



## MARQUES & FLORES ADVOGADOS

**Colaboração A Consulta Pública Realizada Pelo MME:** “Diretrizes Estratégicas para o desenho de novo mercado de gás natural no Brasil”

**Frente De Trabalho:** Estímulo a harmonização entre as regulações Estaduais e Federais

**Tema A Ser Desenvolvido:** Regulamentação do § 2º do artigo 25 da Constituição da República como fator de harmonização entre as regulamentações Estaduais e Federais dos serviços de gás canalizado.

### **Do Marco Regulatório**

A Constituição da República concedeu em seu Capítulo III (Dos Estados Federados), especificamente no § 2º, aos Estados, a exclusividade na distribuição, os serviços locais de gás encanado, assim dispendo:

*§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado.*

Mais tarde, através da Emenda Constitucional nº 05, a redação do mencionado parágrafo foi alterada, assim passando a vigor:

*§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.*

A Emenda alterou substancialmente a concessão primária, reformando a autorização da União, que passou a exigir REGULAMENTAÇÃO.

Nota-se pela mudança legislativa que houve nítida modificação no modelo inicialmente idealizado pelo Constituinte de 1988, bastando observar-se que na primeira redação, havia a ideia de uma “Empresa Estatal”, tanto que a exploração se daria a empresa estatal e não ao “serviço de gás canalizado”.

Em suma, o Constituinte idealizou um modelo centrado na existência de uma “Empresa Estatal”, explorada com exclusividade pelo ente federativo, no que se referisse a exploração da distribuição do gás canalizado. Ocorre que tal modelo não vingou, tendo exigido do legislador a criação de outro modelo, não mais prevendo a existência e uma empresa estatal, passando o próprio órgão federativo, a explorar o serviço.

Porém, ao modificar o modelo, inseriu o Legislador um elemento de controle, consubstanciado nas expressões: “na forma da lei” e a exigência de regulamentação. Por certo, já previa que sem uma espinha dorsal, desenhada pela União, os Estados não teriam como, individualmente, construir um modelo harmônico que desse segurança ao setor.



## MARQUES & FLORES ADVOGADOS

### Da Regulamentação

Estabelecido que a regulamentação é condição *sine qua non* para a aplicação do §2º do mencionado dispositivo constitucional, resta estabelecer qual a natureza da norma capaz de tornar o dispositivo aplicável.

De pronto restou textualmente afastada a Medida Provisória, exigindo assim que a Norma regulamentadora fosse uma lei, no sentido formal.

O desafio está em se estabelecer se a lei regulamentadora é Federal ou estadual.

Inicialmente, considerando que o dispositivo constitucional fora posto no Capítulo inerente aos Estados, natural a conclusão fácil de que a norma exigível seria estadual e portanto, estaria resolvida a questão com a edição de lei, por cada estado da federação.

Entretanto, não nos parece ser esta a melhor conclusão, conforme restará evidenciado, através da análise de diversos elementos e paradigmas a seguir expostos:

#### a) Da expressão “na forma da lei”

Exige a norma constitucional que a exploração se dê “na forma da lei”, tal aposto foi utilizado pelo legislador constituinte em quase 80 (oitenta) artigos constitucionais e em todos houve a necessidade de edição de lei federal para aplicação dos preceitos constitucionais esculpidos na Carta.

Não seria crível que, impondo o legislador que cada Estado editasse leis que regulamentassem o §2º do artigo 25, tivesse condicionado a exclusividade de exploração da distribuição do gás canalizado a “forma da lei”. Bastaria declarar a exclusividade do serviço, permitindo que cada Estado o regulamentasse ao sabor de suas necessidades.

#### b) Vedação a Regulamentação por Medida Provisória

Tal vedação parece-nos evidenciar que a lei regulamentadora é federal, isto porque, tendo hipoteticamente, previsto o legislador 27 sistemas distintos de exploração da distribuição de gás, exigir que os Estados editassem leis formais, vedando a Medida Provisória.

Parece-nos que tal vedação só encontra sentido se interpretarmos que a lei regulamentadora é Federal, pois, nesta hipótese, o fracasso do primeiro modelo, exigiu cautela dos legisladores, a ponto de exigir uma lei em sentido formal, com ampla discussão no Parlamento e definitiva para nortear o setor.

Por outro lado, ainda com o olhar atento aos sinais legislativos, vedar a regulamentação por Medida Provisória, prevendo a edição de leis pelos Estados, parece-nos por demais inconsistente, isso porque, a edição de Medidas Provisórias pelos Estados Membros, era matéria ainda discutível a época (1995) e ainda depois de seu reconhecimento, manteve-se a obrigatoriedade de previsão na Constituição estadual, conforme se depreende da adi 425.



## MARQUES & FLORES ADVOGADOS

Além dos argumentos traçados, importante a leitura da obra “Curso de Direito Constitucional”, Ed. Saraiva, de autoria do Ministro Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, que trata do tema.

O Ministro Gilmar Mendes expressamente dispõe, em sua obra, na página 882, que a lei complementar mencionada no parágrafo terceiro é federal.

“Além desses poderes, ditos remanescentes ou residuais, algumas competências foram expressamente discriminadas pela CF, como se vê dos §§ 2o e 3o do art. 25, cuidando, o primeiro, da competência estadual para a exploração de serviços de gás canalizado e o segundo, da competência legislativa para instituir regiões metropolitanas. Da mesma forma, é explícita a competência dos Estados-membros para, por meio de lei estadual, respeitado o período a ser fixado em lei complementar federal, criar, fundir e desmembrar Municípios.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco – 7. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 882) (o destaque não consta do original)

Portanto, muito bem explicam os Ministros que, em ambos os parágrafos do artigo 25 da CRFB, os destinatários da Norma Constitucional são os Estados Membros, porém, também em ambos os dispositivos, a atividade legislativa estadual está subordinada a uma regulamentação geral, expedida pela União, através de Lei.

A todas as luzes, forçoso concluir-se que a Lei referenciada no §2º do artigo 25 da Constituição da República é Lei Federal.

### **Da Harmonização Entre As Regulamentações**

Conforme se expôs, parece-nos que a solução para a harmonização entre as regulamentações estaduais e federal exsurge do próprio dispositivo constitucional que ao exigir sua regulamentação, permite que a União, através de lei no sentido formal, estabeleça de forma efetiva o marco regulatório que irá nortear todos os Estados Membros, permitido a unificação do setor através de uma única espinha dorsal, a guiar as legislações estaduais que adequarão os preceitos macro instituídos a realidade de cada região.

Portanto, a edição de uma Norma Federal é o caminho para conceder real eficácia ao §2º da CRFB e possibilitar a harmonização entre as regulamentações do setor de distribuição de gás canalizado.

Amaury Soares Marques Junior