

08/08/2017

SEGUNDA TURMA

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.046.163  
DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**AGTE.(S)** : SUPERGASBRAS ENERGIA LTDA  
**ADV.(A/S)** : CARLOS EDUARDO FONTOURA DOS SANTOS  
JACINTO  
**AGDO.(A/S)** : AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS  
NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

### **EMENTA**

**Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Constitucional. Auto de infração. Base legal. Decreto-Lei nº 395/1938. Recepção pela Constituição Federal de 1988. Precedentes.**

1. A jurisprudência da Corte é no sentido de que o Decreto-Lei nº 395/1938 foi recepcionado pela ordem constitucional vigente como lei ordinária.

2. Agravo regimental não provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual de 30/6 a 7/8/2017, na conformidade da ata do julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 8 de agosto de 2017.

MINISTRO DIAS TOFFOLI  
Relator

08/08/2017

SEGUNDA TURMA

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.046.163**  
**DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**AGTE.(S)** : SUPERGASBRAS ENERGIA LTDA  
**ADV.(A/S)** : CARLOS EDUARDO FONTOURA DOS SANTOS  
JACINTO  
**AGDO.(A/S)** : AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS  
NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

### **RELATÓRIO**

#### **O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Supergasbras Energia Ltda. interpõe tempestivo agravo regimental (19/6/17) contra a decisão em que neguei seguimento ao recurso, com a seguinte fundamentação:

“Vistos.

Trata-se de agravo da decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

‘APELAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA (ART. 475, § 2º DO CPC). ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA REGULADORA. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO PELO ANTIGO DEPARTAMENTO NACIONAL DE COMBUSTÍVEL - DNC. PORTARIA MINFRA 843/90. AUSÊNCIA DE BASE LEGAL. CONDUTA PREVISTA EXCLUSIVAMENTE EM LEGISLAÇÃO INFRALEGAL. ILEGALIDADE DO ATO. VERBA HONORÁRIA.

1. Considerando que, a toda evidência, o valor da condenação não ultrapassa o limite de 60 (sessenta) salários mínimos, o não recebimento da remessa oficial é

**ARE 1046163 AGR / DF**

medida que se impõe, com fulcro no art. 475, § 2º, do CPC.

2. É entendimento há muito consolidado nessa Colenda Corte de que "Portarias não são instrumentos hábeis para imposição de multas, porquanto ferem o princípio constitucional da reserva de lei ao contemplarem penalidades. A definição de infrações e a cominação de sanções administrativas, após a vigência da Constituição de 1988, somente podem decorrer de lei em sentido formal." (AC 0055308-90.1999.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL ROBERTO CARVALHO VELOSO (CONV.), OITAVA TURMA, DJ p.141 de 14/12/2007).

3. Com relação ao valor da verba honorária, considerando o trabalho e o grau de zelo do patrono da causa, o lugar de prestação do serviço, a sua natureza e importância, além do tempo exigido para o seu serviço, alicerçando-se numa apreciação equitativa e razoável, ressaltando-se mais adequada a sua fixação na importância de R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

4. Remessa oficial não conhecida. Apelação da ANP a que se nega provimento e apelação da parte autora a que se dá provimento para fixar a verba honorária no montante de R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.'

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Alega a recorrente afronta aos artigos 5º, incisos II, XXXVI e XL, 170, 174, 177, § 2º, inciso III, e 238 da Constituição Federal.

Decido.

A irresignação merece prosperar, conforme bem decidido pela Ministra **Cármem Lúcia** na decisão proferida no RE nº 919.032/DF, caso similar ao presente, nesses termos:

**'DECISÃO**

**ARE 1046163 AGR / DF**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO.  
CONSTITUCIONAL. RECEPÇÃO DO DECRETO-LEI N.  
395/1938 PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE  
1988. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
PARCIALMENTE PROVIDO.

