

PARECER

Trata o presente parecer da análise jurídica sobre a limitação do uso do Gás Liquefeito de Petróleo (“GLP”) em motores de qualquer espécie, fins automotivos, saunas, caldeiras e aquecimento de piscinas, de que trata o inciso II do art. 1º da Lei 8.176/91, a Resolução CNPE nº 01/05 e a Resolução ANP nº 15/05.

I – HISTÓRICO

Antes de adentrar no mérito da consulta, faz-se necessário apresentar a evolução histórica da regulamentação do setor de GLP, no tocante a limitação acima referida, o que é feito a seguir.

- A limitação acima noticiada remonta ao ano de 1978, quando o Conselho Nacional de Petróleo – CNP, à época, órgão regulador das atividades ligadas à indústria do petróleo, através do parágrafo único, do art. 1º, da Resolução CNP nº 11, de 12 de setembro de 1978, determinou que **“fica proibido o uso de GLP em motores, saunas e aquecimento de água para piscinas”**. Esta mesma Resolução também restringiu o uso de GLP para fins automotivos.
- As restrições acima apontadas foram devidamente justificadas na própria resolução expedida pelo CNP consoante demonstrado nas suas considerações a seguir descritas, *verbis*:

“Considerando que o GLP tem preço subsidiado, exclusivamente em virtude de sua relevante missão social, na cocção de alimentos, com o atendimento de dezesseis milhões de lares brasileiros.”

“Considerando que, coerente com a Política de Racionalização do Uso de Derivados de Petróleo, o CNP tem procurado restringir o uso de GLP na indústria àquelas situações em que o mencionado gás se constitua insumo essencial no processo da fabricação, ou combustível para o qual não haja possibilidade técnica de substituição por outro agente energético que não tenha origem no petróleo.”

- Diante das justificativas acima apontadas restou claro que o cenário do setor de petróleo, à época, recomendava a adoção das restrições impostas pelo CNP, qual seja, a ocorrência de uma política de racionalização do uso de derivados de petróleo e a sujeição de preços subsidiados para o GLP.

- Em decorrência da reestruturação ocorrida no âmbito da Administração Pública Federal, foi o Ministério da Infra-Estrutura, criado em 1990 que, tendo em vista a manutenção das condições existentes à época e acima citadas, ratificou a limitação do uso do GLP através do § 3º, do art. 12, da Portaria MINFRA nº 843, de 31 de outubro de 1990.
- Pelas mesmas razões, tal limitação veio a ser não somente consolidada através da Lei nº 8.176, de 08 de fevereiro de 1991, como também enquadrada no rol de crimes contra a ordem econômica, *verbis*:

“Art. 1º - Constitui crime contra a ordem econômica:

(...)

II - usar gás liquefeito de petróleo em motores de qualquer espécie, saunas, caldeiras e aquecimento de piscinas, ou para fins automotivos, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei”.

Pena: detenção de um a cinco anos.”

- Importante consignar que, à época da promulgação da lei acima citada, além da manutenção das condições que recomendavam a limitação do uso de GLP, o conflito militar ocorrido inicialmente entre o Kuwait e o Iraque, de 2 de agosto de 1990 a 27 de fevereiro de 1991, que deu origem a chamada Guerra do Golfo acabou por envolver outros países causando relevantes efeitos na indústria do petróleo em razão do racionamento do produto nas fontes produtoras do Iraque e do Kuwait.¹
- Foi por essa razão que, em 1991, o Departamento Nacional de Combustíveis – DNC, órgão criado para exercer as atividades anteriormente exercidas pelo extinto CNP, editou a Portaria DNC nº 16, de 19 de julho de 1991, na qual, no seu artigo 7º, mantinha a vedação aos outros usos de GLP, *verbis*:

“Art. 7º - Não é permitido o uso do GLP em motores de qualquer espécie, saunas e aquecimento de piscinas ou para fins automotivos”.

- Posteriormente, em 07 de fevereiro de 1992, o DNC, através da Portaria DNC nº 04, ratificou a vedação anteriormente imposta, porém, abrindo duas exceções: em casos

¹ O número estimado de mortos durante a guerra é de 100 mil soldados e 7 mil civis iraquianos, 30 mil kuwaitianos e 510 homens da coalizão. Após a rendição, o Iraque enfrentou problemas internos, como a rebelião dos curdos ao norte, dos xiitas ao sul e de facções rivais do partido oficial na capital. O Kuwait perdeu US\$ 8,5 bilhões com a queda da produção petrolífera. Os poços de petróleo incendiados pelas tropas iraquianas em retirada do Kuwait e o óleo jogado no golfo provocaram um grande desastre ambiental. (site Brasil Escola)

de fins automotivos permitindo o uso de GLP em empilhadeiras e no caso de aquecimento de piscinas a autorização para o uso em fins medicinais.

