

PARECERES

TRIBUTAÇÃO DA SOBRETAXA DE ENERGIA ELÉTRICA: ILEGALIDADE*

Jordi Machado**

1 - Cuida-se de ofício formulado pelo Secretário de Infra-Estrutura da Secretaria de Estado de Infra-Estrutura o **Sr. CARLOS MARANHÃO GOMES DE SÁ**, o qual solicita o exame e parecer sobre a questão em epígrafe que vem sendo argüida pelo Fórum Empresarial, em nome do Setor Industrial de Goiás, tendo em vista a atual crise de energia e os encargos e responsabilidades cabem à Câmara Estadual de Gestão da Crise de Energia.

2 – Especificamente consulta sobre o seguinte tema “ Em face da **SOBRETAXA** que vem sendo cobrada pela **CELG**, por determinação da Câmara Federal de Gestão da Crise de Energia Elétrica e da **ANNEL**, aos consumidores que excedem suas cotas de consumo de energia elétrica, após o primeiro mês de advertência, e, independentemente de considerações sobre a legalidade, questionamos a esta Procuradoria, da possibilidade legal do Estado de Goiás, desconsiderar a cobrança do ICMS sobre esta SOBRETAXA, tendo em vista a sua real natureza, TARIFA ou MULTA?”

3 – Assim, os autos vieram à Procuradoria Geral do Estado, onde foi determinada, em 3 de agosto do corrente ano, sua distribuição a este Procurador para a devida manifestação a respeito do solicitado na forma legal.

4 – A questão em apreço erigiu-se pelo fato do Governo Federal, recentemente, por meio da Medida Provisória nº 2.147, publicada no Diário Oficial do dia 16/05/2001, criou a chamada Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (GCE), cuja atribuição primária é implementar medidas de natureza emergencial para compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas de eletricidade. Em outros dizeres, o referido órgão nasceu com a incumbência de elaborar um plano para conter o consumo de energia elétrica no Brasil, criando para isso várias resoluções, dentre elas, a de número 4, publicada em 22 de maio de 2001, que dispõe sobre os

* Nota do Editor: Parecer publicado no Processo nº 19902530

** Procurador do Estado e advogado.

regimes especiais de TARIFAÇÃO, limites do uso e do fornecimento de energia elétrica e medidas de redução do seu consumo, resolução esta encampada pela reedição das Medidas Provisórias que vieram a receber os nrs. 21.48-1, de 22/05/2001, 2.152-2, de 01/06/2001 e 2.198-4, de 27/07/2001 reeditadas mensalmente, tendo sua numeração alterada, até que seja votada pelo Congresso Nacional.

5 – Apresentou como justificativa ao racionamento, a ocorrência de poucas chuvas nos últimos meses, fazendo com que os reservatórios das hidrelétricas diminuíssem os seus volumes de tal forma que a geração de energia será insuficiente para atender a demanda por vir.

6 – O presente questionamento tem por objetivo analisar e discutir, sob o prisma da juridicidade, a possível exigência da incidência do ICMS sobre a SOBRETAXA de energia elétrica cobrada pela CELG, a qual está revestida sobre a denominação de TARIFA daqueles que incorrerem em excesso ou aumento do consumo de energia elétrica, uma vez que não se sabe ao certo se trata de TARIFA ou MULTA na forma prevista na legislação pertinente.

7 – Isto porque a relação jurídica entre o consumidor de energia e a empresa concessionária é de direito privado, contratual. Como qualquer contrato, o de fornecimento de energia, é sinalagmático, prescrevendo direitos e deveres recíprocos entre as partes. Por outro lado, a relação entre a concessionária e o poder concedente é de direito público. A concessionária obriga-se a fornecer a energia e o poder concedente a fixar-lhe tarifas que resguardam a equação financeira da concessão (manutenção, remuneração e investimentos da empresa), pois o Governo malversou as duas relações jurídicas com a fixação da SOBRETARIFA para os consumidores de energia elétrica que deixarem de cumprir a redução prevista na MP questionada.