Relatório

1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, al. *a*, da Constituição da República contra o seguinte julgado da Quarta Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

*'AGRAVOS REGIMENTAIS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, CAPUT, DO CPC. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. AUTO DE INFRAÇÃO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA SEM RESPALDO EM LEI FORMAL. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. IMPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. Em obséquio ao princípio da reserva legal, não é dado à Administração Pública aplicar penalidades administrativas (multas) sem respaldo em lei formal. 2. Afigura-se manifestamente ilegal a conduta da ANP ao lavrar Auto de Infração e processo administrativo com base nas Portarias MINFRA 843/90, 395/82, 177/95, 195/96 e DNC 22/96, em momento anterior ao advento da Lei 9.847/99. 3. Precedentes do TRF da 1ª Região e do Superior Tribunal de Justiça. 4. Agravo regimental improvido' (fl. 212).*

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 217-220).

Contra essa decisão foram interpostos recursos especial e extraordinário (fls. 222-246).

2. A Recorrente alega ter o Tribunal de origem

**ARE 1046163 AGR / DF**

contrariado os arts. 5º, incs. II e XXXII, 170, 174, 177, § 2º, inc. III, e 238 da Constituição da República.

*Salienta que 'o art. 10 do Decreto-Lei n. 538/38 (recepção como lei ordinária) e art. 3º da Lei n. 2.004/53 atribuiu poderes ao Conselho Nacional de Petróleo, sucedido, na espécie, pela ANP, a disciplinar a comercialização de derivados de petróleo e aplicar as penalidades previstas no art. 14 do Decreto-Lei n. 538/38, incluídas multas' (fl. 245).*

*Sustenta que, 'apesar de a Administração Pública atuar com base em atos administrativos, no exercício do Poder de Polícia e restringindo direitos dos indivíduos em prol do bem comum, verifica-se claramente que não há como reconhecer a tese da violação do princípio da legalidade ou da reserva legal, tendo em vista que o ato administrativo foi praticado em conformidade com a lei, o mesmo ocorrendo na hipótese dos autos' (fl. 245).*

*Assevera 'que o Auto de Infração impugnado obedeceu estritamente ao princípio da legalidade, nos termos do art. 5º, II da Constituição Federal, bem como foi devidamente observada a competência da ANP, nos moldes dos arts. 170, 174 e 177, § 2º, III, também da Constituição Federal' (fl. 246) .*

**Requer**

*'o total provimento deste recurso extraordinário para que seja reformado o V. Acórdão guerreado, em virtude de manifesta afronta aos artigos 5º, II e XXXII, 170, 174, 177 e 238 da CF/88, julgando-se por consequência improcedente o pedido formulado na inicial, com a condenação da empresa recorrida nos ônus sucumbenciais' (fl. 246).*

**3.** Em 28.5.2015, o Presidente do Tribunal Regional Federal da Primeira Região inadmitiu o recurso especial interposto pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, ao fundamento de que *'a alegação de que os Decretos-Leis ns. 395/1938 e 538/1938 foram recepcionados pela CF/88 não comporta exame na instância especial, tendo em vista tratar-se de matéria de índole*

**ARE 1046163 AGR / DF**

*constitucional'* (fl. 273).

Essa decisão transitou em julgado em 29.7.2015 (fl. 278).

4. Em 6.11.2015, determinei vista ao Procurador-Geral da República, que, em 3.12.2015, opinou pelo provimento deste recurso extraordinário:

*'Recurso extraordinário. Anulação de auto de infração e de débito fiscal apurado em razão de infração a normas descritas em portarias ministeriais e do extinto DNC. O Decreto-lei 538/38, que prevê a cominação de multa para os estabelecimentos que afrontam disposições legais e regulamentares do setor de combustíveis, foi recepcionado com status de lei ordinária. Precedentes. Sanções que têm fundamento legal válido. Ofensa ao princípio da legalidade não caracterizada. Parecer pelo provimento do recurso'* (fl. 287).