- Note-se que a regulamentação expedida pelo DNC, ao abrir exceção para o uso de GLP em empilhadeiras (fins automotivos) e em piscinas (para usos medicinais) **veio a estabelecer parâmetros para a disposição contida na Lei nº 8.176/91, haja vista sua competência como órgão regulador da indústria do petróleo e, portanto, responsável pela normatização do setor.**
- Em meados dos anos 90 a estrutura do setor de petróleo no Brasil sofreu profundas modificações advindas da Emenda Constitucional nº 9/95 que, dentre outras alterações, possibilitou a promulgação da Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, a chamada Lei do Petróleo, que por sua vez criou o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, órgão vinculado à Presidência da República, com competência para **formular** as políticas do setor de petróleo e gás, bem como a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, como órgão responsável para **implementar** essas políticas com atribuições definidas para regular as atividades relativas à indústria do petróleo, do poço exploratório ao posto revendedor.
- A partir da atribuição concedida à ANP, pela Lei do Petróleo, restou pacífica sua competência para regular e fiscalizar as diversas atividades da indústria do petróleo mediante a expedição de atos normativos tais como as Portarias, Resoluções e as Autorizações expedidas pelo órgão regulador.
- Foi no pleno exercício das competências que lhe foram atribuídas pela Lei nº 9.478/97 que a ANP regulamentou, em 31 de dezembro de 1999, através da Portaria ANP nº 203, o exercício da atividade de distribuição de GLP.
- A mencionada regulamentação não tratou expressamente da limitação ora sob apreciação. No entanto, a Portaria ANP nº 203/99 deixou de revogar a regulamentação até então vigente, a Portaria MINFRA nº 843/90, no tocante a vedação para outros usos de GP, o que significava dizer que a proibição persistia muito embora não se vislumbrasse qualquer razão que a justificasse.
- Em março de 2005, o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, órgão responsável pela formulação de políticas relacionadas aos recursos energéticos do País, determinou, através da Resolução CNPE nº 1, de 8 de março de 2005, que a ANP promovesse uma revisão de todas as normas editadas anteriormente acerca do comércio de GLP com o objetivo de **“dotar o País de uma regulamentação clara, objetiva e atualizada, condizente com a política que vem sendo implementada para o setor de petróleo e seus derivados”**.

- Nessa resolução, o CNPE restringiu o uso do produto somente para as atividades indispensáveis² **enquanto perdurarem situações que comprometam a adequada formação de preços de GLP**. Não restam claro quais as condições que comprometem a formação de preços haja vista não persistir a prática de preços subsidiados.
- Em atendimento à determinação emanada pelo CNPE, a ANP, em 18 de maio de 2005, expediu a Resolução ANP nº 15, a qual, ao mesmo tempo em que estabeleceu a regulamentação para o exercício de distribuição de GLP, revogou as normas anteriores, à exceção de algumas disposições da Portaria MINFRA Nº 843/90.
- Supostamente amparada na determinação expedida pelo CNPE, a ANP ratificou expressamente a vedação **genérica** para o uso de GLP em motores de qualquer espécie, fins automotivos (exceto em empilhadeiras), saunas, caldeiras e aquecimento de piscinas (exceto para fins medicinais), conforme o art. 30 da acima mencionada Resolução.

Feito o histórico acima, cumpre analisar a compatibilidade do dispositivo da Lei nº 8.176/1991 que trata da utilização do GLP, com as demais normas que regulamentam a matéria, especialmente no que se refere aos seus aspectos técnicos e econômicos.

II – INCISO II, ART. 1º DA LEI nº 8.176/1991 - NORMA PENAL EM BRANCO.

O inciso II, art. 1º da Lei nº 8.176/1991 determina :

“Art. 1º Constitui crime contra a ordem econômica: (...)

II – usar gás liquefeito de petróleo em motores de qualquer espécie, saunas, caldeiras e aquecimento de piscinas, ou para fins automotivos, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei.

Pena: detenção de um a cinco anos.” (grifo nosso)

O dispositivo legal acima transcrito, é claro no sentido de determinar a vedação para o uso do GLP **na forma não permitida pela legislação vigente**, sob pena de se configurar infração penal.

