

48939.000387.2008-02

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA
Secretaria de Petróleo, Gás Natural e Combustíveis Renováveis
Esplanada dos Ministérios, Bloco "U", 9º andar, Sala 952
CEP: 70.065-900 - Brasília - DF
Telefones: (61) 3319-5511

Ofício nº 282/SPG/MME

Brasília, 14 de outubro de 2008.

A Sua Senhoria o Senhor

NILO SÉRGIO DE MELO DINIZ

Diretor

Departamento de Apoio ao Conselho Nacional do Meio Ambiente – DCONAMA

Ministério do Meio Ambiente

SEPN 505, Lote 2, Bloco B, Ed. Marie Prendi Cruz, 1º andar - Asa Norte

70730-542 – Brasília/DF

Assunto: Encaminhamento de Parecer da Consultoria Jurídica do MME acerca da proposta de resolução que trata da implementação da Fase P7 do Proconve.

Prezado Senhor,

O Ministério de Minas e Energia, por meio de seu representante junto ao Conselho Nacional de Meio Ambiente - Conama, vem, por meio desta, encaminhar a Nota CONJUR/MME nº 05/2008, de 13 de outubro de 2008, que analisa a Proposta de Resolução do Conama a qual implanta a Fase P7 do Programa de Poluição do Ar por Veículos Automotores – Proconve para veículos pesados novos.

2. Na referida Nota, são analisados os arts. 4º, 5º, 6º 7º e 8º da Proposta de Resolução aprovada na 45ª Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos.

3. Dessa forma, solicito a V.Sa. disponibilizar a referida Nota para todos os membros desse Conselho, com a maior brevidade possível, haja vista a proximidade da 52ª Reunião Extraordinária do Conama, confirmada para 30 de outubro próximo, em Brasília.

Atenciosamente,



JOSE BOTELHO NETO

Representante do Ministério de Minas e Energia no Conama



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA
CONSULTORIA JURÍDICA



NOTA CONJUR/MME Nº 205 /2008.

Referência: Doc n.º 48939.000387/2008-1

Interessada: Secretaria de Petróleo, Gás Natural e Combustíveis Renováveis do MME.

Assunto: Análise da proposta de Resolução do CONAMA que implanta a fase P7 do Programa de Controle da Poluição do Ar por Veículos Automotores – PROCONVE para veículos pesados novos.

Ementa: Contrariedade entre disposições da proposta de Resolução e de leis federais, como a Lei nº 9.478/97. Inadmissibilidade. Usurpação de competências da ANP.

Por meio do Memorando n.º 439/2008/SPG-MME, foi solicitada deste Órgão de Execução da Advocacia-Geral da União análise e manifestação a respeito da proposta de Resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, que dispõe acerca da nova fase (P7) de exigência do Programa de Controle da Poluição do Ar por Veículos Automotores – PROCONVE para veículos pesados novos (caminhões e ônibus) e dá outras providências, especialmente sobre os arts. 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da refira proposta.

2. A Secretaria de Petróleo, Gás Natural e Combustíveis Renováveis, na Nota Técnica DCDP nº 52/2008, anexada ao Memorando supra, ao apreciar a minuta de Resolução, assim se manifestou:

“...Entendemos que a versão aprovada pela CTAJ invade a competência da ANP, atribuída pela Lei 9.478/97, ao especificar, por meio de parâmetros e limites constantes do ANEXO II, o óleo diesel de referência (padrão de ensaio) e o comercial.

Pelo exposto, torna-se imprescindível resguardar tal competência da ANP, tendo em vista que cabe, única e exclusivamente, a esta autarquia elaborar as especificações técnicas dos combustíveis de referência e comercial. Para tanto, estabelece critérios operacionais e técnicos necessários à adequação do produto ao mercado nacional, tanto do ponto de vista do produtor do combustível quanto do fabricante do motor e do veículo...”

3. Por sua vez, no que concerne à possibilidade jurídica de o Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA estatuir normas de controle da poluição emanada dos veículos automotores, com o escopo de conservar e preservar a qualidade do meio ambiente, a Lei de nº 6.938/81, é clara quando enuncia que:

Art. 6º Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

(...)

II - órgão consultivo e deliberativo: o **Conselho Nacional do Meio Ambiente** (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, **no âmbito de sua competência**, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida; (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990)

(...)

Art. 8º Compete ao CONAMA: (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990)

(...)



