

***ORDEM SOCIOECONÔMICA:  
PODER PÚBLICO E INICIATIVA PRIVADA***

Maria de Fátima Ribeiro

Paulo Roberto Pereira de Souza

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

(Organizadores)

*Direção: Henrique Villibor Flory*  
*Supervisão de Editoração: Benedita Aparecida Camargo*  
*Diagramação e capa: Rodrigo Silva Rojas*  
*Revisão: Letizia Zini Antunes*

## **CONSELHO EDITORIAL ACADÊMICO**

*Coordenação Geral*  
*Suely Fadul Villibor Flory*  
*Ana Gracinda Queluz – UNICSUL*  
*Anamaria Fadul – USP/INTERCOM*  
*Arilda Ribeiro – UNESP*  
*Antonio Hohlfeldt – PUC-RS*  
*Antonio Manoel dos Santos Silva – UNESP*  
*Benjamim Abdala Junior – USP*  
*Elizabeth Villibor Flory – USP*  
*Jorge Luís Ferreira Abrão – UNESP*  
*Jussara Suzi Assis Nasser Ferreira – UNIMAR*  
*Letizia Zini Antunes – UNESP*  
*Lucia Maria Gomes Corrêa Ferri – UNESP/UNOESTE*  
*Maria de Fátima Ribeiro – UNIMAR*  
*Maria de Lourdes Zizi Trevisan Perez – UNESP/UNOESTE*  
*Maria do Rosário Gomes Lima da Silva – UNESP*  
*Raquel Lazzari Leite Barbosa – UNICAMP/UNESP*  
*Romildo A. Sant’Anna – UNESP*  
*Rony Farto Pereira – UNESP*  
*Sueli Cristina Marquesi – PUC/UNICSUL*  
*Tereza Cariola Correa – USP/UNESP*  
*Terezinha de Oliveira – UNESP/UEM*  
*Walkiria Martinez Heinrich Ferrer – UNESP/UNIMAR*

*Editora UNIMAR*  
*Av. Hygino Muzzi Filho, 1001*  
*Campus Universitário - Marília - SP*  
*Cep 17.525-902*  
*Fone (14) 2105-4000*  
*www.unimar.com.br*

*Editora Arte & Ciência*  
*Razão Social: LDE - Livraria, Distribuidora e Editora LTDA. - EPP*  
*Av. Paulista, 2200 - 16 andar - Consolação*  
*São Paulo – SP – CEP 01310-300*  
*Tel.: (011) 3258-3153*  
*E-mail: editora@arteciencia.com.br*  
*www.arteciencia.com.br*

***ORDEM SOCIOECONÔMICA:  
PODER PÚBLICO E INICIATIVA PRIVADA***

Maria de Fátima Ribeiro

Paulo Roberto Pereira de Souza

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

(Organizadores)

**AC**  
ARTE & CIÊNCIA  
EDITORA

2012

© 2012 by Autores

**CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE**  
**SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ**

076

Ordem socioeconômica : poder público e iniciativa privada / organizadores: Maria de Fátima Ribeiro, Paulo Roberto Pereira de Souza e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira.

- São Paulo : Arte & Ciência, 2012.

21 cm

Inclui bibliografia

ISBN - 978-85-61165-95-6

1. Economia. 2. Política econômica. 3. Direito e economia. I. Ferreira, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. II. Ribeiro, Maria Fátima, 1953-. III. Souza, Paulo Roberto Pereira de.

12-8609.

CDU: 34:351.713

26.11.12 30.11.12

041045



Proibida toda e qualquer reprodução desta edição por qualquer meio ou forma, seja ela eletrônica ou mecânica, fotocópia, gravação ou qualquer meio de reprodução, sem permissão expressa do editor.

Todos os direitos desta edição, reservados à Editora Arte & Ciência.

As opiniões aqui emitidas são de responsabilidade dos respectivos autores.

## Sumário

.....

APRESENTAÇÃO ..... 7

PLANOS ECONÓMICOS E DESNACIONALIZAÇÕES: A EXPERIÊNCIA  
PORTUGUESA

António Carlos dos Santos ..... 9

A CONTRIBUIÇÃO PORTUGUESA PARA O AUDIOVISUAL: PODER  
PÚBLICO E SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM RETENÇÃO NA FONTE

Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins

Isabel Vieira dos Reis..... 17

THE NEW BRAZILIAN PRE-MERGER CONTROL SYSTEM

Eduardo Molan Gaban..... 43

PODER E INICIATIVA PRIVADA: A LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO  
NO MERCOSUL, UM IDEAL TANGÍVEL?

Valesca Raizer Borges Moschen..... 59

PODER PÚBLICO E O MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS: A  
EXPERIÊNCIA DO NOVO MERCADO

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Daniel Jimenez Ormianin ..... 77

INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÓMICO: O PAPEL  
HISTÓRICO DO JUDICIÁRIO COMO IMPLEMENTADOR DE  
POLÍTICAS ECONÓMICAS

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Aroldo Bueno de Oliveira ..... 111

|  |     |
|--|-----|
| PLANO DIRETOR COMO INDUTOR DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS<br>Ruy de Jesus Marçal Carneiro<br>Wildemar Roberto Estralioto .....                                      | 143 |
| O NOVO CÓDIGO FLORESTAL: O PÚBLICO E O PRIVADO NA<br>PROTEÇÃO DE TERRAS<br>Paulo Roberto Pereira de Souza<br>Marcelo Farina de Medeiros .....                    | 175 |
| COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS ENTRE UNIDADES DO MESMO<br>GRUPO ECONÔMICO<br>Heleno Taveira Torres .....  | 227 |
| IMUNIDADE SUBJETIVA A IMPOSTOS: A SÚMULA 724/STF E A (IN)<br>COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO<br>Marlene Kempfer<br>Carlos Eduardo Corrêa Crespi.....           | 269 |
| O PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO AGENTE REALIZADOR DE<br>POLÍTICA PÚBLICA DE RELAÇÃO DE CONSUMO POR MEIO DO<br><i>JUDICIAL REVIEW</i><br>Antonio Lorenzoni Neto ..... | 297 |
| RESPONSABILIDADE CIVIL NO PÓS-CONSUMO: ASPECTOS<br>JURÍDICOS E SOCIOLÓGICOS<br>Antônio Carlos Efig<br>Silvio Alexandre Fazolli .....                             | 321 |
| SOBRE OS AUTORES.....  | 337 |

## Apresentação

---

Dando continuidade ao projeto editorial do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR, previsto para o triênio 2010/12, a presente coletânea (*Ordem socioeconômica: Poder Público e Iniciativa Privada*), contempla mais uma vez a publicação de textos de autores portugueses e brasileiros, fortalecendo a produção científica conjunta, em conformidade com os convênios firmados. Destacam-se os capítulos escritos pelos autores de universidades de Lisboa: António Carlos dos Santos, Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins e Isabel Vieira dos Reis.

Em 2010, o Programa organizou e publicou a obra *Tutela Jurídica do Meio Ambiente e Desenvolvimento*, que contou com a participação de autores nacionais e americanos. Em 2011, aproveitando o momento e a oportunidade dos feitos jurídicos e econômicos, veio a lume a edição do Livro sobre *Estado e Crise Econômica: Questões Relevantes*, obra que contém quatro capítulos de autores estrangeiros. A presente obra (2012) sobre *Ordem socioeconômica: Poder Público e Iniciativa Privada*, por sua vez, trata de temas relacionados com situações de interesse da iniciativa privada, bem como do contexto da administração pública, com foco na Ordem Econômica, destacada especialmente no artigo 170 da Constituição Federal brasileira, e em situações relevantes que envolvem a União Europeia e o MERCOSUL.

Com esta edição, o Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR alcança sua meta quanto às publicações e inserções internacionais durante o atual triênio, pelas atividades conjuntas desenvolvidas com universidades portuguesas, espanholas, italianas e peruanas, pela participação de professores

e mestrandos em eventos científicos, pelo oferecimento de palestras, pela apresentando de trabalhos, bem como pela atuação em grupos e projetos de pesquisa. Tal proposta integrativa continuará em 2013 com a participação em workshop e seminários na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e na Universidade Autônoma de Lisboa, assim como em obras coletivas com a Universidade Federal da Flórida e universidades brasileiras, em especial com a Universidade Estadual de Londrina.

Todas as edições temáticas foram publicadas, coerentemente com as Linhas de Pesquisa do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR (*Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais – Empreendimentos Empresariais, Processualidade e Relações Jurídicas*) e sua respectiva área de concentração (*Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social*) e de acordo com os padrões QUALIS LIVRO estabelecidos pela área do Direito na CAPES.

Integra também o Projeto Editorial do Programa a edição da Revista *Argumentum*, que lança, neste ano, seu 13º número, com destaque para a temática sobre Interesse Público, Livre Iniciativa e Regulação Estatal. Referida Revista foi classificada pelo QUALIS PERÍÓDICO no Estrato B2.

Além dessas publicações, diversos outros livros foram publicados pelo Corpo docente e discente tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos e Europa, conforme demonstram as suas produções científicas individuais.

Marília, novembro de 2012.

Profa. Maria de Fátima Ribeiro  
Coordenadora do Programa de Mestrado  
em Direito da UNIMAR

# PLANOS ECONÓMICOS E DESNACIONALIZAÇÕES: A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

---

António Carlos dos Santos

## 1. As “economias de mercado”

Há dois tipos ideais de coordenação das atividades económicas, o mercado, em que as decisões económicas são tomadas de forma descentralizada pelas empresas em concorrência, e o plano, em que as decisões económicas são tomadas centralmente por poderes públicos, definindo e hierarquizando, por ato jurídico, objetivos, ações e meios de intervenção<sup>1</sup>. O primeiro é típico das economias capitalistas, o segundo das economias colectivistas<sup>2</sup>. Aquele tem por modelo

---

1 A contraposição entre tipos ideais assenta na metodologia weberiana e ganhou novo alento com a crise do marxismo ortodoxo, muito influenciado pelo positivismo dominante na época, segundo o qual a história desembocaria necessariamente na superação do modo de produção capitalista pelo comunismo, sendo o socialismo um regime económico de transição. Hoje acentua-se a importância dos sujeitos e do papel das escolhas, isto é, da política, e não o da existência de leis da história irreversíveis. Curiosamente é o pensamento neoliberal ou afim que recupera um certo determinismo, falando hoje de fim da história. Sobre a contraposição modos de produção – tipos de coordenação é ainda útil, apesar do ar do tempo, a leitura de MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973, p. 21 e ss. Vide igualmente, IRTI, Natalino, *L'ordine giuridico del mercato*. 3. ed., Roma-Bari: Editori Laterza, 2004.

2 Note-se ainda que o mercado é anterior às economias capitalistas. O que estas trouxeram de novo foi a generalização dos mecanismos mercantis a toda a esfera económica (e até social) em nome da eficácia e eficiência económica. No entanto, como demonstra POLANY, K. (1944), *La grande transforma-*

a concorrência perfeita, o segundo a planificação quinquenal soviética vinculativa. O primeiro pressupõe a propriedade pública dos meios de produção. O segundo a propriedade privada dos meios de produção.

A realidade é, porém, mais complexa. As chamadas “economias de mercado” conhecem planos de empresa, funcionam em ambiente oligopolista, não existem independentemente dos poderes públicos e não são incompatíveis com formas de planeamento, global ou parcial, efectuado por estes, desde que tal planeamento não seja vinculativo para o setor privado, salvo em situações de guerra, em que pode haver planificação vinculativa. As economias planificadas deixam um espaço ao mercado sempre que a coletivização não seja integral e o setor público funcione em regime de cálculo económico ou quando o controlo público é ineficaz, surgindo os chamados mercados paralelos.

Na verdade, os tipos económicos puros nunca tiveram existência concreta. As economias capitalistas concretas apresentam vários modelos distintos, mais ou menos liberais no plano económico, mais ou menos democrática, no plano político, sendo compatíveis com a propriedade pública de meios de produção (economia mista), com a cooperação entre setor

---

*tion* Paris: Gallimard, 2011, há fenómenos como a terra, o trabalho e a moeda que não podem ser compreendidas numa lógica mercantil. Por outro lado, o capitalismo concorrencial não existe na realidade a não ser como modelo normativo. Na economia real existem oligopólios e monopólios, sendo a chamada concorrência oligopolista ou monopolista o resultado da concorrência e a expressão da capitulação desta perante o seu contrário. Acresce que na lógica de um sistema puro de mercado, as empresas ineficientes acabariam por falir. Também aqui, como a atual crise demonstrou, há empresas (desde logo, as financeiras) que são demasiado grandes para falirem (*too big to fail*). Em nome do risco sistémico o risco moral passa para segundo lugar, e as empresas são salvas, pelos poderes públicos, utilizando a técnica das nacionalizações. Socializam-se assim os custos que passam a ser assumidos pelos contribuintes, enquanto, muitas vezes a responsabilidade dos proprietários e administradores desemboca em coisa nenhuma.

privado e público (economia concertada) e com o planeamento indicativo (economia induzida)<sup>3</sup>. O planeamento tem aqui a função de reduzir a incerteza e de libertar as empresas privadas de custos de previsão.

## 2. Do plano ao planeamento: enquadramento institucional

A Constituição da República Portuguesa (CRP), na versão de 1976 (pós Revolução dos Cravos em 25 de Abril de 1974), com vocação inicial de Constituição dirigente, consagrava um modelo económico misto, dando ênfase ao setor público estadual (que, no quadro de uma transição democrática para o socialismo, deveria evoluir para formas de propriedade social, em especial de autogestão) e formas de planeamento global misto, de feição dirigista.

O Plano visava orientar, coordenar e disciplinar a organização económica e social. Tinha, segundo o então vigente art. 92.º, carácter imperativo para o setor público estadual, obrigatório, por força de contratos-programa, para outras atividades de interesse público, e de enquadramento para as empresas dos outros setores. A revisão constitucional de 1982 veio clarificar que, em relação aos setores público não estadual, privado e cooperativo, o Plano teria carácter meramente indicativo. Inicialmente a estrutura do Plano contemplava a existência de planos a longo prazo, definindo os grandes objectivos económicos e os meios para os atingir, a médio prazo, para vigorar durante a legislatura, composto por

---

3 Sobre os vários tipos de capitalismo, vide, entre outros, ALBERT, Michel. *Capitalisme contre capitalisme*. Paris: Éditions du Seuil, 1991 e COATES, David. *Models of capitalism: growth and stagnation in the modern era*. Oxford: Polity Press, 2000. Sobre as experiências de planeamento, vide MONCADA, L. C. *A problemática jurídica do planeamento económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

vários programas de ação globais, setoriais e regionais, e anual, integrando o Orçamento que seria a sua expressão financeira. A revisão de 1989 passou a falar de planos em vez de plano e suprimiu a referência ao planeamento de longo prazo e à força jurídica do plano. A Lei n.º 43/91, de 27.7, veio concretizar o sistema de planeamento, prevendo em consonância com a CRP [161.º, g); 199.º, a) e 200.º, e)], a definição das grandes opções a aprovar pela Assembleia da República (AR), sob proposta do governo, e os planos anuais e a médio prazo, a aprovar pelo governo. Em nome da democracia participativa, na sua vertente neocorporativa, exige-se ainda a auscultação prévia do Conselho Económico e Social (art. 92.º).

Este modelo nunca chegou, na prática, a concretizar-se: nem as empresas públicas evoluíram para formas de autogestão, nem o plano teve a importância, mesmo para o setor público, que lhe era, em teoria, destinada. Muito embora os princípios fundamentais da organização económica e as incumbências prioritárias do Estado incluam hoje o “planeamento democrático do desenvolvimento económico e social” [art. 80.º/al. e), art. 81.º al. j)], considerado como limite material de revisão (art. 288.º/ al. g)), é comum a literatura referir que os últimos Planos de Fomento do regime corporativo (isto é, do Estado fascizante) tiveram mais impacto na economia que o planeamento delineado pela Constituição de 1976.<sup>4</sup>

### **3. O setor público: das nacionalizações às (re)privatizações**

Se o plano perdeu importância, o mesmo aconteceu com o setor público. Este setor teve um grande desenvolvimento

---

4 SILVA, Manuela, “O planeamento em Portugal: lições da experiência e perspectivas de futuro”. In: AAVV. *O planeamento económico em Portugal: lições da experiência*. Lisboa: Sá da Costa, 1984, p. 13 e ss.

sobretudo depois de 11 de Março de 1975 com um amplo movimento de nacionalizações, a exemplo do que aconteceu na Grã-Bretanha, Itália e França no pós 2ª Guerra Mundial<sup>5</sup>. A CRP continua a salvaguardar o princípio da coexistência do setor público [definido pelo art.º 82.º da CRP de forma mais restritiva que o setor empresarial do Estado (SEE)] com os restantes setores e da propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção, de acordo com o interesse coletivo (arts. 80.º/ a) e d), 82.º/1 e 84.º).

Contudo, o golpe militar de 25 de Novembro de 1975, conduzido pelas alas mais moderadas do Movimento das Forças Armadas (o chamado Grupo dos 9) criou as condições para um amplo movimento de (re)privatizações das empresas e bens nacionalizados que integravam o SEE<sup>6</sup>. O princípio da irreversibilidade das nacionalizações inscrito no texto inicial da CRP (art.83.º) foi revogado em 1989 e substituído por normativos (art. 85.º e 296.º) que vieram possibilitar o movimento de reprivatizações, regulado, depois da revisão de 1997, sem alterações de fundo, pelo art.º 293.º, remetido para as Disposições finais e transitórias.

Este artigo exige, para a reprivatização da titularidade ou do direito de exploração de meios de produção e outros bens nacionalizados depois do 25 de Abril, a aprovação de uma Lei-quadro (LQ) aprovada por maioria absoluta de deputados

---

5 Essas nacionalizações foram conduzidas por governos sociais-democratas, trabalhistas, reformadores ou democratas-cristãos. As razões das nacionalizações e as suas formas são muito variadas. Sobre o tema, cfr. GOMES, Nuno Sá, *Nacionalizações e Privatizações*. Lisboa: Ministério das Finanças - *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 155, 1988 e ANTÓNIO; Manuela / MOTA, A. Sousa/ CARVALHO, A. Rocha. *O sector empresarial do estado em Portugal e nos países da CEE*. Lisboa: Imprensa Nacional-CM, 1983.

6 Cfr. sobre o tema SOUSA, F. Freire de et al., *O processo de privatizações em Portugal*. Porto: AIP, 1995; OTERO, Paulo. *Privatizações, reprivatizações e transferências de participações sociais no interior do sector público*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

em efectividade de funções (uma lei de valor reforçado, integrando a reserva absoluta da Assembleia da República (AR)) e estabelece os princípios fundamentais que regem tal reprivatização. As reprivatizações em concreto só podem ter lugar depois da aprovação dessa LQ (lei habilitante, sobre a produção normativa), devendo o diploma que a aprove estar em conformidade com as directrizes gerais desta (Lei n.º 11/90, de 5 de abril, alterada pelas Leis 102/2003, de 15 de novembro, e 59/2011, de 13 de setembro). Note-se que a privatização de bens do setor público que nunca haviam pertencido ao setor privado ou que foram nacionalizados antes do 25 de Abril ou, segundo a doutrina, depois da entrada em vigor da CRP, não está sujeita a este regime (salvo no que toca às “garantias da posição jurídica dos trabalhadores”, sendo, nos termos do art. 165.º/1/al. l) da CRP, matéria de competência legislativa da AR (reserva relativa),

Os princípios a que a LQ (e, indiretamente, o diploma privatizador) deve não só obedecer, mas densificar, são os seguintes: a reprivatização será realizada, em regra e preferencialmente, através de concurso público, oferta na bolsa de valores ou subscrição pública, de modo a assegurar-se a sua transparência; as receitas das reprivatizações devem ser exclusivamente utilizadas para amortização da dívida pública e do setor empresarial do Estado, para o serviço da dívida resultante de nacionalizações ou para novas aplicações de capital no setor produtivo; manutenção de todos os direitos e obrigações de que os trabalhadores da empresa reprivatizada forem titulares que o TC considera uma regra de aplicação direta; direito a uma subscrição preferencial destes trabalhadores relativamente a uma percentagem do respectivo capital social e a realização de prévia avaliação dos bens a privatizar por intermédio de mais de uma entidade independente

(cfr. DL n.º 263793, de 3.7). Segundo a LQ é ao Governo que compete efectuar em concreto as reprivatizações, sendo o respetivo processo fiscalizado pela Comissão de Acompanhamento das Reprivatizações.

Anote-se, por fim, que o art 293.º/2 da CRP (redacção de 1989) possibilita que às PME indiretamente nacionalizadas e que se situem fora dos setores básicos da economia seja aplicado um regime simplificado de reprivatização.

## Referências

ALBERT, Michel. *Capitalisme contre capitalisme*. Paris: Éditions du Seuil, 1991.

ANTÓNIO, Manuela; MOTA, A. Sousa; CARVALHO, A. Rocha, *O sector empresarial do estado em Portugal e nos países da CEE*. Lisboa: Imprensa Nacional - CM, 1983.

CANOTILHO, J. Gomes; MOREIRA, V., CRP. Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I (artigos 1.º a 107.º). Coimbra: Coimbra Editora, 4. ed., 2007.

COATES Oxford, Polity Press, 2000.

David, *Models of Capitalism: Growth and Stagnation in the Modern Era*.

FERREIRA, E. Paz. *Direito da Economia*. Lisboa: AAFDL, 2001.

FONSECA, R. G. *Organização económica, comentário à constituição portuguesa*, OTERO, P. (Coord.), vol. II. Coimbra: Almedina, 2008, p. 455-566.

FRANCO, A. L. de Sousa. *Noções de Direito da Economia*. I vol. Lisboa: AAFDL, 1982-3.

GOMES, Nuno Sá, Nacionalizações e Privatizações. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa: Ministério das Finanças, n.º 155, 1988.

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 3. ed. Roma-Bari: Editorial Laterza, 2004.

- MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 130-150 e tomo III, 2007, p.974-997.
- MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973.
- MONCADA, L. Cabral. *Direito Económico*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MONCADA, L. C. *A problemática jurídica do planeamento económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
- OLIVEIRA, Mário E. de (Coord.). *Privatizações e reprivatizações: comentário à lei - quadro das privatizações*. Coimbra: Almedina, 2011.
- OTERO, P. *Privatizações, reprivatizações e transferências de participações sociais no interior do sector público*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- POLANY, K. (1944) *La Grande Transformation*. Paris: Gallimard, 2011.
- SANTOS, A. C.; GONÇALVES, M. E.; MARQUES, M.M.L. *Direito Económico*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 189-194 e 143-160.
- SILVA, M. O planeamento em Portugal: lições da experiência e perspectivas de futuro. In: A. A. V. V. *O planeamento económico em Portugal: lições da experiência*. Lisboa: Sá da Costa, 1984.
- SOUSA, F. Freire de et al. *O processo de privatizações em Portugal*. Porto: AIP, 1995.

# A CONTRIBUIÇÃO PORTUGUESA PARA O AUDIOVISUAL: PODER PÚBLICO E SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM RETENÇÃO NA FONTE

---

Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins

Isabel Vieira dos Reis

## 1. Enquadramento

Criada<sup>1</sup> pela Lei n.º 30/2003, de 22 de Agosto<sup>2</sup>, a contribuição para o audiovisual visa assegurar o financiamento do serviço público de radiodifusão e de televisão, a par das indemnizações compensatórias atribuídas pelo Estado<sup>3</sup>.

Esta contribuição surgiu no âmbito da reestruturação do sector empresarial do Estado que se verificou na área do audiovisual em 2003 com a atribuição das concessões dos serviços públicos de televisão e de radiodifusão a uma única

---

1 Sobre a sua criação, *vd.* Rogério Fernandes Ferreira, Olívio Mota Amador e Sérgio Vasques, “O Financiamento do Serviço Público de Televisão e a Nova Contribuição para o Audiovisual”, *Fiscalidade* 17, p. 5- 38.

2 Alterada pelo Decreto-Lei n.º 169-A/2005, de 3 de Outubro, Decreto-Lei n.º 230/2007, de 14 de Junho e Decreto-Lei n.º 107/2010, de 13 de Outubro.

3 Em concretização do disposto pela Lei n.º 30/2003, de 22 de Agosto, que aprovou o modelo de financiamento do serviço público de radiodifusão e de televisão, que deve respeitar os princípios da proporcionalidade e da transparência conforme disposto no artigo 52.º, n.º 2, da Lei 32/2003, de 22 de Agosto.

entidade, a Radiotelevisão Portuguesa, S. A., então transformada na Rádio e Televisão de Portugal, SGPS, S. A.<sup>4</sup>

Falhadas as técnicas de liquidação e cobrança experimentadas com as primitivas taxas de radiodifusão<sup>5</sup> e de televisão<sup>6</sup> que acarretavam uma significativa carga administrativa

---

4 Competindo, contudo, a exploração das concessões do serviço público de televisão à Radiotelevisão Portuguesa – Serviço Público de Televisão, S.A. (cf. artigo 48.º e 49.º da Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto) e de radiodifusão à Radiodifusão Portuguesa, S.A. (cf. artigo 46.º, n.º 2, da Lei n.º 4/2001, de 23 de Fevereiro, na redacção atribuída pela Lei n.º 33/2003, de 22 de Agosto).

5 Criada pelo Decreto n.º 22.783/1933, de 29 de Junho, cuja aquisição ou instalação de aparelho de rádio dependia de pedido de licença, renovada anualmente através de pagamento de taxa mensal, receita da Administração Geral dos Correios e Telégrafos. Para esse efeito, as entidades vendedoras daqueles aparelhos estavam obrigadas a comunicar àquela Administração a identificação dos indivíduos que os tivessem adquiridos. Com a autonomização orgânica e financeira da Emissora Nacional de Radiodifusão pelo Decreto-Lei n.º 41.484/1957, de 30 de Dezembro, é-lhe atribuída a competência para a concessão de licenças para instalações radioeléctricas receptoras de radiodifusão sonora e para a cobrança das taxas respectivas (passando a denominar-se de “taxa de radiodifusão sonora”), mediante intermédio dos CTT, sendo fixada pelo Regulamento das Instalações Receptoras de Radiodifusão aprovado pelo Decreto n.º 41.486/1957, de 30 de Dezembro, e posteriormente actualizada pelo Decreto n.º 87/75, de 27 de Fevereiro. Sucedeu-lhe a “taxa anual de radiodifusão”, instituída pelo Decreto-Lei n.º 389/76, de 24 de Maio, que vigorou até à aprovação da contribuição para o audiovisual.

6 A instalação de aparelhos receptores de televisão é regulada pela primeira vez pelo Decreto-Lei n.º 40.312/1955, de 9 de Setembro, que refere que a sua instalação fica dependente do pagamento de taxas a fixar em despacho pela Presidência do Conselho. A sua criação é concretizada com os citados Decreto-Lei n.º 41.484/1957, de 30 de Dezembro, e Decreto n.º 41.486/1957, de 30 de Dezembro, em moldes idênticos aos da taxa de radiodifusão sonora. Em 1976 tentou-se autonomizar o seu sistema de tributação relativamente a esta taxa através do Decreto-Lei n.º 353/76, de 13 de Maio, no entanto este regime não chegou a ter aplicação, mantendo-se o anteriormente em vigor. Sucedeu-lhe o regime consagrado pelo Decreto-Lei n.º 401/79, de 21 de Setembro, que exigia que cada televisor fosse registado e pelo qual fosse paga uma taxa de utilização anual. Este diploma veio instituir a consignação da sua receita à Radiotelevisão Portuguesa, E. P. a quem incumbia a concessão do serviço público de televisão. O artigo 25.º, que atribuía a competência “para a cobrança coerciva das taxas e sobretaxas em dívida, bem como para a aplicação de multas, quando não pagas voluntariamente, aos tribunais comuns”, foi declarado inconstitucional, com força obrigatória geral,

de difícil fiscalização, o legislador optou pelo sistema de tributação adoptado no âmbito da taxa anual de radiodifusão de 1976, que vigorou até à criação da presente contribuição.

