

Condicionamento de Direito Estimulador do Abuso do Poder Econômico

Celso Antônio Bandeira de Mello

*Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade
Católica de São Paulo*

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 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 estampadas 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 algum 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, posteriormente, 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 "OMs" – 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 pela Associação dos Fiscais de Derivados de Petróleo em interpelação judicial (doc. anexo pré-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 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*, ter-

mina envasilhando os OM que não consegue destrocá-los, 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 destroca 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 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 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?"

Às indagações respondo nos termos que seguem.

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 – Depar-

tamento 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);

(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, segunda 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 "f"). 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 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 clientela, 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. Aleixo 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 1ª) Tratar-se de um país com dimensões transcontinentais, 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. 2ª) 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 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 de sua Área Operacional, abrangendo inúmeros municípios e fora de seu Estado sede; c) paralisação temporária de seu quadro profissional especializado; d) prejuízos de ordem econômica e e) à sua função de utilidade pública, acarretando prejuízos 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. Daí 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 vigente 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 Consultante pergunta-nos, inicialmente, se os botijões recolhidos no mercado devem ser havidos como pertencentes à empresa cuja marca ostentam?

Cumpra, 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 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., pág. 137).

3. Os botijões de gás enquadram-se na categoria de coisas genéricas, ou seja – conforme CARNELUTTI – aquela *“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, pág.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 declaram...”*

4. Se mais fosse necessário, poder-se-ia acrescentar que tal fungibilidade exurge plenamente do simples fato de ser previsto na 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 incontestável 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 o 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. 1248 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.).

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 grito 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 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 acoberadora 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, pág. 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 interpelação judicial) as empresas só têm contabilizados como de sua pro-

priedade 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, **jamaís 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, escusa 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.

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 na 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 indubitoso 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.

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 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.*

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 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 a 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 *hiperestésiar* 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 destocas de botijões, se por mais não fosse pelo natural desinteresse das grandes empresas em efetuá-las, significa exata e rigo-

rosamente 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.

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 CAPPACIOLI:

“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, pág. 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 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, prescindidas, excessivas em relação ao que bastaria para proteção do interesse público que lhes serve de calço, fica patenteada de maneira clara a ilegitimidade em que está incurso.

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 abrangida na lei atributiva da competência.

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

"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. pág. 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 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 laque identificador (como, de resto, já o fazem hoje), u'a marca qualquer, ou se 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 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 continentais 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 mencionados ditames da Portaria

“sub 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 despiçando de direitos, pena de atraçoar 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 seio-garantia a ser por este guardado para identificar o vasilhame que lhe foi entregue (cf. item 17).

É o meu parecer.

São Paulo, 2 de agosto de 1994

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO