PROCESSO Nº: 0808280-47.2018.4.05.8300 **- PROCEDIMENTO COMUM**
AUTOR: SINDICATO DA INDÚSTRIA DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL NO EST PE e outros
ADVOGADO: Ana Paula Dumont De Oliveira e outro
RÉU: AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS e outro
AMICUS CURIAE: SINDICATO NAC DAS EMP DIST DE COMB E DE LUBRIFICANTES
ADVOGADO: Ricardo Zamariola Junior
10ª VARA FEDERAL - PE (JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO)

.

VISTOS ETC.

I - Relatório

Cuida-se de ação cominatória e declaratória de nulidade proposta pela Cooperativa do Agronegocio dos Associados da Associação dos Fornecedores de Cana-de-Açúcar - COAF bem como por mais três sindicatos representantes do setor sucroalcooleiro nos Estados de Pernambuco, Alagoas e Sergipe contra a União e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, pretendendo que sejam afastados, sob os argumentos de inconstitucionalidade e ilegalidade, os arts. 2.º, VI e 6.º da resolução 43/09 e ainda o art. 14 da resolução 41/13, ambas editadas pela segunda ré, dispositivos estes que vedam a venda direta de etanol hidratado aos postos revendedores de combustível. Em apertada síntese, alegaram que essas normas infralegais, a pretexto de regulamentarem a lei n.º 9.478/97 - a chamada "Lei do Petróleo", a qual, dentre outras providências adotadas, criou a ANP -, ofendem o princípio da livre concorrência entre distribuidores e produtores do referido combustível, previsto no art. 170 da CF, na medida em que criam uma reserva de mercado em favor dos primeiros sem qualquer razoabilidade para tanto bem como extrapolam o que foi previsto na própria norma legal, a qual não autoriza esse tipo de vedação.

Sustentaram que a aplicação dessas regras que consideram ilegais e inconstitucionais fazem com que na prática não seja a ANP quem controle o mercado do etanol no Brasil e sim as distribuidoras, as quais, "recusando a compra ou simplesmente atrasando um pouco mais um pagamento" acabam por exercerem "poder de vida e de morte sobre a atividade empresarial dos produtores de etanol", tanto assim que já houve o fechamento de mais de oitenta unidades produtoras no Pais, havendo diversas outras em situação pré-falimentar.

Concluíram seu longo arrazoado afirmando ser imperiosa a intervenção judicial para afastar tais proibições, razão pela qual pediram tutela de urgência argumentando com os graves danos que o cumprimento das mesmas vem acarretando às usinas por eles substituídas processualmente na presente demanda, ao mercado de combustíveis, ao meio ambiente e ao próprio consumidor, alegando, ainda, que a antecipação da tutela jurisdicional nenhum prejuízo trará para a fiscalização exercida pela autarquia ré porquanto o etanol continuará "sendo lacrado e certificado das unidades produtoras, como já ocorre hoje, e seguirá ao posto revendedor onde poderá, igualmente e como já ocorre hoje, sofrer fiscalização tanto pelo próprio varejista como pelo consumidor final" (Id. 4058300.5578647). Deram valor à causa e juntaram vários documentos (Id. 4058300.5578686 ao Id. 4058300.5579170).

Deferida a tutela de urgência na decisão sob o Id. 4058300.5594450, foram intimados e citados os réus (Id. 4058300.5637549 e 4058300.5637596). Sob o Id. 4058300.5675654 foi formulado pedido de assistência simples pelo Sindicato das Distribuidoras de Combustíveis e

Lubrificantes - SINDICOM, instruído com documentos (Id. 4058300.5675655 ao Id. 4058300.5675696). Pedido de exclusão da Cooperativa do Agronegócio dos Associados da Associação dos Fornecedores de Cana-de-Açúcar - COAF do polo ativo da lide formulado pelos advogados dos demais autores face à não-juntada do instrumento de mandato no prazo legal (Id. 4058300.5675653), conforme manifestação da mesma pessoa jurídica (Id. 4058300.5742718). Sob o Id. 4058300.5756703 impugnaram os autores o pedido de assistência formulado pelo SINDICOM. Contestação do SINDICOM ao pedido dos autores sob o Id. 4058300.5792729 em relação à qual houve pedido de desentranhamento da respectiva petição, deduzido pelos autores sob o Id. 4058300.5821101.

Decisão deste Juízo sob o Id. 4058300.5742430, rejeitando o pedido de assistência formulado pelo SINDICOM, mantendo a tutela de urgência outrora deferida bem como deferindo o pleito de exclusão da COAF do polo ativo da demanda e, como consequência, a retificação dos nomes dos autores pela distribuição. Retificação cumprida conforme certidão sob o Id. 4058300.5824877.

Juntada nos autos decisão da Presidência do TRF da 5a. Região que em pedido de suspensão da tutela de urgência (n.º 0811148-66.2018.4.05.0000) a manteve (Id. 4058300.5839780). Também juntadas nos autos as decisões monocráticas do relator dos agravos de instrumento interpostos pelos réus contra as decisões deste Juízo concessivas da tutela de urgência, ambas proferidas no sentido de suspender a referida tutela (Id. 4050000.11896420 e 4050000.11897960).

