulamentação do setor sucroalcooleiro. Logo, a eventual concessão da segurança não afetará o direito às mencionadas contribuições. Se a liberação dos preços reduz ou extingue o fato gerador, tratando-se de política governamental e não dos efeitos do julgado, essa consequência deverá ser debatida em outra sede. O processo instaurado tem outra finalidade, não comportando exame afeito a suscitados direitos subjetivos decorrentes de relação jurídica diversa e estranha a causa de pedir.

Noutro aspecto, direta ou indiretamente, a motivação e finalidade da Portaria nº 102/98 não se antepõem ao direito das requerentes àquelas contribuições sociais.

Inexistindo, pois, comunhão de direitos ou de obrigações das requerentes com a relação jurídico-litigiosa do **mandamus** em curso ou âncora em qualquer das hipóteses legais estatuídas nos arts. 46 e 47, CPC, esmaece o pretendido *litisconsórcio passivo necessário*.

Em assim compreendendo, exercitando juízo definitivo de apreciação, *indefiro* a admissão pedida, ficando desfeita a provisória integração, condicionada ao reexame agora concretizado (fl. 472).

Vencida a questão processual examinada, na atoarada dos efeitos do ato desafiado (Portaria nº 102/98), para afiançar a liquidez e certeza do direito vindicado, trazendo à colação as disposições do art. 3º, III, Lei nº 8.178/95, e do art. 70, Lei nº 9.069/95, sustentando que houve extrapolação dos limites da competência regulamentar e desvio de finalidade, objetivando a invalidade da Portaria malsinada, a final, o impetrante pediu:

“a) tornar sem efeito a Portaria nº 102, de 28.04.98, do Senhor Ministro de Estado da Fazenda (doc. 4);

ou, alternativamente

b) autorizar todas as associadas do impetrante (lista anexa — doc. 63) a cumprirem livremente os ajustes celebrados com os seus fornecedores, adquirindo o produto e o distribuindo em todo o território nacional sob o regime de ‘preço liberado’, previsto na Portaria MF nº 294, de 1996 (doc. 13), observado, contudo, o preço máximo estabelecido pelo Governo Federal para o litro do álcool hidratado, livrando-as expressamente, em consequência, de toda e qualquer sanção por parte dos órgãos controladores do referido produto.” (fls. 32 e 33).

Pela trilha comemorativa sublinha-se que, com loas à *livre iniciativa e concorrência*, tal como apontado na decisão indeferitória da liminar, o insurgimento bate de frente com a Portaria nº 102/98 (doc. fl. 47), acoimada de ilegal e abusiva à comercialização desregulamentada do álcool anidro e do hidratado, com desvio de finalidade porque:

“... contém determinação contrária ao que prevê a lei, pois o que nela se contém é o restabelecimento de controle de preços; destarte, se não se trata de liberação de preços, o preceito igualmente não atribuiria competência à ilustre autoridade impetrada para expedir o ato nos termos em que posto.” (item 22 — fl. 11).

Enunciados os seus pontos principais, apropria-se a idéia de que o litígio, ao fundo e cabo, vincula-se à atuação do Estado na ordem econômica, objetivando a impetração o reconhecimento do direito líquido e certo, sob regime de preço liberado, na vaga do *programa de desregulamentação*, do cumprimento de ajustes anteriores à *Portaria nº 102/98*, conforme estabelecido livremente entre as distribuidoras de combustíveis e lubrificantes e seus fornecedores. Para tanto, a pretensão tem por vertentes alegados vícios caracterizados por *desvio de finalidade e motivação inadequada*.

Nesse contexto, sob os anseios do *livre comércio*, aviando a solução, antes de tudo, é preciso procurar a iluminura feita por princípios e orientações programáticas de natureza constitucional; textualmente:

“Art. 170. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

“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.”

“Art. 238. A lei ordenará a venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas, respeitados os princípios desta Constituição.”

As proclamações constitucionais, conquanto assinalem a livre iniciativa e concorrência no mercado de atividade econômica, evidenciam compromisso do Estado com os planejamentos orientados pelo *interesse público*.