8 – Para orientar a consulta em pauta necessário se faz saber que natureza jurídica tem essa sobretarifa será uma multa civil? Mas como se não foi fixada pelas partes “ex-contractu”? É pena pecuniária a punir uma conduta injurídica? Ora, não há pena restritiva de direitos ou pecuniária sem prévia definição da conduta delituosa. Consumir energia não é conduta punível. A Constituição prevê tanto a liberdade contratual como a tipicidade prévia, por lei do Congresso, das condutas puníveis. Será tributo sobre consumo excessivo de energia elétrica? Todo imposto novo exige lei complementar para instituí-lo com quorum de metade mais um dos membros do Congresso Nacional! Se não é multa, se não é adicional contratual de tarifa com incidência de 30% de ICMS e se não é tributo, só pode ser confisco, fato expressamente proibido pela Constituição, em defesa dos cidadãos republicanos.

9 – A conceituação de multa está ligada à aplicação de penalidade pecuniária

por infração à norma jurídica. João Roberto Parizzato¹ conceitua multa como “a pena pecuniária imposta a alguém em virtude de infrigência de determinada obrigação legal ou contratual. Tal infrigência tanto poderá ser à prática de específico ajuste, ou seja, a uma obrigação de fazer ou não fazer, de entregar ou de não entregar ou mesmo de pagar uma quantia em época aprazada.”

Geraldo Ataliba² ensina que “o dever de levar dinheiro aos cofres (tesouro-fisco) do sujeito ativo decorre do fato imponible. Este, por definição, é fato jurídico constitucionalmente qualificado e legalmente definido, com conteúdo econômico – por imperativo de isonomia (art. 5º, caput e inciso I da CF) – não qualificado como ilícito. Dos fatos ilícitos nascem multas e outras consequências punitivas, que não configuram tributo.”

João Dácio Rolim e Maria Inês Caldeira Pereira da Silva³ diferenciam multa e tributo desta forma:

“A multa é toda prestação pecuniária compulsória incidente em decorrência da prática de um ilícito legal ou contratual, instituída em lei ou contrato em favor do particular ou do Estado. Diferencia-se do tributo pelo fato deste decorrer de um fato lícito, em conformidade com a lei.”

10 – Pode se notar que existe uma diferença na essência econômica entre os tributos e as multas. A tributação incide na atividade econômica como o instituto legal que, qualificando a atividade empresa, estabelece a transferência de riqueza do particular para o Estado. De outro lado, a natureza econômica da multa não se refere à taxação dos bens e riquezas e sua transferência para o Estado, consistindo, economicamente, como despesa para o contribuinte, devendo, assim, ser escriturada contabilmente.

Hugo de Brito Machado⁴ assim comenta a questão, estabelecendo a diferença entre as naturezas econômicas e jurídica das multas e dos tributos:

“Do ponto de vista econômico a multa é despesa. Ninguém ousa afirmar o contrário. Com o pagamento da multa o patrimônio da pessoa jurídica fica diminuído do valor correspondente. Por isto não há como se possa escritu-

¹ PARIZZATO, João Roberto – Multas e juros no direito brasileiro. 3ª Ed. Ouro Fino, Edipa, 1999, p.1.

² ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 5ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1992, p. 33.

³ ROLIM, João Dácio; SILVA, Maria Inês Caldeira Pereira de. “A dedutibilidade ou não das multas moratórias perante o imposto de renda”, In Revista Dialética de Direito Tributário, nº 11, agosto de 1996, pp. 72-79, p. 73.

⁴ MACHADO, Hugo de Brito. “As multas e o imposto de renda”, In Revista Jurídica, ano XXXI, vol. 105, maio/junho de 1984, pp. 49-55, p. 54.

rar tal pagamento de outro modo. Há de ser mesmo escriturado como despesa.

Do ponto de vista jurídico a multa é sanção pelo cometimento de ato ilícito. A ilicitude é seu pressuposto essencial. Aliás, a distinção entre tributo e multa reside precisamente nisto; na hipótese de incidência da norma de tributação não pode figurar a ilicitude, enquanto na hipótese de incidência da norma sancionatória ou punitiva a ilicitude é essencial."

