

BOTIJÃO DE GÁS

**A Marca é a Segurança
e a Proteção do Consumidor**

GLP: O COMBUSTÍVEL DE 150 MILHÕES DE BRASILEIROS

BOTIJÃO DE GÁS

**A Marca é a Segurança
e a Proteção do Consumidor**

GLP: O COMBUSTÍVEL DE 150 MILHÕES DE BRASILEIROS

Sumário

Introdução

<i>Comentários sobre a Distribuição do botijão de gás</i>	4
---	---

Parte 1

<i>Direito à Marca Industrial e Proteção ao Consumidor</i> Cândido Rangel Dinamarco	13
--	----

Parte 2

<i>Sistema Jurídico da Distribuição de Gás (GLP) em Botijões “Direito-Dever” da chamada Destroca e Proteção ao Consumidor</i> Mario Brenno Pileggi	24
---	----

Introdução

Comentários sobre a Distribuição do Botijão de Gás

Sumário

Como o GLP – gás de cozinha – chega ao consumidor.....	5
A regulamentação e a fiscalização do setor.....	6
O botijão de gás de outras marcas (OM) e a obrigação de troca/destroca...	7
Por que acontecem acidentes com o GLP.....	9
Como funciona o sistema em outros países	10
A marca é a garantia do consumidor	11

Como o GLP – gás de cozinha – chega ao consumidor

O caminho do GLP – gás liquefeito de petróleo até os lares brasileiros começa nas refinarias, nas Unidades de Processamento de Gás Natural e nos terminais marítimos de importação. O produto é uma mistura do butano e do propano, dois hidrocarbonetos existentes tanto no petróleo como no gás natural.

Após o processamento, o GLP chega aos terminais das empresas distribuidoras, localizados junto às suas unidades. Dali em diante, as mesmas se encarregam do engarrafamento e da distribuição dos botijões e cilindros, cujo alcance atinge todos os municípios brasileiros, atendendo à necessidade de combustível doméstico de 90% da população, índice muito superior aos de outros setores, como os de água encanada, esgotos, previdência social, escolas primárias e postos de saúde.

Para abastecer os brasileiros, entregando diariamente mais de um milhão de botijões, este setor emprega quase 200 mil pessoas, mobiliza um sistema de entrega composto por uma frota de quase 11 mil caminhões, que percorrem cerca de 1,3 milhões de quilômetros, equivalentes a 35 voltas na Terra, todos os dias.

A atividade de distribuição e comércio de GLP no Brasil compreende, atualmente:

- 18 companhias distribuidoras;
- 60.000 representantes comerciais (pequenas e médias empresas);
- 200.000 empregos diretos e indiretos;
- 11.000 caminhões de transporte envasado e 1.000 carretas para transporte a granel;
- 118 instalações de engarrafamento;
- 160 depósitos próprios para armazenamento;
- 3 centrais de recebimento e armazenamento a granel;
- 4 fabricantes de botijões;
- 5 navios de transporte;
- 5.500.000 toneladas/ano de GLP distribuídas;
- 80.000.000 de botijões;
- 360.000.000 de botijões entregues por ano pelas distribuidoras aos clientes.

A regulamentação e a fiscalização do setor

A ingerência do governo no setor de distribuição de GLP tem início em 1950, quando o Conselho Nacional do Petróleo – CNP inclui o produto entre os que estavam sujeitos ao seu controle. Até então, as empresas tinham autonomia para exercer as suas atividades. Nos anos seguintes cresce a interferência do órgão sobre o setor, sem que, contudo, a livre concorrência seja eliminada. Mantém-se, desta forma, a sadia competição entre as empresas distribuidoras.

Na década de 70, especialmente a partir da edição da Portaria 13/76, a intervenção do Governo torna-se mais contundente. É estabelecida a obrigatoriedade do recebimento de vasilhame de qualquer marca pelas distribuidoras, para posterior destroca, e o país é dividido em regiões de atuação diferenciada, sendo regulada a atividade quanto aos locais em que deveriam atuar. O CNP – Conselho Nacional de Petróleo (atual DNC – Departamento Nacional de Combustível) define praticamente toda a distribuição de GLP: desde a autorização para a instalação da distribuidora e pedidos de GLP, passando pelos preços de compra e venda, características técnicas das embalagens e das frotas, sistemas de entrega, normas de segurança, etc.

Com a Portaria nº. 843/90 iniciou-se o processo de desregulamentação do setor, permitindo a entrada no mercado de qualquer empresa que dispusesse de instalações compatíveis com as normas de segurança para recebimento a granel e engarrafamento de GLP e que possuísse botijões com a sua marca em quantidade suficiente para atender a quota de gás solicitada ao DNC – em condições, portanto, de atender os consumidores dentro dos padrões técnicos e de segurança, exigidos para a atividade.

O Botijão de gás de outras marcas (OM) e a obrigação de troca/destroca

Com o objetivo de dar continuidade ao processo de desregulamentação do setor e para possibilitar um retorno à adequada liberdade de ação para os agentes envolvidos no processo, em outubro de 90, o Ministério da Infra-Estrutura, hoje extinto, editou a Portaria nº, 843, facilitando a instalação de novas empresas e simplificando os procedimentos.

A Portaria nº. 843 regulamentou, entre outras situações, as relações entre as empresas distribuidoras para os chamados botijões OM (outras marcas). Para se entender o que é o botijão OM, é preciso voltar ao passado. Até 1976, o consumidor tinha um vínculo com a distribuidora da qual possuía botijão e junto ao qual deveria estar cadastrado: comprava o GLP somente dela. Em contrapartida, o consumidor tinha garantido os serviços regulares de entrega e de assistência técnica, o que acarretava uma perfeita identificação da empresa fornecedora do GLP e sua conseqüente responsabilidade em caso de acidentes. A marca estampada no botijão era o verdadeiro e legítimo vínculo entre as partes.

Com a Resolução 13/76, do Conselho Nacional de Petróleo (CNP), esse vínculo caiu por terra, e o consumidor ficou livre para adquirir botijões de qualquer marca, ficando as empresas obrigadas a aceitar dos consumidores botijões vazios, mesmo com a marca dos concorrentes. Esses botijões, conforme determina a Portaria nº. 843, devem ser **destrocados** entre as empresas distribuidoras titulares das marcas gravadas no vasilhame, operantes na área, o que é facilitado pela proximidade de bases e depósitos.

Embora pensado para facilitar a vida do consumidor, o sistema que obriga as distribuidoras a aceitar o vasilhame de qualquer marca tem como fator extremamente negativo a redução da segurança, pois não há como evitar que uma distribuidora deixe, irregularmente, de proceder a **destroca** dos botijões OM, enchendo e comercializando botijões que não levam sua marca, desfrutando da receita da venda do GLP sem arcar com os respectivos custos e investimentos em manutenção dos botijões.

Com isso, o consumidor recebe botijões, que trazem a marca de uma distribuidora, mas foram enchidos irregularmente por outras empresas, sem a necessária autorização. Mais ainda, permite às companhias distribuidoras estarem com a posse de botijões de marcas concorrentes, impedindo-as de fazerem a necessária verificação e manutenção respectiva, com os riscos decorrentes para o consumidor.

E é fácil entender por que isso ocorre. A compra, a substituição e a manutenção dos botijões, exigem investimentos pesados.

O sistema violado atenta não só o Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, 1), que consagra o direito à segurança plena através da identificação do fornecedor ou prestador de serviços, como também agride todas as normas pertinentes aos direitos e garantias preconizados pela Carta Magna (art. 5º, XXIX), e pelo Código de Propriedade Industrial (arts. 175 e 178).

Por que acontecem acidentes com o GLP

O consumidor de GLP raramente tem consciência de que está em seu poder um depósito de combustível altamente inflamável, contido sob pressão. Segundo informações do Corpo de Bombeiros, nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Paraná, os acidentes com GLP – vazamento seguido ou não de incêndio e/ou explosão – têm ocorrido principalmente por ter razões, a primeira das quais ligada ao descuido do consumidor e as duas outras derivadas de problemas com equipamentos, acessórios, recipientes e instalações.

Sobre os botijões, os levantamentos comprovam que os maiores causadores de acidentes são aqueles que se encontram em estágio avançado de deterioração, que não é detectada nos processos de engarrafamento. Os principais riscos para o consumidor são:

1. acidente causado por vazamento do GLP na válvula do botijão;
2. acidente em decorrência do rompimento da parede do botijão causada pela corrosão;
3. acidente provocado por vazamento do produto ou utilização inadequada do recipiente.

A cada dia que passa, aumenta geometricamente a probabilidade de acidentes provocados por vazamento de GLP. O motivo é fácil de identificar. Basta notar a crescente proliferação de comerciantes não habilitados – os chamados clandestinos -, que interferem no sistema de distribuição e comercialização do GLP.

Os órgãos governamentais não dispõem de meios materiais para uma fiscalização eficiente, que coíba as mazelas e os procedimentos irregulares, agravando a incidência dos mesmos em prejuízo ao consumidor e as empresas que sempre procuram investir, adquirindo e conservando seus botijões.

Como o sistema funciona nos outros países

A distribuição de GLP funciona em todos os países do mundo de forma bastante diferente da adotada atualmente no Brasil. O botijão ou cilindro de gás tem a marca de uma empresa e só pode ser recebido e, portanto, enchido por ela. Só existe a troca entre a distribuidora e seu cliente.

Se o consumidor mudar de fornecedor, ele vende seu botijão dessa marca e compra outro da empresa com a qual quer se relacionar. É o mesmo caso dos refrigerantes: ninguém pode encher a garrafa do outro, nem se obriga a recebê-la.

Há grandes vantagens nesse sistema: como o botijão só é manuseado pelo usuário e pela empresa que tem a marca impressa, há um nível de cuidado e manutenção que não se verifica no Brasil. Quando comparados botijões, com o mesmo tempo de uso, na França, Itália, Espanha ou outros países com os do Brasil, a diferença é flagrante.

Em consequência, o número de acidentes e o risco são muito menores.

Na Argentina, foi feita tentativa de criar centrais de destroca, para atender a todas as empresas. O crescimento do número de acidentes e a desorganização criada no sistema levaram ao recuo e ao estabelecimento de pesadas multas para quem engarrafasse o gás em botijões de outra marca (US\$ 270.00 por botijão de outra marca – OM – engarrafado).

A marca é a garantia do consumidor

O CDC – Código de Defesa do Consumidor coloca à disposição dos brasileiros um arsenal de prerrogativas que protege seus direitos básicos: proteção da vida e da saúde; informação; proteção contra publicidade e abusiva; reparação de danos, entre outros. Estabelece, também, os tipos de responsabilidades dos fornecedores, independente de culpa, por danos causados ao consumidor no caso de: produtos/serviços com vícios de quantidade – com peso ou volume inferior às especificações de embalagens, rotulagem ou mensagem publicitária inadequadas; produtos ou serviços com vícios de qualidade – com características que lhe diminuem o valor ou tornem impróprios para os fins a que se destinam, sendo que o comerciante se enquadra na mesma condição do fabricante, quando o fornecedor não puder ser identificado.

Esse extrato do Código de Defesa do Consumidor tem como base das garantias um detalhe simples: a identificação do fornecedor pela sua marca, que em consequência precisa ser claramente indicada no produto ou na embalagem.

No caso do GLP, o enchimento de botijões de outras marcas (OM) não permite ao consumidor identificação segura da distribuidora que comercializou o botijão apenas com a colocação do lacre, já que esse é jogado fora quando de sua retirada para o consumo do GLP.

Em caso de sinistro, o consumidor fica sem a possibilidade de precisar o responsável, mesmo que o lacre seja de uma empresa diferente daquela estampada no corpo do botijão. E assim, ao contrário do que estipula o CDC, a marca deixa de ser a sua garantia definitiva.

Para justificar o engarrafamento de gás de cozinha (GLP) em botijões com marcas de outras distribuidoras, os defensores do sistema OM lançam idéias descabidas e sem nenhum apego à realidade. Sugerem, por exemplo, que a identificação seja feita por adesivos ou etiquetas, facilmente fraudadas.

Assim, o engarrafamento OM tira a garantia do consumidor, além de infringir o Código de Propriedade Industrial, que dá à empresa o direito à exploração exclusiva de sua marca. Seria o mesmo dizer que, para melhor atender o consumidor, as empresas de refrigerantes, podem, a partir de hoje, colocar seus produtos em garrafas com a marca de seus concorrentes.

Conforme Cândido Rangel Dinamarco, professor da Universidade de São Paulo, ao abordar o tema “*Direito à Marca Industrial e Proteção ao Consumidor*”, esses procedimentos induzem os consumidores ao erro, representando uma quebra, inequívoca, do Código de Defesa do Consumidor. Para ele, “a marca, embasada na reputação, tem o condão de desarmar o consumidor dos cuidados que ele costuma dispensar na escolha dos bens e produtos que adquire. Nesse passo, o respeito à marca traduz-se em respeito aos direitos do consumidor – e jamais em desrespeito a ele ou instrumento limitador de escolhas.”

A prática de algumas empresas, de engarrafar botijões das marcas das concorrentes (OM) sem a devida autorização, não só infringe o direito de propriedade da marca, previsto no Código de Propriedade Industrial, como também o direito legítimo do consumidor, previsto no Código de Defesa do Consumidor.

São Paulo, Setembro de 1995

Os Editores

Parte 1

Direito à Marca Industrial e Proteção ao Consumidor

Cândido Rangel Dinamarco

Sumário

Os botijões com as marcas das consulentes e o comportamento ilegal da concorrente..	14
Direito à proteção da marca	15
Infrações penais e ilicitudes civis relacionadas com o uso indevido da marca	16
Concorrência desleal	17
Ainda a concorrência desleal – Doutrina	18
Código de defesa do consumidor	20
Propriedade industrial e proteção ao consumidor –	
Relações entre os dois sistemas	21
Violação da marca pela confusão do produto próprio	
usado indevidamente em embalagem alheia	23

Os botijões com as marcas das consulentes e o comportamento ilegal da concorrente

As consulentes são renomadas empresas distribuidoras de gás de cozinha. Como é notório, tal produto é acondicionado em botijões gravados de forma indelével com a marca indicativa da empresa comercializadora, que os identifica.

Esses botijões precisam ser periodicamente submetidos a variados testes e imediatamente retirados de circulação quando apresentam alguma irregularidade – o que constitui providência periódica indispensável a segurança dos consumidores e de todos aqueles que, direta ou indiretamente, com eles vão ter contato. Finalmente, completa-se o processo com enchimento dos botijões, segundo rígidas normas de segurança. Trata-se de etapa delicadíssima do processo e fundamental para a **segurança do botijão** e de seu conteúdo e, principalmente, dos consumidores.