No tirante dessas observações, abrindo vereda para a verificação de alvoçadas *ilegalidade e abusividade* do ato ferretado, de logo, salienta-se que a função regulamentar norteou-se a assegurar o objetivo fundamental da Administração Pública, no caso, estabelecendo graduais diretrizes à *livre iniciativa e concorrência* na comercialização do álcool anidro e do hidratado.

Com esses traços, a *Portaria nº 102/98* visou ao equilíbrio estrutural do setor, superintendendo o próprio abastecimento, com reflexos na concorrência dos preços. Porém, sem ruptura da livre iniciativa ou feição de intervenção violadora dos lembrados cânones constitucionais. Aconteceu, isto sim, genética transferência de favorecimento à comercialização de produtos no sucroalcooleiro, sob os moldes de circunstâncias conjunturais detectadas pela Administração.

Sem contemporização, pergunta-se: *houve desvio de finalidade?* Pelas razões que aduziu, o *impetrante* sustenta que sim. Mas, com pertinência, afeiçãoando-se à legislação de regência, afivelou o *impetrado*:

.....
“O art. 3º, III, da Lei nº 8.178/95 preceitua, **verbis**:

‘Art. 3º — O Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento *poderá*:

III — baixar, em caráter especial, normas que liberem, total ou parcialmente, os preços de qualquer setor’.

Vê-se, portanto, que a norma legal facultou (*poderá*) ao Exmo. Ministro da Fazenda baixar normas que liberem os preços; não impôs ou obrigou, pois, se o fizesse usaria o verbo *deverá*. Logo, no máximo, o impetrante, no presente caso, tem apenas expectativa de direito.

A seu turno, a Portaria nº 294, de 13.12.96, estatui:

‘Libera os preços do álcool anidro nas unidades produtoras, a partir de 01.05.97 e os preços da cana-de-açúcar, do açúcar cristal standard e do mel residual, nas unidades produtoras, a partir de 01.05.98.

O Ministro de Estado da Fazenda, no uso da competência que lhe é conferida pelo art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 3º, inciso III, da Lei nº 8.178, de 1º março de 1991, e na Portaria nº 463, de 6 de junho de 1991, resolve:

Art. 1º — A partir de 1º de maio de 1997, ficam sujeitos ao regime de preços liberados, de que trata o art. 4º, inciso III, da Portaria nº 463/91, os preços do álcool anidro nas unidades produtoras.

Art. 2º — A partir de 1º de maio de 1998, ficam sujeitos ao regime de preços liberados, de que trata o art. 4º, inciso III, da Portaria nº 463/91, os preços da cana-de-açúcar, inclusive os fretes, fornecida às usinas e destilarias autônomas de todo o País, do açúcar cristal standard, do álcool para fins carburantes de todos os tipos, do álcool para fins não carburantes de todos os tipos e do mel residual, nas unidades produtoras, com exceção do álcool anidro.’

Por essa norma, também, as associadas do impetrante, até o implemento da data 1º.5.98, tinham apenas uma expectativa de direito.” (fls. 191 e 192 — gfs. originais).

Às informações agregou o impetrado:

“O ato de liberar ou não os preços do álcool anidro e do hidratado insere-se no poder que tem o Estado de atuar na ordem

econômica, que apesar de fundada na livre iniciativa e na livre concorrência, deve assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Os fundamentos apresentados pelo impetrante para demonstrar a alegada ilegalidade ou inconstitucionalidade da Portaria nº 102/98 resumem-se na livre iniciativa e na livre concorrência, asseguradas na ordem econômica (art. 170, **caput** e inciso IV, CF/88). Ao listar os dispositivos constitucionais e legais que cuidam da matéria, o sindicato-impetrante pretende a existência de um capitalismo pleno, sem qualquer interferência estatal, ao omitir que a ordem econômica também é fundada na valorização do trabalho humano e que tem por fim assegurar a existência digna e os ditames da justiça social (**caput** do art. 170 da CF/88). Esses dois pontos não declarados pelo impetrante são o esteio constitucional de toda intervenção do Estado no domínio econômico, no sentido de realizar a justiça social.”

omissis

“... ressalte-se que cabe ao Estado-Administração averiguar a conveniência, a necessidade e a oportunidade dessa intervenção. No caso **sub judice**, toda legislação em vigor, quais sejam, art. 3º, III, da Lei nº 8.178/95, e art. 14, IX, g, da Medida Provisória nº 1.651-43, de 5.5.98, é no sentido de que compete ao Ministério da Fazenda os assuntos referentes a preços em geral.

