

PARECERES

LEI ESTADUAL — PESAGEM DE GÁS DE PETRÓLEO — INCONSTITUCIONALIDADE*

PARECER

I

CONSULTA

O Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo — SINDIGÁS — formula consulta sobre a constitucionalidade da Lei n. 10.248, de 14 de janeiro de 1993, do Estado do Paraná.

Prescreve o ato legislativo estadual a obrigatoriedade “da pasagem, pelos estabelecimentos que comercializam Gás Liquefeito do Petróleo (GLP), à vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão ou cilindro entregue e também recolhido, quando procedida a substituição” (art. 1º).

Para esse efeito, impõe que “os Postos revendedores de GLP, bem como os veículos que procedam a distribuição a domicílio, deverão portar balança apropriada para essa finalidade” (parágrafo único do art. 1º).

“Verificada diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada ou botijão ou cilindro, o consumidor terá direito a receber, no ato do pagamento, abatimento proporcional ao preço do produto (art. 2º).

De igual modo, é previsto que na hipótese de que “se constate, na pesagem do botijão ou cilindro que esteja sendo substituído, sobra de gás, o consumidor será ressarcido da importância correspondente, através de compensação no ato do pagamento do produto adquirido” (art. 3º).

Em defesa do consumidor, preceitua a lei a publicidade do peso e do preço de venda.

Assim, conforme o art. 4º, “os botijões ou cilindros deverão conter especificação, em lugar visível, sobre o peso da embalagem e o peso líquido do produto envasilhado” e o respectivo parágrafo único atribui aos Postos revendedores de GLP o dever de “exibir em local visível para o público, a tabela de preços de venda ao consumidor, a qual deverá ser mostrada, quando solicitada, na entrega a domicílio”.

O consultante, a par da demonstração da impraticabilidade de aplicação eficaz do pretendido sistema de pesagem, assinala que a eventualidade de resíduos remanescentes nos botijões ou cilindros usados é compensada, em benefício dos consumidores, mediante crédito cumulativo que é abatido do custo do serviço, para efeito do cálculo do preço de venda do produto, a cargo da autoridade pública competente.

No mérito, cuida-se do exame da competência legislativa estadual para regular a matéria.

O atendimento à consulta torna necessária, como premissa, a apreciação da repartição constitucional de competência legislativa entre a União e os Estados e, secundariamente, mesmo abstraída esta preliminar de mérito, o exame de razoabilidade da lei em causa.

II

Evolução do federalismo brasileiro

A mística da Federação precedeu à Repúbli-

(*) Ver, neste volume, acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADIn 855, relativo ao caso, pág. 299.

ca, como aspiração de libertar as Províncias fracas perante o centralismo do trono.

“O ideal federativo é no Brasil tão antigo quanto a reivindicação de independência” ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, pelo que, adverte, “não é de surpreender que os republicanos houvessem levantado a bandeira federalista, mais fácil de levar do que a derrubada da monarquia, no Segundo Império, de modo geral apreciada pelo povo” (*Curso de Direito Constitucional* — 17.^a edição p. 47).

Rui Barbosa confessou, em página célebre: “Eu era federalista, antes de ser republicano. Não me fiz republicano, senão quando a evidência irrefragel dos acontecimentos me conveceu que a Monarquia se encrustara irreduzivelmente na resitência à federação” (*Comentários à Constituição Federal Brasileira* — coligidos e ordenados por Homero Pires — 1.^o volume, p. 60).

A Constituição de 1891, refletindo o modelo norte-americano, consagrou o federalismo dualista, reservando à União os poderes enumerados e atribuindo aos Estados-membros as competências remanescentes. A descentralização, expressa na autonomia estadual, convive, em matérias específica, com a reserva de poderes que assegura a sobrevivência da nacionalidade.

Ao Estado unitário do Império sucede-se o regime federativo por centrifugação, convivendo a descentralização política com a unidade nacional (ver Carlos Mário Velloso — Estado Federal e Estados Federados na Constituição de 1988: do equilíbrio federativo — *in Revista de Direito Administrativo* — volume 187 — janeiro — março 1992).

Raul Machado Horta, em notável estudo sobre as tendências do federalismo brasileiro (*Revista de Direito Público* — vol. 9, p. 7/26) traçou a linha progressiva da evolução constitucional. A reação ao centralismo monárquico favoreceu a valorização dos poderes remanescentes outorgados aos Estados-membros, exacerbando o conflito entre os dois polos dos fatores reais de poder. A autonomia formal dos Estados-membros encontraria antídoto na frequência da intervenção federal e a concepção restritiva do auxílio federal não corresponderia à realidade das crises regio-

nais, exacerbadas pelos episódios de calamidade pública.