11 – Sendo assim, podemos definir a multa como a penalidade pecuniária imposta àquele que descumpriu dever jurídico imposto legalmente ou contratualmente, possuindo economicamente natureza de despesa e juridicamente natureza de sanção.

Com efeito, estabelecemos como premissa que as multas são de quatro espécies: multas compensatórias, multas penitenciais, multas cominatórias ou astreintes e multas moratórias.

12 – No caso vertente amolda-se a multa cominatória ou multa a título de astreintes é caracterizada pelo meio coativo de cumprimento de comando legal, contrato ou ordem judicial. As astreintes nasceram da prática dos tribunais franceses, tendo como função obrigar o devedor a prestar obrigação. As astreintes não têm qualquer relação, pois, com perdas e danos ou com o atraso no adimplemento da obrigação⁵.

13 – Verificamos que as multas astreintes punem as violações a deveres, mas com a características determinantes de conduzir ao cumprimento de outras normas. Sendo assim, as astreintes são uma espécie de multa anômala, uma vez que não decorrem da prática de um ato ilícito em sentido estrito, prestando-se, pois, a induzir ou a obrigar ao cumprimento de uma norma ou a uma conduta.

14 – Esta espécie de multa tem validade tanto no direito público quanto no direito privado, em face de que tanto a lei como o contrato poderem estabelecer obrigação com esta natureza de induzir ao cumprimento de preceito ou observância de conduta.

15 – A determinação da natureza jurídica da multa sobre o excesso de consumo ou pela não-economia de energia é ponto nodal a determinar a possibilidade e os instrumentos jurídicos que veicularão a exação.

Em verdade, a natureza jurídica dessa exação enquadra-se na hipótese de multa a título de astreintes. Assim entendemos uma vez que a exigência em tela tem o fito não apenas punir, mas, principalmente, obrigar os consumidores a gastar menos energia, em razão do racionamento.

⁵ FRIAS, J. E. S.. "A astreinte, do direito estrangeiro ao brasileiro", in Revista de Jurisprudência Do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, ano IV, 2º Semestre, nº 14, pp. 11-20, pp12-15.

16 – O Ministro Moreira Alves, relator do RE 94.966-6, DJ 26/03/82(RT 560/255) decidiu que "a pena pecuniária, a título de astreintes, não tem caráter de indenização pelo inadimplemento da obrigação de fazer ou não fazer, mas o de meio coativo de cumprimento da sentença, como resulta do exposto na parte final do art. 287 do CPC, consequentemente, não pode essa pena retroagir à data anterior ao do trânsito em julgado da sentença que a cominou⁶."

Dessa forma, conquanto o consumo de energia, por si só, não seja conduta ilícita, pode haver a previsão de que o consumo de energia acima de certos limites seja fato que ensejará a aplicação de penalidade, in casu, multa que terá a natureza jurídica de multa cominatória ou astreintes.

A ilicitude não advém do consumo, mas do não atendimento à redução deste. Sendo assim, por exemplo, consumir energia, acima de um limite, pode ensejar a imposição de multa, que terá como objetivo induzir a um fazer (reduzir o consumo) ou a um a não-fazer (não elevar o consumo).

A questão, a nosso juízo, é interessantíssima, as multa astreintes são impostas com essência e caráter de retributividade, induzindo, pois, a observância de um determinado modo de agir, em nome do interesse público.

17 – Não bastasse a, já irremediável, impossibilidade da incidência do ICMS sobre a SOBRETAXA de energia elétrica cobrada pela CELG, vislumbra-se no Direito Tributário o princípio da legalidade tributaria, significando que nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que o seja por lei.

Segundo o art. 97 do CTN, somente a lei pode estabelecer:

- I -
- II – a majoração de tributos ou sua redução, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65.

18 – Coadunando com esse entendimento o art. 150, inc. III, letra "b" da Constituição Federal, assegura o seguinte:

- Art. 150 – Sem prejuízos de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
- I -
 - II -
 - III – cobrar tributos

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 94.966-6, Relator Ministro Moreira Alves, publicado no DJU de 26/03/82.

b – no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os houver instituído ou aumentado.