Esse conjunto (composto da qualidade do gás, dos botijões e do processo engarrafador) é a garantia de qualidade de segurança e, conseqüentemente, a base de reputação das empresas perante a clientela.¹

Para a distribuição de seus produtos, as consulentes pautam-se por um esquema de trocas semelhante ao de garrafas de bebidas – inclusive com as destrocas dos vasilhames próprios em poder de outras empresas do ramo, recebidos de consumidores.

Ora, visando aumentar sua participação no mercado e criar facilidades para mais facilmente competir, algumas outras empresas utilizam essa infra-estrutura e o nome comercial construído pelas consulentes. Elas recebem dos consumidores, não destrocam e engarrafam com seu próprio gás aqueles botijões gravados com o nome das consulentes, sem as despesas representadas pela formação desse enorme patrimônio representado pelo estoque de botijões com suas próprias marcas. Com tal conduta elas:

a - valem-se das notórias marcas e da reputação das consulente para criar expectativas favoráveis junto ao consumidor final com relação à qualidade do produto e da conservação do vasilhame. Essa confusão é agravada pelo fato de que as consulente não são produtoras de botijões e nenhuma das distribuidoras produz o gás – elas somente o engarrafam, mas cada uma com seu próprio grau de esmero e segurança identificada pelas suas próprias marcas e, portanto, em variáveis graus de confiabilidade;

¹ – Como disse Rui Barbosa, a expressão específica e essencial da reputação de um agente econômico está na sua marca. “A reputação faz a marca,” proclamou o antigo jurista (apud Hermano Duval, *Concorrência Desleal*, S. Paulo, Saraiva, 1976, p. 130)

b - em seguida, valendo-se dos botijões da autora havidos do consumidor final mediante simples troca no ato da venda do gás, vendem o seu gás em vasilhame com a marca das consulentes.

Esses comportamentos configuram as ilicitudes apontadas no presente parecer, especificadas a seguir e suficientes para que sejam reprimidas.

Direito à proteção da marca

A primeira violação é a do direito das consulentes, impressa nos botijões. Como é notório, o registro do Instituto Nacional da Propriedade Industrial conferes-lhe *exclusividade* no uso dessas marcas – o que está de modo claro e insofismável no art. 5º, inc. XXIX da Constituição Federal e no art. 59 do Código de Propriedade Industrial:

*“será garantida no território nacional a **propriedade da marca e o seu uso exclusivo** àquele que obtiver o registro de acordo com o presente Código, para distinguir seus produtos, mercadorias ou serviços, de outros idênticos ou semelhantes, na classe correspondente à sua atividade.”*

Trata-se de direito absoluto e *erga omnes*, invocável, portanto, qualquer que seja a utilização da marca e independentemente da existência de qualquer confusão para a clientela.

A tutela que concede o direito de uso exclusivo não é mera tutela da paternidade, diz Giorgio Oppo. Ela tem como finalidade (e como resultado) incentivar o progresso cultural e econômico, o investimento da busca de desenvolvimento na medida em que *“fa partecipe la collettività dei benefici della creazione”*.²

Demonstra-o cabalmente o art. 60 do Código de Propriedade Industrial, que afirma o direito incondicionado de utilização da marca por parte de seu proprietário (v. também supra, nota 1 e texto).

Está-se a falar do direito de propriedade sobre a marca, bem imaterial. Não de direitos de qualquer natureza sobre os botijões, seus suportes materiais – direito

² – “Creazioni ed esclusività nel diritto industriale”, in *Diritto dell'impresa, scritti giuridici*, I, Pádua, Cedam, 1992, p. 323.

esse também de propriedade, que também vem sendo violado, como demonstrado pelo ilustre parecerista, Min. Oscar Dias Corrêa. O simples fato de engarrafarem botijões com as marcas das consulentes, pondo o gás no mercado como se foram engarrafados por essas empresas, constitui ilícito e justifica as conclusões a que se chegará afinal.

Ainda que aquelas outras empresas fossem titulares de direito de propriedade – ou qualquer outro -, elas o seriam somente sobre os botijões e não sobre a marca, bem imaterial. Para essa última, é necessário ato específico, que deve ser anotado pelo INPI (Cód. Propr. Ind., arts. 87-88). Ao ceder o direito de uso de botijões aos consumidores, as consulente transmitem um direito real (sobre coisa alheia), limitado pela própria provisoriedade e pela existência do direito à marca (pertencente às consulentes). Ainda que os consumidores levem os botijões das consulentes para troca por um outro, já cheio, em outra fornecedora, esta está obrigada à destroca dos botijões com aquela que é titular do domínio.

Tais limitações impõem a abstenção de qualquer utilização comercial ou industrial dos botijões por terceiros.

Infrações penais e ilicitudes civis relacionadas com o uso indevido da marca

A ilicitude da contínua conduta daquelas distribuidoras que se aproveitam indevidamente da marca das consulentes decorre também da perfeita capitulação em pelo menos duas hipóteses delituosas descritas no Código de Propriedade Industrial de 1945 (dispositivos mantidos em vigor pelo art. 128 da lei n.º 5.772, de 21.12.71). Assim,

primeiro: elas usam ilegalmente a marca legítima de outrem em produtos ou artigos que não são fornecidos por este (art. 175, inc. III);

segundo: têm em depósito e vendem produtos que têm a marca de outrem e não são elaborados por este (art. 175, inc. IV, b).

Constitui decorrência natural a ilicitude civil que está à base dessas incriminações penais. A toda tipificação penal seguida de *sanctio juris* corresponde o dever de abster-se da conduta tipificada. Todo ilícito penal traduz-se em ilicitude perante toda a ordem jurídica. É indiscutível que ao descrever as condutas delituosas acima indicadas, quer o

direito marcário vedá-las. É proibido usar marca alheia ou produto que não provenha do titular da marca. É proibido ter em depósito e pôr à venda produtos portadores de marca alheia, sem serem elaborados pelo titular da marca.

Concorrência desleal

É pacífica a função supletiva do direito concorrencial em relação ao direito da propriedade industrial. A diferença está exatamente em que, enquanto neste último a proteção é absoluta, no primeiro, há de ser demonstrado o potencial desvio de clientela decorrente da conduta ilegal do concorrente. Nesse caso, o lesado tem direito à proteção ainda que inexistente o registro da marca.³

Em ambos os casos (marca e concorrência desleal) o que se sanciona é o comportamento objetivo – respectivamente utilização da marca e o desvio de clientela. Irrelevante é o elemento subjetivo, culposo ou doloso, da conduta do agente.⁴ Ainda mais quando, como no caso me informam as consulentes, não se pretende prioritariamente o ressarcimento de danos, mas a cessação da conduta ilícita dos agentes, objetivamente caracterizada. As empresas que utilizam os botijões com a marca das consulentes criam com isso a falsa impressão de estarem vendendo gás engarrafado por elas dentro das condições de segurança acima descritas. Valem-se de nomes e de reputação plantada há tantos anos no mercado.

3 – Cfr. A afirmação expressa de Tullio Ascarelli no clássico *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*: “a referência da disciplina da concorrência desleal à dos atos de concorrência explica por que essa disciplina assume, como amiúde e agudamente tem sido notado, uma função integrativa em relação à tutela dos direitos subjetivos relativos e absolutos pertencentes ao mesmo sujeito em virtude de outras disposições. Se na realidade um sujeito tem um direito absoluto sobre dada marca ou sobre uma invenção industrial, ou ainda sobre um modelo, será em todos esses casos proibida a utilização da marca, da invenção ou do modelo e pouco importa se é ou não idônea a provocar o desvio da clientela; ditada tal proibição de concorrência em relação a uma atividade, ficará invariavelmente proibido o exercício desta: se existirem os elementos de um delito contra a honra, será, em todos os casos, o ato correspondente. Mas ainda quando seja ilícito o exercício da atividade; mesmo quando o ato em questão não ofenda a honra; ou ainda que não viole o direito absoluto alheio sobre a marca, invenção ou modelo, pode este assim mesmo, constituir um ato de concorrência desleal (cfr. Trad. Esp.: *Teoría de la competencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, Bosch, 1970, pp. 168-169).

4 – Cfr. Ascarelli, op. Cit, p. 233 ss.

Essa conduta encontra-se tipificada em dois dispositivos diversos, que configuram respectivamente os chamados *atos que criam confusão e desvio de clientela*,⁵ a saber:

a - o aproveitamento dos nomes das consulentes para produtos e serviços que não são fornecidos pelas titulares das marcas cria evidente confusão entre os seus produtos e os que vêm de outras empresas. Tal procedimento tem capitulação penal nos art. 178, inc. IX, do decreto lei n°. 7.903, de 27 de agosto de 1945, que declara cometer crime de concorrência desleal quem *“vende ou expõe à venda, em recipiente ou invólucro de outro produtor, mercadoria adulterada ou falsificada, ou dele se utiliza para negociar com mercadoria da mesma espécie, embora não adulterada ou falsificada, se o fato não constitui crime mais grave”*

b - o dano aos nomes das consulente provocado pelos inúmeros acidentes com botijões em decorrência da inobservância das normas técnicas de segurança existentes. Trata-se do desvio de clientela, decorrente do prejuízo ao nome do concorrente, previsto no inc. III do mesmo artigo.

Ainda a concorrência desleal – Doutrina

A doutrina, informa Carlos Alberto Bittar citando Zavala Rodriguez, tem considerado concorrência desleal

“todo procedimiento de um concurriente dirigido a sustraer, em provecho próprio, la clientela ajena sin empenar la propia fuerza econômica para contraponerla a la de su rival”.⁶

As práticas desleais de concorrência revestem-se de inúmeras formas, dentro da inesgotável gama de maquinações que o espírito humano consegue engendrar para conseguir ou aumentar os lucros. Por isso, não só se reconhece o ilícito na presença de uma situação apta a criar a confusão, mas também se entende estender-se àquelas situações probalísticas.

5 – Cfr. Rubens Requião, Curso de direito comercial, S.Paulo, Saraiva, 1989, p. 251

6 – “A concorrência desleal e a confusão entre produtos”, RT, nº 550, p.20, esp. p. 22.

Faz-se, nesses casos, uma distinção entre confusão e confundibilidade. Mesmo que a confusão não tenha ocorrido no mundo da prática, a potencialidade de vir a ocorrer é suficiente para o reconhecimento da concorrência desleal.

Nesse sentido, a lição de Francesco Scirè que, ao comentar os rumos que toma a jurisprudência sobre o assunto, declara:

*“l’illecito si realizza non appena si è in presenza di una situazione la quale sia idonea a creare confusione (...); è palese quindi il rinvio ad una situazione probabilistica, nella quale si racchiude il senso e la tensione della repressione, che scatta a livello di potenzialità, senza ovviamente esigere che si sia verificata una confusione concreta, essendo per converso sufficiente soltanto il c.d. pericolo confusorio o, come pur si usa dire, la **confondibilità**”*⁷

No caso em comento, empresas pretendem engarrafar gás em seu estabelecimento, com seu equipamento e nas suas próprias e particulares condições, em botijões de propriedade de terceiro – as consulentes -, os quais levam de forma indelével a marca distintiva delas, revendendo ao mercado consumidor esse produto.

À luz de tudo quanto já foi dito, já se tem condição de concluir que a prática acima narrada viola a marca de indústria e comércio das consulentes na medida em que a usa em produtos que não de sua elaboração. Trata-se de usurpação de marca legítima de terceiros para distinguir produto que não é deles. **Nada importa que o infrator use a marca alheia num produto de fabricação de terceiro (não é ele que fabrica o gás que engarrafa com a marca das consulentes). O que importa é que o produto assinalado não foi envasado pelos donos da marca que distingue o botijão.**

Os consumidores procuram a segurança conferida pelo trato competente que os donos da marca famosa dispensam ao envasamento dos botijões, já que todo gás tem a mesma procedência e a mesma qualidade.

Nas palavras respeitadíssimas de Gama Cerqueira,

*“o delito verifica-se tanto no caso de obter o infrator a marca legítima para aplicá-la nos produtos, como no caso de se utilizar de recipientes que se acham registrados como marca, ou que estejam revestidos da marca legítima para neles acondicionar produto de outra origem”*⁸

7 – Francesco Scirè, La concorrenza sleale nella giurisprudenza, t. II, 2, ed., 1989, Milão, Giuffrè, p.18

8 – Tratado de prioridade industrial, II t.2., Rio, Forense, 1956, pp.250 e 251

Código de Defesa do Consumidor

Há uma conseqüência ainda mais grave que essas de direito marcário e de repercussões extremamente danosas. Têm efetivamente ocorrido acidentes envolvendo botijões com a marca das consulentes, sem que elas os houvessem enchido ou comercializado.

As consulentes não são entendidas com objetivos voltados à defesa do consumidor e obviamente carecem de legitimidade para estar em juízo nessa defesa. Mas têm suas responsabilidades perante o público consumidor, fornecedores que são de produtos de consumo. Ao se aparelharem para a defesa de seus direitos, e especialmente de direitos decorrentes do abuso das marcas que identificam seus produtos, é lícito a elas, no entanto, invocar regras jurídico-substanciais do Código de Defesa do Consumidor.

De um lado, seja lembrada a responsabilidade por culpa presumida, ditada nos arts. 12 e 18 daquele Código, com a inversão do ônus probatório estabelecida no inc. VIII do art. 6°. Sabe-se também que o inc. III desse mesmo art. 6° confere a todo fornecedor o dever de dar aos consumidores informação clara e precisa sobre os bens e serviços que fornece.

Desse contexto de dispositivos decorre, de um lado, o risco a que aquelas empresas vêm expondo as consulentes, de responderem por danos que não causaram. Consumidores induzidos em erro pelos botijões portadores da sua marca são lesados em sua boa-fé, comprando gases engarrafados por outras empresas, sabe-se lá com quais cuidados. Botijões mal conservados podem gerar vazamentos, seguidos de explosão de gás e incêndio, causando prejuízos e ameaçando vidas. A rigorosa legislação de proteção ao consumidor torna ainda mais ilegítimo fornecer aqueles gases, naqueles botijões, com a aparência de terem sido engarrafados pelas empresas cujos nomes vão assim sendo indevidamente empregados.

Não se trata de alvitar juízos isentando as consulentes de responsabilidade, como poderia parecer. A colocação é exatamente inversa: a permissão de continuarem usando aqueles botijões constituiria verdadeira legitimação da contrafação e traria grave risco ao consumidor, que estaria utilizando botijões sem a menor garantia de manutenção. Impor-se-lhes-iam riscos que não assumiram, na ilusão de terem adquirido um produto cuja reputação é de qualidade.

Nem importa que outras empresas, usando os botijões com aquelas marcas, tenham ou não capacitação técnica para isso ou que elas eventualmente façam a verificação de todos os botijões que encham com gás. De todo modo, o consumidor sai enganado e as titulares das marcas suportam prejuízos ao seu bom nome no mercado – além, é claro, do prejuízo decorrente da invasão da parcela de mercado que conquistaram.