Sensível a tais reclamos de novas relações entre os níveis federativos, a Constituição de 1934 inaugurou a tendência do federalismo cooperativo, que se apresenta, no plano do direito comparado, como paradigma inovador da construção constitucional.

A efêmera vigência da Carta de 1984 não consolidou o modelo que então se inaugurava e o texto de 1977 traduz o retorno ao sentido centralizador do Estado Nacional.

Assinala Raul Machado Horta que “a Constituição de 1937 distinguiu-se pelo nominalismo de suas regras e sob tal aspecto ela representa no direito constitucional brasileiro, o modelo da Constituição nominal, termo que Karl Loewenstein utiliza para designar os textos constitucionais inaplicados cuja validade normativa se extingue na inobservância inveterada” (ob. cit., p. 16).

No interregno do chamado Estado Novo, a autonomia estadual, proclamada no texto da Carta outorgada (que não chegou a alcançar a legitimidade do plebiscito) se amesquinhou no predomínio efetivo do Executivo federal, caracterizado na presença de interventores nomeados e fiéis à vontade centralizadora.

A Constituição de 1946 procurou reavivar as raízes do federalismo cooperativo e a validade da autonomia dos Estados, a que, no entanto, a retomada da tendência de fortalecimento do poder central, na Carta de 1967, emendada em 1969, votaria a um distanciamento da pureza federativa.

Aponta Luiz Roberto Barroso o afastamento, no modelo de 1969, de um ideal de federação e o advento de “um quase monopólio do poder político e econômico para a União”, com a ampliação dos poderes federais e a consequente redução da autonomia estadual” (*Direito Constitucional Brasileiro — O problema da Federação* — p. 51).

Raul Machado Horta é enfático em seu diagnóstico sobre o caráter conjuntural então dominante: “A União tornou-se absolutista na sua ambição de poder e, para servir ao autoritarismo do governo central a Constituição concluiu a autonomia do Estado-membro” (*Reconstrução do Federalismo Brasileiro* — in

Revista de Informação Legislativa — n. 72 — outubro-dezembro 1981, p. 28).

A década de 80 marca um progresso às fontes originais do federalismo brasileiro, de modo a que a forma híbrida, a um tempo federal e unitária, venha a ceder passo às raízes do processo de descentralização.

Anuncia o mestre mineiro que “a reconstrução do federalismo brasileiro impõe a eliminação desse hibridismo para que das cinzas dessa destruição possam renascer as instituições de um federalismo renovado e vigoroso” (ob. e loc. cit.).

Adverte, porém, José Alfredo de Oliveira Baracho que o modelo do federalismo cooperativo, colhido na experiência norte-americana, não desconhece o crescimento da presença da administração federal, especialmente no plano da economia e da assistência social, de modo que “a ampliação da atividade reguladora do Estado moderno, o nível de poder central, passa a ser aceita com certa tranquilidade”, com ressalva, porém, das liberdades públicas (*Novos rumos do federalismo* — *Revista de Direito Público* — vol. 65 — janeiro-março 1983, p. 21).

III

O regime federativo na Constituição de 1988

Na Constituição de 1988 o pêndulo da história mais uma vez se dirige ao extremo oposto à ordem constitucional que desaparece. Na busca de equilíbrio na Assembléia Constituinte, ao autoritarismo presente no modelo exaurido sucede-se a valorização das liberdades públicas, garantidas mediante novos instrumentos institucionais (habeas data, mandado de segurança coletivo, ação de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção) a par da revivescência da autonomia estadual, sobretudo expressa na partilha tributária mais favorável e a afirmação marcante da personalidade do município.

Na distribuição de poderes, amplia-se a área da competência comum da União, dos Estados e dos Municípios, em regime de cooperação (art. 23 e parágrafo único) e destacam-se

os temas de competência concorrente entre a União e os Estados, cabendo aquela o estabelecimento de normas gerais (art. 24 e § 1º).

A unidade nacional fica, porém, assegurada na reserva de áreas de competência privativa da lei federal em assuntos enumerados no artigo 22. Neles, a legislação estadual somente pode operar, quando a lei complementar federal autorizar de modo específico o Estado-membro a legislar, secundariamente, em matéria de competência privativa da União (art. 22 e parágrafo único).

