

CAMARA MUNICIPAL DE SAO PAULO
ASSESSORIA TECNICA DA MESA - A.T.N.
SISTEMA DE APOIO AO PROCESSO LEGISLATIVO

PROJETO DE LEI

: 01-1093/1997 DE 1997

MATERIA LEGISLATIVA: PL

01-1093/1997 DE 27/11/97

PROMOVENTE: VEREADOR

IVO MORGANTI

E M E N T A:

REVOGA O PARAGRAFO UNICO DO ARTIGO 10. DA LEI 12.497,
DISPÕE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO E PRAZO DE VALIDADE PA
RA BOTIJÕES DE GAS LIQUEFEITO DE PETROLEO NO MUN. DE
SÃO PAULO, E DA OUTRAS PROVIDÊNCIAS

O B S E R V A C O E S:

CNC Solutions
Tipo: Processo Legislativo
28/10/2010 12:04:40

00000015708-20



ARQUIVADO EM 03/04/2007

Viviane

CHEFE DE SESSAO
VIVIANE FERREIRA PO
Supervisora
SGP-33



265

Folha n.º 01 de 01
n.º 1093 de 1997
265

Câmara Municipal de São Paulo

Gabinete do Vereador Ivo Morganti

LIDO HOJE
ÀS COMISSÕES DE:
Constituição e Justiça
Política Urb. met. e m. A.
Trânsito, Transp. e Mto. Econ.
Finanças e Orçamento
PRESIDENTE

PROJETO DE LEI Nº

01 - PL
01-1093/1997

Revoga o parágrafo único do
artigo 1º da Lei nº 12.497.

A CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO decreta:

Art. 1º - Fica revogado o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 12.497.

Art. 2º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação revogadas as disposições em contrário.

Sala das Sessões 27 de novembro de 1997

IVO MORGANTI
VEREADOR

APROVADO EM 1ª. DISCUSSÃO
VOLTA À 2ª DISCUSSÃO
★ 04 DEZ 1997 ★
PRESIDENTE

SEÇÃO DE REVISÃO
★ 27 NOV 1997 ★
- DT. 10 -

REJEITADO
06 MAR 2007
PRESIDENTE

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

SEGUE(M) juntado(s) nesta decisão o(s) rubri-
cado(s) sob n.º 2 a 226 e formulário de informação sob
n.º 227 14/12/97 a 1 *Ed*



Folha n.º	02	de pros.
n.º	1093	de 19.97
elg		

Câmara Municipal de São Paulo

JUSTIFICATIVA

À Lei nº 12.497 de autoria do nobre vereador Aurélio Nomura, não obstante seus elevados propósitos, pecou por gerar situações de conflito, quer de natureza legal, quer de natureza comercial.

Ocorre que a competência para legislar sobre a referida matéria é exclusivamente da União.

Tanto assim, que o próprio autor indica, no artigo 2º da Lei ora invocada, os órgãos da esfera Federal responsáveis pela matéria.

Porém, o mais grave é o conflito gerado, em particular pelo parágrafo único do artigo 1º, aqui revogado.

Tal fato se deve à existência de portaria 843/90 do Ministério da Infra-estrutura que busca regulamentar a matéria e cuja constitucionalidade é discutida nos tribunais federais. Para melhor análise de meus pares, junto ao presente projeto cópias das ações a seguir elencadas:

Medida Cautelar

3ª Vara Federal - Seção Judiciária de São Paulo

Processo nº 93.0029635-3

Liminar Concedida

Ação Ordinária

2ª Vara Federal - Seção Judiciária do Espírito Santo

Processo nº 96.0008044-5

Ação Procedente

Mandados de Segurança

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Processos nºs 93.03.111772-7 e 94.03.016312-7

Segurança Concedida

Além disso, contraria o referido parágrafo os direitos legítimos do consumidor de livre escolha, favorecendo o oligopólio, abuso do poder econômico, concorrência desleal, entre outros fatores, todos prejudiciais ao livre mercado e ao consumidor.



Folha n.º	03	de proc
n.º	1093	de 97

Câmara Municipal de São Paulo

Para não me estender nesta justificativa, junto, ainda, os pareceres dos ilustres e renomados juristas **Miguel Reale**, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; **Celso Antônio Bandeira de Mello**, Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Evandro Lins e Silva**, Ex-ministro do Supremo Tribunal Federal e **Eros Roberto Grau**, Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

No mérito, também se justifica a revogação. Se uma empresa atua no mercado devidamente autorizada pelo órgão competente, o DNC, engarrafando Gás Liquefeito de Petróleo (GLP), que é produzido exclusivamente pela Petrobrás e entregue às engarrafadoras apenas para ser embalado, não pode a legislação impedir que tal aconteça apenas porque o botijão, padrão e aprovado, não tem a marca desta estampada em seu corpo. Até porque a lei exige que seja selado e lacrado pela distribuidora ou engarrafadora, que é responsável pela segurança, qualidade e quantidade do produto.

Amparado pelas decisões legais e embasado em pareceres de pessoas de ilibado conceito e notável saber jurídico como as acima citadas, conto com o apoio dos nobres colegas para corrigir uma falha tanto de competência legal quanto contrária ao interesse público, ajudando a desafogar nossos já sobrecarregados tribunais, aprovando o presente projeto.



folha n.º 04 de proc.
n.º 1093 de 1997

Câmara Municipal de São Paulo

2 — D.O.M.; São Paulo, 42 (197), sábado, 11 out. 1997

LEI Nº 12.497, DE 10 DE OUTUBRO DE 1997
(Projeto de Lei nº 484/96, do Vereador José Mentor)

Dispõe sobre a comercialização e prazo de validade para botijões de gás liquefeito de petróleo no Município de São Paulo.

CELSO PITTA, Prefeito do Município de São Paulo, usando das atribuições que lhe são conferidas por lei. Faz saber que a Câmara Municipal, em sessão de 16 de setembro de 1997, decretou e eu promulgo a seguinte lei:

Art. 1º - A comercialização de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP, de forma fracionada, no Município de São Paulo, só poderá ser feita em botijões que ostentem, de forma visível, no rótulo o nome da engarrafadora e a garantia de segurança quanto ao uso do botijão pelo consumidor.

Parágrafo único - O botijão comercializado com GLP deverá ter a mesma marca estampada, no corpo do botijão, no rótulo e no lacre que protege a válvula de segurança.

Art. 2º - O prazo de validade para a comercialização de gás no Município de São Paulo deverá obedecer à norma S.865/95 da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e a respectiva regulamentação a ser feita pelo Instituto Nacional de Metrologia - INMETRO e Departamento Nacional de Combustíveis - DNC sobre a matéria.

Art. 3º - Os botijões de gás (GLP) deverão trazer estampados em relevo o mês e o ano de sua fabricação.

Parágrafo único - É vedado o uso de código para indicar a data de fabricação nos botijões de gás (GLP).

Art. 4º - Os botijões de gás (GLP), atualmente comercializados, deverão passar por teste de qualificação e validação, cujo resultado deverá ser gravado nos próprios botijões indicando as seguintes informações:

- a) data do teste;
- b) razão social da empresa que realizou o teste;
- c) termo de responsabilidade atestando a qualidade;
- d) validade do botijão de gás (GLP).

Parágrafo único - O teste de qualificação a que alude este artigo deverá ser realizado de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, aplicáveis para vasilhame destinados à comercialização de GLP.

Art. 5º - É de responsabilidade da empresa engarrafadora a verificação da validade dos botijões de gás (GLP).

Art. 6º - É terminantemente proibida a comercialização, no município, de botijões de gás que não ostentem, na forma estabelecida nesta lei, a data de fabricação e, quando for o caso, do teste de validação e qualificação.

Art. 7º - A inobservância de qualquer das exigências contidas nesta lei acarretará ao infrator a aplicação de multa correspondente a 1.000 (um mil) UFIRs por botijão de gás (GLP) irregular, além de sua apreensão.

Art. 8º - As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 9º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, aos 10 de outubro de 1997, 444ª da fundação de São Paulo.

CELSO PITTA, PREFEITO

EDVALDO PEREIRA DE BRITO, Secretário dos Negócios Jurídicos

JOSÉ ANTONIO DE FREITAS, Secretário das Finanças

MAOR GUELFI, Secretário Municipal de Abastecimento

ALFREDO MÁRIO SAVELLI, Secretário das Administrações Regionais

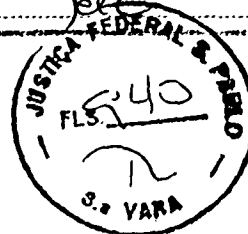
Publicada na Secretaria do Governo Municipal, em 10 de outubro de 1997.

EDEVALDO ALVES DA SILVA, Secretário do Governo Municipal



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL - SEÇÃO DE SÃO PAULO

Fls. n.º 05 do pr.
n.º 1093 de 12.97



3ª VARA FEDERAL

AÇÃO: MEDIDA CAUTELAR

PROCESSO Nº 93.0029635-3

REQUERENTE:SERVGAS DISTRIBUIDORA DE GÁS S/A

REQUERIDA: UNIÃO FEDERAL; AGIPLIQUIGÁS S/A; CIA ULTRAGAZ

S/A; COPAGAZ DISTRIBUIDORA DE GÁS S/A; MINASGÁS S/A -

DISTRIBUIDORA DE GÁS COMBUSTÍVEL; NORTE GÁS BUTANO

DISTRIBUIDORA LTDA;ONOGÁS S/A COM/ E IND/; SUPERGASBRÁS

DISTRIBUIDORA DE GÁS S/A E PETROGAZ DISTRIBUIDORA S/A

Juíza Federal: MARIA LÚCIA LENCASTRE URSALA

VISTOS ETC

Trata-se de medida cautelar em que a Autora objetiva a suspensão dos efeitos dos artigos 13 e 14 da Portaria 843/90, de maneira que possa engarrafar os botijões de outras marcas - OM - adquiridos no mercado, após a devida pintura dos mesmos ou autorização deste Juízo que impeça a ação fiscalizadora da Requerida no tocante à proibição de engarrafamento dos botijões "OM".

Acostam os docs.de fls.32 a 356.

Medida liminar parcial foi deferida às fls.361/362. Em decisão às fls.379, foi cassada.

A União Federal através de seu ilustre representante legal apresentou contestação às fls.367/371.

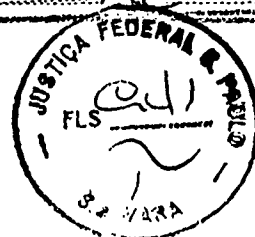
Devidamente citados os litisconsortes necessários, apresentaram suas contestações às fls.419/424;430/471;620/624; 627/632; 634//638.

Réplica às fls.669/675.

É O RELATÓRIO.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL - SEÇÃO DE SÃO PAULO



DECIDO

A ação cautelar restringe-se à tutela urgente e provisória de direito ou interesse do litigante, com a finalidade de assegurar que o processo principal possa conseguir um resultado útil.

Portanto, a composição da lide, a definição do direito é feita no processo de conhecimento e não no cautelar.

Restando a ação principal julgada improcedente e, portanto, extinta a ação de mérito, fica cessada a eficácia do procedimento cautelar devido à dependência deste em relação ao primeiro (art.808,III, do CPC).

Acresce relevar que quanto ao restrito mérito cautelar entendo não estar presente sequer a plausibilidade do direito invocado pelas razões já deduzidas na sentença prolatada na ação principal às quais me reporto e, portanto, hei por bem julgar **IMPROCEDENTE** esta cautelar e condenar a Requerente em verba honorária que arbitro em 10% do valor da causa a favor das Requeridas.

Em razão do v. Acórdão prolatado nos autos do M.S. nº93.03.111772-7-SP determinando que esta ação cautelar seja processada com liminar, seus efeitos permanecerão até o trânsito em julgado da decisão definitiva.

Custas ex lege.

São Paulo, 29 de março de 1996.

MARIA LÚCIA LENCASTRE URSALA
Juíza Federal



PROCESSO Nº 96.0008044-5 - 2ª VARA
TIPO DE SENTENÇA: 03
AÇÃO ORDINÁRIA - CLASSE 10008
PROCESSO - Nº 96.0008044-5

PARTES: --- NUTRIGÁS S/A E OUTRO
--- UNIÃO FEDERAL

S E N T E N Ç A

Vistos etc.

Trata-se de ação cautelar em curso por este Juízo onde figuram, como requerentes, **NUTRIGÁS S/A e PAMPAGÁS DISTRIBUIDORA DE GÁS LIQÜEFEITO DE PETRÓLEO LTDA** e, como requerida, **UNIÃO FEDERAL**, todos devidamente qualificados.

A parte autora pediu, liminarmente, a suspensão dos efeitos dos artigos 13 e 14 da Portaria 843/90, ou seja, possibilitando o engarrafamento de botijões à gás, não destrocados, de outras marcas "OM", regularmente adquiridos no mercado, após a devida identificação dos mesmos (através de pintura ou colocação de selo)

Ou ainda, que autorize o engarrafamento de botijões à gás, não destrocados, de outras marcas "OM", após terem sido interpeladas para assim procederem, impedindo a ré de fiscalizar quanto à proibição de engarrafamento de "OM", seja através de seu órgão competente, delegado ou conveniado para tanto.

SUBSEGUE, EM RESUMO, A PRETENSÃO DEDUZIDA EM JUÍZO.

A parte autora, atuando no mercado como engarrafadora e distribuidora de Gás Liquefeito de petróleo (GLP), denominado "gás de cozinha", o faz mediante autorização do Departamento Nacional de Combustíveis, divisão do Ministério das Minas e Energia.

Assim sendo, está submetida à Portaria 843, de 31.10.90, do Ministério da Infra-estrutura, que autoriza às pessoas jurídicas constituídas de acordo com as leis do país, o exercício da atividade de distribuidor de GLP, instituída com o objetivo de fortalecer a iniciativa privada, reduzindo a interferência do Estado na vida do cidadão, contribuindo para maior eficiência e menor custos dos serviços prestados pela Administração Pública.



PROCESSO Nº 96.0008044-5 - 2ª VARA

mandamento ou condenação dirigida à ré para que se abstenha de praticar qualquer ato contrário ao comando sentencial, de forma a impedi-las de utilizar de botijões de outras marcas, engarrafando-os com destaque de seus nomes.

Assim sendo, em princípio, é perfeitamente cabível, em medida cautelar, a suspensão da eficácia de certos atos administrativos que impeçam o exercício normal de um direito de que a requer, *in casu* as requerentes.

Portanto, não há procedência nas alegações da União, haja vista que não se está diante de hipótese cuja competência seja absoluta do S.T.J., e, tampouco, vem a ser obrigatória a sede do Mandado de Segurança, considerando que, em via *principaliter*, não se buscará a nulidade específica do ato do Sr. Ministro, mas sim uma reconhecimento *incidenter tantum* de tal nulidade, para efeito de se reconhecer a inexistência de relação jurídica válida entre as requerentes e a União, no pormenor questionado, e, em consequência, uma condenação ou mandamento como acima mencionado.

Fica rejeitada, também, a preliminar de incompetência deste Juízo.

MÉRITO.

Arredadas as preliminares, passo ao exame do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, fundamentos que integram a causa de pedir da ação cautelar.

Diferentemente do que ocorrerá na ação principal, esta sede contenta-se tão-somente com a cognição sumária, no sentido vertical, menos profunda da *quaestio iuris*. Esta será objeto de uma cognição exauriente quando do exame da ação principal.

O *fumus boni juris*, na verdade, reflete uma plausibilidade de haver, em favor das requerente, direito de procederem ao engarrafamento dos botijões "OM", com marcas de outras empresas, regularmente adquiridos no mercado, desde que, ao final da operação, veiculem as suas marcas, a fim de que se conheça o fornecedor/produtor. Vejamos:

No exercício de sua atividade, as distribuidoras utilizam-se de botijões para engarrafar o gás, o qual é bombeado pela PETROBRÁS para os terminais das engarrafadoras. Todo botijão, a princípio, traz estampado, ainda que de maneira não muito clara, a marca do engarrafador em relevo, e traz, também, o lacre de quem o engarrafa. Esse gás um vez acondicionado, ou é vendido diretamente ao consumidor, por caminhões que fazem a venda de porta-em-porta, ou por intermédio de representantes.

Segundo o artigo 18, da Portaria 843, de 31.10.90, as empresas ao promoverem a venda do botijão ao consumidor são obrigadas a receberem os vasilhames vazios, seja qual for a marca de origem que tenham.

Ocorre, entretanto, que as empresas estão proibidas de procederem ao engarrafamento de botijões com marcas alheias, salvo se houver acordo prévio entre elas (artigos 13 e 14 da Portaria 843/90). Não havendo o respectivo acordo prévio, terão as empresas que promoverem, no menor prazo possível, a chamada "destroca" dos vasilhames com os titulares



PROCESSO Nº 96.0008044-5 - 2ª VARA

compostas em termos tais que, se forem obedecidas, ficaria inviabilizado o exercício de tal direito pelas pequenas e médias distribuidoras, pois sua exeqüibilidade passa a ser ditada pelos que têm interesse em obstar-lhe a viabilização.

Segue-se que, já por este aspecto, é nula a disposição dos arts. 13 e 14 da Portaria nº 843, quanto à proibição de envasilharem "OM", porque neles, a título de regulamentar o funcionamento do sistema de distribuição de GLP, aniquila-se a possibilidade efetiva, real, das pequenas e médias empresas operarem no setor. Isto é: por vias transversas, elude-se o direito que se lhes proclama reconhecido."

O Professor MIGUEL REALE, percucientemente, ao examinar a questão afirmou:

"A Consulente indaga, ainda, se é cabível a suspensão, em medida cautelar, dos efeitos restritivos da Portaria nº 843 que foram objeto de exame na pergunta anterior, bem como a suspensão da fiscalização tendente a coibir o engarrafamento do "OMs", pressupondo-se, evidentemente, a ocorrência do "periculum in mora" e a adoção, por parte do envasilhador, de cautelas que o identifiquem como tal, quais, as de pintura de botijão com uma cor distinta das outras marcas ou a entrega ao consumidor de um selo-garantia ser guardado para identificar o vasilhame que lhe é vendido (nos moldes do que é feito na Argentina).

Sem dúvida alguma, em face de tal pressuposto e uma vez adotadas as cautelas apontadas na indagação - as quais acobertam por inteiro os interesses que poderiam estar resguardados nas disposições restritivas da Portaria - é perfeitamente cabível, em medida cautelar, a suspensão dos impedientes antepostos pela Portaria nº 843 ao engarrafamento de "OMs", bem como a suspensão de fiscalização tendente a obstá-lo, porquanto as restrições em causa, constituem-se, como visto, em cerceios manifestamente injurídicos, pois impedem o exercício normal de um direito da Consulente, agravam-no além do necessário para obtenção do resultado que poderiam lícitamente objetivar e favorecem à prática de abuso de poder econômico e dominação de mercados."

Considero presente o *fumus boni juris* suscitado na inicial, principalmente a partir dos pareceres dos notáveis juristas, aos quais me referi.

O *periculum in mora* observo ser iminente, sendo que a cada dia renova-se diante das relações diárias de compra, venda e troca de botijões de gás, pelo que, não advindo a proteção cautelar, os fatos pretéritos, que vierem a refugir de sua guarida, surtirão prejuízos irrepristináveis às relações econômicas das requerentes.



PROCESSO Nº 96.0008044-5 - 2ª VARA
das marcas respectivas.

No entanto, segundo consta dos autos, somente quatro empresas controlam mais de 70% (setenta por cento) de um mercado altamente oligopolizado, no qual operam outras onze empresas com pequena participação.

Em razão disso, as quatro grandes empresas, oligopolizadas, não têm nenhum interesse em firmar contrato autorizativo para o engarrafamento de botijões nos quais constem as suas marcas de origem, nem em proceder às destrocas de vasilhames.

Portanto, está claro que é praticamente inviável e inexecutável a operação normal das empresas distribuidoras de GLP de menor porte, visto que as mesmas não podem proceder ao engarrafamento em botijões de marcas das grandes empresas.

O Professor EROS ROBERTO GRAU em Parecer juntado a estes autos, diz que:

“Os botijões caracterizam-se, inquestionavelmente, como bens fungíveis. São substituíveis por outras da mesma espécie, qualidade e produto (Código Civil, artigo 50).

O consumidor, para que possa adquirir ‘gás de cozinha’, deve, anteriormente, tornar-se proprietário de um botijão. Este botijão é propriedade do consumidor.

A marca ...‘X’ ou ‘Y’ ... não identifica propriedade. Aposta em base fungível, indica, única e exclusivamente, no caso, que seu primeiro proprietário, quem pela vez primeira utilizou o botijão para acondicionar gás, foi (no passado) a distribuidora ‘X’... ou ‘Y’.

Vendido o botijão ao consumidor, sua propriedade passa a ser do consumidor. Perde, a distribuidora, a propriedade que dele detivera.

A compra de gás da distribuidora ou de seu revendedor é operada concomitantemente à realização de uma troca, operada entre o consumidor e o vendedor de gás. Trocam-se botijões, independentemente de qual seja a marca neles forjada. E isso decorre não apenas do que dispõe a portaria nº 843/90, artigo 18, porém da própria mecânica viabilizadora do dinamismo do mercado em pauta: o abastecimento de gás liquefeito de petróleo não se poderá fluentemente realizar sem que essas trocas, independentemente da marca que em cada botijão tenha sido forjada, livremente se realizassem.”

A fls. 266 o Professor CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO leciona:

“... as normas expedidas para disciplinar o exercício de um direito que assiste a quaisquer das empresas autorizadas a distribuir GLP foram



Folha n.º	11	de	
n.º	1093	de	19
elc			

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO
Fis. 673

PROCESSO Nº 96.0008044-5 - 2ª VARA

A parte autora foi intimada para a fase das contra-alegações às defesas indiretas: refutou as preliminares e ratificou o que consta da inicial.

VIERAM CONCLUSOS OS AUTOS.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

MOTIVAÇÃO.

PRELIMINARES

FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL

Não há que se falar em falta de interesse processual, uma vez que, apesar da revogação do artigo 13, da Portaria 339, de 1º de novembro de 1996, o artigo 14 da referida Portaria permanece em vigor, obstando a utilização de botijões de outras marcas pela requerente, justamente o que se pretende assegurar cautelarmente por esta sede, apresentando-se, pois, como necessária, adequada e útil ao fim pretendido.

Ademais, o artigo 14 acima mencionado também vê-se questionado nestes autos, uma vez que somente permite o enchimento de botijões de outras marcas, desde que previamente acordado mediante contrato celebrado entre as distribuidoras interessadas.

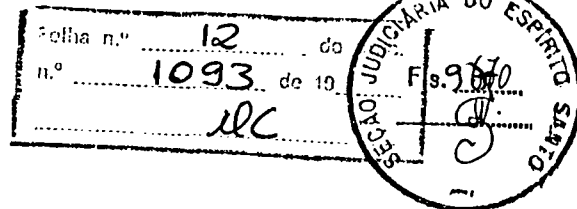
Fica, pois, rejeitada a preliminar de falta de interesse processual.

INCOMPETÊNCIA DESTE JUÍZO

O Ministério Público Federal manifestou-se sobre a questão às fls. nos seguintes termos:

“O Mandado de Segurança é remédio excepcional, a regra é a eleição da via ordinária, na constrição judiciária que lhe é natural. Outrossim, atacam-se, cautelarmente, os atos cuja prática futura é fundamentamente temida, decorrentes da norma hostilizada, e não à norma, abstratamente.”

No presente caso as requerentes pretendem, na verdade, a suspensão dos efeitos de uma ato administrativo, especificamente, dos efeitos dos artigos 14 e 15, da Portaria 843/90, de maneira que possam proceder ao engarrafamento dos botijões “OM”, regularmente adquiridos no mercado, com a identificação de seus produtos. Não se pretende, pois, nesta contenda obter a declaração de nulidade, ou anulação, do ato administrativo da lavra do Sr. Ministro de Estado, apenas e tão-somente, visa-se a garantir a eficácia da sentença do processo principal, em cujo âmbito, consoante a inicial desta ação cautelar (art. 801, III, CPC), pretender-se-á a declaração de inexistência de relação jurídica entre as requerentes e a União, de modo que esta última não possa obrigá-las a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei em sentido formal, desde que, obviamente, atenda à Constituição, para, ao final, pleitear um



PROCESSO Nº 96.0008044-5 - 2ª VARA

Atento às norma legais, a portaria elaborada pelo DNC, ao contrário de caracterizar restrições à atividade econômica das empresas que atuam nessa área, teve o objetivo de ordenar essa atividade para proteger os consumidores e preservar o interesse público.

Ao contrário, a administração não só tem interesse na matéria, como o poder-dever de zelar pela segurança do usuário do botijão, pois, além dos riscos a que estavam expostos na aquisição de combustíveis cuja procedência desconheciam, o excesso de liberdade de comercialização vinha acarretando sérios danos ao consumidor sem que os mesmos pudessem identificar os responsáveis.

Pediu o indeferimento do pedido da parte autora.

O Ministério Público Federal, foi intimado e veio participar da relação processual, apresentando o seu parecer.

O princípio da legalidade não foi infringido, segundo alega a parte autora, pela Portaria MInfra nº 834/90, visto que: a) não impôs qualquer restrição à esfera jurídica da parte autora; b) não exigiria lei em sentido estrito para veicular-se, ainda que fosse considerável a restrição imposta; c) tem reflexo em lei, havendo, mesmo, norma penal a respeito.

Há, na relação jurídica entre a parte autora, e similares, e a União a obrigatoriedade de submissão às determinações do DNC, assim como as concessionárias de serviço público, todas as distribuidoras de derivados de petróleo são obrigadas a seguir as instruções e exigências, como garantias de qualidade, segurança continuidade da distribuição ou do serviço.

A Portaria atacada, na verdade, obriga cada fornecedor a atuar sob sua própria marca, salvo em caso de co-responsabilidade, quando houver anuência de outro para utilizar-se de sua marca. Não se pode caracterizar como ônus ou restrição, se se obriga a apor, em seus produtos, sua marca e informações adicionais, tais como data de fabricação e validade, ingredientes, peso, etc.

No caso, o domínio de um recipiente reutilizável não inclui a faculdade de o preencher e vender violando a marca patenteada tanto quanto o direito do consumidor.

O Direito Comercial, assim como o Código do Consumidor vedam a utilização de marca alheia, de tal modo que com ou sem a Portaria MInfra nº 834/90, não é mesmo possível a comercialização de gás de cozinha, ou de qualquer outro produto, senão com a indicação correta do fabricante ou fornecedor.

Diante disso, opinou pela concessão parcial da cautela, preservando o direito de comercialização o GLP, sob a marca da parte autora, desde que suprimidas quaisquer marcas anteriores em botijões recebidos por troca e que tenham sido primitivamente utilizados por outras companhias do mesmo setor.



PROCESSO Nº 96.0008044-5 - 2ª VARA

ARGÜIU PRELIMINARES.

FALTA DE INTERESSE.

Argumentou que há falta de interesse superveniente, pois o artigo 13 da Portaria nº 843/90, em que se baseou o pedido, foi revogado pela Portaria nº 339, de 1º de novembro de 1996. Assim sendo, o artigo 14 da Portaria atacada não tem densidade suficiente para sustentar o interesse no feito, merecendo ser extinto o processo por falta de condição de ação.

INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO.

A pretensão da parte autora é sustentada na declaração de ilegalidade de um ato ministerial, a portaria 843/90. Assim sendo, esse ato só poderá ser apreciado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 1º da lei nº 8.437, de 30.06.92.

Requeru a extinção do feito, nos termos do artigo 267, IV do Código de processo Civil, tendo em vista a incompetência absoluta do Juízo.

NO MÉRITO.

Argüiu que não está presente, no caso, um dos pressupostos de mérito da ação cautelar, o "*periculum in mora*", visto que a Portaria 334, de 01.11.96, estendeu o prazo para conclusão da etapa de destroca para 08.10.97.

Além do mais, historicamente, na composição do preço de cobertura dos custos de distribuição, são contabilizados os custos realizados com transporte, manutenção, pintura, entre outros, como as destrocas de vasilhames entre congêneres. Assim, caso a autora pudesse obter o direito que vindica, deveria estornar aos cofres da União, a parcela paga pelo consumidor referente ao custo de destroca dos botijões "OM" que efetivamente foram enchidos, visto que tais custos não existiram.

Também não se pode atribuir à disciplina "ilegal" da portaria, as sanções que sofreu, isto porque estas ocorreram em áreas (municípios) onde não possui capacidade de armazenamento próprias ou de terceiros, recaindo assim sobre si mesmas a culpa pela retirada dos vasilhames.

A pretensão da parte autora de expandir seus negócios, tem que ser compatível com sua capacidade de armazenamento e manutenção dos botijões.

O Ministério das Minas e Energia, no exercício de suas atividades executa as atividades de controle e fiscalização do abastecimento nacional de combustíveis, através do Departamento Nacional de Combustíveis-DNC, que herdou todas as atribuições e responsabilidades do antigo Conselho Nacional do Petróleo, prescritas fundamentalmente, pelo Decreto-lei nº 395/38 e na Lei nº 2004/53. Assim, cabe ao DNC disciplinar, acompanhar e controlar a atuação de todos os agentes envolvidos no abastecimento nacional.



PROCESSO Nº 96.0008044-5 - 2ª VARA

A parte autora, assim como as demais empresas do ramo, adquirem da estatal Petrobrás S.A, o gás liquefeito de petróleo (GLP), sendo esta a única fornecedora do GLP, já que detém o monopólio de produção e importação de petróleo e seus derivados.

Adquirido o produto, as companhias engarrafadoras, também chamadas distribuidoras, acondicionam-no em vasilhames, padronizados segundo as normas da ABNT, denominados tecnicamente de "vaso de pressão", ou "botijão de gás", após o que são revendidos ao consumidor final ou a revendedores devidamente credenciados por uma das distribuidoras, para que possam operar no mercado.

A venda do "botijão de gás", reveste-se de características especiais, visto que, no ato da compra do gás, o consumidor final entrega um botijão vazio, de sua propriedade; ou seja, para adquirir o GLP, o consumidor tem que ser proprietário de um botijão ou comprá-lo no momento de aquisição do gás. Sendo o consumidor proprietário do botijão, a distribuidora ou revendedora recebe um vasilhame que traz estampado a marca da distribuidora que fez a venda anterior, podendo ser sua ou não a marca. Poderá, então receber o denominado "botijão de outra marca" ou, tão somente, "OM".

A parte autora alega, com base nestes fatos, que está ocorrendo lesão no seu direito.

Isto porque a Portaria ministerial nº 843, em seu artigo 13 e 18, proíbe o engarrafamento de botijões de outras marca "OM", bem como o armazenamento de botijões "OM" cheios, obrigando as empresas a promoverem a destroca destes botijões recebidos no ato da venda, com as companhias titulares da respectiva marca.

O processo de "destroca" acarreta graves distorções.

Alega ainda que, sempre, uma companhia de pequeno porte interpela uma grande companhia para efetuar a destroca de botijões, elas raramente o fazem, alegando não possuir botijões da marca da empresa interpelante. Com essa manobra, as grandes empresas do ramo, oligopolizadas, dificultam o engarrafamento de gás pelas pequenas companhias, já que possuem fábricas de botijão de gás, tendo mais facilidade em colocar no mercado seus botijões, aliás, muito além do que seriam, em tese, suas necessidades.

Complementando suas alegações, afirma que, sem dúvida, cabe ao Departamento Nacional de Combustíveis, nos termos do art. 122 do Decreto nº 99.244/90, "orientar e fiscalizar as atividades relativas ao monopólio da União", autorizando as empresas que se proponham a explorar o serviço de distribuição de GLP (inciso III, letra "b"), entretanto, extrapola sua competência quando disciplina as atividades econômicas, só suscetível de regramento mediante lei. Com o advento da Constituição de 1988, esse poder de regulamentar, editar normas, não foi por ela recepcionados.

Instruiu a petição inicial com documentos.

**A REQUERIDA FOI CITADA E APRESENTOU RESPOSTA, VIA
CONTESTAÇÃO.**

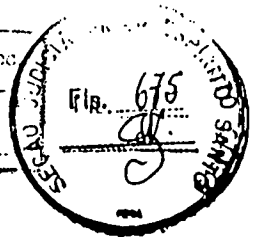


PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO

folha n.º 15 do proc.
n.º 1093 de 1997
elc



PROCESSO Nº 96.0008044-5 - 2ª VARA

MOTIVEI. DISPOSITIVO.

POSTO ISSO e atendendo a tudo o mais que dos autos consta, **JULGO POR SENTENÇA** a pretensão cautelar, para o fim de suspender os efeitos do ato administrativo impugnado, conforme pedido inicial, vedando à União, por conseguinte, que obste, de qualquer forma, as requerentes de engarrafarem os botijões de gás, não destrocados, de outras marcas "OM", regularmente adquiridos no mercado, desde que haja a devida identificação dos mesmos, através de pintura e colocação de selo de garantia, permitida, quanto a esta exigência ampla fiscalização do órgão competente.

Condeno a União a restituir as custas do processo e a pagar às requerentes o valor de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de honorários de advogado.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, nos termos do art. 475, II, do CPC.

PUBLIQUE-SE.

REGISTRE-SE.

INTIMEM-SE.

Vitória, 10 de julho de 1997.

LUÍZ ANTONIO SOARES
Juiz Federal



Folha nº	16	do proc.
n.º	1093	de 1994
ELC		

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 93.03.111772-7-SP
IMPETRANTE: SERVIGAS DISTRIBUIDORA DE GÁS S/A
ADVOGADO : JARBAS ANDRADE MACHIONI E OUTROS
IMPETRADO : JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO PAULO SEC JUD SP
LIT. PAS. : CIA. ULTRAGAZ S/A
ADVOGADO : JOÃO EDUARDO NEGRÃO DE CAMPOS ;
LIT. PAS. : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : ELIANE YACHOUH ABRÃO
RELATOR : EXMº SR. DR. JUIZ SILVEIRA BUENO

EMENTA

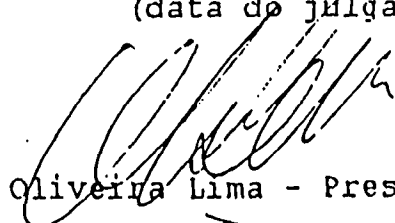
MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL - LIMINAR INDEFERIDA EM MEDIDA CAUTELAR - VEDAÇÃO AO ENGARRAFAMENTO DE BOTIJOES DE OUTRAS MARCAS-OM-POR DISTRIBUIDORES DE GÁS GLP - INVALIDADE DA PROIBIÇÃO VEICULADA POR PORTARIA DO DNC - PLAUSIBILIDADE DO DIREITO A REVELAR O "FUMUS BONI IURIS" - "PERICULUM IN MORÀ" QUE DECORRE DA RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES DA IMPETRANTE - PRESSUPOSTOS PRESENTES - DIREITO A LIMINAR - ORDEM CONCEDIDA.

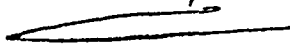
- Presentes os pressupostos autorizadores é direito da parte ver processada a medida cautelar com liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as cima indicadas, acordam os Juizes da 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em conceder a ordem. Acompanharam o voto do Juiz Relator os Juizes Andrade Martins e Márcio Moraes. Vencidos os Juizes Ana Scartezzini, Diva Malerbi e Homar Cais.

São Paulo, 29 de novembro de 1994.
(data do julgamento)

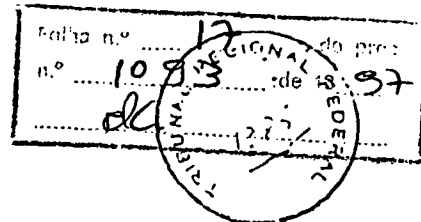

Oliveira Lima - Presidente


Silveira Bueno - Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 3ª REGIÃO
CERTIDÃO
CERTIFIQUEI E DOU FÉ QUE, nesta data,
contrei e autentiquei 28 folhas,
que fazem parte integrante do V.
ACÓRDÃO publicado no D.J.U. de
24/05/95, p. 31385
São Paulo, 24.05.1995
V. S. PORTARIA DA 2ª SEÇÃO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



MANDADO DE SEGURANÇA Nº 93.03.111772-7

IMPETRANTE: SERVGAS DISTRIBUIDORA DE GÁS S/A
IMPETRADO: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA - SÃO PAULO
LIT. PAS.: CIA ULTRAGAZ S/A
LIT. PAS.: UNIÃO FEDERAL

RELATOR: EXMO. SR. JUIZ SILVEIRA BUENO - 2ª SEÇÃO

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ SILVEIRA BUENO: - SERVGAS DISTRIBUIDORA DE GAS S/A ajuizou medida cautelar visando livrar-se dos efeitos da Portaria nº 843/90, do Ministério da Infra-Estrutura, que a impedia de se utilizar de botijões de outras marcas (OM), para o engarrafamento do Gás Liquefeito de Petróleo - G.L.P., e do teor seguinte:

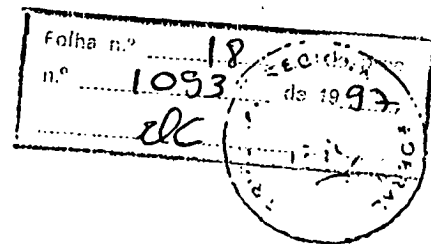
"Art. 13. É vedado à distribuidora ou a seu revendedor credenciado a guarda e a comercialização de botijões de outras marcas, quando cheios de GLP."

"Art. 14. É permitido à distribuidora o enchimento de botijões de outras marcas, desde que previamente acordado mediante contrato celebrado entre as distribuidoras interessadas."

"Art. 18. As distribuidoras e seus revendedores credenciados deverão receber vasilhames vazios de outras marcas no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



atendimento ao consumidor, procedendo a destroca com as distribuidoras ou revendedores correspondentes, no menor prazo possível.

Parágrafo único. A sistemática de destroca de recipientes transportáveis de GLP vazios entre as distribuidoras será convencionada pelas mesmas, podendo o DNC estabelecer rotinas e procedimentos aplicáveis, sempre que entenda necessário."

A inicial foi instruída com pareceres dos Professores Miguel Reale e Eros Grau afirmando a ilegalidade das restrições administrativas impostas pelo órgão federal.

O M. Juiz "a quo" deferiu a medida liminar para permitir que a requerente pudesse se utilizar dos (OM) cuja troca, preconizada na referida Portaria, não tivesse conseguido.

Após a contestação, a M. Juíza que sucedeu o autor do despacho liminar, entendeu ser ele de cunho satisfativo e ausente o pressuposto do "fumus boni iuris", revogou a cautelar concedida bem como determinou à requerente que promovesse a citação de todos os distribuidores e revendedores de G.L.P. em 30 (trinta) dias.

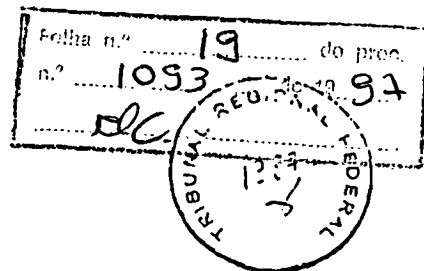
Inconformada, interpôs agravo de instrumento contra a referida decisão e concomitantemente o presente "writ" visando ao restabelecimento da liminar bem como a cassação da decisão, que determinou a citação dos litisconsortes.

A liminar foi por mim concedida às fs. 533/534, em despacho cujo dispositivo é o seguinte:

"Verifico da documentação acostada aos autos especialmente o r. despacho concessivo da liminar e pareceres dos ilustres juristas Miguel Reale e Eros Grau, que o conteúdo do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



pedido da ora impetrante é bastante plausível eis que a regulamentação veiculada pela Portaria 843/90 - proibição de utilização de botijões de outras marcas (OM) - é de natureza comercial e de interesse de seu proprietário. Neste sentido, aliás, o pronunciamento do Presidente do C.N.V. encaminhado ao líder do governo na Câmara dos Deputados (fs. 507).

Por outro lado, a medida embora parcialmente satisfativa, se não concedida pode implicar na inviabilização das atividades da ora impetrante. Assim, entre os dois valores quero crer que deva seguir as lições de Cândido Dinamarco segundo o qual "em situações de riscos equilibrados, é preferível optar por soluções que não deixem o direito material a sacrifício" e, de consequência, restabeleço a liminar cassada pela digna autoridade coatora até por que expedida com rigorosa cautela.

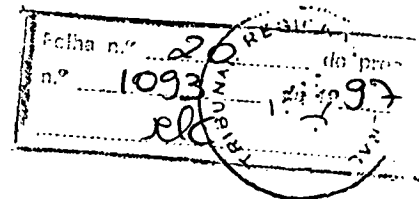
Quanto à necessidade de citação dos litisconsortes penso que, somente os distribuidores de G.L.P. estabelecidos na área de jurisdição desta Corte devam ser citados, já que eventual decisão acolhendo o pedido contido na cautelar ficará restrito ao nosso território. Já os revendedores de G.L.P. em nada serão beneficiados, ou prejudicados com a discussão que ora se trava na medida cautelar."

As informações foram prestadas às fs. 543/545.

A União Federal apresentou sua contestação às fs. 547/551, pleiteando a revogação da liminar concedida, e seu posterior indeferimento, seja pela preliminar de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



incompetência do juízo, seja pela ausência do "periculum in mora" - a convivência com a Portaria Ministerial existe há três anos e só agora a impetrante se manifesta.

O parecer do ilustre representante do Ministério Público Federal, Dr. Roberto Mortari Cardillo, juntado às fs. 553/562 opinou pelo não conhecimento da impetração, eis que a medida cautelar teria sido promovida perante Juiz incompetente, ao teor da regra do art. 1º da Lei nº 8.437/92, que dispõe: "não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal".