O sistema de tributação reformulado em 1976 instituiu pela primeira vez o financiamento do serviço público de radiodifusão através da tributação do consumo da energia eléctrica para fins domésticos, a cobrar por intermédio das distribuidoras de energia eléctrica<sup>7</sup>. Afastava-se do sistema originário das referidas taxas, de tributação directa dos rádio-ouvintes e telespectadores, em função da sua qualidade de possuidores de aparelhos receptores de radiodifusão e de televisão, respectivamente, tal como previsto no artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 41.484/1957 e no artigo 22.º do Decreto n.º 41.486/1957, ambos de 30 de Dezembro. Se é certo que o regime instituído em 1957 operava em função de uma justiça comutativa, cobrada a todos os sujeitos passivos de forma igualitária sem olhar à sua capacidade contributiva, a tributação pelo consumo introduzida em 1976 (e que se mantém com a contribuição para o audiovisual) também não garantia que fossem tributados efectivos utilizadores e beneficiários do serviço público de radiodifusão, dissipando-se a nexos sinalagmático entre o consumo de energia eléctrica e a utilização do referido serviço público uma vez que poderíamos encontrar consumidores de energia não rádio-ouvintes. Neste sentido decidiu o Tribunal Constitucional em 1998, qualificando a taxa de radiodifusão como um

---

pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 72/90, proferido no âmbito do Processo 182/89 (publicado no *Diário da República*, I Série, n.º 77, de 2 de Abril de 1990), o que veio incentivar a fraude fiscal, culminando com a sua extinção pelo Decreto-Lei n.º 53/91, de 26 de Janeiro, com efeitos a 31 de Dezembro de 1990.

7 Sistema de cobrança igualmente previsto na taxa da televisão de 1976 (cf. artigo 8.º, n.º 3, do citado Decreto-Lei n.º 353/76, de 13 de Maio).

“imposto”<sup>8</sup>, referindo, inclusive, alguma doutrina tratar-se de um imposto especial de consumo enquanto imposto sobre a electricidade<sup>9</sup>, qualificação que a mesma entende ser prudente manter quanto à contribuição para o audiovisual.<sup>10</sup>

Afastada a discussão sobre a sua natureza que não nos traz aqui, importa apresentar umas breves notas sobre as principais características da presente contribuição que passa despercebida dos consumidores na factura da electricidade.

## 2. Incidência, taxa, liquidação e cobrança

A contribuição para o audiovisual incide sobre o fornecimento de energia eléctrica (por contador) e é devida mensalmente pelos respectivos consumidores<sup>11</sup>.

Estão isentos aqueles cujo consumo anual fique abaixo de 400 kWh<sup>12</sup>, bem como, desde Outubro de 2010, os consumidores não domésticos que se dediquem à actividade

---

8 Cf. Acórdão n.º 354/98, de 12 de Maio, proferido no âmbito do Processo n.º 32/97, entendendo estar “exclusivamente relacionada com o consumo doméstico de energia eléctrica, e não com a utilização do serviço de radiodifusão sonora”; “a relação estabelece-se entre a taxa de radiodifusão sonora e o consumo de electricidade, e não entre ela e a possibilidade de utilização do serviço de radiodifusão sonora, pois é a qualidade de consumidor de energia eléctrica que obriga ao seu pagamento”. Este acórdão julgou inconstitucional o n.º 1 da Portaria n.º 65/1992, de 1 de Fevereiro, por fixar o valor da taxa de radiodifusão, matéria que constitui reserva de lei da Assembleia da República de acordo com a Lei Fundamental.

9 In: Rogério Fernandes Ferreira, Olívio Mota Amador e Sérgio Vasques, “O Financiamento...”, p. 18.

10 Ibidem, p. 20.

11 Na sua versão originária incidia apenas sobre o fornecimento de energia eléctrica para o uso doméstico, tendo contudo, em 2005, passado a abranger igualmente o consumo não doméstico com a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 169-A/2005, de 3 de Outubro.

12 Limite já anteriormente estabelecido para a taxa da radiodifusão pelo Decreto-Lei n.º 411/90, de 31 de Dezembro.

agrícola e produção animal, desde que os seus contadores permitam a individualização de forma inequívoca da energia consumida nas referidas actividades.<sup>13</sup>

O valor da contribuição é actualizado com base na taxa anual de inflação através da Lei do Orçamento do Estado. A Lei do Orçamento do Estado para 2011 (Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Dezembro) fixou a contribuição para o audiovisual no valor mensal de €1,74.

O produto da contribuição é consignado formalmente<sup>14</sup> à Rádio e Televisão de Portugal, SGPS, S.A. (RTP) na medida que é esta a titular das concessões de serviço público de radio-difusão e de televisão.

Na redacção atribuída pelo Decreto-Lei n.º 230/2007, de 14 de Junho<sup>15</sup>, a contribuição é liquidada, por substituição tributária, através das empresas comercializadoras de electricidade<sup>16</sup>, incluindo as de último recurso, ou através das distri-

---

13 Conforme estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 107/2010, de 13 de Outubro, que refere, concretamente, que estão isentos “os consumidores não domésticos de energia eléctrica cuja actividade se inclua numa das descritas nos grupos 011 a 015 da divisão 01, secção A, da Classificação das Actividades Económicas – Revisão 3 (CAE – Rev.3), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 381/2007, de 14 de Novembro”. Resulta de autorização legislativa constante do artigo 161.º, n.º 2, da Lei do Orçamento do Estado para 2009 (Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro).

14 Sobre a consignação formal de receitas consultar a anotação ao artigo 7.º da Lei de Enquadramento Orçamental em Guilherme d'Oliveira Martins e.a., *Lei de Enquadramento Orçamental Anotada e comentada*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p 70-75.

15 Por autorização legislativa concedida pela Lei do Orçamento do Estado para 2007 (*cf.* artigo 132.º da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro).

16 Com a abertura do mercado a comercializadores não regulados no quadro do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, que transpôs a Directiva n.º 2003/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho, concretizada posteriormente pelo Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 264/2007, de 24 de Julho, e pelo Decreto-Lei n.º 104/2010, de 29 de Setembro. Esta Directiva veio, designadamente, estabelecer a possibilidade de todos os clientes poderem escolher livremente o seu comercializador a partir de 1 de Julho de 2007.

buidoras de electricidade quando estas a distribuam directamente ao consumidor, e cobrada em conjunto com o preço relativo ao fornecimento ou comercialização da electricidade. O regime que aprovou a presente contribuição é, contudo, omissivo quanto à forma e ao prazo do seu pagamento por aquelas entidades ao Estado (RTP).

Estas empresas têm direito a ser compensadas pelos encargos incorridos com a liquidação da contribuição através da retenção de um valor fixo por factura cobrada a fixar, de acordo com um princípio de cobertura de custos, por despacho conjunto dos ministros responsáveis pelas áreas das finanças, da economia e das políticas públicas de comunicação social. Foi fixado em 0,06 pelo Despacho conjunto n.º 306/2004, de 20 de Janeiro<sup>17</sup>, estabelecendo-se no mesmo que este valor será actualizado anualmente na percentagem em que o for a contribuição para o audiovisual.

O valor da contribuição deve ser discriminado de modo autónomo na factura do fornecimento de energia eléctrica. As empresas distribuidoras e as empresas comercializadoras de electricidade, incluindo as de último recurso, não podem, assim, emitir facturas respeitantes ao seu fornecimento nem aceitar o respectivo pagamento por parte dos consumidores sem que ao preço seja somado o valor da contribuição para o audiovisual.

---

17 Publicado no *Diário da República*, II Série, n.º 118, de 20 de Maio de 2004.

### 3. Da sujeição a IVA e coexistência com este imposto sobre o consumo

Ainda que criada em 2003, apenas com efeitos a 1 de Janeiro de 2008, através da Lei do Orçamento do Estado para 2008 (Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro), veio o legislador estabelecer a sujeição da contribuição para o audiovisual à taxa reduzida do IVA, inicialmente como verba 2.1-A da Lista I anexa ao Código do IVA, actual verba 2.2<sup>18</sup>. Alvo de alguma contestação na altura com o fundamento de pretensamente se tratar de uma situação de dupla tributação, importa analisar se estavam desde a sua criação (na altura, apenas) as distribuidoras de energia eléctrica obrigadas à liquidação do IVA sobre a contribuição em análise.

Conforme estabelece o artigo 2.º, n.º 3, alínea b), do Código do IVA, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são, em qualquer caso, sujeitos passivos de IVA quando exerçam a actividade de distribuição de electricidade, salvo quando se verifique que as exercem de forma não significativa.

Ainda integrada no sector empresarial do Estado<sup>19</sup>, a EDP Distribuição – Energia, S.A. (já em 2003) é a entidade que prossegue a actividade de distribuição de electricidade, tanto em baixa e média tensão enquanto titular da concessão

---

18 Após a renumeração verificada com o Decreto-Lei n.º 102/2008, de 20 de Junho.

19 Apesar de o Tribunal de Justiça da União Europeia já ter considerado, em Novembro de 2010, ilegal a *golden share* que o Estado português tem na EDP - Energias de Portugal, S.A. (sociedade aberta) por constituir uma “restrição injustificada à livre circulação de capitais e que, ao manter esses privilégios, Portugal infringiu as obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados” (IP/08/1357).

para exploração da Rede Nacional de Distribuição, como em baixa tensão através de concessões municipais.

Por sua vez, o valor tributável em sede deste imposto inclui “impostos, direitos, taxas e outras imposições, com excepção do próprio IVA”<sup>20</sup>, tratando-se “de um conceito amplo de prestações patrimoniais públicas que são incluídas necessariamente no valor tributável, não a título de pagamento do bem ou serviço, mas por implicarem um dispendio efectivo”<sup>21</sup>, estando assim incluídos todos os tributos que incidam sobre as operações tributáveis em sede deste imposto, com excepção do próprio IVA.

Atendendo que o fornecimento de electricidade é considerado uma transmissão de bens para efeitos do IVA<sup>22</sup> e tratando-se a contribuição para o audiovisual de um encargo relacionado com este fornecimento, parece-nos que a EDP Distribuição – Energia, S.A. estava, desde o início da vigência desta contribuição, obrigada a incluí-la na base de incidência deste imposto. Com a abertura do mercado em 2006 e com a separação jurídica das actividades de operação das redes de transporte e distribuição da comercialização, com o fornecimento de energia eléctrica ao consumidor final pelas empresas comercializadoras, quer ainda em mercado regulado através da EDP Serviço Universal, S. A.<sup>23</sup>, quer em livre con-

---

20 Nos termos do artigo 16.º, n.º 5, alínea a), do Código do IVA.

21 Patrícia Noiret da Cunha. *Imposto sobre o Valor Acrescentado, Anotações ao Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado e ao regime do IVA nas Transacções Intracomunitárias*, ISG, 2004, p. 264.

22 De acordo com o disposto no artigo 3.º, n.º 2, do Código do IVA.

23 Que iniciou a sua actividade em 1 de Janeiro de 2007 e a quem foi atribuída a licença de Comercializador de Último Recurso. Está obrigada à prestação universal de fornecimento de electricidade em baixa tensão com potência contratada até 41,4kW a todos os clientes que o solicitem (cf. artigo 46.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, na redacção atribuída pelo Decreto-Lei n.º 104/2010, de 29 de Setembro).

corrência, passaram a estar também estas empresas adstritas ao cumprimento da mesma obrigação.

Para além da sua sujeição em sede deste imposto, pode ainda ser questionada a legitimidade da sua instituição em coexistência com o IVA.

O artigo 401.º da Directiva do IVA<sup>24</sup> não impede que um Estado-membro mantenha ou introduza

impostos especiais de consumo, direitos de registo e, em geral, todos os impostos, direitos e taxas que não tenham a natureza de impostos sobre o volume de negócios, desde que a cobrança desses impostos, direitos e taxas não dê origem, nas trocas comerciais entre Estados-Membros, a formalidades relacionadas com a passagem de uma fronteira.

O Tribunal de Justiça da União Europeia já veio esclarecer por diversas vezes, ainda na vigência da anterior Sexta Directiva, que esta norma visa essencialmente “evitar a criação de impostos, direitos e taxas, que, pelo facto de onerarem a circulação dos bens e dos serviços de modo comparável ao do IVA, comprometem o funcionamento do sistema comum deste último”, acrescentando que devem considerar-se como tais os impostos, direitos e taxas que apresentam as características essenciais do IVA”, a saber,

o IVA aplica-se, genericamente, às transacções que tenham por objecto bens ou serviços; é proporcional ao preço desses bens e desses serviços; é cobrado em cada fase do processo de

---

24 Directiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 2006, que corresponde no essencial ao artigo 33.º da Sexta Directiva (Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977).

produção e de distribuição; finalmente, aplica-se ao valor acrescentado dos bens e dos serviços, sendo um imposto devido por ocasião de uma transacção calculado após a dedução do imposto pago no momento da transacção anterior.<sup>25</sup>

Deste modo, ainda que algumas vezes dissonantes tentem invocar ser uma pretensão ilegítima a sujeição a IVA da contribuição para o audiovisual, bem como sustentem ser ilegal a sua coexistência com o mesmo, consideramos que o presente procedimento não viola o normativo comunitário uma vez que a contribuição em apreço não pode ser qualificada como um imposto sobre o volume de negócios visto (i) não ter natureza genérica, (ii) não ser cobrada em cada fase de distribuição, e, por último, (iii) não se aplicar sobre o valor acrescentado no fornecimento da electricidade.

#### **4. Da substituição tributária sem retenção**

Nos termos do previsto no artigo 20.º da Lei Geral Tributária (LGT), a substituição tributária verifica-se quando, por imposição da lei, a prestação tributária for exigida a pessoa diferente do contribuinte, sendo efectivada através do mecanismo da retenção na fonte do imposto devido. Por questões de simplificação administrativa e de maior eficiência fi-

---

25 *Vd.*, entre outros, §33 do acórdão de 17 de Setembro de 1997 (“Fazenda Pública *vs.* UCAL”), Processo C-347/95, que julgava sobre a violação do direito comunitário de uma taxa de comercialização de lacticínios. *Vd.*, também, entre os mais recentes, acórdão de 16 de Dezembro de 1992 (“Raymond *vs.* Directeur des Services Fiscaux de Nantes Processo”), Processo C-208/91, sobre direitos de registo cobrados na aquisição de terrenos para construção, e acórdão de 11 de Outubro de 2007 nos Processos C-283/06 (Zala Bíróság) e C-312/06 (Legfelsőbb Bíróság) sobre um imposto local sobre as actividades económicas.

nanceira, o legislador tributário aproveita-se da relação privilegiada existente entre determinadas pessoas e os contribuintes, atribuindo àquelas o dever de retenção sobre pagamentos que lhes sejam por si devidos, assim como o subsequente dever de pagamento ao Estado do imposto retido.

A obrigação de prestação tributária a pessoa diferente do contribuinte pode, todavia, ser legalmente configurada de forma diversa sem ter subjacente o mecanismo de retenção na fonte, designadamente em sede de impostos sobre o consumo. Neste caso o dever de liquidação e cobrança do imposto é atribuído a um vendedor de bens ou prestador de serviços, a efectuar juntamente com o preço dos bens ou serviços que forneça. O substituto tributário é assim credor do substituído (credor do preço devido), ao contrário do que sucede na substituição com retenção em que o substituto é devedor do substituído.

Perante a ausência de regulação quanto a esta matéria, importa determinar se o substituto sem retenção<sup>26</sup> é igualmente sujeito passivo na relação jurídico-tributária estabelecida, tal como na substituição com retenção.

---

26 A taxa de exploração das instalações eléctricas de 3.º grupo (designada comumente por “taxa DGGE”) é também um exemplo de substituição tributária sem retenção na fonte e que deve encontrar-se igualmente discriminada na factura da electricidade, quando aplicável. Foi instituída pelo Decreto-Lei n.º 4/93, de 8 de Janeiro, que aprovou o Regulamento das Instalações Eléctricas (cf. Decreto-Lei n.º 101/2007, de 2 de Abril, relativamente à classificação das instalações eléctricas de serviço particular), alterado pelo Decreto-Lei n.º 246/2009, de 22 de Setembro. Os valores actuais estão definidos na Portaria n.º 311/2002, de 22 de Março. Quanto à sua cobrança, o artigo 68.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, estabelece que “são cobradas pelo operador da RND aos respectivos comercializadores, que as reflectem na facturação aos respectivos clientes”; “o operador da RND e os comercializadores têm direito a reter 1,5% e 0,5%, respectivamente, do montante das taxas”. Esta taxa é, assim, liquidada e cobrada pela EDP Distribuição – Energia, S.A. mediante a emissão de guias de receita aos comercializadores, devendo ser paga no prazo de 30 dias contados a partir da data da notificação das mesmas, estando a sua cobrança coerciva sujeita às regras do processo de execução fiscal.

Se, por um lado, este vazio legal incentiva o incumprimento das obrigações a que estejam adstritos, deixa por outro alguma margem de regulação ao legislador quando pretenda instituir tributos que adoptem este mecanismo de tributação, como tem sucedido, por exemplo, com a taxa municipal de ocupação do subsolo<sup>27/28</sup> que, apesar das diversas contestações sentidas, os municípios têm vindo a tentar cobrar às distribuidoras regionais de gás natural desde a aprovação do regime geral das taxas locais em 2006, e que têm disposto livremente quanto aos seus elementos essenciais e forma de tributação.

---

27 Estabelecida actualmente no quadro do regime geral das autarquias locais aprovado pela Lei n.º 53-E/2006, de 29 de Dezembro, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea c), que estabelece que “as taxas municipais incidem sobre utilidades prestadas aos particulares ou geradas pela actividade dos municípios, designadamente: c) pela utilização e aproveitamento de bens do domínio público”. Esta taxa é liquidada pelas autarquias locais, que integrem a área de concessão, às concessionárias do serviço público de distribuição regional de gás natural, que, por sua vez, a repercutem nas entidades comercializadoras utilizadoras das infraestruturas ou nos consumidores finais servidos directamente pelas mesmas nos termos definidos pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE). Tem defrontado algumas divergências entre os municípios e as distribuidoras/comercializadoras do gás natural, dando lugar a diversos litígios em tribunal na medida que, tratando-se de uma taxa, deve respeitar o princípio da equivalência que impõe que o seu valor seja determinado em função do custo do serviço prestado ou das utilidades proporcionadas. Uma vez que a actividade de distribuição de gás natural é exercida em regime de concessão de serviço público atribuída às referidas empresas regionais, discute-se sobre a legitimidade das autarquias locais em cobrar tais taxas durante o período de concessão uma vez que “a concessionária detém a posse e propriedade dos bens afectos à concessão até à extinção desta” (vd., por exemplo, cláusula 13.ª da minuta do contrato de concessão da actividade de distribuição de gás natural entre o Estado Português e a Beiragás – Companhia de Gás das Beiras, S.A. aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 98/2008, de 3 de Abril (*Diário da República*, II Série, n.º 119, de 23 de Junho de 2008).

28 *Vd.*, a este respeito, Sérgio Vasques, Regime das Taxas Locais, Introdução e Comentário, *Cadernos IDEFF*, Coimbra: Almedina, n. 8, p. 121-128, 2008.

Atendendo-se à definição consagrada no artigo 18.º, n.º 3, da LGT, que considera como sujeito passivo aquele que está vinculado ao cumprimento da prestação tributária<sup>29</sup>, não obstante a concepção de substituição tributária aí prevista ter subjacente o mecanismo da retenção na fonte<sup>30</sup>, consideramos, ainda assim, que o substituto tributário sem retenção deve ser qualificado do mesmo modo como sujeito passivo enquanto titular de uma situação jurídico-tributária passiva cabendo-lhe os deveres de liquidação, de cobrança e de pagamento ao Estado do imposto cobrado. Caso contrário estaríamos perante um injustificável terceiro género de obrigado tributário, situado entre a figura jurídica do sujeito passivo e do contribuinte. Não podemos ignorar existirem situações de substituição tributária sem retenção que se encontram suficientemente enraizadas no ordenamento jurídico tributário relativamente às quais esta qualificação não tem sido questionada. Referimo-nos, por exemplo, a algumas operações tributáveis em sede de Imposto do Selo em que o sujeito passivo se distingue do contribuinte (o titular do interesse económico).<sup>31</sup>

Por sua vez, o substituído assume a posição de contribuinte na presente relação tributária visto ser a pessoa jurídica

---

29 Que poderá ser o devedor do imposto, o obrigado a entregar uma declaração de imposto ou a “preencher qualquer outro dever exigido por uma norma fiscal” (SALDANHA SANCHES. *Manual de Direito Fiscal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 136).

30 Sobre o fenómeno da substituição tributária com retenção na fonte *vd.*, entre outros, Alberto Xavier, *Manual de Direito Fiscal*. Lisboa, 1974, p. 407-417. Por sua vez, sobre a substituição tributária sem retenção na fonte, *vd.* VASQUES, Sérgio. *Regime das Taxas...*, p. 124-130.

31 Por exemplo, no caso dos seguros em que são sujeitos passivos as empresas de seguros (credoras dos prémios), nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea e), enquanto que o tomador do seguro é o titular do interesse económico, cabendo a este suportar o respectivo imposto conforme disposto no artigo 3.º, n.º 3, alínea o), ambos do Código do Imposto do Selo.

descrita na previsão da norma tributária e relativamente à qual se deve verificar o facto tributário. Ao mesmo cabe suportar o encargo do imposto, com repercussão ou não noutro agente (designado pela doutrina como “contribuinte de facto”)<sup>32</sup> da cadeia económica da prestação de bens ou serviços. É o caso do IVA em que se permite ao adquirente de bens ou serviços que suporte este imposto, através do direito à dedução que lhe é por lei conferido em determinadas circunstâncias e da liquidação com base no valor acrescentado, repercutir sucessivamente o encargo do imposto até ao consumidor final, a quem já não é conferido esse direito à dedução. Igual situação sucede na taxa municipal do subsolo quando as concessionárias de distribuição de gás natural repercutam o gasto desta taxa nas empresas comercializadoras ou nos consumidores finais quando lhes distribuam directamente o gás conforme previsto nos contratos de concessão.<sup>33</sup>

Falta contudo determinar o âmbito da responsabilidade do substituto e do substituído na substituição tributária sem retenção quanto à falta da prestação tributária.

À semelhança do que sucede, por exemplo, no Imposto do Selo, quando o sujeito passivo se distinga do contribuinte, caso em que a responsabilidade tributária é apenas imputável ao sujeito passivo<sup>34</sup> (a quem é adstrito o dever de pagamento do imposto nos termos do artigo 41.º do Código do Imposto

---

32 XAVIER, Alberto. *Manual...*, p. 409.

33 Não se confunda, contudo, o fenómeno da substituição tributária com o da repercussão (legal ou de facto). Na primeira situação o sujeito passivo (o obrigado à prestação tributária) distingue-se do contribuinte – o substituído (pessoa relativamente à qual se verifica o facto tributário). Na repercussão, o sujeito passivo e o contribuinte (de direito) são a mesma pessoa, mas este não suporta, no entanto, o imposto, transferindo o seu encargo para um terceiro excluído desta relação tributária – o repercutido (o contribuinte de facto).

34 Excluindo-se situações de responsabilidade solidária de acordo com o previsto no artigo 42.º do Código do Imposto do Selo.

do Selo), ficando o contribuinte afastado de qualquer relação com o sujeito activo do imposto, consideramos que a responsabilidade do substituído deve ser estabelecida no âmbito do direito privado e apenas circunscrita à relação substituto-substituído, em moldes idênticos ao da relação estabelecida entre o contribuinte de direito e o repercutido. Em alternativa poder-se-ia configurar a responsabilidade do substituído como uma responsabilidade tributária subsidiária próxima da imputável ao substituído com retenção na fonte quando esta tenha natureza definitiva<sup>35</sup>. No entanto, atendendo ao disposto nos diplomas que têm consagrado este mecanismo de tributação, não é possível, por via das normas tributárias vigentes, que o Estado possa vir exigir o pagamento do imposto a este sujeito, ainda que a título subsidiário.

A contribuição para o audiovisual é, assim, cobrada através do presente mecanismo de substituição tributária sem retenção no qual as empresas comercializadoras e distribuidoras de electricidade surgem como os sujeitos passivos<sup>36</sup> da relação tributária estabelecida, enquanto entidades vinculadas ao cumprimento da prestação tributária, não podendo emitir facturas de fornecimento de electricidade nem aceitar o seu pagamento sem que seja incluída a contribuição para o audiovisual. Por sua vez, o consumidor assume o papel de contribuinte, aquele a quem incumbe suportar a contribuição. Tendo em conta as obrigações tributárias previstas no regime jurídico da contribuição para o audiovisual, parece-nos que o contribuinte deve ficar excluído de qualquer responsabilidade tributária, cingindo-se a regulação do não pa-

35 Estabelecida, em termos gerais, no artigo 28.º da LGT.

36 Em sentido diverso Rogério Fernandes FERREIRA, Olívio Mota AMADOR e Sérgio VASQUES. *O Financiamento...*, p. 28, que consideram ser o consumidor o sujeito passivo da presente relação tributária invocando, designadamente, a ausência de disciplina quanto a esta matéria.

gamento pelo consumidor desta contribuição ao âmbito privado nos termos da relação contratual acordada com as empresas comercializadoras/distribuidoras.

A par da responsabilidade pela falta de pagamento da contribuição pelo consumidor de energia eléctrica, é igualmente incerta a responsabilidade penal/contra-ordenacional dos substitutos tributários quando deixem de proceder à liquidação e cobrança dos tributos atendendo ao princípio da tipicidade previsto no âmbito das normas de natureza penal.

O Supremo Tribunal Administrativo<sup>37</sup> tem vindo a entender através de jurisprudência recente que, quanto à aplicação do artigo 114.º do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT) ao IVA, que “a prévia dedução da prestação tributária não entregue constitui elemento essencial do tipo legal de contra-ordenação em causa” podendo apenas esta norma ser aplicada quanto a este imposto no caso “em que o sujeito passivo receber de terceiros o IVA que liquidou e não o entregar à administração tributária, havendo obrigação de entrega por se comprovar que há um saldo positivo a favor desta no confronto da globalidade do imposto liquidado e pago pelo sujeito passivo em determinado período”, nos termos do disposto no n.º 3 da referida norma que estabelece que se considera igualmente como falta de entrega da prestação tributária “aquela que, tendo sido recebida, haja obrigação legal de liquidar nos casos em que a lei o preveja”. Acrescenta ainda o mesmo Tribunal que, “como resulta do texto deste n.º 3 do art. 114.º do RGIT, apenas é sancionado como contra-ordenação o comportamento de quem tem obrigação “de liquidar na sequência de recebimento da

---

37 Cf. acórdão de 22 de Março de 2011, proferido no âmbito do Processo 1037/2010, de 2 de Junho de 2010, no Processo 338/2010, e de 18 de Novembro de 2009, no Processo 593/09.

quantia do imposto”<sup>38</sup>. O n.º 5 da citada norma inclui igualmente situações de falta de liquidação e cobrança de imposto que deva ser efectuada pelos sujeitos passivos. Nestes termos, e na ausência de outra norma que penalize a conduta em análise, admitimos que o citado artigo 114.º do RGIT possa ser aplicado na situação em apreço (a par do crime de abuso de confiança quando, atendendo à gravidade da conduta em causa, seja o mesmo aplicável), não nos imiscuindo, contudo, da fragilidade do presente entendimento uma vez que a disposição em apreço visou essencialmente penalizar as situações de substituição tributária com retenção na fonte e as relativas à falta de pagamento de imposto com natureza de pagamento por conta.