VI - estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes;

VII - estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos. (grifos nossos)

4. Os dispositivos legais acima transcritos conferem ao CONAMA a possibilidade de instituir normas, padrões e critérios destinados a controlar a emissão de substâncias poluentes por veículos automotores, tendo em vista a tutela ambiental, desde que, ao assim proceder, não invada a esfera de atribuições de outro ente do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

5. No dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello¹, *“uma vez que a atividade administrativa é infralegal, submissa à lei e preordenada à satisfação de seus comandos, as competências administrativas nada mais podem ser senão feixes de atribuições concebidos para proporcionar a realização in concreto dos desideratos legais, cujo atendimento propõe-se para órgãos e agentes administrativos – repita-se e enfatize-se – como uma imposição à qual, de direito, não podem se esquivar. Segue-se que os poderes nela contidos, por definição, ficarão delimitados pelo necessário e suficiente ao cumprimento do escopo normativo, jamais podendo excedê-los.”*

6. Não pode, pois, o CONAMA, supostamente à guisa de promover a tutela do meio ambiente, impor qualquer sorte de restrição ao exercício de competências que a Lei – veículo normativo ao qual todos os órgãos têm o poder-dever de obediência – atribuiu a outro órgão.

7. Mesmo a disposição de critérios indicativos para o exercício da competência de outro órgão é função que tão-somente caberia à Lei, não podendo eventual Resolução do CONAMA fixar qualquer orientação em sentido diverso.

¹ In Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 18ª Edição, p. 133.



Conforme nos lembra Marçal Justen Filho², “a ausência de exercício de uma competência não importa sua transferência para outrem, a não ser quando a lei assim o determinar. A lei pode estabelecer regras específicas no tocante à competência, limitando o modo de atuação do agente ou condicionando sua atuação a certos eventos.”

8. Como visto, somente a Lei em sentido estrito poderá delimitar os contornos do exercício das competências legalmente estabelecidas. Qualquer tentativa de se criar, por parte do CONAMA, parâmetros de enquadramento da atuação de outros órgãos cuja competência foi bem delineada por Lei, configura usurpação de competência e invasão administrativa em esfera reservada de Lei. Como consequência haverá manifesto déficit de licitude do ato normativo a ser editado, em razão da violação à separação dos poderes, por faltar legitimidade ao CONAMA, ou qualquer outro órgão, senão ao Poder Legislativo, para tratar do assunto.

9. Com efeito, no presente caso, ao conferir competências a entes diversos daqueles a que a lei atribuiu, o CONAMA termina usurpando função normativa privativa do Poder Legislativo Federal. É o que se percebe do disposto nos artigos 4º, 5º e 6º da minuta de Resolução que nos foi apresentada:

Art. 4º As características indicativas do óleo diesel padrão de ensaios de emissão, para fins de desenvolvimento e homologação, necessárias ao atendimento dos limites estabelecidos nesta Resolução, constam do Anexo II.

Art. 5º À Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP caberá especificar o óleo diesel padrão de ensaio de emissão de acordo com as características do Anexo II desta Resolução, em prazo compatível com o cumprimento do disposto no caput do art. 7º da Lei nº 8.723/1993.

Art. 6º As características indicativas do óleo Diesel comercial, para fins de distribuição e consumo, necessárias ao atendimento dos limites estabelecidos nesta resolução, constam do seu Anexo II.

² In Curso de Direito Administrativo, Editora Saraiva, p.196



10. Ora, quando o CONAMA preceitua, nos arts. 4º, 5º e 6º, que as características indicativas do óleo diesel padrão de ensaios de emissão, necessárias ao atendimento dos limites impostos pela Resolução, correspondem àquelas estabelecidas pelo Anexo II, está regulando matéria já disciplinada por lei e, conseqüentemente, apropriando-se da competência que a Lei nº 9.478/97 conferiu à Agencia Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP. É que esta lei, no art. 8º, expressamente atribui à agência o poder-dever de “XVIII - **especificar a qualidade dos derivados de petróleo, gás natural e seus derivados e dos biocombustíveis**” e “XV- regular e autorizar as atividades relacionadas ao abastecimento nacional de combustíveis...”.

11. A situação é daquelas em que o simples cotejo entre a competência que a Lei atribuiu ao CONAMA e àquelas estabelecidas para a ANP já é suficiente para a delimitação clara do âmbito de atuação de cada órgão. Não pode o CONAMA ampliar o seu espaço de atuação e submeter a ANP a qualquer tipo de interferência externa, violando-se, inclusive, a autonomia reforçada de que goza a agência reguladora.

12. Ao assim proceder, está o CONAMA – ente ao qual a ANP sequer está vinculada - ferindo a independência que caracteriza as agências reguladoras. Como se sabe, nem o Ministério de Minas e Energia poderia impor parâmetros para a agência cumprir a sua missão institucional, no exercício de sua discricionariedade técnica.