Constata-se, portanto, que o tipo penal contido no dispositivo acima transcrito determina a sanção aplicável, mas a determinação do conteúdo material da conduta infratora

² “Art. 3º - Enquanto perdurarem situações que comprometam a adequada formação de preços de GLP, nos termos da Resolução CNPE nº 04, de 06 de agosto de 2002, a ANP deverá manter a restrição de uso do produto às atividades indispensáveis.”

depende da prévia integração por uma outra norma distinta, não necessariamente de mesma hierarquia, o que configura uma “norma penal em branco”.

Neste sentido, DAMÁSIO E. DE JESUS esclarece³:

“Normas penais em branco são disposições cuja sanção é determinada, permanecendo indeterminado o seu conteúdo. Ex. a Lei nº 1.521, de 26.12.1951, que define crimes contra a economia popular, no inciso VI, de seu art. 2º, impõe a pena de detenção de seis meses a dois anos e multa a quem “transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias...” A sanção vem determinada, ao passo que a definição legal do crime é incompleta, uma vez que se condiciona à expedição de portarias administrativas com as tabelas de preços. Estas completam a norma penal incriminadora.”

Por sua vez, o Professor PABLO RODRIGO AFLEN DA SILVA afirma⁴:

“Nas leis penais em branco em sentido estrito, há fonte formal heteróloga, pois remetem a individualização (especificação) do preceito a regras cujo autor é um órgão distinto do poder legislativo, o qual realiza o preenchimento do ‘branco’ por meio de sua individualização, v.g., através de atos administrativos.”

As lições doutrinárias acima transcritas encontram-se em absoluta sintonia com a hipótese sob análise, ou seja, o inciso II, art. 1º da Lei nº 8.176/1991, expressamente, determina que é passível de configurar infração penal a utilização do GLP para determinados fins **“em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei”** o que significa dizer, por exemplo, que se a ANP vier a estabelecer os parâmetros para a utilização de GLP em motores de qualquer espécie, somente restará configurado o fato típico se a conduta se der em desacordo com tais parâmetros⁵.

Tal premissa é corroborada pelo fato de que, como anteriormente mencionado⁶, em 7 fevereiro de 1992, a Portaria DNC nº 04 excepcionalizou a utilização do GLP em empilhadeiras e no aquecimento de piscinas para uso em fins medicinais, em plena vigência da Lei nº 8.176/91 o que significa dizer que a norma de competência do extinto DNC é o perfeito exemplo de integração da norma penal em branco pela norma infra-legal, na medida em que a

³ “Direito Penal” – 1º Volume – Parte Geral, Ed. Saraiva, 12ª edição, 1988, pág. 17, grifo nosso.

⁴ “Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais”, Lumen Iuris Editora, 2004, pág. 67, grifo nosso.

⁵ No Item seguinte do trabalho abordaremos a competência da ANP para regulamentar a utilização do GLP.

⁶ Vide Item 1 deste documento (“Histórico”).

primeira derroga à segunda apenas a especificação e detalhamento da conduta, ou melhor, a norma regulamentar determina o alcance do crime tipificado na lei.

Neste sentido, constata-se de forma clara e objetiva que a ANP possui competência para disciplinar de forma detalhada o uso do GLP, sem necessidade de alteração do texto da Lei nº 8.176/91, da mesma maneira que foi feito pela norma do DNC acima citada, que flexibilizou a utilização do GLP para as mencionadas finalidades.

O que não poderia vir a ocorrer é a norma infra-legal estabelecer as sanções pertinentes ou o fato típico, pois desta forma estaríamos afrontando o princípio da legalidade previsto art. 1º do Código Penal e no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que determina: **“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”**.

De fato, o ponto de partida para a averiguação da constitucionalidade das leis penais em branco é a delegação de poderes. Se a conduta típica é descrita de maneira suficiente na lei, que remete à instância inferior somente a individualização da matéria proibida, resulta patente a constitucionalidade da norma. Por outro lado, se a lei exceder a simples individualização da conduta, habilitando órgão de categoria inferior a estabelecer a matéria da proibição, haverá inconstitucionalidade decorrente de flagrante delegação de poderes.

Na hipótese sob análise, o que se verifica é que o dispositivo da Lei nº 8.176/91 em questão já estabelece a sanção e o tipo penal - ou seja, a matéria que é o objeto de punição, cabendo à norma integradora somente estabelecer os parâmetros e limites a ele pertinentes.