No mérito, opinou pela denegação da segurança.

À vista das considerações e dos documentos oferecidos pela assistente, admitida à fs. 1157, revoguei a liminar que havia concedido inicialmente mediante o despacho seguinte:

"Vistos etc,

Fls. 564. Defiro o pedido da Cia. Ultragaz S.A., que passa a integrar o feito na condição de litisconsorte passiva necessária, eis que essa posição a requerente já assumiu na impetração de 1ª Instância.

Fls. 780. Concedi a liminar impressionado com a irreparabilidade do dano com o qual acenou a impetrante na inicial. Deveras, pareceu-me naquele juízo antecipado para efeitos de liminar que a aplicação das regras da Portaria 843/90 poderia inviabilizar suas atividades.

Contudo, a documentação acostada pela litisconsorte necessária à fs. 785 e s.s. demonstrou com dados do sindicato da categoria e da própria impetrante que, ao risco corre, isto se deve à sua própria



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Folha n.º	21	da	REGIÃO
n.º	1093	de	37
ilc			

política, já que não tem adquirido botijões desde 1990, apesar de haver incrementado a sua participação no mercado.

Assim sendo, revejo a liminar concedida "iníitio litis" para revogá-la, eis que ausente o "requisito da irreparabilidade do dano."

A pedido da impetrante deferi o adiamento do julgamento.

É o relatório.

V O T O

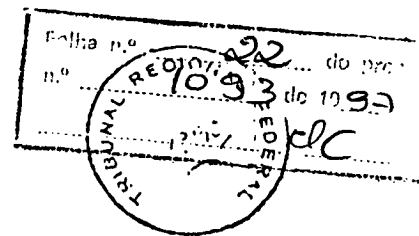
Tanto a União quanto o Ministério Público Federal, bem como a litisconsorte Ultragaz suscitaram questão da maior relevância no que toca à competência do juiz de primeiro grau para conhecer de medida cautelar ajuizada contra dispositivo cuja impugnação, pela via do mandado de segurança, deve ser originariamente demandada em Tribunal. A Ultragaz, inclusive, trouxe à colação despacho da lavra do eminente Ministro Milton Pereira, que foi proferido nos autos da Reclamação nº 209-8 - DF acolhendo a referida tese.

Em que pese a autoridade de que gozam as decisões proferidas pelo eminente Ministro Milton Pereira tenho que a regra do artigo 1º da Lei nº 8.437/92, é inaplicável.

Senão vejamos. A Constituição estabeleceu as competências dos Tribunais Superiores em "numerus clausus" sem dar margem a sua alteração por meio de lei, diferentemente do que fez em relação, por exemplo, à competência da Justiça Federal, no artigo 109 parágrafo 3º. Com efeito, no referido dispositivo, além de fixar a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



competência excepcional da Justiça Estadual para decidir determinadas causas, o constituinte autorizou que a lei venha a incluir outras demandas dentre as que podem ser processadas e julgadas pela Justiça Comum dos Estados.

Assim, quisesse o constituinte atribuir aos Tribunais a competência para julgar também as referidas medidas cautelares ajuizadas para impugnar ato de autoridade, teria estabelecido tal regra no próprio texto, ou ensejado que a lei viesse a fazê-lo. Contudo, nem uma nem outra solução foi por ele adotada. Nem fixou a competência dos Tribunais para processar e julgar tais causas, além do Mandado de Segurança como, também, não permitiu que a lei o fizesse.

Tal atitude, aliás, foi das mais sábias. Com efeito, a prevalecer a regra em exame, a Justiça de 1ª instância acabaria esvaziada pois dificilmente haverá ato administrativo cujo suporte jurídico não esteja fundado em atos de autoridade submetidos, na via da segurança, à jurisdição do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

Sobre ter sido sábia, foi coerente, pois, o artigo 109 atribui à Justiça Federal a competência para processar e julgar todas as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas, na condição de autora, rés, assistentes ou oponentes exceto as que define. Portanto, não teria o menor sentido retirar-se da sua competência, por meio de lei, demandas que nela foram incluídas por decisão normativa superior.

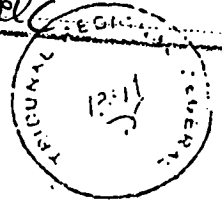
Por todas estas razões, entendo a preliminar deva ser rejeitada.

A segunda preliminar sustenta a ausência do "periculum in mora" já que a impetrante, por largo período, submeteu-se às regras da Portaria. Esta, contudo, se entrosa com o mérito desta impetração. Com efeito, saber se os fundamentos são relevantes e se existe perigo na demora são

Fls. nº 23
n.º 1093 de 10.97
ELC



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



indagações devidas no momento da apreciação da liminar que, nestes autos, constitui-se no fim último do pedido.

Resta, agora, o exame do mérito para se saber se a medida cautelar, em primeiro grau, deve se processar com ou sem liminar. A questão não é simples tanto que já se concedeu e se cassou a liminar duas vezes. Uma, na primeira instância, outra aqui nesta Corte.

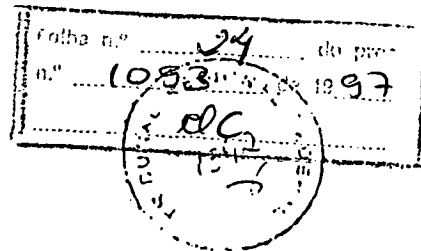
Vejamos, portanto, se os pressupostos autorizadores estão presentes. Antes, porém, uma palavra deve ser dedicada à satisfatividade da cautela. Não obstante comungue da opinião da maioria esmagadora da jurisprudência e doutrina a respeito da não concessão de liminares satisfativas, penso que a regra comporta exceções como já ocorreu, por exemplo com a liberação dos cruzados retidos no Plano Collor. Assim, embora não recomendável, em certas hipóteses o juiz não tem outra alternativa senão antecipar a cautela para evitar o perecimento do direito em face da irreparabilidade do dano ou da dificuldade de sua reparação. É exatamente este o caso dos autos. Com efeito, a negativa da liminar pode acarretar até mesmo a extinção da ora impetrante em face da impossibilidade do exercício pleno do seu comércio. Portanto, o óbice acolhido pela M. Juíza "a quo" deve ser afastado desde que presentes os pressupostos para não "deixar o direito material a sacrifício".

Quanto ao pressuposto do "fumus boni iuris", considero, no juízo preliminar que se faz para efeito de concessão ou não da cautela, que sua presença é evidente.

Com efeito, a regulamentação da utilização de botijões de gás pelas distribuidoras é matéria que transcende o poder de polícia da administração pública e invade a área reservada da livre iniciativa. Com efeito, e nisso apóio minhas afirmações em Celso Antônio, os recipientes de G.L.P. são de propriedade das distribuidoras até que estes sejam vendidos aos consumidores e retornam, independentemente da marca neles estampadas, para a propriedade dos primeiros no momento da substituição do botijão vazio pelo cheio. Desse



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



modo, querer regulamentar a matéria pela via administrativa, sob o pressuposto da proteção ao consumidor, não corresponde à verdade e significa invadir o campo de atuação dos particulares.

Ademais, a necessária identificação do engarrafador do G.L.P., para efeito de responsabilidade civil, não se obtém exclusivamente pela via preconizada pela Portaria e seria muito mais efetiva, caso se adotasse a obrigatoriedade de uso de etiquetas anti-fogo para identificá-los. Especialmente, quando se sabe que não só os pequenos distribuidores, como a impetrante, mas, mesmo os grandes utilizam-se de botijões de outra marca.

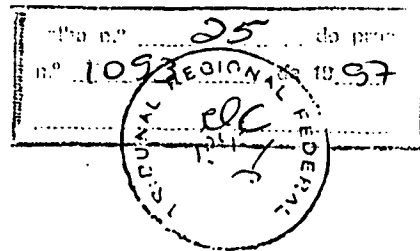
Sob este ângulo, portanto, continuo a enxergar a presença da reclamada plausibilidade do direito.

Já quanto ao "periculum in mora" cheguei a ter minhas dúvidas. Tanto que revoguei a liminar que concedi "initio litis". Agora, porém, depois de compreender melhor a questão relativa à propriedade dos botijões como exposta singelamente na fundamentação acima desenvolvida e após a leitura do parecer do festejado Celso Antônio estou seguro que o risco a que se encontra exposta a ora impetrante não se deve única e exclusivamente à sua postura. Com efeito, adquirir ou não botijões novos é opção dos distribuidores já que estes podem comprar, no momento da troca do cheio pelo vazio, recipientes usados sem com isto causar qualquer prejuízo ao distribuidor que por primeiro colocou-os em circulação. É que, mais uma vez repita-se, na sistemática de mercado atual, e isto constitui-se em fato notório, para comprar o gás o consumidor precisa antes dispor do botijão, antigamente denominado "cota de gás", que pode ser adquirido dos próprios distribuidores quando cheios ou vazios junto a armazéns, "vendas", lojas de ferragens, postos de gasolina, etc.

Desta forma, quem os coloca em circulação sabe que ao fazê-lo perde a disponibilidade sobre aquele bem que passa à esfera de domínio de outras pessoas - consumidores ou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



mesmo outros distribuidores - sem qualquer prejuízo uma vez que o preço do bem foi pago na primeira operação.

Assim, renovando os fundamentos do despacho de fs. 533/534 reconheço a presença do segundo pressuposto, apesar do que afirmou o Minsitério Público Federal, que a sua ausência estaria caracterizada pela submissão da impetrante, por largo período a proibição da Portaria. Com efeito, a demora na reação acarretou, processualmente a impossibilidade da impetração de mandado de segurança contra eventual lesão. Por isto, ajuizou medida cautelar na 1ª instância. Daí, porém, a permitir que uma lesão de natureza irreparável, ou quase, se perpetre vai uma longa distância. Não que a inação da impetrante não deva ser levada em consideração para efeitos da concessão da cautela, mas, também, não se pode exagerar nas repercussões da inércia a ponto de interditar, à parte o acesso à cautela.

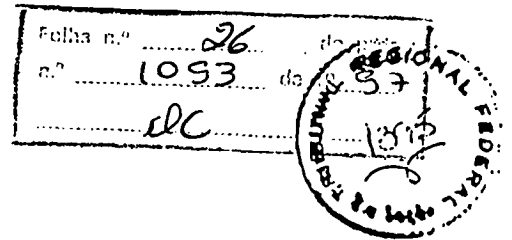
Por todas estas razões, concedo a ordem para determinar que a medida cautelar, em 1º grau se processê com a liminar pleiteada, ficando a ora impetrante autorizada a engarrafar o G.L.P. em botijões O.M., obrigando-se, contudo a proceder a sua pintura com suas cores e destaque de sua marca para efeitos de identificação.

No que tange à citação dos litisconsortes, penso que apenas as distribuidoras de gás engarrafados sediadas na jurisdição desta Corte devem ser chamadas a integrar a medida cautelar uma vez que a decisão a ser ali proferida em nada interferirá nos direitos das revendedoras.

É como voto.

JUIZ SILVEIRA BUENO

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Proc. nº 93.03.111772-7

IMPTE: SERVGAS DISTRIBUIDORA DE GÁS S/A

IMPDO: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA EM SÃO PAULO

LIT. PAS: CIA. ULTRAGAZ S/A e FAZENDA NACIONAL

VOTO VISTA

Superada a matéria preliminar, que à unanimidade foi repelida, no mérito o eminente Relator concedeu a ordem para determinar que a medida cautelar se processe em primeiro grau com a liminar pleiteada. Pode a Impetrante engarrafar o G.L.P. em botijões "OM", obrigando-se a proceder a pintura em suas cores e destaque de sua marca para efeitos de identificação. No tocante à citação dos litisconsortes, entendeu que apenas as distribuidoras de gás engarrafado sediadas na jurisdição desta Corte devem ser chamadas a integrar a medida.

Pedi vista dos autos, em razão do meu posicionamento, já firmado, de que só em hipóteses de ilegalidade ou abuso de poder, que_eivem o despacho atacado, se justifica sua substituição pelo entendimento desta Corte.

Outra possibilidade é de que dessa decisão advenha lesão de cunho irreparável ao Impetrante.

O voto do eminente Relator entendeu evidente a presença do "fumus boni iuris", embora tivesse dúvidas quanto ao "periculum in mora", dada a inércia da Impetrante pela sua submissão por largo pe-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Folha n.º	27	de	pro.
n.º	1093	de	1997
elc			
REGIONAL			
13.6			
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO			

- fls. 02 -

ríodo à Portaria. Mas salientou que os danos que seus dispositivos causam à atividade econômica da Impetrante devem ser, ainda assim, coartados.

Vejo, com a vênia devida ao Sr. Juiz Relator, e aos prolatores dos votos que se lhe seguiram, a matéria sob outro enfoque.

Há a possibilidade de lesão irreparável mas não a ser sofrida pela Impetrante.

A meu ver, ainda que relevante, a questão atinente a even-
tual formação de cartel e a abuso de poder econômico deve ser enfren-
tada em ação própria, com mecanismos adequados. Não se me afigura po-
rém, lícito, por via transversa, invalidar dispositivos de Portaria
que, em tese, se apresenta inserida na sistemática jurídica que disci-
plina a matéria.

Dadas as dificuldades na celebração do contrato cogitado no
mencionado texto, pretende a Impetrante retirá-lo do mundo jurídico,
quando, na verdade, o que deveria ser coibida é a tentativa de insu-
bordinação ao mesmo, através de táticas de inviabilizá-lo.

Se há formação de cartel, ou ao menos indícios de sua exis-
tência, isso deve ser averiguado em profundidade, dada a gravidade
de tais afirmações, mas nas vias apropriadas.

Assevera o Prof. Miguel Reale, em seu parecer acostado aos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

- fls. 03 -

Folha n.º	22	do proc.
n.º	1093	de 1997
REC'D		
12/7		

autos, que nada há a ser protegido, em razão da marca aposta no boti
jão, a não ser a qualidade do serviço. E que o exercício do comércio
não pode sofrer restrições "ex vi" de uma portaria. Há apenas a pre-
servação de uma categoria de assistência técnica sem tornar o botijão
bem móvel de propriedade da distribuidora.

Eros Grau, autor de outro dos pareceres anexados aos autos,
sustenta que a marca não identifica a propriedade e que o revendedor
detém o domínio sobre o botijão.

Embora todas essas questões devam ser dirimidas no bojo da
medida cautelar proposta perante a 3ª Vara da Justiça Federal, não há
como fugir de algumas considerações para situar com clareza a nature
za do dano a justificar a eventual reforma do despacho coator.

Ensina Gama Cerqueira, ao examinar várias definições de mar
ca que esta tem como fim principal indicar ao consumidor a origem ou
procedência dos produtos e não a de identificá-los e distingui-los
dos similares.

Em consequência, a proteção da marca não se limita apenas a
assegurar direitos e interesses, mas a própria coletividade, o consu-
midor, a fim de que tenha elementos para aferir a origem do produto e
do serviço prestado.

Nesse sentido, foi emanada a Resolução 15/77 pelo Conselho
Nacional do Petróleo que não permitia a existência de recipientes

folha n.º 29 do pro-
n.º 1053 de 1997
RLC
REGIONAL
1298



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

- fls. 04 -

transportáveis de G.L.P. sem a marca da distribuidora, considerando que esta propicia a melhor fiscalização do G.L.P.

E a assistência técnica ao consumidor far-se-á pela distribuidora ou seu representante, identificáveis, através da marca, com lacre do recipiente.

Sustenta a Impetrante, ainda, que os botijões são coisas fungíveis, razão pela qual abstrai-se da marca, a fim de possibilitar-se a troca dos recipientes e seu posterior engarrafamento, sem qualquer restrição. Daí a ilicitude das disposições contidas na indigitada Portaria.

Ora, a assertiva de que os botijões são bens fungíveis deve ser entendida em seus devidos termos.

A fungibilidade, atributo exclusivo dos bens móveis, é substituição da coisa por outra da mesma espécie, qualidade, quantidade.

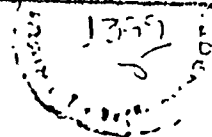
A fungibilidade ou infungibilidade é predicado que resulta em regra, da própria qualidade física, da própria natureza da coisa. Mas pode advir igualmente da vontade das partes.

Assim, a aposição de marca no botijão torna infungível, juridicamente, o bem para outras empresas, embora seja fungível para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

folha nº	30	do proc.
n.º	1093	de 18-92
CLC / 13-5-92		



- fls. 05 -

empresa dela detentora.

Ressalte-se mais que a fungibilidade é a do gás que está contido no recipiente, mas com este não se confunde.

E como já salientado, a marca é indispensável para a adequa da fiscalização do G.L.P. e para a responsabilidade em hipótese de dano.

Em documentos ofertados pela própria Impetrante, pode-se ve rificar que o botijão oferece segurança porque deve ser inspecionado periodica e sistematicamente.

Na Revista do Gás a fls. 39, consta que:

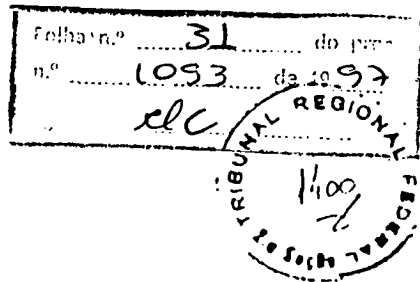
atue

"...em média, a cada 30 dias um botijão retorna à distri buidora, passando por um check-up completo, antes de ser recarregado. Além da parte estética, que se conserva com uma pintura, a parte técnica é revista, com rigor, sendo tirado da circulação todo recipiente que apresentar de feitos, seja de amassamento ou desgaste em seu corpo ou de mau funcionamento de suas válvulas. Se houver condições, o botijão é reparado e devolvido à circulação. Do contrário, é recusado como sucata, inape lavelmente."

Como aferir-se se essa inspeção está sendo corretamente efe tuada, senão mediante contrato avençado entre a distribuidora, cuja marca se encontra colocada no botijão, e outra que o tenha em seu po der, nos termos preconizados pela Portaria.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



- fls. 06 -

O Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello, em seu parecer, po
rém, assevera:

"Ora se a obrigação de apor no vasilhame marca identi-
ficadora do distribuidor, conjugada com o óbice de envasi-
lhar os de outras marcas (salvo acordo prévio entre os
interessados), objetiva ensejar-lhe identificação, para
fins de controle e eventual responsabilidade em caso de
acidente relacionado com o fornecimento do G.L.P. ao con-
sumidor — única razão idônea que poderia justificar a
exigência — então, ela é, de um lado excessiva, desne-
cessariamente gravosa, impondo limitações mais amplas
que as requeridas para atender sua finalidade e de outro
insuficiente e contraditória, no que se revela desarra-
zoadas."

"Data venia", a exigência não se apresenta excessiva, nem
desarrazoada, na medida em que decorre da sistemática jurídica agas-
lhada pelo Código do Consumidor, que estabelece a solidariedade na res-
ponsabilização. *amf*

A solidariedade não se presume: resulta da lei ou da vonta
de das partes nos termos do art. 896 do Código Civil. E na responsabi-
lidade civil "ex delicto", haverá solidariedade entre os co-autores
do ato danoso (parágrafo único do artigo 1518).

Não se afigura suficiente, pelo menos em sede de exame su
perficial, como é o que enseja a concessão de uma liminar, alterar-
se a cor do bolicão, de tal sorte a identificar quem o engarrafou.

A própria Impetrante reconhece a precariedade da situação

Folha n.º	32	de proc.
n.º	1093	DE 10/93
elc		



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

- fls. 07 -

atual ao sugerir que poderiam ser adotadas cautelas necessárias como a entrega de um selo de garantia ao consumidor como é feito na Argentina, para identificar o vasilhame que lhe foi entregue.

De qualquer sorte, remanesce o problema da responsabilidade solidária em relação ao consumidor.

Na verdade, na prática avulta o problema na chamada destroca dos vasilhames a acirrar os interesses econômicos envolvidos. Tanto assim é que somente agora se insurge a Impetrante contra os termos da Portaria, que data de 1990.

Desloca-se o ponto fulcral da controvérsia, para discutir-se eventual abuso no ato administrativo; em consequência, sustar-se seus efeitos a fim de, por via transversa, obter-se a defesa de interesses econômicos atingidos.

Do consumidor não se cogita; mas a Portaria de que ora se cuida tem por escopo sua defesa e sua segurança.

Sem adentrar com profundidade no assunto, que merece detida reflexão, mas uma vez que se aventou com a noção de propriedade e do mínimo dos botijões, deve ser considerada a colocação do ex-Ministro do S.T.F., Oscar Dias Correa:

"A propriedade dos botijões destinados à comercialização



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Fls. nº	33	de pr.
n.º	1093	REC. 1097
ELC		

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

- fls. 08 -

de G.L.P., independentemente de quem detém a posse, é da distribuidora cuja marca está estampada no botijão, porque à primeira troca vazio-cheio se descaracteriza o vínculo dominial do primitivo adquirente, que se transfere para o novo botijão e se consolida na distribuidora. Passa a ter ele o direito de exigir que todos os de sua marca, cor e lacre lhe sejam levados à troca ou à destroca; responsabiliza-se pela sua manutenção e pela substituição (quando necessário), sendo impossível perquirir a origem e a identidade inicial.

O consumidor, com a operação inicial de aquisição do botijão, investe-se no direito de uso, permanentemente, de um botijão, em condições normais de utilização, que se mantém na operação de troca vazio-cheio."

(fls. 745 dos autos)

Tais ponderações são feitas com o intuito de demonstrar que a plausibilidade do direito invocado não é tão evidente, de sorte a implicar na concessão da cautela liminarmente.

Assim, por entender que a controvérsia se resume no choque de interesses das empresas distribuidoras de gás, que deve ser resolvido nas vias adequadas; e que a lesão de cunho irreparável é a que poderá sofrer o consumidor, desamparado em hipótese de dano, mantenho o despacho coator.

Deixo de considerar a questão da citação dos litisconsortes, por entender, tal qual o Juiz Homar Cais, que ela refoge ao âmbito de apreciação da segurança, por ser de cunho exclusivamente processual.

Denego a ordem.

É como voto.

Assinatura



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Folha n.º	34	de	
n.º	1093	de	1987
elc			

Mandado de Segurança nº 140.928 - SP

Registro nº 93.03.111772-7

Relatora : Juíza LUCIA FIGUEIREDO

Impetrante: Servgas Distribuidora de Gás S.A

Impetrado : Juízo Federal da 3ª Vara - SP

Lit. Pas. : Cia Ultragaz S.A e União Federal

VOTO VISTA

A SENHORA JUÍZA DIVA MALERBI:- Pedi vista dos autos, para melhor me apropriar da matéria vertida na ação cautelar ajuizada em primeiro grau, em cotejo com os votos proferidos pelos ilustres Juízes Silveira Bueno e Ana Scartezzini.

Trata-se de "writ" impetrado por Servgas Distribuidora de Gás S.A. contra decisão proferida nos autos da medida cautelar por ela ajuizada, que cassou a liminar ali concedida, onde se objetiva que, prevenindo a ocorrência de ato ilegal, se suspenda os efeitos dos artigos 13 e 14 da Portaria 843/90, de modo que a autora possa engarrafar os botijões "OM" regularmente adquiridos no mercado, após a devida pintura dos mesmos, ou, caso assim não se entenda, que ao menos seja concedida liminar para impedir a ação fiscalizadora da Ré, no tocante à proibição de engarrafamento de "OM". Ou, ainda, entendendo-se em não acolher os pedidos supra, seja ao menos concedida liminar para engarrafar botijão "OM" indestrutível, isto é, aqueles botijões que, recolhidos no mercado em decorrência de regular operação de venda do GLP, não venham a ser destruídos pelas companhias titulares da marca neles estampada, após terem sido interpeladas para tanto, nos termos do "caput", do art. 18, da referida Portaria 843/90. (Petição inicial da cautelar aditada a fls. 449/450).

hen



Folha n.º	35	do processo
n.º	1093	de 19.97
rlc		

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

2

Mandado de Segurança nº 140.928 - SP

Registro nº 93.03.111772-7

O juízo impetrado, ao apreciar os pedidos supra, concedeu a liminar para permitir tão somente o engarrafamento dos botijões que não sejam destrocados pelas companhias titulares da marca neles estampada, após serem interpeladas para assim procederem, salvaguardando a requerente de sofrer qualquer tipo de autuação por assim agir, sem prejuízo, todavia, da atividade fiscalizadora relativa ao peso do gás comercializado, estado de conservação dos botijões, lacre, etc. (fls. 454/455).

Posteriormente, o impetrado veio a cassar a liminar supra concedida (fls. 474), por entendê-la satisfativa, com fundamento na Lei 8.437/92, art. 1º, par. 3º, fundamentando a decisão, também, na ausência de "fumus boni iuris", determinando que a requerente promovesse a citação dos distribuidores e revendedores credenciados para guarda, manutenção e troca dos botijões de GLP, em 30 dias, sendo que contra a decisão supra foi interposto agravo de instrumento.

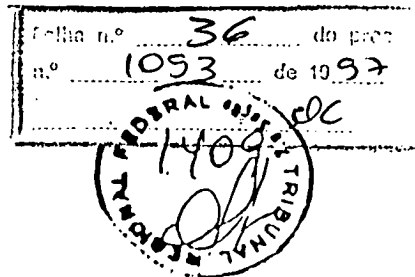
Inconformada, impetra este "writ" objetivando restaurar a liminar concedida e posteriormente cassada pelo juiz monocrático, bem como determinar a suspensão de parte do despacho que determina a citação das demais companhias como litisconsortes, tudo até julgamento do agravo de instrumento interposto.

Apreciando o pedido supra, o eminente Relator Juiz Silveira Bueno, concedeu a liminar para restabelecer a decisão que foi cassada sendo que, quanto à citação dos litisconsortes, entende que esta deve se dar entre os distribuidores de GLP estabelecidos na área de jurisdição desta Corte, já que eventual decisão

Wleit



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



3

Mandado de Segurança nº 140.928 - SP
Registro nº 93.03.111772-7

acolhendo o pedido contido na cautelar ficará restrito ao nosso território (fls. 533).

As informações foram prestadas pelo impetrado (fls. 544/545), onde este sustentou a legalidade do ato atacado.

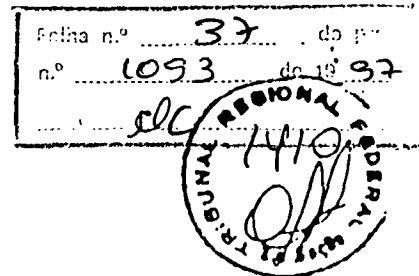
A União Federal contestou o pedido (fls. 547/551) argüindo preliminar de nulidade de todos os atos judiciais exarados em todas as instâncias por incompetência absoluta para apreciação do pedido, pois o que se visa é a suspensão dos efeitos dos artigos 13 e 14 da Portaria 843/90, que é ato administrativo do Ministro titular da então pasta da Infra-Estrutura, sendo a competência privativa do STJ. No mérito, sustenta a ausência de "periculum in mora" e de "fumus boni iuris".

No parecer do Ministério Público Federal a fls. 553/562, este, argúi em preliminar, a incompetência do impetrado para processar e julgar a cautelar interposta pela impetrante, por ser o mesmo absolutamente incompetente, tendo em vista que trata-se de incompetência funcional, considerando que o ato contra o qual se insurge reside em Portaria de Ministro de Estado. No mérito, opina pela denegação da ordem, porque o ato impugnado relativo à cassação da liminar externa ato embasado exclusivamente no ofício judicante, nos limites da livre convicção do julgador, assegurada pelo art. 131 do C.P.C., isento de qualquer ilegalidade ou abusividade.

As fls. 564/580, comparece aos autos a Companhia Ultragaz S.A., postulando sua admissão à lide como litisconsorte passiva necessária ante o interesse que tem no feito, sendo certo que já foi citada nos autos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



4

Mandado de Segurança nº 140.928 - SP

Registro nº 93.03.111772-7

da cautelar em curso em primeira instância, tendo inclusive ali apresentado contestação. Uma vez admitida como litisconsorte, requer a reconsideração do despacho que restabeleceu a liminar anteriormente cassada. Aduz nesse sentido que a cautelar intentada em primeira instância visa atacar, por via oblíqua, ato de autoridade pública, no caso Ministro de Estado, que expediu a Portaria contra a qual se insurge a ora impetrante, deslocando a competência constitucional do STJ para o juízo de primeiro grau, sendo certo que referida cautelar visa atacar ato concreto passível de ação mandamental. Outrossim, argúi que a liminar viola direitos básicos do consumidor, notadamente, o direito à segurança (art. 6º., I, Cód. Defesa do Consumidor); direito de propriedade (art. 5º, XXII, XXIII, CF), além de negar a proteção à propriedade da marca (art. 5º, XXIX, CF, e arts. 175 a 178 do Cód. de Propriedade Industrial). E por fim, alega ausência de "fumus boni iuris" e de "periculum in mora" a ensejar a concessão da liminar ora atacada.

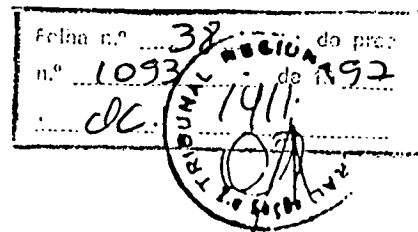
Sustenta, outrossim, que a restrição imposta pelo Poder Público através da Portaria 843/90 nada tem de ilegal, visando, sobretudo, a proteção do consumidor e que o simples fato de se estar engarrafando e comercializando botijões "OM" em desrespeito à proibição estatuída na citada Portaria, já tipifica o crime previsto no art. 65 do Cód. de Defesa do Consumidor, devendo ser, pois, suspensos de imediato os efeitos da liminar deferida neste Tribunal, sob pena de se estar subvertendo todo o ordenamento jurídico.

Em aditamento à sua manifestação supra, a Cia Ultragaz manifesta-se a fls. 780/784, esclarecendo que conforme dito pela própria impetrante,

1 9 11



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



5

Mandado de Segurança nº 140.928 - SP
Registro nº 93.03.111772-7

esta não adquire novos botijões desde 1990 e, conclui que a impetrante tem, no máximo, 60% dos vasilhames necessários para atender suas necessidades mínimas, querendo através do Poder Judiciário obter lucro fácil, já que não investe na aquisição e manutenção de botijões, distorcendo em juízo, a verdade dos fatos.

Através do despacho do juiz relator a fls. 1.157, foi a Ultragaz admitida a integrar a lide na condição de litisconsorte passiva necessária, o qual houve por bem rever a liminar antes concedida para então revogá-la ao fundamento de ausência do requisito da irreparabilidade do dano, considerando a documentação acostada pela Ultragaz, a qual demonstrou com dados do Sindicato da categoria e da própria impetrante que, se risco corre, isto se deve à sua própria política, já que não tem adquirido botijões desde 1990, apesar de haver incrementado a sua participação no mercado.

O ilustre Juiz Relator SILVEIRA BUENO, ao apreciar a matéria, houve por bem conceder a ordem para determinar que a medida cautelar em primeiro grau se processe com a liminar pleiteada, ficando a ora impetrante autorizada a engarrafar o GLP em botijões "OM", obrigando-se, contudo a proceder a sua pintura com suas cores e destaque de sua marca para efeitos de identificação. Quanto à citação dos litisconsortes, entende que a mesma se deve dar apenas entre as distribuidoras de gás engarrafado sediadas na jurisdição deste Tribunal que devem ser chamadas a integrar a medida cautelar. O Relator entendeu evidente a presença do "fumus boni iuris", embora tivesse dúvidas quanto ao "periculum in mora", dada a inércia da impetrante pela sua submissão por longo período à Portaria, salientando



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Folha n.º	39	do proc.
n.º	1093	de 93
elc		

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

6

Mandado de Segurança nº 140.928 - SP

Registro nº 93.03.111772-7

que os danos que seus dispositivos causam à atividade econômica da impetrante devem ser, ainda assim, coartadas.

Diversamente, a Juíza Ana Scartezzini vislumbra a possibilidade de dano irreparável, mas não a ser sofrido pela impetrante, e sim pelo consumidor. Entende que a questão relativa a eventual formação de cartel e a abuso de poder econômico, muito embora relevante, deve ser enfrentada em ação própria. Não se lhe afigurando, lícito, por via transversa, invalidar dispositivos de Portaria, que, em tese, se apresenta inserida na sistemática jurídica que disciplina a matéria.

Aduz a eminente Juíza que com a aposição da marca no botijão, torna-se infungível, juridicamente, o bem para outras empresas, embora seja fungível para a empresa dela detentora, ressaltando, ainda, que a fungibilidade é a do gás que está contido no recipiente, mas com este não se confunde. Que a marca é indispensável para a adequada fiscalização do GLP e para a responsabilidade em hipótese de dano. Conclui por entender que a controvérsia resume-se no choque de interesses das empresas distribuidoras de gás, e que a mesma deve ser resolvida nas vias adequadas, sendo que a lesão de cunho irreparável é a que poderá sofrer o consumidor, desamparado em hipótese de dano, e, por fim, denega a segurança. Deixa, outrossim, de considerar a questão de citação dos litisconsorte, por entender, tal qual o Juiz Homar Cais, que ela refoge ao âmbito de apreciação da segurança, por ser de cunho exclusivamente processual.

Henr



Folha n.º	40	de	1053
n.º	1053	de	1053
clc			

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

7

Mandado de Segurança nº 140.928 - SP
Registro nº 93.03.111772-7

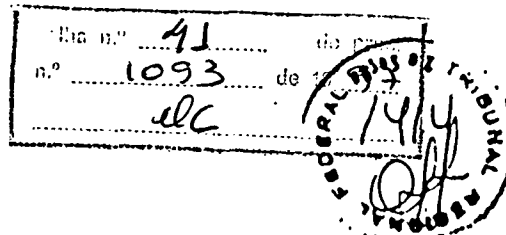
A matéria preliminar encontra-se superada à unanimidade por esta Seção. No mérito, com a vênica devida aos meus eminentes pares que me antecederam na votação do caso "sub judice" e que entenderam por bem em conceder a ordem nos termos em que o fez o Ilustre Juiz Relator, ousou dos mesmos discordar e o faço nos seguintes termos.

Não vislumbro configurada a aparência do bom direito. Como demonstrou a ilustre Juíza Ana Scartezzini, a indigitada Portaria 843/90 não se evidencia excessiva pelos expedientes que contém, a ponto de revestir-se de ilegalidade, pois haveria proporcionalidade entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida.

Deveras, a marca estampada nos botijões de gás, em circulação, destina-se a identificar, não a esfera de domínio de alguém, mas a um serviço de distribuição. No entanto, a marca tem como finalidade principal, a indicação e a orientação do consumidor, quanto à origem ou à procedência do produto.

Nesse sentido, foi editada a Resolução 15/77, pelo Conselho Nacional de Petróleo, proibindo a existência de recipientes transportáveis de GLP sem a marca da distribuidora, ao fundamento de que está (a marca) é que propicia e viabiliza a fiscalização do GLP. A assistência técnica ao consumidor far-se-á pela distribuidora ou seu representante, identificáveis, por meio da marca, cor e lacre do recipiente.

Ademais disso, a obrigação de apor no vasilhame marca identificadora do distribuidor, como demonstrou a Juíza Ana Scartezzini, parece proporcional



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

8

Mandado de Segurança nº 140.928 - SP

Registro nº 93.03.111772-7

ao resultado pretendido e tutelado pela ordem jurídica, na medida em que guarda compatibilidade com o Código do Consumidor, que prevê a solidariedade na responsabilização, aferível mediante a marca estampada no botijão. Assim a intensidade da medida de polícia administrativa não é maior que a necessária para a compulsão do obrigado, sob pena de perecimento da matéria relativa ao consumidor, como é o caso dos autos, sendo certo que a Portaria 843/90 tem por escopo a sua defesa e segurança.

Por derradeiro, não se acha demonstrado de plano que a extensão da medida contida na Portaria 843/90 seja maior que a necessária para a obtenção do resultado lícitamente perseguido, pois alterar a cor do botijão, de modo a permitir a identificação de quem o engarrafa, mantém em aberto o problema da responsabilidade solidária em relação ao consumidor.

Muito embora se cogite de matéria relativa ao consumidor, não se pode dissociá-lo de normas administrativas que visam resguardá-lo frente aos grandes interesses que norteiam a atividade econômica dos particulares.

Em nome dos interesses econômicos em que se resume a controvérsia em questão e que tem sede própria para ser solucionada, não se pode deixar o consumidor alheio a qualquer proteção. Este sim, estaria na iminência de sofrer danos decorrentes da falta do produto.

Ausente a relevância do fundamento da impetração, ainda que existente o "periculum in mora",



Processo nº	42		
n.º	1093	de	31/5
ELC			

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

9

Mandado de Segurança nº 140.928 - SP
Registro nº 93.03.111772-7

ele não é suficiente à concessão da medida liminar pleiteada na ação cautelar de primeiro grau.

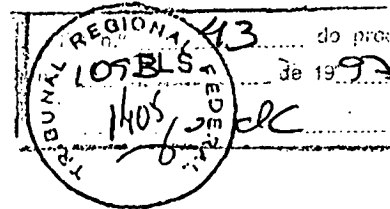
No que concerne à citação dos litisconsortes, tal como entendido pelos eminentes Juízes Homar Cais e Ana Scartezzini, a mesma é matéria exclusivamente processual, fugindo ao âmbito de apreciação em sede mandamental.

Pelos fundamentos ora aduzidos, pedindo vênias ao Senhor Relator e aos que o acompanharam, o meu voto é pela denegação da ordem, nos termos em que ora o faço.

É como voto.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
MINUTA DE JULGAMENTO

*** SEGUNDA SECAO ***



93.03.111772-7

140928

MS-SF

PAUTA: 07/06/94 JULGADO: 29/11/94

RELATOR: Exmo. Sr. JUIZ SILVEIRA BUENO
PRESIDENTE DA SESSAO: Exmo. Sr. JUIZ OLIVEIRA LIMA
PROCURADOR DA REPUBLICA: Exmo. Sr. SAMIR HADDAD

AUTUACAO

IMPTE : SERVIGAS DISTRIBUIDORA DE GAS S/A
IMPDO : JUIZO FEDERAL DA 3 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
LIT.PAS : CIA ULTRAGAZ S/A
LIT.PAS : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADOS

ADV : JARBAS ANDRADE MACHIONI e outros
ADV : JOAO EDUARDO NEGRAO DE CAMPOS
ADV : ELIANE YACHOUH ABRAO

SUSTENTACAO ORAL

CERTIDAO

Certifico que a Egrégia SEGUNDA SECAO ao apreciar o processo em epigrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o Julgamento, a Seção, por maioria concedeu a Ordem, nos termos do voto do Sr Juiz Relator, com quem votaram os Srs Juizes Andrade Martins e Márcio Moraes. Vencidos os Srs Juizes Ana Scartezzini e Diva Malerbi que denegavam a Segurança e, em parte, o Sr Juiz Homar Cais que a concedia parcialmente.

Ausente, Justificadamente, o Sr Juiz Márcio Moraes.



VANIA MARIA NUNES MOREIRA
Secretário

094030160
031271130
03850



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

MANDADO DE SEGURANÇA n.º 144.736/SP

Registro n.º : 94.03.016312-7
Impetrante : ONOGÁS S/A — Indústria e Comércio
Advogados : Jarbas Andrade Machioni e outras
Impetrado : Juízo Federal da 3.ª Vara - São Paulo/SP
Interessada : SEVGÁS — Distribuidora de Gás S/A
Litis. passiva : União Federal
Advogado : Rubens Lazzarini
Relator : Juiz HOMAR CAIS — Segunda Seção

E M E N T A

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL — LIMINAR INDEFERIDA EM MEDIDA CAUTELAR PROPOSTA NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO — PORTARIA n.º 843/90 DO MINISTÉRIO DA INFRA-ESTRUTURA — PROIBIÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE BOTIJÕES DE OUTRAS MARCAS PARA ENGARRAFAMENTO DE GÁS LIQÜEFEITO

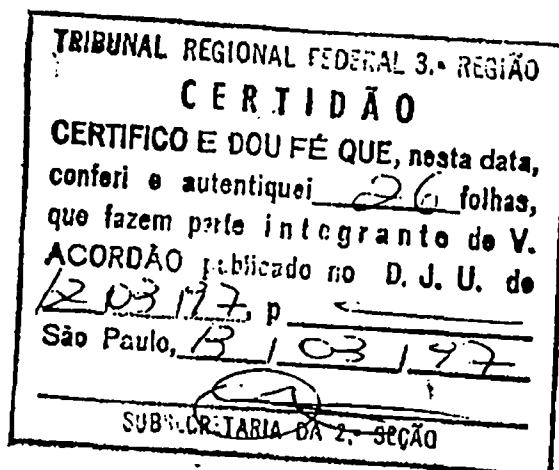
- 1 - Presentes o "fumus boni juris" e o "periculum in mora", concede-se a ordem para que a medida cautelar seja processada com liminar. Precedentes na Corte.
- 2 - Segurança concedida.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, por maioria, conceder a segurança, nos termos do relatório e votos, que integram o presente julgado.

São Paulo, 17 de setembro de 1996 [data do julgamento].

Juiz HOMAR CAIS
RELATOR





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 144.736/SP

Registro n.º : 94.03.016312-7

Impetrante : Onogás S/A Indústria e Comércio

Impetrado : Juízo Federal da 3ª Vara de São Paulo/SP

Relator : Juiz HOMAR CAIS - Segunda Seção

Processo n.º 45 do por
n.º 1093 de 19 97



RELATÓRIO

ONOGÁS S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO propôs perante o Juízo Federal da 3ª Vara de São Paulo medida cautelar preparatória de ação declaratória com o objetivo de discutir a validade da Portaria n.º 843/90, do Ministro de Estado da Infra-Estrutura, tendo-lhe sido negada a liminar para a utilização ou a destroca de botijões de GLP de outras marcas, razão pela qual impetrou o presente "writ", onde o pedido de liminar foi renovado, sustentando-se a ocorrência dos pressupostos legais ensejadores de sua concessão.