Por isso têm o direito de evitar o uso daqueles botijões desde quando são titulares do direito de marca que neles está indelevelmente gravada.

Propriedade industrial e proteção ao consumidor – Relações entre os dois sistemas

Um dos pilares da proteção ao consumidor, estabelecido no seu Código e na *política nacional de relações de consumo*, é a boa-fé do fornecedor nas relações de consumo. Quem consome e paga tem o mesmo direito de conhecer todos os elementos de negócio jurídico que ajusta, com a vontade de negociar absolutamente livre de vícios. Precisa conhecer a *res*, suas qualidades e eventuais defeitos, o *pretium*, riscos do negócio, condições de pagamento, responsabilidades do fornecedor e garantias oferecidas etc., sob pena de considerar-se viciado o ato. O vício consistente em erro é fatal, nas relações de consumo.

O *dever de informar* é inerente ao fornecedor de bens e serviços e dele se ocupam os incs. II e II. Do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, justamente para evitar o erro. Dele fala o especialista José Geraldo de Brito Filomeno, especialmente quando diz:

*“... procurando bem informar o consumidor acerca das características dos produtos e serviços já colocados no mercado ou ainda os que serão aí colocados à disposição do público consumidor. É indispensável, por conseguinte, que haja uma **ligação permanente** ou um elo de comunicação constante entre fornecedores/consumidores, para que esses últimos possam efetivamente ter acesso às informações sobre os produtos e serviços”.*⁹

9 – Cfr. “Dos direitos básicos do consumidor”, nota 3 ao art. 6º, in Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto Rio, Forense universitária., 1995, esp. p. 82.

A marca tem ligação direta com a informação sobre o produto, prestada pelo comerciante. No passado, o fim imediato da marca limitava-se a garantir uma proteção ao empresário. Tinha um cunho estritamente privatístico. **Atualmente, a proteção do direito sobre a marca toma claras feições de direito público e de tutela coletiva. Passa a ter um duplo aspecto, assumindo também a defesa dos direitos do consumidor.**¹⁰

A marca não é empregada somente como indicativo do comércio, do comerciante ou da produção. Os consumidores procuram na marca a indicação sobre (a) as condições de fabricação, (b) o esmero na produção e (c) a escolha adequada de matéria-prima etc. Daí a ligação da marca com o dever de prestar informações ao mercado consumidor.¹¹ Ainda nessa linha de raciocínio, em 1874, Rui Barbosa já sustentava que “os fregueses, orientados pela reputação, vêem na marca o indício e a firmeza da excelência das mercadorias”.¹²

A marca, embasada na reputação, tem o condão de desarmar o consumidor dos cuidados que ele costuma dispensar na escolha dos bens e produtos que adquire. Nesse passo, o respeito à marca traduz-se em respeito aos direitos do consumidor – e jamais em desrespeito a ele ou instrumento limitador de escolhas. José Xavier Carvalho de Mendonça, acatando igualmente essa característica, ensinou:

“as marcas, além de constituírem sinais de origem ou providência dos produtos na circulação mercantil, tendem a manter no tempo e no espaço o benefício do crédito, do aviamento e da reputação ou do comerciante, premunem o público contra as fraudes, proporcionando-lhes prova de que recebe bem os produtos bem e as mercadorias, que deseja adquirir, frustrando, destarte, a ação dos concorrentes sem escrúpulo e servem à higiene – ou à segurança – pública, à qual não podem ser indiferentes a providência dos produtos e o comércio das mercadorias destinadas ao consumo”.¹³

A marca, resume o Mestre comercialista, procura distinguir o trabalho do comerciante dos demais, atribuindo-lhes os louros do sucesso ou as responsabilidades do fracasso do produto perante o mercado consumidor.¹⁴ A relação é evidente e a legitimização social do direito marcário tem essas duas vertentes.

10 – V. Rubens Requião, Curso de direito comercial, II, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 185 e 196

11 – V. ainda Rubens Requião, op. cit., p. 185, citando Pinto Coelho

12 – Crimes contra a propriedade industrial, Salvador, p. 55 e ss., apud. Hermano Duval, op. cit. pp. 130 e 131

13 – Tratado de direito comercial brasileiro, V, Rio, Freitas Bastos, 1946, pp. 216 e 217

14 - Id.; ib. id

Violação da marca pela confusão do produto próprio usado indevidamente em embalagem alheia

Tendo as marcas a função de distinguir o produto com uma expressão identificadora do fornecedor, diferenciando-o da multidão de congêneres e distinguindo-o dos similares, sabe-se também que essa distinção não é feita pela origem do produto, mas pelo seu emblema distintivo (um nome ou um símbolo, não importa). O emblema para o consumidor como o elo de ligação do produto ao fornecedor, titular do emblema atrativo.

Nessa trilha, a qualidade do produto adquirido faz a reputação do fornecedor e, num segundo momento, inversamente, a reputação do fornecedor normalmente é considerada pelos consumidores como um prévio atestado do produto. Daí ter dito Tullio Ascarelli *“ao identificarem o produto, as marcas de empresa podem permitir ao consumidor a certeza de que o produto se remonta ao fabricante”*¹⁵

Segue-se daí que qualquer inversão da ordem lógica e legítima do ciclo mercadológico acima, sem o uso das estratégias reconhecidas como leais, será caracterizada de concorrência desleal

São Paulo, Agosto de 1995

Cândido Rangel Dinamarco – OAB-SP nº 91.537

15 – Op. cit; p. 395.

Parte 2

Sistema Jurídico da Distribuição de Gás (GLP) em Botijões – “Direito-Dever” da Chamada Destroca e Proteção ao Consumidor

Mario Brenno Pileggi

Sumário

Objetivo.....	25
Sistemas possíveis e aquele adotado no Brasil.....	26
Histórico e Legislação	29
Competência do Regulamento	32
Monopólio e sua Regulamentação	40
Direito da Propriedade Industrial e Responsabilidade Civil e Criminal – Código de Defesa do Consumidor	43
Direito Subjetivo e Obrigação – Poder e Dever – Direito de Disposição – Direito Potestativo	47
Não pode o judiciário interferir na competência do Governo	55
Resumo e Conclusão	57

Objetivo

1 – O presente estudo tem por objetivo examinar o sistema legal brasileiro, no que se refere à distribuição de gás em garrafas de aço, com o nome em alto relevo da distribuidora, ordinariamente com 13 Kg. Assenta-se ele na proibição às distribuidora de encherem botijões com a marca de terceiros (chamados OM “outras marcas”), de modo a fixar a responsabilidade da empresa em qualquer instante do circuito da distribuição (engarrafamento, manuseio do tambor, transporte, armazenamento e utilização), permitindo, assim, a máxima proteção ao usuário-consumidor. Daí, a sistemática chamada sugestivamente de destroca.

Três trabalhos doutrinários recentes procuram combater a sistemática vigente há cerca de vinte anos e não apresentam qualquer outra alternativa, mesmo porque inexistente. Veremos que apenas existem dois sistemas:

- o vigente da destroca ou
- o antigo critério de cliente vinculado à distribuidora, através do botijão com sua marca.

O terceiro, de que a distribuidora possa encher botijão de qualquer marca, que não a sua, traz a total irresponsabilidade a todo sistemas de distribuição, em detrimento do usuário, sem falar na infração flagrante ao princípio do respeito à concorrência e proteção da marca. Mais, apresentam tais pareceres as seguintes falhas e omissões:

(1) não fazem referência ao caráter de monopólio no suprimento do referido derivado de petróleo;

(2) ignoram, ou fazem por ignorar, que a concessão da distribuição, além de exigir instalações para recebimento e armazenamento da matéria-prima, exige também que a sua empresa engarrafadora adquira volume adequado de vasilhames, em relação à capacidade de armazenamento, para dar a necessária vazão ao produto;

(3) omitem a questão da responsabilidade da empresa distribuidora, dada a natureza do material, de alta combustão e expansão; ou propõem, quanto à relevante questão da responsabilidade civil e criminal, solução absolutamente irrisória e a técnica. Sob tal tema crucial olvidado o problema da manutenção e/ou qualificação dos botijões;

(4) pretendem, enfim, o absurdo de prevalência da regulamentação apenas por metade, quebrando totalmente a sistemática normativa.

Sistemas possíveis e aquele adotado no Brasil

2 – Para tratamento e regulamentação da matéria, são possíveis em tese três sistemas – entendendo-se por sistema o ciclo completo do recebimento da matéria-prima, armazenamento, embalagem do produto, distribuição ao consumidor, devolução do vasilhame e reingresso deste cheio ao novo ciclo de circulação de riqueza.

Antes, vejamos, descritivamente, as diversas fases da operação.

Primeira fase – Empresa procura se implantar como distribuidora reconhecida de gás liquefeito de petróleo (GLP), devendo manter instalações adequadas, para recebimento e armazenamento do gás. Para tanto, além das instalações fixas (tancagem), deverá ter número suficiente de vasilhames (botijões) que são enchidos e distribuídos. É da prática e exigência internacional que os botijões sejam cilíndricos, de aço e dotados de válvulas, já que vão receber o gás comprimido, sob alta pressão. Normas e requisitos de segurança são absolutos e de interesse público. Os cilindros de aço levam impressa a marca, em relevo, da empresa distribuidora. Tal é elemento essencial e identificador da responsabilidade civil e criminal do empresário.

Em função de sua capacidade de armazenagem e compra de matéria-prima monopolizada, deve a empresa ter contemporaneamente adquirido número *de botijões proporcionais suficientes*. Na realidade vigente no mercado, um vasilhame vende cerca de 5 Kg/mês. O número suficiente de botijões que a empresa deva ter adquirido, originariamente, será a quantidade de venda-mês dividida por 5 Kg. Exemplificando, uma empresa que queria se instalar, para vender 1.000 toneladas ou 1.000.000 Kg/mês de gás liquefeito, deve investir cerca de US\$ 1.500.000,00 em instalações fixas, inclusive tancagem; e adquirir inicialmente 200 mil botijões, à razão de US\$ 25,00/cada, ou seja, US\$ 5.000.000,00. Assim, a instalação fixa de uma empresa representa 23% e o investimento em botijões cerca de 77% do custo total inicial. (Não interessa, pois, saber que a empresa detém em seu estoque presente, apenas, 15% do volume de botijões que deveria ter adquirido de início. O importante é a distribuidora demonstrar ter adquirido, com sua marca, número de botijões suficientes e proporcionais à estocagem e venda-mês).

Como se vê, o número de botijões é o componente essencial da distribuição do gás, mas é sempre ignorado quando se critica o sistema vigente. A demonstração da existência de número de botijões suficientes, por empresa, é pressuposto essencial para o equilíbrio

do mercado de distribuição. As empresas queixosas jamais fizeram qualquer demonstração da existência de quantidade hábil de botijões com sua marca (Portaria nº 843, de 31.10.90, artigos 5º, inciso II e § único e 15, § 2º e 16).

Segunda fase – Enchidos os botijões, são os mesmos distribuídos à população, pela própria distribuidora ou por seus representantes, devidamente credenciados junto ao Departamento Nacional de Combustível (DNC). O público adquire o gás (vasilhame e conteúdo), ou tem o seu próprio vasilhame e entrega-o à distribuidora ou seu representante, que são obrigados a recebê-lo. Tem, assim, o consumidor o direito de “troca” assegurado normativamente. (Portaria cit., artigo 18).

Terceira fase – A empresa distribuidora que, por sua vez, tem a obrigação de fazer “a troca” a benefício do consumidor, está proibida de encher o vasilhame alheio (OM) e necessita, conseqüentemente, efetuar a chamada “**destroca**” dos botijões com a empresa concorrente, titular da marca. Aqui, um segundo direito-obrigação da troca (chamada sugestivamente **destroca**). Quando recebe o botijão com marca alheia, a distribuidora é obrigada a “deixá-lo à disposição” a benefício do titular da marca, face à proibição do seu enchimento. Em contrapartida, tem o direito à sua “disposição” o botijão, com sua marca própria, que se encontra com a distribuidora concorrente. Existe perfeito equilíbrio no relacionamento inter-empresarial. Cada empresa não só tem o “direito de dispor” do botijão com sua marca, como tem o “dever” de entregar o botijão ao seu próprio destinatário, titular da marca. O critério normativo é o mais justo e equilibrado, funcionando como um sistema de vasos intercomunicantes. Dito equilíbrio somente é quebrado quando a empresa distribuidora não tem número suficiente de botijões próprios para engarrafar e retém e enche o botijão alheio; ou seja, em outras palavras, não faz a destroca e assim sonega e fraudula o “direito de disposição”, que o titular da marca detém sobre o seu próprio vasilhame. (Portaria cit. artigos 7º, § 2º, 13, 14, 18 *in fine*).

Princípio da responsabilidade civil e criminal – Todas essas fases estão permeadas pelo princípio legal da responsabilidade, que só pode ter aplicação e relevância, uma vez respeitada a titularidade da marca. A titularidade da marca identifica o agente doloso ou culposos por qualquer sinistro. Somente a impressão em alto relevo, no cilindro de aço, garante essa identidade. Tornam-se irrisórias as soluções paliativas de colagem de selo ou lacre de plástico, pela insegurança que trazem na identificação do responsável em caso de sinistro, e não há, até hoje, qualquer material alternativo que garanta essa identificação.

3 – Isto posto – e após a descrição objetiva e isenta da mecânica existente no Brasil e na maioria dos outros países, com pequenas nuances ou diferenciações -, podemos resumir a três os sistemas possíveis idealmente:

(1º) Sistema “aberto” de troca-destroca – Acima descrito, onde o “*direito-dever*” da **destroca** é imperativo, em decorrência de três obrigações: aceite pela distribuidora de botijão de qualquer marca, proibição de enchimento de botijão de terceiro e conseqüente obrigação de efetivar a destroca.

(2º) Sistema “fechado” de vinculação exclusiva à distribuidora respectiva (inexistência da figura OM) – já vigorou no Brasil, quando a distribuidora só podia aceitar botijões da própria marca. O consumidor podia ter, como pode hoje, os botijões das marcas que quisesse, abastecendo-se, todavia, somente junto às distribuidoras responsáveis pelas respectivas marcas e não sendo permitido, portanto, que botijões de uma marca sejam manuseados ou movimentados por outra distribuidora. É o sistema pelo qual a distribuidora responsável é melhor identificada e é ele praticado nos demais países.