Resposta da ré ANP sob o Id. 4058300.5920328, acompanhada de documentos (Id. 4058300.5920329 ao Id. 4058300.5920389), contestando o feito, sob os argumentos de constitucionalidade e legalidade do seu poder regulador, o qual estabelece uma cadeia do setor de combustíveis que serve de base para os procedimentos de "controle de qualidade, fiscalização e responsabilização dos agentes envolvidos", para a forma de "incidência e arrecadação de tributos" e para "normas de controle do impacto ambiental". Assevera que esse sistema de controle vige há mais de quarenta anos em nosso ordenamento jurídico, reputando a interferência do Poder Judiciário como ofensiva ao princípio da separação dos poderes e concluindo que conquanto seja possível a reestruturação do setor de combustíveis a mesma só se pode fazer no nível técnico e no âmbito exclusivo do Poder Executivo, não tolerando qualquer intromissão judicial na questão eis que se cuida de matéria que está sob o princípio da "reserva de administração".

Também a União apresentou contestação, impugnando o pedido dos autores sob os mesmos argumentos deduzidos pela ANP, reportando-se a uma necessidade de "se prestigiar os atos regulatórios e as vias administrativas ofertadas ao particular para discussão de seu caso", de modo que, no seu entender, deve haver uma "autocontenção" do Poder Judiciário por não lhe competir "minar o ato de controle empreendido pelas requeridas para favorecer judicialização que prejudicará outros agentes" (Id. 4058300.5964062). Juntou documentos (Id. 4058300.5964069 ao Id. 4058300.5964077).

Instados a replicar as contestações ofertadas e os documentos apresentados, os autores, em petição sob o Id. 4058300.6035218, reiteraram a sua tese, pediram expressamente o julgamento antecipado da lide e juntaram documentos (Id. 4058300.6035230 ao Id. 4058300.6035347).

Na petição sob o Id. 4058300.6057645 o SINDICOM, comprovando ter sido indeferida a tutela recursal (Id. 4058300.6057666) no agravo de instrumento que interpôs contra a decisão que rejeitara o seu pedido de assistência (Id. 4058300.5742430), requereu a sua admissão como *amicus curiae*, o que foi deferido na decisão sob o Id. 4058300.6093462, na qual, reconhecendo o caráter exclusivamente de direito da questão de mérito bem como a singularidade da presente demanda em razão da alta relevância social e econômica do que nela está sendo discutido, determinei o julgamento antecipado da lide, sem observância da ordem cronológica de acordo com a ressalva prevista pelo art. 12, § 2.º, IX, do CPC, isso após ser aberta vista às rés para que se manifestassem sobre os documentos acostados com a réplica.

Em petição sob o Id. 4058300.6103311 a Federação Nacional das Distribuidoras de Combustíveis, Gás Natural e Biocombustível - BRASILCOM, acostando documentos (Id. 4058300.6103330 ao Id. 4058300.6103438), formulou pedido de intervenção no processo na condição de *amicus curiae*.

Em 05/09/2018 manifestou-se a ANP quanto à réplica (Id. 4058300.6147598), afirmando nada ter a acrescentar em seu posicionamento e dizendo-se ciente da decisão que deferira a intervenção do SINDICOM na qualidade de *amicus curiae*. Em 17/09/2018 foi a vez da União (Id. 4058300.6220680), também corroborando o posicionamento defendido em sua contestação, porém acrescentando a preliminar de extinção do feito sem julgamento do mérito quanto aos autores não domiciliados no Estado de Pernambuco, quais sejam os Sindicatos do Açúcar e do Álcool nos Estados de Alagoas e Sergipe, isso por conta do precedente do STF firmado em Repercussão Geral no RE 612.043-PR no sentido de que é constitucional a limitação subjetiva da coisa julgada imposta pelo art. 2.º-A da lei n.º 9.494/97 nas ações coletivas, sustendo, ainda, que tal limitação não se aplica apenas a associações mas igualmente a sindicatos conforme precedente do STJ que traz à colação.

Em 04/10/2018 adveio informação da Presidência do TRF da. 5a. Região, noticiando o arquivamento do processo de suspensão de liminar n.º 0811148-66.2018.4.05.0000 (Id. 4050000.12609673 e 4050000.12609674). Em 17/10/2018 mais um terceiro formulou pedido de ingresso na lide na condição de *amicus curiae*, desta feita a União da Agroindústria Canavieira do Estado de São Paulo - UNICA (Id. 4058300.6427828), acostando documentos (Id. 4058300.6427951 ao Id. 4058300.6428066).

Vieram-me conclusos.

Eis o relato, no que há de essencial.