19 – A propósito Hugo de Brito Machado⁷ comenta a questão do princípio da anterioridade ensinando que:

“Pelo princípio da anterioridade nenhum tributo será cobrado, em cada exercício financeiro, sem que a lei que o instituiu ou aumentou tenha sido publicada antes de seu início. A Constituição veda expressamente a cobrança de tributos “ no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou” (art. 150, inc. III, letra “b”). A lei fiscal há de ser anterior ao exercício financeiro em que o Estado arrecada o tributo. Com isto se possibilita o planejamento anual das atividades econômicas, sem o inconveniente da insegurança, pela incerteza quanto ao ônus tributário a ser considerado.”

20 – Somente em casos especiais, expressamente indicados pela Constituição, o tributo só pode ser criado por lei complementar. A regra geral, todavia, é de que a lei ordinária é o instrumento hábil para a criação do tributo.

O tributo criado por lei só por lei pode ser aumentado. Nem seria necessário que a Constituição fosse explícita no pertinente ao aumento. Aumentar o tributo é modificar a lei que o criou, e uma lei só por outra pode ser modificada.

21 – Outro fator igualmente impeditivo concerne no sentido de que, em face de o consumo de energia não ser ato ilícito propriamente dito, estar-se-ia, em verdade, exigindo-se um tributo⁸. Em tendo natureza de tributo, devemos analisar qual a espécie tributária. As hipóteses possíveis são: trata-se de imposto, uma vez que não decorre de atividade estatal plenamente vinculada e estar-se-ia tributando a capacidade contributiva. Em sendo assim, somente se poderia criar novo imposto, nos termos o art. 154, I, da CF/88.

O fato gerador seria consumir energia. Observamos que sobre o consumo de energia já incide o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, não sendo, assim, possível criar novo imposto, fato que configura bi-tributação, fazendo com que o novo “imposto” é inconstitucional por violação ao art. 154, I da Constituição Federal.

22 – A eventual tese de natureza tributária da cobrança não tem base jurídica, uma vez que estamos diante de uma exação com natureza de multa cominatória ou astreintes. A ilicitude é ínsita ao não cumprimento da regra de não

reduzir o consumo ou de consumir acima de certo limite. Dessa forma, a multa em tela objetiva um único e exclusivo fim, qual seja, a redução do consumo de energia elétrica. E para tanto, se impõe penalidade para os consumidores que não atenderem a lei.

23 - Conclui-se por tudo que se afirmou na MP, que criou a sobretaxa de 50% e 200% incidentes sobre o excesso para os consumidores de energia elétrica que deixaram de cumprir a redução de 20% em suas diversas atividades de consumo, chega-se o entendimento de que àquela SOBRETARIFA é pena pecuniária por descumprimento da norma reguladora, sobre a qual não incide ICMS.

24 – Na confluência do exposto, está-se vendo que, por todos ângulos que se encare o assunto, por todos os prismas que se visualize a matéria, não poderia mesmo prosperar qualquer pretensão de incidência de ICMS sobre a profalada “SOBRETAXA” criada pela Medida Provisória que normatizou o racionamento de energia elétrica no território nacional.

25 – De todo modo, os Estados não podem cobrar ICMS sobre a sobretaxa, sob pena de terem de devolvê-lo, por ilegal.

É o parecer S.M.J.

PROCURADORIA FISCAL, em Goiânia, aos 13 de agosto de 2001.

⁷ MACHADO, Hugo de Brito. “Curso de Direito Tributário.” 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 20001, p. 38.

⁸ Tributo é toda prestação pecuniária... que não constitua sanção por ato ilícito instituída em lei (art. 3º do CNT).