(3º) Sistema “espúrio” de enchimento de OM – Pretendido pelas duas empresas queixosas, no sentido de que possam elas encher botijão de qualquer marca. Da simples exposição até agora feita, decorrem as inconveniências, que atingem as raias da total irresponsabilidade empresarial. Cancela-se a obrigatoriedade do investimento inicial em vasilhames com sua própria marca, que é o de maior vulto, sendo bastante o investimento na tancagem, que representa 23% da implantação, deixando no esquecimento outros investimentos de vulto, no montante de 77%, como fundo de comércio, compra de botijões próprios, gastos na melhoria dos serviços, princípio de respeito à concorrência e proteção à marca. Apaga-se, dentro do sistema legal, a responsabilidade civil e criminal, nesse setor do empresariado brasileiro. E, como se não bastasse, não mais será feita a manutenção e a qualificação dos botijões, pois suprime-se o interesse da distribuidora em manter ou qualificar o botijão com marca alheia. Sem falar que entraram elas no mercado, onde a regra da destroca já vigorava cerca de 20 anos atrás.

Ao longo deste trabalho, procuraremos expor a normatização brasileira sobre a matéria e o tratamento dispensado pelo direito.

Histórico e Legislação

4 – Em pleno regime do Estado Novo, emitiu o Governo Federal Decreto-Lei nº 395 de 29.04.38, que declara de utilidade pública o abastecimento nacional de petróleo, abrangendo produção, importação, transporte, distribuição e o comércio de petróleo bruto e seus derivados, nacionalizando a indústria do refino de petróleo e criando o Conselho Nacional de Petróleo (CNP) subordinado diretamente ao Presidente da República. A este incumbirá executar as medidas estipuladas no referido Decreto-Lei, autorizar as operações financeiras, bem como as operações mercantis. O Decreto-Lei 538 de 07.07.38 veio organizar o CNP, incumbindo-lhe de autorizar, regular e controlar a importação, exportação, o transporte, a distribuição e o comércio de petróleo e seus derivados no território nacional: A lei 2.004, de 03.10.53, dispôs sobre a política nacional do petróleo, definiu as atribuições do CNP, no sentido de “superintender as medidas concernentes ao abastecimento nacional de petróleo”, e instituiu a PETRÓLEO BRASILEIRO S.A (PETROBRÁS). Continuará o CNP a reger-se, na sua organização e funcionamento, pelas leis em vigor e o Presidente da República expedirá o novo Regimento do CNP. Reconhece a mesma, nos arts. 43 e 47, “o monopólio estabelecido pela presente lei”. Em 15.03.90, com fundamento no art. 84, incisos IV e VI da Constituição Federal, o Presidente da República, através do Decreto 99.190 de 15.03.90, seguido do Decreto 99.244 de 10.05.90, estatuiu sobre a reorganização e o funcionamento dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Dentre os Ministérios, o art. 213 e seguintes passaram a regular o Ministério da Infra-Estrutura, que tinha como órgão específico, dentre outros, a Secretaria Nacional de Energia, que é, por sua vez, composta do Departamento Nacional de Combustíveis (DNC), cuja competência foi determinada pelo art. 222,V :- “*competete ao DNC **supervisionar** os assuntos relacionados com a distribuição de gás liquefeito de petróleo*”.

5 – Face ao refazimento e reestruturação de todo o Governo, como órgão executivo, expediu o Ministro da Infra-Estrutura a Portaria 843, de 31.10.90, com o objetivo de executar “o programa federal de desregulamentação” e fortalecer a iniciativa privada, “mantidos os controles e as formalidades imprescindíveis”, pretendendo que “a atividade privada deva ser regida, basicamente, pelas regras de livre mercado”, autorizou a todas as pessoas jurídicas “o exercício da atividade de distribuidor de GLP” (art. 1º), através de pedido ao DNC com prazo de 30 dias para a resposta (art. 4º). No entanto, o art. 5º exige, como requisito, “capacidade de tancagem” e “*quantidade suficiente de botijões, devidamente identificados com suas marcas comerciais, para o atendimento da comercialização do volume de GLP*”.

programado para distribuição". O parágrafo único reitera a necessidade de "quantidade mínima dos botijões". O GLP envasilhado será comercializado diretamente pela distribuidora ou por intermédio de suas redes de postos revendedores (Prs). O art.13 é expresso que: -"é vedado a distribuidora ou a seu revendedor credenciado a guarda de outras marcas, quando cheios de GLP" e, por exceção, "é permitido o enchimento de botijões de outras marcas, desde que... mediante contrato celebrado entre as distribuidoras interessadas" (art. 14). Os suprimentos apresentados ao DNC serão formulados mensalmente, para os quatro meses seguintes, "considerando-se a capacidade de armazenagem de cada distribuidora, *bem assim a quantidade de vasilhames de sua marca naquela área*. (art. 15, o que é reiterado no art. 16). Diz o art. 18 que "as distribuidoras e seus revendedores credenciados deverão receber vasilhames vazios de outras marcas no atendimento ao consumidor, procedendo a **destroca** com as distribuidoras ou revendedores correspondentes, no menor prazo possível. **A sistemática de destroca...** entre as distribuidoras será convencionada pelas mesmas". Finalmente, pelo art. 19 "é de responsabilidade da distribuidora a manutenção do vasilhame transportável e sua requalificação".

6 – É necessário registrar que tal Portaria 843, apesar de ostentar os critérios da desregulamentação e livre iniciativa, na realidade é uma reprodução, com pequenas alterações, da normatização contida nas Resoluções anteriores, para ficar com as duas últimas, de nº 1376, de 14.12.76, e de nº 4, de 06.06.89, ambas do antigo Conselho Nacional de Petróleo.

Pela primeira, de nº 1376, são consagrados os princípios do respeito à proteção de marca (art. 59), não podendo a engarrafadora guardar recipientes OM cheios, sob nenhum pretexto, nas suas bases de distribuição (arts. 58/59), sendo vedado distribuir, redistribuir ou revender ao consumidor GLP em recipientes de outra marca (OM); é direito do consumidor adquirir o GLP da marca que desejar e somente receber recipiente com a marca da distribuidora que lhe vender o produto (art. 119 e 120). E o artigo 49 registra número mínimo de botijões que a distribuidora terá que manter em serviço, calculado através de fórmula matemática, cabendo a manutenção dos mesmos às distribuidoras (art. 48).

A resolução nº 04/89, no art. 36, mantém a vedação à distribuidora de comercializar GLP em recipiente com a marca de congênere, ou sem marca. E os arts. 52 e 67, III, "a", sustentam o princípio da destroca de recipiente.

Temos, portanto, ao longo de dezenove anos, a consagração dos mesmos princípios, atualmente em uso. E, ao longo desses anos, em nenhum momento foi permitida a utilização de botijão com a marca alheia.

7 – Em seqüência, e apenas para atualizar a legislação, foi editada a lei nº 8.422 de 12.05.92, que novamente dispôs sobre a organização dos Ministérios, recriando-se o Ministério de Minas e Energia, composto de duas Secretarias. A Secretaria Nacional de Minas e Metalurgia e a Secretaria Nacional de Energia, extinguindo-se o Ministério da Infra-Estrutura.

A lei nº 8.490 de 19.11.92 veio regular a Organização da Presidência da República e dos Ministérios, sendo de competência do de Minas e Energia as áreas, dentre outras, de petróleo, combustível e energia elétrica, mantendo-se aquelas duas Secretarias.

Pelo Decreto 801 de 20.04.93, houve disposições sobre a vinculação das entidades integrantes da administração pública federal indireta, aos órgãos da Presidência da República e aos Ministérios, sendo que está vinculada ao Ministério de Minas e Energia, Petróleo Brasileiro S.A

Note-se que as leis acima resolveram o eventual problema da “reserva de lei” e dão o suporte legal pleno à cit. Port. 843, como se não bastasse a Lei de nº 2004/53. Como vimos, a reforma ministerial produziu-se por decreto, quando o artigo 48, XI, da Constituição, dá, como competência do Congresso Nacional, dispor sobre criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública.

Resumindo, temos que diversas Leis e Decretos, particularmente a Lei 2.004, de 03.10.53, que “constitui monopólio da União a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gases raros, a refinação do petróleo e o transporte marítimo e por meio de condutos”, exercendo dito monopólio pelo antigo Conselho Nacional de Petróleo, hoje Departamento Nacional de Combustíveis, e por meio da Petróleo Brasileiro S.A. Aquele, foi definido como órgão autônomo, subordinado à Presidência da República e tendo por finalidade “superintender as medidas concernentes ao abastecimento nacional de petróleo e seus derivados” (importação, exportação, refinação, transporte, distribuição e comércio). Anteriormente, o Decreto-Lei nº 538 de 07.07.38, que organizou o antigo CNP e definiu suas atribuições, no artigo 10 incumbiu o mesmo de “*autorizar, regular e controlar a importação, a exportação, o transporte, distribuição e o comércio de petróleo e seus derivados*”, função essa posteriormente transferida à PETROBRÁS. Ficou o CNP, então, apenas com a superintendência dessas atividades. Pelo cit. Decreto 99.244/90, art. 222, ao novo Departamento Nacional de Combustíveis cabe a competência para: - “orientar e fiscalizar as

atividades relativas ao Monopólio da União, orientar, fiscalizar e aprovar os planos de atividades da PETROBRÁS, superintender, fiscalizar e orientar o abastecimento nacional do petróleo, gás natural e combustíveis”, “supervisionar os assuntos relacionados à distribuição de G.L.P.” (inc. V, “b”) e “fixar os preços do álcool, petróleo, seus derivados e dos combustíveis sólidos, em conformidade com as diretrizes matriciais estabelecidas para os preços e tarifas energéticas”.

Temos, portanto, meras atividades de administração pública, consistentes no “*supervisionar e controlar as atividades de pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocesso, industrialização e comercialização de recursos minerais sujeitos ao monopólio da União*” (Dec. 99.244/90, arts. 213, 214, 215, nº IV), todas embasadas em leis, como dispõem os arts. 48, inciso XI e 84, incisos IV e VI da Constituição.

Competência do Regulamento

8 – A título de preliminar e a propósito de qualquer regulamento emitido pelo Poder Executivo, põe-se a questão do conteúdo ou materialidade contida nesse Regulamento, e se o mesmo não ultrapassa os limites e a extensão postos pela Lei, sem falar na sua constitucionalidade.

A respeito da sua noção e fundamento, no sistema constitucional vigente, lembra Vezio Crisafulli que, segundo definição antiga, seriam atos administrativos do ponto de vista subjetivo e do ponto de vista formal. Tal definição aparece hoje inexata à doutrina mais recente, já que os regulamentos não são atos administrativos, mas atos normativos. ¹

Apresenta Juan Carlos Cassagne conceito de regulamento e a competência mais extensiva do Poder Executivo: - *“En nuestro concepto, la actividad reglamentaria es una actividad materialmente legislativa o normativa, ya que se trata del dictado de normas jurídicas de carácter general y obligatorias por parte de órganos administrativos que actúan dentro de la esfera de su competencia normativa...”* *“Quienes consideran que el poder del Estado es único pero se manifiesta a través de todas sus funciones – legislativa, administrativa y jurisdiccional – entienden que todos los órganos poseen imperium Asimismo, es evidente que la múltiple actividad estatal no puede dividirse en sectores totalmente diferenciados. Un concepto realista de la sociedad revela que la Administración cada día aumenta*

1 – Lezioni Di Diritto Costituzionale, 5ª edizione, Cedam 1984, II, 1, pág. 122

sus funciones a costa de las legislaturas; que ella dicta normas, administra y juzga. Por ello, se afirma que la actividad no se desnaturaliza por el órgano que la produce. Dentro de este contexto se postula la idea de que la potestad reglamentaria puede corresponder a la Administración em ejercicio de poderes propios en la medida de que no avance sobre la reserva de la ley. Se trata de una función normativa o legislativa por medio de la cual se crean reglas jurídicas generales e impersonales aplicables a un sector abstracto de ciudadanos, constituyéndose a través de ella, el ordenamiento jurídico. Por otra parte, el Poder Ejecutivo posee una facultad propia e inherente para aclarar el sentido de una disposición reglamentaria igual de los administrados, garantizando así la vigencia del principio constitucional de igualdad (art. 16 de la Const. Nac.)”²

Relacionando as funções aos modos pelos quais se manifesta a autoridade do Estado, é clássico que a mesma se divide em três: legislativa, administrativa e jurisdicional. Tal princípio de organização se situa na base do Estado liberal, como evoluiu no curso dos séculos XVIII e XIX. A concentração do poder em uma só pessoa, própria do Estado absoluto, foi substituída pela divisão do poder entre três órgãos principais, de modo a garantir que esse poder não venha a ser exercido de maneira arbitrária ou descontrolada. O princípio da “separação dos poderes”, cuja teorização é atribuída a *Locke* e *Montesquieu*, é entendido dito poder como figura de organização composta de um ou mais órgãos, entre eles coligados, aos quais o ordenamento atribui, por via institucional, o exercício de uma fração da autoridade. “A *conjunção ou conexão entre as funções e o complexo dos órgãos que exercita não tem valor absoluto e preclusivo*, devendo tal valor reconhecer sobretudo a distinção das funções (operada, naturalmente, sob aspecto substancial), a fim de assegurar – entre outros bens – sobretudo aquele da certeza do direito com a certeza de que um determinado ato de autoridade, enquanto expressão de uma função, produza os efeitos, e aqueles unicamente, que o ordenamento quer que se produzam mediante o exercício da função mesma; ou que, em outros termos, a função venha a ser exercida – entre as exceções expressamente previstas – pelos órgãos aos quais ela é institucionalmente atribuída. O princípio em exame é posto, neste caso, para salvaguarda da “esfera de competência assinalada aos três distintos complexos de órgãos”. “Na origem do princípio da separação dos poderes está a exigência, fortemente sentida no Estado moderno, em assegurar o bom funcionamento do aparelho estatal e de garantir a liberdade dos indivíduos”.³

2 – Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, 4ª Ed., 1993, vol. I, pág. 123 e 127

3- Temistocle Martines, *Diritto Costituzionale*, 7ª ed., riveduta e aggiornata, Giuffrè, 1977, pág. 203/208.