Isto posto, sendo inquestionável que o inciso II, art. 1º da Lei nº 8.176/1991 é uma norma penal em branco, que, portanto, precisa ser complementada por meio de outra norma, vale analisar qual seria esta outra norma e qual a instituição que tem competência para fazê-lo.

III – A COMPETÊNCIA DA ANP PARA REGULAR A UTILIZAÇÃO DO GLP.

Como visto acima, a norma contida no inciso II, art. 1º da Lei nº 8.176/91, não é auto-aplicável, uma vez que o próprio dispositivo remete expressamente sua aplicação à constatação de ação em desacordo com conduta prescrita em outro ato normativo.

Ao fazer referência à necessidade de prévia integração por lei, tal dispositivo refere-se a lei no sentido material, ou seja, como qualquer ato normativo de caráter geral e abstrato que prescreve uma conduta positiva ou negativa, independentemente de ser originado do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

De fato, seria um contra-senso cogitar que o Poder Legislativo, ao editar uma lei, direcionaria sua integração a outro ato de igual hierarquia, emanado dele mesmo. Até mesmo porque a boa técnica legislativa atribui ao legislador a elaboração de normais gerais, cabendo o detalhamento ao Poder executivo, como bem lembra MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO⁷, *verbis*:

“O legislador não tem, necessariamente, o conhecimento técnico nem a proximidade dos fatos ao editar a norma, que, por isso, deve se manter num plano de generalidade, para abrigar todas as situações; não é, assim, viável que adentre em detalhes; ademais, as normas sobre o funcionamento de mercados tendem a ser normas técnicas, econômicas e financeiras, que mudam com a evolução tecnológica ou comercial; se a lei cuidasse de cada detalhe, estaria constantemente desatualizada e provocaria a freqüente necessidade de movimentação do Poder Legislativo.

(...)

Bem explana Pedro Dutra que, se é certo que uma entidade, está naturalmente capacitada para expedir, sob a forma de instruções, circulares ou resoluções, quaisquer normas em que desenvolva e particularize as disposições legais sobre o setor regulado, mais nítida se torna essa capacidade quando é própria lei que faz apelo ao seu pronunciamento integrativo (regulamentos autorizados).” (grifo nosso)

Não obstante, ainda que, por hipótese, se admita que o vocábulo “lei” presente na parte final do citado dispositivo refere-se à lei no sentido formal – como ato normativo de caráter geral e abstrato emanado do Poder Legislativo – é fato que no atual quadro normativo aplicável às atividades da indústria do petróleo constata-se que tal entendimento não mais prevaleceria.

Se fosse admitida a interpretação de que o inciso II, do artigo 1º, da Lei nº 8.176/91, tivesse que ser integrado apenas e tão somente por outra lei ordinária, por óbvio tal função integradora caberia à Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, que ***“dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências”***.

E a Lei nº 9.478/97, como já visto, ao dispor sobre o controle a ser exercido pelo Estado sobre as atividades integrantes da indústria do petróleo, criou o CNPE e a ANP, atribuindo ao CNPE a competência para formular a política energética nacional e à ANP a competência de implementar tais políticas.

⁷ “Direito Administrativo Regulatório”, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, págs. 46 e 47.

Nesse contexto, cabe diferenciar os distintos conteúdos das orientações emanadas do CNPE e das normas expedidas pela ANP. As orientações do CNPE apresentam-se como normas de planejamento do setor de petróleo e gás e não geram obrigações de fazer ou de não fazer para os agentes econômicos.

De outro lado, as normas da ANP, atendendo às finalidades estabelecidas na lei, regulamentam a política do setor, mediante o estabelecimento de obrigações de fazer e de não fazer aos agentes econômicos. Não é por menos que a própria Lei do Petróleo atribuiu à ANP as competências seguintes:

“Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;

(...)

VII - fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato;

(...)

XIII - fiscalizar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991;

(...)

XV - regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.” (grifos nossos)

Como se vê, a Lei nº 9.478/97 atribuiu à ANP a competência para regular e autorizar as atividades relacionadas ao abastecimento nacional de combustíveis, ou seja, para prescrever as condutas (positivas e negativas) que deverão ser praticadas pelos agentes econômicos atuantes do setor de combustíveis.

Assim, ainda que coubesse à lei ordinária a integração do inciso II, do artigo 1º, da Lei nº 8.176/91, posteriormente a Lei nº 9.478/97, que seria a norma integradora, atribuiu expressamente tal competência à ANP.