Analisados os elementos havidos nos autos, **DECIDO.**

5. Razão jurídica assiste em parte à Recorrente.

6. O Tribunal Regional assentou que a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP não poderia autuar e aplicar multa à Recorrida com base em portarias, assentando não ser dado à Administração Pública aplicar multas sem lei formal anterior ao cometimento da infração:

*'A ANP, mediante razões deduzidas no agravo regimental respectivo, não logrou infirmar a decisão de fls. 198/200, cujos fundamentos foram assim delineados, verbis:*

*'De fato, a imposição de penalidade prevista apenas em Portaria Ministerial - e não expressamente em lei formal - implica ofensa direta ao art. 5º, II, da CF/88.*

Com efeito, irreparável o posicionamento

**ARE 1046163 AGR / DF**

adotado pela sentença no sentido de invalidar a imposição de pena pecuniária fundada nas Portarias 843/90, 395/82, 177/95 do Ministério da Fazenda e 22/96 do Departamento Nacional de Combustíveis (DNC).

A discussão, aliás, não enseja maiores indagações.

É que a hipótese sub examine versa unicamente sobre questão de direito que já se encontra pacificada por entendimento jurisprudencial do STJ e desta Corte.

*E, para pôr fim ao debate, trago à colação os arestos abaixo transcritos, verbis:*

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - CPC, ART. 535, II - VIOLAÇÃO NÃO OCORRIDA - IBAMA - IMPOSIÇÃO DE MULTA COM BASE EM INFRAÇÃO DESCRITA APENAS EM PORTARIA - IMPOSSIBILIDADE. 1.(...) 2. A jurisprudência firmada nesta Corte e no STF é no sentido de que o princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas do Estado. Precedentes.

3. Consoante já decidido pelo STF no julgamento da ADI-MC 1823/DF, é vedado ao IBAMA instituir sanções punitivas sem expressa autorização legal.

4. Diante dessas premissas e, ainda, do princípio da tipicidade, tem-se que é vedado à referida autarquia impor sanções por infrações ambientais prevista apenas na Portaria 44/93-N.

5. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1050381 / PA, Ministra Eliana Calmon, T2 - Segunda Turma, DJ de 26/02/2009)

ADMINISTRATIVO. ANP. INFRAÇÃO.

**ARE 1046163 AGR / DF**

APLICAÇÃO DE MULTA. PORTARIA N. 843/90. DNC/MINFRA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INSTITUIÇÃO EM SIMPLES PORTARIA. ANULAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. RAZOABILIDADE. 1. Minas Gás Distribuidora de Gás Combustível Ltda. foi autuada por comercializar GLP envasilhado em botijões de outras marcas com fundamento no art. 13 da Portaria DNC/MINFRA 843/90, no art. 24 do Decreto 1.021/93 e na Lei nº 7.487/66.

2. A atividade punitiva da Administração, fora dos casos de autotutela, é uma excepcionalidade (resquício do Estado absolutista) que deve ser reduzida ao mínimo indispensável e cercada de garantias eficazes aos direitos do cidadão.

3. Desatende ao princípio da legalidade a instituição de pena de multa administrativa por simples portaria.

(...)

7. Apelação da ANP a que se nega provimento. Apelação da autora parcialmente provida a fim de majorar para R\$ 1.000,00 (mil reais) os honorários advocatícios a serem pagos pela agência reguladora. (AC 2001.34.00.029932-9/DF, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, e-DJF1 p.542 de 16/03/2012)

ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP. AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA COM BASE NA PORTARIA DNC 27/96.

**ARE 1046163 AGR / DF**

ILEGALIDADE. 1. O auto de infração impugnado está fundamentado na Portaria DNC 27/96.

2. Portaria é instrumento normativo que não se presta à descrição de infrações administrativas e imposição de sanções, sob pena de maltrato ao princípio da legalidade. Precedentes.