Devemos ter presente, no que se refere ao regulamento, a “*teoria da competência em direito público*”: a atribuição de uma competência em direito público contém o direito de exercer esta competência, é evidente, mas ela contém também a *obrigação* de fazer uso dessa competência. Em direito público, a competência não é um título de propriedade, cuja autoridade que se encontra investida poderia ou não se prevalecer, que ela poderia, por seu turno, conceder livremente a uma pessoa. As regras de competência em direito público são de ordem pública...⁴

9 – No direito francês a distinção entre o domínio da lei e o domínio do regulamento é considerada uma das primeiras contribuições do direito constitucional ao direito administrativo. Essa partilha despertou em Bernard Stirn três observações principais: (1) historicamente a distinção entre o domínio da lei e o domínio do regulamento foi progressivamente tomando forma. Já o art. 44º da Constituição do ano XVIII previa que “*le gouvernement propose les lois et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution*”. A Terceira República conheceu um poder regulamentar autônomo firmado pela jurisprudência. “*Même en l’absence de toute disposition législative, il appartient au pouvoir exécutif de prendre les mesures générales nécessaires à l’ordre public et au bon fonctionnement des services publics...*”. “*A côté d’un pouvoir réglementaire d’exécution des lois apparaît de la sorte un pouvoir réglementaire qui s’exerce de façon autonome*”. Foram, em seguida, criadas as matérias que a tradição republicana reserva à lei ou ao legislador, e que podem ser agrupadas em quatro grandes categorias: o regime das liberdades públicas, o estado das pessoas, a determinação dos impostos e a definição e repressão dos crimes e dos delitos. Sobre tais questões é o legislador único habilitado a editar as regras e o Governo tem uma competência que se limita a assegurar a execução. Na Segunda parte da Terceira República e na Quarta República, houve delegações do Poder Legislativo ao poder regulamentar explicadas por diversas razões, como o acúmulo do Legislativo, as dificuldades econômicas dos anos 30, o desenvolvimento das intervenções do Estado etc. A delegação apareceu na Primeira Guerra Mundial e foi retomada por Raymond Poincaré para restabelecer o equilíbrio financeiro em 1926 e sobretudo em 1929. Em seguida ela foi utilizada por quase todos os governos de 1930 a 1940: uma lei de habilitação permitia ao Governo tomar medidas necessárias para atingir um objetivo. É assim que se explica a expressão “Decreto-Lei”. “Os constituintes de 1946 pretenderam proscrever tais renúncias. A intenção do princípio posto pelo art. 13 da Constituição foi elidida por três processos complementares: a lei de 17.08.48 definiu as matérias regulamentares por natureza e veio a se constituir um primeiro esboço do art. 34 da Constituição de 1958. Querendo preservar a

4- Michel Rougevin, Bavielle, Renaud Denoix De Saint Marc, Daniel Labetoulle, *Leçons de droit administratif*, Hachette, 1989, pág. 146

ação do Governo, recorre ao Parlamento, por outro lado, às *lois-cadres*: permanecendo voluntariamente ao nível dos princípios gerais, a lei deixa uma grande latitude ao poder regulamentar para assegurar sua execução. Os constituintes de 1958 procuraram um novo ordenamento nas relações entre a lei e o regulamento. A experiência das Repúblicas precedentes mostrava que a onipotência do parlamento terminava por se voltar contra ele próprio, obrigado a renunciar a suas competências para delegá-las ao Governo; (2) os arts. 34 e 37 da Constituição organizam uma separação por matéria entre a lei e o regulamento. *“Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire” affirme la loi ne peut intervenir que dans les matières qui lui sont confiées par la constitution, le pouvoir réglementaire s’exerce de façon autonome dans toutes les autres matières*”. A lista inscrita no art. 34 se subdivide em três grupos: primeiro, corresponde às matérias que a tradição republicana reservava a lei, liberdades públicas, estado e capacidade das pessoas, determinação dos crimes e dos delitos, regime de tributação; segundo grupo, cujas matérias, a lei “fixa igualmente as regras”: lei eleitoral, criação de categorias de estabelecimentos públicos, garantias fundamentais dos funcionários, nacionalizações e privatizações de empresas; um terceiro e último grupo, que o art. 34 reserva ao legislador unicamente a determinação dos “princípios fundamentais”: organização da defesa nacional, da livre administração das coletividades locais, do ensino, do regime da propriedade, do direito do trabalho e da seguridade social; (3) a prática e a jurisprudência do “*Conseil constitutionnel*” e do “*Conseil d’Etat*” estabeleceram um equilíbrio entre a lei e o regulamento que aproveita finalmente tanto àquela quanto a este, e o conjunto dessa jurisprudência atenuou de muito a extensão do art. 34 da Constituição, a ponto de restringir o poder regulamentar autônomo que subsiste em matéria de “polícia administrativa e de **organização dos serviços públicos**”. *“Le nouveau partage entre la loi et le règlement instauré en 1958 apparait certainement comme l’un des aspects les plus réussis de la rationalisation du régime parlementaire. Il permet au Parlement de jouer de rôle qui lui revient et au Gouvernement d’exercer ses responsabilités administratives”*⁵

Concorda com essa opinião Michel Rougevin – Bavielle e outros, op. cit., pág. 147 e à pág. 150: *“La lettre du texte de l’article 34 semble suggérer, à première vue, que lorsque la loi fixe les règles, l’ensemble de la matière ressortit au domaine législatif. En revanche, dans les cas où la loi fixe les principes fondamentaux, seules les grandes lignes relèveraient de ce domaine”*

5 – Bernard Stirn, Les Sources Constitutionnelles du droit administratif. L.G.D.J. 1995, págs. 42 e segs.

10 – Encontramos semelhante relatividade no tratamento da competência legislativa e regulamentar também no direito italiano. No capítulo “As Fontes de Direito”, inserido em *Manuale di Diritto Pubblico*, dirigido por Giuliano Amato – Augusto Barbera, Il Mulino, 3ª ed., 1991, Frederico Sorrentino, particularmente à pág. 175, doutrina que, no atual sistema da Constituição de 1948, a Lei nº 400/88 seguiu o critério da Lei nº 100 de 1926 e passou a regular a matéria de competência do regulamento. *“In realtà, dalla Costituzione non solo non emerge una nozione rigida della divisione dei poteri, ma si ricavano alcuni indizi sull’ammissibilità di un’attività normativa secondaria dell’esecutivo”*.

A nova disciplina do poder normativo do Governo, contida no art. 17 da Lei nº 400/88, tem por objetivo: a) execução das Leis e dos Decretos Legislativos; b) autuação e integração das Leis, dos Decretos Legislativos, contendo normas e princípios; c) a disciplina de matérias não reguladas pela Lei ou atos com força de lei, desde que não se trate de matéria reservada à Lei; d) a organização e funcionamento da Administração Pública, seguindo disposições de Lei. Isto determina, como é evidente, um decisivo ampliação do poder normativo-secundário do governo, o qual não só poderá ser exercitado para execução das Leis (*regulamentos de execução*), mas poderá intervir para especificar e integrar princípios postos a nível legislativo (*regulamentos de autuação*) e, autonomamente, nas matérias não disciplinadas inteiramente em sede legislativa (*regulamentos independentes*).⁶

11 – No direito alemão, os regulamentos são conceituados como “atos criadores do direito que emanam da administração”. Contém disposições obrigatórias para todos de modo abstrato e colocam regras gerais de conduta. A Constituição do Estado de direito deve pôr limites ao poder regulamentar se ela não quer correr o risco que o princípio da conformidade da administração à lei não seja esvaziado em sua substância e perca assim todo o valor. Enquanto edita ela um regulamento, a administração cria regras e as executa por sua vez, o que é contrário à separação dos poderes. Certamente em nenhuma das Constituições em vigor a separação dos poderes é aplicada no estado puro e sem exceção, e a existência de um poder regulamentar não tem sido seriamente contestada em seu princípio... A complexidade e a demora, inevitáveis no processo legislativo de um lado, e a extraordinária necessidade de regulamentação que caracteriza a administração moderna, de outra parte, reforçam as tendências visando a organizar processos simplificados de edição de normas.⁷

6 – Giuliano Amato – Augusto Barbera, *Manuale di Diritto Pubblico*, Il Mulino, 3ª ed., capítulo de Frederico Sorrentino, 1991, págs. 117 e segs.

7 – Ernst Forsthoﬀ, *Traité de Droit Administratif Allemand*, Trad. Michel Fromont, Bruxelles, 1969, pág. 217 e segs.

12 – Temos no direito brasileiro que o Poder Executivo, ao realizar administração, tem implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do legislativo. Não pode, é certo, invadir as chamadas “reservas da lei”.

O poder normativo, embora predominantemente de competência do Legislativo, nele não se exaure, remanescendo boa parte para o Executivo, que emite Decretos e Regulamentos de caráter geral e eficácia externa.

Caio Tácito, comentando decisão do Tribunal Federal de Recursos, encampa a mesma tese: *“A capacidade ordinária do Estado se manifesta por meio de círculos concêntricos que vão, sucessivamente, da Constituição à lei material e formal, isto é, àquela elaborada pelos órgãos legislativos; desce aos regulamentos por meio dos quais o Presidente da República complementa e particulariza as leis; e, finalmente, aos atos administrativos gerais, originários das várias escalas de competência administrativa. São constantes as normas, de força obrigatória equivalentes às leis e regulamentos, desde que a elas ajustadas, contidas em portarias, ordens de serviço, circulares, instruções ou em meros despachos. É, em suma, substância, e não a forma, que exprime a distinção entre o ato administrativo especial (decisão específica) e o ato administrativo geral (ato normativo). Aquele, tal como as decisões judiciais, aplica o direito ao caso, resolvendo uma postulação concreta. Este representa a formação de uma ordem nova, complementar ao direito existente, que esclarece e desenvolve, tendo obviamente, conteúdo inovador, embora mínimo”.*⁸

13 – Do exposto, pode-se concluir, com base em autorizada doutrina estrangeira que aquilo que não está na Constituição, como “reservado à lei”, passa a ser competência do Poder Executivo, em fixar as normas e os preceitos, e sem sombra de dúvida detalhar e especificar os meios de implementação da lei, ou sua complementação, quando omissa ou limitada a meros preceitos de ordem geral. A sistemática da realização ou implementação da lei cabe, ineludivelmente, ao Executivo.

14 – Tais critérios têm maior validade quando a Lei Maior proclamou, a benefício do Estado, o monopólio no setor do petróleo e seus derivados. Como veremos em seguida, o monopólio exclui a concorrência, e, como tal, não se aplica a proibição de limitação à liberdade de comerciar ou ao direito de propriedade. O monopólio estatal, por natureza e pela extraordinariedade do fenômeno, contém em si mesmo a força de sua regulação

8 – Caio Tácito, *Mandado de Segurança e o Poder Normativo da Administração*, em RDA 46/246.

imediatamente. Criado o monopólio pela Lei Maior, não pode o Executivo deixar de executar e cumprir a determinação de ordem pública. Como se não bastasse a Constituição, uma série de leis, como vimos, implementaram o instituto, criando o antigo CNP e, posteriormente, o DNC, que tem unicamente função de superintender o setor de mineração. Não cria direitos e obrigações, que não decorram do próprio instituto do monopólio e, dentro do contexto geral da distribuição, os particulares executam uma parcela mínima desse ciclo de circulação de riqueza, consistente na venda a varejo e, têm o dever de cumprir as mínimas ordenações da sistemática possível. As portarias do DNC e as antigas do CNP se constituem em meras disposições regulamentares, que não expropriam os bens do particular, nem anulam seu direito de propriedade – típico mecanismo de implementação e disciplinamento do setor. Repita-se, assim, que a regulamentação discretamente se situa no campo de sua competência, sem qualquer transbordamento ou ilegalidade.

15 – Em consequência, não se pode dizer, com base no artigo 25 das Disposições Constitucionais Transitórias, que a Portaria 843 perdera o seu suporte legal. Dispõe aquele que “ficam revogadas, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição (março/89), todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à ação normativa”.

Ora, tal dispositivo se dirige e revoga as leis que dão ou deleguem ao Poder Executivo competência legislativa. Apenas isto. E tal disposição, à evidência, não tem qualquer pertinência com a legislação sobre o monopólio do petróleo. Sem falar que existe a Lei Maior e existem as leis ou fontes primárias, que instituíram o DNC e o antigo CNP e a PETROBRÁS, as quais dão absoluto fundamento legal à Portaria 843, esta sim de mero caráter regulamentar.

Mais, todo o sistema legal brasileiro, mesmo anteriormente à Constituição, está em vigor pelo “*princípio da receptividade*”.

Não há, pois, sequer de cogitar-se da ausência de legislação, mesmo formal, que embase a regulamentação administrativa.

Mesmo porque é, no mínimo, anti-ético, sem olvidar-se da anti-juridicidade, entrar uma empresa no mercado, viver segundo o regime vigorante por longos anos, e pretender só agora contestar sua legalidade. Mais, a falta de ética e a falta de juridicidade se

patenteiam, quando as empresas queixosas sustentam a legalidade por metade. Em outras palavras, querem a regulamentação na parte que lhes beneficia e propicia locupletamento indevido, até o limite de usar botijões de outras marcas. Renega a mesma Portaria, quando deva exercer as responsabilidades de empresário, no que se refere à sua identificação incólume, e realizar o investimento inicial absolutamente necessário em vasilhames, e quanto à total obrigação de fazer a manutenção e/ou qualificação dos botijões.

Monopólio e sua regulamentação

16 – Examinemos em seguida a conceituação de monopólio. Os termos de monopólio e de concorrência designam dois modos de ser, radicalmente contrapostos, da iniciativa econômica consistentes, respectivamente em uma reserva absoluta de atividade a favor de determinados sujeitos (e, simetricamente, em uma restrição absoluta da iniciativa econômica de alguns ou todos membros da sociedade); e vice-versa na fundamental condição de liberdade para eles (mesmo com algumas limitações, quer de admissão, quer de comportamento; limitações, porém, iguais para todos com base no art. 5º da Constituição) de entrar e agir sobre um mesmo mercado, oferecendo bens ou serviços.⁹

O monopólio proíbe a todos de exercitar uma dada atividade econômica e reserva o direito do exercício para determinado sujeito, geralmente o Estado, no ciclo de importar, produzir e distribuir. Sob tal aspecto é ele considerado uma “*proibição monopolística*”, proibição esta que assume particular importância no âmbito do direito administrativo e faz enquadrar o monopólio legal entre os limites à liberdade dos particulares. Tem explicação na “*potestade*” do império estatal o respeito à proibição monopolística, que se refere antes de tudo a uma série de normas e atividades dirigidas a assegurar a tutela do monopólio, e assim a vigilância entendida a impedir transgressões, bem como a previsão e aplicação das sanções relativas e conexas não somente aos ilícitos, consistentes na violação da proibição monopolística, mas também nas violações das proibições subsidiárias. No que concerne às reservas monopolísticas instituídas a favor de entidades menores, naturalmente também estas devem encontrar o momento genético próprio na lei “ainda se esta possa limitar-se a autorizar a entidade à instituição do monopólio, a qual poderá, pois, realizar-se de fato em seguida a uma sua deliberação e, se for o caso, por meio do exercício de sua “*potestade regulamentar*”.¹⁰

Antonio Berliri, depois de assinalar “o caráter coativo do monopólio e a conseqüente limitação da liberdade dos cidadãos”, tem como pacífico que esse não pode ser instituído senão mediante uma lei. Mas contesta a afirmação, segundo a qual os preços de venda dos gêneros monopolizados devam ser fixados por lei; e na verdade, enquanto a instituição do monopólio importa uma limitação à liberdade dos particulares – e não pode na verdade surgir, senão por lei – a determinação do preço de venda não lesa, ao menos juridicamente,

9 – Gustavo Ghidini, verb. “Monopólio e Concorrenza”, Enciclopédia del Diritto, Giuffrè, 1976, vol. XXVI, pág. 786.