À vista da existência de seus pressupostos autorizadores, concedi a liminar para que pudesse a impetrante engarrafar botijões de outras marcas que não fossem destrocados pelas empresas titulares das marcas neles estampadas, após a devida pintura dos mesmos e desde que tivessem referidas empresas sido regularmente interpeladas para fazê-lo, sem se sujeitar a sanções por parte do órgão fiscalizador por assim proceder (fls. 982).

A autoridade coatora informa às fls. 992/994 que indeferiu a pleiteada liminar, por entender inexistente a plausibilidade do direito invocado, vez que "as determinações contidas na Portaria 843/90 não violam o princípio da legalidade, mas apenas disciplinam o exercício adequado de um serviço autorizado de utilidade pública e a Portaria foi expedida pela Autoridade competente para normatizar instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos (art. 87, parágrafo único, II, da C.F.)".

Citada na qualidade de litisconsorte passiva necessária, sustenta a União Federal em sua contestação (fls. 985/990) a incompetência do juízo Federal para julgar a ação cautelar, ao fundamento de que os mandados de segurança contra atos de Ministros devem ser julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, a teor do disposto no artigo 105, inciso I, letra "b" da Constituição Federal e, no mérito defende a manutenção do ato impugnado, eis que a liminar pleiteada tem caráter satisfativo e sua concessão afronta a Lei n.º 8.437/92, acrescentando, ademais, que a Portaria Ministerial está amparada em Decreto regulamentador da Presidência da República e que, quanto à citação dos litisconsortes deve ela restringir-se às empresas estabelecidas na área de jurisdição deste Tribunal.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem, face à inexistência de qualquer ilicitude ou abuso no ato judicial impugnado.

Alegando que foram citadas como litisconsortes passivas nos autos da Ação Cautelar que a Impetrante move contra a União Federal perante aquele mesmo Juízo, peticionaram AGIP LIQUIGÁS S/A E CIA. ULTRAGAZ S/A (fls. 1.024/1.039) requerendo sua admissão no feito na qualidade de assistentes litisconsorciais dos impetrados, o que foi deferido.

É o relatório.

C

msgás

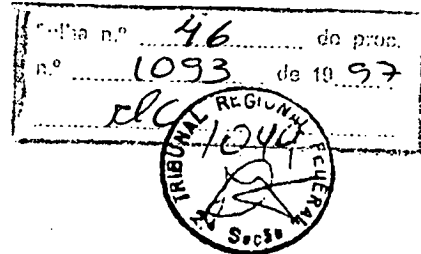
094030160
031273130
03840



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 144.736/SP

Registro n.º : 94.03.016312-7
Impetrante : Onogás S/A Indústria e Comércio
Impetrado : Juízo Federal da 3ª Vara de São Paulo/SP
Relator : Juiz HOMAR CAIS - Segunda Seção



EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL - LIMINAR INDEFERIDA EM MEDIDA CAUTELAR PROPOSTA NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO - PORTARIA N.º 843/90 DO MINISTÉRIO DA INFRA-ESTRUTURA - PROIBIÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE BOTIJÕES DE OUTRAS MARCAS PARA ENGARRAFAMENTO DE GÁS LIQUEFEITO.

Presentes o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora", concede-se a ordem para que a medida cautelar seja processada com liminar. Precedentes na Corte.

VOTO

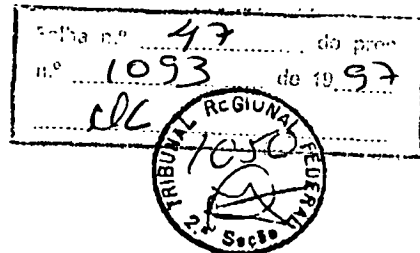
A matéria em discussão foi objeto de apreciação por esta Segunda Seção quando do julgamento do Mandado de Segurança n.º 93.03.111772-7/SP, ocasião em que acompanhei o voto do então Juiz Relator Silveira Bueno para conceder a ordem única e exclusivamente para o reengarrafamento de OM, deixando de concedê-la apenas no tocante a aspecto de ordem instrumental relativo à citação de eventuais litisconsortes, por entender que tal matéria refoge ao âmbito do "writ".

Naquela oportunidade esta Seção entendeu ser inaplicável à espécie a regra do artigo 1.º da Lei n.º 8.437/92, ao fundamento desenvolvido pelo voto condutor, segundo o qual

"A Constituição estabeleceu as competências dos Tribunais Superiores em "numerus clausus" sem dar margem a sua alteração por meio de lei, diferentemente do que fez em relação, por exemplo, à competência da Justiça Federal, no artigo 109, parágrafo 3.º.

Com efeito, no referido dispositivo, além de fixar a competência excepcional da Justiça Estadual para decidir determinadas causas, o constituinte autorizou que a lei venha a incluir outras demandas dentre as que podem ser processadas e julgadas pela Justiça Comum dos Estados.

Assim, quisesse o constituinte atribuir aos Tribunais a competência para julgar também as referidas medidas cautelares ajuizadas para impugnar ato de autoridade, teria estabelecido tal regra no próprio texto, ou ensejado que a lei viesse a fazê-lo. Contudo, nem uma nem outra solução foi por ele



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

adotada. Nem fixou a competência dos tribunais para processar e julgar tais causas, além do Mandado de Segurança como, também, não permitiu que a lei o fizesse.

Tal atitude, aliás, foi das mais sábias. Com efeito, a prevalecer a regra em exame, a Justiça de 1ª instância acabaria esvaziada pois dificilmente haverá ato administrativo cujo suporte jurídico não esteja fundado em atos de autoridade submetidos, na via da segurança, à jurisdição do Supremo Tribunal Federal ou do Superior tribunal de Justiça."

Comungando com as razões acima expendidas, afasto a preliminar argüida pela União Federal.

Quanto aos argumentos levantados a respeito da satisfatividade da cautela pretendida, penso que em face da irreparabilidade do dano ou da dificuldade de sua reparação, nada mais resta ao juiz senão, em certas hipóteses, antecipar a cautela para evitar o perecimento do direito. Aliás, é muito antiga a preocupação com os efeitos perversos da demora na prestação da tutela que o processo deve oferecer a quem tem razão, havendo Carnelutti observado que *"o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas"*, como lembra Cândido Rangel Dinamarco¹ ao aplaudir as alterações trazidas pela Lei n.º 8.952, de 13/12/94, que introduziu no Código de Processo Civil, entre outros aspectos, a tutela jurisdicional antecipada.

É, a meu ver, irretorquível a presença do "fumus boni iuris", na medida em que a regulamentação da utilização de botijões de gás pelas distribuidoras é matéria que ultrapassa o poder de polícia da administração pública, invadindo espaço constitucionalmente resguardado à livre iniciativa e à livre concorrência (CF, artigo 170 e inciso IV).

O princípio da legalidade impõe à Administração Pública o dever de nada mais fazer senão o que a lei determina (CF, artigo 5.º, II; CTN, artigo 97, III).

Ou, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello²

"Nos termos do art. 5.º II, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Aí não se diz, "em virtude de" decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se "em virtude de lei". logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se, em lei, já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar".

A imposição de restrições ao exercício da atividade econômica relativa à comercialização de gás liquefeito de petróleo só pode ser veiculada por norma regulamentar, cujo teor seja dar cumprimento a anterior previsão legal, observados os princípios previstos no artigo 170

¹ "A Reforma do Código de Processo Civil", Malheiros Editores, 3ª Edição, 1996, págs. 140/141.

² Elementos de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 3ª edição, 1992, págs. 50/

C



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Processo nº 48 de 1997
n.º 1053 de 1997
elc



da Constituição Federal. No dizer do eminente Juiz Silveira Bueno *"querer regulamentar a matéria pela via administrativa, sob o pressuposto da proteção ao consumidor, não corresponde à verdade e significa invadir o campo de atuação dos particulares."*³

Inegável também a presença do "periculum in mora", uma vez que a atividade empresarial da impetrante pode ficar seriamente comprometida, se não puder utilizar-se dos botijões de outras marcas, de empresas que concentram a maior fatia do mercado, ou se não puder destruí-los. Na sistemática do comércio de botijões de gás, quem os coloca em circulação tem conhecimento de que ao fazê-lo perde a disponibilidade sobre o bem, pois é sabido que para comprar o gás o consumidor precisa antes dispor do botijão, que pode ser adquirido dos próprios distribuidores quando cheios ou vazios junto ao comércio em geral.

Requer a impetrante às fls. 1005/1006 autorização para substituir a pintura dos botijões pela aposição de um selo indestrutível em seu corpo, estampado com seu nome, o qual deverá ser objeto de exame pelo Juízo da causa principal e não nesta sede, pois que o pleito implica em alteração do pedido inicial.

Ante o exposto, por meu voto, ratificando os termos da liminar concedida, concede-se a ordem em definitivo para que a medida cautelar seja processada, concedendo-se a liminar para que a impetrante possa engarrafar botijões de outras marcas que não sejam destruídos pelas empresas titulares das marcas neles estampadas, após a devida pintura dos mesmos e desde que tenham referidas empresas sido regularmente interpeladas para fazê-lo, sem se sujeitar a sanções por parte do órgão fiscalizador por assim proceder.

É como voto.

Juiz HOMAR CAIS
Relator

msgás

³ Mandado de Segurança n.º 140.928 (Reg. n.º 93.03.111772-7), TRF 3ª Região, Segunda Seção, Relator Juiz Silveira Bueno, j. 29/11/94, Segurança concedida.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Folia n.º	49	de p.º
n.º	1093	de 10.92

clc



proc. n.º 94.03.01612-7

DECLARAÇÃO DE VOTO

A questão "sub judice" já foi por mim examinada nos autos do proc. n.º 93.03.111722-7, no qual exarei voto que a ela se aplica inteiramente, "in verbis":

"Superada a matéria preliminar, que à unanimidade foi repelida, no mérito o eminente Relator concedeu a ordem para determinar que a medida cautelar se processe em primeiro grau com a liminar pleiteada. Pode a impetrante engarrafar o G.L.P. em botijões "OM", obrigando-se a proceder a pintura em suas cores e destaque de sua marca para efeitos de identificação. No tocante à citação dos litisconsortes, entendeu que apenas as distribuidoras de gás engarrafado sediadas na jurisdição desta Corte devem ser chamadas a integrar a medida.

Pedi vista dos autos, em razão do meu posicionamento, já firmado de que só em hipóteses de ilegalidade ou abuso de poder, que eivem o despacho atacado, se justifica sua substituição pelo entendimento desta Corte.

myl



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Processo nº	50	do proc.
nº	1093	da 12. 97
2		

Outra possibilidade é a de que dessa decisão advenha lesão de cunho irreparável ao impetrante.

O voto do eminente relator entendeu evidente a presença do "fumus boni iuris", embora tivesse dúvidas quanto ao "periculum in mora", dada a inércia da impetrante pela sua submissão por longo período à Portaria. Mas salientou que os danos que seus dispositivos causam à atividade econômica da impetrante devem ser, ainda assim, coartados.

Vejo, com a vênia devida ao Sr Juiz Relator, e aos prolores dos votos que se lhe seguiram, a matéria sob outro enfoque.

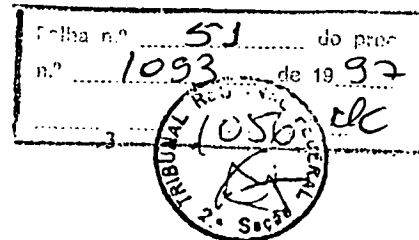
Há a possibilidade de lesão irreparável mas não a ser sofrida pela impetrante.

A meu ver, ainda que relevante, a questão atinente a eventual formação de cartel e a abuso de poder econômico deve ser enfrentada em ação própria, com mecanismos adequados. Não se me afigura, porém, lícito, por via transversa, invalidar dispositivos de Portaria, que, em tese, se apresenta inserida na sistemática jurídica que disciplina a matéria.

Dadas as dificuldades na celebração do contrato cogitado no mencionado texto, pretende a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



impetrante retirá-lo do mundo jurídico, quando, na verdade, o que deveria ser coibida é a tentativa de insubordinação ao mesmo, através de táticas de inviabilizá-lo.

Se há formação de cartel, ou ao menos indícios de sua existência, isso deve ser averiguado em profundidade, dada a gravidade de tais afirmações, mas nas vias apropriadas.

Assevera o Prof. Miguel Reale, em seu parecer acostado aos autos, que nada há a ser protegido, em razão da marca aposta no botijão, a não ser a qualidade do serviço. E que o exercício do comércio não pode sofrer restrições "ex vi" de uma portaria. Há apenas a preservação de uma categoria de assistência técnica sem tornar o botijão bem móvel de propriedade da distribuidora.

Eros Grau, autor de outro dos pareceres anexados aos autos, sustenta que a marca não identifica a propriedade e que o revendedor detém o domínio sobre o botijão.

Embora todas essas questões devam ser dirimidas no bojo da medida cautelar proposta perante a 3ª Vara da Justiça Federal, não há como fugir de algumas considerações para situar com

amp



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Folha n.º 52 da proc.
n.º 1093 de 19 97
clc



clareza a natureza do dano a justificar a eventual reforma do despacho coator.

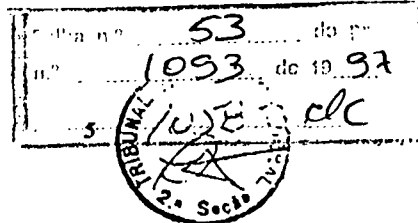
Ensina Gama Cerqueira, ao examinar várias definições de marca que esta tem como fim principal indicar ao consumidor a origem ou procedência dos produtos e não a de identificá-los e distingui-los dos similares.

Em consequência, a proteção da marca não se limita apenas a assegurar direitos e interesses, mas a própria coletividade, o consumidor, a fim de que tenha elementos para aferir a origem do produto e do serviço prestado.

Nesse sentido, foi emanada a resolução 15/77 pelo Conselho Nacional do Petróleo que não permitia a existência de recipientes transportáveis de G.L.P. sem a marca da distribuidora, considerando que esta propicia a melhor fiscalização do G.L.P.

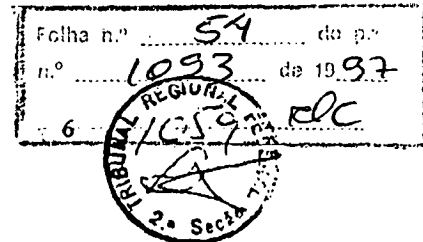
E a assistência técnica ao consumidor far-se-á pela distribuidora ou seu representante, identificáveis, através da marca, com lacre do recipiente.

Sustenta a impetrante, ainda, que os botijões são coisas fungíveis, razão pela qual abstrai-se da marca, a fim de possibilitar-se a troca





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



oferece segurança porque deve ser inspecionado periódica e sistematicamente.

Na Revista do Gás a fls. 39, consta que:

"...em média, a cada 30 dias um botijão retorna à distribuidora, passando por um check-up completo, antes de ser recarregado. Além da parte estética, que se conserva com uma pintura, a parte técnica é revista, com rigor, sendo tirado da circulação todo recipiente que apresentar defeitos, seja de amassamento ou desgaste em seu corpo ou de mau funcionamento de suas válvulas. Se houver condições, o botijão é reparado e devolvido à circulação. Do contrário, é recusado como sucata, inapelavelmente."

Como aferir-se se essa inspeção está sendo corretamente efetuada, senão mediante contrato avençado entre a distribuidora, cuja marca se encontra colocada no botijão, e outra que o tenha em seu poder, nos termos preconizados pela portaria.

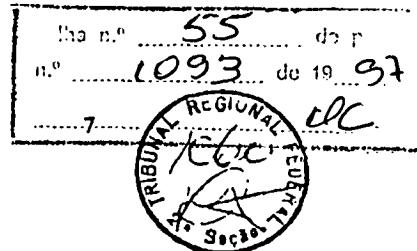
anup

O Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello, em seu parecer, porém, assevera:

"Ora se a obrigação de apor no vasilhame marca identificadora do distribuidor, conjugada com o óbice de envasilhar os de outras marcas (salvo acordo prévio entre os interessados), objetiva ensejar-lhe identificação, para fins de controle e eventual responsabilidade em caso de acidente relacionado com o fornecimento do G.L.P. ao consumidor - única razão idônea que poderia justificar a exigência - então, ela é, de um lado excessiva, desnecessariamente gravosa, impondo limitações mais amplas que as requeridas para atender sua finalidade e de outro insuficiente e contraditória, no que se revela desarrazoada."



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



"Data venia", a exigência não se apresenta excessiva, nem desarrazoada, na medida em que decorre da sistemática jurídica agasalhada pelo Código do Consumidor, que estabelece a solidariedade na responsabilização.

A solidariedade não se presume: resulta da lei ou da vontade das partes nos termos do art. 896 do Código Civil. E na responsabilidade civil "ex delicto", haverá solidariedade entre os co-autores do ato danoso (parágrafo único do artigo 1518).

Não se afigura suficiente, pelo menos em sede de exame superficial, como é que o enseja a concessão de uma liminar, alterar-se a cor do botijão, de tal sorte a identificar quem o engarrafou.

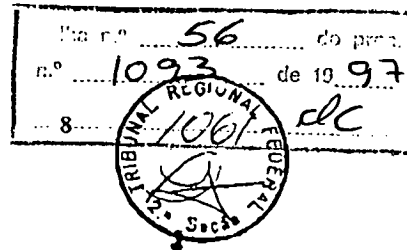
atuf

A própria impetrante reconhece a precariedade da situação atual ao sugerir que poderiam ser adotadas cautelas necessárias como a entrega de um selo de garantia ao consumidor como é feito na Argentina, para identificar o vasilhame que lhe foi entregue.

De qualquer sorte, remanesce o problema da responsabilidade solidária em relação ao consumidor.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



Na verdade, na prática avulta o problema na chamada destroca dos vasilhames a acirrar os interesses econômicos envolvidos. Tanto assim é que somente agora se insurge a impetrante contra os termos da portaria, que data de 1990. Desloca-se o ponto fulcral da controvérsia, para discutir-se eventual abuso no ato administrativo: em consequência, sustar-se seus efeitos a fim de, por via transversa, obter-se a defesa de interesses econômicos atingidos.

Do consumidor não se cogita; mas a portaria de que ora se cuida tem por escopo sua defesa e sua segurança.

Sem adentrar com profundidade no assunto, que merece detida reflexão, mas uma vez que se aventou com a noção de propriedade e domínio dos botijões, deve ser considerada a colocação do ex-Ministro do S.T.F., Oscar Dias Correa:

“ A propriedade dos botijões destinados à comercialização de G.L.P., independentemente de quem detém a posse, é da distribuidora cuja marca está estampada no botijão, porque à primeira troca vazio-cheio se descaracteriza o vínculo dominial do primitivo adquirente, que se transfere para o novo botijão e se consolida na distribuidora. Passa a ter ele o direito de exigir que todos os de sua marca, cor e lacre lhe sejam levados à troca ou à destroca; responsabiliza-se pela sua manutenção e pela substituição (quando necessário), sendo impossível perquirir a origem e a identidade inicial.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

folha n.º	57	do pro.
n.º	1093	de 19 97
9		

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
1062
Sec. 12

O consumidor, com a operação inicial de aquisição do botijão, investe-se no direito de uso, permanentemente, de um botijão, em condições normais de utilização, que se mantém na operação de troca vazio-cheio.”
(fls. 745 dos autos)

Tais ponderações são feitas com o intuito de demonstrar que a plausibilidade do direito invocado não é tão evidente, de sorte a implicar na concessão da cautela liminarmente. Assim, por entender que a controvérsia se resume no choque de interesses das empresas distribuidoras de gás, que deve ser resolvido nas vias adequadas; e que a lesão de cunho irreparável é a que poderá sofrer o consumidor, desamparado em hipótese de dano, mantenho o despacho coator.

Deixo de considerar a questão da citação dos litisconsortes, por entender, tal qual o Juiz Homar Cais, que ela refoge ao âmbito de apreciação da segurança, por ser de cunho exclusivamente processual.

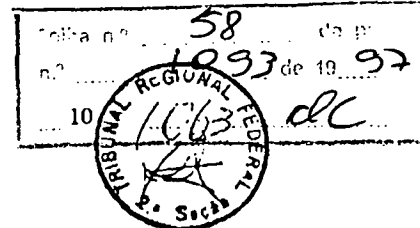
Denego a ordem.”

Na verdade, a questão deve ser julgada em seus devidos termos.

A Administração exerceu seu poder-dever de fiscalizar, evidentemente para tal mister desnecessária a emanção de lei específica que trace limites ou determine o exato alcance da atividade administrativa.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



Na expedição de um alvará, a autoridade municipal estabelecerá restrições ao direito de propriedade, sem que haja necessidade de lei anterior, mas tão somente examinar-se-á se incorreu abuso de poder em tal exercício.

A meu sentir, a fiscalização é atividade inerente à administração. Na hipótese dos autos, o ato administrativo estabeleceu as condições necessárias para que a fiscalização fosse eficiente no engarrafamento do G.L.P.

Não se pode deslocar a discussão da tese para a singela alegação de ter a portaria veiculado proibição não constante em lei. Ressalte-se que o ato administrativo foi emanado pelo órgão competente para fazê-lo.

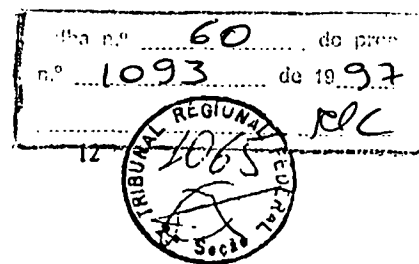
Pelo exame superficial das alegações, não vislumbrei a plausibilidade do direito invocado.

O que resta incontroverso é a necessidade de criação de mecanismo eficaz para possibilitar a efetiva destroca dos vasilhames, mas tal fato não gera a consequência de invalidar-se a portaria.

De outro lado, não se acha presente o outro requisito, "periculum in mora", pois o ato administrativo foi emanado em 1990. Assim, não pode a parte invocar o perigo da demora se durante anos submeteu-se ao ato administrativo, sem nada invocar.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

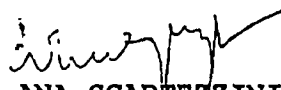


Tanto reconhece a impetrante que se revela ineficaz a situação de fato, sem a observância da Portaria, que pretende a aposição de um selo para identificação do responsável pelo engarrafamento.

A conclusão a que se chega, pela análise dos documentos ofertados, é a de que o cerne da questão é o entrelchoque de interesses econômicos, em razão da destroca dos botijões, que vem sendo inviabilizada por algumas empresas.

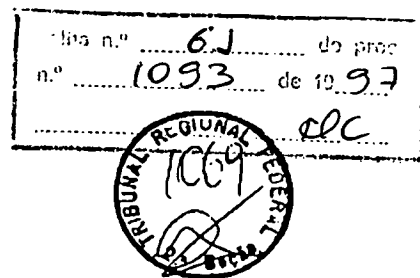
Pelo exposto, mantenho meu entendimento anteriormente exarado no voto proferido no processo nº 93.03.111772-7, cujas razões de decidir integram este voto, no sentido de manter o indeferimento da liminar, denegando a ordem.

É como voto.


JUÍZA ANA SCARTEZZINI



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



MANDADO DE SEGURANÇA Nº 94.03.016312-7/SP

RELATOR : O EXMO. SR. JUIZ HOMAR CAIS
IMPTE. : ONOGÁS S/A IND. E COM.
IMPDO. : JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO PAULO
INTERES. : SEVGÁS DISTRIBUIDORA DE GÁS S/A
LIT PAS. : UNIÃO FEDERAL
ADVOGADOS : JARBAS ANDRADE MACHIONI e outros
RUBENS LAZZARINI

VOTO (VISTA)

O Senhor Juiz **SOUZA PIRES**. Em princípio, sempre entendi ser descabível mandado de segurança contra ato judicial devidamente fundamentado, exarado por Juiz competente, consistente no indeferimento de liminar.

Esse entendimento tinha respaldo no respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, no regime de **competências estritas** presentes na Constituição da República, na necessidade de não se subverter a natureza jurídica do "mandamus", tendente a transformá-lo em um verdadeiro recurso, tudo a possibilitar manifestações díspares e conflitantes, entre a Seção (mandado de segurança) e Turma (agravo ou apelação).

Esse posicionamento veio a ser cristalizado em lei, no momento em que o Legislador possibilitou ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Relha n.º	62	do proc.
n.º	1093	de 19 97
dc		



Relator conferir efeito suspensivo ao agravo de instrumento (lei nº 9.139/95).

A partir da vigência dessa lei, todos os membros do Tribunal, à unanimidade, passaram a entender ser descabível o mandado de segurança contra ato judicial que não incorresse em aberração jurídica.

O presente "mandamus" foi impetrado antes da vigência da lei nº 9.139/95, daí a divergência processual entre o posicionamento do Senhor Juiz Relator e da Senhora Juíza Ana Scartezzini.

Assinalo, ainda, que, aparentemente, por dever de coerência, deveria também denegar a segurança.

Contudo, a hipótese em tela não se amolda aos casos em que a tese jurídica é controversa ou se insere dentro de razoável subjetivismo do juiz da causa.

Ao contrário, a impetrante deseja não sofrer punições administrativas, em face de normatização desgarrada de amparo legal.

O caso é, assim, suscetível de ser apreciado, uma vez que a impetrante não é carecedora da ação proposta.

No mérito, o meu pensamento se afina com o exarado pelo Juiz Federal Carlos Alberto Rocha, o qual, examinando hipótese análoga, afirmou:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Fla. nº	63	de p.	
n.º	1093	de 19	97
clc			



"Vislumbro na argumentação e documentação apresentadas, o 'fumus boni iuris'.

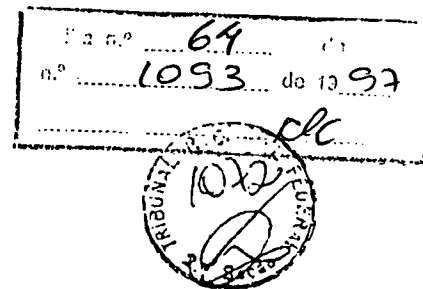
O 'periculum in mora' se evidencia pelos prejuízos que deverá a Requerente suportar, caso tenha seus botijões apreendidos. Com efeito, se de um lado a Portaria nº 843/90 permite que a distribuidora proceda ao enchimento de botijões de outras marcas, 'desde que previamente acordado mediante contrato assinado e celebrado entre as distribuidoras interessadas', (art. 14), de outro, determina que elas são obrigadas a 'receber vasilhames vazios de outras marcas no atendimento ao consumidor procedendo a destroca com as distribuidoras ou revendedoras correspondentes, no menor prazo possível' (art. 18).

Ora, é fácil perceber que se houver recusa na celebração do contrato previsto no artigo 14, e não houver botijões para a efetivação da destroca mencionada no artigo 18, a requerente poderá ver-se impedida de comercializar aqueles que foi obrigada a receber. Acresça-se a esse raciocínio o conteúdo da resposta dada pelo Diretor para Assuntos Sociais e Jurídicos da Associação dos Fiscais de Derivados de Petróleo - AFIPETRO, ao quinto quesito formulado pela Requerente

9



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



na interpelação que dirigiu à entidade (fls. 322/323).

Por outro lado, não seria aconselhável atender ao pedido formulado originariamente, sem antes ouvir a Requerida.

Tudo isso considerado, e para que não haja solução de continuidade nas atividades da Requerente, concedo a liminar pleiteada conforme o requerido às fls. 359/360, isto é, para permitir tão somente o engarrafamento dos botijões que não sejam destracados pelas companhias titulares da marca neles estampada, após serem interpeladas para assim procederem.

Até ulterior decisão deste Juízo, não poderá a Requerente sofrer qualquer tipo de autuação por agir de conformidade com o acima estabelecido, sem prejuízo, contudo, da atividade fiscalizadora relativa ao peso do gás comercializado, estado de conservação dos botijões, lacre, etc."

Outrossim, comungo do pensamento do ilustre Juiz Silveira Bueno, o qual, examinando caso semelhante, teceu as seguintes considerações:

"Sergás Distribuidora de Gás S/A
ajuizou medida cautelar pleiteando a
suspensão de Portaria nº 843/90 do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

folha n.º	65	do proc.
n.º	1093	de 19.92
de		
1093		
2		

Conselho Nacional de Combustíveis que impedia a requerente de se utilizar de botijões de outras marcas (OM) para o engarrafamento do Gás Liquefeito de Petróleo - G.L.P..

O MM. Juiz "a quo" deferiu a medida liminar para permitir que a requerente pudesse se utilizar dos (OM) cuja troca, preconizada na referida Portaria não tivesse conseguido.

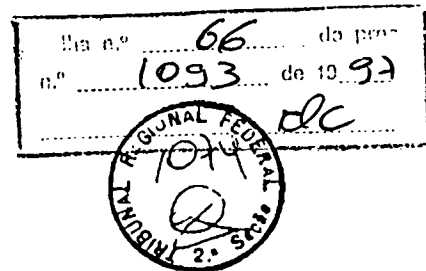
Após a contestação, a MM. Juíza que sucedeu o autor do despacho liminar, entendeu ser ele de cunho satisfativo e ausente o pressuposto do 'fumus boni iuris', revogou a cautelar concedida bem como determinou à requerente que promovesse a citação de todos os distribuidores e revendedores de G.L.P. em trinta dias.

Inconformada, interpôs agravo de instrumento contra a referida decisão e concomitantemente o presente 'writ': visando ao restabelecimento da liminar bem como a cassação da decisão, que determinou a citação dos litisconsortes.

Verifico da documentação acostada aos autos especialmente o r. despacho concessivo da liminar e pareceres dos ilustres juristas Miguel Reale e Eros Grau, que o conteúdo do pedido da ora impetrante é bastante plausível eis que a regulamentação veiculada pela Portaria 843/90 - proibição de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



utilização de botijões de outras marcas (OM) - é de natureza comercial e de interesse de seu proprietário. Neste sentido, aliás, o pronunciamento do Presidente do C.N.C. encaminhado ao líder do governo na Câmara dos Deputados (fls. 507).

Por outro lado, a medida embora parcialmente satisfativa, se não concedida pode implicar na inviabilização das atividades da ora impetrante. Assim, entre os dois valores quero crer que deva seguir as lições de Cândido Dinamarco segundo o qual 'em situações de riscos equilibrados, é preferível optar por soluções que não deixem o direito material a sacrifício' e de consequência, restabeleço a liminar cassada pela digna autoridade coatora até por que expedida com rigorosa cautela.

Quanto à necessidade de citação dos litisconsortes penso que, somente os distribuidores de G.L.P. estabelecidos na área de jurisdição desta Corte devam ser citados já que eventual decisão acolhendo o pedido contido na cautelar ficará restrito ao nosso território. Já os revendedores de G.L.P. em nada serão beneficiados, ou prejudicados com a discussão que ora se trava na medida cautelar.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Fla. nº 67 do p.
n.º 1053 de 19.97
RC



Comuniquem-se, solicitando-se as informações.

A impetrante deverá ainda, promover nestes autos, a citação da União Federal para, querendo, comparecer a estes autos como litisconsorte."

Com efeito, é evidente que a impetrante tem o direito constitucional de existir e de atuar no mercado.

Nesse passo, se a aplicação da norma administrativa impede que a empresa funcione, mercê da eventual má-fé das concorrentes maiores, as quais criam obstáculos intransponíveis à destroca dos botijões, o dispositivo normativo que impede a utilização de botijões de outras marcas (O.M.) é írrito, de valor nenhum, uma vez que atenta contra a livre iniciativa.

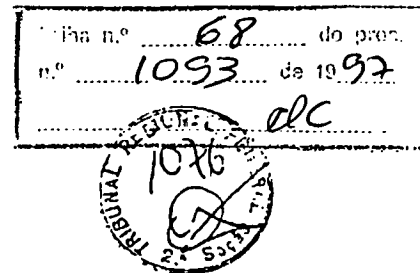
Assim, entendo que a ordem deveria ter sido concedida, mas apenas para confirmar a liminar de fl. 952, mantendo-se a eficácia do "decisum" até a preclusão do decisório que vier a ser exarado no agravo de instrumento que tramita perante este Tribunal.

Observo, ainda, que deixo de adotar a amplitude empregada pelo Senhor Juiz Relator, em seu ilustrado voto, a uma porque os estreitos limites do "iter" processual do "mandamus" não comportam produção probatória tão ampla, a demonstrar as alegações fáticas da impetrante; a duas, porque nem a impetrante ousou pedir o que lhe foi concedido. Nesse passo, o pedido está assim:

1



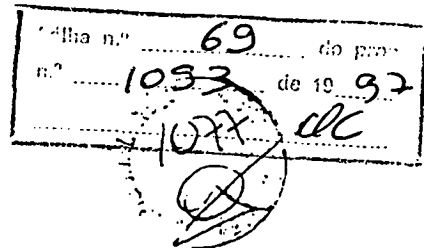
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



"Do exposto é a presente para requerer a notificação da Douta Autoridade Coatora, para que ela, no prazo legal e querendo, preste as informações que tiver, após o que, deverá o feito ser julgado procedente, para conceder a ordem com intuito de conceder liminar, para que a Impetrante engarrafe os botijões que não sejam destrocados pelas companhias titulares da marca neles estampada, como a concedida nos autos do mandado de segurança impetrado pela Servgás Distribuidora de Gás S/A, até julgamento do agravo de instrumento interposto. Deverá, ainda, ser citada a União Federal como litisconsorte necessária"

O brilhante voto do Senhor Juiz Relator finaliza nos termos seguintes:

"Ante o exposto, por meu voto, ratificando os termos da liminar concedida, concede-se a ordem em definitivo para que a medida cautelar seja processada, concedendo-se a liminar para que a impetrante possa engarrafar botijões de outras marcas que não sejam destrocados pelas empresas titulares das marcas neles estampadas, após a devida pintura dos mesmos e desde que tenham referidas empresas sido



regularmente interpeladas para fazê-lo, sem se sujeitar as sanções por parte do órgão fiscalizador por assim proceder.”

Ante o exposto, em amplitude menor do que a adotada pelo eminente Relator, **concedo a segurança**, mas nos termos explicitados em meu voto.

È o voto.

JUIZ SOUZA PIRES

folha n.º	70	do proc.
n.º	1093	de 19.93
elc		

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

ONOGÁS S/A COMÉRCIO E INDÚSTRIA, por seu ilustre advogado, dr. Jarbas Andrade Machioni, expõe-nos os fatos abaixo relatados, acosta documentos instrutórios, formulando-nos a seguinte

CONSULTA

"A Consulente atua no setor de gás liquefeito de petróleo, estando embasada em autorização do Departamento Nacional de Combustíveis - DNC. sucessor do extinto Conselho Nacional de Petróleo - CNP.

Neste setor atuam 13 (treze) empresas, que são chamadas "distribuidoras" ou "engarrafadoras", pertencentes a dez grupos. Quatro deles dominam 70 a 80% do mercado: a Ultragaz, a Agip-Liquigás, a Supergasbrás e a Norte-GásButano. O resto do mercado está distribuído entre as chamadas pequenas companhias. Relatório do CADE, publicado em sua Revista de Direito Econômico, no bojo de artigo intitulado "Manias e Manobras do Oligopólio", em 1986 (doc. anexo), época na qual funcionavam ao todo 11 (onze) empresas (atualmente há mais duas), dá conta desta situação e dos respectivos percentuais no mercado. De então para cá, a fatia dominada pelas oligopolistas não decresceu.

No exercício de suas atividades as distribuidoras utilizam-se de botijões para engarrafar o gás, que é bombeado pela Petrobrás

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2

para os terminais das engarrafadoras. Todo botijão traz estampado, ainda que de maneira não muito clara, a marca do engarrafador em relevo, e traz, também, o lacre de quem o engarrafa. Este gás, uma vez acondicionado, é vendido diretamente ao consumidor, por caminhões que fazem a entrega de porta em porta, seja por intermédio de representantes exclusivos, devidamente credenciados pela distribuidora, os quais também procedem à venda de porta em porta.

Sendo altíssimo o custo do botijão, ocorre um fenômeno similar ao que se passa com as garrafas de refrigerante ou cerveja. O revendedor e o consumidor têm que dar retorno de um vasilhame vazio ao receber um botijão cheio. Segundo a Associação dos Fiscais de Derivados de Petróleo, existem no País cerca de 80 (oitenta) milhões de botijões, dos quais apenas 15% (quinze por cento) estão registrados contabilmente como pertencentes às engarrafadoras (doc. anexo); o restante está com os consumidores ou distribuidores. É importante registrar que, apesar disto, todos os botijões, por terem sido comercializados pelas distribuidoras, trazem estampada as respectivas marcas.

Há um forte mercado secundário para os botijões (isto é, não negociado diretamente pelas distribuidoras), sendo eles quase que "moeda corrente" entre os agentes no mercado. Com efeito, para comprar o gás, os consumidores ou (a) dirigem-se, seja a uma das distribuidoras, seja a uma loja de ferragens, para adquirir o botijão, a fim de trocá-lo com que lhe vier vender o gás ou (b) adquirem o botijão da própria engarrafadora ou seu revendedor, no momento da entrega do gás, ocasião em que, aquele que lh'o vende emite uma nota de venda ao consumidor.

Por outro lado, os revendedores geralmente não têm capital suficiente para comprar a totalidade dos botijões que irão distribuir, daí que recebem-nos da distribuidora que representam, a título de empréstimo, quando não os compram diretamente dela ou quando não os compraram de

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

3

algun ferro velho ou mesmo de alguma outra distribuidora. As distribuidoras, em geral, alegam que ditos botijões foram entregues, quer para revendedores, quer para consumidores, em "comodato", entendimento, este, que parece descabido ante a fungibilidade do bem, conforme, aliás, acórdão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (doc. anexo).

Passa-se, na operacionalização concreta do sistema de distribuição de gás em botijões, que, ao ser fornecido o gás engarrafado, por ocasião da troca do vasilhame com o consumidor, raramente o botijão vazio por este devolvido traz a marca da empresa que lhe está fornecendo o botijão cheio. Geralmente, esta marca é de outra distribuidora, mas o fornecedor não pode recusá-lo.

Os botijões recebidos por uma engarrafadora, mas que ostentam a marca de outra, são denominados "OMs", isto é, de outras marcas.

Em razão de Portaria do extinto CNP e, ulteriormente, por Portaria do DNC, ora vigente (doc. anexo), as distribuidoras são obrigadas a armazenar os botijões "OM" e providenciar a chamada "destroca" deles com os titulares das respectivas marcas, no menor prazo possível, sendo proibido o engarrafamento de botijões com marcas alheias, salvo prévio acordo entre as empresas, sob sanção de multa e fechamento administrativo.

Ocorre que, ressalva feita de uma das grandes empresas - a Ultragás, que tem fábrica de botijões, embora também ela já tenha sido autuada e fechada por engarrafar "OM"s - todas as demais companhias efetuam engarrafamento de "OMs" e o comercializam, apondo lacre com sua marca no botijão que traz estampa de outra empresa. Com efeito, é impossível para as médias e pequenas empresas não o fazê-lo, pena de inviabilizar-se sua atividade, tudo conforme razões elucidadas na resposta dada

Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

4

pela Associação dos Fiscais de Derivados de Petróleo em interpelação judicial (doc. anexo pre-referido). Aliás, ditas razões já haviam sido externadas por esta mesma entidade em diversas reuniões e congressos efetuados dentro do próprio DNC e do MINFRA.

Acrescente-se que sempre que a Consulente interpela as grandes companhias para efetuar a chamada "destroca" de botijões, elas raramente o fazem, alegando não possuí-los. Daí que a Consulente, *como as demais*, termina envasilhando os OM que não consegue destrockar, isto é, os "indestrocáveis". Esta situação generalizada não é nova. Pelo contrário, perdura há mais de vinte anos. Aduza-se que o próprio custo da destrocka é irracional, pois força as empresas a percorrer milhares de quilômetros em busca de botijões que ostentem suas marcas.

Ante o exposto e os documentos instrutórios acostados, indaga-se:

I - Os botijões continentes de GLP depois de entregues ao consumidor ainda pertencem à empresa cuja marca original ostentam, ou sua propriedade é por este adquirida e, sucessivamente, pela empresa que os recolha no mercado ?

II - São válidas as disposições dos arts. 13 e 14 da Portaria nº 843, de 31.10.90, do DNC - Departamento Nacional de Combustíveis, que vedam - salvo prévio acordo entre as distribuidoras - o envasilhamento dos botijões designados como "OM" (de outras marcas) ?

III - É possível, evidentemente considerando existir o "*periculum in mora*", obter-se em medida cautelar a sustação dos efeitos das disposições obstativas de engarrafamento de "OM" (salvo acordo entre as distribuidoras), bem como, a suspensão de atos de

folha n.º	34	do proc.
n.º	1053	de 19 97
ELC		

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

5

fiscalização tendentes a impedir dito envasilhamento, uma vez adotadas as cautelas necessárias para identificação da empresa envasilhadora, tais como as de pintura de botijão com uma cor distinta das de outras marcas ou a entrega ao consumidor (nos moldes do que é feito na Argentina) de um selo-garantia a ser por este guardado para identificar o vasilhame que lhe foi entregue ?"