## **5. A responsabilidade financeira sancionatória das distribuidoras e comercializadoras de electricidade**

Na falta de disposições de natureza fiscal que penalizem as situações de substituição tributária sem retenção na fonte, restam-nos as de natureza financeira.

Num momento em que a disciplina orçamental e o rigor nas finanças públicas estão na ordem do dia, até em razão da existência da União Económica e Monetária, fácil é de compreender que a instituição suprema de Contabilidade dos dinheiros públicos esteja no centro do esforço nacional de equilíbrio das contas públicas. Nesse sentido, o Tribunal de Contas<sup>39</sup> não pode deixar de ter uma actuação quotidiana que

---

38 Acórdão de 28 de Maio de 2008, no Processo 279/2008.

39 O Tribunal de Contas é o órgão supremo de controlo, de fiscalização e de auditoria das contas públicas, dando parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluído a da Segurança Social e sobre as contas das Regiões autónomas, fiscalizando previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos actos e

visa contrariar a imprevisibilidade, instabilidade, complexidade e incerteza, factores que apenas favorecem a evasão fiscal e a corrupção.

No que respeita à responsabilidade financeira em particular, o artigo 71.º da Lei de Enquadramento Orçamental consagra, em disposição legal autónoma, os termos em que

---

contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades para as entidades sujeitas aos seus poderes de controlo e à sua jurisdição, julgando a efectivação de responsabilidades financeiras, realizando auditorias; apreciando a legalidade, bem como a economia, eficiência e eficácia das entidades sujeitas aos seus poderes de controlo. Não se trata, assim, nem de uma câmara política nem de uma entidade com competências principalmente administrativas, mas de uma instância suprema de auditoria e de carácter jurisdicional no coração do Estado Constitucional.

A análise da legalidade e da correcção financeira das operações examinadas constituem funções essenciais do Tribunal de Contas, que além de integrar o poder judicial na ordem constitucional portuguesa, faz parte, com o Tribunal de Contas Europeu, da rede europeia de instituições superiores de auditoria. Nesse sentido, a apreciação da actividade financeira do Estado é jurídica e técnica, ora recorrendo à legislação financeira e orçamental, ora obedecendo às regras de auditoria externa. É esta configuração institucional que permite ao Tribunal pronunciar-se sobre a economia, a eficiência e a eficácia da gestão, bem como sobre a fiabilidade dos sistemas de controlo interno. Não se trata, assim, de fazer apreciações de índole política sobre as opções tomadas pelos Governos, mas sim de poder proceder à avaliação técnica e económica sobre o modo como o dinheiro público, proveniente das receitas cobradas aos contribuintes, é utilizado e aplicado.

O Tribunal de Contas tem, assim, funções diversas que vão desde a capacidade para fazer apreciações nos vários domínios das Finanças Públicas e do Direito Orçamental até ao exercício de diversos tipos de fiscalização (prévia, concomitante e sucessiva) e à aplicação de sanções que a lei manda aplicar em resultado do apuramento de responsabilidades financeiras, em sentido estrito.

Além do mais, o Tribunal pode formular recomendações “em ordem a serem supridas as deficiências da gestão orçamental, tesouraria, dívida pública e património, bem como da organização e financiamento dos serviços”.

Em razão do carácter do órgão que o produz, a Constituição da República concedeu ao Tribunal de Contas a natureza de um verdadeiro tribunal especializado em matéria financeira. Não é, por isso, um órgão da Administração, ainda que exerça poderes de carácter administrativo, o que também acontece com os tribunais judiciais. Insista-se que entre os poderes jurisdicionais, temos o julgamento das contas, a aplicação de sanções e a efectivação da responsabilidade financeira por meio de decisões de carácter jurisdicional.

esta forma de responsabilidade é efectivada pelo Tribunal de Contas<sup>40</sup>, nos termos da respectiva legislação.

Consagra-se, assim, “o princípio da responsabilidade pelos actos de execução orçamental”. Deste modo, quando um titular de cargo político ou um funcionário e agente do Estado ou das demais entidades públicas pratique um acto de execução financeira pública, violando a lei, prevê-se que fique sujeito a sanções ou, pelo menos, obrigado a proceder a uma reparação em consequência do acto praticado.

A responsabilidade pela prática de actos financeiros é uma das consequências da produção de actos financeiros ilegais ou irregulares. Enquanto no tocante ao valor jurídico do acto pode cominar-se a sua inexistência, invalidade, ineficácia ou mera irregularidade, já no que se refere ao agente que o praticou há que prever as sanções ou outras consequências que decorram da violação da lei.

É neste quadro que surge a responsabilidade financeira *stricto sensu*. Em certos casos, a lei obriga à reintegração dos fundos públicos objecto de prática ilegal ou irregular por parte das entidades responsáveis.

Estamos perante uma responsabilidade distinta das anteriores<sup>41</sup>, designadamente pelo carácter misto (punitivo e

---

40 A responsabilidade financeira constitui a «pedra de toque» para a caracterização das competências específicas do Tribunal de Contas, como órgão jurisdicional que dirime e julga questões ligadas a litígios entre o Estado e os particulares suscitados ex officio por imposição da lei ou por actuação do Ministério Público, como representante dos interesses do Estado ou como defensor da legalidade, arrancando de um intuito de proteger o interesse público, com verificação da responsabilidade de particulares, em regra conexos com o interesse público porque seus responsáveis de autoridade, funcionários, agentes ou mesmo beneficiários de dinheiros públicos.

41 Ao lado dos outros tipos de responsabilidade, a saber: a) Responsabilidade política — accionada essencialmente pelo Parlamento, dando origem a um eventual juízo político de censura, que pode ir até à demissão do Governo, pelo funcionamento dos mecanismos constitucionais ou à realização de inquérito parlamentar (artigos 117º, nº 1, 190º e 191º da CRP).

reintegratório) e pelo facto de se referir ao valor dos fundos que foram colocados em risco pelo acto praticado ou que deste foram objecto. Atenhamo-nos ao caso da responsabilidade financeira *stricto sensu*. Esta tem como fundamento a reintegração da Fazenda Nacional pelo valor em que foi lesada, envolvendo os valores objecto da lesão, não o prejuízo causado, e abrangendo, eventualmente, a reintegração (reposição) e a punição (multa). Estamos perante o julgamento de contas ou a prestação de contas, pelo que a prova sobre o modo como foram utilizados os dinheiros públicos cabe a quem tem a seu cargo a respectiva utilização (como no caso do fiel depositário).

Como já se disse *supra*, a contribuição para o audiovisual é cobrada através do presente mecanismo de substituição tributária sem retenção no qual as empresas comercializadoras e distribuidoras de electricidade surgem como os sujeitos passivos da relação tributária estabelecida, enquanto entidades vinculadas ao cumprimento da prestação tributária, não podendo emitir facturas de fornecimento de electricidade nem aceitar o seu pagamento sem que seja incluída a contribuição para o audiovisual.

---

b) Responsabilidade criminal — neste caso há a distinguir os crimes de responsabilidade (em que incorrem os titulares de cargos políticos, por atentarem contra o disposto na legislação da contabilidade pública, contra a propriedade da Administração e a guarda e correcta utilização dos dinheiros públicos) — Arts 117º e 130º da CRP e Lei nº 34/87, de 6 de Julho —, bem como os crimes financeiros consagrados na lei penal (corrupção — artigos 424.º e seguintes do Código Penal; abuso de confiança — artigos 300º do Código Penal).

c) Responsabilidade civil — aqui está em causa a reparação indemnizatória dos prejuízos causados ao Estado e outras entidades públicas pela prática culposa de actos financeiros ilegais.

d) Responsabilidade disciplinar — aplica-se aos agentes administrativos ou a outros entes sujeitos a poder disciplinar, qualificando nalguns casos a lei financeira determinados comportamentos como passíveis de procedimento disciplinar, além dos que constam nas leis gerais — designadamente no Estatuto Disciplinar dos Agentes do Estado.

Na verdade, a criação do presente mecanismo de substituição tributária derroga um dos princípios da execução orçamental<sup>42</sup> mais importantes que é a segregação de funções, previsto no n.º 1 do artigo 42.º da Lei de Enquadramento Orçamental<sup>43</sup>.

O princípio da segregação de funções desdobra-se em quatro corolários: (1) a divisão de tarefas; (2) a unidade de tesouraria; (3) a facilitação do controlo e a (4) evitação da fraude. Quanto à exigência de divisão de tarefas, todas as operações de receitas ou despesas comportam duas séries de actos: aqueles que estão na origem de créditos ou débitos do Estado. Já na unidade de tesouraria, todas os fundos públicos são depositados numa caixa única, sob o controlo do Ministro das Finanças. Torna-se, assim, natural que os executores orçamentais estejam submetidos à sua autoridade ou dependentes

---

42 Existem outras excepções ao princípio da segregação de funções. Ora, os graus de segregação são tanto maiores ou menores consoante estejamos perante receitas ou despesas.

(1) Existem despesas que podem ser efectuadas sem prévia ordenação, como acontece, exemplificadamente, com as despesas com compensação em receita, que podem ser executadas somente pela intervenção do ordenador.

(2) Em matéria de receitas, há que distinguir entre receitas fiscais e não fiscais. Na realidade, no que respeita às receitas fiscais, existe uma dissociação completa entre a Direcção-Geral dos Impostos (DGCI) e o Tesouro nos impostos directos, enquanto que já nos impostos indirectos, a Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo (DGAIÉC) pode assumir competência total para a cobrança dos mesmos. No que concerne às receitas não fiscais, o cobrador pode ficar e gerir pequenas somas, como sejam as entradas de museus, as inscrições nas bibliotecas, quando fazendo parte dos serviços integrados.

43 Publicada no Diário da República, n.º 192, Série I-A, de 20 de Agosto de 2001, com as alterações introduzidas pela Lei Orgânica n.º 2/2002 (Lei da Estabilidade Orçamental), de 28 de Agosto, da Assembleia da República; na Lei n.º 48/2004 de 24 de Agosto e na Lei n.º 48/2010, de 19 de Outubro. Sobre as recentes alterações efectuadas pela proposta de lei n.º lei 47/XI/2.<sup>a</sup>, aprovada no plenário da Assembleia da República de 6 de Abril de 2011, Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins e Maria d'Oliveira Martins, "A reforma da Lei de Enquadramento Orçamental e as novas regras financeiras", *Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal*, no prelo.

da sua nomeação. No que concerne à facilidade de controlo, enquanto os ordenadores gerem as contas administrativas, os executores gerem as contas de gestão (entradas e saídas de fundos). O controlo externo torna-se mais fácil, porque basta o cruzamento das duas contas para desfazer as eventuais irregularidades. Finalmente, na luta contra a fraude, proíbe-se que o mesmo agente possa assumir uma despesa e realizá-la, ou decidir arrecadar uma receita e cobrá-la. Um agente não pode viver sem o outro.

Ora, no caso da contribuição para o audiovisual, são as empresas comercializadoras de electricidade, tal como definidas no n.º 1 do artigo 5.º da Lei n.º 30/2003, que liquidam e cobram, tornando o controlo interno e externo muito difícil, dando lugar a inúmeras irregularidades potenciais.

Estas empresas comercializadoras de electricidade, *qualquer que seja a sua natureza* estariam sempre submetidas às regras de execução orçamental, uma vez que são beneficiárias<sup>44</sup>, a qualquer título, de valores públicos na medida necessária à fiscalização da legalidade, regularidade e correcção económica e financeira da aplicação desses valores<sup>45</sup>. No caso em que seja a EDP a proceder à liquidação e cobrança da contribuição em análise, seja através da EDP Serviço Universal, S.A., seja da EDP Distribuição – Energia, S.A. (quando distrua directamente a electricidade), uma vez que integradas no sector empresarial do Estado como vimos *supra*, torna-se ainda mais efectiva a tutela da sequela dos dinheiros públicos prevista nos números 3 e 4 do artigo 2.º da LOPTC, o que as converte em *executoras orçamentais qualificadas*.

---

44 Na medida que são compensadas pelos encargos de liquidação nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do citado regime.

45 *Cf.* artigos 2.º, n.º 3, e 5.º, n.º 1, alínea e), 65.º, n.º 1, a), e n.º 2 do citado diploma.

É por esta derrogação evidenciada ao princípio da segregação de funções que a tutela da substituição tributária evidenciada deve pertencer ao campo financeiro e não ao fiscal. Quando nos referimos às normas financeiras remetemos para o artigo 65.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)<sup>46</sup>, mais concretamente para as alíneas a) e b), que preveem a aplicação de multas, respectivamente pela não liquidação, cobrança ou entrega nos cofres do Estado das receitas devidas e pela violação de normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos.

Assim o presente substituto tributário é tratado como executor orçamental e, como tal, quer não liquide, cobre e entregue, quer liquide, cobre, mas não entregue, incorre na violação directa das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, por aplicação de multa variável entre 15 UC e 150 UC <sup>47</sup>.

## 6. Considerações finais:

Por tudo o que se disse, podemos concluir que:

- a) A substituição sem retenção não está tutelada pelo artigo 28.º da Lei Geral Tributária.
- b) A responsabilidade do substituído deve ser estabelecida no âmbito do direito privado e apenas circunscrita à relação substituto-substituído, em moldes idênticos ao da relação estabelecida entre o contribuinte de direito e o repercutido.

---

46 Aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, tendo em conta especialmente as alterações da Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.

47 A unidade de conta é actualmente de € 102.

- c) Não é possível, por via das normas tributárias vigentes, que o Estado possa vir exigir o pagamento do imposto ao substituído, ainda que a título subsidiário.
- d) O artigo 114.º do RGIT não pode ser aplicado na situação em apreço uma vez que visa essencialmente penalizar as situações de substituição tributária com retenção na fonte e as relativas à falta de pagamento de imposto com natureza de pagamento por conta.
- e) As empresas comercializadores (e as distribuidoras de electricidade quando estas a distribuem directamente ao consumidor), na qualidade de substituto tributário, são tratadas como executor orçamental qualificado e, como tal, quer não liquidem, cobrem e entreguem, quer liquidem, cobrem, mas não entreguem, incorrem na violação directa das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, por aplicação de multa variável entre 15 UC e 150 UC.

## Referências

CUNHA, Patrícia Noiret da. *Imposto sobre o valor acrescentado: anotações ao código do imposto sobre o valor acrescentado e ao regime do IVA nas transacções intracomunitárias*, ISG, 2004.

FERREIRA, Rogério Fernandes; AMADOR, Olívio Mota; VASQUES, Sérgio. O financiamento do serviço público de televisão e a nova contribuição para o audiovisual, *Fiscalidade* 17.

MARTINS, Guilherme d'Oliveira; MARTINS, Maria d'Oliveira. *Lei de enquadramento orçamental anotada e comentada*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira; MARTINS, Maria d'Oliveira. A reforma da lei de enquadramento orçamental e as novas regras financeiras. *Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal*, no prelo.

SALDANHA SANCHES, J. L. *Manual de direito fiscal*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

VASQUES, Sérgio. Regime das taxas locais, introdução e comentário. *Cadernos IDEFF*, Coimbra: Almedina n.º 8, 2008.

XAVIER, Alberto. *Manual de Direito Fiscal*. Lisboa: FDUL, 1974.



# THE NEW BRAZILIAN PRE-MERGER CONTROL SYSTEM<sup>1</sup>

---

Eduardo Molan Gaban

## 1. Recent developments

Antitrust enforcement in Brazil has kept its consolidation and evolution trend verified in recent years. As one of the BRIC economies, it goes without saying that the economic growth in the country brings additional components to the Brazilian context: more complex transactions submitted to merger control in 2011–2012, as well as more complex and veiled antitrust investigations, have contributed to increase the visibility and relevance of the Brazilian System for Economic Defence (SBDC) worldwide, especially of the Administrative Council for Economic Defence (CADE), the main antitrust agency. Keeping up with this trend, CADE has been able to increase its efficiency, transparency, technical qualification and staff, which reflected the evolving results during 2011–2012.

According to CADE's 2011 Annual Report, the number of 'acts of concentration' (merger filings) saw a 57.5 per cent increase, in comparison with the number registered in 2005. Since 2005 CADE has seen an increase in the number of technical staff, who were also given more responsibility, resulting in a rise in the number of cases analysed per year

---

<sup>1</sup> Article originally published in *The Antitrust Review of The Americas 2013*. Global Competition Review: London, July, 2012.

(which rose from 666 in 2005 to 814 in 2011), as well as the average time taken, within CADE, to analyse merger filings, which went from 81 days in 2005 to 47 days in 2011.

In addition, the staff increase, the reformulation and the enhancement of cooperation within the SBDC (*i.e.*, the Secretariat of Economic Monitoring (SEAE), the Secretariat of Economic Law (SDE), CADE's Attorney General Office, Federal Public Prosecution Office and CADE) eliminated overlapping activities and granted a significant reduction on the average length of analysis of merger filings, from 252 days in 2005 to 147 days in 2011.

The depth and strength of the decisions can also be regarded as an achievement. In May 2012, CADE authorised the assets swap between Brasil Foods (BRF) and Marfrig Alimentos S/A, in compliance with heavy commitments of selling assets assumed by BRF involving approximately 35 per cent of the parties' production capacity in Brazil comprising production facilities, distribution centres and an important portfolio of products and brands. Also, the authority cleared the transaction between the airline companies LAN and TAM, subject to the swap with a competitor of some slots and infrastructure in the São Paulo International Airport and to the exit of one of the worldwide airline companies alliances (One World or StarAlliance).

In the steel sector, CADE has granted an injunction to prevent completion of the acquisition, by the Brazilian Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), of additional stakes in its competitor Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais SA (Usiminas). Accordingly, CADE ordered that, until a final decision is rendered and subject to the imposition of fines of 10 million reais plus 10,000 reais per day of violation, CSN would not be allowed to appoint any member to the board of

directors or any other management board of Usiminas; neither any company of CSN's economic group should have access to competitively sensitive information nor exercise any management or political rights over Usiminas (*e.g.*, voting in the general shareholders' meetings).

Additionally, CADE has executed some Agreements to Preserve Reversibility of the Transaction (APROs) in important transactions, in order to maintain the competitive environment, as well as to keep the parties independent until a final decision is reached. This was the case of the merger between the Brazilian airline companies Gol and WebJet, as well as the transaction concerning the acquisition by Diagnósticos da América SA (DASA) of control over MD1 Diagnósticos SA, and the subsequent acquisition by AMIL Group of participation on DASA's shares in the health assistance and diagnosis services sector.

Besides this, CADE was chosen for the first time to host the Annual Conference of the International Competition Network (ICN) in Brazil. CADE also celebrates its 50th anniversary in 2012. In other global developments, CADE participated in the second International BRICs' Conference in China; furthermore, it held meetings with French competition authorities as well as with the Brazilian Cooperation Agency (Brazilian Ministry of Foreign Affairs), both of which resulted in the execution of international cooperation agreements.

Finally, the most expected and commented-on development of antitrust in Brazil concerns the enactment of the new Brazilian Antitrust Law, which brings mixed feelings of enthusiasm and scepticism among competition/antitrust players both in public and private sides. Some of its highlights are explored below.

## **2. The New Brazilian Antitrust Law (NBAL – Law No. 12529/11)**

On 30 November 2011, the NBAL was enacted. In short, the main changes brought by this new Law are related to the organic structure of the system and to the merger control. The ‘Super CADE’, as it is usually called, is now composed of three bodies, operating within the same structure:

- The Administrative Tribunal, which takes on CADE’s current roles and powers, delivering judgments of all cases under the Antitrust Law;
- The General Superintendence (GS), which replaces SDE’s and SEAE’s functions both on mergers and behaviour controls; and
- The Department of Economic Studies (DEE), which will support both the Tribunal and the GS on complex economic matters.

CADE’s Attorney General Office will keep its main role in supporting to Super CADE’s decisions in courts. SEAE will restrict its function to competition advocacy. The main structural changes can be seen in table 1 at the end of this chapter.

The NBAL was enforced on 30 May 2012 and has been applied to all cases held thereafter. In addition to the organic restructuring, the NBAL brings reinforcements of more than 200 staff who will be fully dedicated to case analysis within the SBDC. As of 29 May 2012, this additional task force has been approved by President Dilma Rousseff via Decree No. 7338. It was not immediately enacted, but a gradual implan-

tation of the task force is expected, with an estimate of over a year until it is finally implemented in full. Other than structural matters, the NBAL brings the pre-merger notification system into the Brazilian antitrust arena, making it closer to the EU and US merger control systems.

### 3. Merger control

Under the NBAL, the general concept of ‘concentration’ is very broad. Article 88 of the NBAL refers to ‘any form of market concentration’, including in its scope, cooperative agreements, contracts, informal arrangements and other arrangements.

In the new system, aimed at absorbing the international model (US and EU) to control structures, the NBAL implemented the prior analysis, or prior control system (*ex ante/a priori*) of business transactions. In this prior control, Article 88 of the NBAL sets forth that the transactions that meet the revenue criterion (the largest party or its economic group has a gross revenue of at least 750 million reais and the smallest party or its economic group has at least 75 million reais, both registered in Brazil in the year prior to the transaction – these triggering values were increased by means of the Ministry of Justice and Ministry of Finance Joint Regulation No. 992, as of 30 May 2012) shall be given mandatory submission and cannot be consummated before CADE’s final ruling (something similar to the known concept of ‘prior consent’ from the Brazilian regulated sectors, such as telecommunications and transports).

Therefore, in addition to the risk related to the merits of the deal, ie, the risk of CADE approving the deal with res-

trictions or even rejecting the deal, the economic players have to face what is internationally known as ‘gun jumping’.

According to the international experience, ‘gun jumping’ is the practice of consummating the deal (or ‘closing the deal’, in opposition to ‘signing the deal’) before the antitrust agency manifests itself for or against it. The international experience, which will probably serve as grounds for CADE’s case law, lists some examples of ‘gun jumping’: irreversible measures, or measures hard to reverse, such as the allocation of clients, interruption of competitive marketing between the parties, unification of management, sharing of price information, production capacity and trade strategies (*Gemstar/TV Guide*, 2003 and *Qualcomm/Flarion*, 2006, both cases in the US); actions that change incentives between players, such as the commercialisation of products of the acquired company by the acquiring company (*Bertelsmann/Kirch/Premier*, 1998, in the EU); unification of power within companies, such as failing to make business and offering discounts arising from the possible closing of the deal (*Computer Associates/Platinum Technology* case, 1999, in the US); sharing trade secrets (eg, client portfolio, prices, strategies, and others) for reasons beyond the due diligence questions (*Gemstar/TV Guide*, 2003, in the US).

In addition to the high fine (varying from 60,000 reais to 60 million reais), should a deal be consummated before receiving CADE’s decision and given the nature of the factors considered to consummate a deal, the deals could be declared as null, and the parties can undergo an investigation for cartel formation. For example, in horizontal concentration deals (between competitors), the sharing of information such as client portfolio, prices, etc, may immediately change the incentives of the parties to compete between themselves. In this

sense, a good way to avoid this risk would be to always consider the following question: ‘What would you tell your competitor if there was no ongoing deal?’

As the authorities in charge of governing the matter have already stated that they will leave it to case law to find the limits for ‘gun jumping’, Brazil, in the first period of the NBAL’s enforcement, will face a (potentially difficult) process of growth and cultural change in which the risk of ‘gun jumping’ will possibly be bigger at times than the risk of the merit itself. For this reason, it is advisable that during the this initial period of the NBAL’s enforcement, the economic players adopt, whenever possible, more conservative measures to ensure that deals that have been notified to the SBDC are not consummated.

Other changes related to merger control can be seen in table 2.

Please note that the NBAL is only applicable to transactions executed from 29 May 2012 onwards. Transactions which had their first binding document signed on or before 28 May 2012 are subject to the previous system (ex post merger control) provided by Law No. 8884/94 and, therefore, shall be submitted to CADE up until 19 June 2012. Ongoing transactions which are to be signed after 29 May, however, fall within the scope of the NBAL, and must be previously notified according to the new ex ante merger control system and applicable regulation.

Moreover, on the very first day of enforcement of the NBAL, CADE approved four new regulations concerning the new law. The first is CADE’s new internal regulations, which provides for CADE’s structure and procedural aspects of the application of the NBAL. The second regulates the submission of transactions to merger control (the new Bra-

zilian Antitrust Merger Filing Forms). The third provides on the imposition of fines for antitrust violations. The fourth establishes formal and material criteria to file independent technical opinions in complex merger and conduct cases.

The main provisions of these regulations are described below:

### Notification thresholds

These transactions – in which the parties or their respective economic group have achieved, in the previous year, the minimum revenues in Brazil for mandatory notification (750 million reais on one side and 75 million reais on the other side) – must be submitted to merger control only if:

- They result in acquisition of control; or
- They do not result in the acquisition of control, but, directly or indirectly,
  - In the case of non-competing parties,
    - The acquired interest is equal or higher than 20 per cent of the seller's share capital, or
    - The purchaser already holds more than 20 per cent of the share capital of the seller and acquires an additional stake of 20 per cent or more of the seller's capital; and
  - In the case of competing parties (i.e., holding horizontal relationship):
    - The acquired interest is equal or higher than 5 per cent of the seller's share capital; or
    - The purchaser already holds more than 5 per cent of the share capital of the seller and acquires an additional stake of 5 per cent or more of the seller's capital; and

- In the case of an additional stake acquired by the controlling entity, the acquired interest is equal or higher than 20 per cent of the seller's capital.

### **Concept of an economic group for the purposes of calculating the notification thresholds**

These are companies under the same direct or indirect control, or those of which at least 20 per cent of the share capital is held by a company under direct or indirect common control. Private equity funds, managing funds, investment funds which are under the same management and those in which their shareholders have a minimum of 20 per cent stake are part of the same economic group. This also includes the portfolio companies whose share capital is held by a private equity fund at a interest of 20 per cent or more.

### **New merger filing forms**

There are two new merger filing forms, both inspired in the volume and content of the ones required in the US and the EU – one of them is applicable to transactions that are not able to raise competition concerns and are likely to be analysed under the fast-track procedure; the other, longer and more thorough, is applicable to complex transactions.

### **Transactions involving a public offering**

Such transaction may be notified after the offer is published and its completion does not depend on CADE's prior approval. However, the acquirer is prohibited to enforce any 'political rights' (such as voting rights) linked to the acquired interest until the transaction is cleared by CADE. Please note that mandatory public offerings for cancelling the registration

of publicly traded companies or raising stakes by the controlling entity must not be submitted to merger control.

