

JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 144 • Agosto 2012



Prof. Joaquim Falcão

PENSANDO O BRASIL EM LONGO PRAZO

Editorial: Acinte e desrespeito ao Poder Judiciário

Harmonização dos artigos 25, § 2º e 177, IV, da CR

Uma proposta de interpretação conforme a Constituição da República

Ana Luisa Carpintero Blanco - Advogada

Carlos da Silva Fontes Filho - Advogado

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo discutir e analisar o alcance da expressão “serviços locais de gás canalizado”, constante do § 2º do art. 25 da Constituição da República (“CR”), bem como apresentar uma proposta de harmonização da interpretação desta norma com o disposto no art. 177, IV, do mesmo Texto Constitucional.

Trata-se de uma das principais discussões no que se refere à regulação setorial da indústria do gás, uma vez que a falta de precisão do Texto Constitucional dá margem a diferentes interpretações, gerando conflitos federativos de competência e incertezas nos projetos que envolvem esta importante fonte de energia.

Pretende-se demonstrar que a atribuição da competência conferida aos Estados não pode tornar obrigatória a intermediação de uma distribuidora estadual de gás canalizado em toda e qualquer circunstância.

Para tanto, será desenvolvido um exame das possibilidades de intervenção estatal na ordem econômica, bem como uma abordagem das normas constitucionais e legais pertinentes, buscando, com isso, encontrar um critério seguro para a diferenciação e harmonização das duas atividades.

Merecerá apreciação, também, o advento da “Lei do Gás” (nº 11.909/09), bem como do Decreto nº 7.382/10¹.

2. Competência

Conforme nos adverte GIOVANI LOSS “a Constituição parece seguir a tradição histórica, colocando a União

Federal como principal ente responsável pelo setor do gás, ficando reservada aos Estados, contudo, a administração dos “serviços locais de gás canalizado”²

Prossegue o citado Autor, *verbis*:

“Nesse contexto, entende-se que à União Federal foram conferidas as prerrogativas para a criação de todas as leis que tratem de gás natural no país, estabelecendo os limites, objetivos e regras do setor. Aos Estados, a seu turno, não é conferida competência para legislar, a não ser naquilo que expressamente lhe foi delegado pela Constituição, ou seja, criar os contornos da exploração dos “serviços locais de gás canalizado”³.

Note-se que a CR não deferiu qualquer competência legislativa (sequer residual) sobre a matéria aqui em exame aos Estados. A única atribuição dada aos Estados que guarda conexão com o tema “gás” é prevista no § 2º do art. 25 da CR.

A CR criou, assim, uma exceção ao monopólio da União sobre o transporte do gás natural por meio de dutos, previsto no art. 177, IV, da CR, atribuindo aos Estados a competência para explorar os serviços locais de gás canalizado.

Tal exceção justifica-se pelo fato de que faz mais sentido, realmente, que a prestação de um complexo serviço, que interfere diretamente com a infraestrutura urbana das Cidades, seja realizado pelo Estado-Membro ou até mesmo pelos Municípios, por se tratar de uma questão de interesse local.

3. Ordem econômica a partir da constituição de 1988

A CR alçou o princípio da livre iniciativa a fundamento da República (art. 1º, IV da CR) e princípio específico da ordem econômica (art. 170, *caput*, da CR), vigorando, pois, como exceção, a intervenção direta do Estado no domínio econômico.

A doutrina é pacífica em afirmar que, a partir da CR, só são admitidos os monopólios estatais por ela taxativamente enumerados em seu art. 177. Também a exploração de outras atividades econômicas pelo Estado só poderá ocorrer mediante lei, nos termos do art. 173 da CR, e em regime de concorrência com os particulares.

O mesmo se aplica à prestação de serviço público, valendo notar que este pode ser definido como a atividade exercida pelos Estados, a fim de satisfazer necessidades coletivas, sob regime jurídico de direito público.