10 – Salvador Lorenzo Rujú, Enciclopédia del Diritto, Giuffrè, 1976, vol. cit., pág. 833

a esfera da liberdade individual”¹¹

No mesmo sentido é a opinião de Renato Alessi, que depois de admitir possa haver derrogação à proibição, derrogação esta que corresponde ao Instituto da autorização administrativa, põe a questão se os preços dos gêneros do monopólio devam ser fixados por lei; “exata me parece a opinião negativa, enquanto que unicamente a introdução da produção monopolística, e não a fixação do preço do bem monopolizados, constitui limitação dos direitos dos cidadãos”.¹²

Em decorrência da própria natureza do instituto do monopólio, temos que o mesmo exclui, por si só, o direito de liberdade à concorrência, e mesmo quando liberado ou autorizado em mínima parcela (na espécie, a última fase do ciclo empresarial, venda a varejo) decorre e sofre a influência dessa natureza monopolística, e sua disciplina e implementação se constituem, nitidamente, em atividades simplesmente administrativas, objeto de mera regulamentação.

17 – Temos que o monopólio foi instituído no Brasil através de legislação formal. Em existindo lei, a sua regulamentação por decretos ou portarias é decorrência da natureza das coisas. Mesmo porque estabelecido legalmente o monopólio, sua regulação é como que automática, soando como absoluto artifício falar-se em ausência de leis formais intermediárias. Aliás, monopólio exige, por natureza, auto-regulação.

Fica roborada a conclusão acima, pelo fato histórico de que, no Brasil, o monopólio passou a ser serodidamente matéria consitucional. Temos em Celso Ribeiro Bastos no art. 177, que: “*Aliás, saliente-se que foi a Constituição de 1967 que por primeiro cuidou de instituir monopólio no seu próprio texto. Antes disso a matéria era tratada pela legislação subconstitucional. Assim é que o Decreto-Lei nº 395, de 1938, nacionalizou a indústria de refinação do petróleo importado ou de produção nacional. A nacionalização aí referida não se confunde com a monopolização*”.¹³

E complementa-se o exposto, com José Celso de Mello Filho: “*A carta federal deferiu à União exclusividade na pesquisa e na lavra do petróleo no Brasil. O monopólio instituído, pois, é da União, que o exerce por intermédio do Conselho Nacional de Petróleo (órgão de orientação e fiscalização) e da PETROBRÁS (órgão de execução). A PETROBRÁS, dessa forma, detém o privilégio legal de exercer uma atividade monopolizada pela União,*

11 – Principi di Diritti Tributario, Giuffrè, 1952, vol. I, pág. 366, 367

12 – Renato Alessi, “Monopoli Fiscali Imposte di Fabbricazione Dazi Doganali”, Unione Tipografico – Editrice Torinese, in Trattato di Diritto Tributario, vol., XI, pág. 14, 16

13 – Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Comentários à Constituição do Brasil, 7º vol., (art. 177), ed. Saraiva, 1990, pág. 166 e 167

*consistente na pesquisa, lavra, refinação, distribuição, importação, exportação, comércio e transporte de petróleo, de seus derivados e de gases naturais. Acham-se excluídos do monopólio estatal, que incide sobre o setor petrolífero, apenas: a) a venda a varejo...”*¹⁴

Evidente, pois, que o monopólio estabelecido em lei necessariamente implica a auto-regulamentação, através de meros atos normativos. Mesmo porque o monopólio pode fazer concessões ou autorizações. Em havendo estas, é óbvio que o poder monopólico pode e deve estabelecer os pressupostos, condições e regras da concessão ou distribuição. E quando a normatização consagra princípios e preceitos vivos e de longa tradição, e ainda consagrados nos sistemas de outros países – a argüição de falta de legalidade atenta contra o bom senso e a ciência jurídica. (Não é aqui o momento oportuno para discutir a figura jurídica, se “concessão” ou “licença e autorização”. Na Itália, embora a legislação denomine a espécie de modo alternado, prefere a doutrina mais recente o último enquadramento).¹⁵

Encontramos no direito comparado os mesmos conceitos a respeito do poder regulamentar conferido ao Executivo para ordenar e executar as suas atribuições constitucionais, notadamente quando se trata de monopólio.

No direito português, sob o enfoque dos princípios da prevalência e da reserva da lei, J. J. Gomes Canotilho enfrenta a questão do poder conferido à administração frente aos seus objetivos – mais propriamente das relações da lei com a administração -, para concluir que *“Trata-se daquilo que já se chamou lei como tarefa de administração. A lei deixa de ter, em primeira linha, uma função de ordem ou de limitação, para determinar principalmente medidas de conformação social e de direcção económica. A lei significa não tanto autorização, mas sim um instrumento que impõe à administração a transformação em acto de directivas jurídicas e políticas. Através desta “tática de imposição” ou de direcção por objectivos (Auftragsstaktik, management by objectives), a lei, ao mesmo tempo que impõe a realização de uma tarefa, deixa à administração a combinação dos meios e fins (administração como “regulador”) necessária ao cumprimento das directivas que lhe são traçadas”*. Mais adiante, o mesmo autor, ao examinar a competência regulamentar autônoma, acentua que *“na medida em que os regulamentos autônomos são justificados pela idéia de autonomia, que outra coisa não é senão uma expressão do princípio de auto-administração, eles podem abarcar todos os assuntos específicos de sua competência”*. Finalmente, no tocante à chamada “reserva de Governo”, o autor português observa que *“O que existe é, sim, um complexo de “actos funcionamente políticos” cuja competência é*

14 – José Celso de Mello Filho, Constituição Federal Anotada, ed. Saraiva, 1986, pág. 520.

15 – G. N. Ferrara, Nov. Dif. Italiano, UTET, verb. “distributori di carburanti”, Apendice, vol. III, pág. 29.

*atribuída directamente pela Constituição ao Governo. Nesta medida as “reservas de acto de governo” garantidas pela Constituição constituem limites à “reserva de lei”.*¹⁶

Em conclusão, temos que a regulamentação e disciplina de distribuição e venda a varejo do gás engarrafado têm suporte na Lei Maior, sem falar nas leis formais que lhe dão base, como a de nº 2.004/54, de nº 8422/92 e de nº 8.490/92.

Mais, dita distribuição e venda a varejo decorre de monopólio estatal que, por natureza, exclui qualquer liberdade empresarial, e a regulamentação contida na Portaria 843 se situa nos estritos limites da competência regulamentar e apenas disciplina tal atividade autorizada, sem qualquer ofensa aos direitos das distribuidoras. Respeita a natureza das coisas utilizando um dos dois sistemas racionalmente possíveis. Não expropria nem ofende o direito de propriedade das distribuidoras, mas simplesmente respeita princípio maior de direito, em vedar a concorrência desleal e salvaguardar o direito de cada distribuidora à sua própria marca.

Direito da Propriedade Industrial e Responsabilidade Civil e Criminal – Código de defesa do Consumidor

18 – As conclusões acima são suportadas e reafirmadas pelas disposições do Código da Propriedade Industrial, Lei nº 5772, de 21.12.1971, e pelo Direito Penal em matéria dessa propriedade industrial (Decreto-Lei nº 7903, de 27.08.1945, arts. 169 a 189).

Já o antigo Código Penal protegia as marcas de indústria e comércio e, no que se refere aos crimes de concorrência desleal, previa a fraudulenta utilização de recipiente ou invólucro de outro produtor: *“vender ou expor a venda, em recipiente ou invólucro de outro produtor, dele se utilizando para negociar com mercadoria da mesma espécie, embora não adulterada ou falsificada...”* (arts. 192 e 196, inc. IX).

O referido Decreto-Lei que substitui aqueles dispositivos, de nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, continua a punir os crimes contra as marcas de indústria ou comércio, art. 175, crimes contra a expressão ou sinal de propaganda, art. 177 e, crimes de concorrência desleal, art. 178, inc. VIII, que repete os termos do antigo Código Penal.

16 – J.J. Gomes Canotilho, Dir. Constitucional, Livraria Almedina, Coimbra, 1991, págs. 804/5, 809 e 813.

Comenta os diversos dispositivos legais José Carlos Tinoco Soares: “*Consuma-se o delito com a adoção e conseqüente utilização da marca, quer seja diretamente ao produto, quer por intermédio de rótulos, embalagens, envoltórios, recipientes e outros, tratando-se portanto de crime de perigo, eis que a possibilidade de dano é evidente quando ambas as marcas são concomitantemente utilizadas. Nessas condições não é necessário que se verifique qual foi o objetivo do infrator, pois que, como se acentuou, o crime é de perigo e este ocorre pela utilização da marca, não se levando em consideração que tal se verificou com o intuito de lucro, de concorrência ou outro*”.

“*O crime se consuma pelo simples uso da marca de outrem para os produtos de sua fabricação e seria a figura examinada de reprodução, pois além do uso da marca de outrem reproduzida, o infrator coloca em produto ou artigo que não é de sua fabricação, levando os consumidores a erro e confusão com relação a marca e os produtos originários. O crime também se consuma quando o infrator adquire frascos ou embalagens dos produtos originários com o fim de acondicioná-los com os produtos e/ou artigos de procedência diversa. (...) Assim, o delito não se refere a contratação propriamente dita, mas sim essencialmente a **usurpação** ou mais especificamente à **utilização ilícita de marcas** que pertencem à terceiros*” .¹⁷

Os crimes contra as marcas registradas, do art. 175 do Código da Propriedade Industrial, mantido pelo art. 128, da lei vigente, assumem três modalidades principais: a *reprodução*, a *imitação* e a *usurpação*. A doutrina dá o nome genérico de contrafação, como observa Carvalho Santos e Bento de Faria adverte que é inoportuna, em nosso direito, a distinção dessas figuras delituosas, já que se acham equiparadas. De outro lado, o art. 178, no seu inciso VIII, prevê a figura de *crime de concorrência desleal*, consistente na utilização de recipientes de outro produtor, para negociar com mercadorias da mesma espécie, embora não adulteradas ou falsificadas. Os menos avisados pensarão tratar-se de produtos da mesma origem. Casos típicos, da utilização de recipientes, encontram-se no ramo de bebidas, e o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, pela 6ª Câmara, na Apel nº 75.897, embora fazendo apelo ao art. 175, nº I, do cit. Decreto-Lei nº 7.903, de 1945, e referindo-se que “*as garrafas de conhaque... tinham a marca... gravadas no próprio vasilhame*”, decidiu pela condenação: “*Basta a possibilidade de passar um produto por outro, pela impressão de conjunto da sua apresentação ao consumidor, que poderá ser levado ao erro ou confusão, para que se configure o delito previsto no artigo 175, n. I, do Decreto-Lei nº 7.903, de 1945...*” . “*Trata-se, na espécie, de imitação, não sendo indispensável a semelhança*

17 – Trat. da Prop. Industrial, ed. Rev tribunais, vol. III, pág. 1426 e 1431.

*integral. Segundo a doutrina e a jurisprudência, basta a possibilidade de passar um produto por outro, pela impressão de conjunto da sua apresentação ao consumidor, que poderá ser levado a erro ou confusão, para que se configure o delito referido na denúncia. E a possibilidade de erro ou confusão considerar-se-á verificada, sempre que as diferenças não possam ser prontamente reconhecidas, nas circunstâncias em que normalmente se adquire o produto, mas apenas mediante confrontação especial e atenta”. (RT 469, págs. 354 e 356) (Cf. João da Gama Cerqueira, *Trat. Prop. Ind.*, 2º ed., págs. 1088 e 1298 e José Carlos Tinoco Soares, *op. cit.*, pág. 1528).*

Não deva ser olvidado que a legislação do direito da propriedade industrial sanciona condições que, em certo sentido, legitima a atribuição da posição monopolística, exprimindo, assim, o favor da reserva exclusiva do mercado, em detrimento do princípio concorrencial.¹⁸

19 – De outro lado, temos a realidade histórica antiga, no sentido de que o equilíbrio da livre concorrência fora estabelecido pela vedação da concorrência desleal. Na era contemporânea surgiu nova realidade, conhecida como “relação de consumo”, quando se impõem normas de ordem pública de “defesa e proteção ao consumidor”. Então, existe complementação e estreita interação entre a proteção à propriedade industrial e a defesa do consumidor, o que foi destacado por Arruda Alvim e outros, em *Código do Consumidor Comentado*, ed. RT, 2ª ed., pág. 51, com apoio em Gabriel Stiglitz: “*La ley 22.802, de lealtad comercial, sienta em su exposición de motivos una premisa de interés: mediante la inserción de normas referentes a la identificación de mercaderías y la publicidad de bienes y servicios, se pretende también proteger al consumidor*” (*Protección Jurídica del Consumidor*, p. 74, Depalma, Buenos Aires, 1986).

E o Código de Defesa ao Consumidor, Lei nº 8.078, de 11.09.90, dá base às conclusões anteriormente enunciadas e guarda perfeita harmonia com a sistemática legal. Assim, pelo art. 4º, “a política nacional de relação de consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, à proteção de seus interesses econômicos, à melhoria de sua qualidade de vida, bem como à transferência (certo, transparência) e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: ... d) pela garantia dos produtos e serviços...; III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo... sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas

18 – Gustavo Ghidini, verbs. “Monopolio e Concorrenza”, *Enc. del Diritto*, vol. XXVI, pág. 788

relações entre consumidores e fornecedores; ... VI – coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais, das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores. “São direitos básicos do consumidor, pelo art. 6º: I – a proteção da vida saúde e segurança; II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado; III – a informação adequada e clara. IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, e métodos comerciais desleais”. Adotou-se o critério da responsabilidade objetiva pelo fato do produto e do serviço, por danos causados ao consumidor (arts.12 e 14), sendo que o art. 13 exige a identidade do produtor ou importador. O art. 18 traz a responsabilidade por vício do produto e do serviço, “assim como por aqueles vícios decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente...”. Finalmente, os artigos 31 e 37 estabelecem que a oferta e apresentação dos produtos ou serviços, bem como a publicidade devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa, sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazo de validade e “origem”, sendo que é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva; é definida, como enganosa, qualquer modalidade de informação ou comunicação, inteira ou parcialmente falsa ou capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, “origem”, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. (Essa disparidade, ou melhor, falsidade, é inquestionável, quando a indicação da origem é falsa e está impressa no recipiente, através de marca própria do concorrente).