### **Preliminary clearance**

Transactions that are unlikely to raise competition concerns may be ‘preliminarily cleared’ by CADE upon request by the notifying parties, in the case that:

- The analysis waiting period is likely to cause irreversible and substantial financial damages to the parties;
- The adoption of closing measures by the parties is irreversible; and
- Preliminary clearance will have no negative effect on the competition environment.

Such a preliminary approval may be granted in up to 60 days after the transaction’s notification to CADE and may be modified or cancelled by CADE, as the case may be, being valid up to a final ruling is rendered.

### **Tacit approval**

Should CADE not render a final ruling in a merger control case within the maximum deadline of 330 days, the transaction is considered tacitly cleared.

### **A brief sketch on new conduct control rules**

While merger control faces a deep renovation, the behaviour control faces not many changes, albeit very important. The main changes are related to the efficacy of the enforcement primarily derived from the staff increase, and to the change in the main fines for anti-competitive practices, which can be briefly seen in table 3.

## 4. Conclusion

In the 2010 OECD Peer Review, it was concluded that ‘the Brazilian competition policy has registered a constant and notable progress, becoming more efficient especially in merger review.’ In the very same review, it has been said that although the Brazilian system is far from perfect, it is doing very well. Based on these comments, the SBDC currently faces some very important challenges for the future. Due to the enactment of the NBAL, CADE members will face an intense transition phase in implementing the NLAB and CADE’s new structure.

Firstly, there must be an effort made to applying the new rules and maintaining CADE’s case law and practices that are compatible with the new system. In this regard, the first impressions are that CADE is prepared for the future: part of the case law concerning relevant influence, control and private equity funds has already been incorporated into the new regulations.

Additionally, new service positions have already been approved by President Dilma Rousseff and some have already been fulfilled by recent appointments: the former CADE Commissioner Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo is currently the head of CADE’s General Superintendence; CADE’s Tribunal Presidency is occupied by the former CADE Commissioner and head of the SDE, Mr Vinícius Marques de Carvalho; and Commissioner Alessandro Oc-taviani Luis was appointed for an additional two-year term. Moreover, two nominations have been made, awaiting the Brazilian Senate’s approval, for CADE Commissioner roles: Ana de Oliveira Frazão, professor at the Brasília Federal University, to replace current president Olavo Zago Chinaglia,

whose term of office ends in August 2012; and the current chief economist of CADE's Department of Economic Studies, Eduardo Pontual Ribeiro. In other positions, the following appointments have been made: in the role of CADE's deputy superintendent-general, Diogo Thomson de Andrade and Mr. Eduardo Frade Rodrigues, both from the former SDE; as CADE's administrative officer, Daniel Josef Lerner, also from the SDE; and as chief economist of CADE's economic studies department, Victor Gomes da Silva.

The task force must adapt to the new routine and structure. As of 15 June 2012, CADE has new headquarters. New practices are to be adopted, including new merger guidelines. The number of merger filings is estimated to decrease by 50 per cent with the new notification thresholds, which may not cover minor and regional markets. On the other hand, this factor may increase antitrust violations enforcement (behaviour control). Nevertheless, this would only be possible with a higher degree of consciousness by a relevant part of the Brazilian people and local players in regard to their rights to competitive markets.

In any event, there were great expectations for the approval of the NLAB. Now that it has been enacted, there are greater expectations and guessing on the NBAL's effects and the new expertise to be acquired. Whatever the results may be, it is known that, besides the law and the SBDC, the NBAL will bring significant changes not only to companies' policies and antitrust lawyers, but also to the Brazilian society, economy and politics as a whole. It would be great if such changes were as positive as expected.

**Table 1**

|                    | Law No. 8884/94   | Law No. 12529/11  |
|--------------------|---|---|
| Structural changes | Competition laws are protected by CADE (an administrative tribunal with national jurisdiction for all competition/anti-trust matters), and SEAE and the SDE (which issue non-binding technical opinions about concentration acts and breaches of competition laws). | The SDE becomes a General Superintendence (GS), which will operate within CADE's structure. There will be a Department of Economic Studies, which will be in charge of the economic analysis to be carried out by SBDC. SEAE will no longer analyse concentration acts, but will keep its role in competition advocacy. |

Source: GABAN, Domingues. *Antitrust Law in Brazil*, Wolters Kluwer, 2012, p. 382.

**Table 2**

|                |  | Law No. 8884/94   | Law No. 12529/11 and regulations   |
|----------------|--|---|--|
| Merger Control | Analysis of mergers between companies          | Ex-post control - an evaluation and discussion of the effects of a merger on competition are carried out after the deal is done.  | Ex-ante control - the evaluation will be carried out beforehand, with the creation of the so-called 'previous notification'.   |
|                | Scope of CADE's jurisdiction on merger control | Cases in which one of the parties (economic groups) has a gross turnover of at least R\$ 400 million per year or controls 20% of the relevant market should be evaluated. All cases that fall into this must be analysed. | Cases in which the largest party or its economic group has a gross turnover of at least R\$ 750 million (in the year prior to the transaction) and the smallest has at least R\$ 75 million will be analysed. The General Superintendent will have the power to exempt the less complex cases from the analysis via the Administrative Tribunal. |
|                | Time limit for the analysis of mergers         | 30 days at the SDE, 30 days at SEAE and 60 days at CADE, but note that the countdown of the time limit is interrupted every time new information is requested.  | 240 days, this can be extended by 90 days in extremely complex cases. The countdown of the time limit is not interrupted by requests for additional information.   |

Source: GABAN, Domingues. *Antitrust Law in Brazil*, Wolters Kluwer, 2012, p. 382.

Table 3

(1) One of the regulations issued by CADE contains a list of all the “business activities under investigation”, which can make the fine heavier, lighter or equal than the one set forth by Law No. 8884/94, as the case may be. Nevertheless, CADE may also consider the total gross revenue in imposing fines for antitrust violations, if the investigated party is not able to demonstrate the specific revenues representing the “business activities under investigation”.

|   |             | Law No. 8884/94   | Law No. 12529/11   |
|---|-------------|---|--|
| Scope of CADE’s jurisdiction on conduct control |             | Fighting abuse of dominant position and cartel formation. A dominant position is presumed when players hold 20% or more of a given relevant market. Fines of between 1% and 30% of the companies’ gross revenues (taxes excluded) in the year prior to the introduction of the process. | Fighting abuse of dominant position and cartel formation. A dominant position is presumed when players hold 20% or more of a given relevant market. Fines of between 0.1% and 20% of the companies’ total profits from the business activities under investigation, in the year prior to the introduction of the process.(1) |
| Inspection                                      |             | CADE can go to the companies to search for proof of anticompetitive practices, but they must give the company 24 hours notice.  | CADE can carry out inspections in the companies at any time, without prior notice, and without judicial permission.  |
| Cease and desist agreement (TCC)                | Negotiation | The agreement is negotiated only between the respondents and the authorities at CADE.   | Interested third parties can participate in the negotiation phase of a TCC.  |
|   | Confession  | According to Resolution No. 46/2007, in cartel cases in which there is a leniency agreement, the interested parties must confess to their involvement.  | There is no requirement for a confession in the NBAL. However, CADE’s internal regulation maintained the obligation to the parties of confession of their involvement in the practice for cartel investigations.   |
|   | Publication | There is no provision for publishing the agreement.   | The agreement shall be published.  |

|                  |                      |   |  |
|------------------|----------------------|---|--|
| Leniency Program | 'Leading the cartel' | The leniency program does not apply to individuals and/or companies in charge of the coordination of the cartel.  | This exception was eliminated from the NBAL, in Article 86, making even the leader of the cartel eligible for the leniency agreement.  |
|                  | 'First to apply'     | In cases where the infraction is still unacknowledged, individuals and/or companies must be the first to notify the authorities of its existence. In cases where the authorities are already aware of the infractions and it is under investigation, the individuals and/or companies must provide new information. | Only companies must be the first to notify the authorities about the unacknowledged infractions (or provide the authorities with new information if the infraction is acknowledged and under investigation). |
|                  | Cartel as a crime    | The great majority of cases end in plea bargaining agreements because of the alternative penalties provided by Law No. 8137/90 (Article 4).   | The sanction of imprisonment is cumulative with the fine, eliminating grounds for a plea bargain agreement in the criminal sphere.   |
|                  | Bid riggings         | The current Leniency Program does not cover this crime.   | Immunity is granted for the leniency applicant if the other requirements are met.  |
|                  | Conspiracy           | There is no provision in the Law for immunity in case of a leniency agreement and a cease and desist agreement.   | Immunity for criminal action is extended to the crime of conspiracy (Brazilian Criminal Code, Article 288).  |

Source: GABAN, Domingues. *Antitrust Law in Brazil*, Wolters Kluwer, 2012, p. 383.



# PODER E INICIATIVA PRIVADA: A LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO NO MERCOSUL, UM IDEAL TANGÍVEL?<sup>1</sup>

---

Valesca Raizer Borges Moschen

## 1. Pressupostos do debate

Há vinte anos o Tratado de Assunção, expressão final do processo de aproximação política e econômica vivenciada nos anos noventa, entre alguns países da América do Sul, consagrou um ideal de integração com objetivos audaciosos.

O capítulo primeiro do mencionado acordo já definia, desde 1991, como objetivo primordial do Mercosul, a constituição de um mercado comum, que implicasse na “livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos”.

Não obstante a ousada aceção de integração proclamada naquele texto, a constituição de instrumentos jurídico-normativos para a sua devida implementação representa ainda um desafio contemporâneo<sup>2</sup>.

O presente texto tem como objetivo a reflexão a respeito da sistematização de algumas decisões derivadas dos órgãos

---

1 Uma primeira versão do presente artigo foi publicada no livro: *História e direito: instituições políticas, poder e justiça*. Adriana CAMPOS, Edson Alvisi NEVES, Gilvan Luiz HANSEN (Org.). Vitória, ES:GM, 2012.

2 Conforme questiona U. NOGUEIRA, “Mercosul político e social: integração ou desintegração” R. Barbosa (Org.) *MERCOSUL quinze anos*. São Paulo: Fundação Memorial da América Latina, 2007, p.168.

do Mercosul, na busca da concretização da liberdade de circulação dos fatores de produtivos e, como consequência, da liberdade de estabelecimento nos territórios de seus Estados partes. Afinal, a partir das normativas existentes é tangível a liberdade de estabelecimento empresarial no Mercosul, após vinte anos de sua criação?

Parte-se de alguns pressupostos concretos:

- . que as normativas emanadas do Mercosul evitaram a adoção de fórmulas definidas em base a um modelo teórico com viés de supranacionalidade<sup>3</sup>, mas foram logradas através de uma evolução pragmática com destino de permitir a adaptação do bloco às diversas tensões políticas, sociais e econômicas sofridas por seus Estados-partes;

- . que o Mercosul, durante os primeiros vinte anos, sofreu *apagões* de crescimentos e redefinições sistemáticas. Seu desenvolvimento foi heterogêneo e inconstante. Exemplos positivos foram os Programas de Ação (DEC/CMC Nº 5/95) e de Relançamento do Mercosul (DEC/CMC/23/00,24/ de 25/00 e 26/00)<sup>4</sup>, assim como, mais

---

3 Conhecida como “construção evolutiva”. J. Marcondes de CARVALHO; D. BENJAMIN, “Supranacionalidade ou efetividade? A dimensão jurídico institucional do Mercosul”, In: R. BARBOSA (Org.) *MERCOSUL quinze anos*. São Paulo: Fundação Memorial da América Latina, 2007, p.304.

4 Em 1995, o Conselho do Mercado Comum, em sua Decisão nº 05/95 – Programa de Ação do Mercosul até o ano de 2000, proclamava a necessidade de uma reflexão sobre as necessidades institucionais do Mercosul. Em Decisões posteriores, originárias do movimento de relançamento do Mercosul, no ano de 2000, comprova-se a busca de uma nova reestruturação institucional do bloco Mercosul, em especial, nas Decisões nº 23/00, 24/00, 25/00 e 26/00, relativas à incorporação da normativa Mercosul aos ordenamentos jurídicos dos Estados partes; à secretaria administrativa do Mercosul; ao aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias do Protocolo de Brasília e a análise da estrutura dos órgãos dependentes do Grupo Mercado Comum e da Comissão de Comércio, respectivamente. Hoje, um conjunto

. que atualmente, os esforços de institucionalização e aprofundamento de suas estratégias de ação<sup>5</sup>; que tal redimensionamento e fortalecimento deveriam passar pela instrumentalização necessária da liberdade de estabelecimento;

. e que, muito embora a conjuntura e a eventual percepção de setores da elite política latino-americana muitas vezes entenderem pela precariedade do projeto Mercosul, no decorrer dos últimos anos é aparente a tentativa de retomada do crescimento do bloco em suas dimensões política e institucional, tal como se passará a analisar.

## 2. Conceito e taxonomia da liberdade de estabelecimento

A liberdade de estabelecimento é considerada uma das liberdades fundamentais do processo de integração econômica<sup>6</sup>, vez que instrumentaliza a instalação material, estável e permanente de pessoas físicas e jurídicas nacional de um Estado membro em território de outro Estado, com finalidade de exercer nele uma atividade não assalariada de natureza econômica.<sup>7</sup>

---

de Decisões instrumentaliza a busca pelo aprofundamento deste modelo de integração, cita-se entre outras a recente decisão CMC/Dec n.12/11 sobre “Mercosul social”.

5 Como exemplifica a decisão CMC/Dec. n. 54/11 sobre o aprofundamento da liberalização em serviços.

6 O termo integração, com o significado de “associação de várias áreas econômicas é utilizado desde 1629, muito embora tenha popularizado-se a partir do modelo de integração europeu que em 1957 constitui, através do Tratado de Roma, os instrumentos de um mercado comum.” M. PORTO, *Teoria da integração e políticas comunitárias*, 2. ed. Lisboa: Almedina, 1997.

7 Vid conceito em A. OLESTI, “Las libertades Comunitarias (II)”, In: V. ABELLAN HONRUBIA / B. VILA COSTA (coords.), *Lecciones de Derecho*

Possui uma natureza funcional ao serviço da construção de um mercado comum, cuja dinâmica se manifesta em planos distintos<sup>8</sup>, seja através da eliminação de obstáculos fiscais e materiais frutos da existência de regimes jurídicos dispares entre os Estados partes que compõem o mercado comum; seja através da construção de políticas comuns que permitam que os operadores econômicos atuem de forma análoga às do mercado nacional; e, ainda, de mecanismos que garantam a livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais.

Por sua vez, a possibilidade de acesso e exercício de atividades não assalariadas, assim como, a constituição e gestão de empresas, especialmente, sociedades, no mercado comum, promovida pela liberdade de estabelecimento, funcionam como condicionantes da formulação de políticas comuns de desenvolvimento industrial e da harmonização de políticas e normas migratórias, aplicáveis às pessoas físicas e jurídicas.

Em particular, as chamadas políticas migratórias são de importância crucial para a realização da liberdade de estabelecimento, vez que incidem de forma crucial na realização da atividade econômica organizada.

De forma geral, o acesso ao mercado estrangeiro para o estabelecimento de plantas industriais, ou para a realização permanente de qualquer atividade econômica empresarial, pode ser realizado a partir de duas diferentes vias: a primeira,

---

*Comunitario Europeo*, Barcelona, Ariel, 1998, p.265 e ss.

8 Como referencia L.F. GANDARA/ A.L.CALVO-CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional*, 2.ed., Madrid, Tecnos, 1998, pp 150 e ss.

através da instalação direta<sup>9</sup>, material ou pessoal, da empresa<sup>10</sup> no mercado em questão; a segunda, através de sua instalação indireta<sup>11</sup>, ou seja, mediante a participação conjunta em capital de empresa já existente ou a constituir-se.

Em uma ou em outra modalidade, as necessidades e problemáticas deverão ser frutos de uma observação por parte das regras de constituição de um mercado comum.

### 2.1. Estabelecimento indireto de sociedades empresárias

No estabelecimento indireto de sociedades empresariais o conjunto de problemas incidentes a essa classe de acesso ao mercado, está relacionado, especialmente, com o regime aplicável à mobilidade de capitais.

---

9 Esta classe de implantação empresarial pode ser realizada de forma pessoal ou material. Na primeira, a implantação se realiza através da contratação de intermediários como via acesso ao Mercado pela empresa estrangeira, como exemplificam os agentes comerciais (sob o tema vid. M. BESCOS TORRES, *Establecimiento de la Empresa en el Exterior. Estrategias y Medios*, Madrid: Banco Exterior de España, 1992, pp.84-90. No segundo caso, a implantação material representa a possibilidade de estabelecimento permanente da empresa, através de sua implantação física, seja na constituição de filiais societárias ou na alteração de sua sede social.

10 Embora o termo empresa tenha um significado jurídico diferenciado do termo sociedade, se utilizam, nesse trabalho, ambos os termos como sinônimos.

11 Neste caso, estamos diante da implantação compartilhada, realizada através dos contratos de parceria empresarial ou, também, acordos de concentração empresarial. A parceria e a concentração empresarial são diferentes fenômenos jurídicos. Não havendo uma regra geral na caracterização jurídica de ambos conceitos, entre outros, W.BULGARELLI. *Concentração Empresarial e Direito Anti-trust*, 2.ed. São Paulo, Atlas, 1996, p. 132 e ss). A título genérico, se poderia mencionar, como nota a simetria de ambos os processos, a própria relação interassociativa existente. Assim, não se está diante de um mecanismo jurídico empresarial unilateral, mas, sim, bi ou pluripessoal.

Ensina o professor Ramon Torren<sup>12</sup> que os aspectos relativos à movimentação de capitais estão inseridos no âmbito do regime de investimentos estrangeiros, que, por sua vez, repercutem em quase todos os âmbitos das legislações nacionais.

Dentre os diversos ramos do direito, incidentes na regulamentação da mobilidade de investimentos estrangeiros, dois aspetos ganham essencial abordagem, um primeiro relativo ao regime de entrada de capital e outro referente ao controle de saída do capital estrangeiro.

No primeiro caso, normalmente, os investimentos estrangeiros seguem um conjunto de tramites administrativos para sua formal incorporação ao mercado nacional. No Brasil, por exemplo, a formalização da incorporação do capital estrangeiro se faz através de três órgãos estatais, o Banco Central, a quem compete o registro do referido capital, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), quando o capital estrangeiro possui a natureza imaterial, transferido através de um contrato de tecnologia ou de uma licença de direito de propriedade industrial, e, finalmente, o Ministério da Fazenda, competente pelo controle do cumprimento das obrigações fiscais relativas à nacionalização do capital<sup>13</sup>.

No segundo caso, entretanto, o controle a liberdade de circulação de capital se faz de forma indireta, através das normas nacionais de controle da evasão fiscal, cuja órbita se localiza nas normas nacionais tributárias e nas relativas ao controle de cambio. Nestes casos, os temas como dupla tri-

---

12 R.TORREN, *Derecho y practica de las relaciones exyteriores de la Union Europea*. Barcelona: CEDECS, 1998, p. 82 e ss.

13 Vid V. BORGES. *La cooperación empresarial en el Mercosur*, Tese de doctorado. Universidade de Barcelona, 2000.

butação e preços de transferências passam a ser os requisitos formais de análise de qualquer implantação empresarial<sup>14</sup>.

## 2.2. Estabelecimento direto de sociedades empresárias

A implantação direta de sociedades comerciais contempla duas principais formas de materialização, a realização da atividade empresarial mediante recurso a técnicas de implantação de estabelecimento principal ou primário<sup>15</sup>, ou mediante a utilização de estabelecimento secundário.

Na atualidade, se aponta a impropriedade do debate jurídico vinculado ao estabelecimento principal de sociedades comerciais, tendo em vista o escasso interesse prático que motiva a utilização da técnica de estabelecimento principal como via de acesso ao mercado<sup>16</sup>.

Não obstante tais alegações e embora possa ser marginal à instalação direta de sociedades comerciais como via de acesso ao mercado, esse problema, especialmente em épocas de crise e guerra fiscal, suscita soluções jurídicas harmônicas, sobretudo, no contexto de um processo de integração<sup>17</sup>.

14 Cf. sobre preços de transferência no Mercosul, M.RIBEIRO. “Os preços de transferência nos Tratados Internacionais: análise da legislação brasileira e dos países do Mercosul”, *Scientias Iuris*, vol.4, p. 183 e ss.,2000.

15 A atividade estrangeira de sociedade pode ser exercida de forma permanente – mediante técnicas de estabelecimento primário ou principal – ou, mediante estabelecimento secundário – como a abertura de filiais ou sucursais (Cf. As características das diferentes formas de estabelecimento em FERNANDEZ ROZAS, J. *Derecho del Comercio Internacional*. Madrid: Eurolex, 1996, p.254 e ss).

16 Sobre o debate. ADRIAN ARNAIZ, A. “Establecimiento de Persona jurídica”. In: *Mercosur y la Union Europea dos Modelos de Integracion econômica*. Valladolid:Lex Nova, 1998, p. 232.

17 Vale a pena mencionar que a instalação material direta principal não vem sendo contemplada em sua totalidade dentro do contexto da liberdade de estabelecimento de sociedades no interior do processo de integração europeu,

Sobre a implantação direta de sociedades comerciais, sobretudo mediante a sua instalação material, entre os diversos problemas inerentes à mobilidade de pessoas jurídicas e seu consequente acesso ao mercado, adquire especial importância a questão da proteção da pessoa jurídica que exerce a atividade extraterritorial.

Este problema está diretamente vinculado, primeiramente, às dificuldades de natureza internacional privatista relativas, relacionadas à determinação do regime jurídico aplicável a que se cometem as pessoas jurídicas e sua consequente proteção. E a outro conjunto de problemas, como é o relativo ao regime de estrangeira a ser aplicado, assim como aquele vinculado à regulamentação da mobilidade de capitais e de pessoas físicas, eventualmente trasladadas ao novo mercado de implantação societária.

A implantação primária de sociedades comerciais requer, assim, a plena intervenção do sistema de direito internacional privado; portanto, as ideias de estabelecimento principal estão entrelaçadas a determinados conceitos e condições do sistema de direito internacional privado.

### **3. A solidificação da liberdade de estabelecimento no Mercosul**

No que concerne ao fomento da liberdade de estabelecimento de sociedades empresárias no Mercosul, observa-se que o avance de suas normativas concentrou-se na promoção do acesso e estabelecimento de pessoas físicas, especialmente

---

tal como se pode concluir desde a sentença Daily Mail de 1988, expedida pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia ( n. 81/87, en Racc. 1998, p.5505 e ss.).

investidores de um de seus Estados-partes, em outro, onde realizar-se-á o estabelecimento.

Ambas as modalidades de liberdade de estabelecimento empresarial descritas anteriormente, ou seja, na implantação indireta ou direta de sociedades, vinculam-se à necessidade de articulação e conseqüente regulamentação da livre circulação de pessoas, em especial, investidores ou gestores empresariais.

Os Acordos emanados da XII Reunião de Ministros de Interior do Mercosul, especialmente, o Acordo nº 11/02, relativo à regularização migratória interna dos cidadãos do Mercosul, e a Decisão CMC nº 23/04<sup>18</sup>, referente ao Programa de Trabalho do Mercosul 2004-2006<sup>19</sup>, consagraram a necessidade de fomentar benefícios concretos para o estabelecimento de empresários de um Estado Parte em território de outros Estados-Partes do Mercosul.

Deste modo, o acordo de facilitação de atividades empresariais no Mercosul e a incorporação da Decisão do Conselho Mercado Comum, no Brasil, através da Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro de Comércio – DNRC, nº 111, de primeiro de fevereiro de 2010<sup>20</sup>, fez surgir um novo paradigma na consolidação da liberdade de estabelecimento nos Estados-partes do Mercosul e, com ele, o eventual fortalecimento de um mercado comum.

---

18 MERCOSUL/CMC/DEC Nº 23/04, de 15 de dezembro de 2004.

19 Cuj o prazo foi ampliado conforme Decisões MERCOSUL/CMC/DEC nº 51/04 e 11/05.

20 Publicada no *Diário Oficial da União-DOU*, dia 05/02/2010.

### 3.1. Acordo de Facilitação de Atividade Empresariais no Mercosul

Em 16 de dezembro de 2004, o Conselho Mercado Comum decide aprovar o “Acordo para a Facilitação de Atividades Empresariais no Mercosul”, finalmente prevendo em uma decisão oficial, a possibilidade de acesso e estabilidade de estada de nacionais investidores em território de outro Estado parte do Mercosul.<sup>21</sup>

Tal texto normativo representa um marco fundamental para a concretização da liberdade de estabelecimento de sociedades empresárias e/ou de empresários individuais no Mercosul. Prevê o livre acesso e permanência de nacionais de um Estado Parte em território de outro Estado para o exercício de atividades empresariais, em base ao princípio de não discriminação de tratamento.

Seus onze artigos delimitam as condições e garantias para o benefício do acesso e estabelecimento do empresário em território distinto do seu de nacionalidade. Entre tais condicionantes destacam-se:

#### **a) Âmbito de aplicação material:**

O acordo suprarreferido, estabelece o seu âmbito material de aplicação, em seu artigo segundo, quando caracteriza “atividades de natureza empresarial”. Nesse sentido, entende-se que o livre acesso e estada em território de uma Estado parte distinto estará condicionado ao exercício das seguintes atividades:

---

21 Como mencionado, o prazo de implementação desta Decisão foi prorrogado conforme Decisão MERCOSUL/CMC/DEC nº 11/05.

i- realização de investimento direto, ou seja, em inversões em atividades produtivas<sup>22</sup>, por pessoas físicas ou jurídicas, igual ou superior a US\$ 30.000,00 (trinta mil dólares)<sup>23</sup>, devidamente comprovados por contrato de câmbio; além da realização de declaração jurada que indique que tal montante se destinará a atividades empresariais<sup>24</sup>;

ii- exercício de atividade de direção, administração, gerência e representação legal de empresa beneficiária do acordo ora analisado, que se presume ser aquelas receptoras do investimento<sup>25</sup>. Continua a alínea b) do artigo segundo, que define atividades empresariais, incluindo como condicionante que a empresa beneficiária tenha como objeto o exercício de atividades nos setores de serviço, comércio ou indústria;

iii- finalmente, que o investidor venha a exercer cargo no Conselho de Administração, usualmente limitado pelas legislações locais, aos residentes permanentes em território da sede social da empresa.

---

22 Conforme artigo segundo e anexo I do Acordo de Facilidades de Atividades Empresariais no Mercosul.

23 Este condicionamento confronta diretamente, com os montantes exigidos pela legislação brasileira para a concessão de autorização de trabalho e visto de permanência para investidor estrangeiro e/ou administrador, gerente, diretor ou executivo com poderes de gestão estrangeiro, segundo as Resoluções Normativas 84/09, 95/11 e 62/04.

24 Para efeitos de maior controle da aplicação do investimento em atividades produtivas, mais eficaz seria, ao invés da declaração jurada, a obrigatoriedade de comprovação de integralização de capital no contrato social ou em registro em órgão público competente do empresário individual, do montante descrito, tal como exigem as normas brasileiras de imigração, Resoluções Normativas nº 84/09 e 62/04, ambas do Ministério de Trabalho, reguladoras da concessão de autorização de trabalho e visto de natureza permanente para investidor estrangeiro e administrador, gerente, diretor ou executivo com poderes de gestão estrangeira, respectivamente.

25 O texto legal menciona o exercício de atividade de gestão em empresas beneficiárias do presente acordo, mas, em momento algum, define quais são estas, mas se presume sejam empresas constituídas e com sede num dos países do Mercosul.