A CR, por razões estratégicas, “recortou” a atividade econômica em sentido estrito relativa ao petróleo (e seus derivados) e gás natural, impondo um monopólio em favor da União das atividades descritas no art. 177. A criação deste monopólio decorre de uma determinada valoração constitucional prévia sobre a matéria. Cumpre salientar que a instituição de um monopólio não se confunde com a prestação de um serviço público, já que este pressupõe o atendimento a necessidades essenciais da coletividade e a incidência do regime de direito público. O monopólio, por sua vez, refere-se a uma atividade econômica, sujeita ao direito privado, mas sobre a qual não se aplica a livre iniciativa por expressa disposição constitucional.

Pois bem. A transformação de uma atividade econômica em serviço público retira a mesma do domínio da livre iniciativa, impedindo o particular de desenvolvê-la livremente.

Trata-se, portanto, de uma restrição grave ao princípio constitucional da livre iniciativa. Por essa razão, parte da doutrina entende que a lei não pode criar novas modalidades de serviços públicos, além das que já constam expressamente da CR, sob pena de tornar “letra morta” a previsão do art. 1º, inciso IV, da CR.

Além do que, não se deve interpretar extensivamente a competência estadual a ponto de torná-la um monopólio “de fato” e não um serviço público, como expresso na CR. O resultado disso seria simplesmente destacar uma parcela do monopólio da União e transferi-la para os Estados, o que não parece ter sido a intenção do legislador constituinte, pois do contrário, teria o mesmo dito que caberia aos Estados o monopólio no transporte de gás natural e não apenas o direito exclusivo de explorar determinado serviço.

4. Transporte x serviço local de gás canalizado

Discutem-se quais os critérios objetivos que separam o transporte de gás natural e o serviço local de gás canalizado, o que será visto a seguir.



Ana Luisa Carpintero Blanco

4.1. Finalidade

O art. 6º da Lei nº 9.478/97 (“Lei do Petróleo”) define distribuição de gás canalizado como os “serviços locais de comercialização de gás canalizado, junto aos usuários finais, explorados com exclusividade pelos Estados, diretamente ou mediante concessão, nos termos do § 2º do art. 25 da Constituição Federal”, sendo certo que o conceito de “serviços de gás”, remete à prestação de atividade destinada a oferecer uma utilidade a outrem, que nesse caso é a venda ou disponibilização do gás ao usuário final.

Este é um verdadeiro “divisor de águas” entre o transporte de gás natural e o serviço local de gás canalizado. O “serviço local de gás canalizado” é a comercialização do gás natural para o seu consumo final.

Neste ponto, vale observar que o gás natural que porventura entra em uma Planta de Liquefação não é insumo, nem matéria-prima destinada a consumo final. Uma



Carlos da Silva Fontes Filho

Planta de Liquefação apenas altera o estado físico do gás natural, para fins de transporte rodoviário, preservando inalteradas as suas características físicas⁴. Não há qualquer comercialização do bem.

4.2. Características técnicas

O transporte é feito por dutos de maior diâmetro do que os utilizados para distribuição. Além disso, no transporte, o deslocamento do gás é feito em alta pressão. Por causa disso, tais equipamentos são construídos em áreas afastadas dos centros urbanos. Na distribuição, a pressão é drasticamente reduzida na rede, justamente para poder ser fornecido ao consumidor final.

Temos, ainda, que o transporte é um negócio de atacado, com grandes volumes, mas com reduzida margem de lucro. A distribuição de gás é um negócio de varejo, com volumes menores e margem de lucro maior.

4.3. Interesse

Outro parâmetro que pode ser utilizado é o do caráter (ou interesse) local em contraposição ao caráter (ou interesse) nacional. Diz-se que, no primeiro caso, encontra-se a distribuição, enquanto que, no segundo caso, temos o transporte.