Infere-se daí que os motivos que sustentam a liberação ou não do álcool cabem ao Ministério da Fazenda e não às empresas interessadas, pois compete ao Estado-Administração, numa visão ampla, a regularização do mercado, para evitar a quebra das empresas, a falta do produto, o aumento de preços e o desemprego de milhares de trabalhadores no setor produtivo.” (fls. 193 a 196).

Outrossim, pela seteira da Nota Técnica nº 40/98 — SEAE, explicando os motivos da não liberação plena do álcool anidro e do hidratado, averbou:

“Os argumentos levantados pelo sindicato, no presente mandado de segurança, não têm o condão de afastar a competência da Administração para examinar as situações fáticas e decidir sobre sua intervenção ou não no setor.” (fl. 198).

Noutra fonte, o parecer do Ministério Público, seja quanto à competência da autoridade impetrada ou afastando as prélicas feitas pelo impetrante, é precioso no arrazoado, destacando-se:

.....
“Ao contrário do alegado pelo impetrante, essa portaria não contém determinação contrária ao previsto na Lei nº 8.178/95; o fato de haver prorrogado a data da liberação de preços, não contraria os termos do inciso III do art. 3º da referida norma...”

omissis

“De igual modo, no que tange aos preceitos indicados no preâmbulo da portaria, que segundo o entendimento do impetrante não atribuem à autoridade impetrada a competência para editar ato no sentido de controlar os preços do álcool hidratado, já que a Administração quis e quer desregular o setor e liberar os preços.

Ora, a vontade da Administração em implantar medidas tendentes ao processo de desregulamentação do setor sucroalcooleiro, estabelecendo até prazo, não lhe tira o direito de prorrogá-lo, tendo em vista o não atendimento dos objetivos propostos e, por conseguinte, não tem o condão de afastar a competência da autoridade impetrada.

De outro lado, a própria Portaria alinha os motivos determinantes da prorrogação do prazo inserindo nesse contexto o escopo do ato, que, na hipótese, não foi alterado pelo só fato de postergar a liberação de preços até 1º.11.98, pois a finalidade pública almejada permanece, como se observa das razões elencadas na Nota Técnica nº 40/98 — SEAE, elaborada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, referido nas informações...”

.....
“Se a motivação não vai ao encontro do interesse da impetrante, não quer dizer que seja ela inadequada, pois compete à Administração, em contato com a realidade, examinar as situações fáticas e decidir sobre a conveniência e oportunidade da prática de atos.

O fato de a Portaria Ministerial nº 294/96 ter estabelecido que os preços do álcool hidratado para fins carburantes seria libe-

rado em 1º de maio não assegurava às associadas da impetrante o direito de firmar contratos com as unidades produtoras, ajustando-se ao novo modelo, já que até mencionada data só havia expectativa de direito.

Assim, os alegados danos irreparáveis não podem ser atribuídos à alteração feita e sim à precipitação das associadas da impetrante em celebrar os contratos antes do termo final previsto na Portaria nº 294/96, que, diga-se de passagem, é de efeito geral, não objetivando situação pessoal, podendo até ser revogada, sem ofensa aos direitos subjetivos singulares, sujeita que está à discricionariedade do Poder Público, em atenção à política do setor sucroalcooleiro.” (fls. 331 a 332 e 335 a 336).

Sob a réstia dos aspectos levantados, pelo soar da legislação enfocada, realçando-se a competência da autoridade impetrada para praticar o ato, **stricto ou lato sensu**, a atividade não caracteriza *desvio de finalidade*.

Deveras, passando-se pelo Decreto nº 99.179/90, com espia na Lei nº 8.178/91 (art. 3º, III), análise das Portarias nºs 463/91 e 292/96, acertando-se que o art. 70 da Lei nº 9.069/95, cuidou de *reajuste e revisão* dos preços públicos e das tarifas dos serviços públicos, hipóteses específicas não albergadas na motivação e finalidade da Portaria nº 102/98, fica desfigurado o acenado *desvio*. Com efeito, ressalta-se que todas as indicações de planejamento e comércio tiveram concreção na via seqüencial de Portarias. Significa dizer que se admitido o *desvio*, a rigor, o cometimento teve origem no primeiro e não no último ato, corolário de atividades estruturais dos setores produtivo e de comercialização.