### **b) Âmbito de aplicação pessoal:**

O critério adotado para a delimitação da aplicação pessoal do acordo ora analisado, foi o da nacionalidade, conforme se observa na leitura de seu artigo primeiro, assim, os empresários de nacionalidade dos Estados partes do Mercosul poderão se estabelecerem em território de qualquer de um dos Estados Partes, para o exercício de suas atividades, sem restrições além daquelas emanadas das disposições que venham a reger as atividades exercidas por empresários no estado receptor;

### **c) Limites do acesso e permanência do investidor:**

O benefício proclamado no artigo primeiro do texto ora em análise, determina, com clareza a liberdade de estabelecimento em condições de igualdade de tratamento com investidor local do Estado-Parte receptor da inversão. Entretanto, a partir do artigo terceiro, inicia-se uma nova dimensão da liberdade supra mencionada. Condiciona-se a mesma à concessão de vistos de residência a serem outorgados por autoridades nacionais competentes<sup>26</sup> conforme as legislações nacionais pertinentes. Ainda não harmonizadas. Comprometendo-se os Estados-partes, no artigo terceiro, a apenas agilizarem os trâmites necessários para outorga dos mencionados vistos. O que demonstra ainda a baixa delegação de facilidades de real acesso aos mercados nacionais.

Sendo assim, o Acordo de Facilitação de Atividades Empresariais no Mercosul não obstante representar um marco na solidificação regulatória da liberdade de estabelecimento de sociedades empresárias no Mercosul, encontra um conjunto de dificuldades para a sua concretização. De um lado, originadas dos ordenamentos jurídicos nacionais, que pres-

---

26 Autoridades competentes definidas pelo próprio acordo, em seu artigo 6.

crevem obrigações migratórias contraditórias às delimitadas no seu corpo, como é o caso do Estado Brasileiro e de outro, dificuldade originadas da própria timidez do texto logrado pelo consenso entre os Estados partes do Mercosul.

### 3.2. A Decisão MERCOSUL/CMC/DEC nº 28/02 e a liberdade de estabelecimento de sociedades empresárias no Mercosul

Como concretização da construção da liberdade de estabelecimento de empresas no Mercosul pode-se apontar, também, a Decisão nº 28/02, que, finalmente regulamentada em território brasileiro pela Instrução Normativa do Departamento Nacional de Comércio - DNRC, no dia 01 de fevereiro de 2011, impõe um conjunto de garantias e obrigações aos nacionais de um dos Estados Partes do Mercosul que queiram residir em território de outro Estrado-Parte.

Dentre as condições ali previstas citam-se:

#### **a) Âmbito de aplicação pessoal:**

A mencionada decisão aplica-se aos nacionais de um Estado-Parte que desejarem estabelecer-se em território de outro Estado-Parte e que apresentem sua solicitação de ingresso e permanência, na sede consular do país em que se encontram, ou, perante os serviços de imigração do país receptor.<sup>27</sup>

#### **b) Âmbito de aplicação material:**

Diferentemente do Acordo de Facilitação de Atividades Empresariais no Mercosul, a aplicação das garantias previstas na Decisão 28/02 não está condicionada ao exercício de atividade produtiva no país receptor, porque, ao contrário do

---

<sup>27</sup> Artigo 4 1) e 2);

previsto no referenciado acordo, o nacional do Estado-Parte pode optar por qualquer categoria migratória. A residência a que se refere a Decisão nº 28/02 é, a princípio, de natureza temporária de dois anos<sup>28</sup> e estará condicionada a apresentação de passaporte ou documentos de identidade válidos ou, ainda, certificado de nacionalidade expedido por autoridade consular do país de origem do nacional requerente; de certidões negativas de antecedentes judiciais e/ou penais e/ou policiais no país de origem; de declaração de ausência de antecedentes nacionais ou internacionais, penais ou policiais e o pagamento devido de taxas legais<sup>29</sup>. Condições muito menos rigorosas do que as usualmente solicitadas pelas autoridades migratórias nacionais. Poderá, ainda, o nacional residente em outro Estado-Parte do Mercosul, solicitar a transformação de sua residência, em permanente desde que cumpridos os requisitos do seu artigo sétimo, da mencionada normativa.

### **c) Princípio da igualdade de tratamento:**

A originalidade e contribuição à consolidação dos objetivos propostos pelos Mercosul, em particular à livre circulação de pessoas físicas e jurídicas, da Decisão ora analisada, estão na consagração não apenas do gozo de direitos e liberdades civis, sociais, culturais, mas, fundamentalmente e desde a óptica da liberdade de estabelecimento, do gozo dos direitos e liberdades de natureza econômicas, tal como afirma o artigo 11 da referida Decisão, em especial do gozo do direito à *livre iniciativa*.

---

28 Tal como se denota no artigo 6, da DEC nº 28/02.

29 Tal relação documental está prevista no artigo 6º da DEC nº 28/02 que, ainda, em seu artigo 8º, estabelece como única formalidade exigida o carimbo apostado gratuitamente pela autoridade competente do Estado onde se produziu o mesmo, facilitando e diminuindo o custo de legalização documental.

A aplicação da Decisão nº 28/02 nos ordenamentos jurídicos nacionais, incidirá na necessidade de harmonização das regras nacionais vinculadas à livre circulação de pessoas, em especial as de natureza migratórias e trabalhistas.

No Brasil, tendo em vista o pouco tempo de sua regulamentação, ainda não se observa movimento de alteração das normativas emanadas do Ministério de Trabalho e Emprego no sentido de incorporá-la ao rol de suas normativas. Espera-se que a atuação das autoridades nacionais competentes sejam sentido de não aplicação dos requisitos impostos pela legislação migratória interna aos nacionais dos Estados-Partes do Mercosul. Em outros termos, deseja-se a definitiva aplicação da paradigmática Decisão nº 28/02.

#### 4. Perspectivas

A sistematização das modificações ocorridas nos vinte anos do Mercosul indica a busca de sua solidificação em diferentes perspectivas, tanto políticas, como jurídico-normativa, jurisdicional.

A conjuntura social e econômica regional desarmônica, somada à história do processo integracionista<sup>30</sup>, leva a uma primeira percepção de distanciamento entre o projeto teórico do Mercosul e o prático.

A liberdade de estabelecimento é instrumento prioritário na mudança do paradigma de distanciamento entre o projeto teórico e o prático do Mercosul, de construção de um espaço comum.

30 D. P.Arroyo, "Integración y Derecho em América Latina: Doscientos años de indiferencia mutua". Insituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, março de 2011. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

A esperança é a de que as solidificações apontadas no presente trabalho, reflitam o oposto, ou seja, a percepção de que, mesmo com as dificuldades conjunturais existentes, que levam a uma verdadeira indiferença regional, não se reproduzam distorções entre os projetos do Mercosul, mas se consolidem seus objetivos e aplicabilidade.

Como se demonstrou, o pragmatismo de determinadas decisões de seus órgãos principais buscou reverter um quadro de desilusão conjuntural, para em um espaço de construção de articulações políticas e edificação jurídico-normativa baseadas no funcionalismo.

Espera-se que a implementação efetiva das novas construções normativas em prol da liberdade de estabelecimento de sociedades empresárias no Mercosul, respeitando os seus elementos de originalidade, o pragmatismo e a funcionalidade, busque, um progressivo fortalecimento do bloco e a consequente diminuição das distâncias “na autopista do sul”, caminho de construção de um mercado comum.

## Referências

ACCIOLY, Elizabeth. *Sistema de solução de controvérsias em blocos econômicos*. Coimbra: Almedina, 2006.

ACCIOLY, Elizabeth “O Mercosul, a União Aduaneira e outros modelos de integração”. *Revista de Estudos Europeus*, Coimbra: Almedina, ano I, nº1., 2007.

ARAÚJO, Nádia “Controvérsias Comerciais: os principais laudos do DCI e os laudos do Mercosul”. *Revista de Direito Internacional e Econômico*, Ano III, nº. 13, p. 78-103, 2005.

BARBOSA, R. (Org.). *MERCOSUL quinze anos*. São Paulo: Fundação Memorial da América Latina, 2007, p.168.

BASSO, Maristela (Org.). *MERCOSUL: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1995.

TORRES, Modesto e outros, *Establecimientos de la Empresa en el Exterior*. Extrategias y Medios. Madrid: Banco Exterior de Espana, 1992.

FERNANDEZ ARROYO, Diego P. “Integración y Derecho em América Latina: Doscientos años de indiferencia mutua”. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, março, 2011.

FERNANDEZ ARROYO, Diego P. *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*. Madrid, 1994.

FERNANDEZ ROZAS, Jose Carlos. *Derecho del comercio internacional*, Madrid: Eurolex, 1996.

GANDARA, Luiz-Fernando; CALVO-CARAVACA, Alfonso Luiz. *Derecho Mercantil Internacional*. 2.ed. Madri: Tecnos, 1998.

MATEO, Manuel Cienfuegos. “La recepción y aplicación de los acuerdos internacionales del MERCOSUR”, *Revista Electronica de Estudios Internacionales*, 2001.

OLESTI, Andreu. “Las libertades Comunitarias (II)”. In: ABELLAN HONRUBIA, Victoria; VILA COSTA, Blanca, (Coords.) *Lecciones de derecho comunitario europeo*. Barcelona: Ariel, 1998

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. *Direito Institucional e material do Mercosul*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005.

PORTO, Manuel. *Teorias da integração e política comunitárias*. Lisboa: Almedina, 1997.

RIBEIRO, Maria de Fátima. “Os preços de transferência nos Tratados Internacionais: Análise da legislação brasileira e dos países do Mercosu”l, *Scientias Iuris*, vol.4., 2000.



# PODER PÚBLICO E O MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS: A EXPERIÊNCIA DO NOVO MERCADO<sup>1</sup>

---

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Daniel Jimenez ORMIANIN

## 1. Introdução

Os limites entre iniciativa privada e poder público nunca deixarão de ser objeto de acalorados debates que transitarão desde a aceitação das formas mais interventivas de Estado sobre a economia, até as concepções mais liberais para as quais o Estado deve manter apenas um papel reequilibrador por vezes necessário.

Por outro lado, quando se fala em poder público ou Estado no que diz respeito às questões econômicas de uma organização social, surge o Direito, como forma de expressão do poder capaz de determinar e inibir condutas, no caso ora analisado, condutas de natureza econômica.

A relação entre o Direito e a Economia esteve muitas vezes marcada por recriminações mútuas: enquanto esta busca a eficiência, aquele busca a justiça. Isso fez com que, com o decorrer do tempo, por terem enfoques aparentemente divergentes e contraditórios, as ciências tivessem dificuldade em coexistir de forma harmoniosa. No entanto, diversos

---

<sup>1</sup> Também colaborou na revisão deste artigo o acadêmico e pesquisador da UFPR, João Victor Ruiz.

fatores indicam que, por um lado, a inexistência – ou fraqueza do Direito permitiria que o mercado favorecesse condutas econômicas abusivas e aniquiladoras da concorrência e, por outro, se não existisse o mercado, não haveria Economia na qual o Direito pudesse ser aplicado.<sup>2</sup>

O Direito pode ser definido, sob uma perspectiva mais objetiva, como a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos.<sup>3</sup> Portanto, Direito e Economia podem ser consideradas áreas complementares por trabalharem a análise dos fatos sociais e humanos. Essas áreas operam sob modelos teóricos e buscam prever e/ou ajustar os comportamentos humanos, incentivando-os ou inibindo-os mediante regras gerais e abstratas; as do Direito, seguidas de sanções, as da Economia, sem sanção legal, mas com resultados econômico-financeiros que podem ser negativos.

O artigo analisa a relação entre o Direito e a Economia – inserida no cotejo maior entre poder público e iniciativa econômica privada – a maneira como essa relação interfere e contribui para a formação e desenvolvimento do mercado de valores mobiliários, mais especificadamente, do *Novo Mercado* na Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA). O estudo parte da Teoria da Barganha e dos elementos que fundamentam a importância da cooperação nas negociações a fim de se alcançar a plena eficiência. Nesse contexto, a transparência e a completude informacional são fatores que reduzem os custos de transação e aumentam a credibilidade das em-

---

2 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.3.

3 GICO JR. Ivo. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.17.

presas que estão inseridas nesse *Novo Mercado*, cuja adesão é voluntária e destituída de qualquer relação direta com o poder público.

## 2. Barganha e Cooperação

O termo barganha representa a possibilidade de negociação entre as partes a fim de que o resultado obtido a partir dela se compatibilize com critérios de eficiência, ajustando-se à pretensão das partes, permitindo que o bem negociado permaneça em mãos daquele que lhe atribui maior valor, contribuindo para a pacificação social e minimizando os custos sociais.

Barganha pressupõe que exista certa margem para que a transação venha a se adequar aos contratantes de forma satisfatória e eficiente.

Desta maneira, pode-se dizer que há espaço para a barganha sempre que um comprador avalia determinado produto ou serviço por um valor superior àquele mínimo pretendido pelo vendedor. Para que o valor adicionado (diferença entre o valor no qual o bem é avaliado e o preço que efetivamente se paga por ele) seja o mais benéfico e vantajoso para ambas as partes de um negócio, é preciso que haja cooperação.<sup>4</sup>

A colaboração ou cooperação entre as partes que celebram determinado negócio propicia o próprio estabelecimento da relação, de modo a diminuir as divergências durante a manutenção do pacto e facilitar a celebração de eventuais novos acordos.

4 COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 95.

Quando são analisados os termos mercado, barganha e cooperação, pode-se dizer que estão correlacionados, pois mercado significa o contexto social no qual os agentes poderão tomar suas decisões livremente, barganhando com os demais para obter o que desejam por meio da cooperação<sup>5</sup>. Ou seja, o mercado é um ambiente propício para que a barganha e a cooperação sejam desenvolvidas.

Inseridas no mercado estão as sociedades anônimas, cuja forma preferencial de capitalização se dá pela emissão de valores mobiliários que representam para o investidor uma opção de aplicação financeira com variedade de níveis de risco e de potencialidade de rentabilidade, enquanto para a companhia funciona como uma modalidade de captação de recursos. Para que esse processo seja estimulado, é essencial que os elementos que compõem o ambiente favorável à cooperação estejam presentes, especialmente por meio da adoção de mecanismos que favoreçam a transparência, ou seja, pelo fornecimento de informações confiáveis e suficientes para a realização do negócio no mercado de valores mobiliários.

Em que pese a essencialidade da qualidade da informação para o estabelecimento de um ambiente cooperativo que contribuirá potencialmente para o incremento das negociações, ainda assim o elemento risco sempre está presente; no entanto, poderá ser mais bem avaliado pelos investidores. O risco é inerente a toda atividade de índole comercial – e a aquisição de valores mobiliários enquadra-se neste categoria – e relaciona-se a diversos fatores, alguns macroeconômicos inerentes a políticas públicas e ou tendências típicas de determinados mercados; outros microeconômicos, tal como a administração da sociedade e fatores relacionados à concorrência.

---

5 GICO JR., op. cit., p. 24.

A forma de administração de uma sociedade, portanto, é um dos fatores microeconômicos que pode impactar na decisão pelo investimento. Porém, como visto, ainda que a administração seja considerada eficiente, a empresa está sujeita a outros fatores que podem afetar os seus resultados.

O investimento em empresas de capital aberto, por meio da aquisição de valores mobiliários, pode ocorrer no mercado de balcão ou na bolsa de valores. Os investidores estão sujeitos, dentre outros fatores, às oscilações do mercado que dependem da economia nacional e internacional, dos investimentos da empresa e da confiança que o mercado tem na empresa. Por meio da aquisição de valores mobiliários no mercado de valores, os investidores, ao adquirirem ações, tornam-se sócios das empresas que as emitiram e o sucesso de sua aplicação, depende diretamente de sua gestão. Desta forma, a política administrativa de uma dada sociedade é um fator determinante que deve influenciar no que tange à decisão de investir, ou não, em determinada empresa. Tal afirmativa cresce em importância na imediata proporção do volume investido pelo agente em relação a uma determinada empresa emissora.

Aqui desponta uma possibilidade de aplicação da teoria da barganha em relação ao mercado de ações, contribuindo para seu incremento, colaborando para torná-lo mais atrativo para o investidor e reforçando aspectos que favorecem a realização de contratos, dentre eles, a compra e venda de valores mobiliários.

## 2.1 Teoria da Barganha

O processo de barganha pode ser dividido em três etapas: a primeira, que estabelece os valores de ameaça, ou seja, o valor da situação inicial sem a cooperação; a segunda, que determina o excedente cooperativo e a chegada a um acordo quanto às condições para distribuir o excedente resultante da cooperação, constituindo-se na última etapa.<sup>6</sup>

Ao analisar negociações de mercado, Ronald Coase em seu artigo intitulado *The problem of the social cost*<sup>7</sup>, um estudo pioneiro datado de 1960, por meio da análise de várias situações de conflito de direito de propriedade nas quais identifica a existência de intervenção do Estado, por meio de decisões judiciais, e as potencialidades de solução barganhada, reconhece duas situações paradigmáticas. Numa delas, considerada situação ideal, as transações ocorrem sem custos, hipótese em que sempre seria possível modificar a delimitação inicial de direitos, chegando-se a uma solução satisfatória, individual e socialmente, por meio da barganha. A outra hipótese considera a impossibilidade de existirem transações de mercado sem custo, definindo que as negociações irão ocorrer quando o aumento de valor gerado na transação for superior ao valor total dos custos das transações.

Para embasar a temática aqui tratada, há que se abordar o Teorema de Coase. Segundo tal teorema, quando ausente a intervenção do poder público, a eficiência pode ser alcançada pelas partes em uma transação econômica, desde que os direitos de propriedade estejam bem definidos e delimitados. Nesse contexto, os negociadores de direitos internalizam as

---

6 COOTER; ULLEN, op. cit., p. 95.

7 COASE, Ronald. *The problem of the social cost*. Disponível em: [www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf](http://www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf). Acesso em: 4 ago. 2011.

externalidades que geram os custos de transação e se aproximam do ideal da eficiência.<sup>8</sup>

Em razão do exposto, pode-se afirmar que as negociações mais eficientes, em geral, ocorrem quando as partes acordam, sem a interferência direta do poder público, acerca das condições que permitirão a cooperação. Nesse sentido, o estudo realizado por Coase ajuda a compreender de que maneira a cooperação, independentemente das normas, pode levar às soluções mais eficientes – salvo quando justamente a existência dos custos de transação inviabilizar a solução barganhada, hipótese em que a intervenção do Estado será a alternativa adequada à obtenção dos melhores resultados.

Os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir por uma solução que seja considerada eficiente, de forma que uma alteração na estrutura de incentivos pode levá-los a adotar outra conduta<sup>9</sup>. Quando a parte se depara com mais de uma opção de atuação, ou mais de uma conduta possível, o homem racional inevitavelmente levará em consideração a relação custo-benefício entre as opções possíveis, de modo a optar pela que melhor atender aos seus interesses<sup>10</sup>. Portanto, na ponderação dos interesses, os custos de transação, que são aqueles que incidem durante o processo negocial, exercem influência direta na escolha do agente.<sup>11</sup>

---

8 COASE, op. cit.

9 GICO JR, op. cit., p. 22.

10 BITTENCOURT, Maurício V. L. O princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 29.

11 SANTOS, Aline de Menezes. Reflexões sobre a governança corporativa no Brasil. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 130, p.185, 2003.

Custos de transação podem ser também definidos como os custos para estabelecer, manter e utilizar os direitos de propriedade, ou seja, os custos para transacionar<sup>12</sup>. São aqueles que se inter põem nas trocas comerciais, ainda que não decorrentes de dispêndios financeiros, podendo ser relacionados a itens como: custos de busca do parceiro comercial, custos da negociação entre parceiros comerciais e custos de execução do acordo.<sup>13</sup>

Os custos de busca são aqueles gastos despendidos para localizar o parceiro comercial apropriado. Envolve, por exemplo, a busca por informações adequadas que possam fundamentar a escolha. Esses custos tendem a ser elevados para bens e serviços singulares e baixos para bens e serviços padronizados.<sup>14</sup>

No que se refere aos custos de negociação, se as partes conhecem os valores de ameaça e a solução cooperativa, podem calcular condições razoáveis para cooperação. Informações públicas, de uma forma geral, facilitam o acordo, possibilitando que as partes estabeleçam condições razoáveis para a cooperação. Entretanto, há situações em que as partes buscam manter algumas informações privadas para poder usufruir o máximo possível do excedente cooperativo. Este é o motivo pelo qual se devem buscar formas de incentivar e valorizar a divulgação das informações. Quanto mais claros forem os direitos dos negociadores, maior será a probabilidade de acordo.<sup>15</sup>

---

12 KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teorema de Coase, In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 71-72.

13 COOTER; ULLEN, op. cit., p. 231.

14 COOTER; ULLEN, op. cit., p.105.

15 COOTER; ULLEN, op. cit., p.105.

Entretanto, no que se refere aos custos de fazer cumprir a obrigação, eles não incidem quando o cumprimento é instantâneo. Caso o acordo demore a ser cumprido, o custo pode ser dispendioso, especialmente se as transações forem complexas.<sup>16</sup>

A cooperação desejada deve estar presente nas três fases que envolvem os custos de transação, quais sejam: a busca, a negociação e o cumprimento daquilo que havia sido avençado.

O conflito de interesses é um fator que pode dificultar a negociação por conflitar com a cooperação. Porém, mesmo sem o conflito, a negociação pode ser dispendiosa tanto em razão do comportamento insensato dos negociadores, quanto dos cálculos errôneos decorrentes da falta de conhecimento mútuo.

Uma das lições do Teorema de Coase é que a lei deveria estar apta a determinar o nível dos custos de transação e reagir em conformidade com este levantamento<sup>17</sup>. Os custos de transação podem ser exógenos, ou seja, não ter relação com o sistema jurídico, ou podem se referir a ele, de modo que a lei pode interferir na negociação de forma positiva, reduzindo os custos de transação ou, ao contrário, interferir de modo a tornar a negociação privada menos eficiente. A lei atua como facilitadora quando estabelece de forma clara e simples os direitos de propriedade.

Portanto, o Direito pode facilitar o intercâmbio privado e aumentar a eficiência da negociação ao diminuir os custos de transação ou ao alocar os direitos de propriedade à parte que mais os valoriza. Quando os custos de transação forem suficientemente baixos, seguir-se-á a alocação eficiente;

16 COOTER; ULLEN, op. cit., p.107.

17 COOTER; ULLEN, op. cit., p.109.

quando os custos forem altos, a alocação de recursos deve ser para quem mais os valorize.<sup>18</sup>

Pensar a alocação dos custos de transação relaciona-se ao parâmetro da eficiência. Uma forma de se definir eficiência é pensá-la como a forma de fazer o melhor com a menor quantidade de recursos disponíveis, reduzindo o desperdício e buscando beneficiar os indivíduos de uma sociedade.<sup>19</sup>

A eficiência econômica relacionada ao contrato significa o efetivo e voluntário cumprimento do acordo ou, ao menos, a possibilidade de cumpri-lo (executabilidade).<sup>20</sup>

Economicamente, o contrato pode ser tido como o meio ou instrumento que facilita a circulação de riquezas, uma forma de ajustar a transferência de bens. O resultado dessa circulação tende a deixar as duas partes em situação melhor do que estavam anteriormente. Ao contratar, os agentes, no exercício de sua autonomia negocial, realizam uma escolha racional pela cooperação, pois esperam maximizar os benefícios que atenderão aos seus interesses e reduzir os custos de transação, ponderando, portanto, custos e benefícios.

A eficiência desejada, no entanto, nem sempre é possível. Quando, por exemplo, os contratos se prolongam por demasiado tempo, surgem incertezas e riscos que representam obstáculos às trocas e à cooperação. Estas incertezas decorrem do natural desconhecimento que se tem acerca das condições futuras do ambiente negocial.

Por vezes, cuidados e precauções – e os custos de monitoramento – são essenciais para assegurar o sucesso de uma negociação. Entretanto, os custos gerados podem onerar excessivamente a transação e reduzir os benefícios pretendidos,

---

18 COOTER; ULLEN, op. cit., p. 111.

19 BITTENCOURT, op. cit., p.35.

20 COOTER; ULLEN, op. cit., p.111.

alterando a relação custo-benefício que se havia planejado inicialmente, podendo até mesmo influenciar numa escolha por não contratar.

Para reduzir as incertezas quanto ao cumprimento dos contratos, a atuação das partes ou dos Tribunais vem para minimizar a desconfiança e a insegurança. Fazendo cumprir a promessa, o Tribunal pode restabelecer a satisfação de uma ou de ambas as partes, de forma a promover a troca, privilegiar a cooperação e reduzir a incerteza e o risco.<sup>21</sup>

Pode-se concluir que o Poder Judiciário, a Lei e a conduta dos agentes econômicos desempenham um papel essencial no aumento da segurança e na redução dos custos de transação nas negociações.

Um sistema econômico eficiente pressupõe que o contrato seja respeitado e que existam meios de se fazer cumpri-lo, com o menor custo possível, interferindo-se de forma mínima, em favor do benefício que pode ser gerado. Um contrato válido converte um jogo com uma solução não cooperativa num jogo com uma solução cooperativa. A primeira finalidade do direito contratual é possibilitar que as pessoas cooperem, convertendo jogos com soluções não cooperativas em jogos com soluções cooperativas.<sup>22</sup>

Um elemento que, em muito, colabora com a celebração de contratos com soluções cooperativas é o intercâmbio de informações entre os contratantes, que consistiu em um elemento fundamental da cooperação. Deve ser superado um desafio que decorre do fato de as partes possuírem informações que preferem manter na sua esfera privada – como um diferencial que pode se converter em seu favor – e a constatação de que o compromisso só será efetivamente selado se

21 COOTER; ULLEN, op. cit., p.209.

22 COOTER; ULLEN, op. cit., p. 210.

um negociador puder sentir certo grau de confiança no seu parceiro comercial, inclusive no que se refere à qualidade e disponibilidade das informações.

Às vezes, um dos negociadores pode manter para si informações que sabe serem de grande importância para o seu parceiro, mas cujo sigilo considera crucial para que a transação se realize da forma e nas condições que idealizou.

A inevitabilidade do conflito de interesse das partes que se colocam em posição de negociação contratual bilateral e a natural limitação na disponibilização dos dados caracterizam a assimetria informacional. Esta assimetria pode redundar em que muitos negócios mutuamente benéficos não ocorram, ou, caso ocorram, deixem de produzir resultados ótimos.

Aquele que titula uma informação que não torna acessível à outra parte pode se aproveitar dessa informação para lucrar de forma injustificada. O outro, lesado pela carência de informação, é o exemplo de como a limitação de racionalidade pode atingir os agentes econômicos.<sup>23</sup>

Em razão do exposto, além de estimular soluções eficientes, o Direito ou uma decisão privada podem incentivar a revelação eficiente de informações, especialmente quando se considera uma relação contratual.

Em um ambiente negocial no qual o fomento e o fortalecimento das relações comerciais constituem os objetivos, a presença do contrato revela-se de grande importância, tanto para promover a cooperação e o compartilhamento de informações quanto para assegurar que os acordos sejam cumpridos da forma como foram negociados. Desse modo, observa-se que a troca de informações e a cooperação es-

---

23 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 66.

timulam a realização de contratos e o seu cumprimento, de modo que devem ser estimuladas.