Neste ponto, faz-se necessário ressaltar a seguinte lição de DIOGO DE FIGUEIREDO⁸ acerca da satisfação da reserva legal:

“Há, todavia, duas distintas formas de satisfazer a reserva legal, conforme o legislador opte pela imposição direta de condutas, predefinidas por ele próprio, ou pela disposição direta apenas de finalidades, que deverão ser detalhadas por uma fonte normativa derivada, por via da deslegalização, o que corresponde, em consequência, a uma disposição indireta, por meio da regulação que vier a ser produzida pela fonte secundária legitimada.”

Operou-se, então, o fenômeno da deslegalização, pelo qual o tratamento normativo da matéria originariamente a cargo do Poder Legislativo é por este atribuído a outro ente, geralmente uma agência reguladora integrante do Poder Executivo, o qual, no entanto, permanecerá jungido aos limites e *standards* previamente estabelecidos pelo legislador.

DIOGO DE FIGUEIREDO⁹ clarifica tal fenômeno com maestria, como se vê a seguir:

“A doutrina italiana, das mais atentas ao desenvolvimento moderno desta instituição, ao tratar da delegificazione, como denomina a deslegalização, distingue, assim, entre a modalidade ampla, que seria a demissão, por parte do Estado, de operar a regulação de uma determinada matéria em fonte própria, o que abre espaço à sociedade organizada para preencher o vazio normativo, uma prática que dá ensejo à regulática, na mais dilatada acepção, e, de outro lado, uma modalidade restrita, em que a demissão somente atingiria a fonte legislativa formal, pois viria acompanhada de uma sorte de delegação expressa do legislador a uma fonte reguladora secundária, mesmo que não fosse estatal, caracterizando nesta hipótese uma regulática limitada.

A partir dessa distinção, Gianmario Demuro oferece um conceito preciso e conciso de deslegalização como ‘A TRANSFERÊNCIA DA FUNÇÃO NORMATIVA (SOBRE MATÉRIAS DETERMINADAS) DA SEDE LEGISLATIVA ESTATAL A OUTRA SEDE NORMATIVA’, que apresente uma razoável abrangência para acomodar inúmeros subtipos encontrados nas experiências regulatórias dos vários países.

Sobre esse conceito, pode-se deduzir que a natureza da norma reguladora, por resultar de uma deslegalização, é a de uma norma de auto-regulação dirigida, ou seja, obedece a princípios e standards, de resto, já conhecidos, por serem de longa data de corrente emprego no ordenamento jurídico econômico e social.

Essas normas principiológicas e gerais são as que conformam o que se tem como uma moldura (equivalente a marco, em espanhol, a cadre, em francês e a

⁸ “Direito Regulatório”, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pág. 127.

Rhamen, em alemão) de fins e valores, que devem balizar a atividade normativa deslegalizada, a ser exercida pelo órgão regulador.”

Assim, quer seja mediante o reconhecimento do caráter material da reserva presente no inciso II, do artigo 1º, da Lei nº 8.176/91, quer seja mediante a deslegalização de tal matéria pela Lei nº 9.478/97, o fato é que, hoje, compete à ANP expedir os atos normativos que integrarão o citado dispositivo, explicitando e delimitando o alcance do mesmo, tendo em vista a atual realidade técnica, social e econômica.

Importante notar que, ao expedir a norma integradora, a ANP não estará “criando” o fato típico nem estabelecendo qualquer sanção, pois a Lei nº 8.176/91 já fez isso quando estabeleceu a conduta punível e a respectiva pena aplicável. Na qualidade de agência reguladora, caberá à ANP apenas estabelecer os parâmetros técnicos que autorizam ou não a utilização do GLP para as diversas finalidades pertinentes, motivo pelo qual não há que se argüir a inconstitucionalidade da mencionada norma.

Nestes termos, considerando que o inciso II, art. 1º da Lei nº 8.176/91 é uma norma penal em branco que carece de complementação através de uma norma de competência da ANP, cabe analisar as razões pelas quais esta Agência deve ampliar as possibilidades de utilização do GLP.

4 – DAS DIRETRIZES DO CNPE

A Resolução CNPE nº 01/05 foi expedida sob a justificativa de dotar o País de uma regulamentação **clara, objetiva, atualizada e condizente com a política que vem sendo implementada no setor de petróleo**, mas é fato que as suas disposições caminharam em sentido inverso a esses objetivos, haja vista a manutenção de restrições advindas de um contexto totalmente superado, que contrariam frontalmente os princípios e objetivos da Política Energética Nacional, previstos no artigo 1º da Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo), conforme a seguir restará comprovado, *verbis*:

“Art. 1º. As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:

I - preservar o interesse nacional;

II - promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos energéticos;

III - proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;

IV - proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia;

⁹ “Direito Regulatório”, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, págs. 125 e 126.

V - garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, nos termos do § 2º do art. 177 da Constituição Federal;

VI - incrementar, em bases econômicas, a utilização do gás natural;

*VII - **identificar as soluções mais adequadas para o suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País;***

*VIII - **utilizar fontes alternativas de energia, mediante o aproveitamento econômico dos insumos disponíveis e das tecnologias aplicáveis;***

*IX - **promover a livre concorrência;***

X - atrair investimentos na produção de energia;

XI - ampliar a competitividade do País no mercado internacional.

XII - incrementar, em bases econômicas, sociais e ambientais, a participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional.” (grifos nossos).

Sob qualquer ângulo que se queira analisar, a eliminação das restrições de outros usos de GLP seria condição indispensável para **promover o desenvolvimento e a valorização dos recursos energéticos**, na medida em que permitiria a maior participação do GLP na matriz energética brasileira, ampliando as alternativas de suprimento com a conseqüente **valorização dos recursos energéticos** existentes no País.

E não poderia ser diferente, pois quando as restrições em questão foram impostas o Brasil importava mais de 50% do volume de GLP que consumia e o preço desse produto era fortemente subsidiado. No entanto, atualmente tal subsídio deixou de existir e a dependência externa de GLP (hoje de apenas 5% do volume consumido no Brasil) deverá ser eliminada ainda no corrente ano.

Por outro lado vale mencionar as opções que poderiam ser atendidas pelo GLP ampliando sobremaneira a competitividade dos energéticos e conseqüentemente garantindo a melhor oferta ao consumidor. Dentre elas, destacamos: cogeração em turbinas de pequeno e médio porte; geração de energia elétrica *back up* em áreas afastadas das redes de gás natural; operações de *back up* ao gás natural; geração de frio (ar-condicionado) em estabelecimentos como shoppings, prédios de escritórios, grandes lojas localizadas fora do alcance das redes de gás natural; motores, caldeiras e processos de secagem de diversos tipos; novas aplicações para residências (chuveiros e aquecimento de ambientes).

Forçoso reconhecer ainda a preocupação do legislador ao assegurar na Lei do Petróleo o funcionamento das usinas termelétricas brasileiras elencando como um dos objetivos da Política Energética Nacional, a **identificação de soluções mais adequadas para o suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País.**

Para tanto, face aos recentes episódios ocorridos na Bolívia¹⁰, o Governo Federal vem estudando várias alternativas ao gás natural, quais sejam: o óleo diesel, o álcool, o Gás Natural Liquefeito – GNL e o GLP. Dentre essas opções o GLP se apresenta como a melhor alternativa, tendo em vista os seguintes fatores: (i) o Brasil está próximo de alcançar a sua auto-suficiência na produção de GLP; (ii) o GLP possui alto poder calorífico; (iii) o GLP é menos poluente que outros combustíveis; e, finalmente, (iv) o GLP é facilmente transportado e armazenado.

Ademais, é inquestionável que não haveria quantidade suficiente de álcool para tal fim, pois a oferta já se mostra escassa para o consumo dos automóveis no mercado interno. O mesmo acontece com a demanda de óleo diesel, que em parte está sendo importado, embora estejam sendo realizados testes para introduzir óleo vegetal no processo da produção de óleo diesel, o que permitiria reduzir a atual dependência. No caso do GNL seria necessária a construção de unidades de processamento do produto no País o que inviabilizaria, em termos de custos, sua aplicação.¹¹

O aumento de preços do gás natural constitui uma séria ameaça para os consumidores de pequeno, médio e grande porte (como, por exemplo, comércio de alimentos e indústrias), tendo em vista a impossibilidade de aumentar seus custos sem o conseqüente repasse ao consumidor final, o que poderá vir a inviabilizar o prosseguimento dos seus empreendimentos.

Em outro contexto, o gás natural figurava como substituto definitivo para o GLP, mas no cenário atual não apresenta a competitividade que parecia ter. Muito pelo contrário, neste momento o GLP se mostra como uma alternativa viável para o gás natural, haja vista estar o Brasil muito próximo de alcançar a auto-suficiência na produção de GLP, além de contar com excedentes em mercados vizinhos como Venezuela, Argentina, Peru e outros países da América Latina.