MEDIÇÃO DE GÁS: OBRIGATORIEDADE INCONSTITUCIONAL

Valeska de Oliveira Frazão*

1. Versam os presentes autos sobre consulta técnico-jurídica encaminhada pelo Secretário-Chefe do Gabinete Civil, através do Ofício nº 601-GC, à Procuradoria Geral do Estado, para que se proceda a apreciação legal do Autógrafo de Lei nº 260, de 14 de dezembro de 2001, de autoria da Assembléia Legislativa, que torna obrigatório a existência de instrumento de medição de Gás Liqüefeito de Petróleo para uso doméstico e dá outras providências.

2. Vieram os autos à esta Especializada para pronunciamento.

3. O projeto de lei, em análise, que torna obrigatória a existência de instrumento de medição de Gás Liqüefeito de Petróleo para uso doméstico, contempla as seguintes disposições em seus quatro artigos, *in verbis*:

Art. 1º - Os pontos de venda e revenda de gás liqüefeito de petróleo, para uso doméstico, são obrigados a dispor de balanças que permitam aos consumidores a aferição de peso de produto.

Parágrafo único - Para fins da aferição neste artigo, o peso do vasilhame de acondicionamento deve ser gravado ou etiquetado no próprio vasilhame, em local visível e de livre acesso ao consumidor.

Art. 2º Os infratores desta lei ficam sujeitos, conforme o caso, às sanções administrativas estabelecidas no art. 56 da Lei Federal nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de 90 (noventa) dias.

Art. 4º Esta lei entrará em vigor no prazo de 90 (noventa) dias de sua publicação.

4. Verifica-se, preliminarmente, que o Autógrafo de Lei nº 260/2001 viola a competência privativa da União para legislar sobre a matéria, estando, desta maneira, contaminado de vício de inconstitucionalidade.

* Procuradora do Estado de Goiás.

5. Ao versar sobre o tema da competência privativa da União, a Constituição Federal dispôs da seguinte forma:

"Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

.....
IV- águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

.....
VI- sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;

.....
Parágrafo único - Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo. (grifo nosso)

6. Tendo em vista não existir a lei complementar reclamada no parágrafo único do artigo acima citado, está vedado aos Estados legislar tanto em matéria de *energia* quanto de *sistema de medidas*, cujo regime jurídico é unicamente fixado pelo direito federal, criado pela União no exercício regular de sua competência privativa.

7. O ilustre monografista Prof. Walter T. Álvares, em seu pioneiro *Direito da Energia*, editado em 1974, com três volumes, começou por conceituar esse novo ramo da ciência jurídica como o que "estuda as relações jurídicas pertinentes à disciplina de utilização de resultantes tecnológicas da energia, com repercussão econômica" (op. cit., vol. I, p.09), o qual subdividiu em direito da energia elétrica, atômica e minerária, pertencendo à categoria da energia minerária, com foros de autonomia, "a disciplina das relações envolvidas e pertinentes aos minerais fósseis e sua tecnologia de exploração" (op. cit., III, p. 853).

8. Após observar que a energia térmica resultante de combustíveis minerais fósseis compreende combustíveis sólidos (carvão de pedra), líquidos (petróleo bruto) e gasosos (gás natural) - op. cit., I, p. 17 - advertiu o grande mestre, que o tema se insere no plano do direito da energia minerária e que "no caso brasileiro a inserção é completa e total, inclusive administrativamente, pois tudo referente a minerais energéticos fósseis ou físseis está sob a dependência do Ministério das Minas e Energia", incluindo a distribuição de hidrocarbonetos minerais líquidos e gasosos.

9. Feita essa digressão de índole teórica, compreende-se perfeitamente que os comentadores do art. 22 da Carta Magna recomendam interpretar o termo *energia* "no mais amplo sentido possível."¹

¹ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. 1990, 2º vol., p. 24.

10. O nobre doutrinador José Cretella Júnior também não dissente desta interpretação, dispondo que "a Constituição de 1988, aludindo apenas a energia, deu a maior amplitude ao tema: toda e qualquer fonte de energia será disciplinada, privativamente, por lei da União" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Editora Forense, 1990, vol. III, p. 1488/1489).