## 2.2. Cooperação

A informação por diversas vezes está nas mãos de um dos contratantes que pode dela se valer para obter maior vantagem em relação ao outro sujeito de forma regular ou abusiva.

O monopólio da informação gera valor e as relações comerciais muitas vezes envolvem segredos. Só se pode imaginar uma mudança de comportamento a este respeito se os benefícios gerados com a operação para eventual partilha forem suficientes a provocar a troca de estratégia.

Como visto, a Teoria da Barganha destaca a informação e a cooperação como aspectos que favorecem a negociação e a relação entre as partes. Abre espaço para que se considere que o conhecimento pode ser mais valorizado quando socializado do que quando for mantido na esfera de poucas pessoas. Um ambiente em que há cooperação favorece relações futuras ou mesmo a continuidade de determinada relação presente. As situações que facilitam a cooperação são aquelas em que os contratantes estão destituídos da ambição do maior lucro em uma única relação e buscam a formação de um clima estável de colaboração, o que contribui para a continuidade da relação.

É mais provável que haja cooperação quando existe reciprocidade entre as partes que interagem de forma contínua. Três aspectos são destacados como aconselháveis para a promoção da cooperação: aumentar a importância do futuro em relação ao presente; alterar as recompensas dos contra-

tantes a partir dos resultados possíveis; e ensinar às partes valores, exemplos e práticas que irão promover a cooperação.<sup>24</sup>

O primeiro dos três aspectos se refere ao aumento da importância do futuro. A cooperação pode ser estável se os ganhos futuros são mais significativos, se comparados com o simples ganho imediato do presente. Isso porque as partes presentes em uma relação contratual podem utilizar a ameaça implícita de retaliação contra a deserção do outro, caso a interação tenha duração suficiente para tornar a ameaça eficaz.<sup>25</sup>

A percepção do futuro como aliado à cooperação e à eficiência nas relações duradouras, necessariamente, passa pela quebra do paradigma do presente. O futuro é, geralmente, depreciado em relação ao presente em termos de ganho econômico. O motivo para isso é que, por exemplo, um dos contratantes pode vir a falir, falecer, mudar-se, ou a relação contratual pode acabar por qualquer outra razão. Outra razão para tal é que os indivíduos normalmente preferem conquistar um benefício hoje do que ter que esperar para ganhar o mesmo benefício amanhã. Dessa forma, nenhum tipo de cooperação é estável quando o futuro não é importante o bastante, se comparado ao presente. Ou seja, busca-se traçar uma relação de dependência entre as partes para o futuro.

A maneira mais direta de encorajar a colaboração é tornar as interações mais duráveis.<sup>26</sup> Outra maneira, é tornar as interações mais frequentes, de modo que as interações ocorram em espaços de tempo reduzidos. Consequentemente, a esperança de que haja uma nova interação é maior. Essa fre-

---

24 AXELROD, Robert. *A evolução da cooperação*. Tradução Juselia Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 2010, p. 118.

25 AXELROD, op. cit., p. 119.

26 AXELROD, op. cit., p. 129.

quência maior de interação deverá refletir-se em menor custo de transação.<sup>27</sup>

No que se refere ao segundo elemento, qual seja, a promoção da cooperação por meio da mudança de recompensas ao longo do tempo, deve-se fazer com que o incentivo de longo prazo para a cooperação mútua supere o de curto prazo para a deserção<sup>28</sup>. Todavia, não é necessário ir ao ponto de eliminar a tensão entre esses dois incentivos conflitantes. Basta que se valorizem parceiros comerciais que se relacionam durante longos períodos de tempo, por exemplo.

E, por fim, a última fase consiste no cuidado com o bem-estar do próximo, assim como a prática da reciprocidade e a melhora das habilidades de reconhecimento. Quando as pessoas se preocupam umas com as outras, estarão promovendo o bem-estar coletivo como também o individual. Isso quer dizer que a reciprocidade permite que todas as partes em um jogo ou negociação recebam a mesma recompensa quando fazem o máximo esforço possível para contribuir com o trabalho alheio. No entanto, um indivíduo egoísta pode receber os benefícios do altruísmo sem ter os gastos de ser generoso em troca. Esses agentes precisam ser tratados diferentemente. O custo do altruísmo pode ser controlado pela estratégia de se agir de maneira altruísta relativamente ao geral dos agentes, ao princípio, e, depois, apenas em relação àqueles que demonstram atitudes semelhantes. Por isso, é necessária a prática da reciprocidade para que um indivíduo não seja explorado indefinidamente por agentes egoístas. Da mesma maneira, deve-se possuir uma grande capacidade de

---

27 AXELROD, op. cit., p. 230.

28 AXELROD, op. cit., p. 126.

reconhecimento dos outros, para que se haja satisfatoriamente em relação àqueles que demonstram atos de generosidade.<sup>29</sup>

Os três elementos associados à cooperação permitem a continuidade das relações contratuais estabelecida, ao fazerem com que as partes se preocupem com o futuro, tenham melhores recompensas em situações que se prolongam ao longo do tempo e se preocupem não apenas consigo, mas também com o próximo.

A sociedade anônima de capital aberto, como dito no item anterior, tem uma importante fonte de capitalização ao optar por abrir seu capital, e pode-se imaginar que uma forma de atrair maiores investimentos seja por intermédio de condutas cooperativas que corroborem para a credibilidade da empresa e tragam bons níveis de segurança para investidores.

### **3. Novo Mercado**

A captação de recursos de uma sociedade empresária mediante abertura de seu capital exige registro de companhia junto à Comissão de Valores Mobiliários (CVM). A empresa pode, para atrair investidores, emitir títulos representativos de seu capital, as ações, ou representativos de empréstimos tomados via mercado de capitais, como debêntures e notas comerciais (*commercial papers*).

A oferta inicial desses títulos ou valores mobiliários se dá no chamado mercado primário, no qual as ações e/ou debêntures, por exemplo, são vendidas pela empresa pela primeira vez e os recursos financeiros obtidos são direcionados para a respectiva companhia.

---

29 AXELROD, op. cit., p. 141.

Finalizada essa primeira etapa, os investidores que adquiriram esses títulos ou valores mobiliários podem revendê-los no chamado mercado secundário, no qual ocorre a compra e venda dos títulos ou valores mobiliários entre os investidores, ou entre intermediários e os investidores.

Para facilitar a negociação desses títulos no mercado secundário, foram criadas organizações que têm por objetivo administrar sistemas centralizados, regulados e seguros para a negociação desses títulos. Como exemplo pode ser citado as bolsas de valores e as entidades administradoras do mercado de balcão organizado. A bolsa de valores é um mercado público no qual se negociam títulos e valores, sendo que as transações ali realizadas estão asseguradas jurídica e economicamente.<sup>30</sup>

Dentre as funções da bolsa de valores se destacam: dar informações aos investidores sobre as empresas que negociam seus valores, proporcionar confiança aos investidores quanto ao cumprimento do acordado, publicar preços e quantidades negociadas.

Uma das formas que a Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA encontrou para efetivar seu objetivo de informar e proporcionar confiança aos investidores foi estabelecendo níveis de governança corporativa de acordo com a obediência de cada empresa ao que for estabelecido no regulamento da BOVESPA, oferecendo serviços padronizados e informação pública.

A adesão aos níveis de governança é absolutamente facultativa, e a empresa, para aderir ao respectivo nível, deve atender ao que é estipulado para aquele mercado, internamente, pela BOVESPA. Trata-se de um exemplo de imple-

30 PINHEIRO; SADDI, op. cit., p. 240-241.

mentação de instituição informal, ou não estatal, dotada de eficácia em razão da percepção da empresas das vantagens que podem decorrer deste seu enquadramento aos níveis de governança.

A listagem do segmento das ações negociadas na Bovespa está dividida em cinco categorias: tradicional, Bovespa mais, nível 1, nível 2 e Novo Mercado. Dentre os segmentos mencionados apenas o tradicional não segue as regras de governança corporativa instituídas pela BOVESPA, sendo que o Novo Mercado é o que possui o mais elevado padrão de governança corporativa.

Se o mercado de capitais espera e responde bem à adoção de medidas de governança corporativa, tal aspecto certamente não pode ser desconsiderado na discussão atual sobre a oferta pública obrigatória, vista como garantia patrimonial e estratégica cuja adoção está diretamente relacionada ao crescimento do investimento acionário.<sup>31</sup>

### 3.1 Governança Corporativa

O conjunto de estratégias conhecido como *governança corporativa* originou-se nos EUA e na Inglaterra, difundindo-se, primeiramente, em países da Europa e, posteriormente, no Brasil. Seu surgimento está relacionado aos problemas de agência que se referem aos conflitos decorrentes da ruptura entre propriedade e controle da sociedade.<sup>32</sup>

No Brasil, esse movimento ganhou destaque em virtude da necessidade de investimento externo que se condiciona à

---

31 LOPES, Ana Frazão de Azevedo. A oferta pública na alienação de controle e a proteção dos minoritários. *Revista de Direito Empresarial*, Curitiba n. 4, p. 228, 2005.

32 SANTOS, op. cit., p. 181.

conformação do mercado brasileiro de ações aos referidos princípios de governança. Também o processo de privatizações de empresas, até então capitalizadas por recursos públicos, e a necessidade de captação de recursos provenientes das poupanças de investidores favoreceram a incorporação dos princípios de governança em parte do mercado nacional.<sup>33</sup>

O conjunto das medidas incorporadas aos mecanismos de governança volta-se ao estímulo ao investimento de agentes internacionais e nacionais, grupos minoritários e majoritários, cujo grau de proteção aos seus interesses não pode ser negligenciado se a ideia é criar um ambiente favorável à empresa como um todo.<sup>34</sup>

Em outras palavras, busca-se um ambiente em que todos sejam estimulados a investir, com a finalidade de que os recursos sejam colocados a favor do desenvolvimento das empresas e, por consequência, da economia.

Aline de Menezes Santos afirma que

Governança corporativa diz respeito a um conjunto de instrumentos públicos e privados, incluindo leis, regulamentos e práticas comerciais que organizam e comandam a relação, numa economia de mercado, entre os controladores e administradores de uma empresa, de um lado, e aqueles que nela investem recursos, de outro... prega o aprimoramento do ambiente legal, institucional e

33 LABRUNA, Vivian. A influência da governança corporativa no Direito Societário Moderno. *Revista de Direito Empresarial*, Curitiba n. 8, p. 175-187, 2007.

34 SANTOS, op. cit., p. 193.

regulador das regras pertinentes ao exercício da atividade empresarial.<sup>35</sup>

Do conceito acima transcrito observa-se que o modelo proposto pode derivar da lei e de regulamentos público e privados, ou seja, o mercado pode implementar determinado padrão em complementação ao que é determinado pela legislação, o que é chamado de autorregulamentação – como ocorre no já comentado sistema implementado na BOVESPA. Verificadas as exigências do mercado e sua aceitação para certo tipo de conduta, instrumentos privados podem desempenhar funções que estimulem a governança corporativa. A adesão a esse modelo, quando decorre de instrumento privado, é facultativa; no entanto, ao aderir a ele, a empresa deverá cumprir o estabelecido.

Um dos pilares da governança corporativa é o princípio da transparência, que tem por objetivo assegurar o acesso a informações sobre fatos, atos e negócios jurídicos realizados pela sociedade aos acionistas minoritários e preferencialistas, além dos controladores, investidores de mercado e potenciais investidores. Esta estratégia permite aos investidores uma melhor avaliação do negócio a ser realizado.<sup>36</sup>

Apesar de não ser prática obrigatória, tornou-se comum associar tanto o desempenho econômico de uma empresa quanto à capacidade de atrair investimentos à sua estrutura de governança corporativa.<sup>37</sup>

Tendo em vista que um dos princípios da governança corporativa é a transparência, com a divulgação de infor-

---

35 SANTOS, op. cit., p. 180.

36 LOBO, Jorge. Princípios da Governança Corporativa. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 142, p. 148, 2006.

37 SANTOS, op. cit., p.187.

mações busca-se eliminar ou minimizar a ação causada pelas práticas abusivas conhecidas por *insiders trading*, qual seja, o uso de informações privilegiadas com o objetivo de obtenção de benefício próprio ou de terceiro mediante utilização de informações que ainda não foram divulgadas ao mercado em geral e a que os agentes tiveram acesso em razão do cargo ocupado na empresa, gerando-lhes um potencial de lucro desleal.

Também se extrai do conceito de governança corporativa a busca por se assegurar a efetiva participação dos acionistas na condução da empresa, sejam acionistas minoritários ou majoritários, como parte da estratégia de valorização do papel dos acionistas. Para alcançar tal objetivo, conhecido por ‘ativismo societário’, estimula-se a participação dos acionistas por diversos meios, como a participação nas assembleias a distância, a possibilidade de expressão de discordância relativamente a determinado ato por meio de oposições, abrindo-se, desta forma, a possibilidade de acionistas, por meio de associações ou individualmente, cobrarem dos administradores melhores resultados.<sup>38</sup>

Os princípios de governança corporativa influenciaram as alterações realizadas na Lei de Sociedade Anônima (Lei nº 6.474/76), que foi modificada em 2001 com o propósito de conferir maior segurança aos acionistas minoritários. Um dos mecanismos adotados foi o da determinação de que, em caso de venda do controle da sociedade pelo acionista controlador, o adquirente do controle deverá fazer oferta pública para compra das ações ordinárias dos demais acionistas no valor de no mínimo 80% do valor do ágio pago pelas ações do grupo de controle. A essa oferta pública, que tem a finalidade de

38 LOBO, op. cit., p.145.

possibilitar aos minoritários o direito de saída conjunta, denomina-se *tag along*.

Essa proteção está em consonância com a realidade brasileira, que se caracteriza pela pouca dispersão acionária e pela prevalência do controle majoritário, sendo que a aquisição do controle é negociada, via de regra, diretamente com o controlador. Assim, a oferta pública compulsória é vista como uma forma de evitar que o controlador, sozinho, se aproprie dos valores da companhia que decorrem da alienação do controle e que, em última análise, pertencem a todos os acionistas.<sup>39</sup>

Criar uma perspectiva de compartilhamento do ágio envolvido na venda das ações de controle compatibiliza-se com as estratégias de cooperação mediante promessa de recompensa, que atingirá todo o grupo detentor de ações ordinárias e não apenas os acionistas que integram o grupo de controle.

Neste caso da reforma da Lei Acionária, o indutor do comportamento de cooperação em benefício de todo grupo de acionistas ordinários foi a reforma legislativa. A existência de uma norma determinadora do *tag along*, na forma da redação atual do art. 251-A da Lei das S.A. transmite uma mensagem de confiança e estímulo aos potenciais investidores, para que neles se crie a expectativa de cooperar gerando a capitalização necessária para que a empresa prospere e abra espaço para o aparecimento de ofertas de aquisição de controle, cujo pagamento de ágio produzirá efeitos para além do grupo que titula as ações de controle.

Já a iniciativa do Novo Mercado não se pauta apenas no ambiente normativo formal, mas na adoção de medidas de

---

39 LOPES, op. cit., p.220.

governança tendencialmente eficientes para fins de estabilização do mercado de ações no Brasil

### 3.2 Aspectos do Novo Mercado

O chamado Novo Mercado é uma denominação usada pelo mercado financeiro para classificar empresas que, dentre outras obrigações, possuem suas contas e forma de atuação mais transparente em relação aos outros segmentos das ações negociadas na Bolsa de Valores de São Paulo. A informação disponibilizada aos investidores deve atingir também aqueles que não participam efetivamente da administração da empresa, colocada de maneira acessível também aos potenciais interessados em conhecer a empresa e nela investir. O Novo Mercado é um segmento especial do mercado de ações da Bolsa de Valores de São Paulo que estabelece regras de listagem diferenciadas para que companhias de capital aberto nele sejam incluídas.

O regulamento estabelece regras a serem seguidas pelas empresas que aderem a esse segmento, obrigando-as a assumirem comportamentos para além daqueles previstos na Lei das Sociedades Anônimas.

As empresas que aderem ao Novo Mercado possuem forma de atuação mais transparente, pois estão obrigadas a disponibilizar ao mercado balanços patrimoniais acompanhados de cópia das demonstrações financeiras e demonstrações do fluxo de caixa, segundo padrões que não decorrem diretamente da Lei.

O objetivo é neutralizar as práticas de menor transparência que diminuem a liquidez das ações e aumenta o risco, o que contraria os propósitos de estímulo ao investimento.

As práticas de governança corporativa em seus diversos níveis de exigências, ao serem adotadas, asseguram que as condutas de gestão se alinhem aos interesses da empresa, de seus acionistas e até mesmo daqueles que contratam com a empresa, o que confere mais segurança aos investidores/acionistas.

A percepção da longevidade da empresa e, por consequência, do vínculo que aproxima o acionista da sociedade, compatibiliza-se com o ambiente colaborativo que se quer assegurar, especialmente a partir da experiência do Novo Mercado, ao aliar a estrutura normativa incidente (e sua tentativa de evitar condutas abusivas ou não cooperativas) e o incremento de práticas de governo das sociedades às quais se adere para fins de oferta de valores mobiliários em ambiente favorecido.

Lembre-se que, para uma sociedade anônima, a existência de um bom mercado de negociação de valores mobiliários, seja de forma direta pela emissão primária, ou como reflexo da boa receptividade e lucratividade ligadas às ações que circulam no mercado secundário, propicia uma forma de captação de recursos a um custo muito mais baixo do que qualquer outra forma de financiamento.

Neste esforço de que seja firmado um ambiente cooperativo, algumas das características impostas às empresas que integram o Novo Mercado merecem destaque: existência apenas de ações com direito a voto, a fim de estimular o ativismo acionário para além do controlador; esforços de dispersão acionária, para diminuir o volume de controle concentrado em nosso mercado; vedação de disposições estatutárias que limitem o voto a quem possua menos de 5% do capital social, também como forma de se assegurar a participação das minorias; concessão de *tag along* de 100%, mais um mecanismo de compartilhamento de bons resultados; composição do conselho de administração de no mínimo 5

membros dos quais pelo menos 20% devem ser independentes com mandato unificado de até 2 anos, evitando-se a reprodução da concentração de controle no âmbito dos órgãos de gestão. Também há normas de adesão relativamente a: vedação da acumulação de cargos de presidente do conselho e diretor presidente ou principal executivo pela mesma pessoa; obrigatoriedade de manifestação do conselho de administração sobre qualquer oferta pública de aquisição de ações; e, em caso de deslistagem ou cancelamento do contrato do Novo Mercado com a Bovespa, a empresa deverá fazer oferta pública para recomprar as ações de todos os acionistas, no mínimo, pelo valor econômico.

Muitas das condições acima apontadas ultrapassam as obrigações estabelecidas na Lei das S.A., como, por exemplo, as que admitem ações preferenciais sem direito a voto; a inexistência de regra sobre dispersão pública de ações e a possibilidade do estatuto prever limitação de voto a quem possua menos de 5% do capital social; a definição da concessão de *tag along* para 80% do ágio pago às ações de controle; a possibilidade de acumulação de cargos de presidente do conselho e diretor presidente ou principal executivo pela mesma pessoa; assim como a inexistência de previsão legal acerca da obrigatoriedade da manifestação do conselho de administração sobre oferta pública de aquisição de ações.

Ainda que a reforma produzida pela Lei 10.303/01 à 6.404/76 tenha expresso a influência dos princípios da governança corporativa, comparativamente àquelas que se enquadram no Novo Mercado, a segurança e a informação fornecidas aos investidores são menores, especialmente quando se referem aos acionistas minoritários. Em razão disso, esse mercado abre a possibilidade para que mais pessoas se interessem por investir no mercado de ações.

### 3.3 Cooperação e Informação

Foi visto que a cooperação e a barganha podem estimular as relações negociais de forma duradoura, por favorecem a formação e a manutenção de relações que têm objetivos de melhor alocação de recursos, como forma de estimular a circulação de riquezas de forma eficiente.

Partindo da análise da Teoria da Barganha e d influência de suas premissas no Novo Mercado, os custos de transação se subdividem em custos de busca, de negociação e de fazer cumprir a obrigação. O primeiro tende a ser reduzido quando os serviços são padronizados, assim o estabelecimento de obrigações uniformes, presentes no regulamento do Novo Mercado, favorece a diminuição dos custos de transação, pois todas as empresas que aderirem a esse modelo, obrigatoriamente, deverão adaptar-se ao que o regulamento determina o que dispensa os interessados de buscarem informações adicionais sobre a forma de organização interna da empresa.

Ao se assegurar que os acionistas tenham amplo acesso às informações, por outro lado, diminui-se a assimetria de informação presente nos mercado, o que amplia o universo de potenciais investidores, reduzindo o custo de capitalização das empresas com vistas à maximização dos resultados.<sup>40</sup>

No que tange ao custo da negociação, já foi afirmado que, quanto mais claros forem os direitos dos negociadores, maior será a possibilidade de acordo, sendo que informações públicas facilitam o acordo e permitem que as partes estabeleçam condições razoáveis para cooperação. O Novo Mercado tem como postulado a transparência, o que representa, dentre outros fatores, a divulgação de informações qualificadas acerca dos balanços financeiros da empresa.

---

40 LABRUNA, op. cit., p.179.

Por último, no que se refere aos custos de transação, insere-se o custo de fazer cumprir a obrigação. O custo de cumprir a obrigação é baixo em relação à compra de ações, visto que o cumprimento é instantâneo. No entanto, no segundo momento, entre a aquisição e a venda, os custos tendem a ser elevados e a conduta colaborativa reduz custos. E, nesse caso, a conduta deve ser cooperativa, pois o interesse futuro é maior que o presente, tanto para o investidor cujo retorno financeiro na venda da ação e na divisão dos lucros depende do desempenho da empresa, quanto para a empresa, pois o futuro depende dos investimentos do capital, assim como a presença de novos investidores depende do resultado apresentado.

Dessa maneira, os custos de transação tendem a reduzir nas operações que se processam no Novo Mercado comparativamente ao mercado de valores mobiliários geral, uma vez que serviços padronizados diminuem os custos de busca, informações públicas atenuam os custos de negociação e a estrutura da bolsa de valores aliada ao desejo de valorização da empresa facilita o cumprimento da obrigação, medidas que propiciam a cooperação. Logo, tendo como pressuposto a Teoria da Barganha, o Novo Mercado assimila e aplica os pressupostos dessa teoria, pois ela, em todos os aspectos, reduz os custos de transação.

A adesão ao Novo Mercado, apesar de trazer obrigações adicionais para as empresas e elevar custos iniciais, é atrativa para grande parte das empresas que ingressam na Bolsa de Valores, pois apesar dos custos de transparência, a recompensa supera os gastos, especialmente identificável na atratividade relativamente aos investidores e conseqüente minimização na busca de financiamentos externos para o exercício da atividade produtiva.

#### 4. Eficiência do Novo Mercado

Conforme estatística de abertura de capital das empresas na BOVESPA, as empresas vêm aderindo de forma expressiva ao Novo Mercado. No período compreendido de 2004 até junho de 2011, 74,44% das empresas que abriram capital na Bolsa de Valores de São Paulo aderiram ao Novo Mercado, o que representa 102 das 137 empresas. Acrescente-se, ainda, que, nos três últimos anos (2009, 2010 e 2011), o percentual subiu para 92,59%, ou seja, há uma forte tendência de que empresas voluntariamente assumam maior número de obrigações, em razão de uma possível valorização e reconhecimento no mercado acionário. Por fim, observando-se de forma isolada o ano de 2011, todas as empresas que abriram capital na Bolsa de Valores de São Paulo aderiram ao Novo Mercado, conforme ilustrado no quadro a seguir:

| Ano da abertura de capital | Número de empresas que abriram capital | Empresas que aderiram ao novo mercado |        |
|----------------------------|--|---------------------------------------|--------|
| 2004                       | 07                                     | 05                                    | 71,42% |
| 2005                       | 09                                     | 07                                    | 77,77% |
| 2006                       | 26                                     | 19                                    | 73,07% |
| 2007                       | 64                                     | 43                                    | 67,18% |
| 2008                       | 04                                     | 03                                    | 75%    |
| 2009                       | 06                                     | 05                                    | 83,33% |
| 2010                       | 11                                     | 10                                    | 90,90% |
| 2011 (até junho)           | 10                                     | 10                                    | 100%   |

\* Tabela elaborada com base em dados disponíveis no site [www.bmfbovespa.com.br](http://www.bmfbovespa.com.br)

Assim, a partir de dados reais, observa-se que a conduta cooperativa e as premissas da Teoria da Barganha não são apenas questões doutrinárias, tendo aplicação prática efetiva.

Empresas não movimentariam uma grande estrutura, necessária para o cumprimento dos requisitos do Novo Mercado, caso não tivessem em contrapartida uma compensação financeira satisfatória. Acrescente-se, ainda, que novas empresas que pretendam abrir capital, ao observarem o comportamento das últimas negociações na Bolsa de Valores, tendem a ter comportamento semelhante, ou seja, se veem estimuladas pelo comportamento cooperativo.

Logo, no mercado de capitais, a adoção de padrões de governança corporativa acaba por representar um custo necessário, diante do risco da desconfiança derivada da percepção tanto da assimetria de informação quanto da eventual incapacidade do Estado em bloquear comportamentos danosos aos interesses dos investidores.<sup>41</sup>

## 5. Considerações finais

Mercado é o nome dado aos contextos sociais nos quais a interação entre os agentes é livre para realizarem trocas por meio de barganhas, para obterem o que desejam por meio da cooperação.<sup>42</sup>

Ainda que esse conceito não se refira apenas a trocas que envolvam dinheiro, o tema aqui tratado envolve substancialmente relações pecuniárias, pois aborda o Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo. Do conceito de mercado

---

41 TOKARS, Fabio Leandro. Assimetria informacional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 95.

42 GICO JR., op. cit., p. 23-24.

já é possível extrair que barganha e cooperação estão presentes; assim é importante o estudo destes dois conceitos relacionados ao *Novo Mercado*.

A teoria da barganha analisa os custos de transação, sendo que serviços padronizados e informações públicas reduzem os referidos custos. A ideia aqui desenvolvida é que as informações devem estar ao alcance de todos, pois, além de reduzir custos, favorecem também à cooperação.

Assim, a informação é valiosa não apenas quando restrita a poucas pessoas, pois, em um ambiente no qual a confiança passa a ser elemento preponderante, a divulgação de informações favorece o investimento. A partir do momento em que o acesso a informação é facilitado, os custos com ela diminuem, aumentando o estímulo à cooperação. Como afirmou Fábio Tokars, a governança corporativa acaba por se tornar uma obrigação das empresas, um custo necessário para a companhia em razão das exigências dos investidores.<sup>43</sup>

O Novo Mercado conseguiu estimular a divulgação de informações, pois estas são mais valoradas quando estão ao alcance de todos. Dito em outras palavras, a informação, quando restrita a apenas determinados administradores, desestimula o investimento, enquanto que, quando é pública, a empresa se torna mais atrativa ao investimento.

Na Bolsa de Valores é fácil constatar que a ação estará nas mãos de quem mais a valoriza, seja na expectativa de um aumento de preço ou na conduta de colocação para a venda desta ação no momento em que se encontra mais valorizada.

Observa-se que a criação de um ambiente propício a negociações é favorecida pela cooperação, o que faz com que tanto a empresa quanto o investidor tenham interesse na rea-

---

43 TOKARS, op. cit., p. 95.

lização do negócio, pela via do mercado primário ou secundário.