Em conclusão, os dois institutos, da proteção contra a concorrência desleal e da defesa do consumidor, aliás, este complementando aquele face às exigências da modernidade, demonstram, por si só, a total injuricidade em sustentar a permissibilidade da utilização pela concorrente, de botijões de GLP, com a marca alheia, própria de terceiro (OM).

20 – Temos, ademais, a perfeita distinção entre a propriedade material do recipiente regida pelo Direito Privado, e a propriedade industrial regida pelo Código próprio, que penaliza a concorrência desleal. Este último preceito de ordem pública é superior na ordem jurídica, e a Portaria 843 cit. nada mais fez que observá-lo. E nem poderia ser diferente ao impor as distribuidoras que recebessem botijões de qualquer cliente e portanto de qualquer marca, e em sendo proibido o enchimento deles por quem não fosse o próprio titular da marca, necessariamente tinha que exigir a **destroca** dos cilindros entre as concorrentes.

Dentre dois únicos sistemas possíveis, cliente cativo ou o sistema da destroca, o Governo escolheu um deles, que vigora há cerca de dezenove anos, respeitando o princípio legal maior da proteção da marca e o interesse social maior em fixar a responsabilidade civil e criminal, pela identidade da marca impressa. A mencionada Portaria atende a natureza das coisas e respeita princípios superiores, para preservar a propriedade industrial, respeitar à marca, evitar a concorrência desleal e estabelecer a responsabilidade civil e criminal. Inexiste qualquer outro processo de identificação da distribuidora responsável, senão pela marca impressa indelevelmente no cilindro de aço; todas as outras alternativas, como lacres de plástico, são todas precárias e não resistem ao sinistro.

Direito Subjetivo e Obrigação – Poder e Dever – Direito de Disposição – Direito Potestativo

21 – Ao longo do presente trabalho, percorre a realidade jurídica no sentido de que existe um “*direito-dever*” de **destroca**. Como a distribuidora tem obrigação de receber do consumidor qualquer marca de vasilhame, automaticamente e a partir desse recebimento, tem a outra distribuidora, titular da marca, o “direito ou o poder de dispor” desse bem. Reciprocamente e em perfeito equilíbrio, tem a distribuidora detentora desse botijão alheio “o direito e o poder” de receber, em contrapartida seu próprio botijão (ou botijão com sua marca). Há o “direito de dispor”, a benefício do concorrente titular da marca e obrigação da entrega de dito botijão ao seu titular, mas simultaneamente há a “obrigação de dispor”, por parte do outro concorrente, do botijão com a marca dessa distribuidora, e a ele cabe o “direito de dispor” do seu próprio botijão, que se encontra com seu concorrente: - isso é cumprido e executado através da chamada **destroca**. A titularidade de tais direitos se identifica pela marca indelével e em relevo, aposta nos próprios botijões de aço, adquiridos originalmente pelas distribuidoras. Assim, funciona a sistemática de distribuição e da chamada **destroca** de botijões, através da mecânica idêntica aos vasos comunicantes, como vimos.

É necessário que se diga que, no caso em exame, não tem qualquer pertinência o debate sobre o direito de propriedade ou não, sobre o vasilhame, ou de que se trataria ou não de bem fungível. Trata-se de discussão estéril e inútil, e refoge ao fulcro da questão, que se situa simplesmente no direito-obrigação da **destroca**, em respeito ao investidor originário e titular da marca e em respeito ao consumidor, sobre a origem do serviço prestado e da necessária manutenção e qualificação do vasilhame, e finalmente, em respeito aos preceitos da responsabilidade civil e criminal, inclusive no aspecto de proteção ao consumidor.

22 – Para justificar o direito-dever da chamada **destroca**, suficiente seria invocar-se a “teoria do dever de conduta”, tão fértil e muito utilizada no Direito Público. Tal ocorre todas as vezes que o poder público, mercê da lei cogente, exige determinada conduta do cidadão. Entre as várias classificações propostas, temos as normas obrigatórias, normas diretivas, quanto cogentes, que geram um dever de conduta absoluta e inderrogável, podendo elas ter relevância jurídica defronte terceiros (Guido Landi – Giuseppe Potenza, *Manuale di Dir. Amm.*, 9ª ed., Giuffrè, págs. 22 e 64 segs.) Tais normas obrigatórias imperativas ou cogentes bastariam para justificar a **destroca**.

Mas, invoquemos em seguida teorias, no direito contemporâneo, que consagram esse dever de conduta, máxime quando tal decorre do poder estatal inerente ao exercício do monopólio.

Tenha-se presente que não é necessário acatar integralmente tais teorias, mas são elas mencionadas, apenas, para destacar aspectos do fenômeno jurídico e demonstrar a plena validade da chamada **destroca**, imposta pela regulação existente, e sem qualquer ofensa ao direito de propriedade, que ademais foi transformado em *punctum saliens*, sem qualquer pertinência ou cabimento.

Como vimos, o regulamento não interfere no direito de propriedade, antes o respeita integralmente. Mais, a linguagem proibitória, que pareceria uma limitação ao direito de propriedade, nada mais é que a grafia do princípio superior de respeito à marca alheia. Ao invés da leitura de que é proibido engarrafar botijão com a marca alheia, leia-se o que está em qualquer lei de proteção à propriedade industrial, esta sim que penaliza a utilização de vasilhame com a marca de terceiro. Mas, aqui existe um interesse público que é a proteção do consumidor, a obrigação de manutenção do vasilhame e a identificação do titular para efeito da responsabilidade civil e criminal. Faremos a exposição de tais doutrinas, para mostrar que o próprio direito consagra o que está exposto, singelamente, na respectiva regulamentação.

Testemunha Natalino Irti, a propósito da categoria do poder, que uma nota constante na sua definição, reside no relacionamento entre a figura em exame e os atos jurídicos. *“Poder designa, em linha de máxima, a possibilidade de conseguir o resultado, ou seja, de determinar a produção de certos efeitos jurídicos”*. *“Questa teoria muove da un esatto rilievo: che talora elementi di valutazioni giuridiche (ad esempio, soggetti dell’obbligo, atti, a cui la norma ricollega, come effetti, le stesse valutazioni. Si tratta di una speciale tecnica di determinazione dell’effetto...”*.¹⁹

19 – Natalino Irti, *Introduzione allo Studio del Diritto Privato*, Padova, Cedam, 1990, pág. 37.

Temos em Francesco Santoro – Passarelli: *“La posizione attiva del rapporto giuridico può designarsi col termine generico di potere, quella passiva col termine correlativo di dovere. Però diverso, a seconda dei casi, è il contenuto del potere e rispettivamente del dovere e corrispondentemente diversa la struttura dei rapporti giuridici. La figura tipica, sebbene non esclusiva, del rapporto giuridico provato è quella in cui potere costituisce un diritto soggettivo. Però, mentre sicuramente il diritto privato è caratterizzato da ciò, che la tutela dell’interesse avviene mediante l’attribuzione al singolo di un potere di volontà, è gravemente controversa la nozione di diritto soggettivo e conseguentemente la delimitazione fra il diritto soggettivo e i poteri del singolo diversi dal diritto soggettivo...”*. *“In realtà il contenuto del diritto soggettivo può essere costituito, anzitutto, da una supremazia del volere del titolare, grazie alla quale lo stesso può da sollo realizzare il suo interesse: a questa supremazia, che può chiamarsi potestà, fa riscontro dall’atro lato del rapporto non un obbligo, ma una mera soggezione, poichè il soggetto è veramente passivo, subisce le conseguenze della potestà. Quando invece il concenuto del diritto soggettivo è costituito da una pretesa, allora soltanto al diritto soggettivo è correlativo un obbligo: il soggetto passivo è tenuto ad un certo comportamento, grazie al quale l’altro soggetto realizza il suo interesse. Così nella proprietà e negli altri diritti reali, stante la signoria indipendente e immediata del titolare sulla cosa, il contenuto prevalente del diritto soggettivo è costituito dalla postetà, rispetto alla quale è strumentale la pretesa del titolare verso gli altri soggetti. E viceversa nel credito, sebbene non manchi l’elemento potestativo, campeggia la pretesa correlativa all’obbligazione, il lato passivo così importante per l’essenza del raporto da dargli il nome (rapporto obbligatorio). L’individuazione di un potere determinante come possibile contenuto del diritto soggettivo ci consente d’intendere dua altre figure di diritto soggetti per diverse ragioni assai controverse: il diritto di garanzia e il diritto potestativo...”*. *“Il potere determinante è allo stato puro nel diritto potestativo, nome che sta esattamente ad indicare come il contenuto di questo diritto si esaurisca in una potestà (Chiovenda, L’azione nel sistema dei diritti, Saggi di diritto processuale civile, Roma, Sefi, 1930, p.20 ss.; Messina, Diritti potestativi, Scritti giuridici, Milano, Giuffrè, 1984, V.p.3 xx.; Falzea, La separazione personale, Milano, Giuffrè, 1943, p. 127 xx): per effetto di un rapporto determinato, e perciò il fenomeno non può ricondursi alla libertà di volere del soggetto, il titolare può volere com effetto rispetto alla sfera giuridica del soggetto passivo, che non può e non deve fare nulla e soltanto soggiace alle conseguenze della dichiarazione di volontà. La figura del diritto potestativo permette di definire e raggruppare molti poteri prima sfuggitti ad una esatta identificazione; fra vari altri, sono diritti potestativi puramente sostanziali, al cui esercizio cioè non occorre una pronunzia giudiziale, il diritto di affrancazione dell’enfitueuta (art. 971), il diritto di risoluzione privata del contratto per inadempimento*

(art. 1456), il diritto di recesso nei contratti di durata indeterminata, il diritto di riscatto del venditore (art. 1500). Le critiche contro la categoria, relativamente recente, dei diritto potestativi sono il frutto di una concezione inadeguata del diritto soggettivo, come deve parer chiaro dopo quello che s'è osservato sull'elemento potestativo ricorrente anche negli altri diritti soggettivi. Dalla rapida scorsa risulta anzi come nel diritto soggettivo il potere sia assai più spesso una potestà, grazie alla quale il titolare realizza da sé il suo interesse, anziché una pretesa, che suppone la necessità della cooperazione del soggetto passivo, l'obbligato, per la realizzazione dell'interesse del titolare...". "Ai poteri particolari, privi di autonomia, che possono distinguersi analizzando il contenuto di un diritto soggettivo (ad esempio il diritto di proprietà), talvolta impropriamente designati come diritti facoltativi, è da riservare, in conformità del nostro linguaggio tradizionale, il nome di facoltà...". "Si è detto sopra che al potere di un soggetto è correlativo il dovere di un altro o degli altri soggetti. Si è anche detto come il dovere non sia nè necessariamente nè normalmente un obbligo. Ora è da aggiungere che la soggezione correlativa alla potestà, costituisca o no la stessa un diritto soggettivo, se pure può correttamente designarsi come dovere, non è un dovere di comportamento, qual'è appunto l'obbligo, ma tutt'al più un dovere di rispetto, cioè un non potere non rispettare".²⁰

Um dos autores que mais estudaram a questão dos "poderes ou potestade", Santi Romano, Frammenti di un Dizionario Giuridico, distingue o poder, no sentido estrito, do conceito do direito subjetivo, ambas espécies do gênero, poderes, no sentido lato, sendo que o primeiro se desenvolve numa direção ou aspecto genérico e não se resolvem em pretensões em outros sujeitos, e por isso não seria correlativo a obrigações, enquanto o direito subjetivo se desenvolve sempre em uma concreta e particular relação jurídica ou com uma dada coisa ou face a uma dada pessoa, que vice-versa terão obrigações correspondentes. Destas definições tira numerosas conseqüências. Depois de explicar que tais teorias desembocaram na figura dos "direitos potestativos", desenvolvida por Zitelmann, nos fins do século passado, reconhece que: "Ci sono effettivamente dei poteri che non possono esplicarsi se non verso persone che si trovano di fronte al loro titolare in uno stato di soggezione: così, ad esempio, la patria potestà, la potestà maritale, molti poteri degli enti pubblici..."

E destaca que: "Ci sono dunque dei poteri che spettano a chiunque ha una data capacità generale o speciale: ad es., i poteri di occupare "res nullius", di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi, etc. Che essi siano inseparabili dalla capacità, che abbiano vita con questa e ne seguano indissolubilmente le vicende, è più evidente che per gli altri poteri, e sono per l'appunto quelli che spesso hanno indotto a considerarli come forme

di capacità esse stessi. Tali specie di potere sono più frequenti nel diritto pubblico, ma si rinvencono numerosi anche nel diritto privato. Ma pure quelli che riposano non soltanto sulla capacità in genere, ma anche su qualche qualità o posizione particolare, per esempio, sulla qualità di funzionario, di padre, di marito ecc., non sono sostanzialmente diversi, giacchè è, come si è detto, la legge che dispone che certi poteri rimangono attribuiti a chiunque abbia una data qualità o posizione, dipenda essa o non dipenda dalla volontà altrui o del suo titolare...”²¹

23 – Corinne Saint-Alary-Houin, reproduzindo a noção dos “direitos potestativos” recorda que Pothier enfatizava que, ao lado dos *jus in re e in persona, existiam jus ad rem*, direitos pessoais tendo uma coisa por objeto, mas é no estrangeiro que nasce a idéia de que certos direitos não conferem prerrogativas, nem sobre um bem, nem ao encontro de uma pessoa. Os Autores alemães do fim do século XIX relembavam a existência de direitos tendentes a modificação de outros direitos (Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar, 1878). Seu objeto consiste em um direito ou um certo número de direitos e os “**direitos ditos de apropriação**”, notadamente, consistente no poder de adquirir um direito (Ennecerus, Trat. Dir. Civ., pág. 602). Esses direitos são qualificados de “direitos formadores”. Narra, outrossim, que na Itália nasce uma doutrina nova, aquela dos “direitos potestativos”, que não são direitos reais, nem direitos pessoais. (Messina, Nuovo Digesto Italiano, verbete Diritti Potestativi, t.III, p.737 et ss.).

20 – Francesco Santoro – Passarelli, Dottrine Generali del Diritto Civile – Napoli – Casa Editrice Doit, Eugenio Jovene – 1954, págs 53 e segs.

21 – Santi Romano, Frammenti di un Dizionario Giuridico – Milano – Dott. A Giuffrè – Editore, 1953, págs. 174, 183 e 196/197

Reproduz, em seguida os conceitos da nova doutrina francesa, à pág. 462, n.508: *“Le droit potestatif a été défini comme “le pouvoir par lequel son titulaire peut influer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en créant de nouvelles au moyen d’une activité propre unilatérale! (I. Najjar, Le droit d’option, contribution à l’étud du droit potestatif et de l’acte unilatérale, L.G.D.J., 1963). Cette définition est très proche de celle du droit formateur, “droit subjectif tendant à la création, la modification ou l’extinction d’un rapport juridique par un acte unilatérale de volonté” (L’Huillier, Le droit formateur en Suisse, 1947). Le droit potestatif se caractérisé donc par sa structure et par sa nature de droit subjectif”...*

O citado autor Messina, em op. cit., pág. 743, destaca o critério: “che abbiamo riconosciuto proprio del diritto potestativo: la soggezione dell’avversario”.