3. Não provimento da apelação. (AC 2004.34.00.005767-1/DF, Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo, Quinta Turma Suplementar, DJ de 14/10/2011, p.784)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. DEPARTAMENTO NACIONAL DE COMBUSTÍVEIS. MULTA ADMINISTRATIVA. LEI 8.176/1991. SANÇÃO DE CARÁTER PENAL. PORTARIA MINFRA 843/1990. ILEGALIDADE. 1. A Lei 8.176/1991 descreve conduta definida como crime, do que decorre ter caráter penal e não administrativo, cuja aplicação é privativa ao Poder Judiciário.

2. A penalidade aplicada exclusivamente com base na Portaria MINFRA 843/1990 não pode prosperar, uma vez que a definição de infração e a cominação de penalidades somente podem decorrer de lei em sentido formal.

3. A Lei 9.847/1999 não legitimou as condutas descritas nas portarias editadas antes de sua publicação.

4. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (AC 0049741-85.2003.4.01.3800/MG, Rel. Desembargadora Federal Maria Do Carmo Cardoso, Conv. Juiz Federal Charles Renaud Frazao De Moraes (conv.), Oitava Turma, e-DJF1 p.210 de 16/07/2010)

**ARE 1046163 AGR / DF**

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP. IMPOSIÇÃO DE MULTA COM BASE NA PORTARIA N. 843/90. NECESSIDADE DE LEI EM SENTIDO FORMAL E MATERIAL. ILEGALIDADE. I - Sendo a multa administrativa fundada apenas em portaria resta insubsistente o auto de infração lavrado, bem como os atos administrativos dele decorrentes, por ofensa ao princípio da legalidade. Afigura-se, assim, correta a sentença que determinou a nulidade do auto de infração em referência.

II - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada. (REO 0032862-73.2002.4.01.3400/DF, Des. Federal Souza Prudente, Oitava Turma, DJF1 p.378 de 02/07/2010)'

*No afã de afastar qualquer dúvida acerca do thema decidendum, esclareço que somente com a edição de Medidas Provisórias que se converteram na Lei 9.847/99 é que o direito ora defendido pela ANP passou a ser resguardado pelo princípio da reserva legal.*

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANP. AUTO DE INFRAÇÃO. LEGALIDADE DA MULTA APLICADA PELA ANP. LEI N. 9.847/99. MP 1690-4, de 25.09.1998. 1. O Auto de Infração n. 64928 foi lavrado em 27/10/98, após a constatação pela fiscalização de existência de irregularidade consistente na transferência de combustíveis para posto revendedor, com base em notas fiscais, todas do início de outubro de 1998 (fls. 34/37).

**ARE 1046163 AGR / DF**

2. Na época da infração, vigia a Medida Provisória n. 1690-4, de 25.09.1998, convertida na Lei 9.847/1999, o que por si só já afasta o argumento de ofensa ao princípio da irretroatividade da lei e de ofensa ao princípio da reserva legal.

3. Remessa oficial provida para denegar a segurança. (REOMS 2007.34.00.039354-2/DF, Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, Juiz Federal Cleberson José Rocha (conv.), Oitava Turma, DJ de 18/09/2009, p. 679)

*Como o auto de infração que deu origem à multa por violação às normas que regem a comercialização e distribuição de gás GLP (Portarias ns. MINFRA 843/90, 395/82, 177/95, 195/96 e DNC 22/96 - fl. 26-v) foi lavrado em 01/02/1997, vale dizer, em momento anterior ao advento da Lei 9.847/99, há que se declarar a ilegalidade de sua imposição, por ofensa direta ao art. 5º, II, da CF/88. Ante todo exposto, JULGO IMPROVIDO o agravo da ANP' (fls. 208-210).*

Esse entendimento diverge da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de a Constituição da República ter recepcionado o Decreto-Lei n. 395/1938.