A informação, indissociável da ideia de cooperação, estimula a negociação, em razão do aumento da previsibilidade e da segurança, pois, ainda que o homem seja dotado de racionalidade limitada, reduz-se a assimetria de informação, no momento em que esta passa a ter mais valor quando compartilhada com o mercado do que quando se mantém restrita a apenas alguns administradores.

Os dados sugerem que a compra de ações de uma companhia adepta dos ditames do Novo Mercado consegue realizar o objetivo, que é a circulação de riquezas e a alocação de recursos nas mãos daquele que mais os valoriza, sendo o comportamento cooperativo estimulado. Esse modelo logrou alcançar negociações mais eficientes sem a interferência direta do Estado, pois o regulamento e a adesão das empresas decorrem de exigências do mercado e não de uma determinação legal.

## Referências

AXELROD, Robert. *A evolução da cooperação*. Tradução Juselia Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 2010.

BITTENCOURT, Maurício V. L. O princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 27-37.

BOVESPA, [www.bmfbovespa.com.br](http://www.bmfbovespa.com.br), Acesso em: 10 jul. 2011.

COASE, Ronald. *The problem of the social cost*. Disponível em: [www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf](http://www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf). Acesso em: 4 ago. 2011.

- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- FORGIONI, Paula Andréa. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 142, p. 7-38, 2003.
- GICO JR., Ivo. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-26.
- KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 71/79.
- LABRUNA, Vivian. A influência da governança corporativa no Direito Societário Moderno. *Revista de Direito Empresarial*, Curitiba n. 8, p. 171-187, 2007.
- LOBO, Jorge. Princípios da Governança Corporativa. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 142, p. 141-154, 2006.
- LOPES, Ana Frazão de Azevedo. A oferta pública na alienação de controle e a proteção dos minoritários. *Revista de Direito Empresarial*, Curitiba n. 4, p. 219-243, 2005.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 63-69.

SANTOS, Aline de Menezes. Reflexões sobre a governança corporativa no Brasil. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 130, p. 180-205, 2003.

TOKARS, Fabio Leandro. Assimetria informacional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.89-95.



# INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO: O PAPEL HISTÓRICO DO JUDICIÁRIO COMO IMPLEMENTADOR DE POLÍTICAS ECONÔMICAS

---

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Aroldo Bueno de Oliveira

## 1. Introdução

A abordagem preliminar da temática conduz ao resgate de noções angulares emprestadas da ciência da Administração por representar importante diálogo de aproximação conceitual de temas afetos às notas iniciais. Nesta direção, o sentido da expressão planejamento pode ser compreendido como:

processo contínuo e dinâmico que consiste em um conjunto de ações intencionais, integradas, coordenadas e orientadas para tornar realidade um objetivo futuro, de forma a possibilitar a tomada de decisões antecipadamente. Essas ações devem ser identificadas de modo a permitir que elas sejam executadas de forma adequada e considerando aspectos como o prazo, custos, qualidade, segurança, desempenho e outras condicionantes. (SAMPAIO, 2008, p.1).

Adicionando a este entendimento o viés econômico, planejamento econômico é o estabelecimento de objetivos globais a serem alcançados pela economia em períodos previamente fixados. Utilizado principalmente por governos, destina-se a propiciar aos vários setores econômicos a orientação que julgam adequada ao cumprimento dos propósitos que tenham fixados em sua política econômica. O primeiro objetivo do planejamento econômico é disciplinar a atividade produtiva para promover o desenvolvimento econômico como um todo, impedindo a depressão nos negócios e estimulando o desenvolvimento e o progresso do Estado. Trata-se de uma formulação sistemática de uma série de decisões que se interrelacionam e exprimem os objetivos do País.

Surgido quando o liberalismo econômico, característico do Estado Liberal, foi substituído pela conclusão de que o Estado, por meio de seus órgãos, deve intervir no funcionamento do mercado, com o que foi reconhecido o seu papel fundamental para garantir o desenvolvimento da economia, o planejamento econômico assumiu papel relevante porque possibilitava indicar caminhos para os diversos setores da economia.

O processo de planejamento econômico se inicia a partir de um diagnóstico preciso da situação real do País sobre o qual se estabelecem as metas a serem atingidas, os meios para alcançá-las, os instrumentos que podem ser usados e os mecanismos de correção, se forem necessários. As correções e/ou alterações devem ocorrer porque a avaliação econômica que subsidia o planejamento econômico se refere a estimativas futuras e está sujeita a equívocos que podem gerar a necessidade de ajuste. Além dos diversos fatores econômicos, o planejamento (econômico) deve considerar as condições socio-políticas do País no momento da sua implantação efetiva,

porquanto vários aspectos sociais e econômicos podem ser atingidos, direta e imediatamente (emprego, consumo, preços, oferta etc.), com a implementação de medidas econômicas e alterar significativamente as condições de vida da população.

Sem qualquer compromisso ideológico, o planejamento econômico não é apenas um instrumento capitalista: é um instrumento cuja utilização pode resultar negativa ou positiva para essa ou aquela classe social, ou para o conjunto da sociedade, segundo a orientação e a eficiência com que for manejado. Assim, acompanhando as palavras do Prof. Gilberto Bercovici (2003, p. 191), o planejamento é absolutamente necessário para a promoção do desenvolvimento, devendo as atividades do Estado serem coordenadas de modo a propiciar o desenvolvimento econômico e social. Esta coordenação ocorre por meio do planejamento, que não se limita a definir diretrizes e metas, mas determina, também, os meios para a realização destes objetivos. O Prof. Almiro Couto e Silva (apud FIGUEIREDO, 2002, p. 5-20) classifica o planejamento estatal econômico em três categorias, comentadas a seguir.

A primeira, dos planos chamados Indicativos, nos quais o governo apenas assinala em alguma direção, sem assumir quaisquer compromissos e sem pretender que a iniciativa privada os siga. Na segunda, dos planos Incitativos, o governo não apenas sinaliza, mas pretende que a iniciativa privada se comprometa a segui-lo para que os fins sejam atingidos. Neste tipo de plano, o governo, muitas vezes, faz promessas sob vários aspectos, por meio de incentivos ou outros instrumentos para estimular a iniciativa privada a colaborar. Aqui os governados aderem por força da confiança, lealdade e boa-fé em relação ao governo.

Na última categoria, a dos planos chamados Imperativos, o governo define o que deve ser observado pelos administrados, não deixando margem à escolha. Sem alternativa, a iniciativa privada terá que adaptar-se para cumprir os propósitos. Neste tipo de plano é que surge, sem sombra de dúvidas, a responsabilidade integral do Estado, que adiante será tratada. De fato, tais planos não podem ser modificados, extintos ou sofrer qualquer tipo de alteração a bel-prazer dos governantes, porquanto os administrados do Estado têm o direito de confiar em seu governo e este deve agir com boa-fé.

Vê-se que o planejamento econômico deve levar em conta o aspecto técnico das possibilidades econômicas e suas análises, mas é um processo político, porque busca a transformação nas estruturas sociais e econômicas, aproximando a realidade dos objetivos políticos e ideológicos perseguidos pela Constituição. No caso brasileiro, a Constituição traz em seu bojo a enumeração do que deve ser buscado nos mais diversos aspectos (Art. 3º e 219 da CF, por exemplo). Historicamente, como bem colocado por Bercovici (2003), o Brasil não se saiu bem no planejamento global das atividades do Estado, sendo que, em 1980, o planejamento foi abandonado. Discorrer sobre o tema, por ora, é desnecessário.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o planejamento econômico ganha novas possibilidades, porquanto é instituído um sistema de planejamento com grande participação do Poder Legislativo e vinculação do plano ao orçamento e aos fins enunciados no mesmo texto constitucional. Ocorre que o artigo 174, §1º, da CF, determina que deva existir o estabelecimento de legislação sistemática para o planejamento, o que ainda não ocorreu. Resta apenas a aplicação do artigo 165 e seus parágrafos que determinam resumidamente a forma como deve

ocorrer o planejamento. A previsão legal se encontra na Constituição Federal, no artigo 174 (o Estado brasileiro), bem como no artigo 25, § 3º (os Estados federados) e no artigo 30, inciso III (os Municípios).

A Constituição Federal estabelece, no artigo 165, três instrumentos que devem compor o planejamento: o plano plurianual, as diretrizes econômicas e o orçamento. Mas não se encontra na legislação infraconstitucional, como dito, a descrição da forma de o planejamento ocorrer, salvo pela existência da Lei 4.320/64 que estabelece a forma como deve ser elaborado o orçamento. Por isto, tudo, é de se concluir que, em nosso País, não existe planejamento econômico global há muito tempo. Na verdade o que ocorre é a redução do planejamento econômico ao nível de simples orçamento financeiro, o que não corresponde à própria definição de planejamento econômico.

O Prof. Gilberto Bercovici (2003, p. 192) afirma: “O planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística”. A diferença de planejamento econômico e plano econômico não é de simples semântica. De fato, os planos econômicos (bem designados com essa expressão porque não se trata de planejamento econômico) ocorridos nas décadas de 1980 e 1990 foram ações temporais de caráter imperativo (segundo a classificação, já apresentada, do Prof. Almiro Couto e Silva), visando resolver problemas localizados – ainda que de grande repercussão (v.g. inflação) e estes intervieram violentamente na sociedade, obrigando-a a seguir os enunciados governamentais sob pena de, cometendo antijuridicidade, sofrer sanções. O aspecto dos efeitos da intervenção estatal por meio do planejamento eco-

nômico e a possibilidade de o Estado ser responsabilizado extra-contratualmente serão adiante tratados.

## **2. A Responsabilidade Extracontratual do Estado**

Seguindo os estudos da Lucia Valle Figueiredo (2002), no entendimento de doutrina e jurisprudência, o Estado é responsável extracontratualmente pela sua intervenção no domínio econômico, respondendo inclusive pela prestação jurisdicional retardada que acaba por configurar denegação de Justiça. Entretanto, preliminarmente, necessário se faz definir o conceito de responsabilidade civil do Estado. Segundo Hely Lopes Meirelles:

Responsabilidade civil da Administração Pública é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual e legal. (2006, p. 647).

Do ponto de vista do Prof. Juarez Freitas (2006), a responsabilidade extracontratual do Estado precisa ser reequacionada para, a um só tempo, incentivar o cumprimento das tarefas estatais defensivas e positivas e reparar os danos juridicamente injustos. Trata-se de duplo movimento, que consiste em assimilar a proporcionalidade como proibição de excessos e vedação de inoperância ou injustificável fuga dos deveres objetivamente estabelecidos.

O país, entre as décadas de 1980 e 1990, elaborou vários planos econômicos, visando principalmente: i) estabilização monetária, ii) aumento do poder aquisitivo da moeda, iii) evitar a corrosão inflacionária nos salários e iv) controle da crise fiscal. Tal estabilização, fato inédito na América Latina, foi sendo elevada ao status de bem público. Entretanto, até chegar à estabilização, no transcorrer desse percurso, várias medidas foram tomadas, sendo estas contestadas pelos agentes econômicos na esfera judiciária, em detrimento ao Estado, que interferiu sobremaneira no ambiente econômico, alterando diferentes modalidades de contratos, sacrifício este em prol de “domar o dragão inflacionário” que corroía a economia nacional.

Ao Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, coube a função de auferir legitimidade à política econômica adotada por determinado governo, assegurando no mesmo modo os direitos individuais. José Afonso da Silva (1990, p. 774) ensina que planejamento é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos.

No entendimento de Lourival Vilanova (2003, p. 476), o desenvolvimento da sociedade moderna não seria possível sem ciência, tecnologia e um mecanismo de poder controlador, do processo de desenvolvimento econômico. Este poder controlador no Estado Democrático de Direito, emana das esferas legislativa e executiva. Seguindo seu raciocínio, o planejamento, na forma técnica de racionalização do desenvolvimento por parte do Estado, normalmente acaba por submeter os agentes às restrições do bem-estar social, perdendo proteções jurisdicionais que no direito subjetivo *erga omnes* desfrutava; neste sentido, o Estado será submetido

ao ordenamento, sendo seus atos de poder susceptíveis de apreciação judiciária.

Todavia, essa “apreciação judiciária” não está sujeita somente às leis. Em um Estado Democrático de Direito, outras características são essenciais para dar legitimidade a essas decisões, quais sejam: a separação dos poderes, a existência de “freios e contrapesos”, e principalmente de um Poder Judiciário imparcial, dotado de prerrogativas para exercício de uma magistratura independente. Neste ínterim, no entendimento do ilustre constitucionalista Jose Afonso da Silva (1990) outros valores e/ou princípios agregam-se para fornecer legitimidade aos atos praticados por esse Estado, com vistas ao bem da coletividade como os princípios da constitucionalidade, democracia e justiça social, sistema de direitos fundamentais, igualdade, divisão de poderes, legalidade e princípio da segurança jurídica.

A esses princípios, chamados vetores constitucionais, se reporta toda e qualquer tomada de decisão dos Três Poderes, sendo que tudo que estiver na Constituição como vetor deverá ser respeitado, ou seja, a vinculação administrativa à lei. Desta feita, quaisquer atos administrativos, sejam eles praticados pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, são passíveis de responsabilidade estatal, guardados os critérios de razoabilidade, aferindo sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Saindo dos planos econômicos para os dias atuais, a insuficiência (ou ausência) de planejamento da Administração Pública, através de políticas ineficazes em várias áreas de sua responsabilidade (saúde, educação, segurança pública, infraestrutura), é causador de danos materiais e morais não somente à iniciativa privada, mas aos brasileiros. Como exemplo da (ir) responsabilidade extracontratual do Estado

colhidos em nosso cotidiano, podemos citar o “gargalo estrutural” pelo qual passa o sistema aéreo brasileiro, uma vez que, apesar dos acidentes ocorridos em 2006 e 2007<sup>1</sup> e de a responsabilidade estatal dos danos causados pesarem sobre a INFRAERO, ainda não se visualizou um solução em nível de planejamento por parte da Administração Pública, como noticiado nos jornais<sup>2</sup> e revistas deste país.

Imperioso se faz que o Estado de modifique o planejamento nesse setor pelos novos interesses públicos a concretizar (v.g. Copa do Mundo e Olimpíadas). Entretanto, é necessário verificar as reais possibilidades do Estado nos diversos segmentos em que atua, para evitar o desencadeamento indenizatório por parte de particulares pela falta de compromissos não mantidos. Deste planejamento, as decisões administrativas políticas legítimas ou ilegítimas indubitavelmente, passam pelos postulados protegidos constitucionalmente, como o da segurança jurídica, razoabilidade, proporcionalidade e motivação.

Tais postulados são os controles discricionários<sup>3</sup> dos atos políticos de toda e qualquer administração que interfira na sua coletividade. No domínio econômico, por exemplo, a exata dimensão da complementariedade da atividade estatal nunca foi questionada, face estar delimitada no art. 173 da Carta Magna. Antes dela, o Estado criava empresas sem critérios, uma vez que tais questões não passavam pelo crivo do

---

1 Acidente do Boeing 737 da Gol, no MT. Falhas técnico-operacionais do sistema de controle aéreo. Acidente do Airbus A320 da TAM. Falhas na Pista.

2 Notícia vinculada no jornal *O Estado de S. Paulo* em 16.05.2010. Disponível em: [http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100516/not\\_imp552363,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100516/not_imp552363,0.php). Acesso em: 18 ago. 2010.

3 Trata-se da competência-dever do Administrador, que, após o caso concreto, após a interpretação, valorar dentro de critérios de razoabilidade e afastado de seus próprios standards ou ideologias, define qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada dentro da norma.

Judiciário, situação que evoluiu para a afirmação de sua competência para o controle de toda atividade administrativa que invadisse o mérito das decisões discricionárias.

Com a apresentação dos vetores e postulados constitucionais que permeiam a administração pública, percebemos que toda intervenção estatal por meio de planejamento econômico gera responsabilidade extracontratual ao Estado, desde que seus atos não sejam motivados de modo razoável e lógico, não respeitando a boa-fé da Administração. Que a responsabilidade do Estado é planejar de modo a não ocorrer atrito entre os atos praticados e as garantias constitucionais, devendo se portar na boa fé e velar pela segurança jurídica.

### **3. Uma nova perspectiva para análise de decisões judiciais: o Judiciário como instituição relevante no processo de implementação das políticas de estabilização econômica**

O objetivo deste item é apresentar a forma como são analisadas as decisões do STF e como foram selecionados os julgados classificados como relevantes, bem como demonstrar a importância dos julgamentos de nossa Corte Constitucional para identificar a relação entre direito e moeda, a partir de análises feitas dos casos relativos às medidas implantadas pelos planos de estabilização monetária.

O Poder Judiciário é responsável pela revisão dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo no sistema de separação de poderes. O Judiciário foi, e ainda hoje é, utilizado como espaço de contestação por diversos agentes econômicos, com a finalidade de impedir ou modificar inovações introduzidas no sistema jurídico para o controle da inflação e da construção da estabilidade monetária que interferiram no exercício

de direitos individuais para se concretizarem. Portanto, foi imputada às Cortes a função de aferir a legitimidade constitucional da condução da política monetária. Nesse contexto, o Judiciário passou a ter o papel de preservar as instituições democráticas, com a aplicação concreta das normas de garantias sociais sendo elevada à categoria de constitucionais, e determinar quais são os limites para a prevalência de cada um dos interesses envolvidos, quais sejam, a prerrogativa do Estado em programar políticas econômicas de interesse público, e dos interesses individuais, de previsibilidade e segurança das relações jurídicas já constituídas.

O caso brasileiro de judicialização da política enfrentou dois dilemas: um contexto de limitação de recursos para a realização de políticas de promoção de bem-estar social, típico de um país em desenvolvimento, e a presença de normas programáticas que indicavam objetivos a serem perseguidos pelo Estado que, no momento de megainflação em que se encontrava, estava impossibilitado de tomar decisão macroeconômica realmente efetiva; e, o desafio, em especial pelo Judiciário, da proteção de direitos individuais, especialmente daqueles relativos à garantia constitucional da intangibilidade do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, levado à sua apreciação, devido à violência jurídica da atuação dos poderes políticos.

Numa tentativa de melhorar o contexto político-econômico brasileiro, o Estado praticou diversos planos econômicos de estabilização monetária, estruturados com medidas para reduzir incertezas quanto à estabilidade do poder aquisitivo da moeda, às transferências de renda geradas pela corrosão inflacionaria e à crise fiscal pela qual passava o Estado Brasileiro. A moeda brasileira não desempenhava de forma adequada algumas de suas funções econômicas. Diversos índices oficiais eram adotados por contratos privados

de longo prazo, no intuito de permitir a preservação do equilíbrio econômico-financeiro da obrigação jurídica. Durante as décadas de 1980 e 1990, muitas foram as tentativas de construir uma moeda estável. O objetivo era garantir a integridade do padrão monetário, ao permitir que a moeda nacional desempenhasse na economia de mercado todas as suas funções. Acrescente-se à moeda a função de meio de pagamento, se revelando como o ativo que tem o poder jurídico liberatório, ou seja, sua entrega libera o devedor de obrigações pecuniárias. Em um processo inflacionário, a moeda tem dificuldade de servir tanto como padrão de valor, tanto como depósito de poder aquisitivo.

Deste modo, os planos econômicos surgiram com o objetivo de reduzir expectativas quanto ao mau desempenho desses diversos papéis. A frustração gerada pelos fracassos dos planos heterodoxos e após o relativo sucesso do Plano Real confirmava a expectativa e os anseios sociais em torno da estabilidade de preços. Esse evento histórico confirmou um fato histórico na América Latina: a estabilidade monetária converteu-se em bem público.

Até a concretização da estabilidade monetária, diversas foram as medidas econômicas contestadas no Judiciário e, em especial, no STF, a partir do uso do controle de constitucionalidade. Um plano de estabilização monetária pressupõe necessariamente violência jurídica; na implantação dos seus principais planos, o Estado congelou preços de produtos-chave na economia, reteve ativos financeiros para desaquecer a demanda, alterou a modalidade pela qual os contratos previam reajustes e determinou a forma de conversão dos ajustes privados para a nova moeda, através de leis retroativas. Apresentamos, neste item, de modo prolixo, como o STF interagiu com o ambiente político-econômico a partir da sub-

missão à sua apreciação dos impactos provados desses planos, para verificar se há um modelo de decisão típico para a Corte.

### 3.1. Uma proposta metodológica de análise qualitativa de decisões judiciais: o recurso a um modelo especial de análise jurisprudencial

A análise dos julgados é essencialmente qualitativa, uma vez que a preocupação é dirigida a identificar o raciocínio jurídico desenvolvido pelo tribunal nos casos concretos, com o auxílio dos modelos de juízes, adiante propostos e explicitados. A pesquisa tem sua importância justamente porque a análise é qualitativa e não quantitativa e estuda, precisamente, os argumentos disponibilizados publicamente pela Corte.

Nesse âmbito, foram selecionadas algumas decisões judiciais relevantes. Elas discutiram quatro problemas jurídico-econômicos: i) estrutura institucional do órgão de definição política monetária, ii) sistema de conversão do valor contratual de cruzeiros reais para a unidade real de valor; iii) periodicidade de previsão de correção monetária em contratos privados; e por fim iv) metodologia para o cálculo de índices de correção monetária, durante a emissão do Real. Os quatro questionamentos estavam presentes no julgamento de sete grandes casos: Composição do CMN, Reajuste de Vencimentos, Servidores do RN, INSS, Pequi, ADPF 77 e BBA.

### 3.2. Uma proposta de análise qualitativa de decisões judiciais: o uso dos juízes de François Ost

No intuito de investigar a forma pela qual o Poder Judiciário brasileiro, especificamente, a Corte constitucional, interferiu na implementação de uma modalidade específica de

política, propõe-se uma análise empírica que parte de três modelos de juízes elaborados por François Ost (1993)<sup>4</sup>: Júpiter, Hércules e Hermes, utilizados como um recurso para instrumentalizar a análise do raciocínio jurídico, nos casos concretos apreciados pelo Supremo tribunal Federal.

O primeiro juiz descrito por Ost (1993) é Júpiter. Esse juiz traz consigo a ideia de transcendência. Ele corresponderia ao modelo tradicional de formação do magistrado, que tem sua preocupação voltada à validade da norma jurídica e à certeza do direito, partindo de uma concepção liberal do Estado. A fundamentação das decisões do juiz Júpiter será, portanto, essencialmente lógico-formal; ele irá recorrer ao que se denomina o processo de subsunção do fato à norma e utilizar-se-á de recursos de interpretação como a “vontade do legislador”. Neste sentido analisa Lênio Streck:

[...] representa o modelo liberal-legal, de feição piramidal-dedutivo, isto é, sempre dito a partir de algum “Monte Sinai”; esse direito adota a forma de lei e se expressa em forma de imperativo, vindo a ser representado pelas tábuas da lei ou códigos e pelas Constituições modernas, sendo, que dessa parametricidade é que são deduzidas as decisões particulares. (2011, p. 381-382).

O juiz Hércules (OST, 1993) relativiza o mito da supremacia do legislador e traz consigo a ideia dos trabalhos cotidianos árduos. O diagnóstico feito por ele é o do aumento da complexidade social, qu com o qual o modelo de código

---

4 OST, François. Jupiter, Hercules, Hermes: três modelos de juez, *DOXA Cuardenos de Filosofia del Derecho, Alicante* n. 14, p. 169-194, 1993. (Tradução Isabel Lifante Vidal).

tem dificuldade em lidar. Hércules irá decidir com base em normas, à sombra do código, mas levará a cabo outros trabalhos, uma vez que é também engenheiro social. Para ele, a lei é uma simples possibilidade jurídica que não se impõe *a priori* ao decisor. A ideia da lógica do sistema abre espaço para a busca do resultado prático. A concretização e a criação do direito são realizadas pelo juiz no caso concreto. Lenio Streck (2011, p. 382) o conceitua como um juiz “monopolizador da jurisdição”, onde o direito “se reduz ao fato”, fornecendo materialidade à decisão. A fundamentação do juiz Hércules pressupõe uma racionalidade indutiva (do fato à norma), revela uma preocupação com princípios de justiça social e reforça a importância da centralidade da figura do julgador.

O modelo do juiz Hermes (OST, 1993) parte do reconhecimento de que o direito se configura como algo necessariamente inacabado, que adquire sentido somente na mediação de conflitos e no controle de mudanças sociais. Ele será o juiz responsável por canalizar a comunicação entre as diversas racionalidades do mundo contemporâneo. O diagnóstico de Hermes é a perda da centralidade do próprio juiz e do legislador. Contrapondo-se aos outros modelos, tal a multiplicidade de pontos de interrelação, adota uma análise em forma de rede, como denota Streck:

[...] adota a forma de rede; nem um polo nem dois, isto é, nem a pirâmide nem um funil, tampouco a superposição dos dois, senão a multiplicidade de pontos de interrelação; um campo jurídico que analisa como uma combinação infinita de poderes, tanto separados como confundidos, amiúde intercambiados; uma multiplicação dos atores, uma diversi-

ficação de regras, uma inversão de réplicas; tal circulação de significados e informações não se deixa aprisionar em um código ou em uma decisão: expressa-se sob a forma de um banco de dados. (2011, p. 382).

A característica marcante desse modelo será um alto grau de criatividade das decisões judiciais e, na dúvida, ele não irá interferir, ao decidir não decidir. A argumentação de um juiz Hermes evidenciará uma preocupação dirigida aos efeitos da decisão judicial no sistema econômico e social. Sua decisão terá um caráter essencialmente provisório, com o intuito de flexibilizar a decisão judicial, e acompanhar as mudanças socioeconômicas.

A diferença no tratamento jurisdicional entre os três tipos de juízes é a consequência de uma mudança na modalidade de conflito submetido ao seu julgamento e, principalmente, sua forma de tratamento. Apesar das críticas existentes, o que se busca verificar é a metodologia aplicada ao caso concreto, nos termos da síntese de Lênio Streck:

Assim, em síntese, contrapor o modelo de Hermes aos modelos de Júpiter (Estado Liberal) e Hercules (Estado Social) apenas comprova o grande dilema que atravessa a metodologia contemporânea: como se interpreta e como se aplica, isto é, quais as condições que tem o juiz ou tribunal (porque permito-me insistir no óbvio, alguém tem que dizer por último o sentido da Constituição) para proferir as respostas aos casos em julgamento. (2011, p. 385).

As reformas monetárias têm a característica de bem coletivo. Uma vez definidos os critérios para a reconstrução do padrão monetário pelo Poder Público, eles devem ser compartilhados pela comunidade, tendo em vista que a conformação das expectativas inflacionárias deve atingir a todos os usuários da moeda nacional, indistintamente.

### 3.3. O STF e o controle constitucional: o Plano Real (1994) e a estabilização econômica: questões relevantes e estudos de casos

Neste item investigamos como o STF interferiu na implantação do Plano Real que, a partir de 1994 e ao contrário dos planos heterodoxos introduzidos anteriormente, conseguiu atingir a estabilidade monetária. O objetivo é observar como a Corte Constitucional, a partir de seus julgados, interagiu com os poderes políticos no controle dessa política, ao fornecer limites ao poder de legislar sobre a moeda. Com base nessa análise, ao final desta parte, intenta-se extrair um modelo de decisão do STF para questões monetárias controversas envolvendo o Real, a partir do exercício de identificação dos modelos de juízes propostos por Ost.