II - Fundamentação

Tal como noticiado na decisão sob o Id. 4058300.6093462 e tendo em vista que as rés nada disseram contra os documentos que instruíram a réplica dos autores (Id. 4058300.6035230 ao Id. 4058300.6035347), inobstante instadas a tanto conforme se lê naquele mesmo *decisum*, passo a proferir o julgamento antecipado da lide nos termos do art. 355, I, do CPC, eis que os fatos são incontroversos, consistindo a divergência que originou a demanda apenas no direito aplicável.

Ab initio, destaco que não há como acolher, nesse estágio processual, os pedidos de ingresso na lide como *amicus curiae*, formulados sob o Id. 4058300.6103311 e sob o Id. 4058300.6427828, respectivamente, pela Federação Nacional das Distribuidoras de Combustíveis, Gás Natural e Biocombustível - BRASILCOM e pela União da Agroindústria Canavieira do Estado de São Paulo - UNICA. E isso por duas razões óbvias. A uma, porque a causa está em fase avançada, "madura" para julgamento de mérito, sendo desnecessária qualquer "contribuição" que pretendam oferecer em termos de subsídios técnicos haja vista nenhuma controvérsia existir entre as partes quanto ao suporte fático da lide. Aliás, se controvérsia fática existisse e que dependesse de provas pericial e oral não poderia estar sendo o feito julgado como ora se está procedendo. A duas, porquanto já existe terceiro habilitado como *amicus curiae*, no caso o Sindicato das Distribuidoras de Combustíveis e Lubrificantes - SINDICOM, de base nacional e que tem se mostrado bastante combativo na defesa do interesse - a meu ver meramente econômico conforme gizei alhures ao indeferir o pedido de assistência - das distribuidoras de combustível. Ademais, cuidando-se o presente momento de julgamento da lide, não há mais espaço para manifestações processuais desses terceiros considerando-se que salvo a hipótese restrita de embargos declaratórios não podem recorrer do que venha a ser decidido desfavoravelmente a seus interesses - meramente econômicos, repito -, a teor do quanto disposto no art. 128, § 1.º, do CPC. Inadmito, pois, a intervenção pleiteada nas petições sob o Id. 4058300.6103311 e sob o Id. 4058300.642782.

Ainda antes de examinar o mérito, enfrento a única alegação de natureza processual da União, deduzida na petição sob o Id. 4058300.6220680. Sustenta a referida ré que os Sindicatos do Açúcar e do Álcool nos Estados de Alagoas e Sergipe devem ser excluídos do polo ativo eis que o acolhimento da pretensão autoral não pode

beneficiá-los ante o que dispõe o art. 2.º-A da lei n.º 9.497, *verbis*:

"A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator."

Entende assim a União que apenas a Justiça Federal nas Seções Judiciárias de Alagoas e Sergipe é que poderia proferir sentenças favoráveis às usinas e destilarias - os substituídos processualmente por aqueles sindicatos - domiciliadas, na data do ajuizamento de cada demanda, em cada um daqueles Estados da Federação. E invoca como precedente o acórdão proferido pelo STF no julgamento do RE 612.043-PR, em Repercussão Geral.

Para a exata compreensão do assunto transcrevo a ementa do acórdão invocado:

EXECUÇÃO - AÇÃO COLETIVA - RITO ORDINÁRIO - ASSOCIAÇÃO - BENEFICIÁRIOS. Beneficiários do título executivo, no caso de ação proposta por associação, são aqueles que, residentes na área compreendida na jurisdição do órgão julgador, detinham, antes do ajuizamento, a condição de filiados e constaram da lista apresentada com a peça inicial.

Transcrevo igualmente a tese de repercussão geral aí firmada e cujo tema tomou o número 0499:

"A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento."

Observe-se que nem na ementa do acórdão nem no tema consta qualquer referência a sindicato. Alude-se a "associação", "associação civil" e "associados", mas não a "sindicato" ou "sindicatos". E a diferença está na própria Constituição, que cuida da representação no caso de associação, exigindo a expressa autorização de cada associado para tanto, isso no inciso XXI de seu art. 5.º, enquanto trata da substituição processual no caso de sindicato, não exigindo autorização de qualquer dos filiados, como se infere do inciso III do art. 8.º da mesma Carta Política. Essa distinção consta claramente do voto do relator do RE 612.043-PR, o Ministro Marco Aurélio, no seguinte trecho que transcrevo:

"(...). Diversamente da regência alusiva a sindicato, observados os artigos 5º, inciso LXX, e 8º, inciso III, da Lei Maior, no que se verifica verdadeiro caso de substituição processual, o artigo 5º, inciso XXI, nela contido, concernente às associações, encerra situação de representação processual a exigir, para efeito da atuação judicial da entidade, autorização expressa e específica dos membros, os associados, presente situação próxima à de outorga de mandato, não fosse a possibilidade de concessão da referida anuência em assembleia geral. Eis o teor do preceito: (...)."