As indagações respondo nos termos que seguem.

lha n.º	75	do proc.
n.º	1093	de 19.97
ELC		

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PARECER

1. Da exposição que precede a Consulta e de seus documentos instrutórios merecem ser realçados os seguintes pontos:

(a) As empresas distribuidoras de GLP, conhecido como gás de cozinha, recebem-no diretamente da Petrobrás e o engarrafam em botijões nos quais devem estar estampadas as respectivas marcas comerciais (cf. art. 11, parágrafo único da Portaria nº 843, de 31.10.90, expedida pelo DNC - Departamento Nacional de Combustíveis). Procedem à entrega domiciliar (ou industrial) deles, diretamente ou mediante representantes exclusivos;

(b) O consumidor paga pelo produto e entrega o botijão relativo a algum anterior fornecimento *feito por qualquer dos fornecedores de GLP* ou, no caso de fornecimento inicial, versa a importância relativa ao sobredito vasilhame, salvo se possuir, para oferecer em troca, algum botijão adquirido em casa de ferragens;

(c) Todas as empresas, ao atenderem o consumidor, *são juridicamente obrigadas a dele receber vasilhames vazios, seja qual for a marca de origem que tenham* (art. 18, primeira parte da aludida Portaria);

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2

(d) Sem embargo, as empresas só podem engarrafar botijões de outra marca de origem - conhecidos como "OM" - se houverem previamente acordado entre si (cf. arts. 13 e 14);

(e) À falta deste prévio acordo, terão de proceder, no menor prazo possível, à destroca dos correspondentes vasilhames (art. 18, segundo parte), segundo sistemática entre elas mesmas estabelecida (parágrafo único do mencionado artigo);

(f) Passa-se que quatro grandes empresas controlam mais de 70% de um mercado altamente oligopolizado, no qual operavam mais outras nove empresas com modesta participação, variando de 4,5% a 01% (tudo cf. relatório produzido já em 1986 por órgão do Ministério da Justiça, o CADE, e transcrito em artigo titulado "Manias e Manobras do Oligopólio", publicado na Revista de Direito Econômico, deste mesmo órgão). Atualmente, afora as oligopolistas, que continuam a manter o mesmo percentual anterior, há outras onze empresas, pois, de 1986 para cá, ingressaram no mercado mais duas;

(g) Tais grandes empresas, evidentemente, não têm interesse algum em firmar contratos autorizando o engarrafamento em botijões que ostentem suas marcas de origem, nem em proceder - e muito menos no menor prazo possível - às "destrocas" de vasilhame. Pelo contrário, é compreensível que seus interesses comerciais sejam o de que às pequenas empresas faltem botijões com as respectivas marcas de origem e que não possam envasilhar GLP com os "OM", pois assim criarão invencíveis obstáculos a que estas últimas atendam às respectivas clientelas;

(h) Não é de estranhar, pois, que vasilhames "OM" hajam sido encontrados em depósitos em regiões do País longínquas em relação à área de atuação da empresa cuja marca ostentam (cf. documento mencionado na letra "j"). Saliente-se que as áreas em que operam as empresas são previamente conhecidas e oficialmente identificadas, dada a obrigação de indicar ao DNC, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, o início ou o término de suas atividades em uma determinada área (art. 6º, IV, da Portaria em questão);

(i) Na prática, todas as empresas engarrafam "OM", ocasião em que são apostos lacres nos botijões, para identificar a autoria de tal engarrafamento. Inclusive as quatro oligopolistas engarrafam "OM", pois

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

3

também elas já foram autuadas por isto (cf. documento referido na letra abaixo);

(j) Excetuado o caso das quatro oligopolistas, é simplesmente inviável, inexecutável, a operação normal das empresas distribuidoras de GLP, isto é, o atendimento das respectivas clientelas, sem envasilhamento de "OM". Com efeito, em face de interpelação judicial, a Associação dos Fiscais de Derivados de Petróleo - ANFIPETRO, por seu diretor jurídico e representante legal, Dr. Alcino Mendes de Carvalho, respondeu do seguinte modo à indagação nº 5, na qual se questionava se "No parecer dos Requeridos existe a possibilidade de as engarrafadoras continuarem a prestar, de maneira regular, o essencial serviço, que elas prestam, sem engarrafamento de OMs ?" : *"Não. Considerando 1º) Tratar-se de um país com dimensões transcontinental, onde cerca de 10 (dez) Grupos Econômicos, com apenas 108 (cento e oito) Bases de Enchimento e Distribuição de GLP, operam na prestação de serviços para uma população, hoje, estimada em 138 milhões de habitantes e que em um universo estimado de 80 milhões de botijões existentes no país, tais grupos ostentam apenas como sua propriedade, não mais que 15% deste volume registrado em suas contabilidades, para o atendimento à demanda comercial diária, de acordo com sua quota de participação no mercado. 2º) Tratar-se de Bens Fungíveis, onde outros fabricados com as mesmas especificações (ABNT), podem, perfeitamente, serem substituídos, no período em que ocorre o fenômeno dos indistocáveis. Exemplo: uma determinada distribuidora possui em seu pátio de armazenamento, 10.000 (dez mil) botijões de outras marcas e, em contrapartida as congêneres não possuem tais quantidades para a realização das destrocas. Como a primeira, por força de normas, não pode envasilhá-los, fica impedida de honrar seus compromissos, tais como: a) Retirada de sua quota diária de GLP, anteriormente programada; b) Abastecer com regularidade seus revendedores de sua Área Operacional, abrangendo inúmeros municípios, dentro e fora de seu estado sede; c) paralização temporária de seu quadro profissional especializado; d) prejuízos de ordem econômica e e) à sua função de utilidade pública, acarretando prejuízos*

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

4

maiores à população. 3) A inexistência de uma Central de Manutenção e Destroca nas Regiões Operacionais do país, é a causa principal para o registro diário dos exemplos já mencionados. 4) Os botijões de todas as marcas passeiam por todo o país. É facilmente identificável a existência de "OM'S" no Norte e Nordeste, pertencentes ao Centro-Oeste; Sudeste e Sul, e, vice versa, sendo impraticável as destrocas entre distribuidoras. Dal, ironicamente, tais botijões são fatalmente condenados ao sucateamento. Quando porventura, ocorre uma destroca de botijões, os custos dessa operação são repassados aos consumidores, de conformidade com as atuais estruturas de preço vigentes no país" (os grifos não são do original).

É em face destes elementos atinentes à situação de distribuição de GLP que cabe considerar as indagações da Consulta.

2. Em vista da comercialização existente no setor e do próprio fato de apenas cerca de 15% dos botijões serem contabilizados pelas distribuidoras como de sua propriedade, ainda que a quase totalidade tenha a marca de alguma delas, a Consulente pergunta-nos, inicialmente, se os botijões recolhidos no mercado devem ser havidos como pertencentes à empresa cuja marca ostentam?

Cumpre, de logo, observar que os botijões em causa são, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, bens móveis *fungíveis* como pontuou, com absoluta clareza, acórdão - acostado à Consulta - da 11ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, proferido na Apelação nº 322.123/4, do qual foi relator o eminente relator ARAUJO CINTRA.

Deveras, nos termos do art. 50 do Código Civil: "São fungíveis os móveis que podem, e não fungíveis os que não podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade". As coisas fungíveis, nas palavras de SILVIO RODRIGUES, "são encaradas através de

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

5

seu gênero, e especificadas por meio da quantidade e qualidade. Como são homogêneas e equivalentes, a substituição de umas por outras é irrelevante" (Direito Civil, Parte Geral, vol I, Ed. Max Limonad, 1967, 3ª ed., pag. 137).

3. Os botijões de gás enquadram-se na categoria de coisas genéricas, ou seja - conforme CARNELUTTI - aquelas "*cuja diferença com outras se manifesta só para a classe, isto é, só para uma série de coisas, não em relação a cada coisa em si*", sendo evidente a fungibilidade de tais botijões. É que, ainda segundo dicção do mesmo iluminado mestre: "*Precisamente porque as coisas genéricas, na classe, são idênticas umas às outras, diz-se que seu valor é idêntico em todos os sentidos; e quando sua equivalência se refere à sua utilidade, diz-se que são fungíveis*" (FRANCESCO CARNELUTTI - Teoria General del Derecho, trad. espanhola de Carlos G. Posada, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1941, pag. 153).

De resto, como dantes se disse, a inequívoca fungibilidade dos botijões de gás foi caracterizada em termos que inadmitem controvérsia, no acórdão precitado, cujas palavras podem ser tomadas de empréstimo: "*Ora, os botijões de que tratam estes autos são tipicamente fungíveis, isto é, são suscetíveis de substituição por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Tanto é assim que são descritos na denúncia apenas pela sua quantidade e capacidade como vasilhame de gás. Tanto é assim que da mesma forma são descritos em todos os demais documentos a eles referentes juntados aos autos (conforme fls. ...). Tanto é assim que são utilizados em rodízio, uns substituindo aos outros que tenham as mesmas características (fls. ...). Acresce, no mesmo sentido, a informação de que eram utilizados, indiferentemente, botijões de várias marcas, como declararam ...*"

4. Se mais fosse necessário, poder-se-ia acrescentar que tal fungibilidade exurge plenamente do simples fato de ser previsto na

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

6

Portaria nº 843 (art. 18), o envasilhamento de "OMs" como fruto de acordo entre as empresas, fato que patenteia a indiferença do uso de quaisquer destes vasilhames para o fim que os caracteriza e ao qual estão votados. Do mesmo modo, igual confirmação reside no fato de que a Portaria em apreço impõe que, ao ser entregue botijão cheio, seja aceito do consumidor o botijão vazio, sem fazer qualquer acepção de marca original entre eles, providência que só se explica na pressuposição de que se equivalem.

Enfim, até mesmo o fato de virem sendo, como há muitos anos ocorre, utilizados indiferentemente, dada a generalização da prática de engarrafamento de "OMs", demonstra de maneira indubitosa que não possuem qualquer individualidade da qual lhes pudesse advir infungibilidade.

5. Por se tratar de bem fungível, a entrega do botijão cheio ao consumidor, efetuada pela distribuidora (ou seu representante) quando do primeiro fornecimento, efetuado contra pagamento destacado para o vasilhame, isto é sem contrapartida de outro botijão, obviamente não tem a natureza de um comodato, porquanto este, nos termos do art. 1.248 do Código Civil, "*é o empréstimo de coisas não fungíveis*".

6. Também não é um depósito - o chamado depósito irregular, *concernente a bens fungíveis*, regido pelas regras do mútuo (art. 1.280 do C.C.) e no qual "*o depositário se torna proprietário da coisa depositada e, por conseguinte, assume os riscos pela sua deterioração e perda*" (cf. SILVIO RODRIGUES - op. cit., vol. III, pág. 294), porque é da essência do depósito - ato praticado no interesse do depositante - que a devolução se efetue, a qualquer tempo, quando o depositante o reclame (art. 1.265 do C.C.).

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

7

Com efeito, o depósito irregular "*tem sempre em vista o interesse do depositante, que pode exigir a restituição do bem a qualquer momento, mesmo que haja prazo convencionado para tal devolução - essa é a principal diferença entre esse depósito e o mútuo*" (cf. MARIA HELENA DINIZ, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, vol. 3, pág. 200 - o grifo é nosso). À toda evidência, não é esta a natureza do negócio travado entre o fornecedor de GLP e o consumidor; claro está, desde logo - e independentemente de qualquer outro aspecto - que o fornecedor não pode pretender, quando bem entenda, que o consumidor lhe devolva o botijão cujo conteúdo está sendo utilizado.

7. Finalmente, descaberia, ainda, considerá-lo um mútuo, negócio jurídico que se diferencia do comodato em que: "*a) no mútuo, a propriedade da coisa se transfere a quem a tomou emprestada, o que não se verifica no comodato; b) no mútuo, a coisa emprestada é fungível ou consumível, no comodato, não fungível e não consumível*" (ORLANDO GOMES, *Contratos*, Ed. Forense, 4ª ed., 1973, pág. 349). Deveras, como bem esclarece o citado autor: "*Se bem que o mútuo se caracterize pela transferência da propriedade da coisa mutuada, só se configura com a estipulação de que em certo prazo, será devolvida coisa equivalente. Do contrário seria doação, se gratuito, ou venda, se oneroso*" (op. cit., pág. 355).

Ora, no momento em que a distribuidora fornece o botijão de gás ao consumidor, contra pagamento, não faz estipulação alguma de que seja obrigatório devolver-lhe um equivalente (o que pretenderá, no próximo fornecimento, *se houver*, é uma troca, pois lhe entregará um novo vasilhame). De resto, a empresa, quando deixa de ser fornecedora de GLP àquele consumidor, jamais reclama de volta o botijão original ou um equivalente, o que bem demonstra sua consciência de que não o entregou a título de mútuo. Também não há notícia de que consumidor algum haja, em qualquer tempo, buscado ou (suposto dever buscar) a distribuidora para

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

8

devolver-lhe vasilhame, ao deixar de utilizar gás engarrafado de sua marca ou de qualquer outra. Aí se revela, igualmente, que, tal como sua contraparte, jamais entendeu que o pagamento pelo botijão correspondia a um mútuo oneroso.

É, pois, claríssimo, que a empresa que após originalmente sua marca no vasilhame, do momento em que o coloca em circulação no mercado e fornece ao consumidor um botijão cheio, dele recebendo importância acobertadora do vasilhame (de par com o valor do GLP), está, na verdade, *efetuando e com plena consciência disto, uma venda do vasilhame, evento aperfeiçoado com a tradição.*

8. Quando, diversamente, ao entregar ao consumidor um botijão cheio de GLP, dele recebe um botijão vazio - como normalmente ocorre - obviamente está efetuando, no que concerne ao vasilhame, o negócio jurídico denominado troca, negócio este que *"tem a mesma natureza da compra e venda, mas dela se diferencia porque a prestação das partes é em espécie, ao passo que na compra e venda a prestação de um dos contraentes é consistente em dinheiro ... A troca encerraria uma dupla venda, pois, em vez de comportar alienação de coisa contra certo preço, como na compra e venda, compreende a alienação de uma coisa contra outra coisa"* (MARIA HELENA DINIZ, op. cit., vol. 2, Ed. Saraiva, 1993, pag. 31).

As empresas distribuidoras têm - repita-se - a mais clara consciência de que estes são os negócios jurídicos que envolvem a tradição dos vasilhames. De todo modo, é certo que assumem explicitamente que os botijões de sua marca, ao ingressarem no mercado, contra pagamento do consumidor, não mais lhes pertencem; são alienados aos consumidores. Se mais fosse necessário para comprová-lo, bastaria o fato de que, como resulta de documento "supra" referido (letra "j" do número 1: resposta da ANFIPETRO a

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

9

interpelação judicial) as empresas só têm contabilizados como de sua propriedade 15% de um total de cerca de 80 milhões de botijões utilizados no País para envasilhamento de GLP. Há nisto o reconhecimento de que, efetuado o primeiro fornecimento de GLP ao consumidor, o botijão lhe é alienado e a marca apenas identifica a distribuidora que procedeu ao envasilhamento original.

9. Registre-se, derradeiramente, que das disposições da Portaria nº 843, atinentes à obrigação das distribuidoras aporem originalmente marcas nos botijões ou à proibição de engarrafarem "OMs", salvo acordo com as congêneres, jamais poderia derivar argumento prestante para infirmar o que foi dito.

Com efeito, à toda evidência, Portaria alguma pode legislar sobre *direito de propriedade ou sobre direito civil em geral, ou sobre direito comercial*, mas, tão somente, estabelecer disposições puramente administrativas. Sendo esta uma noção rudimentar, de conhecimento geral, excusa insistir sobre o assunto. Assim, resulta óbvio que seriam disparatadas quaisquer aspirações de alicerçar na Portaria - e ademais, por ilação - entendimento de que a propriedade dos botijões persistiria com quem lhes após a marca original, mesmo depois de haverem circulado no mercado de distribuição de GLP.

Assim, à primeira indagação cabe responder que os botijões recolhidos no mercado não devem ser havidos como pertencentes à empresa cuja marca ostentam.

10. Indaga-nos, ainda, a Consulente se é ou não ilegítima a proibição, estabelecida na Portaria nº 843, de engarrafamento de "OMs", salvo prévio acordo entre as interessadas.

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

10

Ante os fatos apresentados na Consulta e em seus documentos instrutórios, a questão proposta afigura-se bastante simples. Sem embargo, para seu cabal desate, é útil rememorar noções teóricas singelas, notórias mesmo e que, bem por isto, sequer demandam grande desenvolvimento, pois sua evocação é suficiente para oferecer ineludível resposta ao indagado. Vejamos.

É óbvio que norma jurídica alguma pode, a título de condicionar o exercício de comportamentos lícitos ou até mesmo explicitamente protegidos pela ordem jurídica, dispor sobre a matéria de maneira a inviabilizar em termos reais, efetivos, o exercício normal da atividade que neles se substancia.

Ora, o direito em questão - o de exercer a atividade econômica de fornecimento domiciliar de GLP - de nada valeria se, por meio de Portaria regulamentadora, pudesse ser assujeitado a disposições obstativas de seu normal exercício. É dizer: se as normas expedidas para lhe regerem o desempenho inibirem sua viabilização, ou ensejarem que terceiros concorrentes o façam a seus talantes, estarão, na verdade, por um modo transversal, suprimindo-o, aniquilando-o, ou ensejando que estes últimos o façam. Para caracterização de tal ilegitimidade, é irrelevante o fato destas normas haverem ou não abrigado conscientemente tal propósito ou de seus autores terem vislumbrado referida consequência. O que importa é, se, em termos objetivos, desembocam no sobredito resultado.

11. No caso concreto, é indubitado ser condição de funcionamento das distribuidoras a ocorrência de destrocas de botijões, no menor prazo possível, ou o prévio acordo entre elas para envasilhamento dos que ostentem as recíprocas marcas, sem o que, dito envasilhamento está proibido pela Portaria.

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

11

Contudo, é evidente e de solar evidência que as empresas oligopolistas - detentoras de mais de 70% do mercado - não têm interesse algum em proceder a quaisquer destas medidas **estritamente indispensáveis** para o normal funcionamento da atividade das demais distribuidoras. Ou seja: a adoção de providências condicionais ao exercício do direito que assiste às empresas de médio ou pequeno porte de atuarem normalmente no mercado foi entregue, pela Portaria, justamente aos interessados em obstar sua efetivação, isto é, aos sujeitos cujo interesse reside precisamente em suprimir-lhes a viabilidade de atuação !

Em suma: as normas expedidas para disciplinar o exercício de um direito que assiste a quaisquer das empresas autorizadas a distribuir GLP foram compostas em termos tais que, se forem obedecidos, ficaria inviabilizado o exercício de tal direito pelas pequenas e médias distribuidoras, pois sua exequibilidade passa a ser ditada pelos que têm interesse em obstar-lhe a viabilização.

Segue-se que, já por este aspecto, é nula a disposição dos arts. 13 e 14 da Portaria nº 843, quanto à proibição de envasilharem "QM", porque neles, a título de regulamentar o funcionamento do sistema de distribuição de GLP, aniquila-se a possibilidade efetiva, real, das pequenas e médias empresas operarem no setor. Isto é: *por vias transversas, elude-se o direito que se lhes proclama reconhecido.*

12. Acresce que, sabidamente, é defeso às normas jurídicas produzirem estatuições que conduzam a resultados antinômicos aos valores protegidos em regra de hierarquia superior. Este resultado interdito apresentar-se-á como particularmente chocante quando a norma de escalão mais elevado residir na própria Constituição e a inferior esteja alocada em nível

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

12

subalterno na pirâmide das normas jurídicas - caso das Portarias de órgãos colegiais do Executivo.

A Constituição Federal, em seu art. 173, § 4º, expressamente estatui que: *"A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da livre concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros"*.

Desde logo, como é claro à todas as luzes, resulta destes preceptivos que lei alguma - e muito menos ato subalterno, como uma simples Portaria - poderiam regular qualquer matéria de maneira a afrontar tal preceito, *fomentando* o "abuso do poder econômico", a *eliminação* "da concorrência" e a "dominação dos mercados".

Visto que o dever dos atos infraconstitucionais é *coibir* tais eventos, aparece como inconcebível, como juridicamente teratológico, que, ao invés de fazê-lo, aprestem-se justamente a engendrar, com ou sem deliberada consciência disto, meios excelentemente aptos para *hiperestesia* a "dominação dos mercados", para promover a *destruição* "da concorrência" e *para favorecer oficialmente* - com os esteios da norma reguladora - o "abuso do poder econômico".

Assim, por este segundo aspecto ressalta-se, ainda mais vivamente, a nulidade da proibição de envasilhamento de "OM", salvo acordo entre as distribuidoras, pois tal determinação, de par com a circunstância da inviabilidade real, efetiva, das destrocas de botijões, se por mais não fosse pelo natural desinteresse das grandes empresas em efetuá-las, significa exata e rigorosamente um formidável instrumento impulsionador e assegurador, uma verdadeira chancela ao abuso do poder econômico e um apoio oficial incomensurável à dominação do mercado pelas oligopolistas, tudo em contradição aberta com o precitado art. 173, § 4º, da Constituição Federal.

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

13

13. Finalmente, é certo que, no Estado de Direito, pessoa alguma pode ser assujeitada a sofrer em sua liberdade restrições administrativas maiores que as necessárias ao atendimento do interesse público que justifica a limitação ou restrição estabelecida pela autoridade competente para editá-la.

Calham, à fiveleta, as seguintes citas literais de
CAPACCIOLI:

"Si deve tuttavia tener presente che, come vedremo, il potere discrezionale va sempre esercitato in modo che, fatta salva la soddisfazione dell'interesse pubblico per cui il potere è stato dalla legge conferito all'amministrazione (denominato interesse primario), gli interessi confliggenti con tale interesse (detti secondari) debbono essere sacrificato il meno possibile, siano pubblici o privati: questa regola è utilizzabile a fini interpretativi" (Enzo Cappacioli, Manuale di Diritto Amministrativo, vol I, CEDAM, Padova, 1980, pag. 158).

É que os poderes públicos não são deferidos às autoridades para que deles façam um uso qualquer, mas tão só para que os utilizem na medida indispensável ao atendimento do bem jurídico que estão, de direito, obrigadas a curar.

Deveras, a lei outorga competências em vista de um certo fim. Toda demasia, todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configuram uma superação do escopo normativo, um transbordamento da finalidade legal e, portanto, um transbordamento da própria competência. De outra feita, em obra teórica, (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 5ª ed., 1994, pág. 56) averbamos que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na *extensão e intensidade proporcionais* ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que as disposições cujos conteúdos

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

14

ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculadas de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

14. Sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma extensão ou intensidade supérfluas, prescindendas, excessivas em relação ao que bastaria para proteção do interesse público que lhes serve de calço, fica patenteadade de maneira clara a ilegitimidade em que está incursa.

Deveras, o *plus*, a demasia, acaso existentes, não beneficiam a ninguém, não concorrem em nada para o benefício coletivo. Apresentam-se, pois, como providências ilógicas, *desarrazoadas*, representando, pois, única e tão somente, um agravo inútil, gratuito, aos direitos de cada qual - e, por isto, juridicamente inaceitáveis. Se, entretanto, como ocorre na situação vertente, o agravo supérfluo, imposto a alguns, beneficia indevidamente a outros, que disto extraem vantagem haurida à custa do sacrifício do direito alheio, mais ainda ressalta o caráter abusivo e injurídico da medida responsável por tal violência.

Ressentindo-se destes defeitos, além de demonstrarem anacrônico menoscabo pela situação jurídica do administrado - como se ainda vigorasse a ultrapassada relação soberano-súdito (ao invés de Estado-cidadão) - exibem, ao mesmo tempo, tanto um descompasso óbvio com o princípio da razoabilidade como sua assintonia com o escopo legal, ou seja, com a finalidade abrigada na lei atributiva da competência.

Cabe aqui, outra vez, invocar lições de ENZO CAPPACIOLI:

folha n.º	89	do proc.
n.º	1093	de 1993
AC		

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

15

"Ma è altresì principio fondamentale della discrezionalità che, fin dove possibile, l'interesse primario deve essere soddisfatto col minor sacrificio degli interesse secondari.

Questo principio si riconnette a, e ad un tempo evidenzia, una ulteriore caratteristica della discrezionalità: la ragionevolezza. Il potere discrezionale deve essere esercitato secondo ragionevolezza. Se il fine pubblico può essere raggiunto con sacrificio minore, o in ipotesi con nessun sacrificio degli interesse secondari (pubblici o privati), non v'è motivo di operare diversamente" (op. cit. pag. 285).

Com efeito, ninguém está obrigado a suportar onerações à sua liberdade ou propriedade que não sejam, efetivamente, condicionais à proteção ao bem jurídico coletivo. Isto porque é o atendimento deste valor - e tão somente ele - o que faz irromper "in concreto" a competência exercitável pela autoridade pública e, ao mesmo tempo lhe delimita a compostura, isto é, a específica amplitude na situação em causa.

15. Ora, se a obrigação de apor no vasilhame marca identificadora do distribuidor, conjugada com o óbice de envasilhar os de outras marcas (salvo acordo prévio entre os interessados), objetiva ensejar-lhe identificação, para fins de controle e eventual responsabilidade em caso de acidente relacionado com o fornecimento de GLP ao consumidor - única razão idônea que poderia justificar a exigência - então, ela é, de um lado, *excessiva*, desnecessariamente gravosa, impondo limitações mais amplas que as requeridas para atender sua finalidade e de outro insuficiente e contraditória, no que se revela *desarrazoada*.

É excedente do necessário e mais gravosa do que teria de ser para atingir o objetivo que a justificaria, pois este mesmo resultado é alcançável de outro modo e com maior propriedade; ou seja: sem o peso excessivo da limitação desnecessária imposta e sem aportar nas conseqüências

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

16

manifestamente injurídicas a que já se aludiu. Ao invés de proibir o envasilhamento de "OM" (salvo prévio acordo entre as distribuidoras), bastaria exigir, sem prejuízo da marca original, que a empresa *envasilhadora* nele apusesse um lacre identificador (como, de resto, já o fazem hoje), u'a marca qualquer, ou que fosse - cumulativamente ou não - obrigada a outorgar ao consumidor um termo de responsabilidade pelo envasilhamento do botijão de GLP fornecido.

De outro lado, é insuficiente e contraditória, logo *desarrazoada*, perante os próprios termos da Portaria, visto que libera o envasilhamento de OM, se as distribuidoras previamente acordarem nisto (art. 14)!

17. A Consulente indaga, ainda, se é cabível a suspensão, em medida cautelar, dos efeitos restritivos da Portaria nº 843 que foram objeto de exame na pergunta anterior, bem como a suspensão da fiscalização tendente a coibir o engarrafamento de "OMs", pressupondo-se, evidentemente, a ocorrência do "periculum in mora" e a adoção, por parte do envasilhador, de cautelas que o identifiquem como tal, quais, as de pintura de botijão com uma cor distinta das de outras marcas ou a entrega ao consumidor de um selo-garantia a ser por este guardado para identificar o vasilhame que lhe foi vendido, (nos moldes do que é feito na Argentina).

Sem dúvida alguma, em face de tal pressuposto e uma vez adotadas as cautelas apontadas na indagação - as quais acobertam por inteiro os interesses que poderiam estar resguardados nas disposições restritivas da Portaria - é perfeitamente cabível, em medida cautelar, a suspensão dos impedientes antepostos pela Portaria nº 843 ao engarrafamento de "OMs", bem como a suspensão de fiscalização tendente a obstá-lo, porquanto as restrições em causa, constituem-se, como visto, em cerceios manifestamente injurídicos, pois impedem o exercício normal de um direito da Consulente, agravam-no além do necessário para obtenção do resultado que

91	do proc.
1093	de 1992
ELC	

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

17

poderiam licitamente objetivar e favorecem a prática de abuso do poder econômico e dominação dos mercados.

18. Isto tudo posto e considerado, às indagações da Consulta respondo:

I - Os botijões continentes de GLP, uma vez entregues ao consumidor, não mais pertencem à empresa cuja marca original ostentam. Passam à propriedade do consumidor; daí circulam para o domínio da empresa distribuidora que, mediante troca, os recolha e assim sucessivamente (cf. itens 2 a 9 do parecer).

II - São clamorosamente inválidas as disposições dos arts. 13 e 14 da Portaria nº 843, de 31.10.90, do DNC - Departamento Nacional de Combustíveis, que vedam - salvo prévio acordo entre as distribuidoras - o envasilhamento dos botijões designados como "OM" (de outras marcas). A título de regular a atividade de distribuição de GLP, na verdade, inviabilizam, em termos efetivos, reais, o exercício de tal direito por parte das médias e pequenas empresas, proporcionando sua reserva apenas para as quatro oligopolistas, já que estas não têm interesse algum em firmar os acordos a que alude a Portaria, nem em efetuar destrocas de botijões - muito menos em prazo breve - tornando, dessarte inexecutável, se atendidos os dispositivos em causa, a normal atuação das distribuidoras de menor porte. Além disto, os referidos preceitos, na medida em que, ao invés de coibir, favorecem e respaldam o abuso do poder econômico, a eliminação da concorrência e a dominação do mercado, põem-se em aberta contradição com o art. 173, § 4º, da Constituição Federal. Finalmente, os mencionado ditames da Portaria "sub

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

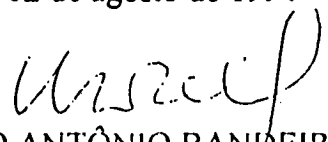
18

examine", incorrem na demasia que caracteriza transbordamento da competência manejada, porque impõem cerceios supérfluos, excedentes do necessário para atingir o fim que os justificaria, além de serem desarrazoados e contraditórios com tal objetivo. É que a competência manejada, tal como qualquer outra, deve obrigatoriamente ater-se ao indispensável para cumprimento do fim que a justifica, sem causar gravames inúteis aos administrados, pois o desempenho de atribuições públicas incompatibiliza-se com demasias que lhes sejam gratuitamente onerosas ou que impliquem sacrifício despiciendo de direitos, pena de atraí-lo a índole das competências públicas, sobreposse quando disto resulte, sem proveito público algum, vantagens indevidas para terceiros (cf. itens 10 a 16).

III - Presente o "*periculum in mora*", é cabível e procedente pedido de medida cautelar para sustar os efeitos das disposições obstativas de engarrafamento de "OM" (salvo acordo entre as distribuidoras), bem como, para suspender atos de fiscalização tendentes a impedir tal providência, uma vez adotadas as cautelas necessárias para identificação da empresa envasilhadora, tais como as de pintura de botijão com uma cor distinta das de outras marcas ou a entrega ao consumidor (nos moldes do que é feito na Argentina) de um selo-garantia a ser por este guardado para identificar o vasilhame que lhe foi entregue, (cf. item 17).

É o meu parecer.

São Paulo, 02 de agosto de 1994


CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

OAB/SP nº 11.199

93	ao proc.
n.º 1033	de 19 92
050604	


DR. MIGUEL REALE
CATEDRÁTICO DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

C O N S U L T A

"Como acertado em nossa reunião, solicito sua valiosa opinião sobre o assunto então exposto, pedindo vênica para apresentar as seguintes considerações.

Nossa cliente, SERVGÁS DISTRIBUIDORA DE GÁS S.A., atua no setor de gás liquefeito de petróleo, mediante autorização do Departamento Nacional de Combustível - DNC (sucessor do antigo Conselho Nacional de Petróleo).

Nesse setor atuam quinze empresas, que são chamadas "distribuidoras" ou "engarrafadoras", pertencentes elas a dez grupos. Quatro delas dominam de 70 a 80% do mercado: são Ultragaç, Agip-Liquigas, Supergasbrás e Norte GásButano.

O resto do mercado está distribuído entre as chamadas pequenas companhias. Sobre o assunto tomo liberdade de remetê-lo ao estudo do CADE (*Revista de Direito Econômico*, que ora segue em anexo).

No exercício de sua atividade, as distribuidoras utilizam-se de botijões para engarrafar o gás, que é bombeado pela Petrobrás para os terminais das engarrafadoras. Todo botijão traz estampada, ainda que de maneira não muito clara, a marca do engarrafador em relevo, e traz, também, o lacre de quem o engarrafa. Esse gás, uma vez acondicionado, ou é vendido diretamente ao consumidor, por caminhões que fazem a venda de porta-em-porta, ou por intermédio de representantes (revendedores exclusivos,


DR. MIGUEL REALE
CATEDRÁTICO DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

devidamente credenciados pela engarrafadora). Os representantes também vendem de porta-em-porta.

Diante do altíssimo custo do botijão, acontece um fenômeno semelhante ao das garrafas de refrigerante e cerveja. O revendedor e o consumidor têm que dar retorno de um vasilhame ao adquirir o produto. Na verdade, segundo a associação dos agentes fiscais de derivados de petróleo, existem no país cerca de oitenta e cinco milhões de botijões, dos quais apenas quinze por cento estão registrados, contabilmente, como pertencentes às engarrafadoras, enquanto o restante acha-se na posse dos consumidores ou dos revendedores. É importante ressaltar que, apesar disso, todos os botijões, por terem sido vendidos pelas distribuidoras, trazem a marca estampada de alguma delas.

Há um forte mercado secundário (isto é, não negociado diretamente pelas engarrafadoras) para os botijões, sendo eles quase que "moeda" corrente entre os agentes do mercado.

Para comprar o gás, consumidores e revendedores devem fazer das duas uma: a) dirigir-se a uma loja de ferragens, ou a uma das distribuidoras, e comprar um botijão para trocar com quem vier lhe vender o gás; b) adquirir o botijão da própria engarrafadora ou seu revendedor, no momento da entrega do gás, que lho vende, emitindo uma nota de venda ao consumidor.

Por outro lado, os revendedores geralmente não têm capital para comprar a totalidade dos botijões, recebendo eles, então, emprestada das engarrafadoras boa parte desse vasilhame. Entendem as engarrafadoras que, de um modo geral, tais botijões são entregues ao revendedor ou ao consumidor em "comodato", classificação da qual discordo, em face da fungibilidade do botijão. Não se trataria antes de "mútuo"? Nesse sentido, tomo a liberdade de submeter à sua apreciação a decisão e o acórdão prolatados em caso criminal anexados a esta. Não raro os revendedores compram botijões seja

 DR. MIGUEL REALE
CATEDRÁTICO DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

em ferro velho, seja da própria engarrafadora a quem representam, ou mesmo de outras marcas.

Ocorre, prezado Professor, que surgem problemas quando a engarrafadora vende o gás; nessa ocasião, ela faz a troca do botijão cheio pelo vazio, o qual tanto pode pertencer ao consumidor como ao revendedor. Acontece que esse botijão usado, entregue à engarrafadora pelo consumidor ou revendedor, quase nunca traz a marca de quem está entregando o botijão; geralmente essa marca estampada no botijão é de outra empresa. Tais botijões são de outra empresa. Tais botijões, recebidos por uma engarrafadora, sem trazerem a sua própria marca, são chamados de OM ("outras marcas").

Isso acontece com todas as empresas. Elas são, por Portaria do antigo CNP, e por nova Portaria do Ministério da Infra-Estrutura (em anexo), obrigadas a armazenar os botijões OM e providenciar a chamada "destroca" deles com os titulares da sua respectiva marca. O DNC veda que tais botijões sejam comercializados pela engarrafadora que os detiver, sob pena de multa ou fechamento administrativo.

Acontece que, ressalva feita das grandes empresas (Ultragaz, Liquigas) que têm fábrica própria de botijões - embora elas já tenham sido fechadas e autuadas por engarrafar OM - todas as demais companhias fazem o engarrafamento do chamado OM e o comercializam, apondo o lacre com sua marca no botijão que traz na estampa marca de outrem.

Todavia, é impossível às companhias trabalhar sem engarrafar esses chamados OM, pelas razões que estão expostas na resposta à interpelação judicial que fizemos à "Associação dos Fiscais dos Derivados de Petróleo". Sabíamos que tais respostas seriam dadas nesse sentido, posto que já externadas pela referida Associação em reuniões e congressos dentro do próprio DNC e do antigo Ministério da Infra Estrutura (cópia anexa).

Sempre que minha cliente interpela as concorrentes para efetuar a chamada "destroca" dos OM de marca


DR. MIGUEL REALE
CATEDRÁTICO DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

delas pelas de marca SERVÇAS, elas raramente o fazem, alegando não possuir botijões dessa marca.

Minha cliente, como todas as companhias do setor, acaba engarrafando o OM que não consegue "destrocar", ou seja os "índestrocáveis". Essa situação não é nova, ela já existe há mais de vinte anos.

No meu entendimento, a Portaria, que proíbe engarrafamento de OM não tem razão de ser. Isso porque, na verdade, o botijão é coisa fungível e não pertence a quem tem a marca, mas a quem o detiver, após regular transação com o consumidor, conforme exposto acima. O custo da "destroca" é irracional, pois as companhias são obrigadas a percorrerem, por vezes, milhares de quilômetros atrás de seus botijões. Por último, não vejo fundamento em lei para a Portaria estabelecer restrições dessa natureza ao uso dos botijões.

Peço vênia para formular Quesitos, fazendo-os acompanhados de breves observações, na seguinte ordem:

1o. Quesito - O botijão, apesar da marca estampada, pertence à empresa que o recolheu no mercado, ou ao titular da marca?

Observação: Convém destacar o caráter fungível do botijão, a existência do mercado para botijões usados de qualquer marca, além de outros pontos acima expostos. Em minha opinião, na medida em que o particular faz a troca de um botijão vazio com a distribuidora por outro cheio, ele estaria promovendo a alienação de seu bem, tanto que, se o particular não tiver o seu próprio botijão ele deverá comprá-lo a preço de mercado da distribuidora ou do revendedor.

Embora a quase absoluta totalidade dos botijões tenha a marca estampada de alguma das companhias engarrafadoras, a elas somente pertencem 15% dos botijões existentes no mercado. O restante pertence a terceiros, que os vieram adquirindo das próprias distribuidoras.

 DR. MIGUEL REALE
CATEDRÁTICO DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Trata-se, pois, de um mercado aberto. Um mercado tão extenso, no qual aquilo que pertence às distribuidoras consiste em somente uma pequena parte do universo existente de botijões, de sorte que não me parece ser a marca estampada um signo identificador de propriedade, mas, apenas e tão somente, da origem dela, isto é, demonstra, em princípio, apenas quem o engarrafou originariamente.

Em suma, nem as próprias distribuidoras consideram que todos os botijões existentes no mercado pertencem a elas pelo simples fato de que trazem em seu corpo sua marca.

2o. Quesito - É anti-jurídica, por não encontrar supedâneo em lei, a Portaria do antigo Ministério da Infra Estrutura que proíbe o engarragamento de OM?

3o. Quesito - É possível, por esse ou por algum outro motivo, suspender os efeitos da referida Portaria em medida cautelar, evidentemente considerando existir o chamado "periculum in mora"?

4o. Quesito - Não havendo acordo entre as empresas quanto ao enchimento recíproco de OM, ou recusando-se as grandes companhias a autorizá-lo, não poderá a Consulente encher os botijões OM indestrutíveis, apondo um selo indestrutível, com sua marca, invocando, para tanto, o parágrafo único do Art. 11 da Portaria referida?

Observação: A proibição de engarrafamento de OM, atualmente, encontra suporte direto no Art. 13 da Portaria 843/90 (em anexo), o qual estabelece serem vedadas à distribuidora ou a seu revendedor a guarda e comercialização de botijões de outras marcas, quando cheios de GLP.

O Art. 14 da mesma Portaria autoriza, todavia, o enchimento de OM quando ajustado mediante prévio acordo com outras empresas titulares da outra marca a ser enchida. Todas as pequenas companhias fazem tal acordo, as grandes não, principalmente a Ultragas.

98	
n.º 1093	de 19 92
ELC	

DR. MIGUEL REALE
CATEDRÁTICO DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

5o. Quesito - Diante dos fatos expostos, e à vista da resposta dada pela Associação dos Fiscais de Derivados de Petróleo à Interpelação que lhe foi feita, não está caracterizado abuso do poder econômico, cabendo representação ao CADE?

No aguardo de sua resposta, e agradecendo, desde já, a atenção dispensada, subscrevo-me.

(as.) JARBAS ANDRADE MACHIONI
Advogado"

Respondo em separado.

São Paulo, 03 de maio de 1993.


MIGUEL REALE

C O N S U L T A

"Como acertado em nossa reunião, solicito sua valiosa opinião sobre o assunto então exposto, pedindo vênica para apresentar as seguintes considerações.

Nossa cliente, SERVIGÁS DISTRIBUIDORA DE GÁS S.A., atua no setor de gás liquefeito de petróleo, mediante autorização do Departamento Nacional de Combustível - DNC (sucessor do antigo Conselho Nacional de Petróleo).

Nesse setor atuam quinze empresas, que são chamadas "distribuidoras" ou "engarrafadoras", pertencentes elas a dez grupos. Quatro delas dominam de 70 a 80% do mercado: são Ultragaz, Agip-Liquigas, Supergasbrás e Norte GásButano.

O resto do mercado está distribuído entre as chamadas pequenas companhias. Sobre o assunto tomo liberdade de remetê-lo ao estudo do CADE (*Revista de Direito Econômico*, que ora segue em anexo).

No exercício de sua atividade, as distribuidoras utilizam-se de botijões para engarrafar o gás, que é bombeado pela Petrobrás para os terminais das engarrafadoras. Todo botijão traz estampada, ainda que de maneira não muito clara, a marca do engarrafador em relevo, e traz, também, o lacre de quem o engarrafa. Esse gás, uma vez acondicionado, ou é vendido diretamente ao consumidor, por caminhões que fazem a venda de porta-em-porta, ou por intermédio de representantes (revendedores exclusivos,

devidamente credenciados pela engarrafadora). Os representantes também vendem de porta-em-porta.