11. Em face da orientação doutrinária mencionada, observa-se que o presente projeto de lei (autógrafo de lei nº 260/01) ao intervir no terreno da distribuição e comercialização de gás liquefeito de petróleo prática usurpação de competência legislativa federal, infringido, assim, as disposições da Lei Suprema.

12. Ademais, a Constituição Federal, no art. 238, realçou ser reserva da lei - obviamente lei federal - ordenar "a venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis, respeitados os princípios desta Constituição."

13. As normas federais há longos anos, vêm tratando sobre o regime jurídico do abastecimento nacional de petróleo, estendendo aos seus derivados os efeitos do monopólio assegurado pela Constituição Federal (art. 177).

14. Saliente-se que todo procedimento de distribuição, inclusive quanto ao controle de qualidade dos recipientes de transporte e consumo do gás combustível, como a disciplina do relacionamento entre fornecedores e consumidores encontram-se regulamentada em norma administrativa federal.

15. Ademais, a Agência Nacional do Petróleo - ANP, entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia, tem como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, segundo disposto na Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997.

16. A Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei nº 9.478/97, estabelecendo as sanções administrativas cabíveis.

17. Prevê os incisos II e XI, do art. 3º, da Lei nº 9.847/99, abaixo colacionados:

"Art. 3º - A pena de multa será aplicada na ocorrência das infrações e nos limites seguintes:

.....
II - importar, exportar, revender ou comercializar petróleo, seus derivados básicos e produtos solventes, gás natural e condensado, e álcool etílico combustível, em quantidade ou especificação diversa da autorizada, bem

como dar ao produto destinação não permitida ou diversa da autorizada, na forma prevista na legislação aplicável:

Multa - de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

.....
XI - comercializar petróleo, seus derivados básicos e produtos, gás natural e condensado, e álcool etílico combustível com vícios de qualidade ou quantidade, inclusive aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem ou rotulagem, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor:

Multa - de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

18. Paralelamente à competência privativa que, como visto, alcança a comercialização do GLP (Gás Liquefeito de Petróleo), como derivado do petróleo, a Constituição igualmente reserva privativamente à União a normatividade sobre a metrologia (art. 22, inciso VI da CF/88).

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

20. Portanto, verifica-se que o projeto de lei em apreço não pode impor normas de conduta às empresas distribuidoras de GLP, à revelia da legislação federal, a título de defesa do consumidor, ao impor a obrigação de dispor de balanças que permitam aos consumidores a aferição de peso do produto, bem como que imponham que os vasilhames de GLP sejam gravados ou etiquetados com o peso.

21. Apesar do Código de Defesa dos Consumidores (Lei nº 8078/90), em seu art. 55, prever a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para baixar normas sobre a distribuição e consumo de produtos, o exercício desta permissão fica, porém, adstrito às respectivas áreas de atuação administrativa, ou seja, somente poderá se exercida nos setores ou atividades submetidas à competência do ente político, conforme a repartição constitucional de competências.

22. Ressalte-se, ademais, que o autógrafo de lei nº 260/01 fere fulminantemente o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

23. Cumpre-me transcrever os ensinamentos do nobre doutrinador pátrio Paulo Bonavides sobre o mencionado princípio:

‘Constatou a doutrina a existência de três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios que governam a composição da proporcionalidade.

Desses elementos o primeiro é a pertinência ou aptidão (Geeignetheit), que, segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida representa “o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público”, conforme linguagem constitucional dos tribunais. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. (...) Com o desígnio de “adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que “a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido”, ou, segundo Hans Huber, que mediante seu auxílio se possa alcançar o fim desejado.

O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a necessidade (Erforderlichkeit), ao qual também alguns autores costumam dar tratamento autônomo e não raro identificá-lo com a proporcionalidade propriamente dita. Pelo princípio ou subprincípio de necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para se admissível deve se necessária.

(...)

Finalmente, depara-se-nos o terceiro critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, que consiste na proporcionalidade mesma, tomada “stricto sensu”. Aqui assinala Pierre Muller, a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo.

Quem utiliza o princípio, segundo esse constitucionalista, se defronta ao mesmo passo com uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados.

(...)