Confira-se trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República:

*'A tese deduzida no recurso extraordinário tem o abono da jurisprudência do Supremo Tribunal sobre o tema. A propósito:*

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. TRR. REGULAMENTAÇÃO DL 395/38. RECEPÇÃO. PORTARIA MINISTERIAL. VALIDADE. 1. O exercício de qualquer atividade econômica pressupõe o atendimento aos requisitos legais e às limitações impostas pela Administração no regular exercício de seu poder de polícia, principalmente

**ARE 1046163 AGR / DF**

quando se trata de distribuição de combustíveis, setor essencial para a economia moderna. 2. O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor.

2. O DL 395/38 foi editado em conformidade com o art. 180 da CF de 1937 e, na inexistência da lei prevista no art. 238 da Carta de 1988, apresentava-se como diploma plenamente válido para regular o setor de combustíveis. Precedentes: RE 252.913 e RE 229.440.

3. A Portaria 62/95 do Ministério de Minas e Energia, que limitou a atividade do transportador-revendedor-retalhista, foi legitimamente editada no exercício de atribuição conferida pelo DL 395/38 e não ofendeu o disposto no art. 170, parágrafo único, da Constituição.

4. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 349.686/PE, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 05.08.2005.

CONSTITUCIONAL. COMBUSTÍVEIS DERIVADOS DE PETRÓLEO E ÁLCOOL CARBURANTE. PRODUTOS VEDADOS AO TRANSPORTADOR-REVENDEDOR-RETALHISTA. PORTARIA N. 250/91 DO ANTIGO MINISTÉRIO DA INFRA-ESTRUTURA. ALEGADA OFENSA AO ART. 170, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO. Ato ministerial que se limita a explicitar os termos da Resolução n. 4, de 24.05.88, legitimamente editada pelo antigo Conselho Nacional de Petróleo, no exercício de atribuição que lhe fora conferida pelo DL n. 395, de 29.04.83, que limitou a atividade do transportador-revendedor-retalhista à entrega, a domicílio, de óleo diesel, óleos combustíveis e querosene iluminante a granel e cuja vigência somente superveniente lei, prevista nos arts.

**ARE 1046163 AGR / DF**

177, § 2º, II e 238, da Constituição, poderá afastar.

Inaplicabilidade, ao caso, da norma do art. 170, parágrafo único, da Carta da República. Conhecimento e provimento do recurso extraordinário da primeira recorrente para reformar o acórdão recorrido. Não-conhecimento do da segunda. (RE 229.440, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 5/11/1999).

*Relevante anotar, ademais, que, se o Decreto-Lei 538/38 foi recepcionado com status de lei ordinária pela ordem constitucional vigente, as sanções impostas ao recorrente, apesar de minudenciadas em portarias ministeriais e do DNC, contam com amparo legal. O Decreto-Lei, a propósito, prescreve, em seu art. 14:*

‘O Conselho Nacional do Petróleo fica autorizado a tomar todas as medidas que julgar necessárias para assegurar o fiel cumprimento das disposições contidas nas leis e regulamentos relativos à matéria, podendo proceder à apreensão de mercadorias e ao fechamento de estabelecimentos e instalações de qualquer gênero que se acharem em contravenção às ditas leis e regulamentos, bem como a impor multas até o máximo de 5.000 (cinco mil) vezes o valor atualizado das Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, vigente à época da aplicação da multa, sem prejuízo da ação penal que no caso couber’.

Como se vê, a cominação de multa para a infração de leis e regulamentos do setor, bem como as balizas para a sua aplicação, acham-se descritas em lei formal desde 1938. Não há se cogitar, portanto, de vulneração do princípio da legalidade.

Vale o registro de que a espécie se afeiçoa ao que decidido no RE 525.381/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 05.05.2011, no RE 391.372 AgR, Relatora a Min. Ellen Gracie, DJe 15/06/2011 e no RE 320.699, Relator

**ARE 1046163 AGR / DF**

o Min. Marco Aurélio, julgado em 13/04/2011, DJe 27/04/2011.