Diante do altíssimo custo do botijão, acontece um fenômeno semelhante ao das garrafas de refrigerante e cerveja. O revendedor e o consumidor têm que dar retorno de um vasilhame ao adquirir o produto. Na verdade, segundo a associação dos agentes fiscais de derivados de petróleo, existem no país cerca de oitenta e cinco milhões de botijões, dos quais apenas quinze por cento estão registrados, contabilmente, como pertencentes às engarrafadoras, enquanto o restante acha-se na posse dos consumidores ou dos revendedores. É importante ressaltar que, apesar disso, todos os botijões, por terem sido vendidos pelas distribuidoras, trazem a marca estampada de alguma delas.

Há um forte mercado secundário (isto é, não negociado diretamente pelas engarrafadoras) para os botijões, sendo eles quase que "moeda" corrente entre os agentes do mercado.

Para comprar o gás, consumidores e revendedores devem fazer das duas uma: a) dirigir-se a uma loja de ferragens, ou a uma das distribuidoras, e comprar um botijão para trocar com quem vier lhe vender o gás; b) adquirir o botijão da própria engarrafadora ou seu revendedor, no momento da entrega do gás, que lho vende, emitindo uma nota de venda ao consumidor.

Por outro lado, os revendedores geralmente não têm capital para comprar a totalidade dos botijões, recebendo eles, então, emprestada das engarrafadoras boa parte desse vasilhame. Entendem as engarrafadoras que, de um modo geral, tais botijões são entregues ao revendedor ou ao consumidor em "comodato", classificação da qual discordo, em face da fungibilidade do botijão. Não se trataria antes de "mútuo"? Nesse sentido, tomo a liberdade de submeter à sua apreciação a decisão e o acórdão prolatados em caso criminal anexados a esta. Não raro os revendedores compram botijões seja

em ferro velho, seja da própria engarrafadora a quem representam, ou mesmo de outras marcas.

Ocorre, prezado Professor, que surgem problemas quando a engarrafadora vende o gás; nessa ocasião, ela faz a troca do botijão cheio pelo vazio, o qual tanto pode pertencer ao consumidor como ao revendedor. Acontece que esse botijão usado, entregue à engarrafadora pelo consumidor ou revendedor, quase nunca traz a marca de quem está entregando o botijão; geralmente essa marca estampada no botijão é de outra empresa. Tais botijões são de outra empresa. Tais botijões, recebidos por uma engarrafadora, sem trazerem a sua própria marca, são chamados de OM ("outras marcas").

Isso acontece com todas as empresas. Elas são, por Portaria do antigo CNP, e por nova Portaria do Ministério da Infra-Estrutura (em anexo), obrigadas a armazenar os botijões OM e providenciar a chamada "destroca" deles com os titulares da sua respectiva marca. O DNC veda que tais botijões sejam comercializados pela engarrafadora que os detiver, sob pena de multa ou fechamento administrativo.

Acontece que, ressalva feita das grandes empresas (Ultragaz, Liqueigas) que têm fábrica própria de botijões - *embora elas já tenham sido fechadas e autuadas por engarrafar OM* - todas as demais companhias fazem o engarrafamento do chamado OM e o comercializam, apondo o lacre com sua marca no botijão que traz na estampa marca de outrem.

Todavia, é impossível às companhias trabalhar sem engarrafar esses chamados OM, pelas razões que estão expostas na resposta à interpelação judicial que fizemos à "Associação dos Fiscais dos Derivados de Petróleo". Sabíamos que tais respostas seriam dadas nesse sentido, posto que já externadas pela referida Associação em reuniões e congressos dentro do próprio DNC e do antigo Ministério da Infra Estrutura (cópia anexa).

Sempre que minha cliente interpela as concorrentes para efetuar a chamada "destroca" dos OM de marca

delas pelas de marca SERVIGÁS, elas raramente o fazem, alegando não possuir botijões dessa marca.

Minha cliente, como todas as companhias do setor, acaba engarrafando o OM que não consegue "destrócar", ou seja os "indestrócáveis". Essa situação não é nova, ela já existe há mais de vinte anos.

No meu entendimento, a Portaria, que proíbe engarrafamento de OM não tem razão de ser. Isso porque, na verdade, o botijão é coisa fungível e não pertence a quem tem a marca, mas a quem o detiver, após regular transação com o consumidor, conforme exposto acima. O custo da "destroca" é irracional, pois as companhias são obrigadas a percorrerem, por vezes, milhares de quilômetros atrás de seus botijões. Por último, não vejo fundamento em lei para a Portaria estabelecer restrições dessa natureza ao uso dos botijões.

Peço vênica para formular Quesitos, fazendo-os acompanhados de breves observações, na seguinte ordem:

1o. Quesito - O botijão, apesar da marca estampada, pertence à empresa que o recolheu no mercado, ou ao titular da marca?

Observação: Convém destacar o caráter fungível do botijão, a existência do mercado para botijões usados de qualquer marca, além de outros pontos acima expostos. Em minha opinião, na medida em que o particular faz a troca de um botijão vazio com a distribuidora por outro cheio, ele estaria promovendo a alienação de seu bem, tanto que, se o particular não tiver o seu próprio botijão ele deverá comprá-lo a preço de mercado da distribuidora ou do revendedor.

Embora a quase absoluta totalidade dos botijões tenha a marca estampada de alguma das companhias engarrafadoras, a elas somente pertencem 15% dos botijões existentes no mercado. O restante pertence a terceiros, que os vieram adquirindo das próprias distribuidoras.

Trata-se, pois, de um mercado aberto. Um mercado tão extenso, no qual aquilo que pertence às distribuidoras consiste em somente uma pequena parte do universo existente de botijões, de sorte que não me parece ser a marca estampada um signo identificador de propriedade, mas, apenas e tão somente, da origem dela, isto é, demonstra, em princípio, apenas quem o engarrafou originariamente.

Em suma, nem as próprias distribuidoras consideram que todos os botijões existentes no mercado pertencem a elas pelo simples fato de que trazem em seu corpo sua marca.

2o. Quesito - É anti-jurídica, por não encontrar supedâneo em lei, a Portaria do antigo Ministério da Infra Estrutura que proíbe o engarragamento de OM?

3o. Quesito - É possível, por esse ou por algum outro motivo, suspender os efeitos da referida Portaria em medida cautelar, evidentemente considerando existir o chamado "periculum in mora"?

4o. Quesito - Não havendo acordo entre as empresas quanto ao enchimento recíproco de OM, ou recusando-se as grandes companhias a autorizá-lo, não poderá a Consulente encher os botijões OM indestruíveis, apondo um selo indestrutível, com sua marca, invocando, para tanto, o parágrafo único do Art. 11 da Portaria referida?

Observação: A proibição de engarrafamento de OM, atualmente, encontra suporte direto no Art. 13 da Portaria 843/90 (em anexo), o qual estabelece serem vedadas à distribuidora ou a seu revendedor a guarda e comercialização de botijões de outras marcas, quando cheios de GLP.

O Art. 14 da mesma Portaria autoriza, todavia, o enchimento de OM quando ajustado mediante prévio acordo com outras empresas titulares da outra marca a ser enchida. Todas as pequenas companhias fazem tal acordo, as grandes não, principalmente a Ultragas.

5o. Quesito - Diante dos fatos expostos, e à vista da resposta dada pela Associação dos Fiscais de Derivados de Petróleo à Interpolação que lho foi feita, não está caracterizado abuso do poder econômico, cabendo representação ao CADE?

No aguardo de sua resposta, e agradecendo, desde já, a atenção dispensada, subscrevo-me.

(as.) JARBAS ANDRADE MACHIONI
Advogado"

Respondo em separado.

São Paulo, 03 de maio de 1993.


MIGUEL REALE

P A R E C E R

I

CARACTERÍSTICAS DO ABASTECIMENTO DE GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO
(GLP)

1. A vida empresarial, no seu crescente dinamismo, apresenta, às vezes, surpreendentes e complexas configurações econômicas, dando nascimento a situações negociais atípicas, insuscetíveis até mesmo de serem enquadradas em contratos multilaterais segundo modelos jurídicos previstos em lei. É o que acontece nas atividades relativas ao abastecimento de GLP às populações urbanas e rurais, consoante a chamada "distribuição de gás de cozinha". Em razão desses fatos e dos complexos interesses e valores em jogo, desde a PETROBRÁS, fonte geradora do produto, até os consumidores, passando por distribuidores e revendedores de várias espécies, surgem novas estruturas e praxes normativas suscitando questões delicadas que os juristas tradicionais consideravam próprias da elegância iuris, isto é, das que exigem um trabalho hermenêutico que ultrapassa os lindes da lei expressa.

Reduzida a questão ao aspecto micro-econômico, ou seja, à sua relação mais simples, poder-se-ia

afirmar que o ciclo de abastecimento do gás comportaria os seguintes momentos:

- a) Fulano adquire, de um distribuidor, titular da marca X, um botijão cheio de gás, pagando o preço do vasilhame, mais o do produto;
- b) O botijão, no qual está forjado o símbolo da marca X, com um selo lacrado com o nome do "envasilhador" e a garantia do volume autorizada pelo Departamento Nacional de Combustíveis (DNC), passa a pertencer a Fulano, isto é, ao consumidor;
- c) Consumido o gás, Fulano procura um dos revendedores da marca X, e troca o seu vasilhame vazio por outro cheio, dotado das mesmas características de marca e de selo indicadas na alínea anterior.

Dir-se-á que, desse modo, fica assegurada ao distribuidor inicial a titularidade de sua marca; e ao consumidor o seu direito, implícito quando da compra de botijão, de ser novamente abastecido de gás. Tudo muito simples, mas não correspondente à realidade dos fatos.

2. Situada que seja a questão no plano macro-econômico, ou seja, no âmbito da economia de massa, sobretudo nos grandes centros urbanos, onde se desenvolve a livre-concorrência entre vários distribuidores de gás, e o consumidor, inclusive por sua mobilidade, não fica vinculado ao seu distribuidor originário, seremos obrigados a admitir que as coisas se passam de maneira bem diversa da que foi exposta supra.

O que é imprescindível determinar é, por conseguinte, a real natureza da distribuição de GLP, para verificarmos quais são os princípios e normas jurídicas pertinentes à espécie.

3. Nesse sentido, nada melhor do que recorrermos à exposição objetiva e imparcial feita pelo Sr.

ALEIXO MENDES DE CARVALHO, na qualidade de Diretor para Assuntos Sociais e Jurídicos da ASSOCIAÇÃO DOS FISCALIS DE DERIVADOS DE PETRÓLEO - AFIPETRO, em resposta à interpelação promovida pela Consultante a essa entidade, conforme documento que instrui a Consulta.

Após declarar que, entre outras, também a ULTRAGAZ foi autuada, tendo o seu estabelecimento interditado, por ter, realizado a comercialização de gás em botijões de outras marcas, o mencionado Diretor lembra, inicialmente, que, de conformidade com o Art. 14 da Portaria n. 843, de 31 de outubro de 1990, baixada pelo antigo Ministro da Infra-Estrutura - dispositivo esse, cuja juridicidade será por nós oportunamente examinada -

"é permitido à distribuidora o enchimento de botijões de outras marcas, desde que previamente acordado mediante contrato celebrado entre as distribuidoras interessadas".

Isto não obstante, tal exigência revelou-se inexecutável por múltiplas razões que acabaram por determinar a necessidade de serem utilizadas por todos os distribuidores, indistintamente, botijões de outras marcas, mesmo sem autorização dos respectivos titulares, inclusive - como se lê na Consulta - pelo fato de que tais autorizações passaram a constituir privilégio das grandes empresas que, na realidade, atuam como cartel ou oligopólio.

Daí a contingência em que se vêm os distribuidores médios e pequenos de lançar mão dos chamados botijões OM, isto é, "botijões de outras marcas", porquanto só em teoria vigora o Art. 18 da mencionada Portaria, segundo o qual

"as distribuidoras e seus revendedores credenciados deverão receber vasilhames vazios de outras marcas no atendimento ao consumidor, procedendo a destroca com as distribuidoras ou revendedores correspondentes, no menor prazo possível". (nosso o grifo).

Na prática, consoante é minuciosamente exposto na Consulta, é desse dispositivo que se prevalecem as grandes empresas para encher os vasilhames recebidos com outras marcas neles estampadas, e - ao invés de efetuarem a destroca na área de comercialização dos titulares dessas marcas - os remetem a cidades distantes, até mesmo de outros Estados. Assim sendo, quando, por exemplo, a Consulente, que recebeu do consumidor um botijão com a marca ULTRAGAZ, SUPERGASBRÁS, PETROGÁS ou outra qualquer, pretende retrocá-lo com botijão de sua marca - recebe a informação de que... não há botijões dela disponíveis... Desse modo, os botijões de outras marcas em seu poder tornam-se indestrocáveis.

Pois bem, o representante da citada AFIPETRO, que congrega os fiscais dos derivados de petróleo, enumera as razões pelas quais se torna impossível ou inviável a destroca, prevista no Art. 18 da Portaria n. 843/90. A exposição é longa, mas essencial à análise da questão objeto do presente Parecer, porquanto nela é demonstrado que, se fosse obedecida a proibição de utilização de botijões OM, os pequenos e médios distribuidores de gás estariam privados de exercer suas atividades empresariais, em virtude de

- 10.) Tratar-se de um país com dimensões transcontinental, onde cerca de 10 (dez) Grupos Econômicos, com apenas 108 (cento e oito) Bases de Enchimento e Distribuição de GLP, operam na prestação de serviços para uma população, hoje, estimada em 150 milhões de habitantes. E, que em um universo estimado de 80 milhões de botijões existentes no país, tais grupos ostentam apenas como sua propriedade, não mais que 15% desse volume registrado em suas contabilidades, para o atendimento à demanda comercial diária, de acordo com sua quota de participação de mercado. 2o.) Trata-se de Bens Fungíveis, onde outros fabricados com as mesmas especificações (ABNT), podem, perfeitamente, serem substituídos, no período em que ocorre o fenômeno dos indestrocáveis. Exemplo: Uma determinada distribuidora possui em seu pátio de armazenamento,

10.000 (dez mil) botijões de outras marcas e, em contrapartida as congêneres não possuem tais quantidades para a realização das destrocas. Como a primeira, por força de normas não pode envasilhá-los, fica impedida de honrar seus compromissos, tais como: a) Retirada de sua quota diária de GLP, anteriormente programada; b) Abastecer com regularidade seus revendedores da sua Área Operacional, abrangendo inúmeros municípios, dentro e fora do seu Estado sedo; c) paralisação temporária do seu quadro profissional especializada; d) prejuízos de ordem econômica e, e) à sua função de utilidade pública, acarretando prejuízos maiores à população. 3o.) A inexistência de uma Central de Manutenção e Destroca nas Regiões Operacionais do país, é a causa principal para o registro diário dos exemplos já mencionados. 4o.) Os botijões de todas as marcas passeiam por todo o país. É facilmente identificável a existência da "OM'S" no Norte e Nordeste, pertencentes ao Centro-Oeste, Sudeste e Sul, e, vice-versa, sendo impraticável as destrocas entre distribuidoras. Daí, ironicamente, tais botijões são fatalmente condenados ao sucateamento. Quando por ventura, ocorre uma destroca de botijões, os custos dessa operação são repassados aos consumidores, de conformidade com as atuais estruturas de preços vigentes no país."

II

QUESTÕES JURÍDICAS POSTAS PELA NATUREZA DO ABASTECIMENTO DE GLP

4. À vista do que acaba de ser exposto, cumpre-nos examinar a situação econômica gerada pela comercialização de GLP para verificar quais são os princípios e normas jurídicas a ela aplicáveis, a começar pelo problema nuclear de saber-se a quem efetivamente pertencem os botijões existentes no mercado, e se tem cabimento asseverar-se que

- a) o botijão é de propriedade do titular da marca nele estampada;
- b) o consumidor é mero detentor ou possuidor de dito botijão até trocá-lo, para recebê-lo cheio de gás;
- c) os demais distribuidores ou revendedores, por sua vez, não teriam domínio, mas apenas posse sobre os botijões de marca que não a sua.

Parece-nos que tal conclusão, que enseja a prática de incontestável abuso do poder econômico, não é admissível, por estender-se o alcance da titularidade da marca aposta no botijão muito além dos direitos que ela salvaguarda no campo do Direito Industrial.

A bem ver, a marca X é conferida a determinada empresa para tornar patente à clientela a origem do produto e preservar a exclusividade. No caso examinado, todavia, nenhuma das distribuidoras comercializa produto próprio, mas tão somente o gás tal como é ele fornecido pela PETROBRÁS. Donde se conclui que a marca ULTRAGAZ, por exemplo, identifica um tipo de economia terciária, o de serviço de distribuição, não abrangendo o botijão de gás, nela impressa, como coisa de sua propriedade. O gás, fornecido pela PETROBRÁS não se confunde sequer com a gasolina entregue aos postos de distribuição, pois a SHELL, a ATLANTIC, etc. se distinguem uma das outras pelo aditivo que declaram acrescentar ao petróleo para melhorar sua potência e rendimento e pela qualidade do serviço prestado.

No caso particular do gás de cozinha, este não sofre alteração alguma, não havendo, por conseguinte, nada a ser protegido em razão da marca a não ser a qualidade do serviço. A marca, em suma, identifica e preserva tão somente uma categoria de assistência técnica, sem tornar o botijão de gás, por ela vendido aos consumidores um bem móvel de propriedade dela. Haveria flagrante *contradictio in terminis* se uma venda, efetivamente realizada, redundasse em guarda provisória ou mera detenção da coisa alienada, quer no caso de

aquisição inicial do botijão pelo consumidor, quer, depois, no ato em que este transfere seu botijão a qualquer revendedor, em troca de um botijão cheio. Como se vê, não tem cabimento, pois, falar-se em "apropriação indébita" (pelo distribuidor estranho à marca) de coisa móvel, de que tem a posse ou detenção", com infringência do Art. 168 do Código Penal, tal como calculadamente se proclamou!

5. Nesse sentido, cabe analisar mais minuciosamente a natureza jurídica do botijão e do ato de sua transferência.

Nenhuma dúvida paira sobre a caracterização do botijão como bem fungível. Sobre tal matéria já houve, aliás, pronunciamento de nossos tribunais, sendo expressivo o acórdão da E. Décima Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, na Apelação no. 322.123/4, da Comarca de São José do Rio Preto, nos seguintes termos:

"Ora, os botijões de que tratam estes autos são tipicamente fungíveis, isto é, são suscetíveis de substituição por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Tanto é assim que são descritos na denúncia apenas pela sua quantidade e capacidade como vasilhame de gás. Tanto é assim que da mesma forma são descritos em todos os demais documentos a eles referentes juntados aos autos (...). Tanto é assim que são utilizados em sistema de rodízio, uns substituindo aos outros que tenham as mesmas características (fls. 46 e cláusula 3a. dos contratos de fls. 419, 422, 425 e 428). Acresce, no mesmo sentido, a informação de que eram utilizados, indiferentemente, botijões de variadas marcas, como declararam as testemunhas".

O tópico desse douto aresto esclarece, a um só tempo, o caráter fungível dos botijões, como a existência da praxe de sua substituição uns pelos outros, independentemente das respectivas marcas.

A nosso ver, porém, a operação que se realiza entre o consumidor e o revendedor, ou entre este e um distribuidor primário (aquele que apanha o botijão) não configura um mútuo, mas, mais propriamente, uma troca e uma destroca.

Conforme dispõe o Art. 1.256 do Código Civil define-se o mútuo como "emprestimo de coisas fungíveis", sendo o mutuário "obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade".

Como adverte PONTES DE MIRANDA, no mútuo

"deu-se o bem, a propriedade do bem, e não só o uso, o cômodo" (...). No direito brasileiro, o mútuo é, de regra, contrato real, exige, para ser o elemento 'entrega de coisa'." (Tratado de Direito Privado, 2a. ed., 1963, pp. 7 e seq.).

Mas no mútuo há entrega da coisa fungível com a obrigação de restituí-la por coisa do mesmo gênero, qualidade ou quantidade, tudo se passando e se resolvendo entre o mutuante e o mutuário.

Ora, no caso específico de abastecimento de GLP, há implícito um direito, para o consumidor adquirente do botijão, de poder haver, de qualquer revendedor e não somente do vendedor originário, titular de determinada marca, um outro botijão cheio de gás, pagando tão somente este e transferindo o vasilhame.

Esse poder genérico que o consumidor tem de utilizar-se do botijão próprio para haver, em contraprestação, um novo botijão restabelecido, foi consagrado pelo Art. 18 da mencionada Portaria 843/90, que reza:

"Art. 18. As distribuidoras e seus revendedores credenciados deverão receber vasilhame vazio de outras marcas no atendimento do consumidor, procedendo a destroca com as distribuidoras ou revendedores

correspondentes, no menor prazo possível." (Nosso o grifo).

6. Tal operação nos parece caracterizável mais adequadamente como troca, que, comporta cancelamento de PONTES DE MIRANDA,

"há sempre que se presta direito de propriedade, ou posse, e se contrapresta outro direito de propriedade, ou posse, ou qualquer outro direito, inclusive o direito a alguma quantia certa."

O consumidor de gás, ao negociar com o distribuidor ou com um revendedor, - credenciado por ele ou por qualquer outro distribuidor - troca coisa por coisa, exatamente por ser o botijão um bem fungível, cuja destinação, em última análise, corresponde à titularidade de um vasilhame, correspondente ao volume GLP determinado pela PETROBRÁS, através do Departamento competente (DNC), que contém implícito o direito de trocá-lo, livremente, com qualquer revendedor, pagando tão somente o preço do gás.

Trata-se, por conseguinte, de uma troca qualificada, com poder de destroca "erga omnes", isto é em relação à qualquer revendedor de GLP, por força do disposto na Portaria n. 843/90, e por resultar também de longa praxe consagrada pelos usos e costumes, os quais são sabidamente fontes de modelos jurídicos, notadamente no plano comercial ou empresarial.

Não há nada de estranhar-se nesse conceito de troca qualificada, ou seja, unida a certa obrigação do permutante ou de terceiros, porquanto, como observa CARVALHO SANTOS,

"o contrato de troca, em regra, é translativo da propriedade, mas pode acontecer que, em certos casos, seja ele apenas gerador de obrigações, como, por exemplo, se recai sobre coisas que não são determinadas senão pelo gênero." (Código Civil Brasileiro

Interpretado, 2a. ed., Vol. XVI, 1933, pp. 278 e seq., com invocação do magistério de POTHON e COLMET DE SANTERRE).

Na espécie examinada, afigura-se-nos que mais exato é falar-se em troca qualificada, pois o botijão é recebido como *bem adquirido* pelo consumidor, com a faculdade de trocá-lo, obrigatoriamente, por outro substituído por qualquer revendedor, abstração feita da marca sales estampada.

Estamos, pois, perante um negócio jurídico *sui generis*, cabendo aqui lembrar este magnífico ensinamento de PONTES DE MIRANDA:

"CONTRATOS E RELAÇÕES JURÍDICAS CONTRATUAIS - As relações jurídicas negociais são, todas, relações que o pensamento humano criou para laços (vinculações) entre os homens. Um dos meios, portanto, para o processo específico de adaptação social, que é o direito. Algumas só se referem a momento em que ocorrem e em verdade se fazem *erga omnes*, em sucessão a relações jurídicas *erga omnes*, ou originariamente. A criação delas - ou, melhor, dos negócios jurídicos, ou outros fatos, de que se irradiam - atende à finalidade dos atos humanos; donde as diferenças quanto à estrutura e quanto ao conteúdo." (Tratado de Direito Privado, cit., Tomo XXXVIII, p. 365).

Para adequar-se ainda mais à espécie examinada, o saudoso Mestre acrescenta:

"O contrato pode consistir em contratos de dois ou mais tipos, unidos. Ou ter contraprestação de outro tipo, o que acontece quando a contraprestação em vez de ser em dinheiro (compra-e-venda), ou de consistir em outra coisa (troca), consiste em serviços. Ai, o que presta coisa responde como vendedor ou trocador, e o que contrapresta conforme as regras jurídicas sobre prestação de serviços. Todavia, pode ter-se de inquirir

do sentido especial, da finalidade e do propósito preponderante." (Ob. cit., p. 273).

XXX

DISPOSIÇÃO INCONSTITUCIONAL DA PORTARIA 843/90 DO ANTIGO
MINISTÉRIO DA INFRA-ESTRUTURA

7. A validade jurídica da Portaria 843/90 pode ser apreciada sob dois ângulos, um genérico e outro específico. De um ponto de vista genérico, essa Portaria padeceria do mesmo vício de inconstitucionalidade que inquinava o Decreto n. 99.244, de 10 de maio de 1990, com o qual o Presidente FERNANDO COLLOR explicitou, mediante simples Decreto, a competência dos Ministérios, inclusive o da Infra-Estrutura, como se estivesse ainda em vigor o Art. 81, Inciso V, da Carta de 1969, que autorizava o Chefe do Executivo a

"dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal."

De conformidade com a Constituição de 1988, ao contrário, consoante Art. 48, inciso XI, há reserva legal, isto é, necessidade expressa de lei, para

"criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública." (grifamos).

Como, porém, houve, posteriormente, e mediante lei, o desdobramento do Ministério da Infra-Estrutura, constituindo-se como ente autônomo o Ministério das Minas e Energia, com suas respectivas Secretarias e Departamentos, poder-se-á dizer que o Congresso Nacional tenha saneado o diploma regulamentar.

Mais importante é, todavia, verificar se ao Ministério de Estado era lícito, "ex vi" de Portaria, inovar no

mentionado Decreto n. 99.244/99 para coligar os Arts. 13 e 14, do seguinte teor:

"Art. 13. É vedada à distribuidora ou a seu revendedor credenciado a guarda e a comercialização de botijões de outras marcas, quando cheios de GSP.

Art. 14. É permitido à distribuidora o enchimento de botijões de outras marcas, desde que previamente acordado mediante contrato celebrado entre as distribuidoras interessadas."

É evidente que esses dispositivos disciplinam atividades negociais, estabelecendo faculdades e proibições que somente poderiam constar de lei, conforme ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES que escreve:

"Portarias - Portarias são atos administrativos internos, pelos quais os chefes de órgãos, repartições ou serviços, expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou designam servidores para funções e cargos secundários. Por portaria também se iniciam sindicâncias e processos administrativos. Em tais casos a portaria tem função assemelhada à da denúncia do processo penal.

As portarias, como os demais atos administrativos internos, não atingem nem obrigam aos particulares, pela manifesta razão de que os cidadãos não estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração Pública. Nesse sentido vem decidindo o Supremo Tribunal Federal." (Direito Administrativo Brasileiro, 9a. ed., 1982, Ed. Revista dos Tribunais, p. 138).

Manifesto é, pois, o vício de inconstitucionalidade dos citados Arts. 13 e 14, por ferirem frontalmente o parágrafo único do Art. 170 da Carta Magna que assegura

"a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em L.d. (grifamos).

Cabe, sem dúvida, ao Departamento Nacional de Combustíveis, nos termos do Art. 122 do já lembrado Decreto n. 99.244/90, "orientar e fiscalizar as atividades relativas ao monopólio da União", autorizando as empresas que se proponham a explorar o serviço de distribuição de GIP (Inciso III, letra "b"), mas extrapola de sua competência quando disciplina as atividades econômicas, sobretudo quando o faz de maneira desigual, abrindo campo a abusos de poder econômico.

8. O exercício do comércio, ou, como hoje em dia se diz com mais propriedade, o direito de empresa não pode sofrer restrições "ex vi" da Portaria, porque ele é projeção imediata e natural da livre iniciativa, que a Constituição declara ser um dos princípios do Estado Democrático de Direito, logo no Art. 20., de manifesto caráter preambular.

Reiterando esse princípio, o Art. 170 consagra, complementarmente, o princípio de livre concorrência, o qual pressupõe igualdade de condições entre os agentes do direito de empresa, o qual se caracteriza pela auto-organização da atividade econômica destinada à produção, circulação e distribuição de bens e serviços. Sobre o conceito de empresa, no sentido exposto, vide MASSIMO SEVERO FIANNINI - *Diritto Pubblico dell'economia*, Bolonha, 1985, p. 179 e segs.

No Direito Constitucional brasileiro, vigora, aliás, desde a promulgação da nova Carta, a teoria, de origem norteamericana, do *due process of law*, ou do devido processo legal, já aplicado no Brasil, com base na doutrina do direito adquirido, como o salientou SAN TIAGO DANTAS. Hoje em dia, porém, constitui direito consagrado pelo inciso LIV do Art. 50. da Constituição., segundo o qual

"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal." (grifamos).

De onde se conclui que a Portaria 843/90 é irrita e nula na parte em que invade a esfera da legalidade para disciplinar atividades negociais. Por sinal que, abstração feita do vício de competência, o faz de maneira inadmissível, ferindo o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei.

Com efeito, se, de um lado, obriga qualquer revendedor a aceitar a troca de um botijão vazio por outro cheio, abstração feita da marca (Art. 18), de outro, proíbe quem o trocou a comercializar botijões de outras marcas quando cheios de GLP. A contradição é flagrante, máxime por se reconhecer como já demonstrado - a inanidade do disposto no Art. 18 quanto à obrigação da destroca no menor prazo possível.

Foi essa a porta aberta às empresas mais poderosas, com atuação em amplos mercados e até mesmo em todo o território nacional, para impedir a livre concorrência, tal como se analisará na seção seguinte do presente Parecer.

IV

ABUSO DE PODER ECONÔMICO

9. Nos estritos limites deste trabalho, vamos considerar-nos dispensados de tecer considerações sobre o conceito de "abuso de poder econômico", matéria amplamente versada por especialistas brasileiros e estrangeiros de Direito Econômico.

Para os fins da Consulta bastará afirmar que há abuso de poder econômico toda vez que uma ou mais empresas se valem da força de seu capital, bem como de um complexo de circunstâncias favoráveis aos seus desígnios, para dificultar ou impedir a livre concorrência de seus competidores.

Analisando a Portaria 843/90, vimos que esta - muito embora não estivesse em seus propósitos - permite

que uma grande empresa, de âmbito nacional, possa destinar botijões de outras marcas a localidades longínquas, tornando-os indestrutíveis.

É claro que, graças a esse ardil, converte-se em letra morta o disposto no Art. 18 da referida Portaria, bastando a uma empresa alegar "não possuir botijões de outra marca disponível", para eximir-se da obrigação de "efetuar a destroca no mais breve prazo possível".

Vimos que o representante da "Associação dos Fiscais dos Derivados de Petróleo" se refere, ironicamente, ao "passeio dos botijões por todo o território nacional", criando situações inamovíveis e altamente danosas aos médios e pequenos revendedores, impossibilitados de adquirir sua quota de GLP e de comercializá-la.

A bem ver, a Portaria 843/90 redundava em uma condenável discriminação, cujo resultado é a ruptura da equivalência real entre os distribuidores de gás de cozinha, fazendo exatamente o oposto do objetivo visado pela Carta Magna, em seu Art. 173, parágrafo 4o., quando 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."

Em verdade, como o Art. 13 da Portaria 843/90 veda, por tempo indeterminado, que um revendedor possa envasilhar o botijão recebido compulsoriamente de um consumidor, só por nele estar impressa outra marca, fica a porta aberta, como já assinalamos, ao abuso do poder econômico. Desse modo, além do parágrafo 4o. do art. 173 da Lei Maior, é vulnerado também o "caput" do Art. 5o. sobre a igualdade de todos perante a lei, sem se esquecer o Inciso II, segundo o qual

"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

10. Tais considerações ganham especial relevo se lembrarmos que a própria revista do CADE, intitulada *Direito Econômico*, nova fase, 1., ao analisar o problema da distribuição do gás de cozinha no país, publica um artigo sobre o eloqüente título: "Manias e manobras do oligopólio".

Nesse artigo é reconhecida a natureza oligopolística do mercado brasileiro de GLP, nos seguintes termos:

"Quanto à estrutura de distribuição de gás no País é fácil visualizar que ela é oligopólica, já que algumas empresas possuem maiores parcelas no mercado global, e atuam em várias regiões ao mesmo tempo." (Rev. cit., p. 37).

Pois bem, se assim é, deve-se emprestar a maior atenção ao exame das conjunturas factuais e normativas que caracterizam o universo da distribuição de GLP para preservar-se efetivamente a livre concorrência.

Inegável se-nos afigura a existência de incabíveis privilégios que redundam em concorrência desleal, até o ponto de recorrer-se indevidamente às autoridades policiais para causar graves prejuízos aos concorrentes mais fracos, aos quais calculadamente se nega autorização para destroca de botijões com marcas diversas, mediante acordo, como faculta o otimista Art. 14 da malsinada Portaria 843/90, só utilizado discriminatoriamente pelas empresas maiores.

Não é demais ponderar que a infração à Constituição, por nós apontada, capitula-se entre diversos dispositivos taxativamente previstos no Art. 2o. da Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, que enumera as formas de poder econômico, visando a "eliminar total ou parcialmente a concorrência" (Vide Inciso I, letras "a" e "g" e II, letras "b", e V, letra "b").

Com efeito, a recusa de autorização sistematicamente feita à destroca amigável de botijões entre as empresas grandes e as menores, assegura àquelas:

- a) vantagens na concorrência;
- b) cessação parcial das atividades das empresas concorrentes;
- c) criação de dificuldades ao funcionamento das empresas menores;
- d) prática de concorrência desleal, ao negar ajuste concedido pelas empresas maiores umas às outras.

O mesmo se diga quanto à Lei n. 8.158, de 8 de janeiro de 1991, que institui normas para a defesa da concorrência, como se infere de seu Art. 20., notadamente nas seguintes "letras":

".....

- b) o cerceamento à entrada ou à existência de concorrentes, seja no mercado local, regional ou nacional;
- c) o impedimento ao acesso dos concorrentes às fontes de insumos, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- d) o controle regionalizado do mercado por empresas ou grupos de empresas;
- e) o controle de rede de distribuição ou de fornecimento por empresas ou grupo de empresas;"

Nada mais é preciso acrescentar, valendo a pena citar, como conclusão, o límpido ensinamento do ilustre FRANCISCO FERRARA, da Universidade de Florença, do seguinte teor:

"La libertà della concorrenza rientra nella libertà dell'iniziativa economica privata, della quale costituisce un atteggiamento. Come il soggetto è libero di indirizzare la sua attività in qualsiasi settore, quindi per la produzione di qualsiasi bene o servizio (salvo i divieti di legge), così è libero di indirizzarla anche in quei settori, dove operano già produttori economici. La circostanza che un soggetto abbia iniziato per primo la produzione di beni o servizi, salvo che ricorrano i pressoposti per la costituzione di una esclusiva a suo favore, non impedisce ad altri di fare altrettanto e quindi che successivamente il primo venga a concorrere con altri sul mercato". (Na coletânea *La libertà di concorrenza*, Giuffré Editore, 1970, p. 16).

Não é demais ter presente o entendimento da Comissão Europeia de Defesa à Concorrência, do seguinte teor:

"Thus, the characteristic element of the dominant position is, according to the Commission, that it confers upon an enterprise the means of action that allow it to determine the behavior of its competitors, even supplanting them in the market, if they do not accept its leadership. The effect is in either case, to eliminate or to affect competition." (JEAN GUYENOT e CLARLES P. d'EVEGNÉE, in *European Antitrust Law of the Common Market*, Ed. Economica, Paris, 1976, p. 88).

V

RESPOSTA AOS QUESITOS

11. Como decorrência das razões de fato e do Direito que foram expostas, passamos a responder sucintamente aos quesitos formulados:

Ao 1o. - O botijão, apesar da marca nele estampada, pertence ao consumidor que o adquiriu, ou que o trocou por outro cheio de gás.

Pelos mesmos motivos, ele pertence ao distribuidor ou ao revendedor que o troca para atender à demanda do consumidor, abstração feita da marca nele ostentada, pois ela se destina a identificar um serviço de distribuição, e não um bem corpóreo, o vasilhame empregado.

Em ambos os casos - quer se configurem a troca e a destroca como operações de mútuo ou de troca, quem permuta ou troca um botijão, transfere a outrem - por ato de compra e venda - um bem móvel fungível cujo domínio resulta da tradição (Código Civil, Art. 620).

Ao 2o. - A Portaria do antigo Ministério da Infra-Estrutura - embora válida no que se refere à autorização ou fiscalização do GLP, em razão do monopólio da PETROBRÁS e por motivo de segurança e defesa do consumidor - extrapolou da competência do Departamento Nacional de Combustível (DNC) por pretender disciplinar atividade comercial só suscetível de regramento mediante lei.

Como se demonstrou, houve desrespeito à reserva legal, estabelecida pela Constituição.

Além disso, o que se concedeu ao consumidor (troca compulsória do botijão, independentemente da marca) se recusou aos revendedores, obrigados a não os utilizar em sua atividade empresarial até que se proceda à destroca, a qual acaba ficando sujeita ao arbítrio dos mais fortes.

Ao 3o. - Pelos motivos expostos, assiste aos revendedores prejudicados o direito de propor MEDIDA CAUTELAR preparatória da AÇÃO DE NULIDADE dos Arts. 13 e 14 da Portaria em apreço, pois há, na espécie, bem mais que *fumus boni iuris*, sendo evidente e incontestável o *periculum in mora*.

Parece-me também irrecusável a concessão de LIMINAR, para prevenir a ocorrência de ato ilegal.

No caso de qualquer ato administrativo tendente à aplicação de uma vedação desprovida de validade e eficácia, caberá à Consulente a impetração de mandado de segurança.

A rigor, como a mencionada portaria tem incidência direta e imediata sobre a atividade das empresas a que ela se refere, tolhendo-lhes "in concreto" o direito de exercer a comercialização e a distribuição de GLP - não há que invocar a tese de que não cabe mandado de segurança contra lei ou ato normativo...

Ao 4o. - A criação de uma situação de flagrante desigualdade - ainda que porventura a proibição do art. 13 da Portaria 843/90 pudesse ser considerada juridicamente válida e eficaz - priva o revendedor do poder de destroça por tempo indeterminado, quando as grandes empresas se recusam a autorizar o enchimento recíproco de OM.

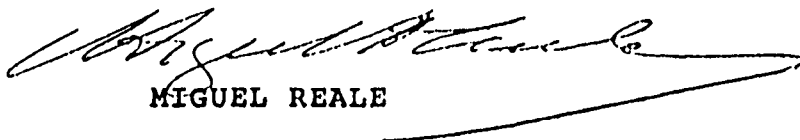
Tal fato gera danos irreparáveis, privando as pequenas empresas do direito de empresa que a Carta Magna assegura, legitimando seu recurso ao parágrafo único do Art. 11 da mesma Portaria, a fim de se utilizarem de botijão OM, apondo-lhe o seu sinal ou lacre de garantia.

Ao 5o. - A existência de abuso de poder econômico afigura-se nos flagrante, cabendo, desse modo, representação ao CADE.

Como se demonstrou, há infringências de disposições taxativamente previstas nas leis de proteção da livre concorrência.

É o meu parecer.

São Paulo, 03 de maio de 1993.


MIGUEL REALE

lha n.º	126	de pro
n.º	1093	de 19.92
elt		

Evandro Lins e Silva

PARECER

Os ilustres advogados Jarbas Andrade Machioni e Nilo Benetti formulam-nos a seguinte

CONSULTA

"Conforme nossos contatos anteriores, em face dos documentos que lhe são entregues e do caso que lhe foi exposto, solicitamos seu parecer sobre o assunto, apresentando as seguintes considerações.

As clientes de nossos escritórios chamam-se Onogás S.A. Comércio e Indústria e Servgás Distribuidora de Gás S/A. Elas atuam no setor de gás liquefeito de petróleo, mediante autorização do Departamento Nacional de Combustível - DNC (sucessor do antigo Conselho Nacional de Petróleo).

Nesse setor atuam quinze empresas, que são chamadas "distribuidoras" ou "engarrafadoras", pertencentes a dez grupos. Quatro deles dominam 70% a

elt

80% do mercado: a Ultragas, Agip-Liquigás, a Supergasbrás e a Norte GásButano.

O resto do mercado está distribuído entre as chamadas pequenas companhias. Sobre o assunto tomo liberdade de remetê-lo ao estudo do Cade (Revista Direito Econômico, em anexo).

No exercício de sua atividade, as distribuidoras utilizam-se de botijões para engarrafar o gás, que é bombeado pela Petrobrás para os terminais das engarrafadoras. Todo botijão traz estampada, ainda que de maneira não muito clara, a marca do engarrafador em relevo, e traz, também, o lacre de quem o engarrafa. Esse gás, uma vez acondicionado, é vendido diretamente ao consumidor, ou por caminhões que fazem a venda de porta-em-porta, ou por intermédio de representantes (revendedores exclusivos, devidamente credenciados pela engarrafadora). Os representantes também vendem de porta-em-porta.

Diante do altíssimo custo do botijão, acontece um fenômeno semelhante ao das garrafas de refrigerante e cerveja. O revendedor e o consumidor têm que dar retorno de um vasilhame ao adquirir o produto. Na verdade, segundo a associação dos Agentes Fiscais de Derivados de Petróleo, existem no país cerca de oitenta e cinco milhões de botijões, dos quais apenas quinze por cento estão registrados, contabilmente, como

ELC

folha n.º	128	do proc.
n.º	1093	de 19.97
RLC		

pertencente às engarrafadoras; o restante está com os consumidores ou com revendedores. É importante ressaltar que, apesar disso, todos os botijões, por terem sido vendidos pelas distribuidoras, trazem a marca estampada de alguma delas.