A inconstitucionalidade ocorre enfim quando a medida é “excessiva”, injustificável”, ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade. (grifo nosso)²

24. A obrigação de que os postos de venda e revenda de gás liquefeito de petróleo para uso doméstico disponham de balanças que permitam aos consumidores a aferição de peso do produto onerariam o custo dos serviços, e por consequência, a fixação do preço médio do produto fornecido, que é matéria privativa da União.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Malheiros, 10ª edição, 2001, p.360/361.

25. Haja vista que, as distribuidoras e revendedoras ficariam obrigadas a adquirir a referida balança e a mão de obra necessária à medição individual de cada recipiente.

26. Ademais, não seria possível a aferição do peso do GLP quando o mesmo fosse entregue à domicílio, em caminhões ou motocicletas, atualmente, uma prática muito usual nas grandes cidades, em razão da comodidade e facilidade.

27. Constata-se, portanto, que a exigência contida no art. 1º do autógrafo de lei nº 260/01 é incompatível com o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade (adequação, necessidade e razoabilidade).

28. Ressalte-se que a matéria relacionada no autógrafo de lei em comento é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, em andamento, perante o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Iniciado o julgamento do mérito da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio - CNC contra a Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializam Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, cada botijão ou cilindro vendido. O Min. Octavio Gallotti, relator, votou no sentido de julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual 10.248/93, por entender caracterizada a ofensa à competência privativa da União para legislar sobre energia (CF, art. 22, IV), no que foi acompanhado pelo Min. Mauricio Corrêa - que, em seu voto, acrescentou mais um fundamento, qual seja, o de ofensa ao princípio da razoabilidade - e pelo Min. Ilmar Galvão. O Min. Nelson Jobim, por sua vez, também julgava procedente a ação, por ofensa ao princípio da razoabilidade. Após os votos dos ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que julgavam improcedente a ação, por entenderem que a norma impugnada não dispõe sobre energia, mas sim sobre a proteção e defesa do consumidor, e que a mesma não ofende o princípio da razoabilidade, pediu vista o Min. Sepúlveda Pertence. ADIn 855-PR, rel. Min. Octavio Gallotti, 18.10.2000. (ADI-855) (Informativo 207).

29. Desta forma, por encontrar-se o projeto de lei "que torna obrigatório a existência de instrumento de medição de GLP para uso doméstico nos postos de venda e revenda" eivado de inconstitucionalidade formal e material, por violar competência privativa da União e o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, deverá o mesmo ser vetado, totalmente, pelo Sr. Governador, nos termos do art. 23, §1º da Constituição Estadual.

30. Sendo assim, ante todo exposto, retornem os autos ao Gabinete Civil da Governadoria para apreciação.

É o parecer, s.m.j.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, em Goiânia,
aos 26 dias do mês de dezembro de 2001.

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA E USUCAPIÃO¹

Alerte Martins de Jesus²

Trata-se de pedido formulado pela Diretoria do Colégio Estadual Deputado José de Alves de Assis, situado na cidade de Itapuranga, neste Estado, acerca da propositura de ação de usucapião sobre o respectivo imóvel onde esta edificada a unidade escolar, frise-se, em atividade desde de 1972, conforme faz prova os documentos carreados aos autos.

Adiante, em decorrência da determinação contida no despacho “AG” n.º 00599/2002, o processo foi devolvido a esta Especializada para instrução acerca de provas que materializem fatos narrados no ofício n.º 043/99, que noticia pretensão de acordo entre o proprietário do bem de raiz em testilha, Ademar da Silva Costa, e a Administração Pública estadual, com o fito de indenização pela desapropriação e conseqüente aquisição da propriedade ao Estado de Goiás.

Nesta oportunidade, emitimos nossa opinião a respeito da matéria através do parecer n.º 00813/2002-PPI, datado de 05 de janeiro de 2002, o qual não foi, ao que tudo indica, apreciado em nível superior.

Adiante, vê-se o despacho “AG” n.º 001953/2002, determinando a devolução dos autos à Secretaria da Educação para atender à diligência declinada no despacho “AG” n.º 0599/2002.