*O parecer é pelo provimento do extraordinário' (fls. 289-291).*

O parecer da Procuradoria-Geral da República harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal sobre a matéria. Confirmam-se, por exemplo, os julgados a seguir:

*'CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. TRR. REGULAMENTAÇÃO DL 395/38. RECEPÇÃO. PORTARIA MINISTERIAL. VALIDADE. 1. O exercício de qualquer atividade econômica pressupõe o atendimento aos requisitos legais e às limitações impostas pela Administração no regular exercício de seu poder de polícia, principalmente quando se trata de distribuição de combustíveis, setor essencial para a economia moderna. 2. O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. 2. O DL 395/38 foi editado em conformidade com o art. 180 da CF de 1937 e, na inexistência da lei prevista no art. 238 da Carta de 1988, apresentava-se como diploma plenamente válido para regular o setor de combustíveis. Precedentes: RE 252.913 e RE 229.440. 3. A Portaria 62/95 do Ministério de Minas e Energia, que limitou a atividade do transportador-revendedor-retalhista, foi legitimamente editada no exercício de atribuição conferida pelo DL 395/38 e não ofendeu o disposto no art. 170, parágrafo único, da Constituição. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido' (RE n. 349.686, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 5.8.2005).*

*'CONSTITUCIONAL. COMBUSTÍVEIS*

**ARE 1046163 AGR / DF**

*DERIVADOS DE PETRÓLEO E ÁLCOOL CARBURANTE. PRODUTOS VEDADOS AO TRANSPORTADOR-REVENDEDOR-RETALHISTA. PORTARIA Nº 250/91 DO ANTIGO MINISTÉRIO DA INFRA-ESTRUTURA. ALEGADA OFENSA AO ART. 170, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO. Ato ministerial que se limita a explicitar os termos da Resolução nº 4, de 24.05.88, legitimamente editada pelo antigo Conselho Nacional de Petróleo, no exercício de atribuição que lhe fora conferida pelo DL nº 395, de 29.04.83, que limitou a atividade do transportador-revendedor-retalhista à entrega, a domicílio, de óleo diesel, óleos combustíveis e querosene iluminante a granel e cuja vigência somente superveniente lei, prevista nos arts. 177, § 2º, II e 238, da Constituição, poderá afastar. Inaplicabilidade, ao caso, da norma do art. 170, parágrafo único, da Carta da República. Conhecimento e provimento do recurso extraordinário da primeira recorrente para reformar o acórdão recorrido. Não-conhecimento do da segunda' (RE n. 229.440, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 5.11.1999).*

O acórdão recorrido divergiu dessa orientação jurisprudencial.

7. A Recorrente requer 'o total provimento deste recurso extraordinário para que seja reformado o V. Acórdão guerreado, em virtude de manifesta afronta aos artigos 5º, II e XXXII, 170, 174, 177 e 238 da CF/88, julgando-se por consequência improcedente o pedido formulado na inicial, com a condenação da empresa recorrida nos ônus sucumbenciais' (fl. 246).

Este o teor dos pedidos apresentados pela Recorrida na petição inicial da ação anulatória de débito fiscal:

*'a) requer seja declarado nulo (insubsistente) o auto*

**ARE 1046163 AGR / DF**

*de infração (...) b) Superada a anterior, requer seja declarado nulo o auto de infração, bem como a multa imposta e respectiva inscrição no CADIN e na Dívida Ativa da União, por ilegitimidade passiva da autora para figurar no auto de infração (...) c) Superadas as demais, requer seja declarada prescrição do procedimento administrativo (...) d) seja citada a Agência Nacional do Petróleo para que, caso queira, conteste o presente pedido, no prazo legal (...) e) sem prejuízo dos pleitos anteriores sejam julgados procedentes in totum os pedidos deduzidos na presente ação anulatória de débito fiscal” (fls. 16-17).*

Apesar da divergência do acórdão recorrido com a orientação jurisprudencial deste Supremo Tribunal, não é possível prover o recurso extraordinário na forma requerida.