Há um forte mercado secundário (isto é, não negociado diretamente pelas distribuidoras) para os botijões, sendo eles quase que "moeda" corrente entre os agentes do mercado.

Para comprar o gás, consumidores e revendedores devem fazer das duas uma: a) dirigir-se a uma loja de ferragens, ou a uma das distribuidoras, e comprar um botijão para trocar com quem vier lhe vender o gás; b) adquirir o botijão da própria engarrafadora ou seu revendedor, no momento da entrega do gás, que lho vende, emitindo uma nota de venda ao consumidor.

Por outro lado, os revendedores geralmente não têm capital para comprar a totalidade dos botijões; então recebem emprestada das engarrafadoras que, de um modo geral, tais botijões são entregues ao revendedor ou ao consumidor em "comodato", classificação de que discordo, em face da fungibilidade do botijão. Não se trataria antes de "mútuo"? Nesse sentido, tomo a liberdade de submeter à sua apreciação a decisão e o acórdão, prolatados em caso criminal, anexados a esta. Não raro os revendedores compram botijões, seja de ferro

RLC

velho, seja da própria engarrafadora a quem representam, ou mesmo de outras marcas.

Ocorre, prezado Professor, que surgem problemas quando a engarrafadora vende o gás: nessa ocasião, ela faz a troca do botijão cheio pelo vazio que pertença ao consumidor ou ao revendedor. Acontece que este botijão usado, entregue à distribuidora pelo consumidor ou revendedor, quase nunca traz a marca de quem está entregando o botijão; geralmente essa marca estampada no botijão é de outra empresa. Tais botijões, recebido por uma engarrafadora sem trazerem a sua própria marca, são chamados de OM ("outras marcas").

Isso acontece com todas as empresas. Elas são, por Portaria do antigo CNP, e por nova Portaria do Ministério da Infra-Estrutura (em anexo), obrigadas a armazenar os botijões OM e providenciar a chamada "destroca" deles com os titulares da sua respectiva marca. O DNC veda que tais botijões sejam comercializados pela engarrafadora que os detiver, sob pena de multa e fechamento administrativo.

Acontece que, ressalva feita de uma das grandes empresas (a Cia Ultragaz) que têm fábrica própria de botijões (embora também ela já tenha sido fechada e autuada por engarrafar OM) todas as demais companhias fazem o engarrafamento do chamado OM e o comercializam, apondo o lacre com sua marca no botijão que traz na estampa marca de outrem.

E. de A.

Folha n.º	130	do proc.
n.º	1093	de 19 97
ELC		

Todavia, é impossível às companhias trabalhar sem engarrafar esses chamados OM, pelas razões que estão expostas na resposta à interpelação judicial que fizemos à Associação dos Fiscais de Derivados de Petróleo. Sabíamos que tais respostas iriam ser dadas nesse sentido, posto que á externada pela referida Associação em reuniões e congressos dentro do próprio DNC e do MINFRA (cópia em anexo).

Sempre que nossas clientes interpellam as grandes companhias para efetuar a chamada "destroca" dos OM de marca delas pelas da marca Onogás ou Servgás, elas raramente o fazem, alegando não possuir botijões dessa marca.

Nossas clientes, como todas companhias do setor, acaba engarrafando o OM que não consegue "destrocar", ou seja os "indestrocáveis". Essa situação não é nova; ela já existe há mais de vinte anos.

No nosso entendimento, a portaria que proíbe engarrafamento de OM não tem razão de ser. Isso porque, na verdade, o botijão é coisa fungível e não pertence a quem tem a marca, mas a quem o deliver, após regular transação como consumidor, conforme exposto acima. O custo da "destroca" é irracional, pois as companhias são obrigadas a percorrer, por vezes, milhares de quilômetros atrás de seus botijões. Por

Q. B.

último, não vejo fundamento em lei para a portaria estabelecer restrição dessa natureza ao uso dos botijões.

Assim, peço vênica para formular os seguintes quesitos:

1. Concorde o Senhor com as respostas aos quesitos dadas pelos Senhores Pareceristas consultados anteriormente, o Prof. Miguel Reale, Prof. Celso Antonio Bandeira Mello e Prof. Eros Roberto Grau?

2. Pode ser considerado crime de apropriação indébita o uso pelas Consulentes ou seus Revendedores de botijões "OM" (evidente desde que neles apondo seu lacre e selo) recebidos pela Distribuidora, ou seu Revendedor, em decorrência de suas operações comerciais?

Observação: Convém destacar o caráter fungível do botijão, a existência do mercado para botijões usados e outros pontos acima expostos. Em nossa opinião, na medida em que uma distribuidora faz a troca de um botijão com o particular ele estaria promovendo uma alienação do material, tanto que, se o particular não tiver o seu próprio botijão, ele deverá comprá-lo a preço de mercado da distribuidora ou do revendedor. Embora a quase absoluta totalidade dos botijões tenha a marca estampada de alguma das companhias engarrafadoras, a elas somente pertencem 15% dos botijões existentes no mercado, o restante pertence a terceiros, que os vieram

RLC

adquirindo das próprias distribuidoras. Trata-se, pois, de um mercado aberto. Um mercado tão extenso, no qual aquilo que pertence às distribuidoras consiste em somente uma pequena parte do universo existente de botijões, de sorte que não nos parece ser a marca estampada um signo identificador de propriedade, mas, apenas e tão somente, da origem dele, isto é, demonstra, em princípio, apenas quem primeiramente engarrafou gás nele. Em suma: nem as próprias distribuidoras consideram que todos os botijões existentes no mercado pertençam a elas pelo simples fato de que trazem em seu corpo sua marca.

3. De outro lado, considerando, inclusive, a doutrina supra exposta e decisões já consagradas dos tribunais, arroladas no corpo da consulta, poderia ser imputado algum outro tipo de crime às Consulentes, ou seus Revendedores, relativamente ao direito de marca registrada, ou mesmo de concorrência desleal, considerando repita-se, que os botijões "OM", são engarrafados com lacre e selo (conforme modelo em anexo), diferenciados?

4. Tendo em vista a resposta anterior, pode-se dizer, então que a prática de engarrafamento de "OM" é ato ilícito e normal, não ferindo diplomas legais existentes, inclusive legislação reguladora das relações de consumo?

Observação: aqui deve ser considerado que não é o engarrafamento de "OM" que pode trazer risco ao

Ar. Q.

consumidor, mas, simplesmente o engarrafamento em botijões sem condições de uso, tenha ele a marca de quem engarrafa ou não no seu corpo.

5. Considerando ainda, as atitudes das empresas noticiadas no corpo da consulta, promovendo inquéritos policiais, apreensões de bens, sob a alegação de que tais botijões são seus, mesmo tendo alhures manifestado opinião clara no sentido de que eles pertencem ao consumidor, entenderia Vossa Excelência de que, na verdade, tais empresas praticam atos de concorrência desleal e denúnciação caluniosa?

6. Considerando, por outro lado, as demais alegações proferidas pelas empresas integrantes do cartel, de que há crime de uso de marca alheia, mesmo diante do uso pelas Consulentes de botijões "OM" apondo-lhes seus distintivos, entenderia Vossa Excelência de que, na verdade, os dirigentes de tais empresas praticam atos de concorrência desleal e denúnciação caluniosa?

7. Pode-se dizer que a prática de demais atos retro-expostos na consulta, poderiam configurar crime econômico praticado pelos dirigentes das empresas nomeadas na consulta?

8. Seria a Portaria 843/90 além de uma irrisão ou prevaricação administrativa, um teratológico ilícito penal, patológico-cartelizante crime econômico,

ALC

perpetrados contra a Nação Brasileira ao condicionar, em seus artigos 13 e 14 o envasilhamento de "OM" com alto desperdício de recursos materiais e humanos, tanto mais em se considerando que inflige ao consumidor o ônus financeiro dessa política, pois o custo do frete para destroca é incluído no preço final? Se positivo, quais os dispositivos penais, codificados e de legislação extravagante, em que incorreriam os seus autores e beneficiários?

9. Com efeito, se admitido como criminógena a portaria 843, surge a nuclear questão: Poderiam seus utilizadores, ou beneficiários, as empresas que estariam integrando um verdadeiro cartel, utilizar-se judicialmente da referida portaria como um escudo do próprio comportamento infracional?

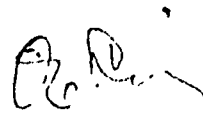
10. A edição da Portaria 843/90, nos seus artigos 13 e 14, configuraria alguma formas e ilícito penal? E as edições de novas proibições administrativas assemelhadas? Em tese tal ilícito seria imputável aos autores da proibição e seus beneficiários?

São esses os termos de nossa consulta."

RESPOSTA

Responderemos a cada um dos quesitos a seguir:

1- Os pareceres da lavra dos eminentes professores Miguel



folha n.º	135	do proc.
n.º	1053	de 19 92
elc		

Reale, Celso Antonio Bandeira de Mello e Eros Roberto Grau esgotam, verdadeiramente, a matéria. Seus fundamentos e conclusões parecem-nos irrespondíveis. Pouco, aliás, haveria a acrescentar depois de ler as três peças magistrais produzidas por tão eminentes juristas, com as quais estamos de inteiro acordo.

Tão minuciosos e claros são aqueles trabalhos que pouco nos deixam para elaborar sobre o assunto. Dai a concisão de nosso trabalho, já desbastada que foi a matéria pelos esplêndidos pareceres citados. A nós nos toca o exame dos aspectos penais do problema.

- 2- No caso sob exame, não encontro, prima facie, os elementos do delito:

As empresas distribuidoras de gás liquefeito de petróleo (GLP), por sua própria natureza, trabalham com gases. Constitui um truismo dizer que os gases só podem circular dentro de sua embalagem. É impossível admitir-se comércio de gás sem um vasilhame que os contenha: seria como pensar-se no comércio de refrigerantes sem garrafa ou outro acondicionamento. Os botijões utilizados para a guarda dos gases, por imperativo de segurança, são fechados com válvulas especiais para prevenir escapamentos ou acidentes.

Existe, na atividade comercial contemplada, uma aquisição original de botijões, por parte dos consumidores. Ao entregar o gás a seus clientes, a empresa distribuidora ou o revendedor

Q. R.

folha n.º	136	de pág.
n.º	1093	de 19 97
	RLC	

recebe em troca um botijão. Se o particular não tiver o seu próprio botijão, deverá comprá-lo da própria distribuidora ou do revendedor. Para ter "gás de cozinha" em casa, o consumidor há de possuir, como seu proprietário, o vasilhame ou os vasilhames que utilizar. Os cheios são trocados pelos vazios, como se faz usualmente, em supermercados ou bares com garrafas de refrigerantes e cervejas, numa constante movimentação, dentro das necessidades dos consumidores.

Esclarece a consulta que embora a quase totalidade dos botijões tenha a marca estampada de algumas companhias engarrafadoras, a ela somente pertencem 15% dos botijões existentes no mercado, o restante pertence a terceiros, que os vieram adquirindo das próprias distribuidoras. Estamos de pleno acordo em que a marca estampada nos botijões não é signo identificador de propriedade, mas apenas de sua origem, isto é, demonstra apenas qual o seu primeiro engarrafador.

Acrescentemos, por oportuno, que esta rotina comercial de troca de vasilhames não se limita ao GLP. A título de exemplo poderíamos lembrar que os navios utilizam a bordo cilindros contendo materiais indispensáveis à manutenção, operação e segurança dos mesmos, tais como gases industriais, gases refrigerantes, equipamentos para soldas a gás e elétricas, ou contra incêndio (extintores) e assim por diante. Tudo isso acondicionado em cilindros que são trocados (quando vazios) em cada porto por outros, cheios. Ao que sabemos jamais se acoimou de criminosa tal prática secular, que se implantou e se desenvolveu desde o aparecimento dos primeiros navios a

En. 16

Folha n.º	137	do proc.
n.º	1093	de 19.92
	ELC	

vapor. E esses vasilhames se trocam em todas as partes do mundo e são originários dos mais variados países.

Os botijões ou cilindros são bens tipicamente fungíveis, ou seja, bens suscetíveis de substituição por outros idênticos, da mesma espécie, qualidade e quantidade, como já foi reconhecido por decisão modelar da 11ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, proferida na Apelação Criminal nº 322.123/4, relatada pelo eminente Juiz Araujo Cintra.

O cliente, ao receber o botijão, quando do primeiro fornecimento, dele se torna proprietário e dele pode dispor. Quando as consulentes trocam com ele um botijão cheio, por aquele botijão vazio, de que tem o domínio, recebem-no de seu legítimo senhor e possuidor.

A única dificuldade para responder a esta consulta consistiu em tentar compreender a tipificação do pretenso crime de apropriação indébita atribuído às consulentes. A representação emaranhou-se em confusões descabidas e arriscadas para os seus autores, que não mediram uma retorsão que poderá ser inevitável, como veremos adiante. Como se sabe, a tipicidade autoriza o emprego da arma mais poderosa do arsenal jurídico, que é a pena de prisão. Ela há de resultar de conduta justaposta a preceito legal anterior e somente aplicável estritamente. O tipo deve estar configurado, objetiva e subjetivamente, com absoluta coincidência, dentro da moldura da lei, respeitado o princípio da reserva legal. No caso, não há apenas deficit de tipicidade - o que

Ag. Cin

vapor. E esses vasilhames se trocam em todas as partes do mundo e são originários dos mais variados países.

Os botijões ou cilindros são bens tipicamente fungíveis, ou seja, bens suscetíveis de substituição por outros idênticos, da mesma espécie, qualidade e quantidade, como já foi reconhecido por decisão modelar da 11ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, proferida na Apelação Criminal nº 322.123/4, relatada pelo eminente Juiz Araujo Cintra.

O cliente, ao receber o botijão, quando do primeiro fornecimento, dele se torna proprietário e dele pode dispor. Quando as consulentes trocam com ele um botijão cheio, por aquele botijão vazio, de que tem o domínio, recebem-no de seu legítimo senhor e possuidor.

A única dificuldade para responder a esta consulta consistiu em tentar compreender a tipificação do pretense crime de apropriação indébita atribuído às consulentes. A representação emaranhou-se em confusões descabidas e arriscadas para os seus autores, que não mediram uma retorsão que poderá ser inevitável, como veremos adiante. Como se sabe, a tipicidade autoriza o emprego da arma mais poderosa do arsenal jurídico, que é a pena de prisão. Ela há de resultar de conduta justaposta a preceito legal anterior e somente aplicável estritamente. O tipo deve estar configurado, objetiva e subjetivamente, com absoluta coincidência, dentro da moldura da lei, respeitado o princípio da reserva legal. No caso, não há apenas deficit de tipicidade - o que

03.02

bastaria para excluí-la - mas ausência total. Falta a mais remota, a mais indireta, a mais tênue imagem do crime de apropriação indébita. A representação caminha entre confessados equívocos e dúvidas incompatíveis com a certeza necessária a uma imputação criminal. Principia afirmando que *"a partir do instante em que o consumidor troca um botijão vazio por um cheio, a propriedade daquele botijão passa a ser da distribuidora responsável pela marca nela gravada, em decorrência da permuta realizada, ainda que a sua posse precária ou guarda (até a destroca no "maior prazo possível") seja de outrem"*. Parece inacreditável, mas é o que está escrito. Risum teneatis! A representação esquece que já havia vendido o botijão ao consumidor, já havia recebido o seu preço, já havia transferido a propriedade do mesmo. Por um passe de mágica, readquire a propriedade, forma inqualificável e sofisticada de enriquecimento sem causa. Para isso, quer valer-se de uma Portaria inconstitucional e ilegal, como demonstrado pelos notáveis pareceres que documentaram esta consulta. Mas não é só isso. A representação é teratológica e ambígua. Atira a hipótese da apropriação indébita, mas, na incerteza, acrescenta, de modo temerário: *"É certo que, em tese, tal procedimento pode caracterizar apenas um delito meio, já que tais revendedores, no entender da peticionária, passam a se enquadrar dentro dos contornos do estelionato, pois ao se utilizarem eles do botijões vazios de terceiros, que deviam ser destinados a seus legítimos proprietários, trocando-os com os consumidores, indevidamente cheios, estão permutando coisa alheia como se própria fosse (art. 171, I, do Código Penal)."*

ag. Ruy

Em que ficamos? É apropriação indébita ou é estelionato? A audácia da petição chega a extremos verdadeiramente inconcebíveis. Insegura, só tem o propósito de atingir os concorrentes menores, aos quais imagina sufocar e destruir com a ameaça do procedimento penal. É um antigo expediente intimidativo para solver matéria de jurisdição civil e administrativa.

A lucidez de Sebastian Soler - um dos maiores penalistas do mundo contemporâneo - havia antevisto e considerado repugnante a *"artificiosa criação de garantias penais para compelir à execução de um contrato"*. A ameaça é um meio coercitivo ilegítimo, mas habitualmente praticado. Magalhães Noronha adverte contra esse abuso:

"Fato ao qual se deve atentar é de, frequentemente pretender dirimir questões civis na justiça criminal; presta-se bastante a isso a apropriação indébita..." (Direito Penal, vol. 2º, 1969, p. 333).

O preclaro Vincenzo Manzini registra e profliga essa maneira de agir:

"Frequentíssimo é na prática o abuso da ação penal para conseguir com ela, isto é, com um meio mais expedito, econômico e enérgico, aquilo que na realidade deveria perseguir-se somente com uma ação civil. Mas se o interesse do prejudicado é o de tentar esta via, querelando por fatos que constituem apenas violações contratuais, o dever do ministério público e do juiz penal é o de não secundar semelhantes

06. E

folha n.º	141	do processo
n.º	1093	de 1992
elc		

expedientes, aos quais às vezes se recorre ainda por baixos propósitos de represália ou de perseguição ("Trat. Dir. Penale, vol. IX, 1ª parte, 1938, ps. 749/750).

Esse desvio da sede civil da causa para o juízo penal sempre foi notado e condenado. Mas o abuso perdura, apesar de combatido pelo poder judiciário criminal, que sempre se recusa a servir de instrumento para esses pérfidos propósitos, como se lê nestes acórdãos do ilustre Tribunal de Justiça de São Paulo, dois exemplos entre muitos outros que poderiam ser citados:

"Deve ser profligado o desvirtuamento que se costuma fazer de questões civis para criminais, afim de as resolver sob pressão da prisão" (Rev. Trib., 211/212).

"Se um ato ilícito lesivo de interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido pela ação civil, não há motivo para a ação penal" (Rev. For., 160/360).

Temos assinalado, no curso desta resposta, que o consumidor para adquirir "gas de cozinha" tem de comprar, isto é, tornar-se proprietário, de um botijão. A marca não identifica propriedade, mas quem o negociou pela primeira vez. Dai por diante ele passa a pertencer ao consumidor. Pela própria dinâmica do negócio, o botijão é trocado entre os revendedores e os consumidores. Passa de mão em mão com a mercadoria que o enche - o gás liquefeito - absolutamente igual, em todos os bujões, porque fornecido, monopolisticamente, por uma única empresa, a Petrobrás. O rótulo no bujão não indica produto

elc

n.º	142	
n.º	1093	de 19 97
	clc	

diverso. O giro dos bujões faz-se pela natureza e especialidade do tipo de negócio, como acontece - já o dissemos - com os vasilhames de gases dos navios, em todos os portos do mundo. O bujão, uma vez vendido, pertence ao consumidor, que passa a ter um vasilhame para, daí por diante, só comprar o gás de que carece. O recipiente ele já o possui, não precisa comprá-lo de novo. Troca-o por outro, que contém o mesmo gás, e só paga o valor da mercadoria. As grandes empresas não fornecem um produto diferente das demais. Não é a etiqueta com o nome no botijão que modifica o gás fornecido pela Petrobrás.

A acusação de apropriação indébita não é só arrojada, é, também, temerária, e a outra, de estelionato, se constitui, com todas as venias, em verdadeiro dislate. Vejamos. O art. 168, do Código Penal, assim define a apropriação indébita: "*apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção*". Nelson Hungria sintetiza e conceitua o tipo: "*apropriar-se é fazer sua a coisa alheia*". A apropriação indébita é crime comissivo e de dano. O resultado há de atingir, efetivamente, o bem jurídico protegido - o patrimônio do sujeito passivo. Não houve dano nem poderia haver. Sujeito passivo? O dono originário do botijão não teve perda e sim lucro quando o vendeu por preço naturalmente superior ao seu custo. Se o vendeu ao consumidor X, este não era seu detentor ou possuidor, mas proprietário. Quando a consulente o recebeu, por troca, do consumidor proprietário não podia, de forma alguma, praticar o crime de apropriação indébita. Qual a vítima do pretense delito. A acusação é um despropósito, que nada tem a ver com apropriação indébita. A representação

A. Q.

contra as consulentes seria ingênua se não fosse maliciosa. O "sujeito passivo" foi pago e satisfeito integralmente. Reclamar o quê? Para que a apropriação possa existir e se tornar indébita, há de tratar-se de coisa alheia. Ao rigor da tipicidade penal, para o efeito de lesar dolosamente o patrimônio, já não é alheia a coisa que alguém comprou pagando o preço estipulado e dela se tornando proprietário. Não há sofisma que possa desmanchar essa evidência. As consulentes negociavam com o dono do botijão, que o podia utilizar a seu arbítrio. Seria um contrasenso impedir que o comprador do vasilhame o usasse, para comprar "gás de cozinha", dentro de uma operação normal e da praxe daquele comércio, e que esse uso fosse considerado crime de apropriação indébita. Então o delito teria sido cometido pelo comprador do cilindro, que se transformaria em réu pelo seu uso, indevido.

Chegaríamos a outro absurdo lógico e jurídico, pela simples razão de que é pacífico na doutrina, desde os antigos, que

"não é possível admitir a figura da apropriação indébita do uso" (Ferdinando Puglia, in *Trat. Dir. Penale de Cogliolo*, vol. II, parte 2A, p. 472).

No caso de uso indevido

"as consequências jurídicas devem ficar sujeitas à disciplina da lei civil" (Bento de Faria, vol. IV, p. 136).

No mesmo sentido, as opiniões de Euzébio Gomez, Magalhães Noronha, Larguier, Pinoleau, Miguel de Campos Junior, e

clc

folha n.º	144	da pr.
n.º	1093	de 19.9.92
ELC		

muitos outros, que não transcreveremos para não alongar este aspecto do tema, por sua obviedade.

Finalmente, para que haja apropriação é preciso que o agente converta a posse da coisa em domínio, fazendo-a entrar no seu patrimônio. Pela própria matéria de fato isso seria impossível de acontecer pela simples razão de que o consumidor adquire e compra o vasilhame. É uma irrisão supor o proprietário apropriando-se indevidamente do seu próprio bem.

No que toca ao acenado crime de estelionato, na modalidade de "*vender coisa alheia como própria*" diremos apenas que a venda efetuada pelas consulentes é do "gás de cozinha". O botijão é apenas o acondicionador. Por outro lado, o vasilhame era do cliente-consumidor, por aquisição legítima de uma empresa concorrente. Nas operações de compra e venda que se seguem à primeira, o botijão não é vendido, só o gás. Será perder o tempo da própria justiça aceitar a discussão sobre essa hipótese extravagante e bizantina.

Pela exposição feita, respondo negativamente ao quesito 2 da consulta, isto é, não pode ser considerado crime de apropriação indébita o uso pela consulente ou seus revendedores de botijões "OM" recebidos pela Distribuidora ou seu Revendedor, em decorrência de suas operações comerciais. Também não pode ser tal conduta considerada crime de estelionato, como vagamente alvitrado em representação de uma concorrente.

ELC

folha n.º	145	do proc.
n.º	1093	de 1997
ELC		

- 3- O crime de concorrência desleal está assim definido no art. 178 do Decreto Lei 7.903, de 27 de agosto de 1945:

"Art. 178- Comete crime de concorrência desleal quem:

- I- publica pela imprensa, ou por outro modo, falsa afirmação, em detrimento do concorrente, com o fim de obter vantagem indevida;
- II- presta ou divulga, com intuito de lucro, acerca de concorrente, falsa informação capaz de causar prejuízo;
- III- emprega meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;
- IV- produz, importa, exporta, armazena, vende ou expõe à venda mercadoria com falsa indicação de procedência;
- V- usa em artigo ou produto em recipiente ou invólucro, em cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificados, tais como "tipo", "espécie", "gênero", "sistema", "semelhante", "sucedâneo", "idêntico", ou equivalente,

ELC

não ressalvando a verdadeira procedência do artigo ou produto;

VI- substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em mercadoria de outro produtor, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII- se atribui, como meio de propaganda de indústria, comércio ou ofício, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII- vende ou expõe à venda, em recipiente ou invólucro de outro produtor mercadoria adulterada ou falsificada, ou dele se utiliza para negociar com mercadoria da mesma espécie, embora não adulterada ou falsificada, se o fato não constitui crime mais grave;

IX- dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem indevida;

X- recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para faltando ao dever do empregado, proporcionar a concorrente do empregador vantagem indevida;

eg. R. -

XI- divulga ou explora, sem autorização, quando a serviço de outrem, segredo de fábrica que lhe foi confiado ou de que teve conhecimento em razão do serviço;

XII- divulga ou se utiliza, sem autorização, de segredo de negócio, que lhe foi confiado ou de que teve conhecimento em razão de serviço, mesmo depois de havê-lo deixado:

Pena- detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Par. único- fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por outros atos de concorrência desleal não previstos neste artigo, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios a criar confusão entre estabelecimentos comerciais ou industriais ou entre os produtos e artigos postos no comércio."

Por outro lado, o art. 175 do mesmo diploma legal sanciona a violação do direito de marca, in verbis:

"Art. 175- Violar direito de marca de indústria ou de comércio.

EC

I- *reproduzindo, indevidamente, no todo ou em parte, marca de outrem registrada, ou imitando-a, de modo que possa induzir em erro ou confusão;*

II- *usando marca reproduzida ou imitada nos termos do nº I;*

III- *usando marca legítima de outrem em produto ou artigo que não é de sua fabricação;*

IV- *vendendo, expondo à venda ou tendo em depósito:*

a) *artigo ou produto revestido de marca abusivamente imitada ou reproduzida no todo ou em parte;*

b) *artigo ou produto que tem marca de outrem e não é de fabricação deste:*

Pena- detenção, de três meses a um ano, e multa."

Como bem demonstraram os pareceres dos ilustres professores anexos à consulta, o que se vende é o GLP, e não o botijão que o contém, mero invólucro do produto que o exige, por motivos óbvios.

Q. Din

O GLP é fornecido por uma única empresa, a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás) que exerce, por delegação da União Federal, o seu monopólio sobre a produção e importação do mesmo. Assim, o gás contido nos botijões, tenham eles selo desta ou daquela firma, é rigorosamente igual.

O inciso III do citado artigo 175, protege a marca de indústria e comércio em produto ou artigo "de fabricação" de suposto lesado. Ora, se o que se vende é o GLP, vítima de crime só poderia ser a Petrobrás e nunca os distribuidores do gás por ela fornecido.

No que concerne ao art. 178, o inciso VIII seria o único a aparentar enganosa pertinência com a espécie. Vê-se, mesmo de leitura singela, que não teria aplicação no caso concreto. A mercadoria contida nos botijões é a mesma, única para todos os distribuidores. Os botijões também adotam parâmetros uniformes, distinguindo-se apenas pelo selo neles apostado após seu enchimento. Ocorre tão somente a utilização de um invólucro vazio, sem características próprias ou forma individualizante, corretamente adquirido e adequado aos fins a que se propõe. Além de tudo, a etiqueta, como já vimos não indica a propriedade dos botijões.

O que o legislador quer evitar é que uma embalagem determinada, cujas características ou formas especiais identificam-se ou marcam de forma indelével o produto que contém, seja utilizada para vender produto outro que não aquele que deveria conter.

Ag. 10

Exemplifiquemos. O uso de uma garrafa vazia de cerveja, sem marca ou desenho especial, por qualquer cervejaria é perfeitamente legal. Já a utilização da garrafa octavada da Coca-Cola, para nela colocar outro refrigerante, poderia infringir a lei. Isso porque a embalagem como que se confunde com o produto e a sua utilização poderia ter o ânimo doloso necessário à configuração do tipo.

Nesse tema de concorrência desleal, quem a exerce não são as pequenas empresas, como as consulentes, mas na realidade aquelas poucas que detém o mercado oligopolisticamente e gozam de privilégios e regalias que resultam do seu próprio poderio econômico. O professor Miguel Reale anotou esse aspecto. em seu magnífico parecer, chamando a atenção para os abusos do poder econômico exercitados pelas grandes empresas, que chegam ao ponto de recorrer *"indevidamente às autoridades policiais para causar graves prejuízos aos concorrentes mais fracos, aos quais calculadamente se nega autorização para destroça de botijões com marcas diversas, mediante acordo, como faculta o otimista art. 14 da malsinada Portaria 843/90, só utilizado discriminatoriamente pelas empresas maiores"*.

Pela exposição feita, a resposta a este quesito é negativa.

- 4- Para não repetir: a prática de engarrafamento de GLP utilizando os botijões denominado "OM" é perfeitamente legal e não contraria, a nosso ver, o ordenamento jurídico brasileiro. A

dk

folha n.º	151	do proc.
n.º	1093	de 19 97
OK		

resposta ao quesito é, por conseguinte, afirmativa.

5- Reza o art. 339 do Código Penal:

"Art. 339- Dar causa a instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

Pár. 1º- A pena é aumentada da sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

Pár. 2º- A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção"

A doutrina é unânime na conceituação do crime de denunciação caluniosa, que exige o conhecimento positivo do agente quanto à inocência do denunciado. Em excelente monografia sobre o tema, Nilo Batista alinha as opiniões de autores estrangeiros, desde o antigo direito romano e lembrando a opinião preclara de Carrara, para quem "*a ciência da falsidade é elemento indispensável deste delito*". O agente deve atuar com a certeza de inocência do denunciado (Maggiore, Silas, Cuello Calon, Autolisei) descartando-se qualquer modalidade culposa da infração.

Segundo o critério dominante na doutrina e na jurisprudência, a denunciação caluniosa só se consuma com o arquivamento do inquérito ou com a absolvição reconhecendo a inocência do réu. A matéria depende muito da prova, ou seja, dos elementos colhidos para conhecer os nítidos objetivos do

E. L. V.

denunciante. Um indício sério é o propósito de prejudicar, outro é quando já não existe dúvida sobre a falsidade ou notória improcedência da acusação.

No caso, certas empresas concorrentes das consulentes vêm dando causa à instauração de inquéritos policiais e processos judiciais contra representantes das mesmas consulentes. Constituiria tal conduta o tipo penal em exame.

Elementos necessários à caracterização do crime são:

- a) Identificação de pessoa determinada
- b) Atribuição de prática de crime a tal pessoa
- c) Ciência da inocência do acusado

Da farta documentação que nos foi submetida a estudo, pudemos verificar que, pelo menos em um caso, poder-se-ia encontrar representação que deu ensejo a processo criminal contra representante de uma das consulentes. A acusação identificava o suposto autor do crime e lhe atribuía a prática de infração penal.

Configurados tais elementos passamos à vexata quaestio: a inocência do acusado. Essa ocorre quando o imputado é inocente, seja porque não foi o autor do crime, seja porque o crime não existiu.

Uma vez isso comprovado ou reconhecido na sentença estará configurada a figura delituosa da denúncia caluniosa.

ELC

De todo modo, haveria que lembrar o art. 340 do Código Penal:

"Art. 340- Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado."

A simples provocação da autoridade (policial ou judicial) com a notícia de crime ou contravenção que o agente sabe não ter ocorrido tipifica o delito. Indica-se, genericamente, de forma indeterminada, os autores do suposto delito. O crime exige dolo direto, mas a jurisprudência tem entendido que o crime se consuma com *"a ação da autoridade ainda que não vá além de indagações preliminares e mesmo que não seja aberto o inquérito"* (vide Delmanto, Cod. Pen. Anotado, 1982, p. 399).

Isso parece ter ocorrido diversas vezes, com apreensões de botijões e detenções de funcionários diversos das Consulentes.

6-7- Da denúncia caluniosa. Já tratamos no item anterior da consulta e da concorrência desleal no item 3, e a eles nos reportamos.

A outra questão situa-se no campo do novel direito penal econômico. O legislador brasileiro, atento às mais modernas tendências do direito penal, vem pouco a pouco avançando nesse campo. O objetivo é assegurar, no fundo, a proteção da enorme massa de consumidores contra os chamados abusos de poder econômico. Somos testemunhas, todos os dias, do

ELC

males causados à economia nacional por monopólios e oligopólios que, privados de concorrência, ajustam preços e margens de lucro, desprezando as leis do mercado e, sem qualquer pejo, promovem escassez de produtos de forma a majorar preços.

Para reprimir tal conduta anti-social, editou-se a Lei nº 8.137, de 27/Dez/90, onde se definiu que constitui crime contra a ordem econômica (art. 4º):

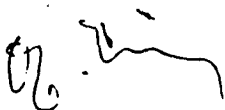
"... 5-abusos de poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:

.....

f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente"

Na hipótese ora considerada, poder-se-ia, em tese, vislumbrar o tipo penal em questão, se comprovado que a conduta de certas empresas visa eliminar concorrentes, através de cerceamento de expansão de seus negócios. Essa prova, da intenção dolosa dos agentes, seria requisito indispensável à configuração do citado delito.

8, 9 e 10- A gênese e edição da Portaria nº 843, de 31/10/90, pelo Departamento Nacional de Combustíveis foram analisadas, de maneira irretorquível, pelos ilustres pareceristas que nos precederam.



Folha n.º	155	de pres
n.º	1093	de 10. 92
dc		

Demonstraram eles, quantum satis, a ilegalidade daquele regulamento. Seja por exorbitar das lindes legais que se propôs a regulamentar, seja por exceder da competência normativa do órgão expedidor, seja por contrariar princípios constitucionais, aquele ato administrativo padece de vícios insanáveis que o tornam, pelo menos em parte, inválido.

Parece-nos, do exame que fizemos, que os dispositivos contidos nos artigos 13 e 14 da Portaria nº 843/90 são realmente abusivos. A pêlo de regulamentar, cerceiam o direito do comércio. Sem dizê-lo explicitamente, inviabilizam, na prática, a possibilidade de pequenas e médias empresas atuarem no mercado de distribuição de GLP. Criam, na verdade, mais uma indesejada "reserva de mercado" em detrimento da economia brasileira e em prejuízo dos consumidores.

Provado ficou - e louvado em informações oriundas dos próprios agentes fiscalizadores dos derivados de petróleo - que sua aplicação levaria inexoravelmente ao afastamento do mercado das pequenas e médias empresas. Ora, se os fiscais a quem incumbe a verificação da obediência aos preceitos legais que regem a espécie reconhecem os efeitos danosos por não dizer, catastróficos, da Portaria, qual seria sua ratio, sua razão de ser?

Difícil de responder a questão. A lei, em seu sentido lato, deve atender ao interesse social e visar o bem comum, sob a égide da Constituição. Esses parâmetros são seu balisamento natural. No caso concreto, ocorre grosseiro desvio de tal

E. Reis

folha nº	156	do proc.
nº	1093	de 19.97
RLC		

finalidade, sem que se possa aquilatar dos motivos que levaram a tão estranha conduta.

O funcionário público pode, em tese, praticar ato de ofício contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Essa conduta é definida como prevaricação e sancionada pelo artigo 319 do Código Penal.

Neste crime, que comporta diversas modalidades, analisaremos apenas esta, qual seja a de praticar ato contra disposição expressa da lei. O funcionário pratica ato que não é de seu dever e sim transgressão a dispositivo expresso constante de lei (e não de simples regulamento), para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Para integração da figura penal hão de concorrer certos elementos, a saber:

- a) ser o agente funcionário público (definição do art. 327 do Código Penal);
- b) a prática de ato contrário à lei
- c) a satisfação de interesse subalterno

Para reconhecer, na espécie, a existência do delito, seria necessário demonstrar que a expedição da Portaria 843/90 contrariou ou a inserção em seu texto dos artigos 13 e 14 feriu dispositivo expresso de lei. Existe, em curso, procedimento judicial questionando a validade daquele ato administrativo. Acolhido que seja tal processo, reforçado fica esse elemento

G. Rein

que ora se busca: o regulamento teria ido contra lei expressa, sendo por isso inválido.

Não basta isto, porém, para identificar, em todos os seus contornos, o delito. De outra forma, cada concessão de mandado de segurança, ou de medida cautelar, acarretaria a responsabilidade dos partícipes na prolação do ato impugnado.

É essencial demonstrar a motivação subalterna do ato, a satisfação de interesse pessoal oriunda de sua prática. Isto feito, então sim, haveria desenho preciso e insofismável da prevaricação.

x x

x

As respostas aos quesitos foram dadas no curso da própria exposição, a cada um por sua vez. Não vemos necessidade de repeti-las.

x x

x

É este o nosso parecer

S. M. J.

Rio de Janeiro, 20 de dezembro de 1994.

Evandro Lins e Silva

Evandro Lins e Silva

O ilustre colega, Dr. JARBAS ANDRADE MACHIONI
encaminhou-me a seguinte

"CONSULTA

Em face dos documentos que lhe foram
entregues e do caso que lhe foi exposto, solicito seu parecer
sobre o assunto, apresentando as seguintes considerações.

A cliente de meu escritório chama-se Servgás
Distribuidora de Gás S/A. Ela atua no setor de gás liqüefeito de
petróleo, mediante autorização do Departamento Nacional de
Combustível - DNC (sucessor do antigo Conselho Nacional de
Petróleo).

Nesse setor atuam quinze empresas, que são
chamadas 'distribuidoras' ou 'engarrafadoras', pertencentes a
dez grupos. Quatro deles dominam de 70% a 80% do mercado: a
Ultragaz, a Agip-Liquigás, a Supergasbrás e a Norte GásButano.

O resto do mercado está distribuído entre as
chamadas pequenas companhias. Sobre o assunto tomo liberdade de
remetê-lo ao estudo do Cade (Revista Direito Econômico, em
anexo).

No exercício de sua atividade, as
distribuidoras utilizam-se de botijões para engarrafar o gás,
que é bombeado pela Petrobrás para os terminais das
engarrafadoras. Todo botijão traz estampada, ainda que de

ny

ELC

maneira não muito clara, a marca do engarrafador em relevo, e traz, também, o lacre de quem o engarrafa. Esse gás, uma vez acondicionado, é vendido diretamente ao consumidor, ou por caminhões que fazem a venda de porta-em-porta, ou por intermédio de representantes (revendedores exclusivos, devidamente credenciados pela engarrafadora). Os representantes também vendem de porta-em-porta.

Diante do altíssimo custo do botijão, acontece um fenômeno semelhante ao das garrafas de refrigerante e cerveja. O revendedor e o consumidor têm que dar retorno de um vasilhame ao adquirir o produto. Na verdade, segundo a associação dos agentes fiscais de derivados de petróleo, existem no país cerca de oitenta e cinco milhões de botijões, dos quais apenas quinze por cento estão registrados, contabilmente, como pertencentes às engarrafadoras; o restante está com os consumidores ou com revendedores. É importante ressaltar que, apesar disso, todos os botijões, por terem sido vendidos pelas distribuidoras, trazem a marca estampada de alguma delas.

Há um forte mercado secundário (isto é, não negociado diretamente pelas engarrafadoras) para os botijões, sendo eles quase que 'moeda' corrente entre os agentes do mercado.

Para comprar o gás, consumidores e revendedores devem fazer das duas uma: a) dirigir-se a uma loja de ferragens, ou a uma das distribuidoras, e comprar um botijão

ny

para trocar com quem vier lhe vender o gás; b) adquirir o botijão da própria engarrafadora ou seu revendedor, no momento da entrega do gás, que lho vende, emitindo uma nota de venda ao consumidor.

Por outro lado, os revendedores geralmente não têm capital para comprar a totalidade dos botijões; então recebem, emprestada das engarrafadoras, uma boa parte desses vasilhames. Entendem as engarrafadoras que, de um modo geral, tais botijões são entregues ao revendedor ou ao consumidor em 'comodato', classificação de que discordo, em face da fungibilidade do botijão. Não se trataria antes de 'mútuo'? Nesse sentido, tomo a liberdade de submeter à sua apreciação a decisão e o acórdão, prolatados em caso criminal, anexados a esta. Não raro os revendedores compram botijões, seja em ferro velho, seja da própria engarrafadora a quem representam, ou mesmo de outras marcas.

Ocorre, prezado Professor, que surgem problemas quando a engarrafadora vende o gás; nessa ocasião, ela faz a troca do botijão cheio pelo vazio que pertença ao consumidor ou ao revendedor. Acontece que este botijão usado, entregue à engarrafadora pelo consumidor ou revendedor, quase nunca traz a marca de quem está entregando o botijão; geralmente essa marca estampada no botijão é de outra empresa. Tais botijões, recebidos por uma engarrafadora sem trazerem a sua própria marca, são chamados de OM ('outras marcas').

27

Isso acontece com todas as empresas. Elas são, por Portaria do antigo CNP, e por nova Portaria do Ministério da Infra-Estrutura (em anexo), obrigadas a armazenar os botijões OM e providenciar a chamada 'destroca' deles com os titulares da sua respectiva marca. O DNC veda que tais botijões sejam comercializados pela engarrafadora que os detiver, sob pena de multa ou fechamento administrativo.

Acontece que, ressalva feita das grandes empresas (Ultragaz, Liquigaz) que têm fábrica própria de botijões --- embora elas já tenham sido fechadas e autuadas por engarrafar OM --- todas as demais companhias fazem o engarrafamento do chamado OM e o comercializam, apondo o lacre com sua marca no botijão que traz na estampa marca de outrem.