5. Limitações ao conceito de serviços locais de gás canalizado

Como bem ressaltado por FLORIANO MARQUES⁵, na locução constitucional identifica-se um núcleo

substantivo de definição e dois elementos de limitação. O núcleo é o conceito de “serviços de gás” que, conforme visto acima, remete à venda do gás ao usuário final, sendo os limitadores os adjetivos “locais” e “canalizado”.

Para o citado autor, o adjetivo “canalizado” demonstra que a atividade restringe-se à movimentação por meio de dutos. A utilização do adjetivo “local” no conceito constitucional, por sua vez, implica que deverá atender aos interesses regionais.

Outrossim, é um equívoco supor que o termo “serviço” no plural teria como finalidade fazer com que essa competência abrangesse as várias possíveis formas do serviço local de gás canalizado a ser prestado. Ora, em diversas passagens do texto constitucional o termo “serviço” é empregado no plural, o que deixa claro que se trata mais de estilo de redação do que um sentido jurídico próprio. Veja-se, por exemplo, os diversos incisos do art. 21 da CR onde o termo aparece escrito no plural.

6. Interpretação conforme

A Federação Brasileira possui um sistema constitucional reconhecidamente intitulado como Federação “imperfeita” ou “fictícia”, através da qual os entes federativos não possuem competência legislativa plena e capacidade econômica para desenvolver as competências legais que lhes são outorgadas. Esta Federação “imperfeita” criou entes federados extremamente dependentes do Poder Central, sobretudo em termos econômicos.

Pode-se afirmar que os Estados que detêm o direito de exercer a exploração do serviço público de distribuição de gás, não poderiam, ao tempo da CR, possuir suficiente dotação orçamentária ou linha de crédito capaz de viabilizar tal exercício.

Neste contexto, era absolutamente esperado que os Estados procurassem parceiros econômicos para o exercício efetivo da citada competência. Como não se conseguiu, em grande parte dos Estados, privatizar o modelo de execução desse serviço público, tornou-se inevitável que a maioria recorresse à União.

Assim, o agente econômico central para o desenvolvimento do serviço público de distribuição de gás foi, de fato, a União, através da Petrobras e suas subsidiárias, e que, a prevalecer o entendimento diverso, ainda teria que pagar aos Estados, que não investiram para o fomento deste serviço público, um novo valor, a título de contrapartida, pelo simples uso de uma rede construída pelo próprio titular do monopólio de transporte, isto é, pela União, por meio da Petrobras e suas subsidiárias.

A lógica econômica presente nesta constatação demonstra que se não houver **interpretação conforme do art. 25, §2º, da CR**⁶, sobretudo atenta à lógica e aos preceitos de convivência que harmonizam uma Federação dita “imperfeita”, através de seu arcabouço constitucional, haveria a obrigação de se pagar aos Estados pelo uso de seu subsolo, o que, por evidente, não deve prosperar.

7. Lei do Gás

A Lei do Gás, nos termos de seu art. 1º, foi editada para regulamentar os incisos III e IV do art. 177 da CR. Portanto, o que se verifica de pronto, é que a nova Lei, em que pese representar um marco regulatório para o setor de gás natural, veio ao mundo jurídico para dispor sobre as atividades econômicas monopolizadas pela União, não contribuindo, em nossa opinião, para resolver a questão da abrangência da expressão “serviços locais de gás canalizado”, constante do § 2º do art. 25 da CR.

A chamada Lei do Gás, em que pese ter criado novos conceitos para gasodutos de transporte e de transferência, além dos gasodutos de escoamento da produção, que não existiam na Lei do Petróleo, determinou claramente em seu art. 30 a ratificação das autorizações expedidas pela ANP para o exercício da atividade de transporte dutoviário de gás natural até a data de sua publicação.

Assim, com base na Lei do Gás, pode-se sustentar que os dutos já existentes, porventura conectados a uma Planta de Liquefação e classificados pela ANP como gasodutos de transportes, devem permanecer como tal autorizados pelo prazo de 30 (trinta) anos⁷, contados da data da publicação deste diploma.