Afastado o fundamento do acórdão recorrido de a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP não poder autuar e aplicar multa à Recorrida com base em portarias, os autos devem retornar ao Tribunal de origem para apreciar as demais matérias veiculadas na apelação.

**8. Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que, observada a jurisprudência deste Supremo Tribunal sobre a matéria, decida como de direito (art. 932, inc. VIII, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)’.**

Essa orientação foi ratificada pela Segunda Turma desta Corte em acórdão assim ementado:

**‘AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. RECEPÇÃO DO DECRETO-LEI N. 395/1938 PELA**

**ARE 1046163 AGR / DF**

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. RECURSO QUE NÃO APRESENTA RAZÕES APTAS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. CONTRARRAZÕES APRESENTADAS. VERBA HONORÁRIA MAJORADA EM 1%, PERCENTUAL O QUAL SE SOMA AO FIXADO NA ORIGEM, OBEDECIDOS OS LIMITES DO ART. 85, § 2º, § 3º E § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015, COM A RESSALVA DE EVENTUAL CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO' (DJe de 26/9/16).

Ante o exposto, conheço do agravo e dou provimento ao recurso extraordinário para, nos termos da fundamentação, cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que, observada a jurisprudência deste Supremo Tribunal sobre a matéria, decida como de direito.”

Sustenta o ora agravante que: i) a tese suscitada no RE não encontraria respaldo na jurisprudência desta Corte; ii) o acórdão recorrido não teria violado nenhum dispositivo constitucional; iii) o Decreto 395/38 não teria sido objeto de debate nas instâncias inferiores, estando ausente o prequestionamento da matéria; e iv) a reforma do acórdão recorrido demandaria o reexame do conjunto fático-probatório da causa, bem como a análise da legislação infraconstitucional, o que seria vedado pelas Súmulas nºs 279 e 636/STF.

Aduz, **in verbis**, que

“(…) não há dúvida que a r. decisão ora agravada violou o inciso II do art. 5º da CF/88, bem como os princípios da legalidade e da reserva legal, ao passo que sugeriu a possibilidade da ANP, descrever infração e impor penalidades apenas com apoio em Portarias administrativas. Na verdade, a r. decisão vergastada ao aduzir que a tese deduzida no RE da ANP tem abono na jurisprudência do STF, acabou por

**ARE 1046163 AGR / DF**

privilegiar auto de infração onde a multa tem apoio no Decreto-lei 1.021/93 e o tipo infracionário descrito na Portaria 843/90 do MINFRA. Ou seja, em flagrante **violação ao princípio da legalidade e da** reserva legal e de forma diametralmente oposta ao julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.823-1/DF”.

Em atenção ao princípio da celeridade processual e por não verificar prejuízo para a parte agravada, deixo de abrir prazo para contrarrazões.  
É o relatório.

08/08/2017

SEGUNDA TURMA

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.046.163**  
**DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

O inconformismo não merece prosperar.

Anote-se, inicialmente, que não ocorre na espécie nenhum dos óbices suscitados pelo agravante, sendo certo que o provimento do recurso extraordinário fundamentou-se em orientação firmada nesta Suprema Corte.

Com efeito, consoante exposto na decisão agravada, a jurisprudência da Corte é no sentido de que o Decreto-Lei nº 395/1938 foi recepcionado como lei ordinária pela ordem constitucional vigente, o que afasta a premissa adotada pelo Tribunal de origem de que a agravada não poderia autuar e aplicar multa à ora agravante com base em portarias.