Empenha-se, outrossim, que a inspiração da *Portaria nº 102/98*, e também das anteriores, é de natureza política (planejamento e economia), com forte conteúdo discricionário, somente podendo ser sindicado quanto à sua legalidade, ficando a salvo a conveniência, oportunidade e apreciação das circunstâncias que autorizam os meios necessários à Administração.

Fica longe, pois, versadas as atividades asseguradas ao Ministro da Fazenda, a visão de ato incompatibilizado com o *interesse público* (no círculo da finalidade) ou divorciado da lei, existindo perfeita coincidência entre o exercício de poder (competência) e o preordenamento de atividades típicas, exercitáveis em peculiares situações, tal como prenunciadas nas justificações da *Portaria nº 102/98*. Afinal, identificada correlação lógica entre o motivo e a finalidade tipológica do ato (causa da atividade administrativa), não houve

desvio da finalidade normativa ou das razões políticas que integram a própria lei. É interpretação que se harmoniza com o espírito da política governamental (pressuposto do interesse público), no caso, para o setor sucroalcooleiro e comercialização dos produtos mencionados. Sendo assim, pode-se dizer que não houve violação do princípio da legalidade, na qual está contido o “princípio da finalidade”. Arrematando, o ato não se mostra desconforme à *finalidade* da legislação de regência aplicada.

Vencida essa averiguação, conforme colocado na inicial, só resta o argumento da *motivação inadequada*.

Ora, cuja formulação, na espécie, então, competia ao Ministério da Fazenda (e Planejamento), ficando no plano secundário as circunstâncias com sede no sítio de interesses individuais ou setoriais, as realidades prendem-se à situação conjuntural interna e externa, com apego ao *interesse público*. Por esse pórtico impõe-se atividade administrativa ágil, executando medidas restritivas em favor da preservação de superiores interesses. Essa *motivação* está suficientemente delineada no prólogo da *Portaria nº 102/98*, em perfeita comunhão com a *finalidade* do ato. Assinala-se que não se restringiu a indicar as disposições legais autorizadoras do ato, mas descreveu, com pertinência lógica, a *causa* do provimento administrativo, arrolando razões contemporâneas e objetivamente identificadas. Que a *causa* não ocorreu, o *impetrante* não demonstrou contrariamente. Logo, objetiva a demonstração da *causa* (“adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto”), existindo o “motivo”, a exposição administrativa ajusta-se à hipótese normativa, concluindo-se que a “*motivação é adequada*”.

Portanto, não procede a argüição de “*motivação inadequada*”.

Em derradeira consideração, diante da dinâmica conjuntural da produção e de mercado, é bem possível que a *Portaria nº 102/98* já tenha perdido substância ou venha a perdê-la, em frente de outra “causa” temporal, obrigando a autoridade executiva governamental a modificá-la, extingui-la ou, até mesmo, editar novo ato compatibilizado à situação emergente, tal como revelam os conteúdos de atos anteriores. Demais disso, no caso, os contratos foram celebrados conforme a conveniência e interesses privados dos distribuidores e fornecedores de combustíveis, por isso, ficando descogitada ofensa a direitos subjetivos individuais ou singulares, como fundamento para desconstituição do ato em comento.

Na confluência da exposição, sem a pronúncia da ilegalidade ou abusividade, intangidas a forma, motivação e finalidade do ato impugnado, edita-

do por autoridade competente e não consubstanciado o pretendido direito líquido e certo aos ajustes celebrados privadamente entre o impetrante e seus fornecedores, voto denegando a segurança.

É o voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, em um precedente relativo a este aspecto, indeferi o mandado de segurança **in limine** por entender que era caso de em que não estavam comprovadas as regras e os pressupostos para se analisar a existência de direito líquido e certo.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, peço vênica para discordar do Ministro-Relator, extinguindo o mandado de segurança sem o julgamento do mérito.