Nesse sentido, o art. 16 do Decreto nº 7.382/10 dispõe que os gasodutos iniciados em terminais de GNL e interligados à malha de transporte que não integrem o terminal serão considerados gasodutos de transporte.

Não se afigura razoável supor que a ANP, resolva, no futuro, inovar quanto à respectiva classificação, invocando as supostas mudanças operadas pela Lei do Gás quanto aos novos conceitos de gasodutos.

Ainda que tal norma fosse enquadrada como interpretativa de um entendimento a favorecer os Estados, a dificuldade para sustentar sua eficácia retroativa permaneceria de pé, como se infere das lições de MOREIRA ALVES, *verbis*:

E se essa controvérsia for importante, for relevante, vem o legislador e diz: a interpretação correta é esta. Ora, com isso, de certa forma, ele acrescenta algo de novo àquela lei anterior, tendo em vista a circunstância de que, pelo conteúdo significativo dela, eram admissíveis mais interpretações do que apenas aquela que posteriormente o legislador veio prestigiar e é a interpretação que deve ser dada a essa lei anterior.

[...]

O STF possui precedentes no sentido da irretroatividade do alcance dos efeitos de Leis ditas Interpretativas, conforme se infere, dentre outros, dos Acórdãos relativos aos RE's 125.103-PE e 120.446-PB, respectivamente.⁸

É fundamental lembrar que o art. 2º da Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo) estabelece que a Administração Pública deve obedecer a uma série de princípios, dentre os quais, o princípio da segurança jurídica.

Decorre do princípio da segurança nas relações jurídicas, mais especificamente naquelas firmadas entre os administrados e a Administração Pública que o modo de atuação da Administração Pública e dos órgãos fiscalizadores de sua atuação cria diretrizes de conduta para os administrados de forma a impedir que a Administração Pública, de maneira inesperada, tome posição contrária à habitualmente utilizada com relação a determinado assunto.

Tal princípio se extrai de outros princípios que merecem ser observados na hipótese, notadamente os da proteção da confiança, da boa-fé objetiva do administrado perante o administrador público e do silêncio administrativo relativo a práticas semelhantes não impugnadas por quem de direito, as quais já produziram efeitos em casos análogos.

Perante a Administração Pública, o princípio da proteção da confiança se apresenta acompanhado do princípio da boa-fé e, em conjunto, expressam o fundamento maior segundo o qual certos atos administrativos que (objetiva ou subjetivamente) geraram nos administrados de boa-fé a convicção de que eram válidos, não devam e/ou não possam mais ser anulados por força de certos vícios a eles imputados tardiamente.

Encontram-se na obra de EDÍLSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR⁹ inúmeras citações sobre atos (preservados) da Administração Pública e sua relação com a boa-fé. Vejamos:

Ao final, sumaria a conclusão seguinte: os atos inválidos praticados pela Administração Pública, quando permanecem por longo tempo, com a tolerância do Poder Público, dando causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão em boa-fé, convalidam, convalidam ou sanam.

Ainda sobre o tema, o STF, em julgamento histórico deixou afirmado que “o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa-fé e à segurança jurídica” e que “a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido”.¹⁰

Neste contexto, por derradeiro, cabe invocar a aplicação da teoria do *venire contra factum proprium*, que encontra respaldo nas situações em que uma pessoa, por um certo período de tempo, comporta-se de determinada maneira, gerando expectativas em outra de que seu comportamento permanecerá inalterado.