É a súmula dos fatos.

Pois bem. Novamente, permita-nos ressaltar que o caso vertente é daqueles denominados pela doutrina como desapropriação indireta. A respeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³ leciona que (...) *desapropriação indireta é a que se processa sem a observância do procedimento legal* (...).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴ leciona, ainda, que, (...) *no entanto, se o proprietário não a impede em momento oportuno, deixando que a Administração lhe dê uma destinação pública não mais poderá reivindicar o imóvel, pois os bens expropriados, uma vez incorporados ao patrimônio público, não podem ser objeto*

¹ Nota do editor: Parecer emitido no processo n.º 17597200, em 1º de outubro de 1.999

² Procurador do Estado de Goiás.

³ In, *Direito Administrativo*, 11ª edição, Editora Atlas, p. 170.

⁴ Op. cit. idem.

de reivindicação, conforme preceitua o art. 35 do Decreto-lei n. 3.365 e o art. 21 da Lei Complementar n. 76/93 (...).

Adaptando-se a lição ao presente caso, percebe-se não ser mais possível ao Sr. Ademar da Costa Silva reivindicar o imóvel em testilha, vez que não impediu, em momento oportuno, que a Administração lhe desse destinação pública, nos termos da legislação competente.

Anote-se que, até mesmo o direito de o proprietário do bem de raiz propor a competente ação de indenização por desapropriação indireta extinguiu-se em razão do transcurso do prazo legal, que é de 05 (cinco) anos, conforme estabelece o parágrafo único do art. 10 do Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, com redação alterada pela Medida Provisória n.º 2.183, de 24 de agosto de 2001, publicada no DOU de 27 de agosto de 2001, p. 51, derogando-se a jurisprudência sobre a matéria, que tratava o assunto de forma diversa.

Destarte, conclui-se que a Administração Pública estadual pode, sim, promover a competente medida judicial, ação de usucapião, após o transcurso do prazo de prescrição aquisitiva, 20 (vinte) anos, para a regularização e aquisição patrimonial do bem de raiz a seu favor.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵ (...) *quando o particular não pleiteia a indenização em tempo hábil, deixando de prescrever o seu direito, o poder público, para regularizar a situação patrimonial do imóvel, terá que recorrer à ação de usucapião, já que a simples afetação do bem particular a um fim público não constitui forma de transferência da propriedade* (...).

Pois bem. Em que pese a sábia e cautelosa determinação do Ex.mo procurador-geral do Estado, através do r. despacho n.º 000599/2002, para instrução do processo acerca da materialização de acordo entre o proprietário do bem de raiz e a Administração Pública estadual, noticiado no ofício n.º 043/99, o que poderia descaracterizar a prescrição aquisitiva a favor do poder público, dela usamos novamente discordar.

A razão disto é que, a nosso ver, a prescrição aquisitiva do bem de raiz há muito ocorreu, pois não se pode esquecer que a unidade escolar está em atividade desde 1972. Além do que, infere-se do mencionado ofício que a noticiada intenção de acordo entre o proprietário do imóvel e a Administração Pública ocorreu tão-somente com a última direção da escola estadual. Destarte, após o transcurso do prazo legal exigível para a prescrição aquisitiva.

Prova disto, o próprio ofício afirma que (...) *essa pendência já tem duração de 27 anos, embora as últimas administrações da escola não tenha medido*

esforços para resolvê-la; mas somente agora devido a grande insistência da atual direção, o Senhor Ademar Silva Costa, proprietário do terreno, se dispôs a fazer um acordo (...).

Assim sendo, face ao que prescreve o art. 10 do Decreto-lei n.º 3.365, opinamos novamente pela tomada das medidas judiciais necessárias à transferência dominial do bem de raiz ao Estado de Goiás, através da propositura da competente ação de usucapião.

É o parecer, sob censura.

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO, em Goiânia, aos 25 dias do mês de junho do ano de 2002.

Alerte Martins de Jesus
Procurador do Estado

⁵ Op.cit. p. 171.