Portanto e com todo o respeito à posição divergente do STJ, como a questão processual tem matriz constitucional - a interpretação do art. 2.º-A da lei n.º 9.494/97 deve ser conforme a

Constituição em seus arts. 5.º, XXI e 8.º, III -, filio-me ao entendimento restritivo da Suprema Corte, que não equipara associação a sindicato na interpretação da expressão "entidade associativa", empregada no referido dispositivo da lei n.º 9.494, de modo que os filiados a sindicatos autores serão beneficiados pelos efeitos favoráveis da sentença que venha a ser procedente. Considerando então que os autores remanescentes no polo ativo, após a exclusão da Cooperativa do Agronegócio dos Associados da Associação dos Fornecedores de Cana-de-Açúcar - COAF, consoante a decisão sob o Id. 4058300.5742430, são todos sindicatos, não figurando qualquer associação dentre os demandantes, é de se rejeitar o pedido de extinção do processo sem julgamento do mérito quanto aos Sindicatos do Açúcar e do Álcool nos Estados de Alagoas e Sergipe.

Como última questão preliminar, restam os pedidos dos autores na petição sob o Id. 4058300.5821101 no sentido de que seja desentranhada a contestação do SINDICOM sob o Id. 4058300.5792729 bem como condenado esse mesmo terceiro às sanções da litigância de má fé porquanto teria desrespeitado a decisão deste Juízo que indeferiu a sua admissão como assistente simples (Id. 4058300.5742430).

Na verdade, não concebo a juntada de contestação como um desrespeito do SINDICOM a este Juízo. Encaro isso como uma providência *ad cautelam* desse terceiro, pois caso viesse a ser provido o agravo de instrumento no qual persegue o seu ingresso na lide como assistente e considerando ser a regra processual receber o assistente o processo "no estado em que se encontre" (parágrafo único, *in fine*, do art. 119 do CPC) poderia já estar expirado o prazo de defesa e assim perder a oportunidade de apresentar a sua resposta. Mesmo assim, como é fato que o seu pleito de assistência foi desacolhido e há uma impossibilidade lógica de extirpar uma petição de um processo que não é físico, deixo de conhecer da contestação apresentada por esse terceiro, tal como se ela não existisse. E por não se cuidar o seu oferecimento de ato de má fé do terceiro e sim de mera providência *ad cautelam*, consoante já o assinalei, deixo de aplicar os arts. 79, 80 e 81, todos do CPC.

Passo a examinar o mérito.

Por ocasião da análise do pedido de tutela urgência assim me pronunciei:

"Adentrando o mérito da demanda até onde o permite o presente momento processual, constato que a mesma reflete a vetusta problemática da crise no setor de combustíveis no Brasil, o que exige uma breve incursão histórica no assunto para uma desapaixonada análise do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Para tanto temos de nos lembrar do embrião do Programa do etanol, o Proálcool, criado na década de 70, conforme o seguinte informativo:

´A possibilidade de usar o álcool da cana-de-açúcar como combustível automotivo é conhecida há mais de um século, mas até os anos 70 a disponibilidade de derivados de petróleo e o preço baixo desincentivaram seu emprego. Em outubro de 1973, o cenário mudou e o mundo se viu ante o risco de desabastecimento energético. Foi o primeiro choque do petróleo que reacendeu o interesse mundial por fontes alternativas de energia e levou vários países a buscarem soluções mais adequadas, considerando as peculiaridades nacionais. A crise internacional elevou os gastos do Brasil com importação de petróleo de US$ 600 milhões em 1973 para US$ 2,5 bilhões em 1974. O impacto provocou um déficit na balança comercial de US$ 4,7 bilhões, resultado que influiu fortemente na dívida externa brasileira (da época e futura) e na escalada da inflação, que saltou de 15,5% em 1973 para 34,5% em 1974.

Preocupado em preservar as principais metas do 2º Plano Nacional de Desenvolvimento, conter a inflação, manter o crescimento acelerado e conservar o equilíbrio do balanço de pagamentos, o general Ernesto Geisel, ainda na condição de futuro presidente da República, solicitou ao então diretor comercial da Petrobrás e futuro ministro das Minas e Energia, Shigeaki Ueki, que consultasse o setor privado sobre a questão. Ueki entrou em contato com vários empresários, principalmente Lamartine Navarro Jr., como menciona o professor da Unicamp José Tobias Menezes no seu livro Etanol, o Combustível do Brasil, solicitando que estudasse a utilização de fontes não convencionais de energia para fornecer subsídios ao novo governo.

A Associação das Distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo (Associgás) se transformou no fórum de debates sobre a crise do petróleo, sob a coordenação do mencionado Lamartine Navarro Jr., que contara com a colaboração do engenheiro Cícero Junqueira Franco, grande especialista em tecnologia de produção de álcool, além de acadêmicos e usineiros de São Paulo.

A conclusão do grupo resultou no documento intitulado Fotossíntese como fonte de energia, entregue ao Conselho Nacional de Petróleo em março de 1974, que se tornaria a semente do Programa Nacional do Álcool (Proálcool). O estudo combinava as preferências do Instituto do Açúcar e do Álcool pela produção de álcool direto em destilarias autônomas e da Copersucar, pelo aproveitamento da capacidade ociosa das destilarias anexas às usinas

açucareiras.