IV

Competência federal privativa em matéria de energia

Entre as matérias de competência privativa da União está a de legislar sobre energia (art. 22, n. IV). O vacábulo simples torna clara a amplitude da interdição à lei estadual.

A síntese na dicção da competência exclusiva guarda o sentido da norma imediatamente anterior, constante da alínea *i* do item XVII do art. 8º da Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Nesta, em termos enumerativos, a competência para legislar sobre energia abrange a energia “elétrica, térmica, nuclear ou qualquer outra”).

Antes não fora assim no particularismo das Constituições precedentes. A de 1967 apenas alude a “energia elétrica” (art. 8º, n. XVII, alínea *i*); tal como a de 1946 (art. 5º, n. XV, alínea *l*), ao passo que as Constituições de 1934 e 1937 conferem à União competência privativa tão-somente para legislar sobre “energia hidroelétrica” (art. 5º, n. XIX, alínea *j* na Constituição de 1934) e “energia hidráulica” (art. 16, item XIV, da Carta de 1937).

Em suma, no atual sistema constitucional, é vedado ao Estado-membro legislar sobre qualquer forma de uso da energia salvo se a lei complementar assim permitir, supletivamente.

V

Regime jurídico do abastecimento nacional de petróleo

A vigente Constituição, em continuidade às anteriores, prescreve ainda o monopólio da União na exploração e refino do petróleo, de que trata a Lei n.º 2.004, de 3 de outubro de 1953, ressalva apenas a continuidade de refinarias privadas existentes (art. 177, n.º I e II e art. 45 do ADCT) e a eventual participação dos Estados no resultado da exploração federal, com dispuser a lei (art. 20, § 1.º).

Aos derivados do petróleo se estendem os efeitos dos monopólio. Assim o Decreto-lei n.º 538, de 7 de julho de 1938 inscreve, entre as incumbências do Conselho Nacional de Petróleo (atualmente sucedido pelo Departamento Nacional de Combustíveis, conforme o art. 222 do Decreto n. 99.244, de 10 de maio de 1990), a de determinar os sub-produtos de destilação do petróleo que se devam incluir no abastecimento nacional de petróleo (art. 10, alínea I), o qual Decreto-lei n. 395, de 29 de abril de 1938 declara de utilidade pública, atribuindo competência exclusiva ao Governo Federal para autorizar, regular e controlar a distribuição de derivados do petróleo (art. 2.º, n.º I).

O Decreto n.º 4.071, de 12 de maio de 1930, regulamentando a matéria, submete à deliberação do CNP o regime do petróleo e seus derivados, entre os quais o Decreto n. 28.670, de 25 de setembro de 1950 expressamente incluir o gás liquefeito de petróleo (GLP).

Fundado nesta competência regulamentar, o Conselho Nacional de Petróleo regulou o sistema nacional de abastecimento do GLP em Resolução n. 04/89, de 6 de junho de 1989 na qual todo o procedimento de distribuição é ordenado, inclusive quanto ao controle de qualidade dos recipientes de transporte e consumo do gás combustível.

A disciplina do relacionamento entre fornecedores e consumidores é novamente regulada, em suas etapas, em norma administrativa federal, consubstanciada na Portaria n. 843, de 31 de outubro de 1990, do Ministério de Estado da Infraestrutura, que rege a autorização para a atividade distribuidora do gás liquefeito do petróleo (GLP).

Paralelamente à competência privativa que, como visto, alcança a comercialização do GLP, como derivado do petróleo, a Constituição igualmente reserva privativamente à União a

normatividade sobre a metrologia (art. 22, n.º VI).

Em função desta competência, a Administração Federal, por intermédio do INMETRO — Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial, órgão do Ministério da Justiça, prevê, exaustivamente, o mecanismo de controle de botijões e cilindros, como veículos de fornecimento do GLP.

VI

Inconstitucionalidade da lei estadual

De todo o exposto ressalta a evidência de que todo o ciclo de abastecimento do gás liquefeito de petróleo, suas condições de fornecimento e as relações entre fornecedores e consumidores pertence à área privativa de competência reservada à lei federal e sua regulamentação.

Não há lei complementar que tenha delegado qualquer parcela dessa atividade normativa à intervenção do legislador estadual, nem à órbita municipal.

Persiste, na matéria, a exclusividade da legislação federal que trata, adequadamente, em todas as fases, do procedimento distribuidor do combustível, inclusive no levantamento dos custos operacionais que subsidia a fixação dos preços de consumo.

Nenhum resíduo de competência convalida a lei estadual quando — como no caso — pretende impor normas de conduta às empresas distribuidoras, à revelia da legislação federal.