Nesse sentido, anatem-se os seguintes precedentes de ambas as Turmas desta Corte:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. RECEPÇÃO DO DECRETO-LEI N. 395/1938 PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. RECURSO QUE NÃO APRESENTA RAZÕES APTAS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. CONTRARRAZÕES APRESENTADAS. VERBA HONORÁRIA MAJORADA EM 1%, PERCENTUAL O QUAL SE SOMA AO FIXADO NA ORIGEM, OBEDECIDOS OS LIMITES DO ART. 85, § 2º, § 3º E § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015, COM A RESSALVA DE EVENTUAL CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE nº 919.032/DF-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, DJe de 26/9/16)

**ARE 1046163 AGR / DF**

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO. ATIVIDADE FISCALIZATÓRIA E REGULADORA DO MERCADO DE COMBUSTÍVEIS. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. RESTRIÇÕES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. O Supremo Tribunal Federal assentou que o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. Precedentes” (AI nº 636.883/RJ-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 1º/3/11)

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. TRR. REGULAMENTAÇÃO DL 395/38. RECEPÇÃO. PORTARIA MINISTERIAL. VALIDADE. 1. O exercício de qualquer atividade econômica pressupõe o atendimento aos requisitos legais e às limitações impostas pela Administração no regular exercício de seu poder de polícia, principalmente quando se trata de distribuição de combustíveis, setor essencial para a economia moderna. 2. O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. 2. O DL 395/38 foi editado em conformidade com o art. 180 da CF de 1937 e, na inexistência da lei prevista no art. 238 da Carta de 1988, apresentava-se como diploma plenamente válido para regular o setor de combustíveis. Precedentes: RE 252.913 e RE 229.440. 3. A Portaria 62/95 do Ministério de Minas e Energia, que limitou a atividade do transportador-revendedor-retalista, foi legitimamente editada no exercício de atribuição conferida pelo DL 395/38 e não ofendeu o disposto no art. 170, parágrafo único, da Constituição. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE nº 349.686/PE, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, Segunda Turma, DJ de 5/8/2005).

“CONSTITUCIONAL. COMBUSTÍVEIS DERIVADOS DE

**ARE 1046163 AGR / DF**

PETRÓLEO E ÁLCOOL CARBURANTE. PRODUTOS VEDADOS AO TRANSPORTADOR-REVENDEDOR-RETALHISTA. PORTARIA N. 250/91 DO ANTIGO MINISTÉRIO DA INFRA-ESTRUTURA. ALEGADA OFENSA AO ART. 170, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO. Ato ministerial que se limita a explicitar os termos da Resolução n. 4, de 24.05.88, legitimamente editada pelo antigo Conselho Nacional de Petróleo, no exercício de atribuição que lhe fora conferida pelo DL n. 395, de 29.04.83, que limitou a atividade do transportador-revendedor-retalhista à entrega, a domicílio, de óleo diesel, óleos combustíveis e querosene iluminante a granel e cuja vigência somente superveniente lei, prevista nos arts. 177, § 2º, II e 238, da Constituição, poderá afastar.

Inaplicabilidade, ao caso, da norma do art. 170, parágrafo único, da Carta da República. Conhecimento e provimento do recurso extraordinário da primeira recorrente para reformar o acórdão recorrido. Não-conhecimento do da segunda” (RE nº 229.440/RN, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ilmar Galvão**, DJ de 5/11/99).

Desse modo, correta a decisão agravada, na qual se deu provimento ao recurso extraordinário para se cassar o acórdão recorrido e se determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que, “observada a jurisprudência do Supremo Tribunal sobre a matéria, decida como de direito”.

Ante o exposto nego provimento ao agravo regimental.

**SEGUNDA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.046.163**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI**

AGTE.(S) : SUPERGASBRAS ENERGIA LTDA

ADV.(A/S) : CARLOS EDUARDO FONTOURA DOS SANTOS JACINTO (11099/DF)

AGDO.(A/S) : AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E  
BIOCOMBUSTIVEIS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

**Decisão:** A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. **2ª Turma**, Sessão Virtual de 30.6 a 7.8.2017.

Composição: Ministros Edson Fachin (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

Disponibilizou processo para esta sessão o Ministro Alexandre de Moraes, não tendo participado do julgamento desse feito o Ministro Edson Fachin por suceder, na Segunda Turma, o Ministro Teori Zavascki.

Ravena Siqueira  
Secretária