O álcool, que sempre fora considerado subproduto do açúcar, passou a desempenhar papel estratégico na economia brasileira e, diante do sucesso da iniciativa, deixou de ser encarado apenas como resposta a uma crise temporária, mas como solução permanente, quando vozes autorizadas, ainda na esteira da crise, alertaram o mundo para o risco das reservas petrolíferas, lembrando que não seriam eternas.

Durante visita ao Centro Tecnológico da Aeronáutica, em junho de 1975, em São José dos Campos, o então presidente Geisel demonstrou especial interesse nos trabalhos desenvolvidos pelo professor Urbano Ernesto Stumpf sobre a adaptação dos motores para uso da mistura gasolina-álcool e da conversão desses motores para uso exclusivo do álcool. Segundo Stumpf, a impressão que o presidente teve sobre a viabilidade do uso do álcool como combustível foi decisiva para que o governo federal se posicionasse, definitivamente, a favor do Proálcool.

Na época, o Brasil já tinha um setor açucareiro desenvolvido, terras propícias à cultura, clima adequado, muita mão-de-obra disponível no campo e experiência na fabricação de álcool industrial, do qual já era grande produtor-exportador. Recém-modernizado, o setor açucareiro também registrava elevada capacidade ociosa, que poderia ser reduzida com a produção de álcool combustível, que proporcionaria flexibilidade da produção de açúcar para exportação.

Depois de intensos estudos e debates, o governo federal instituiu o Proálcool (Decreto nº 76.593, de 14/11/1975), há três décadas, portanto.

Os principais efeitos do uso do álcool (puro ou misturado com gasolina) nos centros urbanos foram a eliminação do chumbo na gasolina e a redução das emissões do monóxido de carbono.

A área ocupada pela cana, hoje, é de apenas 0,6% do território nacional e as áreas aptas para a expansão desta cultura são de mais de 12%. A substituição da gasolina pelo álcool no período 1976-2004 representou uma economia de US$ 61 bilhões (dólares de dezembro) ou US$ 121 bilhões (com os juros da dívida externa).

Passados 30 anos após de sua criação, o Proálcool ensejou a geração de cerca de 1 milhão de empregos diretos no País e alguns milhões de indiretos - aproximadamente 80% deles na área agrícola. Ademais, os custos de produção do açúcar e do álcool nas indústrias brasileiras mais eficientes são competitivos com o açúcar da beterraba na Europa ou do álcool de milho americano. Da mesma forma, o álcool da cana é competitivo com a gasolina derivada do petróleo, existindo possibilidades favoráveis do aumento desta competitividade nos próximos anos, quando o preço do combustível fóssil já supera US$ 60/barril.´[1]

Esse artigo, intitulado ´A Verdadeira História do Proálcool´, da autoria de Luiz Gonzaga Bertelli, diretor titular adjunto de Energia do Departamento de Infraestrutura da FIESP e então Presidente da Academia Paulista de História, publicado no conhecidíssimo periódico *O Estado de S. Paulo* em 29 de janeiro de 2006, resumia já naquela época e em termos exatos os benefícios da utilização do etanol em nossa sofrida pátria, quais sejam a certeza de respirar num meio ambiente menos poluído, a competitividade com a gasolina derivada do petróleo gerando um combustível menos caro para o consumidor, uma solução alternativa para um eventual futuro esgotamento das reservas petrolíferas e a criação de mais empregos na área agrícola, dentre outras vantagens. A realidade mostrava que o programa do álcool biocombustível, surgido num governo ditatorial, teria então de ser aprofundado, melhorado, aperfeiçoado pelos sucessivos governos, que deveriam, a nível de normatividade, tê-lo colocado num regime econômico de plena liberdade de concorrência. Isso para que ele surtisse os principais efeitos que do mesmo se esperavam: evitar crises no abastecimento e forçar, *pelas leis do mercado*, a diminuição de preços do álcool e dos demais combustíveis veiculares.

Mas o que efetivamente aconteceu?

Simplesmente e mesmo na vigência de uma ordem constitucional não autoritária, inaugurada em 5 de outubro de 1988 com a chamada ´Constituição Cidadã´, o assunto em questão continuou a sofrer, como bem o demonstram os autores, a dura interferência estatal por meio das insólitas resoluções da entidade sucessora do Departamento Nacional de Combustíveis - DNC, este por sua vez sucessor do Conselho Nacional do Petróleo - CNP, órgão que no regime militar exercia o controle do Proálcool. Refiro-me às resoluções da Agência Nacional do Petróleo,[2] de números 43/2009 e 41/2013, esta em seu art. 14, I, e aquela em seus arts. 2.º, VI e 6.º, *verbis*:

´Art. 14. O revendedor varejista de combustíveis automotivos somente poderá adquirir:

I - combustíveis automotivos a granel e querosene iluminante a granel ou envasado de distribuidor de combustíveis autorizado pela ANP, observado o art. 25 desta Resolução´.

´Art. 2º Para os fins desta Resolução, adotam-se as seguintes definições:

.....