8. Conclusões


Considerando o exposto, pode-se concluir que:

a) A tese, segundo a qual a expressão “serviços locais de gás canalizado” confere, por si só, aos Estados competência para prestar serviços de gás canalizado às indústrias e às residências, não se sustenta, à luz da interpretação conforme à CR, sendo clara a intenção do legislador no sentido oposto, como se pretendeu demonstrar ao longo do presente artigo;

b) Uma eventual obrigação de uma Planta de Liquefação de adquirir o gás obrigatoriamente da Distribuidora Local, que não construiu qualquer duto, implicaria em insustentáveis aumentos dos custos de transação e do preço do gás, significando um desestímulo aos investimentos a impedir a expansão do mercado de gás, bem como o incremento da salutar concorrência no setor;

c) Quanto ao advento da Lei do Gás, entendemos que, em que pese representar um marco regulatório para o setor de gás natural, veio ao mundo jurídico para dispor sobre as atividades monopolizadas pela União, constantes do art. 177 da CR, não contribuindo, em nossa opinião, para resolver a questão da abrangência da expressão “serviços locais de gás canalizado”;

d) Um duto que porventura esteja conectado a uma Planta de Liquefação e já classificado pela ANP com sendo gasoduto de transporte, deverá permanecer como

tal autorizado, pelo prazo de 30 (trinta) anos, contados da data da publicação da Lei do Gás por força do que dispõe o seu art. 30, *caput* e § 1º; não se revestindo de qualquer razoabilidade uma eventual posição em contrário daquela Autarquia Especial. Assim se argumenta, em respeito aos princípios da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé objetiva. Além do que, caberia perfeitamente invocar a “teoria do fato consumado” e a do *venire contra factum proprium*. 

Notas

¹ Que regulamentou os capítulos I a VI e VIII da Lei do Gás.

² LOSS, Giovani Ribeiro. *A regulação setorial do gás natural*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 192.

³ Op. cit. pp. 192/193.

⁴ Note-se que o art. 2º, XXVII da Lei do Gás confirma esta assertiva.

⁵ MARQUES NETO, Floriano. *Regulação e poder de polícia no setor de gás*. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte: Fórum, nº 6, abr/jun 2004

⁶ Trata-se de um recurso extremo que busca dotar de validade a norma tida como inconstitucional. O intérprete depois de esgotar todas as interpretações convencionais possíveis e não encontrando uma interpretação constitucional da mesma, mas também não contendo a norma interpretada nenhuma violência à Constituição Federal, vai verificar-se se é possível pelo influxo da norma constitucional levar-se a efeito algum alargamento ou restrição da norma que a compatibilize com a Carta Maior. BASTOS, Celso Ribeiro. *As modernas formas de interpretação constitucional*.

⁷ Tal prazo encontra-se previsto no § 1º do citado art. 30 da Lei do Gás com a seguinte redação: “Atendidas as obrigações previstas ou serem estabelecidas no ato de outorga e na regulação, as autorizações referidas no caput deste artigo terão prazo de duração de 30 (trinta) anos, contado da publicação desta Lei (...)”

⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Adquirido*. In: SIMPÓSIO DE ADVOCACIA PÚBLICA, 2000, Brasília. Centro de Estudos Victor Nunes Leal, p. 04, 29 nov. 2000, grifos nossos.

⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. In *O Princípio da Boa-Fé e sua aplicação no Direito Administrativo Brasileiro*, 2002, Sergio Antônio Fabris Editor. p. 185.

¹⁰ RTJ 192/620

Referências bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. *As modernas formas de interpretação constitucional*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>.

CAVALCANTI, José Roberto P. C. Faveret. *Limites da Competência estadual em matéria de gás*. VALOIS, Paulo (Org.). Temas de direito do petróleo e do gás natural. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

LOSS, Giovani Ribeiro. *A regulação setorial do gás natural*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MARQUES NETO, Floriano. *Regulação e poder de polícia no setor de gás*. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte: Fórum, nº 6, abr/jun 2004.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Adquirido*. In Simpósio de Advocacia Pública, Brasília. Centro de Estudos Victor Nunes Leal, 2000

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O Princípio da Boa-Fé e sua aplicação no Direito Administrativo Brasileiro*. Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.