24 – Temos no direito alemão, com Karl Larenz: *“los derechos de transformación o modificativos (“derechos de poder jurídico”) conceden al titular la facultad de configurar una relación jurídica por mediode acto unilateral, extinguirla o modificarla, y en algunos casos también a constituirla”.*²² O mesmo autor, em Dir. Civ., Parte Geral, Ed. R.D. P., 1978, em nota 1ª pág. 130, fundado em Giercke: *Os “contratos de configuração jurídica obrigacional” (ou de modificação) são negócios de disposição”.*

25 – Apenas indicado na doutrina pandetística, o conceito de **“ato de disposição”** (verfügung), foi elaborado pela doutrina do Código Civil alemão, para designar uma categoria de negócios jurídicos (verfügungsgeschäfte) contraproposta aos contratos obrigatórios (verpflichtungsgeschäfte). Tal doutrina tem como base o parágrafo 185 do BGB, com vistas à “disposição” de um direito de outrem. O **“direito de disposição”** é diverso do **“direito de propriedade”**.

A admissibilidade de um poder de disposição em termos de autônoma relevância, como é sabido, foi sustentada pela primeira vez, de maneira orgânica, por Thon. Posto que o direito de propriedade constituísse o objeto de alienação, o autor concluiu que o poder que o transferisse não pode ser uma parte constitutiva do direito transmitido. Ao contrário, este deve ser estranho ao direito. Aquilo que transfere não pode ser aquilo que é transferido, e utiliza-se de sugestiva imagem de que a força que joga uma pedra não pode identificar-se com esta. A força é um dado que preexiste e a pedra é o objeto de sua aplicação. A energia que determina o lançamento da pedra é estranha a esta. Também o poder de disposição constituiria, portanto, uma entidade jurídica extrínseca ao direito de propriedade.²³

22 – Karl Larenz, Derecho de Obligaciones – Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 579

23 – Antonio Binni, verbete “potere di disposizione”, em Nov. Dig. Italiano, UTET, vol. XIII, pág. 451

Anotam Luigi Mengoni e Francesco Realmondo, que houve um transbordamento, em relação ao conceito rigoroso, dos “*negócios dispositivos*”, incluindo não só as disposições dos particulares direitos subjetivos, mas também as chamadas disposições de relações jurídicas, isto é, os negócios com os quais se exercitam direitos potestativos, tendo como conteúdo as modificações, e em particular a quebra das relações jurídicas complexas.²⁴

No direito italiano, quanto ao “*ato de disposição*” do direito de outrem, há um paralelismo entre o citado § 185 do BGB com a Segunda parte do art. 1478 do Código Civil italiano; estatui este que, pela venda de coisa de outrem, “*il compratore diventa proprietario nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa*”.

Como já se disse, não é necessário aceitar tais teorias para se reconhecer o direito absoluto que tem o titular da marca, em dispor de seu botijão, no instante em que ingressa na posse da distribuidora-concorrente. As teorias foram expostas, apenas para destacar aspectos e melhor compreensão do direito chamado de **destroca**, e mostrar que este nada tem de extraordinário ou aberrante, nem ofende o direito de propriedade da empresa. Não há expropriação sem contraprestação, mas simples normas administrativas que regulam a execução e implementação do mesmo monopólio, beneficiando particulares no setor de vendas a varejo (distribuição no varejo) e resguardando às duas partes o direito da marca e da propriedade sobre seu bem móvel. Temos que a medida, pois, se situa simplesmente no terreno do direito administrativo e, como tal, regula e implementa o monopólio estatal, sem qualquer invasão no direito de liberdade e propriedade do particular, ou seja, regula uma pequena e derradeira parcela do ciclo econômico total, desde a produção e importação da matéria-prima, seu ingresso no mercado através do transporte e distribuição, para chegar, finalmente, na venda a varejo.

26 – Aqui, como já foi dito e redito, a distribuidora titular da marca torna-se proprietária do vasilhame, no momento em que a distribuidora concorrente-vendedora recebe obrigatoriamente o botijão do consumidor. Passa o titular da marca a ter o “*direito de disposição*” sobre o bem e, por parte da distribuidora concorrente e receptora do botijão, existe em contrapartida a “*obrigação de dispor*” de dito vasilhame. Tão logo recebido na distribuidora, tem o titular da marca, imediata e automaticamente, à sua inteira disposição dito bem, mesmo porque absolutamente proibida a sua utilização pela distribuidora concorrente. Simples poder de regulamentação, que não ofende ou limita a propriedade, mas antes faz respeitá-la integralmente.

24 – Luigi Mengoni e Francesco Realmondo, Enciclopédia del Diritto – Giuffrè, verb. *disposizione* (atto di), vol. XIII, pág. 189 e segs.

Para ilustrar a conclusão, é do conhecimento do setor de GLP, que existem, nos Tribunais, diversas ações possessórias, com a concessão de liminar, em prol do titular da marca, no sentido de obter a posse dos botijões retidos, indevidamente, pela concorrente. No nosso entender, a ação mais adequada é a “imissão de posse”, de natureza petítória.

Essa obrigação de “dispor” do vasilhame, em prol do titular da marca decorre, ainda, da categoria jurídica do monopólio, que tem o direito de regulação, nas concessões ou distribuições, e pode e deve estabelecer as condições e pressupostos desta distribuição. Nada há de anti-natural ou anti-jurídico nesse comportamento, principalmente pela circunstância de que as distribuidoras reclamantes entraram no sistema, quando já existiam tais princípio e regras.

É totalmente anti-jurídico e anti-ético pretender mudar, unilateralmente e por metade as normas de regulação após cerca de uma vintena de anos de sua aplicação e utilização, comprovada e aprovada.

Não pode o Judiciário interferir na competência do Governo

27 – Mais, o comportamento das distribuidoras queixosas pretende, unilateralmente, quebrar a sistemática vigente imposta pelo Poder Executivo, no interesse geral público, e com salvaguarda à segurança da população usuária. Ora, tal regulação é inerente ao Poder Executivo, que ademais detém o monopólio do produto. É da natureza das coisas e da substância do monopólio o direito e o dever de estabelecer as condições dessa concessão.

E É PACÍFICO NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA QUE O JUDICIÁRIO NÃO INTERFERE NO MÉRITO DOS ATOS INERENTES AO DITO PODER EXECUTIVO, MÁXIME QUANDO A REGULAÇÃO E EXECUÇÃO DECORREM DO PODER MONOPÓLICO DESTES.

Nesse sentido o Tribunal de Justiça de São Paulo: “A apreciação dos atos administrativos pelo Poder Judiciário restringe-se ao aspecto legal; não abrange critérios de conveniência, ou oportunidade, ou o seu mérito” (TJSP – RDA 40/100). E o 1º Tribunal de Alçada Civil: “Não cabe ao Poder Judiciário entrar no merecimento do ato administrativo, para achá-lo bom ou mau, justo ou injusto, prejudicial ou vantajoso” (RDA 32/272). E, ainda, os seguintes acórdãos: “O julgado não se sustenta porque a pretensão do autor não era providência admissível pelo direito objetivo, caracterizando-se a impossibilidade jurídica pela falta de “coincidência, na afirmação contida no pedido, dos caracteres que são necessários e suficientes para que o órgão jurisdicional deva realizar sua tarefa, que consiste em exercer suas funções na direção e forma previstas pela ordem jurídica”, na lapidar definição da primeira das condições da ação dada por Mandriolli, e aplaudida pelo Des. José Frederico Marques, em suas instituições... (p. 40 do v. 2º, 4ª ed.), eis que a pretensão do autor não encontrava admissibilidade no direito objetivo, na medida em que não podem os juízes e tribunais assomar para si a deliberação de prática de atos de administração, que resultam sempre e necessariamente de exame de conveniência e oportunidade daqueles escolhidos pelo meio constitucional próprio para exercê-los”. (Ac. da 5ª Câmara do TJ. SP., na Apel, nº 166.981-1/1, j. 07.05.92, rel. Des. Marco César, em RT 685/84) e, “Ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, cabe exercer a fiscalização, o incentivo e o controle no setor econômico-financeiro e determinar as medidas necessárias visando a solução dos problemas nacionais, e, especificamente, aqueles tendentes a deter escalada inflacionária e o aumento do custo de vida... Ato desse jaez, pertinente a política econômica,

deve restar incólume a interferência do Judiciário, porquanto a Administração demanda liberdade para agir, na defesa do interesse do povo, o qual há de prevalecer sobre o de qualquer grupo...” (Ac. STJ, Mandado de Segurança nº 69, rel. Min. Geraldo Sobral, DJ 28.08.89, pág. 13.674 e RSTJ 2/536 citados pela Jurisp. Informatizada Saraiva).

Aliás, é necessário que se diga que o caso em julgamento recebeu a liminar com diversas restrições, erigidas em condicionantes à sua concessão: “... cautelar em primeiro grau se processe com a liminar pleiteada, ficando a ora impetrante autorizada a engarrafar o GLP, em botijões OM, obrigando-se, contudo, a proceder a sua pintura com suas cores e destaque de sua marca para efeitos de identificação” (voto do rel., acolhido em 29.11.94, por maioria, pelos juízes da 2ª Secção, do Tribunal Regional Federal, 3ª Reg., com votos vencidos dos juízes Ana Escartezzini, Diva Malerbi e Homar Cais – Mand. Seg. nº 9303111772-7 SP).

Ora, tais restrições são exemplos flagrantes e acabados da indébita interferência do judiciário, no mérito dos Atos Administrativos, sob critério da oportunidade e eficiência de tais atos. São matérias de política legislativa e normativa que só competem ao Legislador e ao Executivo, vedadas ao Judiciário.

Finalmente, deva ser anotado que será juridicamente aberrante, dentro do sistema federativo, prevalecer a liminar, ou procedência do pedido, apenas, para a região de São Paulo, enquanto nas demais regiões da Federação prevalece a Portaria 843.

Dizer o Judiciário que não cabe às empresas distribuidoras fazer a **destroca** é interferir, indebitadamente, na mínima competência do Poder Executivo, (e mais, Poder Monopólico) e transformar o “*Juízo*” em “*Governo da coisa pública*”. Pior, é intervir violentamente numa única fase isolada de um sistema completo, quebrando toda a harmonia, lógica e perfeição desse sistema, e trazendo conseqüências catastróficas consistentes no locupletamento indevido de um bem alheio (e do qual não tem a “disposição”), na usurpação da marca, na degradação do vasilhame pela falta de manutenção e/ou qualificação e, finalmente, na anulação completa do enunciado da responsabilidade civil e criminal, inclusive no seu aspecto de proteção ao consumidor.

Resumo e conclusão

28 – Em matéria de distribuição de gás em botijões, o direito brasileiro partiu da realidade universalmente aceita, no sentido de que a distribuidora deva ter seu nome impresso indelevelmente no botijão de aço. E que deva ela, na sua implantação, ter estoque suficiente desses botijões.

Daí, somente dois sistemas serem possíveis: ou o cliente está vinculado diretamente à distribuidora pela marca própria, ou a distribuidora deva aceitar do usuário botijão de qualquer marca (OM).

Porém, como não podem encher botijão com marca alheia, deva ela fazer a **destroca**, recebendo em contrapartida botijão com sua própria marca. Nada mais simples e singelo. O terceiro sistema pretendido pelas distribuidoras dissidentes, no sentido de poder encher botijão com marca alheia, além de ofender preceito superior de proteção à marca e impedimento à concorrência desleal, traz a total irresponsabilidade criminal e civil para o empresário pela impossibilidade de identificação da autoria em caso de sinistro.

O regulamento emitido pelo Governo Federal procura disciplinar, de modo coerente e irracional, a última ponta do setor de gás liquefeito, no que se refere à venda à varejo. Não extravasa da sua competência regulamentar, e tem perfeito fundamento na Lei Maior e em leis hábeis (normas primárias), sem falar no caráter e substância monopolística pertencente à União, que, por si só, justificaria qualquer intervenção na propriedade ou na liberdade da circulação econômica.

No entanto, ficou o Governo Federal estritamente nos limites de sua competência normativa, como se disse. Não proibiu as distribuidoras de exercerem suas atividades, ou utilizarem sua propriedade sobre seus botijões. Simplesmente observou preceito superior da propriedade industrial e de proteção ao consumidor. Jamais poderia o Regulamento determinar que as empresas pudessem engarrafar botijões, mesmo com a marca alheia, como querem as distribuidoras descontentes. Aí, sim, haveria grave infração ao sistema legal e ao direito da propriedade.

Tendo a Portaria suporte legal, na Constituição e leis específicas e situando-se na mera competência do Poder Executivo, bastaria para justificar a regulamentação, apenas, a

natureza da Norma, que impusesse às distribuidoras “*dever de conduta*”. E tais normas são comuns no Direito Público. No entanto, indicamos doutrina, quer de ordem de direito constitucional, quer de direito privado, que ilustram e roboram a perfeita jurisdição do regulamento.

Finalmente, querem as empresas dissidentes, a pretexto de combater inexistente ilegalidade, que o Judiciário encampe comportamento anti-ético e anti-jurídico, consistente em ofensas ao direito da propriedade privada, ao direito da propriedade industrial e ao elementar princípio da responsabilidade civil e criminal, em função da autoria. Mais, pretendem elas, que o Judiciário intervenha no mérito das medidas administrativas, quando é entendimento consolidado e secular no Direito Brasileiro, que não pode o Judiciário intervir nos “*atos do Governo*”.

São Paulo, junho de 1995.

Mario Brenno Pileggi – OAB/SP nº 9.006

EDITADO COM A COLABORAÇÃO DE:

SINDIGÁS – Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de GLP.
A.B.G. – Associação Brasileira de Gás
AgipLiquigás S.A .
Bahiana Distribuidora de Gás Ltda.
Cia. Ultragaz S/A
Copagaz Distribuidora de Gás Ltda
Mangels Industrial S.A.
Metalplus Metalúrgica Plus S.A.
Minasgás S.A Distribuidora de Gás Combustível
Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda.
Novogás – Cia. Nordeste de Gás
Paragás Distribuidora Ltda
Petrogaz Distribuidora S.A.
Plenogás Distribuidora de Gás S.A.
Sociedade Fogás Ltda.
Supergasbrás Distribuidora de Gás Ltda
Tropigás Distribuidora de Gás de GLP Ltda.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.