Diante das condições favoráveis à maior participação do GLP na matriz energética brasileira **não há justificativas para a permanência da limitação para outros usos do produto a qual inibe a expansão do consumo e marginaliza o energético, vindo a causar preocupações para a sociedade brasileira conforme refletida na mídia, que, na opinião do especialista Adriano Pires, assim se manifesta:**

“O futuro da oferta de gás boliviano foi, contudo, encoberto por incertezas desde a promulgação da nova lei de hidrocarbonetos em 2005 e de sua regulamentação em maio de 2006. Depois da nacionalização da indústria de hidrocarbonetos, o governo boliviano ameaça agora romper as cláusulas de reajustes de preços dos

¹⁰ Como é do conhecimento público, no corrente ano a Bolívia nacionalizou as reservas de gás natural e está impondo um processo de revisão tarifária que poderá implicar no significativo aumento do preço do gás natural importado pelo Brasil.

¹¹ Informações colhidas no site do SINDIGÁS.

contratos assinados com a Petrobras no final dos anos 1990. O governo boliviano pleiteia elevar em mais de 60% ou 70% o preço do gás vendido ao Brasil. Este acréscimo se somaria às elevações de preço, referenciadas no contrato atual, cujo valor já aumentou mais de 60% desde setembro de 2005. Caso se confirme esse reajuste adicional nos preços, haverá uma redução importante da competitividade do gás. Estimativas do Centro Brasileiro de Infra-Estrutura (CBIE) indicam que os preços do gás para consumidores industriais médios chegariam a um patamar superior ao cobrado pelo óleo combustível. A elevação unilateral de preços por parte do governo boliviano configura quebra do contrato que termina em 2019.¹² Na América Latina, não é incomum se observar países deixando escapar oportunidades preciosas para alavancar o crescimento econômico e social. Pressões inflacionárias, desequilíbrios macroeconômicos e marcos regulatórios precários afastam os investimentos e acabam abortando as chances de crescimento. A história se repete hoje na indústria de petróleo e gás na Bolívia. kicker: Na AL não é incomum se observar países deixando escapar muitas oportunidades preciosas de alavancar o seu crescimento.”

Assim, diante do contexto fático já comprovado e com vistas a implementar uma política **clara, objetiva e atualizada** para o GLP, cabe à ANP reconhecer a atual importância do GLP como fonte energética capaz de atender às mais variadas demandas, motivo pelo qual impõe-se a revisão dos limites das restrições ao uso desse produto, de forma a aumentar a sua participação na matriz energética brasileira.

E não é somente diante dos argumentos ora despendidos, os quais recomendam a revisão de barreiras oriundas de um contexto desatualizado, que a Resolução CNPE nº 01/05 e a Resolução nº 15/05, demonstram caminhar em sentido inverso dos objetivos da Política Energética Nacional conforme disposto na Lei do Petróleo. Suas disposições constituem também uma violação aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, conforme veremos a seguir.

5 - A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:

A livre iniciativa é princípio fundamental da própria República e base da atividade econômica, como estabelecem os seguintes dispositivos da Constituição Federal:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos”:

(...)

¹² Gazeta Mercantil/Caderno A - Pág. 3 – 31.07.06 - Adriano Pires - Diretor do Centro Brasileiro de Infra-Estrutura (CBIE)

IV – os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa; (...)”

“Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)” (grifos nossos)

Consoante as disposições constitucionais acima transcritas a livre iniciativa é preceito fundamental da ordem econômica, motivo pelo qual deve prevalecer na determinação das relações entre os agentes públicos e privados.

Neste sentido, qualquer restrição que venha a influenciar diretamente a economicidade do setor viola a própria liberdade de iniciativa dos particulares no desempenho de suas atividades econômicas, o que é inadmissível de acordo com a sistemática de nosso ordenamento jurídico.

Ademais, verifica-se que a restrição genérica para que os agentes distribuidores não possam comercializar GLP para uso em motores, saunas, caldeiras e aquecimento de piscinas estabelece uma distinção entre aqueles que comercializam gás natural e o GLP, o que vem a se constituir como uma grave ameaça ao **princípio da isonomia** entre agentes econômicos, agravada pelo fato de não haver justificativa plausível que respalde mencionada distinção no cenário atual, conforme já restou demonstrado.