VI - fornecedor de etanol combustível: i) produtor de etanol com unidade fabril instalada no território nacional, ii) cooperativa de produtores de etanol, iii) empresa comercializadora de etanol, iv) agente operador de etanol, ou v) importador de etanol, **não podendo, em nenhum dos casos, exercer as atividades de distribuição** ou revenda varejista de combustíveis líquidos." (Grifos não são do original.)´

´Art. 6º O fornecedor somente poderá comercializar etanol combustível com:

I - outro fornecedor cadastrado na ANP;

II - distribuidor autorizado pela ANP; e

III - mercado externo.

Parágrafo único. O etanol comercializado somente adquirirá a denominação combustível se atender à especificação estabelecida pela ANP, inclusive quanto à adição de corante no caso do etanol anidro, e se tal finalidade for indicada no respectivo documento fiscal.´

Como se vê das normas supratranscritas, máxime da expressão negritada, as usinas substituídas processualmente pelos autores estão proibidas de comercializar o álcool hidratado por elas produzido diretamente com os postos revendedores ainda que próximos geograficamente das mesmas. Somente as distribuidoras de combustíveis poderão fazê-lo e, mesmo assim, o posto revendedor apenas pode comprar o etanol da distribuidora cuja bandeira ou marca comercial estiver exibindo (art. 25, § 2.º, II, da resolução 41/2013 da ANP). Ora, estabelecida assim inegavelmente uma reserva de mercado em favor das distribuidoras, é evidente que os objetivos do programa de instituição do etanol restam seriamente comprometidos, inclusive o de baixar progressivamente o preço desse biocombustível bem como o da própria gasolina em face da qual deveria gozar de maior competitividade. A gravidade desse quadro se percebe mais nitidamente em situações de desabastecimento, como a que ocorreu há poucos dias no movimento paredista dos caminhoneiros, eis que sem o transporte do etanol das unidades produtoras até as distribuidoras os postos revendedores ficaram sem esse combustível, causando assim grandes prejuízos à população de um modo geral (suspensão de aulas de estabelecimentos de ensino, redução no atendimento de hospitais por falta de pessoal que não teve como se locomover para ir trabalhar e assim por diante). E mesmo com o final dessa paralisação, as consequências maléficas não foram totalmente removidas, pois o preço do combustível ficou mais caro de uma maneira geral.

Soa estranho e, por que não dizer, inexplicável que a ANP assim proceda quando na própria lei que invoca - a de número 9.478/97, conhecida como ´Lei do Petróleo´ - para dar sustentação às normas retromencionadas está dito com todas as letras que um dos objetivos da política energética nacional é ´promover a livre concorrência´ (art. 1.º, inciso IX, da citada lei). Como haverá então livre concorrência se o preço acaba sendo ditado pelas distribuidoras, pelas quais o etanol tem necessariamente de passar por mais distantes que sejam dos postos revendedores? Sim, porque não há como ignorar o verdadeiro cartel formado pelas mais poderosas distribuidoras de combustíveis. Disso dá notícia a mídia, de que é exemplo a seguinte reportagem da Revista Istoé, datada de 31/05/2018 e que a seguir reproduzo:

´O cartel que joga contra o País

Por trás dos exorbitantes preços dos combustíveis há um conluio entre as três maiores distribuidoras, donas de 70% do mercado, que impede o alívio no bolso do consumidor. Agora, a Agência Nacional do Petróleo tem a oportunidade histórica de acabar com a farra.

A greve dos caminhoneiros mudou a rotina do brasileiro nas últimas semanas, que passou boa parte do dia em fila, com galão na mão à procura de algum posto para lhe vender uns míseros litros de gasolina. O governo, por sua vez, para convencer a categoria a retornar o trabalho, ofereceu descontos generosos na forma de tributação sobre o óleo diesel e, até mesmo, na isenção total de impostos que incidem sobre o produto. Mas as medidas para conter a alta do preço do combustível serão inócuas se não for atacado um problema que corre a céu aberto e à vista da fiscalização: o cartel composto pelas três grandes distribuidoras que dominam o mercado. São elas, a BR Distribuidora, a Raízen/Shell e a Ipiranga. Enquanto elas ditarem o valor cobrado pelo litro que irriga as bombas dos postos, tão cedo o consumidor não sentirá um alívio no bolso. A questão é como mudar essa lógica deletéria se a própria Agência Nacional do Petróleo (ANP), em determinados momentos, tem transigido com o conluio que deu carta branca para as três bandeiras operarem ao sabor de suas conveniências.´[3]

Na verdade, o que está ocorrendo na matéria *sub judice* é um desvirtuamento das atribuições da ANP, um genuíno desvio de finalidade da atividade regulatória que a ela compete. Ao invés de editar normas regulamentares que impeçam a formação de cartéis na atividade em questão, a referida entidade lamentavelmente os fomenta. Muito oportuno afigura-se a esse respeito o comentário do constitucionalista José Afonso da Silva, tendo em vista o princípio da livre concorrência previsto no art. 170, IV, da CF:

´A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que *a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros* (art. 173, § 4.º).

Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso.´[4]

Por contrariar o princípio constitucional da livre concorrência, repetido na própria lei que a criou (lei n.º 9.478/97, art. 1.º, IX), a ANP, ao editar as normas infralegais aqui hostilizadas, incidiu em desvio de finalidade, o que autoriza o controle jurisdicional da sua atividade regulatória nesse particular, apesar de discricionária, pois discricionariedade não se confunde com arbítrio, com um agir fora dos limites da Constituição e da lei. A circunstância de ser discricionário não torna o ato livre do controle judicial consoante a lição sempre atual de Celso Antônio Bandeira de Mello:

´Nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discrição, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeço existe a tal proceder, pois é meio - e, de resto, fundamental - pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito.´[5]

E no tocante às atividades sujeitas à fiscalização das agências regulatórias o controle jurisdicional se fará exatamente para aferir se o exercício da atividade de regulação não está desbordando dos imperativos legais haja vista ser inconcebível tal exercício com ferimento aos direitos individuais, ainda que a pretexto de regulamentar a lei de regência. Neste sentido a doutrina administrativista mais autorizada:

´O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais,

impondo deveres, obrigações, penalidades ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do artigo 5º, inciso II, da Constituição. Não se pode deixar de lembrar que a proteção dos direitos individuais frente ao Estado constitui a própria razão de ser da construção do princípio da legalidade, sem o qual não existe Estado de Direito.´[6]

Portanto e sem obviamente firmar qualquer comprometimento com o julgamento definitivo da demanda, entendo assistir razão aos autores neste exame preambular de seu pleito. A probabilidade do direito ou *fumus boni juris* faz-se presente no meu sentir, pois as normas infralegais ora vergastadas não têm fundamento nem na Constituição Federal nem muito menos na lei. Pelo contrario, com elas colidem na medida em que estão na contramão do princípio da livre concorrência, previsto em ambas (CF, art. 170, IV e lei n.º 9.478/97, art. 1.º, IX). Ocorrem assim a um só tempo ilegalidade e inconstitucionalidade material.

Mas também vislumbro naquelas pretensas normas regulamentares - que de regulamentares nada têm, inovando no ordenamento jurídico! - a inconstitucionalidade formal porquanto vedam condutas a particulares - os produtores de etanol - sem terem sido aprovadas sob a forma de lei e pelo Poder competente para tanto, no caso o Poder Legislativo, tal como o exigem claramente o art. 5.º, II, bem como o parágrafo único, *in fine*, do art. 170, ambos da Lei Fundamental. E mesmo no caso em que se revestissem essas proibições de forma legal, dificilmente escapariam da primeira inconstitucionalidade apontada, a de índole material, por saltar aos olhos a irrazoabilidade da proibição da venda direta do etanol hidratado aos postos de combustíveis. Indaga-se: qual é a lógica de se obrigar que esse combustível dê ´voltas´ e ´voltas´ para chegar ao seu último local de venda ao consumidor, no caso o posto em que abastece o seu veículo? Que mal a venda direta poderá causar ao setor de combustíveis? Em que afetará a sua fiscalização sob o encargo dos agentes da ANP? De idêntico modo e com idêntico rigor com que hoje se fiscalizam as distribuidoras podem ser fiscalizados os produtores e os postos de revenda.

A postura irrazoável da ANP, ao editar as malsinadas normas, evidencia igualmente maus tratos ao princípio da proporcionalidade. Não se olvide que ambos os princípios, razoabilidade e proporcionalidade, impõem-se no exercício da atividade administrativa, inclusive por expressa determinação legal (lei n.º 9.784/99, art. 2.º). Ao erigir aquelas normas, a autarquia ré criou imposições exageradas, as quais nenhum benefício trazem aos administrados, ao inverso geram muitos prejuízos, principalmente para o consumidor, que poderia comprar um etanol mais barato se não existisse a intermediação das distribuidoras. E a defesa do consumidor é também um mandamento constitucional na ordem econômica (CF, art. 170, V).

Por aqui já se nota a presença do segundo pressuposto exigido pelo art. 300 do digesto processual para o deferimento da tutela de urgência de caráter antecipado, qual seja o perigo de dano ou *periculum in mora*. É manifesta a elevação progressiva nos preços dos combustíveis, inclusive do etanol. Transportá-lo várias vezes, saindo do próprio Estado em q ue foi produzido para depois retornar - que é o que ocorre hoje devido à intermediação das distribuidoras - e por fim chegar ao posto revendedor custa bem mais caro do que enviá-lo diretamente ao local de revenda ao público. E quem paga essa conta ao final, como sempre, é o consumidor.