Todavia, é impossível às companhias trabalhar sem engarrafar esses chamados OM, pelas razões que estão expostas na resposta à interpelação judicial que fizemos à Associação dos Fiscais dos Derivados de Petróleo. Sabíamos que tais respostas seriam dadas nesse sentido, posto que já externadas pela referida Associação em reuniões e congressos dentro do próprio DNC e do MINFRA (cópia em anexo).

Sempre que minha cliente interpela as grandes companhias para efetuar a chamada 'destroca' dos OM de marca delas pelas da marca Servgás, ela raramente o faz, alegando não possuir botijões dessa marca.

ny

Minha cliente, como todas companhias do setor, acaba engarrafando o OM que não consegue 'destrocar', ou seja os 'indestrocáveis'. Essa situação não é nova; ela já existe há mais de vinte anos.

No meu entendimento, a portaria que proíbe engarrafamento de OM não tem razão de ser. Isso porque, na verdade, o botijão é coisa fungível e não pertence a quem tem a marca, mas a quem o detiver, após regular transação com o consumidor, conforme exposto acima. O custo da 'destroca' é irracional, pois as companhias são obrigadas a percorrer, por vezes, milhares de quilômetros atrás de seus botijões. Por último, não vejo fundamento em lei para a portaria estabelecer restrição dessa natureza ao uso dos botijões.

Assim, peço vênha para formular os seguintes quesitos:

1º) O botijão, apesar da marca, pertence a empresa que o recolheu no mercado?

Observação: Convém destacar o caráter fungível do botijão, a existência do mercado para botijões usados e outros pontos acima expostos. Em minha opinião, na medida em que uma distribuidora faz a troca de um botijão com o particular ele estaria promovendo uma alienação do material, tanto que, se o particular não tiver o seu próprio botijão, ele deverá comprá-lo a preço de mercado da distribuidora ou do

24

elc

revendedor. Embora a quase absoluta totalidade dos botijões tenha a marca estampada de alguma das companhias engarrafadoras, a elas somente pertencem 15% dos botijões existentes no mercado. O restante pertence a terceiros, que os vieram adquirindo das próprias distribuidoras. Trata-se, pois, de um mercado aberto. Um mercado tão extenso, no qual aquilo que pertence às distribuidoras consiste em somente uma pequena parte do universo existente de botijões, de sorte que não me parece ser a marca estampada um signo identificador de propriedade, mas, apenas e tão somente, da origem dele; isto é, demonstra, em princípio, apenas quem o engarrafou. Em suma: nem as próprias distribuidoras consideram que todos os botijões existentes no mercado pertencem a elas pelo simples fato de que trazem em seu corpo sua marca.

2º) Seria anti-jurídica, por não encontrar supedâneo em lei, a portaria do Ministério da Infra-Estrutura que proíbe o engarrafamento de OM?

3º) É possível, por esse ou por algum outro motivo, suspender-se os seus efeitos em medida cautelar, evidentemente considerando existir o chamado 'periculum in mora'? Seria possível interpor-se medida cautelar para impedir a ação da fiscalização tendente a coibir o engarrafamento de botijões na situação descrita?

4º) Não havendo a troca de botijões --- ou, não havendo acordo, recusando-se a tanto as grandes companhias -

27

-- poderá a Consulente encher os botijões OM indestruíveis, apondo um selo indestrutível, com sua marca, invocando, para tanto, o parágrafo único do Art. 11 da Portaria referida?

Observação: A proibição de engarrafamento de OM, atualmente, encontra suporte direto no artigo 13 da Portaria 843/90 (em anexo), o qual estabelece serem vedados à distribuidora ou a seu revendedor a guarda ou comercialização de botijões de outras marcas, quando cheios de GLP. O artigo 14 da mesma Portaria autoriza, todavia, o enchimento de OM quando ajustado mediante prévio acordo com outras empresas titulares de outra marca a ser enchida. Todas as pequenas companhias fazem tal acordo, as grandes não.

5º) Diante dos fatos expostos, e à vista da resposta dada pela Associação dos Fiscais de Derivados de Petróleo à Interpelação que lhe foi feita, não está caracterizado abuso de poder econômico, cabendo representação à SNDE?

6º) Que outras providências aconselha V. Sa. para a defesa e reparação dos direitos da Consulente?"

PARECER

I - Posição da questão

01. Os quesitos propostos na consulta reclamam o tratamento de distintas matérias, a primeira delas atinente à



questão da propriedade dos botijões recolhidos nos mercados pelas empresas distribuidoras, ou suas representantes, de gás liquefeito de petróleo. A segunda diz com a legalidade da portaria ministerial que proíbe o engarrafamento de OM. A terceira respeita ao tema da recusa da destroca de botijões. A quarta, àquele do abuso de poder econômico.

De todas essas matérias cuidarei. Preliminarmente, contudo, parece-me adequado considerarmos as circunstâncias no quadro das quais é operada a distribuição de gás liquefeito de petróleo, ou, no jargão do cotidiano, "distribuição de gás de cozinha".

02. - O gás é produzido pela PETROBRÁS e fornecido a "distribuidoras" ou "engarrafadoras" autorizadas a comercializá-lo pelo Departamento Nacional de Combustíveis - DNC.

A distribuidora ... ou engarrafadora ... opera a venda de botijões cheios de gás. Para que o consumidor final possa adquirir o produto ... isto é, gás acondicionado em botijão ... deve entregar ao fornecedor do botijão pleno de gás (a distribuidora ou seu revendedor) um botijão vazio. Há pois, necessariamente, de ser proprietário de um botijão, que, como esclarece a consulta, é adquirido da distribuidora ou de seu revendedor, ou, ainda, em alguma loja de ferragens.

Cada distribuidora é titular de uma determinada marca, que aparece forjada nos botijões de que se utiliza; além disso,

38

quando o botijão pleno de gás é entregue ao consumidor final, vem acompanhado de um selo lacrado com o nome da empresa fornecedora do gás.

A portaria nº 843, de 31 de outubro de 1.990, do Ministro de Estado da Infra-Estrutura, veda, no seu artigo 13, a distribuidora ou a seu revendedor credenciado "a guarda e a comercialização de botijões de outras marcas quando cheios de GLP" (grifei).

Essa regra é excepcionada apenas na hipótese prevista no artigo 14 da portaria: "é permitido à distribuidora o enchimento de botijões de outras marcas desde que previamente acordado mediante contrato celebrado entre as distribuidoras interessadas".

Ademais, o artigo 18 da portaria diz que "as distribuidoras e seus revendedores credenciados deverão receber vasilhames vazios de outras marcas no atendimento ao consumidor, procedendo a destroca com as distribuidoras ou revendedores correspondentes, no menor prazo possível".

E o parágrafo único deste artigo 18 define: "A sistemática de destroca de recipientes transportáveis de GLP vazios entre as distribuidoras será convencionalizada pelas mesmas, podendo o DNC estabelecer rotinas e procedimentos aplicáveis, sempre que entenda necessário".



03. - O consumidor, como vimos, é proprietário do botijão usado para o acondicionamento do gás. O que adquire da distribuidora ou revendedora (representante), contra o pagamento de determinado preço, é apenas o gás liquefeito de petróleo. O botijão, se-lo-á adquirido em momento anterior, como também acima esclarecido.

De outra parte, embora cada distribuidora possa ser identificada pela (sua) marca forjada em botijões, o consumidor não está obrigado, porque proprietário de um botijão com determinada marca, a adquirir o gás exclusivamente da distribuidora, ou seu revendedor, titular daquela determinada marca. Aqui não há reserva de mercado definida em função de marca ... o que, ademais, seria inconcebível. Qualquer consumidor pode adquirir gás de qualquer distribuidora ou seu revendedor: o consumidor que, em determinado momento, é proprietário de um botijão com a marca "X" pode adquirir gás da distribuidora (ou seu revendedor) titular da marca "Y"; esta deve receber o botijão vazio com a marca "X", entregando outro, cheio, com a marca "Y", ao consumidor.

Contudo, para que possa empreender regularmente sua atividade, a distribuidora (ou seu revendedor) titular da marca "Y" ... à qual é vedado ter sob guarda ou comercializar botijões da marca "X" ... deverá destocar o botijão vazio com a distribuidora (ou sua revendedora) titular da marca "X" no menor prazo possível.



04. - Assim funcionaria, na concepção projetada através da portaria nº 843/90, o mercado no qual atuam distribuidoras (e seus revendedores) de gás liquefeito de petróleo e os consumidores desse produto.

Sucede que, seja em razão das circunstâncias mencionadas na resposta do diretor da Associação dos Fiscais de Derivados de Petróleo - AFIPETRO à quinta questão proposta na interpelação referida na consulta ... razões na consulta reproduzidas ... seja especialmente na medida em que a "destroca" referida pelo artigo 18 da portaria não é praticada e as grandes distribuidoras negam-se a celebrar o contrato aludido no artigo 14, bem assim a convenção de que trata o parágrafo único do artigo 18 da portaria, torna-se impossível às empresas que atuam nesse mercado o exercício de suas atividades sem que descumpram a disposição inscrita no artigo 13 da portaria. Isto é, são elas compelidas, reiteradamente, a comercializar o gás acondicionando-o em OM, ou seja, botijões de outras marcas.

Este o quadro, que cumpria termos debuxado, no bojo do qual é operada a distribuição de "gás de cozinha".

II - A propriedade dos botijões

05. - Diz a representação, aludida na consulta, que deu origem ao inquérito policial que noticia:

"A partir do instante em que o consumidor troca um botijão vazio por um cheio, a

77

propriedade daquele botijão passa a ser da distribuidora responsável pela marca nele gravada, em decorrência da permuta realizada, ainda que a sua posse precária ou guarda (até a destroca, no 'menor prazo possível') seja de outrem.

.....
Os revendedores, ao darem aos botijões, de que têm a guarda provisória, destinação diversa daquela a que estão legalmente obrigados (destroca com os efetivos proprietários no menor prazo possível), estão se apropriando indebitamente de coisa alheia móvel, de que têm a posse ou detenção (art. 168, do Código Penal). É certo que, em tese, tal procedimento pode caracterizar apenas um delito meio, já que tais revendedores, no entender da peticionária, passam a se enquadrar dentro dos contornos do estelionato, pois, ao se utilizarem eles dos botijões vazios de terceiros, que deveriam ser destinados a seus legítimos proprietários, trocando-os com os consumidores, indevidamente cheios, estão permutando coisa alheia como se própria fosse (art. 171, I, do Código Penal)."

my

06. - Os botijões caracterizam-se, inquestionavelmente, como bens fungíveis. São substituíveis por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade (Código Civil, artigo 50).

O consumidor, para que possa adquirir "gás de cozinha", deve, anteriormente, tornar-se proprietário de um botijão. Este botijão é propriedade do consumidor.

A marca ... "X" ou "Y" ... não identifica propriedade. Aposta em bem fungível, indica, única e exclusivamente, no caso, que seu primeiro proprietário, quem pela vez primeira utilizou o botijão para acondicionar gás, foi (no passado) a distribuidora "X" ... ou "Y".

Vendido o botijão ao consumidor, sua propriedade passa a ser do consumidor. Perde, a distribuidora, a propriedade que dele detivera.

A compra de gás da distribuidora ou seu revendedor é operada concomitantemente à realização de uma troca, operada entre o consumidor e o vendedor de gás. Trocam-se botijões, independentemente de qual seja a marca neles forjada. E isso decorre não apenas do que dispõe a portaria nº 843/90, artigo 18, porém da própria mecânica viabilizadora do dinamismo do mercado em pauta: o abastecimento de gás liquefeito de petróleo não se poderia fluentemente realizar sem que essas trocas, independentemente da marca que em cada botijão tenha sido forjada, livremente se realizassem.

Há troca, ensina PONTES DE MIRANDA¹, "sempre que se presta direito de propriedade, ou posse, e se contrapresta outro

27

direito de propriedade, ou posse, ou qualquer outro direito, inclusive o direito a alguma quantia certa". Permuta, escambo ou barganha², troca é contrato pelo qual as partes se obrigam a dar uma coisa por outra, que não seja dinheiro (CLÓVIS BEVILAQUA³).

07. - As distribuidoras e seus revendedores, ao praticarem essa troca ... e assim tem de ser, para que troca efetivamente exista ... detém o domínio dos botijões que, plenos de gás, entregam aos consumidores.

Esses botijões, esclarece a consulta, ou foram inicialmente comprados ou obtidos por empréstimo, pelos revendedores, das distribuidoras.

Entendem as engarrafadoras, diz a consulta, que há, no segundo caso, comodato dos botijões.

Isso, no entanto, não procede, visto que ... insisto nisso ... os botijões são bens fungíveis.

O artigo 1.248 do Código Civil é claro: "O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto".

Há no caso, portanto, mútuo, em relação ao qual incide a disposição veiculada pelo artigo 1.257 do Código Civil: "Este empréstimo (o mútuo) transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição" (grifei).

08. - Isso importa em que o revendedor que recolha no mercado determinado botijão vazio, ao trocá-lo por outro, pleno de gás, passe a ser titular do domínio do botijão que recolheu,



ainda que nele esteja forjada marca de qualquer distribuidora ou de distribuidora da qual não seja ele revendedor. Era titular do domínio do botijão cheio; passa, mercê da troca, a ser titular do domínio do botijão, vazio, que recebeu.

A marca, repita-se, não identifica propriedade, senão aquele que pela vez primeira o utilizou para acondicionar gás. O botijão (bem fungível) que houve por troca foi originariamente comprado pelo revendedor ou havido através de mútuo. Em qualquer hipótese detém, o revendedor, domínio sobre ele.

Assim, temos que:

(a) o botijão de que se vale o consumidor para armazenar o gás que adquiriu e que, após o consumo desse gás, é trocado por outro botijão pleno de gás é propriedade dele, consumidor;

(b) o revendedor que recolhe botijão no mercado, em razão da troca de que se trata, é titular de domínio em relação a esse botijão, ainda que nele esteja forjada marca de qualquer distribuidora ou de distribuidora da qual não seja ele revendedor.

09. - Daí porque são insustentáveis as afirmações que acima reproduzi, feitas na representação que deu origem ao inquérito policial noticiado na consulta.

Quem opera a troca de botijão cheio por botijão vazio, qualquer que seja a marca que porte, assume o domínio do botijão recebido.

my

Logo, enquanto o botijão vazio não for destrocado, nos termos do que define o parágrafo único do artigo 18 da portaria ... e mesmo se não vier a ser assim destrocado ... o revendedor que o recebeu, por troca, de consumidor, deterá o seu domínio, não o tendo apenas em situação de guarda provisória.

E mais: não estará "se apropriando indebitamente de coisa alheia móvel". É impossível imputar-se ao revendedor a prática do crime de apropriação indébita de coisa que detém em razão de mútuo. A coisa (o botijão) não é alheia, mas própria ... repita-se ... em razão do mútuo. A propósito, o acórdão mencionado na consulta, lavrado nos autos da Apelação nº 322.123/4 pela Décima Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, no qual transcritas lições, neste mesmo sentido, de MAGALHÃES NORONHA e de NELSON HUNGRIA. As coisas entregues a alguém em razão de mútuo ou de depósito não podem ser apropriadas indevidamente por quem as recebeu; a quem as recebeu já havia sido, anteriormente, transferido o domínio de tais coisas.

III - A portaria nº 843/90, do Ministro da Infra-Estrutura

10. - A portaria nº 843, de 31 de outubro de 1.990, do Ministro da Infra-Estrutura, foi baixada com esteio no parágrafo único, II do artigo 84 da Constituição de 1.988, tendo em vista o disposto no Decreto-lei nº 395, de 29 de abril de 1.938, no Decreto-lei nº 538, de 7 de julho de 1.938, na Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1.953, no Decreto nº 99.179, de 15 de março de

ny

1.990, e nos artigos 213 e seguintes do Decreto nº 99.244, de 10 de maio de 1.990.

Seus artigos 13, 14 e 18 ... que são, no caso, os que importa considerarmos ... estabelecem restrições ao pleno exercício de atividade econômica.

11. Entende a doutrina tradicional que o direito brasileiro recusa a imposição de qualquer obrigação de dar ou fazer que não tenha sido instituída pela lei.

Assim, para essa doutrina, os regulamentos ... e, obviamente, as portarias ministeriais e de qualquer autoridade ... não podem instituir obrigação de dar ou fazer que não tenha sido prevista em lei. Os regulamentos, qual as portarias, seriam, para essa doutrina, atos administrativos.

Este o sentido atribuído ao princípio enunciado no inciso II do artigo 5º da Constituição de 1.988: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

De outra parte, sempre que se tome sob consideração qualquer manifestação estatal atinente ao exercício da atividade econômica, a essa doutrina são acrescidos subsídios extraídos a determinada leitura, por ela mesma parametrada, da disposição inscrita no parágrafo único do artigo 170 do texto constitucional: apenas na medida em que isso tenha sido expressamente previsto em lei seria possível sujeitar-se a autorização de qualquer órgão público o livre exercício de qualquer atividade econômica.



12. - Meu entendimento discrepa daquele consagrado pela doutrina tradicional, sustentada sobre equivocada compreensão da teoria da "separação dos poderes"⁴.

Devo deter-me sobre este tema, ainda que a correr o risco de tornar extremamente longa minha exposição.

13. - A exposição de MONTESQUIEU, desde a qual é injustificadamente alardeada uma inconcebível "separação dos poderes", encontra-se no Capítulo VI do Livro IX d'O Espírito das Leis⁵. As idéias que coloca inicialmente, neste capítulo, a sumariam: "Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado. A liberdade política num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança: e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também

27

liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivessem ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos".

É certo, todavia, que MONTESQUIEU não sustenta a impenetrabilidade, um pelos outros, dos poderes que refere. Assim, por um lado afirma que: "apesar de que, em geral, o poder de julgar não deva estar ligado a nenhuma parte do legislativo, isso está sujeito a três exceções, baseadas no interesse particular de quem deve ser julgado"⁶. Por outro lado, distinguindo entre faculdade de estatuir ... o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem ... e a faculdade de impedir ... o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro (isto é, poder de veto)⁷ ... entende deva esta última estar atribuída ao poder executivo, em relação às funções do legislativo; com isso o poder executivo faz parte do legislativo, em virtude do direito de veto: "Se o poder executivo não tem o direito de vetar os empreendimentos do campo legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes"⁸; "O poder executivo, como

27

dissemos, deve participar da legislação através do direito de veto, sem o que seria despojado de suas prerrogativas"⁹.

O que importa verificar, inicialmente, na construção de MONTESQUIEU, é o fato de que não cogita de uma efetiva separação de poderes, mas sim de uma distinção entre eles, que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio. Isso fica bastante nítido na análise de outro trecho de sua obra: "Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez, pelo poder legislativo. Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo"¹⁰.

De outra parte, importa enfatizar que já da sua exposição resulta a distinção entre poderes executivo e legislativo, de um lado, e funções executiva e legislativa, de outro. Segundo MONTESQUIEU, o poder executivo deve estar dotado de funções executivas e ... pela titularidade da faculdade de impedir (poder de veto) ... também de parcela das funções legislativas. Da mesma forma, entende deva o poder legislativo, em casos excepcionais, estar dotado de funções jurisdicionais¹¹.

14. - No alinhamento procedido, das considerações de MONTESQUIEU, a visualização da necessidade de distinguirmos

27

entre poderes e funções. Para que o equilíbrio a perseguir seja logrado, impõe-se que o poder executivo exercite parcelas de função não executiva ... mas legislativa.

MONTESQUIEU, além de jamais ter cogitado de uma efetiva separação dos poderes, na verdade enuncia a moderação entre eles como divisão dos poderes entre as potências e a limitação ou moderação das pretensões de uma potência pelo poder das outras; daí porque, como observa ALTHUSSER¹², a "separação dos poderes" não passa da divisão ponderada do poder entre potências determinadas: o rei, a nobreza e o "povo".

O ponto de partida de MONTESQUIEU no Livro IX d'O Espírito das Leis é a liberdade: "Encontra-se a liberdade política unicamente nos Estados moderados. Porém ela nem sempre existe nos Estados moderados: só existe nesses últimos quando não se abusa do poder; mas a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites ... Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder"¹³. Ora, se a liberdade só pode existir nos Estados moderados nos quais ninguém abuse do poder, a divisão dos poderes encerra em si a virtude, precisamente, do equilíbrio. Esse equilíbrio é que ALTHUSSER¹⁴ visualiza na divisão dos poderes entre as potências ... o que importa em que nos Estados moderados o poder não seja absoluto porque, mercê daquele equilíbrio, controlado¹⁵.

my

15. - A esta altura cumpre tomarmos o tema da distinção entre poder e função: o poder estatal compreende várias funções. A classificação mais frequentemente adotada, dessas funções, é a que ... na expressão de SANTI ROMANO¹⁶ ... concerne aos ofícios ou às autoridades que as exercem. Trata-se da classificação que se denomina orgânica ou institucional. Segundo ela, tais funções são a legislativa, a executiva e a jurisdicional.

Se, porém, pretendermos classificá-las segundo o critério material, teremos: a função normativa ... de produção das normas jurídicas; a função administrativa ... de execução das normas jurídicas; a função jurisdicional ... de aplicação das normas jurídicas.

Aquela primeira classificação decorre da adoção de um sistema organizacional, construído precisamente sobre a técnica da divisão dos poderes. A busca de uma classificação material, no caso, nos conduz à determinação da noção de função estatal. Tome-se, para tanto, do vocábulo função no sentido que lhe atribui RENATO ALESSI¹⁷, a partir da noção de poder estatal: este, enquanto preordenado às finalidades de interesse coletivo e enquanto objeto de um dever jurídico, constitui uma função estatal.

Neste ponto impõe-se a determinação de uma precisão, a propósito do uso da palavra poder. Por um lado, o poder é expressão de uma capacitação para efetivamente realizar ou impor a realização de determinado fim. Quando nos referimos a poder

zy

estatal, visualizamos o poder (político) juridicamente organizado. Assim, se o Estado é uma ordem jurídica, o poder estatal é capacitação para a realização dos fins dessa ordem. Neste sentido é que ALESSI menciona poder estatal: o poder, no ordenamento estatal, se traduz em uma função --- mas a idéia de função envolve a consideração do poder desde o seu aspecto material. Podemos usar a mesma palavra, todavia, com ênfase não no seu aspecto material, mas no subjetivo. Então, ao referirmos, v.g., os poderes legislativos, executivo e judiciário, estaremos a mencionar os centros ativos de funções, ou seja, os órgãos incumbidos de sua execução¹⁸.

Fixadas tais noções, verificamos que na menção aos poderes legislativo, executivo e judiciário estamos a referir centros ativos de funções --- da função legislativa, da função executiva e da função jurisdicional. Essa classificação de funções estatais, todavia, decorre da aplicação de um critério subjetivo; estão elas assim alinhadas não em razão da consideração de seus aspectos materiais.

MONTESQUIEU, na busca do equilíbrio entre os poderes --- centros ativos de funções (aspecto subjetivo) --- recomenda exerça, o executivo, parcelas de poder (aqui usada a palavra no sentido material) legislativo.

Em consequência, demonstra-se a correção do anteriormente afirmado. A classificação das funções estatais em legislativa, executiva e jurisdicional é corolária da consideração do poder

my

estatal desde o seu aspecto subjetivo: desde tal consideração identificamos, nele, centros ativos que são titulares, precipuamente, de determinadas funções. Estas são assim classificadas em razão das finalidades a que se voltam seus agentes ... isto é, finalidades legislativas, executivas e jurisdicionais. Tal classificação, como vimos, tem caráter orgânico ou institucional.

As funções estatais, porém, quando classificadas desde o critério material, levarão à definição de diversa taxionomia. Isso passo, em seguida, a demonstrar.

16. - Entenda-se por função estatal a expressão do poder estatal, enquanto preordenado às finalidades de interesse coletivo e objeto de um dever jurídico ... tomada a expressão poder estatal, então, no seu aspecto material. A consideração do poder estatal desde tal aspecto, assim, liberta-nos da tradicional classificação das funções estatais segundo o critério orgânico ou institucional. Nesta última, porque o poder estatal é visualizado desde a perspectiva subjetiva, alinham-se as funções legislativa, executiva e jurisdicional, a que estão vocacionados, respectivamente, os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Afastada porém, neste passo, essa forma tradicional de classificação, fixemo-nos na primeira delas que, como vimos, leva à enunciação seguinte:

my

- a) função normativa - de produção das normas jurídicas;
- b) função administrativa - de execução das normas jurídicas;
- c) função jurisdicional - de aplicação das normas jurídicas.

Tomarei como fios condutores da minha demonstração, para precipuamente cogitar da função normativa e da função legislativa, como se verá, a noção de ordenamento jurídico e algumas colocações de RENATO ALESSI.

17. - A introdução do conceito de função normativa supõe a colocação de duas premissas: a norma jurídica constitui um elemento essencial do ordenamento jurídico (a); a norma jurídica consubstancia inovação de preceito primário no ordenamento jurídico (b).

A postulação de tais premissas coloca imediatamente em pauta a noção de ordenamento jurídico. Esta é geralmente fixada na afirmação de que o conjunto das normas jurídicas, consideradas umas em relação às outras, o constitui¹⁹. Tomo da noção, aqui, tal como a conceberam os institucionalistas, que encontram sua unidade no impulso prático que ele, o ordenamento, como instituição social, recebe no seu processo de formação²⁰.

18. - Assim, podemos conceituar a norma jurídica como o preceito, abstrato, genérico e inovador ... tendente a regular o

37

comportamento social de sujeitos associados --- que se integra no ordenamento jurídico.

Uma outra característica da norma jurídica, porém, como enfatiza ALESSI²¹ --- além das já apontadas --- é a de constituir um preceito primário, no sentido de que se impõe por força própria, autônoma. Os ordenamentos jurídicos são referidos como primários porque se impõem, aos grupos sociais a que respeitam, por virtude própria, isto é, por força primária --- tal como ocorre com as normas. Assim, se o caráter inovador da norma a peculiariza, seus reflexos, em termos de inovação --- para que existam como tais --- penetram o próprio ordenamento. Por isso que a norma configura inovação no ordenamento jurídico e, daí, é de ser definida como preceito primário. A característica da inovação, destarte, está subsumida na primariedade da norma.

Deixando neste passo à margem considerações que ALESSI traça a respeito da coligação entre os atributos de abstração e generalidade da norma --- com a subsunção do segundo no primeiro²² --- nele recolhamos a noção de que por função normativa deve entender-se aquela de emanar estatuições primárias --- isto é, operantes por força própria --- contendo preceitos abstratos²³.

Um outro ponto de extrema relevância, porém, deve ser aqui enfatizado. Refiro-me à circunstância de ALESSI apartar a noção de primariedade da de originariedade. Daí ter como

ny

primário --- isto é, imposto por força própria --- mesmo um preceito que integra um ordenamento derivado ou um preceito que seja emanado com fundamento em uma atribuição de poder normativo conferida a órgão que ordinariamente não o detenha²⁴.

Daí também, por outro lado, a enunciação da função normativa como aquela de emanar estatuições primárias --- seja em decorrência do exercício de poder originário para tanto, seja em decorrência de poder derivado --- contendo preceitos abstratos e genéricos.

A função normativa, como passo a demonstrar, adotando ainda a exposição de ALESSI, não se confunde com a função legislativa.

19. - Ao referir a função legislativa, ALESSI²⁵ indica ser ela construída --- tal como venho afirmando --- a partir de uma perspectiva subjativa, decorrente da adoção do sistema de divisão dos poderes. Consagrada tal adoção, resta confiada a determinados órgãos a tanto predispostos a tarefa suprema de constituir (integrar) o ordenamento jurídico. A tais órgãos --- que constituem o Poder Legislativo --- pois, na colocação de ALESSI, resulta confiada a tarefa de emanar estatuições primárias, isto é, que valem por força própria.

Mas --- continua ALESSI --- ao Poder Legislativo está atribuída também a emanção de certos atos que não estão efetivamente voltados à integração do ordenamento jurídico,

my

albergando, portanto, diverso conteúdo e diversa finalidade. Aqui os atos legislativos que se refere como lei em sentido apenas formal²⁶. Trata-se de estatuições primárias, na medida em que emanadas do Poder Legislativo, ainda que sem conteúdo normativo; leis, embora não possam ser caracterizadas como normas jurídicas.

ALESSI conclui sua exposição contrapondo as noções de lei e de norma. Norma é todo preceito expresso mediante estatuições primárias (na medida em que vale por força própria, ainda que eventualmente com base em um poder não originário, mas derivado ou atribuído ao órgão emanente), ao passo que lei é toda estatuição, embora carente de conteúdo normativo, expressa, necessariamente com valor de estatuição primária, pelos órgãos legislativos ou por outros órgãos delegados daqueles. A lei não contém, necessariamente, uma norma. Por outro lado, a norma não é necessariamente emanada mediante uma lei. E assim temos três combinações possíveis: a lei-norma, a lei não norma e a norma não lei.

20. - A partir das colocações de ALESSI podemos referir a função legislativa como aquela de emanar estatuições primárias, geralmente ... mas não necessariamente ... com conteúdo normativo, sob a forma de lei.

A noção de função legislativa, assim, é tautológica, visto que fundada sobre um conceito formal. É certo, todavia, que não há como fugir à tautologia²⁷, visto como há estatuições

ny

primárias, contendo preceito abstrato e genérico, que não são leis: refiro-me às normas que não são lei.

Na tentativa, portanto, de superação das distorções decorrentes do caráter tautológico da noção de função legislativa, cumpre-nos recorrer ao direito positivo, para, no texto constitucional, identificarmos parâmetros que iluminem a definição dos contornos desse objeto, a lei.

É necessário apontar, de toda sorte, neste passo, que a distinção entre função normativa e função legislativa impõe a manipulação de critérios distintos: a noção de função normativa pode ser alinhada desde a consideração de critério material; a de função legislativa apenas se torna equacionável na consideração de critério formal. Isso, porém, é consequência da circunstância de ... como vimos ... a legislativa alinhar-se como um dos tipos de função estatal identificada em classificação que decorre da adoção de um sistema organizacional, construído sobre a técnica da "separação" dos poderes.

O que importa reter, todavia, é a verificação de que ... libertando-nos daquela forma tradicional de classificação das funções estatais ... poderemos (e deveremos) classificá-las desde a perspectiva material. Donde a seguinte taxionomia: função normativa ... a de produção das normas jurídicas; função administrativa ... a de execução das normas jurídicas; função jurisdicional ... a de aplicação das normas jurídicas.

zy

Mais ainda ... cumpre reter também ... entende-se como função normativa a de emanar estatuições primárias, seja em decorrência do exercício do poder originário para tanto, seja em decorrência de poder derivado, contendo preceitos abstratos e genéricos.

21. - Diante da realidade do exercício, nos dias que correm, pelo Executivo, de largas parcelas de capacidade normativa, a generalidade dos autores sustenta que tal desempenho envolve a dinamização de funções legislativas. Ainda quando não expressamente formulada observação desse jaez, é ela que se coloca como pano de fundo às afirmações de que aquele exercício consubstancia derrogação do princípio da separação dos poderes e de que, no caso, há delegação de poder²⁸.

Os regulamentos, no entanto ... e assim também outros atos normativos, veiculados através de resoluções, instruções, portarias, etc. ... são estatuições primárias (impostas por força própria) ainda que não emanados de um poder originário. Por isso, se apresentam como derivados, no sentido de que devem fundar-se sobre uma atribuição de poder normativo contida, explícita ou implicitamente, na Constituição ou em uma lei formal. O fundamento do poder regulamentar, pois, está nesta atribuição de poder normativo ... e não no poder discricionário da Administração, como de ordinário vem afirmando a chamada doutrina tradicional. Assim, o fundamento da chamada potestade regulamentar decorre de uma atribuição de potestade normativa

27

material, de parte do Legislativo, ao Executivo. Diz ALESSI: "atribuizione da tenersi naturalmente ben distinta dalla delega di potestà legislativa formale"⁽²⁹⁾. Tal atribuição ... completa ... não há de ser necessariamente explícita, surgindo, por vezes, de modo implícito.

O que importa reter, neste passo, é o fato de que o exercício da função regulamentar, pelo Executivo, não decorre de uma delegação de função legislativa.

22. Retomando porém as verificações até este passo enunciadas, teremos que, materialmente, classificamos as funções estatais em normativa, administrativa e jurisdicional. Procedida a classificação desde a perspectiva organizacional, todavia, teremos as funções legislativa, executiva e jurisdicional.

Daí, em uma tentativa de conciliação de critérios, teremos que a função normativa (material) compreende a função legislativa e a função regulamentar (institucionais)³⁰ ... mais a função regimental, se considerarmos a normatividade emanada do Poder Judiciário.

Em consequência ... considerado que o princípio em referência não é para ser tomado em termos absolutos ... teremos que, efetivamente, na atribuição de função normativa (regulamentar) ao Executivo, não há derrogação dele, visto como aí não ocorre delegação de função legislativa.

my

23. A exposição que desenvolvi a propósito das funções estatais permitiu-me demonstrar o equívoco que tem sistematicamente circundado as análises que entre nós são desenvolvidas a propósito dos regulamentos e demais atos normativos emanados do Executivo. O Legislativo não é titular de monopólio senão da função legislativa, parcela da função normativa, e não de toda esta, como a recepção irrefletida da teoria da "separação" dos poderes à primeira vista indica.

Um outro ponto, de toda sorte, atinente ainda ao tema dos atos normativos emanados do Executivo, deve ser ferido. É que tem a nossa doutrina com grande frequência aludido ao princípio da legalidade como impediante do exercício, por ele, da função regulamentar, salvo no que respeite à produção de regulamentos de execução.

Nesta oportunidade pretendo limitar-me, no exame do princípio, exclusivamente a um dos múltiplos aspectos, nele, a reclamar atenção. Tome-se o seu enunciado, na Constituição de 1988, artigo 5º, II: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Há visível distinção, evidenciadamente, entre as seguintes situações: a) vinculação da Administração às definições da lei; b) vinculação da Administração às definições decorrentes ... isto é, fixadas em virtude dela ... de lei.

z

Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa ... mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em atos legislativos contida ... o princípio estará sendo devidamente acatado. No caso, o princípio da legalidade expressa reserva da lei em termos relativos, razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo, para, no exercício de função normativa, definir, obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares ... e os vincule.

24. - Voltando ao artigo 5º, II do texto constitucional, verificamos que, nele, o princípio da legalidade é tomado em termos relativos, o que induz a conclusão de que o devido acatamento lhe estará sendo conferido quando ... manifesta, explícita ou implicitamente, atribuição para tanto ... ato normativo não legislativo, porém regulamentar (ou regimental), definir obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa imposta a seus destinatários.

Tanto isso é verdadeiro ... que o dispositivo constitucional em pauta consagra o princípio da legalidade em termos apenas relativos ... que em pelo menos três oportunidades, isto é, no artigo 5º, XXXIX, no artigo 150, I e no parágrafo único do artigo 170, a Constituição o retoma, então o adotando, porém, em termos absolutos: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem sujeição do exercício de atividade econômica a autorização de órgão público, sem lei, aqui

37

entendida como tipo específico de ato legislativo, que os estabeleça. Não tivesse o artigo 5º, II consagrado o princípio da legalidade em termos somente relativos e razão não haveria a justificar a sua inserção no bojo da Constituição, em termos então absolutos, nas hipóteses referidas. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional contivesse disposição despicienda ... verba cum effectu sunt accipienda.

Penso estar evidenciado, desta sorte, não importar ofensa ao princípio da legalidade inclusive a imposição, veiculada por regulamento, de que alguém faça ou deixe de fazer algo, desde que isso decorra, isto é, venha em virtude de lei. Note-se, ademais, que quando o Executivo expede regulamentos ... ou, o Judiciário, regimentos ... não o faz no exercício de delegação legislativa.

25. - Onde e quando não houver transferência de função legislativa, do Legislativo para o Executivo (ou para o Judiciário), não há que falar em delegação, nem em derrogação do princípio da divisão dos poderes.

Logo, quando o Executivo e o Judiciário emanam atos normativos de caráter não legislativo ... atos regulamentares e regimentais, respectivamente ... não o fazem no exercício de função legislativa, mas sim no desenvolvimento de função normativa. Trata-se, aí, não de atos administrativos, porém, nitidamente, de atos normativos. Relembre-se que a função legislativa, face o direito positivo nacional, consiste na

26

emanação de estatuições primárias, em decorrência de poder originário para tanto, geralmente ... mas não exclusivamente ... com conteúdo normativo, sob uma das formas definidas no artigo 59 do texto constitucional. De outra parte, a função regulamentar ... bem assim função regimental, exercitada pelo Judiciário ... consiste na emanação de estatuições primárias, em decorrência de poder derivado, com conteúdo normativo.

Daí porque, evidenciadamente, o exercício da função regulamentar e da função regimental não decorrem de delegação de função legislativa, não envolvendo, portanto, derrogação do princípio da divisão dos poderes.

26. - De outra parte, desejo ainda salientar que a função normativa, assim designada e tendo seu conteúdo definido a partir da classificação material das funções estatais, está originariamente espalhada pelo todo que constitui o Estado. Apenas, em consequência da adoção de um determinado sistema organizacional, parte dela, transmutada em função legislativa, é destinada à titularidade do Legislativo. Não obstante, remanescem as partes restantes, como faculdades do Executivo e do Judiciário. Apenas, em razão da contemplação daquele sistema, que supõe a divisão de poderes ... não porém para cindí-los, mas para tê-los em situação de equilíbrio ... o exercício de tais faculdades reclama uma atribuição, explícita ou implicitamente reconhecida em ato legislativo.

ny

A norma jurídica, como anteriormente vimos, é preceito abstrato, genérico e inovador que se integra no ordenamento jurídico. Por isso não tem existência isolada, mas sim em um complexo de outras normas relacionadas entre si, isto é, no ordenamento jurídico. A função normativa, desde este aspecto, pois, está vocacionada à integração do ordenamento jurídico. Neste sentido, diviso o fundamento da função normativa, enquanto faculdade a ser exercitada pelo Executivo ... função regulamentar ... e pelo Judiciário ... função regimental ... não na permissão (atribuição) para o seu exercício, mas na vocação do ordenamento jurídico a realizar-se como um todo, para o que é indispensável a ativação da função normativa em sua globalidade. Isto é, das funções legislativa, regulamentar e regimental e não apenas da primeira delas.

A exigência de
função regimental condicionar-se a atribuições (permissões) do Legislativo é expediente tendente à promoção do equilíbrio na dinâmica dos poderes tripartidamente organizados, sem que tal signifique a não pre-existência de tais funções, como faculdades vocacionadas à integração do ordenamento. O desenvolvimento, pelo Executivo, da função regulamentar efetivamente não consubstancia exercício de função legislativa, razão pela qual não há que cogitar, na hipótese, de delegação desta última àquele.



E assim é ainda quando a esse desenvolvimento seja consequente a imposição de obrigações de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, desde que tenha ele decorrido de uma atribuição de poder normativo, explícita ou implicitamente contida em ato legislativo ... a imposição de tal obrigação, então, terá surgido "em virtude de lei".

27. - A exposição que acabo de produzir, alinhada a partir do item 12, acima, encerra algumas virtudes.

Em primeiro lugar, exorciza leituras distorcidas, reiteradamente repetidas, inercialmente, do pensamento de MONTESQUIEU. O hábito de não se estudar os clássicos através de seus próprios textos, mas na exposição de seus intérpretes (que em regra se valem de outros intérpretes e não dos textos originais), condena os que assim procedem à inanição intelectual.

De outra parte, desnuda os enunciados semânticos nos quais efetivamente estão enunciados, no direito brasileiro, os princípios do equilíbrio entre os poderes (nada de "separação", é óbvio) e da legalidade. O direito é uma prática social e, ao mesmo tempo, um nível da realidade social. À recusa da possibilidade jurídica de o Executivo exercer a chamada potestade regulamentar como e enquanto capacidade normativa corresponde uma revolta dos juristas alinhados naquela que denominei "doutrina tradicional" contra a realidade. E aqui me

27

refiro a uma realidade que apenas e tão somente é tal e qual porque constituída pelo direito.

A constitucionalidade do exercício, pelo Executivo, daquela capacidade normativa não é recusada pelos Tribunais. Apenas a refuta o "senso comum dos juristas" que, por a recusarem em princípio, além de romperem com a realidade ... isolando-se em torres nem ao menos de marfim ... deixam de cumprir função que lhes incumbe, que seria a de informar e conformar técnicas de efetivo controle daquele exercício. A omissão do jurista ... negando a possibilidade daquele exercício, recusam-se a cogitar do seu controle, repita-se ... coloca-os, dessarte, em autêntica linha auxiliar do autoritarismo: nenhuma palavra produz a doutrina no sentido de coartar os excessos do Executivo.

28. - A análise que passo a empreender, da portaria nº 843/90, apenas se torna possível na medida em que a realidade do exercício, pelo Executivo, da função regulamentar (parcela da função normativa) ... que nossos Tribunais acatam ... seja reconhecida.

Vimos que o Executivo pode (deve, aliás), entre nós, exercer capacidade normativa (função regulamentar).

Para que possa fazê-lo, contudo, no quadro da constitucionalidade, é necessário que a ele tenha sido atribuído, em cada caso, esse exercício, implícita ou

zy

explicitamente (diretamente pela Constituição ou através de lei). Essa atribuição de exercício da função regulamentar é indispensável à promoção e preservação de equilíbrio na dinâmica de poderes tripartidamente organizados. Por isso não pode, essa atribuição, ser excedida.