Por outro lado, o entendimento doutrinário sobre a inconstitucionalidade de se restringir uma atividade econômica encontra respaldo na opinião de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO¹³ que assim se manifesta:

“de acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o quantum a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista.” (grifo nosso)

Tal restrição evidencia também uma afronta ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, em seus mais variados aspectos, afronta essa corroborada pela seguinte afirmação de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO¹⁴:

¹³ Cfr. *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed, S Paulo, Malheiros, 1996, p. 417.

¹⁴ Alexandre Santos de Aragão – Revista Forense – vol 359, pp. 10-11.

“(b) O Estado deve impor a menor restrição possível, de forma que, dentre as várias medidas aptas a realizar a finalidade pública, opte pela menos restritiva à liberdade de mercado – elemento necessidade. (...)”

Inserto no Princípio da Proporcionalidade, mais especificamente em seu elemento necessidade (supra letra b) está o Princípio da subsidiariedade, que na seara do direito econômico, impõe ao Estado que se abstenha de intervir e de regular as atividades que possam ser satisfatoriamente exercidas ou auto-reguladas pelos particulares em regime de liberdade. “Ou seja, na medida em que os valores sociais constitucionalmente assegurados não sejam prejudicados, o Estado não deve restringir a liberdade dos agentes econômicos, e, caso seja necessário, deve fazê-lo de maneira menos restritiva possível.” (grifo nosso).

Importante ainda consignar que, em que pese a competência da ANP para formular as políticas do setor de petróleo e gás, não é admissível que essas políticas se afastem dos fundamentos da República, conforme preconiza o inciso IV do art. 1º da Constituição Federal e nem tampouco dos princípios aplicáveis às atividades econômicas, dentre eles o princípio da **livre concorrência**.

E não poderia ser diferente, pois a livre concorrência é princípio fundamental da própria República e base da atividade econômica, conforme dispõe o art. 170 da Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”

IV – livre concorrência; (...)” (grifo nosso)

Diante do supra citado dispositivo constitucional, há que se reconhecer que a ordem econômica é protegida pela livre concorrência, a qual, por sua vez, proporciona a competitividade entre os agentes econômicos e conseqüentemente traz relevantes benefícios ao interesse público. É nessa direção que deveria caminhar o CNPE, como órgão planejador do setor de petróleo e gás, bem como a ANP na sua função normativa e reguladora da atividade econômica.

Mas muito pelo contrário, a Resolução CNPE nº 01/05 e a Resolução nº 15/05, ao restringir ao uso de GLP, caminham em sentido contrário das disposições constitucionais na medida em que reproduzem anacrônicos mecanismos anti-concorrenciais e estabelecem desigualdades de tratamento entre os diferentes agentes do setor de energia.

Isto posto, passamos a concluir.

6 – CONCLUSÃO:

- O inciso II, art. 1º da Lei nº 8.176/91 é uma norma penal em branco, tendo em vista que a definição legal do crime é incompleta, demandando a integração através de uma outra norma a fim de se delimitar o conteúdo material da conduta infratora.
- A remissão à lei presente no inciso II, art. 1º da Lei nº 8.176/91, corresponde a uma reserva material de lei, ou seja, qualquer ato normativo de caráter geral e abstrato que prescreve uma conduta positiva ou negativa, independentemente de ser originado do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.
- A Lei do Petróleo estabeleceu a competência da ANP para promover a regulação das atividades pertinentes à indústria do petróleo, dentre as quais se encontra a comercialização de GLP, de modo que, ainda que se exigisse lei ordinária para integração do inciso II, art. 1º da Lei nº 8.176/91, a partir da Lei do Petróleo passou-se a exigir apenas ato administrativo normativo, operando-se o fenômeno da deslegalização.
- A competência do CNPE restringe-se à formulação da política energética, ou seja, à expedição de normas de planejamento que não geram para os agentes econômicos obrigações de fazer ou de não fazer, carecendo, portanto, de regulamentação por meio da normativa da ANP.
- As justificativas que autorizavam as restrições impostas à utilização do GLP não mais existem, já tendo sido inclusive excepcionadas por norma do extinto DNC, e o Brasil atualmente carece de fontes de energia em razão dos recentes episódios ocorridos na Bolívia.
- Ademais, os princípios constitucionais que tratam da livre iniciativa e da livre concorrência; somos obrigados a concluir que a ANP pode e deve rever as atuais limitações à utilização do GLP, ampliando, desta forma, as fontes de energia disponíveis no Brasil, sem realizar qualquer modificação no texto da Lei nº 8.176/1991.

Rio de Janeiro, 28 de julho de 2006.

Sonia Agel