Contudo também os substituídos processuais suportam prejuízos na modalidade de ´lucros cessantes´, pois deixam de ganhar um pouco mais se a ANP lhes permitisse vender diretamente aos postos, eis que então não haveria o controle de preços ditado pelas distribuidoras e sem a intermediação das mesmas, com um agente econômico a menos na cadeia de circulação da mercadoria, é óbvio que uma parte da ´fatia´ do lucro que hoje é das distribuidoras seria das usinas produtoras enquanto o restante do acréscimo não existiria, dada a significativa redução dos custos de transporte do combustível, o qual assim chegaria ao

consumidor num preço final menor. Esse ganho a mais das usinas seria fundamental para ajudar a tirar o setor sucroalcooleiro da crise em que se encontra conforme noticiado frequentemente nos meios de comunicação (neste sentido os documentos acostados sob os identificadores 4058300.5578970, 4058300.5578987 e 4058300.5578997). Setor econômico que, diga-se de passagem, emprega tantas pessoas.

Como não se sabe quando estará a presente lide definitivamente julgada, máxime em se cuidando de ação ordinária, procedimento em que o contraditório é o mais amplo possível, urge remover o perigo do dano, que pode resultar no desmonte de mais unidades produtoras. Daí a necessidade de antecipar o provimento jurisdicional.

Por derradeiro, corrobora a relevância dos fundamentos desta demanda a postura recente do Senado, o qual em 19 do corrente mês aprovou, por folgada maioria, o PDS 61 - Projeto de Decreto Legislativo - que suspende, exatamente como pretendem os autores deste feito, o art. 6.º da resolução 43/09 da ANP, permitindo às usinas vender o etanol hidratado diretamente aos postos revendedores de combustíveis. O referido PDS foi enviado à Câmara dos Deputados, estando no aguardo da deliberação daquela Casa Legislativa.[7] Esse fato é sintomático por estar a questão sendo tratada, a nível legislativo, por meio de projeto de decreto legislativo e não de lei, o que significa dizer que pretendendo aplicar o art. 49, V, da CF a Câmara Alta de nosso Parlamento reconhece que não se está diante de opção constitucional do Poder Executivo regulamentador e sim perante uma exorbitância desse mesmo Poder, a qual reclama ser imediatamente coarctada."

Mantenho este entendimento, pois nenhum dos documentos juntados aos autos pelas rés trouxe qualquer argumento novo, apto a alterar a convicção deste julgador. Ao inverso, os documentos acostados pelos autores cada vez mais corroboram a razoabilidade da pretensão autoral. Assim, *v.g.*, a notícia divulgada na mídia, sob o Id. 4058300.6035311, a respeito de discussão recente do tema no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, tendo este sido favorável à venda direta do etanol das usinas e destilarias aos postos de combustível. O documento sob o Id. 4058300.6035347, por sua vez, comprova a alegação de reserva de mercado em favor das distribuidoras, pois noticia retaliações às usinas e destilarias no sentido de ameaça de não mais com elas negociarem as distribuidoras caso venha ao final a prevalecer a tese aqui defendida. E não se afigura concebível que em País cuja Carta Política expressamente consagra a livre concorrência como um dos pilares de sua ordem econômica (CF, art. 170, IV) possa haver reserva de mercado e que a entidade pública que deveria zelar pelo cumprimento da liberdade de preços no setor de combustíveis - a ANP - estimule, com a edição de normas administrativas restritivas, tal situação abusiva.

III - Dispositivo

ISTO POSTO, confirmando a tutela de urgência outrora concedida, JULGO PROCEDENTE o pedido para condenar as rés a, sob as penas da desobediência de seus prepostos, ABSTEREM-SE de aplicar às unidades produtoras de etanol hidratado dos Estados de Pernambuco, Alagoas e Sergipe as normas dos arts. 2.º, VI e 6.º da resolução 43/09 e ainda o art. 14 da resolução 41/13, todas editadas pela segunda ré, ficando assim as referidas usinas e destilarias AUTORIZADAS a vender o mencionado combustível diretamente aos postos revendedores, devendo ainda as demandadas se ABSTER de aplicar às unidades produtoras e aos postos revendedores de combustível que com elas negociarem qualquer espécie de sanção

em decorrência das vendas que vierem a ser contratadas bem como ainda se ABSTER da prática de qualquer conduta que possa obstacular tais operações.

CONDENO as rés, *pro rata*, tanto ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos patronos dos autores, arbitrando-os em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, quanto à restituição das custas antecipadas, devidamente atualizadas desde o seu recolhimento.

Comunique-se o teor desta sentença ao Exmo. Sr. Desembargador Federal relator dos agravos de instrumento números 0811641-43.2018.4.05.0000, 0811646-65.2018.4.05.0000 e 0811914-22.2018.4.05.0000.

Sentença não sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório em razão do valor atribuído à causa e à impossibilidade de se aferir proveito econômico líquido e certo (CPC, art. 496, § 3.º, I).

P. R. I.

Processo: **0808280-47.2018.4.05.8300**
Assinado eletronicamente por:
Edvaldo Batista da Silva Júnior - Magistrado
Data e hora da assinatura: 24/10/2018 10:49:30
Identificador: 4058300.6469628

18102410493043900000006488663

Para conferência da autenticidade do documento:

https://pje.jfpe.jus.br/pje/Processo
/ConsultaDocumento/listView.seam