13. A respeito das agencias reguladoras, vale à pena lembrar que a independência destes entes em face da Administração Direta constitui um de seus traços mais marcantes. São, inclusive, nesse sentido, as lições de Alexandre Santos de Aragão, a saber:

Sendo assim, partindo dos elementos do termo utilizado - ‘agência’, ‘reguladora’ e independente - podemos afirmar que o grande divisor de águas em relação a uma série de entidades há muito existentes é a ‘**independência**’, outrora já acolhida pelo Legislador, mas rechaçada pela Jurisprudência. Por outro lado, também não é suficiente que a





entidade tenha tal **'independência'** (=autonomia reforçada) , sendo necessário também que possua competência reguladoras. Só a conjunção destas **duas características caracteriza uma entidade como agência reguladora independente.** ³

Em nosso Direito todas as agências reguladoras foram qualificadas institucionalmente por suas respectivas leis instituidoras **como 'autarquias especiais'**. O objeto precípua do presente item é verificar o que isso significa, tanto de forma geral, como especificamente em relação às agências reguladoras. ⁴

Como se pode inferir do que já foi exposto, e ainda será corroborado ao tratarmos da sua autonomia (Item 10.1 e Capítulo XI), **as agências reguladoras são autarquias de regime especial tanto formal** (as respectivas leis instituidoras as denominam como tal) **como material** (são asseguradas diversas prerrogativas que aumentam consideravelmente a sua autonomia em comparação com as demais autarquias, em especial a vedação de exoneração *ad nutum* dos membros do colegiado dirigente, nomeados por prazo determinado).⁵ (negritos e grifos nossos)

14. Essa independência - que Alexandre Santos de Aragão denomina de **autonomia reforçada** - impede a Administração Pública Central e, conseqüentemente, o CONAMA de simplesmente impor a forma com que a agência irá cumprir competências privativas, regulamentares e discricionárias atribuídas por lei.

15. Neste sentido, bem pontua Alexandre Santos de Aragão⁶, ao afirmar que *"fixada a legitimidade da atribuição de competência normativa às agências reguladoras, dotadas de autonomia reforçada - descentralização material, independência -, a ingerência da Administração Pública central neste campo normativo consistirá em violação da respectiva norma legal atributiva de competência."*

³ Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 264-265.

⁴ Ob. Cit., p. 271.

⁵ Ob. Cit., p. 274.

⁶ Ob. Cit., p.429.





16. Tal entendimento é compartilhado por Marçal Justen Filho⁷, que define a agência reguladora independente como “*uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegure sua **autonomia** em face da Administração direta e investida na competência para a regulação setorial.*”

17. Assim, apesar de ainda sujeita à chamada *tutela ministerial* - destinada a conformar a atuação da ANP aos fins para os quais foi criada e aos princípios da política energética nacional - **decorre da independência da agência reguladora a impossibilidade de intervenção da Administração Direta no espaço de discricionariedade técnica que a lei lhe reservou**, seja pelo Ministério de Minas e Energia, seja pelo CONAMA.

18. Por essa razão, entendemos não poder ser estabelecido, na proposta de Resolução do CONAMA em exame, um critério ou parâmetro para a ANP especificar o óleo diesel padrão de ensaio, por ferir a sua autonomia e discricionariedade técnica.

19. Como visto, a Lei do Petróleo é de uma clareza solar, quando reconhece à ANP o poder de regular as atividades relacionadas ao abastecimento nacional de combustíveis, de especificar a qualidade dos derivados de petróleo e de exercer as atribuições do antigo Departamento Nacional de Combustíveis – DNC atreladas às atividades de **distribuição** e revenda de derivados de petróleo. Tudo isso segundo as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Política Energética.

20. Essa incoerência, por si só, justifica a exclusão desses artigos do texto da proposta de Resolução. Na absurda hipótese de sua manutenção e aprovação, ocorrerá uma colisão entre um dispositivo infralegal (resolução) e diversos comandos legais, devendo prevalecer estes últimos, ante a hierarquia que existe entre as normas de nosso Ordenamento Jurídico.

⁷ 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 475 e ss.



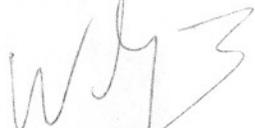
21. Assim sendo, percebe-se que toda disposição da proposta de Resolução do CONAMA que for de encontro a preceitos legais vigentes já nascerá com a sua validade comprometida.

22. Por fim, quanto aos arts. 7º e 8º da proposta em questão, maiores considerações não merecem ser tecidas, na medida em que nada mais fazem senão repetir atribuições já conferidas por lei à ANP.

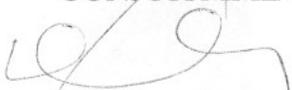
20. Essas são as considerações que entendemos que devem ser levadas ao CONAMA ou a quaisquer outros foros em que o tema ora analisado eventualmente venha a ser discutido.

À Superior Consideração.

Brasília, 26 de setembro de 2008.


WALTER BAERE DE ARAUJO FILHO

CONJUR/MME


DANIELA FERREIRA MARQUES

Advogada da União

De acordo. Encaminhe-se à Secretaria de Petróleo, Gás Natural e Combustíveis Renováveis do Ministério de Minas e Energia.

Brasília, 13 de OUTUBRO de 2008.


MAURO HENRIQUE MOREIRA SOUSA

Advogado da União

Consultor Jurídico