29. - A portaria n.º 843, de 31 de outubro de 1.990, do Ministro da Infra-Estrutura, foi baixada ... disse-o já no item 10, acima ... com esteio no parágrafo único, II do artigo 84 da Constituição de 1.988, tendo em vista o disposto no Decreto-lei n.º 395, de 29 de abril de 1.938, no Decreto-lei n.º 538, de 7 de julho de 1.938, na Lei n.º 2.004, de 3 de outubro de 1.953, no Decreto n.º 99.179, de 15 de março de 1.990, e nos artigos 213 e seguintes do Decreto n.º 99.244, de 10 de maio de 1.990.

Seus artigos 13, 14 e 18 ... que são, no caso, os que importa considerarmos ... estabelecem restrições ao pleno exercício de atividade econômica.

Assim, impõe-se verificarmos se há lei prevendo a sujeição do exercício da atividade econômica de distribuição de gás liquefeito de petróleo a autorização de órgão público e atribuindo ao Ministro da Infra-Estrutura o exercício, em relação à matéria, de função regulamentar.

30. - O Conselho Nacional do Petróleo detinha, por força de lei (artigo 10, a do Decreto-lei n.º 538, de 7 de julho de 1.938, combinado com o artigo 4.º da Lei n.º 2.004, de 3 de outubro de 1.953), poderes para autorizar, regular e controlar a

27

distribuição e o comércio de derivados de petróleo no território nacional. Competia-lhe, pois, autorizar, regular e controlar a distribuição e o comércio de gás liquefeito de petróleo no território nacional.

Extinto o Conselho Nacional do Petróleo, suas atribuições foram transferidas ao Departamento Nacional de Combustíveis, ao qual incumbe:

(a) nos termos do artigo 222, III, b do Decreto n.º 99.244/90, superintender, autorizar e fiscalizar o abastecimento nacional de gás natural e suas frações recuperáveis;

(b) nos termos do artigo 222, V, b do Decreto n.º 99.244/90, supervisionar os assuntos relacionados a distribuição de gás liquefeito de petróleo.

31. Diante disso, cabe inicialmente indagarmos se, à distribuição do gás liquefeito de petróleo respeitando apenas o enunciado da alínea b do inciso V do artigo 222 do Decreto n.º 99.244/90 ... e não, portanto, o enunciado da alínea b do inciso III daquele artigo (que envolve superintendência, autorização e fiscalização do "abastecimento nacional de gás natural e suas frações recuperáveis" ... não teria o Executivo não apenas liberado de autorização as empresas que pretendam exercer atividade de distribuição de gás liquefeito de petróleo, mas também aberto mão da função de regular (isto é, dispor normas

27

sobre) a distribuição e o comércio de gás liquefeito de petróleo no território nacional.

Que o Executivo já não, mais autoriza o (livre) exercício da atividade econômica de distribuição (e comércio, é óbvio) de gás liquefeito de petróleo, isso resulta evidenciado da mera leitura da disposição inscrita no artigo 1º da portaria nº 843/90, do Ministro da Infra-Estrutura.

Quanto à impossibilidade de regulação dessa atividade (isto é, disposição de normas sobre ela) pelo Departamento Nacional de Combustíveis ... e, por consequência, pelo Ministro da Infra-Estrutura, ainda que com fundamento no parágrafo único, II do artigo 87 da Constituição ... poderia ser afirmada: dir-se-ia o Decreto nº 99.244/90, cujo artigo 222, V, b não a prevê, vincula o próprio Presidente da República (legem patere quam fecisti); ora, se o decreto não prevê aquela regulação, não poderia o Ministro de Estado provê-la, a pretexto de "expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos" ou se valendo da figura da avocação de competência³¹ (inexistente) do Departamento Nacional de Combustíveis.

Paralelamente a isso, a enriquecer ou a turbar o possível torneio de argumentos, dir-se-á que o Decreto nº 99.244/90 é inconstitucional: diz o artigo 84, VI da Constituição que compete privativamente ao Presidente da República "dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na

37

forma da lei" (grifei) e, no caso, inexistia lei dispondo sobre a matéria.

32. - São inconsistentes, não obstante, em nada acudindo ao deslinde da questão que nos envolve, os argumentos alinhados no sentido acima indicado.

Como o Conselho Nacional de Petróleo detinha, por força de lei (artigo 10, a do Decreto-lei nº 538, de 7 de julho de 1.938, combinado com o artigo 4º da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1.953), poderes para autorizar, regular e controlar a distribuição e o comércio de derivados de petróleo no território nacional, ao Departamento Nacional de Combustíveis, ao qual suas atribuições foram transferidas, incumbe fazê-lo, isto é, autorizar, regular e controlar a distribuição e o comércio de gás liquefeito de petróleo no território nacional.

Estamos diante, aqui, de função administrativa.

Existe função ... observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO³² ... "quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto ao seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, 'deveres-poderes', no interesse alheio".



Procurei, em outra ocasião³³ deixar bem salientado que a autoridade pública, enquanto tal, não é titular de direitos que se possa individualmente arrogar. Cumpre-lhe o exercício da função pública. Ou seja, incumbe-lhe o dever de prover a realização de interesses alheios. Para tanto, confere-lhe o ordenamento jurídico determinados poderes. A função pública, assim, é antes expressão de um dever-poder do que de um poder-dever. À entidade administrativa, pois, incumbe o dever-poder de gerir a res publica, assim como ao membro do Poder Judiciário incumbe o dever-poder de aplicar o Direito e ao membro do Poder Legislativo incumbe o dever-poder de integrar o ordenamento jurídico, inovando-o. A concepção de que esta ou aquela autoridade pública, enquanto autoridade pública, seja titular de um direito integrado em sua esfera de interesses individuais é incompatível com os princípios do Estado de Direito. Tal sentir só é compatível com a tirania; apenas pode prosperar no clima das ditaduras, nas quais os cidadãos são retransformados em súditos.

A autoridade pública, assim, no desempenho da função administrativa, está abrangida por um vínculo imposto a sua vontade. O dever jurídico consubstancia uma vinculação imposta à vontade de quem esteja por ela alcançado. E consubstancia, no caso da função administrativa, vinculação imposta à vontade da autoridade pública em razão de interesse alheio, isto é, do todo social.

my

Os poderes que maneja a autoridade pública no desempenho da função administrativa são, destarte, poderes que detém exclusivamente a fim de que possa prestar acatamento ao vínculo que afeta sua vontade. Por isso sustento que a Administração, no desempenho da função administrativa, pode fazer tudo quanto deva fazer; mas apenas isso, nada mais. Não pode, por certo, fazer mais do que deva fazer.

Assim, existindo lei (artigo 10, a do Decreto-lei nº 538/38 combinado com o artigo 4º da Lei nº 2.004/53) que atribui à Administração ... ao Conselho Nacional de Petróleo, sucedido pelo Departamento Nacional de Combustíveis ... função de autorizar, regular e controlar a distribuição e o comércio de derivados de petróleo no território nacional, tendo a lei sido recebida pela vigente Constituição, os enunciados do artigo 222, V, b do Decreto nº 99.244/90 (na medida em que teria excluído o gás liquefeito de petróleo da ação regulamentadora do Executivo) e do artigo 1º da portaria nº 843/90, do Ministro da Infra-Estrutura (na medida em que dispensa a autorização da Administração para o exercício da atividade econômica de distribuição de gás liquefeito de petróleo) são absolutamente ilegais, a par de evidenciarem a determinação do Executivo no sentido de se demitir do exercício de função que lhe incumbe e de não cumprir a lei.

33. - Alcançado este ponto de minha exposição, se ela resultasse incompleta, aqui se encerrando, seríamos levados a afirmar, dando resposta ao segundo quesito proposto na consulta,

27

que a portaria nele mencionada não é, na dicção do quesito, anti-jurídica, salvo no que respeita ao seu artigo 1º.

Devo contudo, ainda, ferir outro ponto, cuja ponderação é fundamental ... definitiva ... para o deslinde da questão.

34. - Não tenho nenhuma dúvida em afirmar que a atribuição, ao Executivo (ao Conselho Nacional de Petróleo, originariamente), de função normativa regulamentar, operada pelo artigo da Lei nº 2.004/53, combinado com o artigo 10, a do Decreto-lei nº 538/38, era plenamente constitucional no regime da Constituição de 1.946.

Mais, dúvida não tenho, também, quanto à circunstância de a Constituição de 1.967, sua Emenda nº 1, de 1.969, e a Constituição de 1.988 terem recebido a Lei nº 2.004/53, resultando plenamente constitucional, pois, ainda no regime desta última, aquela atribuição de função normativa regulamentar ao Executivo. Apenas quem se dedique ao estudo do direito tomando-o como objeto abstrato, dissociado da realidade ... objeto de indagação "científica", que nada, absolutamente nada tem a ver com a realidade social (esta tomada como elemento que polui esse conhecimento, "científico") ... desconhece que a "separação" dos poderes é um mito³⁴ e que a função normativa não se confunde com a função legislativa, é mais ampla do que ela.

Sucede dispor, o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias anexo à Constituição de 1.988, que:

zy

"Artigo 25 . Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito esse prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;

II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie".

Recebida a Lei nº 2.004/53 pela Constituição de 1.988, a disposição inscrita no seu artigo 4º, combinada com o disposto no artigo 10, a do Decreto-lei nº 538/38 ,... disposição que atribuiu ao Conselho Nacional de Petróleo a função de regular (função ... "ação" ... normativa) a distribuição e o comércio de derivados de petróleo ... resultou revogada, ex vi do definido pelo artigo 25 do ADCT, cento e oitenta dias após 5 de outubro de 1.988, data da promulgação da Constituição vigente.

Assim, vencido aquele prazo, não tendo ele sido prorrogado por lei, como não foi, resultaram revogados os preceitos inscritos no artigo 10, a do Decreto-lei nº 538/38 e no artigo 4º da Lei nº 2.004/53.

37

Revogados tais preceitos, pereceu a atribuição de função regulamentar, ao Executivo, para regular a distribuição e o comércio de derivados de petróleo no território nacional. Inexistente, desde o momento daquela revogação, a atribuição imprescindível à preservação de equilíbrio na dinâmica dos poderes tripartidamente organizados, a portaria nº 843/90, do Ministro da Infra-Estrutura, resulta nítida e inquestionavelmente ilegal.

35. - A ilegalidade da portaria decorre, destarte, não -- de conformidade com o "senso comum dos juristas", nutrido na chamada "doutrina tradicional" ... da equivocada afirmação de que toda e qualquer obrigação de dar ou fazer alguma coisa deve ser instituída em lei, porém da circunstância de a imposição, por ela veiculada, de restrições ao pleno exercício da atividade econômica de distribuição de gás liquefeito de petróleo não decorrer de lei; isto é, da circunstância de já não encontrar, essa imposição, fundamento em atribuição, a qualquer órgão do Executivo, de função normativa, regulamentar, que a justifique.

O exercício da atividade econômica de distribuição de gás liquefeito de petróleo no território nacional não pode, portanto, ser objeto de regulação por ato normativo, regulamentar, do Executivo. A ilegalidade da portaria ministerial é inquestionável.

De outra parte, ilegal também a disposição inscrita no seu artigo 1º. O artigo 25 do ADCT não revogou senão os

my

dispositivos legais, da Lei nº 2.004/53 e do Decreto-lei nº 538/38, que atribuíam função ... "ação" ... normativa, regulamentar, ao Executivo. O exercício dessa mesma atividade continua sujeito a autorização administrativa, prevista pelo mesmo artigo 4º da Lei nº 2.004/53, combinado com o artigo 10, a do Decreto-lei nº 538/38 ... e aí se presta acatamento ao quanto dispõe o parágrafo único do artigo 170 do vigente texto constitucional ... que evidentemente não poderiam ter sido revogados seja pela portaria, seja pelo Decreto nº 99.244/10 ou pelo Decreto nº 99.179, de 15 de março de 1.990, que instituiu o Programa Federal de Desburocratização.

36. - Dou resposta, assim, ao segundo e ao terceiro quesitos propostos na consulta.

A ilegalidade da portaria nº 843/90 é flagrante. Caracterizado o periculum in mora, parece-me indisputável o direito ao requerimento de medida cautelar, seja com o objetivo de que se suspenda os seus efeitos, seja para o fim de que se impeça a ação da fiscalização, tendente a coibir o engarrafamento dos chamados botijões OM. A medida cautelar poderá ser requerida anteriormente, como preparatória, ou, incidentalmente, no curso de ação declaratória de nulidade da portaria.

IV - A recusa da destroca de botijões.

my

37. - Ilegal a portaria nº 843/90, do Ministro da Infra-Estrutura, a vedação enunciada no seu artigo 13 é despida de qualquer validade. Assim também com o disposto no artigo 18 e seu parágrafo único, da portaria.

O mesmo, precisamente o mesmo seja dito do que define o parágrafo único do artigo 11 da portaria. Insisto: é ilegal a disposição de normas, pelo Executivo, atinentes à regulação da distribuição de gás liquefeito de petróleo.

Logo, a invocação do parágrafo único do artigo 11 da portaria para qualquer efeito é vazia, nula, inútil, descabida. O enunciado desse parágrafo não se presta a justificar ou a injustificar coisa nenhuma.

Por certo pode a consulente encher os chamados botijões OM indestrutíveis, se for do seu agrado apondo um selo indestrutível, com sua marca, sobre ele.

A consulente tem direito a fazê-lo, visto que, como anteriormente demonstrei, independentemente de qual a marca neles forjada, detém o domínio dos botijões que recolheu no mercado, ao trocar, com os consumidores de gás liquefeito de petróleo, botijões cheios por botijões vazios.

V - O princípio da livre concorrência e abuso de poder econômico

zy

38. - O princípio da livre concorrência encontra fundamento na concepção liberal da economia e da sociedade. Uma sociedade que, então, acreditava que o melhor proveito geral haveria de provir do melhor proveito individual. Sociedade que repudiava o corporativismo das guildas e das corporações de ofício, intermediários responsáveis ... segundo se acreditava ... pelas distorções que comprometiam o funcionamento, aspirado, de uma "concorrência perfeita".

O princípio da livre concorrência é, assim, uma herança da civilização burguesa, na qual prevalece o princípio da competição diante do princípio da colaboração.

A concorrência, enquanto competição³⁵, manifestava-se ... e ainda se manifesta ... em todos os setores da vida social. Aí a competição política (na disputa pelo voto), a competição pelo acesso à função pública e à Universidade (os concursos públicos), a competição dentro da Universidade e em outras arenas sociais (onde se desenvolve à margem de qualquer regra ou mesmo princípio ético).

Grassa, nesse modelo de sociedade, a idéia de que a competição e o egoísmo são fatores de progresso e da ausência de competição decorre a decadência social.

39. - O princípio da liberdade de iniciativa econômica, do qual decorre o da livre concorrência ... originariamente postulado no Édito de Turgot, de 9 de fevereiro de 1776³⁶ ... inscreve-se plenamente no Decreto d'Allarde, de 02-17 de março de 1.791, cujo artigo 7º determinava que a partir de 1º de abril

37

daquele ano seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou o exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma patente (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis³⁷.

Vê-se para logo, nestas condições, como observei em outra oportunidade³⁸, que no princípio da livre iniciativa, nem mesmo em sua origem, se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica. Vale dizer: a visão de um Estado inteiramente omissor, no liberalismo, em relação à iniciativa econômica privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal. Pois medidas de polícia já eram, neste estágio, quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações, a eles impostas.

Em sua raiz, o princípio era expressão de uma garantia do legalidade. Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos³⁹:

- a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico):

39

a.1) - faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado ... liberdade pública;

a.2) - não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei ... liberdade pública;

b) liberdade de concorrência:

b.1) - faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal ... liberdade privada;

b.2) - proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência ... liberdade privada;

b.3) - neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes ... liberdade pública.

40. - O que mais importa considerar, de toda sorte, é o fato de que, em sua concreção em regras atinentes à liberdade de iniciativa econômica, o princípio, historicamente, desde o Decreto d'Allarde, jamais foi consignado em termos absolutos. A observação de que o mercado não é capaz de auto-regular-se, a verificação da insuficiência dos postulados da racionalidade dos

37

comportamentos individuais, do ajuste espontâneo das preferências, da harmonia natural dos interesses particulares e do interesse geral, tudo isso associado à evidência dos fenômenos de dominação que desnaturam o funcionamento dos mercados, tudo conduziu à relativização do princípio da livre iniciativa. Essa relativização, contudo, prospera no sentido de prover a preservação dos mercados. Marcando o instituto dos privilégios industriais, os monopólios estatais, as medidas de atuação e de regulamentação estatal do processo econômico, a possibilidade jurídica de restrições convencionais serem estipuladas pelos agentes econômicos no domínio da concorrência.

Os agentes econômicos, no mercado clássico ... suposta a sua homogeneidade ... deviam cuidar exclusivamente de si, submetendo-se às regras que tinham liberdade para impor a si próprios⁴⁰. Mas os mercados não são homogêneos ... é possível a qualquer empresário, lícitamente, mercê, v.g., de tecnologia que detenha, excluir seus concorrentes deles. Daí a necessidade de o empresário atuar também com os olhos voltados a seus concorrentes, de desenvolver sua atividade não apenas em função de si, mas em razão das ações dos que com ele disputam nos mercados.

O mercado é uma arena de luta, na qual cada concorrente configura ... sartreanamente ... para o outro, o inferno. A guerra, nos mercados, torna necessária a atuação do Estado para regular a concorrência, inicialmente protegendo os

27

concorrentes⁴¹. E essa proteção, com o tempo, passa a ampliar-se, de modo a se deslocar do concorrente para o consumidor. É inquestionável, na proteção dos consumidores, o desempenho, pelo Estado, da tradicional função que o move, de preservação dos mercados.

41. - Em outra ocasião⁴², cogitando do artigo 170, IV da Constituição de 1.988, observei que não há oposição entre o princípio da livre concorrência e aquele que se oculta sob a norma do parágrafo 4º do artigo 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como princípio da repressão aos abusos do poder econômico e, em verdade ... porque dele é fragmento ... compõe-se no primeiro. É que o poder econômico é a regra e não a exceção. Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor. A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas, convertidas porém, na dinâmica de sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural⁴³.

Assim, como "la concurrence tue la concurrence" (PROUDHON), a feição de livre concorrência, que enseja a competição aberta, na linha do que se tem referido como "capitalismo selvagem", assume novos traços. Livre concorrência, então ... e daí porque não soa estranho nem é instigante a sua consagração como princípio constitucional, embora desnecessária (bastava, nesse sentido, o princípio da livre iniciativa) ...

my

significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública, tais como acima aludi.

42. - O conjunto das verificações até este ponto alinhadas nos permite escapar a equívocos que inúmeras vezes turbam as construções doutrinárias erguidas em torno do princípio da livre concorrência, desdobramento, como vimos, daquele outro, da livre iniciativa (ou da liberdade de iniciativa econômica).

É que a liberdade de concorrência deve ser visualizada como elemento moderador do princípio da liberdade de comércio e indústria e não como ratificador deste último. Não deve ser tomado, pois, como princípio negativo. Este sentido já é coberto pelo princípio da liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico). A liberdade de concorrência é, fundamentalmente, uma liberdade privada e se apresenta dotada de caráter positivo, expressando-se como direito a que o abuso (deslealdade) da liberdade de comércio e indústria não comprometa o funcionamento regular dos mercados.

Esse o sentido sob o qual o princípio é consagrado no plano constitucional, no inciso IV do artigo 170 da vigente Constituição.

Aqui se impõe ainda uma consideração, a propósito do dever que vincula o intérprete do Direito e, em especial, da Constituição. É que não a podemos interpretar em tiras, aos

my

pedaços, como tanto tenho enfatizado⁴⁴. O princípio da liberdade de concorrência ou da livre concorrência assume, no quadro da Constituição de 1.988, sentido conformato pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados. Seu conteúdo é determinado pela sua inserção em um contexto de princípios, no qual e com os quais subsiste em harmonia.

Desde a visualização desse quadro posso enunciar premissas desde as quais a matéria do abuso de poder econômico deve, no caso, ser tratada.

43. - Em primeiro lugar, observe-se que a faculdade de conquistar a clientela não pode ser exercitada mediante práticas que configurem ações de concorrência desleal.

Após, que a ordem jurídica proíbe todas as formas de atuação que importem comprometimento ... eliminação ... da concorrência; a liberdade de comércio e indústria não pode ser exercitada de modo a comprometer o regular funcionamento dos mercados.

No primeiro caso, a ordem jurídica protege os agentes econômicos, unitariamente considerados. No segundo, volta-se à preservação do mercado como instituição de coordenação das decisões econômicas, adequada ao modo de produção capitalista; daí porque a liberdade de concorrência apresenta-se dotada de caráter positivo: é direito a que o abuso (deslealdade) da

ry

liberdade de comércio e indústria não comprometa aquele funcionamento regular, dos mercados.

De outra parte, tenha-se bem presente que o princípio da tutela do consumidor ilumina a compreensão dos limites dentro dos quais a liberdade de concorrência pode ser exercitada.

44. - À liberdade de comércio e indústria, desdobrada em (a) faculdade de criar e explorar atividade econômica a título privado e (b) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei (vide item 39, acima), deitamos atenção, no que tange à hipótese da consulta, na exposição acima desenvolvida, desde o item 10 até o item 37.

Cumpre verificarmos, agora, se o comportamento das grandes companhias turba a liberdade de concorrência ... desdobrada em (a) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal, e (b) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência ... e/ou caracteriza abuso de poder econômico.

45. - A Lei n.º 8.158, de 8 de janeiro de 1.991, institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências, voltando-se, nitidamente, à preservação do mercado como instituição de coordenação das decisões econômicas, adequada ao modo de produção capitalista. Neste sentido, define, em seu artigo 3º, infrações à ordem econômica.

my

Da mesma matéria ... e desde a mesma perspectiva ... trata a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1.990, sob a ótica penal. Define crimes contra a ordem econômica (e contra a ordem tributária e as relações de consumo).

O Código da Propriedade Industrial de 1.945, no Título mantido em vigor pela Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1.971 - .. artigo 128 ... define, em seu artigo 178, crimes de concorrência desleal. Aqui a ordem jurídica volta-se à proteção dos agentes econômicos unitariamente considerados. O mercado, no caso, não é o bem imediatamente, senão mediatamente, protegido.

O que importa considerarmos, diante de todas essas definições normativas, é que, em matéria de concorrência, o que a ordem jurídica visa coibir é a conduta incorreta dos agentes econômicos, contrária "aos usos honestos em matéria comercial e industrial"⁴⁵ e/ou que possa afetar, comprometendo-os em suas integridades, os mercados. Nessas condutas, coibidas, joga papel de extrema importância o elemento subjetivo, o que enseja a sua descrição no que MANOEL PEDRO PIMENTEL⁴⁶, embora criticando a expressão, referia como tipo anormal. Anormal, diga-se, justamente na medida em que inclui uma especial subjetividade do agente.

Infrações à ordem econômica, crimes contra a ordem econômica e crimes de concorrência desleal de que passo a tratar, todos consubstanciam, naquele sentido, tipos anormais.

46. Define o artigo 3º, I da Lei nº 8.158/91:

3

"Artigo 3º - Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como:".

O preceito enuncia, então, exemplificativamente, modalidades da infração que define.

Paralelamente, diz o seu artigo, 2º, em suas alíneas b e

c:

"Artigo 2º - A Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE atuará de forma a evitar que as seguintes distorções possam ocorrer no mercado:

.....b) o cerceamento à entrada ou à existência de concorrentes, seja no mercado local, regional ou nacional;

c) o impedimento ao acessos dos concorrentes às fontes de insumos, matérias primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição".

De outra parte, o artigo 4º, I, f e IV da Lei nº 8.137/90 define:

my

zy

"Artigo 4º - Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:

.....
f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente;

.....
IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência".

No que tange aos crimes de concorrência desleal, definidos pelo artigo 178 do Decreto-lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1.945 (antigo Código da Propriedade Industrial), entre eles não diviso tipo nenhum ao qual se pudesse, ainda que em tese, amoldar o comportamento, aludido na consulta, das grandes companhias.

47. - Esse comportamento, aludido na consulta, assim se o descreve:

47.1 as grandes companhias valem-se da proibição administrativa de engarrafamento de botijões de outra marca ... OM --- (artigo 13 da portaria nº 843/90, do Ministro da Infra-

3y

Estrutura) para cercear o livre exercício da atividade de distribuição de gás liquefeito de petróleo pela consulente;

47.2 as grandes companhias, em regra, alegando não os possuir, recusam-se a destocar os botijões vazios ... OM ... que trazem estampada sua marca por outros, com a marca estampada da consulente (artigo 18 e parágrafo único da portaria nº 843/90).

48. A conduta descrita no item 47.1 não pode, isoladamente, até que judicialmente declarada a ilegalidade da portaria nº 843/90, caracterizar ilícito.

A conduta descrita no item 47.2 consubstanciaria, não fora ilegal a portaria nº 843/90, infração administrativa.

Não obstante, o comportamento das grandes companhias, na prática do conjunto dessas condutas, não é anódino. Pode, em tese, configurar conduta tendo por objeto e/ou produzindo o efeito de prejudicar a livre concorrência (ainda que os fins visados não sejam alcançados, tipificada no artigo 3º, caput da Lei nº 8.158/91.

Aqui, contudo, a relevância de fatos a serem comprovados é extrema, de sorte que apenas em tese posso dar resposta, afirmativa, ao quinto quesito proposto na consulta.

VI - Conclusões

49. Indaga finalmente a consulente, através de seu advogado, que outras providências aconselho para a defesa e reparação dos seus direitos.

m.

À consulente recomendo, inicialmente, a proposição de ação visando à declaração da ilegalidade da portaria nº 843/90, do Ministro da Infra-Estrutura; poderá e deverá requerer, ainda, medida cautelar tendo em vista os efeitos indicados no item 36, acima. Para que se impeça a ação da fiscalização, tendente a coibir o engarrafamento dos botijões OM, entendo possa a consulente, alternativamente, impetrar mandado de segurança.

No que concerne ao comportamento das grandes companhias, pode a consulente, com fundamento no artigo 4º da Lei nº 8.158/91, representar à Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE, descrevendo-o.

50. Em face do exposto, dou as seguintes respostas aos quesitos propostos na consulta:

1º) sim; o botijão, apesar da marca, pertence à empresa que o recolheu no mercado;

2º) sim; a portaria do Ministério da Infra-Estrutura, que proíbe o engarrafamento de OM, é ilegal;

3º) sim; é cabível a suspensão dos efeitos dessa portaria mediante o requerimento de medida cautelar, evidentemente comprovado o "periculum in mora"; ademais, seria cabível, ainda, na situação descrita na consulta, a interposição de medida cautelar para impedir a ação da fiscalização tendente a coibir o engarrafamento de botijões;

4º) sim; não havendo a troca de botijões ... ou, não havendo acordo, recusando-se a tanto as grandes companhias ...

27

poderá a consulente encher os botijões OM indestruíveis, sobre ele apondo, se for do seu agrado, um selo indestrutível, com sua marca; a invocação do parágrafo único do artigo 11 da portaria nº 843/90, do Ministro da Infra-Estrutura, para tanto ou para qualquer outro fim, será vazia, nula, inútil, descabida;

5º) a respeito da caracterização de abuso de poder econômico, no caso, diante dos fatos expostos na consulta e à vista da resposta dada pela Associação dos Fiscais de Derivados de Petróleo à interpelação que lhe foi feita, veja-se o quanto observei no item 48, acima;

6º) as providências que recomendo para a defesa e reparação dos direitos da consulente são as enunciadas no item 49, imediatamente acima.

É o que me parece

São Paulo, 17 de agosto de 1.992

Eros Roberto Grau

NOTAS:

(1) Tratado de Direito Privado, tomo XXXIX, 2ª edição, Borsoi, Rio de Janeiro, 1.962, pág. 378.

(2) Cf. J. M. DE CARVALHO SANTOS, Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XVI, 3ª edição, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1.945, pág. 277.

(3) Código Civil Comentado, vol. IV, décima primeira edição, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1.958, pág. 265.

(4) Os adeptos dessa que denomino "doutrina tradicional", mesmo os kelsenianos, justificam a absolutização do princípio da legalidade na necessidade, que afirmam, de restringir-se tanto quanto possível a atuação do Executivo, sempre ocupado, entre nós ... dizem ... por pessoas inevitavelmente vocacionadas ao autoritarismo.

(5) Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues, coleção Os Pensadores, volume XXI, Editor Victor Civita, São Paulo, 1973, págs. 156 e ss.

(6) Ob. cit., pág. 160.

(7) Ob. cit., pág. 159.

(8) Ob. cit., pág. 150.

(9) Ob. cit., pág. 161.

(10) Ob. cit., pág. 161.

(12) Montesquieu - La Politique et l'Histoire, 6ª édition, PUF, Paris, 1.985, pág. 104.

(13) Ob. cit., pág. 156 (Cap. IV).

(14) Ob. cit., págs. 103/104.

27

(15) MICHEL MIAILLE, El Estado del Derecho, trad. de Jean Hennequin, Universidad Autonoma de Puebla, Puebla, 1.985, pág. 200.

(16) Principii di Diritto Costituzionale Generali, seconda edizione, Giuffrè, Milano, pág. 173.

(17) Principii di Diritto Amministrativo, quarta edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1.978, vol. I, pág. 3.

(18) Ob. cit., págs. 14/15.

(19) A palavra "ordenamento", não obstante, ainda quando qualificada pelo adjetivo "jurídico", compreende sentidos diversos. Vide VITTORIO FROSINI, Il Diritto nella Società Tecnologica, Giuffrè, Milano, 1.981, pág. 8.

(20) Cf. VITTORIO FROSINI, ob. cit., pág. 30.

(21) Ob. cit., pág. 5.

(22) Ob. cit., pág. 5.

(23) Ob. cit., pág. 6. ALESSI refere "contendo normalmente preceitos abstratos".

(24) Ob. cit., pág. 5.

(25) Ob. cit., págs. 6/7; tb. pág. 14.

(26) A propósito da distinção entre lei em sentido material e lei em sentido formal, LEON DUGUIT, Traité de Droit

37

Constitutionnel, tome premier, Fointemoing & Cie. Editeurs, Paris, 1.911, págs. 132 e ss. Tb. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 1.983, págs. 607/609.

(27) Neste sentido, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Curso de Direito Constitucional, 7ª edição, Saraiva, São Paulo, 1.978, pág. 93.

(28) V.g., EDGARD BODENHEIMER, (Ciência do Direito, trad. de Enéas Marzano, Forense, Rio, 1.966, pág. 309), ao referir as fontes formais do direito, alude a uma legislação autônoma e a uma legislação delegada. Segundo MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (ob. cit., pág. 93), "É prática frequentíssima o exercício pelo governo (o Executivo) do poder legislativo que lhe vem às mãos por meio de delegação ... às ocultas ou às escâncaras".

(29) Ob. cit., pág. 458.

(30) Neste sentido, SÉRGIO ANDREA FERREIRA (Direito Administrativo Didático, Forense, Rio de Janeiro, 1.981, pág. 58), distinguindo entre função legislativa e poder normativo regulamentar.

(31) Vide O. A. BANDEIRA DE MELLO, Princípios gerais de Direito Administrativo, vol. II, Forense, Rio, 1.969, pág. 122.

(32) Elementos de Direito Administrativo, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.991, pág. 23.

my

(33) Direito, conceitos e normas jurídicas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.988, págs. 179 e 183.

(34) Vide CHARLES EISENMANN, L'Esprit de Lois et la séparation des pouvoirs, in Cahiers de Philosophie Politique (MONTESQUIEU), Éditions Oupia, Bruxelles, 1.985, págs. 3/34.

(35) O vocábulo "concorrência", assim como o vocábulo "concurso", vem do latim concurrere (cum currere), denotando andar juntos ou o andar de muitos pela mesma via, o que poderia ser associado à idéia de movimento em associação. A conotação de "competição", contudo, assinala andar paralelo de homens que não colaboram, mas disputam entre si.

(36) Estipulava o artigo XIV do Édito: "Défendons pareillement à tous maîtres, compagnons, ouvriers et apprentis desdits corps et communautés, de former aucune association ni assemblée entre eux sous quelque prétexte que ce puisse être" (apud JEAN-PIERRE POTIER, "L'Assemblée constituante et la question de la liberté du travail: un texte méconnu, la loi Le Chapelier", in Idées Economiques sous la Revolution (études coordonnées par Jean-Michel Servet), Presses Universitaires de Lyon, Lyon, 1.989, pág. 238).

(37) A lei Le Chapelier é citada frequentemente como a lei que promove a abolição do sistema de corporações, o que constitui um erro. A abolição desse sistema foi definida no decreto d'Allarde. A lei Le Chapelier constitui um verdadeiro

m

"golpe de Estado" contra o direito de associação que os trabalhadores acabavam de conquistar na França revolucionária (MARX, EL Capital, vol. I, trad. de Wenceslao Roces, 5ª ed., Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1968, pág. 631). A lei dá resposta, nas palavras de Isaac-René-Guy Le Chapelier, que a apresentou como projeto ao Comitê de constituição, à ameaça, à "ordem pública", que constituía a criação de assembléias de trabalhadores, voltadas à reivindicação por aumentos de salários. Passando ao largo do direito de reunião, que fora reconhecido pela lei de 21 de agosto de 1.790, a lei Le Chapelier proíbe toda associação, coalizão ou ação coletiva dos trabalhadores, qual o direito de petição e a greve ... proibindo também, por outro lado, as associações e coalizões patronais. A negação da existência de interesses intermediários entre o interesse geral e o interesse particular é tomada como justificativa para o golpe. Vide JEAN-PIERRE POTIER. ob. cit., págs. 235 e ss.

(38) A ordem econômica na Constituição de 1.988 (interpretação e crítica), 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.991, pág. 224.

(39) Utilizo aqui, parcialmente, a exposição de ANTONIS MANITAKIS, La liberté du commerce et de l'industrie, Bruylant, Bruxelas, 1.979, págs. 6 e ss.

(40) Vide GÉRARD FARJAT, Droit Économique, 2º ed., Presses Universitaires de France, Paris, 1.982, págs. 707/708.

27
1)

(41) Diz PONTES DE MIRANDA: "Quando se viu que a livre concorrência se tornou sem freios, que se fez algo de luta livre, *cut-throat competition*, competição de cortar pescoço, teve-se de cogitar de regras jurídicas que lhe aparassem as garras, que lhe cortassem as unhas, que lhe amputassem os tentáculos de polvo, que lhe vedassem alguns meios. Não foi o excesso no exercício o que se teve por fito, em todos os casos, coibir, foram as armas empregadas, os embustes, as práticas desleais. Principalmente porque a concorrência tendo, quando intensificada, a eliminar a concorrência." (Tratado de Direito Privado, tomo XVII, Borsoi, Rio de Janeiro, 1.956, pág. 268).

(42) Ob. cit., págs. 229/230.

(43) Salienta GERARD FARJAT (ob. cit., pág. 472): "Les phénomènes comme les ententes, les positions dominantes, les pratiques restrictives, les concentrations ne sont plus en eux-mêmes des phénomènes pathologiques, mais ils constituent, au contraire, une réalité fondamentale du nouvel Etat industriel .. l'ordre privé économique".

(44) Ob. cit., págs. 181/182.

(45) Assim o artigo 10 bis da Convenção da União de Paris, promulgada entre nós pelo Decreto nº 5.685, de 30 de julho de 1.929, caracteriza os atos de concorrência desleal.

(46) Direito Penal Econômico, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.973, pág. 47.

my



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

Papel para informação, rubricado como folha nº

227

do processo nº 1093 de 19 97 02 12 97 (a)

CA

Ao Senhor Assessor Chefe,

Sobre o assunto, consta:

Em 02-12-97

Lei 12.497/97, 11.806/95, PL. 1212/95, 10/96.

CA

ADELINA CICONE

Reg. 100.406

ATM

À Com. de Const. e Justiça

04/12/97

U

LUIZ AREIAS DE CARVALHO

Ass. Tecn. Leg. Chefe - A. T. M.

Recebido na Comissão de
Constituição e Justiça
Em 05/12/91 às 16^h 10^{min} hs.

Assinado por: MABELI
para: relato

em 9 (9) de Dezembro de 1991
Subs. do Conselho de Constituição e Justiça

Presidente

A ATM, A PEDIDO.
09/12/91

Marlene S. de Oliveira
Secretária

SEGUE juntado nesta data, documento e papel para informação, rubricado
sob folha nº 228 a 231

Em 15 de 03 de 07

(a)

Podolski
Assistente Parlamentar
RF 100.453



Folha n.º 228 do proc.
n.º 10937 de 1997

Câmara Municipal de São Paulo

PARECER CONJUNTO DAS COMISSÕES REUNIDAS DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA; POLITICA URBANA, TRANSITO E FINANÇAS E ORÇAMENTO SOBRE O PL Nº 10937, DO VER. IVO MORGANTI.

A materia revoga paragrafo do Art.10. da Lei 12.497, que dispoe sobre a comercialização e prazo de validade dos botijoes de gas liquefeito de petroleo.

A materia ampara-se nos art. 13, inciso I da Lei Orgânica do Municipio.

PELA LEGALIDADE.

Quanto ao mérito, nada temos a opor pois objetiva direitos do consumidor, revogando dispositivo conflitante com a legislação federal.

Quanto ao aspecto financeiro, nada temos a opor.

Sala das Comissões Reunidas, em

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA

POLITICA URBANA, METROP. E MEIO AMBIENTE

TRANSITO, TRANSP. E ATIV. ECONOMICA

COMISSÃO DE FINANÇAS E ORÇAMENTO

ESTIMA.
CURIATI
MAELI
MENTOR
NOMURA

TABA
GOULART
TRIPOLI

V. CANDIDO
I MORGANTI
A HIAR.

D. SALIM

LIDIA

J. ÍNDIO

V. VISCOME

H. GHARIB

J. E. M. CARDOZO

NATALICIO

D. SILVANO

H. PACHECO

MADEIRA

PADEIRA

TAQUILIA

18/4/97

**CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO**

-TAQUIGRAFIA -

Folha nº 209
n.º 1093 de 10 97

RODÍZIO	FOLHA	TAQUIGRAFO	SESSÃO	DATA	ORADOR	CONT. APART. ☒
44	3	morg.	48 extra.	4.12.97		
OPERADOR		REVISOR			CADERNO	
					DISK	

112) - PL 1093/97, do Vereador Ivo Morganti (PFL), que revoga parágrafo único do artigo 1º da Lei 12.497, que dispõe sobre a comercialização e prazo de validade para botijões de gás liquefeito de petróleo no Município de São Paulo. Fase de discussão: 1ª.

Aprovação mediante voto favorável da maioria absoluta dos membros da Câmara.



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

—TAQUIGRAFIA—

230
109.3 91

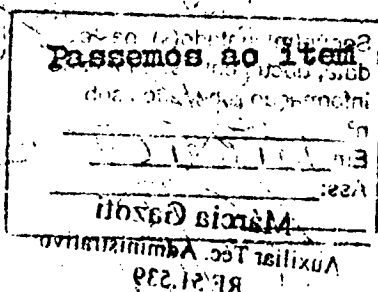
RODÍZIO	FOLHA	TAQUIGRAFO	SESSÃO	DATA	ORADOR	CONT. APARTE
44	4	morg.	48 extra.	4.12.97		
OPERADOR		REVISOR			CADERNO	
					DISK	

O SR. PRESIDENTE (Nelo Rodolfo - PPB) - Não há oradores inscritos; está encerrada a discussão. A votos. Os Srs. Vereadores favoráveis permaneçam como estão, os contrários, ou aqueles que desejarem verificação nominal de votação, manifestem-se agora. (Pausa.)

A SRA. ANA MARIA QUADROS (PSDB) -(Pela ordem) - Sr. Presidente, a bancada do PSDB deseja manifestar o seu voto contrário a esse projeto.

O SR. PRESIDENTE (Nelo Rodolfo - PPB) - Registrem-se os votos contrários da bandada do PSDB. Está aprovado o projeto.

Passemos ao item seguinte.



— AIR MAIL —

Segue(m) juntado(s), nesta
data, documento(s) e folha de
informação de bens e valores sob
nº 2.410
Em 15.08.07
Ass: Márcia Gzotti



Câmara Municipal de São Paulo

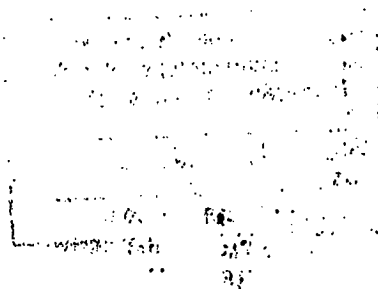
Papel para informação, rubricado como folha nº 240 ^{dis 231} ^{Est}
do processo n.º 1093/97 15,03,2007 (a) Márcia Gazoti
Auxiliar Téc. Administrativo
RF 51.539

À SGP - 33 - Sra. Supervisora,

Encaminho os presentes autos para arquivamento, tendo em vista que o presente Projeto de Lei foi rejeitado em 2ª discussão e votação na 102ª Sessão Extraordinária, em 06 de março de 2007.

15/03/2007


Ângela Bordin Andreoni
Subsecretária de Apoio Legislativo
SGP 2



SGP-33
RF 100.927
LINA ANGELICA GUMMAUSKAS
sob n. 892
n. 0704107
documento(s) sob
informação(s) sob
Segue(m) listado(s), nesta data.

10/04/07
10/04/07
10/04/07



Câmara Municipal de São Paulo

Papel para informação, rubricado como folha n° 232
do processo 01-1093 de 1997 03/04/2007

Lina A. M. Gumauskas
RF 100927

**SUBSECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO
SUPERVISÃO DE ARQUIVO GERAL**

Proc. encerrado com 232 fls.
Arquivado em 03/04/2007
O Funcionário

Lina A. M. Gumauskas
RF 100927