A lei paranaense, motivadora da consulta, padece, a nosso ver, de eiva de inconstitucionalidade pretendendo adotar, a título de defesa do consumidor, forma peculiar de pesagem dos vasilhames em que se contém o gás liquefeito de petróleo.

É certo que o Código de Proteção do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990) prevê a competência concorrente da União e dos Estados para abaixar normas sobre distribuição e consumo de produtos (art. 55).

O exercício dessa permissão fica, porém, abstrita às “respectivas áreas de atuação admi-

nistrativa” ou seja, somente poderá ser exercida nos setores ou atividades submetidas à competência do ente político, conforme a repartição constitucional de competências.

Exato, a esse propósito, o aviso de Toshio Mukai:

“Tudo o que a Lei estatuir, nos dispositivos mencionados, os Estados e os Municípios podem (e devem) fazer. Entretanto, tais atribuições eles as haurem diretamente do texto constitucional, não da lei ora comentada.” (*Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor* — Editora Saraiva — 1991, p. 210).

A competência menor, emanada de lei especial, não pode ultrapassar os limites da competência maior, fundada na repartição constitucional de poderes entre a União e os Estados.

Se a Constituição Federal torna privativa *ratione materiae* a regulação de energia, não é válido ao Estado-membro invadir-lhe a seara exclusiva, mormente quando a lei federal não é omissa no controle da relação jurídica entre os fornecedores e os consumidores finais.

VII

O princípio de razoabilidade das leis

Não fosse a inconstitucionalidade material e formal da lei estadual em causa — que, de logo, a elimina do mundo da legitimidade — outro vício estará a macular a sua validade.

Conforme a advertência de Gilmar Ferreira Mendes, inspirada no direito alemão, a violação do princípio da proporcionalidade representa típica manifestação do excesso do poder legislativo, na medida em que a norma editada importe “contrariedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins” (*Controle de Constitucionalidade — Aspectos jurídicos e políticos* — Editora Saraiva — 1990 — p. 43).

O excesso de poder legislativo (a que dedicamos estudo especial — *Revista de Direito Administrativo* — vol. 59/350 e Desvio de poder legislativo — Carta Mensal da C.N.C. — janeiro 1992 — p. 19/s) configura modalidade própria de inconstitucionalidade, que a Constituição portuguesa acolhe em seu arti-

go 18, n.º 2 e a Carta Espanhola admite, firmando o princípio da interdição de arbitrariedade dos poderes públicos (art. 9.º, n.º 3).

A esse propósito, Canotilho sublinha que, embora o princípio as leis se devam presumir livres quando aos fins perseguidos, “é admissível a fundamentação de uma decisão de inconstitucionalidade com base no *princípio da proporcionalidade*, o que acaba em geral, num juízo sobre a adequação e inadequação de meios e fins” (*Direito Constitucional* — 5.ª edição — 1991 — p. 1.028).

O parecer técnico do INMETRO, órgão federal competente, que ilustra a consulta, revela a inviabilidade do mecanismo que a lei estadual em exame pretende introduzir com a obrigatoriedade de balanças nos veículos de transporte de botijões e cilindros da GLP para aferição à vista dos consumidores,

A instabilidade de tais instalações móveis de controle de peso leva à falta de fidedignidade das mensurações, impróprias para aferir os eventuais resíduos de combustível.

Ademais, com esclarecido, a existência de sobras em vasilhames usados é matéria de controle, por amostragem, com o crédito dos respectivos valores na determinação do preço unitário de venda do produto, em benefício dos consumidores em geral.

De outra parte, a imposição de balanças em todos os caminhões de distribuição e a mão de obra necessária à medição individual de cada recipiente, com o conseqüente crédito aos consumidores individuais, a par de riscos de erro ou fraude, obviamente se reveste de onerosidade, agravando o custo do serviço e, por via de conseqüência, a fixação do preço médio do produto fornecido, que é matéria privativa da União.

A invasão da competência própria da União para regular a atividade comercial em apreço também estará viciada para irrazoabilidade de conteúdo da norma estadual impugnada.

VIII

Conclusão

À luz dos fundamentos acima descritos, somos de parecer que a Lei n.º 10.248/93, do Es-

tado do Paraná viola a competência privativa da União para legislar sobre a matéria, estando, assim, contaminada de vício substancial e formal de inconstitucionalidade, possível de ser

declarada na via processual específica perante o Supremo Tribunal Federal.

Caio Tácito