A implementação do Plano Real passou por duas fases. A primeira foi com o ajuste fiscal, cujo objetivo era o ajuste das contas públicas, como pré-condição ao combate a inflação. Diferentemente dos outros planos de estabilização econômica implantados no país até a criação do Plano Real, a implementação dessa reforma fiscal foi condição para reforma monetária. Como forma de atingir esse objetivo foram implementados o plano de Ação Imediata (PAI) e o fundo social de

emergência (FSE), conforme explicado por Leandro de Souza Carvalho<sup>5</sup>:

O PAI – Programa de Ação Imediata – foi um conjunto de medidas econômicas elaborado em julho de 1993, que ‘preparou o terreno brasileiro’ para o lançamento do Plano Real, um ano depois de sua criação. Segundo o Governo Federal para que as finanças públicas pudessem ser equilibradas seria preciso uma total reorganização de setor público. Para isso, fez-se necessário adotar as seguintes medidas: redução dos gastos da União; recuperação da receita tributária; equacionamento das dívidas de estados e municípios com a União; controle mais rígido dos bancos estaduais; saneamento dos bancos federais; e o aprofundamento do programa de privatizações. [...]

Os objetivos do FSE eram o de equilibrar o orçamento e atenuar a excessiva rigidez de gastos da União. Além de aumento de impostos federais, foi criado o Imposto Provisório sobre a Movimentação Financeira (IPMF), e anunciado um amplo programa de combate à sonegação fiscal; o equacionamento das dívidas dos estados e municípios; a intervenção e maior controle sobre os bancos estaduais, bem como a sua reestruturação, da mesma forma que os bancos federais; e, finalmente, o compromisso

---

5 CARVALHO, Leandro Souza de. Planejamento Econômico e o Plano Real. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4225](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4225). Acesso em: 18 ago. 2010.

com as privatizações e com a Reforma da Previdência Social.

A segunda fase foi com a Reforma propriamente monetária, que passou por dois estágios de implementação e constitui na substituição da moeda inflacionada por uma nova e estável, através da proposta econômica de uma moeda indexada à unidade real de valor (URV). O intuito desta era promover indexação generalizada da economia e alinhar preços relativos, além de servir de mecanismo de coordenação de expectativas inflacionárias com a inserção sucessiva de uma nova unidade monetária (Real). Com a estabilização econômica do plano real, mudanças sociais ocorreram e a estabilidade de preços passou a ser reconhecida como um bem público de primeira ordem. Diante dessa abordagem, analisar-se-ão as questões que foram julgadas pelo STF nos casos relativos ao plano real.

### 3.3.1 Estrutura institucional: composição do Conselho Monetário Nacional

A alteração da composição do CMN, órgão responsável pela definição da política monetária, é matéria reservada à lei complementar, disciplinadora do sistema financeiro nacional e prevista pelo artigo 192 da Constituição Federal? Neste questionamento do caso da composição do Conselho Monetário, em decisão de medida cautelar, o STF alegou que não teria como inferir se seria inconstitucional ou não a modificação da composição do órgão por medida provisória, *in verbis*:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Arguição de inconstitucionalidade dos arts. 8., 9., 10 e 11 da Lei 9069, de 29.6.95, decorrente da Medida Provisória 542, de 30.06.94 que instituiu o Plano Real. - Relevância jurídica do pedido que, no entanto, não tem a intensidade que se faz mister para a concessão dessa medida excepcional que e a liminar em ação direta de inconstitucionalidade. - Não-ocorrência do “periculum in mora” ou do requisito da conveniência. Referenda-se o despacho que indeferiu a medida liminar. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 1312 MC / DF, Rel. Ministro Moreira Alves, Requerente Partido dos Trabalhadores – PT, Julg. 19/10/1995)

O Supremo entendeu que nesse caso a matéria não tem a intensidade necessária para a concessão de medida excepcional, como é a Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Posteriormente, no julgamento final da ADIn, o STF declarou a perda do objetivo da ação por alteração, pelo poder legislativo do art. 192, CF, através da emenda constitucional nº. 40 de 2003, que servia de parâmetro para decisão sobre a constitucionalidade de reestruturação da entidade (CMN).

Contraria o interesse público a retirada de participantes da sociedade civil da composição do CMN? Nesse caso, o tribunal entendeu que, como houve participação do Congresso Nacional para alteração da composição do Conselho Monetário Nacional, na conversão de medida provisória em lei, a retirada de participantes da sociedade civil do conselho não contrariou o interesse público, delegando, portanto, ao

Poder Legislativo decidir sobre esta questão. Portanto, trata-se de decisões que se enquadram no modelo de juiz Hermes, pois o tribunal julgou pela perda do objeto da ação, valendo-se de um artifício jurídico para não decidir e o STF não se posicionou sobre a questão material.

### 3.3.2 Sistema de conversão para a URV: reajuste de vencimentos

Pode juiz federal conceder o reajuste de vencimentos aos servidores públicos, por meio de tutela antecipada, para recompor o poder aquisitivo da remuneração perdido durante a implementação do Plano Real? O Supremo entendeu que não pode o juiz Federal conceder reajuste de vencimentos aos servidores públicos através de tutela antecipada, efetivada em processo de conhecimento contra a fazenda pública, que tivesse por objetivo o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias, e que o juiz afrontou a interpretação da Corte a respeito da Lei 9.494 de 1997, estabelecido no julgamento da medida cautelar da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 04:

EMENTA: Reclamação. Tutela antecipada. Decisão que, antecipando a tutela nos autos de ação ordinária, determinou a incorporação, à totalidade dos vencimentos dos autores, do percentual de 10,94% relativo à alegada redução desses vencimentos quando da conversão em URV (MPs nºs 434 e 482, posteriormente convertidas na Lei nº 8.880/94, que implementou o Plano Real). Desrespeito à decisão do Plenário na ADC nº 4. Proibição,

dirigida a qualquer juiz ou Tribunal, de prolatar decisão sobre pedido de antecipação de tutela que tenha como pressuposto a questão específica da constitucionalidade, ou não, da norma inscrita no art. 1º da Lei nº 9.494/97, conforme explicitado na Pet. nº 1.401- 5/MS (Min. Celso de Mello). Reclamação julgada procedente. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 846 / SP, Rel. Min. Celso de Mello, Julg. 19/04/2001.)

Deste modo, o tribunal definiu (provisoriamente) a constitucionalidade da lei que determinou a impossibilidade da concessão de medidas processuais de urgência contra a Fazenda Pública.

Os servidores públicos federais têm direito ao reajuste concedido por lei a trabalhadores celetistas para restabelecer o poder aquisitivo dos salários, durante a implementação do Plano Real? A Corte estabeleceu que a lei, ao reajustar salários de trabalhadores celetistas, para restabelecer o poder aquisitivo da remuneração devido durante a implementação do Plano Real (janeiro a junho de 1995), não se aplicaria ao servidor público, por não haver previsão legal expressa a essa categoria.

EMENTA: VENCIMENTOS - REAJUSTE - MEDIDA PROVISÓRIA nº. 1.053/95 - CONVERSÃO NA LEI nº. 10.192/2001 - CAMPO DE APLICAÇÃO. O que foi previsto na Medida Provisória nº. 1.053/95, convertida na Lei n. 10.192/2001, quanto à revisão do salário dos trabalhadores visou ao implemento

do Plano Real, disciplinando relações jurídicas de direito privado, sem beneficiar os servidores públicos. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RMS 24651 / DF, 1ª Turma, Rel Ministro Marco Aurélio, Julg. 02/12/2003).

Portanto, em relação a terceira e quarta questões, trata-se de decisões que se enquadram no modelo de juiz Hermes e Júpiter, pois, em relação à terceira questão o juiz utilizou de um artifício jurídico, atribuindo suas decisões em medida cautelar essencialmente provisória, ao passo que, na quarta, o juiz faz referência à intenção do legislador.

### 3.3.3 Estudo de caso: INSS

É inconstitucional a sistemática, prevista por lei, para conversão em nova moeda (de cruzeiros reais para URV) dos benefícios previdenciários, que utiliza para o cálculo valores nominais não reajustados integralmente pela inflação do período? Há direito adquirido ao reajuste inflacionário integral dos benefícios previdenciários para lhes preservar o valor real? O Supremo não entendeu pela inconstitucionalidade a conversão em nova moeda dos benefícios previdenciários já prevista em lei, que não utilizava o reajuste integral pela inflação do período, mas a cada quatro meses como previsto em lei:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. LEIS 8542/92 E 8700/93. CONVERSÃO DO BENEFÍCIO PARA

URV. CONSTITUCIONALIDADE DA PALAVRA “NOMINAL” CONTIDA NO INCISO I DO ARTIGO 20 DA LEI 8880/94. ALEGAÇÃO PROCEDENTE Recurso extraordinário conhecido e provido. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 313382 / SC, Tribunal Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa, Julg. 26/09/2002).

Deste modo, não haveria direito adquirido a reajustes integrais, por se tratar de hipótese de mera expectativa de direito, não ofendendo, portanto, o princípio constitucional que assegura o reajuste dos benefícios para preservar o seu valor real que corresponde ao valor legal. Além disso, o legislador previu que incidissem os reajustes parciais e as antecipações no cálculo da conversão do benefício por seu valor nominal. Diante disso, por haver expressa referência ao legislador a decisão enquadra-se no modelo de juiz Júpiter.

#### 3.3.4 Estudo de caso: Servidores do RIO GRANDE DO NORTE (RN)

Pode legislador estadual determinar critério de conversão de cruzeiro real para URV de forma diversa daquela determinada por legislação federal (Plano Real)? Assim o STF definiu a questão:

EMENTA: Direito Monetário: competência legislativa privativa da União: critérios de conversão em URV dos valores fixados em Cruzeiro Real: aplicação compulsória a Estados e Muni-

cípios, inclusive aos vencimentos dos respectivos servidores, que impede a incidência de diferente legislação local a respeito (Precedente: RE 291.188/RN, Pertence, 8.10.2002. Inf. 285). Embargos de declaração: alegação de ausência de redução do valor nominal dos vencimentos dos servidores em razão da aplicação da legislação estadual que não invalida a decisão embargada, porquanto esta apenas reconheceu a incompetência do Estado para legislar sobre sistema monetário. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Emb. Decl. RE 291188/RN, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julg. 18/02/2003).

O Supremo entendeu que não poderia legislador estadual aplicar critério de conversão de cruzeiro real para URV diverso daquele previsto por legislação federal para pagamento de seus servidores públicos, por ser objeto de competência exclusiva da União Federal e regra especial de direito econômico, que subtrai a matéria da competência legislativa concorrente de Estados e Municípios. A questão enquadra-se, portanto, no modelo de Juiz Júpiter por se referir ao legislador.

### 3.3.5 Periodicidade da Correção Monetária: Caso PEQUI

Tem aplicação imediata aos contratos privados de prestação sucessiva a determinação legal, prevista pelo Plano Real, da periodicidade mínima de um ano para a correção monetária? O STF assim desenvolveu o raciocínio:

EMENTA. II. Direito intertemporal: aplicação, aos contratos em curso, de legislação do “Plano Real” (M. Pr. 452/94, convertida na L. 9.069/95), na parte em que fixou em um ano a periodicidade mínima do reajuste trimestral avençado pelas partes em contrato de locação não-residencial: alegação de violação do art. 5º, XXXVI (garantia constitucional do ato jurídico perfeito): procedência. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 273602 / RJ, 1ª. Turma, Julg. 18/02/2003)

Dessa forma, segundo dispositivo legal introduzido pelo Plano Real, que previu a periodicidade mínima de um ano para a correção monetária em contratos, não se alterava o padrão monetário, tampouco se estabeleciam regras de conversão de valores de moeda antiga para moeda nova. Não haveria, portanto, como se invocar a jurisprudência da Corte, que excepciona a intangibilidade do ato jurídico perfeito. Assim, a referida norma não poderia aplicar-se retroativamente a contratos celebrados antes de sua edição, de prestações sucessivas, uma vez que a lei não poderia alcançar efeitos futuros de negócios jurídicos celebrados anteriormente à sua vigência (proibição do ordenamento jurídico à lei retroativa). Neste caso, o modelo de juiz é Júpiter por se basear na lei.

### 3.3.6 Índices de Correção Monetária: Caso ADPF 77

A aplicação imediata de dispositivo normativo do Plano Real, que prevê a forma do cálculo dos índices de correção

monetária no mês de emissão da nova moeda, ofende o direito adquirido e o ato jurídico perfeito? O STF, em medida cautelar, definiu até futura decisão da Corte, diante da relevância jurídica e econômico-financeira do caso, a suspensão de todos os processos em curso no país que questionassem a constitucionalidade do dispositivo do plano real que determinava a metodologia para a incidência de índices de correção monetária em período de transição econômica. Trata-se de modelo de juiz Hermes, uma vez que a Corte não decidiu o caso.

### 3.3.7 Caso BBA

A decisão do STF que, em medida liminar de ação de descumprimento de preceito fundamental, suspendeu todos os processos judiciais que questionavam a constitucionalidade da aplicação do cálculo para índices de correção monetária durante a emissão do Real, tem efeito vinculante em relação a outros órgãos do Poder Judiciário? O STF decidiu que, ainda que proferida em medida liminar e sujeita ao referendo do Plenário, conforme determinação legal, a decisão proferida pela Corte teria efeito vinculante em relação a outros juízes e Tribunais. Assim, os outros órgãos do Poder Judiciário deveriam cumprir a determinação da Corte de suspensão do julgamento de processos em curso que questionassem a aplicação de cálculo para o índice de correção monetária, durante a emissão da nova moeda, o Real. Sendo, pois, modelo de Juiz Hermes.

#### 4. Considerações finais

O STF ao negar o reajuste concedido por juiz federal à remuneração de servidores públicos, devido no momento da conversão de cruzeiros reais para URV, o STF, no julgamento da Reclamação nº 846, decidiu não adentrar à questão da irredutibilidade de remuneração, prevista pela Constituição (artigos 7º, VI, e 37, XV, CF/88).

Apesar de não declarar expressamente a importância de argumentos político econômicos de coordenação de expectativas inflacionárias, o STF decidiu não interferir na lógica desse programa, reformando decisões em outras instâncias que modificaram pontos sensíveis do plano. Isso é especialmente evidente no julgamento dos casos do Reajuste de Vencimentos, ADPF 77 e BBA. Entretanto, no caso Pequi, o STF promoveu uma mudança em uma medida importante do Plano Real: a proibição da previsão em contratos de reajuste monetário inferior a um ano. No entanto, no julgamento desse caso, o STF excepcionou o específico contrato de locação comercial, submetido à sua revisão, da obrigação generalizada do cumprimento dessa regra (que dependia, para ter resultado, do comportamento conjunto de todos os agentes econômicos).

Pela análise da natureza dos conflitos submetidos ao STF, identificou-se uma resistência de certos agentes econômicos a medidas políticas que, em um primeiro momento, foram consideradas impopulares. Em especial, no caso da conversão de valores contratuais para a moeda nova, houve transgressão ao princípio da irredutibilidade nominal de salários, assim como do ato jurídico perfeito. Em todos os casos analisados, julgados pela Corte constitucional e relativos ao Plano Real, não houve uma discussão aprofundada sobre a

relação entre direito e moeda. Contudo, previu-se que a sistemática de conversão de valores da moeda velha para a moeda nova excepciona o princípio da intangibilidade do ato jurídico perfeito e do direito adquirido e, no caso dos Servidores do RN, delimitou-se o âmbito da competência legislativa em direito monetário.

Deste modo, um ponto interessante refere-se ao resultado prático da atuação do STF. Tanto como Júpiter, Hermes ou de forma híbrida, a Corte reconheceu, expressa ou implicitamente, nos casos relativos ao Plano Real, que o poder para interferir no conflito monetário é exclusivo dos poderes políticos, deu frágeis parâmetros para pensar a relação entre direito e moeda e decidiu que a definição do controle social da autoridade monetária cabe exclusivamente ao Poder Legislativo. Em única decisão que interferiu no Plano Real, agiu de forma irracional, fragmentando um conflito coletivo e estabelecendo um privilégio às partes que compunham o processo judicial. Em dois casos, ADPF 77 e Reajuste de Vencimentos, o STF utilizou instrumentos inovadores preciosos: a suspensão de todos os processos em curso no país que questionassem matéria específica relativa ao plano econômico, e atribuição de efeito vinculante às suas decisões em medida cautelar (leia-se provisórias).

É possível concluir, portanto, também nos casos relativos ao Plano Real, que o STF foge a uma tentativa estrita de “*modelização*”. O tribunal constitucional representa um juiz essencialmente Hermes, que deixa a resolução de conflitos em torno do bem público “moeda” aos poderes políticos, por reconhecer sua limitação instrumental, implicitamente. Contudo, na quase metade dos casos, ele se veste de Júpiter, porque não abandona o apego à tradição jurídica liberal, voltada à concepção de um ordenamento jurídico piramidal.

Desta análise chegamos à conclusão da necessidade de uma Política de Planejamento Econômico de “Estado” de longo prazo e em conformidade com o definido no texto constitucional, principalmente em setores-chave da nossa sociedade como infraestrutura, segurança, saúde e educação, saindo de Políticas de “Governo” de efeito paliativo para um planejamento econômico que otimize recursos disponíveis ajustando de modo equitativo as necessidades da sociedade e os anseios dos agentes produtivos, evitando atritos, diminuindo a interferência do Judiciário e melhorando o nível de desenvolvimento da nação.

## Referências

BERCOVICI, Gilberto Bercovici. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

CARVALHO, Leandro Souza de, Planejamento Econômico e o Plano Real. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4225](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4225). Acesso em: 18 ago. 2010.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do estado por dano decorrente do planejamento. Número 13 – abril/maio 2002. Bahia: *Revista Diálogo Jurídico*, 2002. Disponível em: [http://direitopublico.com.br/pdf\\_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf](http://direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf). Acesso em: 18 ago. 2010.

FREITAS, Juez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Publicação da Escola da Magistratura do TRF 4ª Região – EMAGIS. Publicado em 19.01.2006. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/juarez\\_freitas.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/juarez_freitas.htm). Acesso em: 18 ago. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed., atualizada até Emenda Constitucional 51, São Paulo: Malheiros, 2006.

OST, François. Jupiter, Hercules, Hermes: três modelos de juez. *DOXA - Cuardenos de Filosofia del Derecho*, Alicante n. 14. Alicante, 1993.

SAMPAIO, Marcio Eduardo Corrêa Sampaio. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/o-que-e-planejamento/39381/>. Acesso em: 20 dez. 2011.

SILVA, Jose Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 6ª. ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003. v.2.



# PLANO DIRETOR COMO INDUTOR DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS

---

Ruy de Jesus Marçal Carneiro

Wildemar Roberto Estralioto

## 1. Introdução

Com a derrocada do Estado liberal e a assunção do Estado neoliberal, a ingerência do ente público na ordem econômica assumiu relevante importância prática e teórica, tanto que sua abordagem constantemente tem sido referenciada em estudos dedicados ao tema.

Este percurso desenvolvido pela história revelou que vários setores foram vitimados com o excesso de liberalismo garantido num primeiro momento e com o intervencionismo extremo existente no período do Estado social.

As cidades sofreram com um abrupto inchaço de indústrias e de pessoas, o que fez eclodir problemas sociais diversos oriundos da ausência de infraestrutura. Os trabalhadores passaram a estar envoltos com abusos praticados pelos detentores dos meios de produção. A economia foi afetada ora com o surgimento de monopólios, ora com o comprometimento do orçamento público.

A necessidade de adequação deste quadro tem, no neoliberalismo, uma perspectiva de obtenção de equilíbrio entre

a completa liberdade de atuação na atividade econômica e o excessivo intervencionismo promovido pelo Poder Público.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deixa evidente em seu texto a influência que sofreu de cada um destes períodos.

O fundamento da livre iniciativa previsto em seu art. 1º e art. 170 revela que, no Direito brasileiro, os atores privados têm assegurado pelo Texto Magno a liberdade de atuação na atividade empresarial.

Não obstante esta referência, os mesmos artigos apresentam um rol de outros fundamentos e de princípios que contrastam com a ideia de liberdade irrestrita, de ausência de interferência, ou de que estaria assegurada a condução da atividade econômica fundada exclusivamente nas forças destes mesmos atores privados.

A grande questão que surge diz respeito aos instrumentos colocados à disposição do Poder Público para fazer prevalecer suas políticas, principalmente em relação ao Município que, com a ausência de regulamentação da atividade econômica, viu eclodir problemas urbanos quando da implantação de indústrias sem que existisse um prévio planejamento para tanto.

Com fundamento nos problemas noticiados, o presente estudo dedicará algumas reflexões à intervenção do Estado na ordem econômica e à constitucionalização desta, às ingerências que o Município exerce na atividade econômica, bem como ao instrumento normativo colocado à disposição deste para gerir, de forma democrática, o planejamento da sociedade.

## **2. A intervenção na ordem econômica: importância para o estado social**

O exercício da atividade econômica e a ingerência do Estado nesta são temas que sempre despertaram o interesse do estudioso, em razão da forte divergência existente quando da abordagem da necessidade ou utilidade de convergência daquelas ações.

Para ilustrar esse conflito, basta ressaltar que o desenvolvimento do Estado é também estudado quanto ao grau de sua participação, de forma direta ou indireta, na atividade econômica, o que lhe tem atribuído a “qualificação” de liberal, social ou de neoliberal conforme, a “quantidade” de intervenção.

Vale destacar que esta referência à “qualificação” não é feita com o objetivo de se promover um estudo exaustivo do tema, mas sim para possibilitar um direcionamento na abordagem que será promovida na sequência do estudo.

O Estado liberal surge em razão do descontentamento com o regime autoritário de governo e o sistema feudal de domínio da propriedade, haja vista que, em conjunto figuravam como fonte de privações diversas e inviabilizavam a expansão econômica de uma nova classe que, na sequência da história, se tornou detentora dos meios de produção, ou seja, a burguesia.

Como marco histórico desta passagem do autoritarismo para o Estado liberal podem ser citadas a Revolução Industrial e a Revolução Francesa, ambas datadas do final do Século XVIII.

Com o Estado liberal, houve a instauração de um liberalismo econômico, fundado no ideal francês da liberdade, igualdade e fraternidade, no qual o mercado passou a atuar sem que houvesse interferência do ente público, ou, caso

houvesse eventual intervenção, não seria esta substancial ao ponto de influenciar a ordem natural dos meios de produção.

Estava consubstanciado o entendimento de que a intervenção estatal poderia fazer ruir a ordem natural da atividade econômica e, com isto, propiciar o retorno ao regime autoritário até então atacado.

Neste modelo, “consumidores, fornecedores, comerciantes e produtores teriam forças suficientes para regular a vida econômica, abstendo-se o Estado dessa órbita, o que significava que o livre jogo do mercado seria o fator de regulação” (CLARK, 2001, p. 19).

Este era o entendimento dominante nos países que adotaram os pensamentos de Adam Smith, David Ricardo e outros que pregavam, em linhas gerais, a mesma “quantidade” de intervenção do Estado na atividade econômica.

Apesar de ter atendido aos clamores econômicos e necessidades sociais da época, o modelo liberal de Estado possibilitou que as virtudes inicialmente motivadoras do seu surgimento viessem a gerar danos sociais que exigiam correção.

Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar. (GRAU, 2010, p. 59).

O liberalismo então pregado fez eclodir o monopólio dos meios de produção e, com isso, a concentração de riqueza

nas mãos de alguns poucos, e também deu origem a um regime de trabalho onde havia a imposição de condições inadequadas àqueles que “vendiam” a mão de obra, dentre outras causas que conduziam ao descontentamento.

O curso da história se depara, então, com extenso rol de insatisfeitos diante a um regime que originariamente lhes havia sido benéfico.

[As] ... imperfeições do liberalismo, bem evidenciadas na passagem do século XIX para o século XX e nas primeiras décadas deste último, associadas à incapacidade de autorregulação dos mercados, conduziram à atribuição de novas funções ao Estado. (GRAU, 2010, p. 19-20).

A partir de então o Estado, “[...] coagido pela pressão das massas [...] estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual [...]” (BONAVIDES, 2011, p. 186), o que lhe garantiu a titulação de social, entendida esta mudança como uma “transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal (BONAVIDES, 2011, p. 184).

Nestas condições, e a partir de então, a intervenção do Estado na atividade econômica tornou-se legítima e até necessária, pois

O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de

prover certas necessidades existenciais mínimas.  
(BONAVIDES, 2011, p. 200).

O pensamento intervencionista, que tem em John Maynard Keynes um seu precursor, foi de relevante importância no auxílio da superação da crise econômica verificada em sua época. Contudo, em especial após a Segunda Guerra Mundial, surgem críticas veementes a essa política econômica, fruto do endividamento gerado aos Estados que dela fizeram uso sem um planejamento apropriado.

Havia a necessidade de serem promovidas adequações às mazelas oriundas da política intervencionista. Nesse sentido,

O remédio, então, era claro: manter um Estado forte, sim, em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas parco em todos os gastos sociais e nas intervenções econômicas [...] (PERRY, 2003, p. 11).

Não era pregada a completa supressão do controle da atividade econômica pelo Estado, sob pena de se estar proporcionando a retomada do liberalismo que, como revelado no passado, possuía vícios. A intervenção era necessária, contudo, deveria ser minimizada.

Sob esta nova perspectiva de participação do Estado no controle da atividade econômica, é que surge o neoliberalismo, para o qual a intervenção não significava necessariamente que o ente público passaria a atuar sempre em concorrência com os atores privados no desempenho da atividade de produção de mercadorias ou de serviços. Ao contrário, a intervenção na atividade econômica ocorreu tanto com a direta interferência nos meios de produção, com o Estado

concorrendo com o setor privado (prática ainda vinculada com o pensamento intervencionista de John Maynard Keynes), como de forma indireta, impondo limites na atuação liberal que era difundida até então.

Veja-se que, pela via indireta, abriu-se a possibilidade de se regulamentar as políticas econômicas desenvolvidas pelo setor privado e público, de forma a proporcionar equilíbrio no mercado, enquanto que, pela forma direta, o Estado age no exercício da atividade econômica por meio, por exemplo, de empresas públicas e de sociedades de economia mista, produzindo bens e/ou serviços.

Dentro desta evolução temporal que motivou a passagem do modelo liberal para o social e, posteriormente para o neo-liberal, impõe-se compreender as características do Estado brasileiro e tentar revelar as razões que justificariam a intervenção, pelo Município, na atividade econômica.

Modernamente, são inúmeras as causas que justificam a intervenção: a compatibilização do desenvolvimento econômico com a preservação dos bens da natureza; o desemprego estrutural; a evolução tecnológica; o incentivo ou o controle das concentrações econômicas por parte do capital nacional e/ou internacional; o combate às disparidades regionais; o incremento às pequenas e microempresas etc. (CLARK, 2001, p. 23).

Para compreender essas causas, impõe-se utilizar como objeto de estudo a norma básica oriunda do modelo de Estado brasileiro, ou seja, a Constituição da República Federativa, cujo teor, como é notório, apresenta-se extenso, com matérias

que substancial e materialmente são constitucionais e outras que adquirem essa qualidade apenas em razão de seu aspecto formal.

### **3. A livre iniciativa e as limitações impostas pela Constituição da República Federativa do Brasil**

O Brasil não ficou inerte diante dessas mudanças ocorridas no pensamento econômico, e a Constituição da República Federativa do Brasil datada de 1988 revela em seu texto as influências que sofreu destas linhas ideológicas que surgiram durante o desenvolvimento histórico referenciado de forma singela neste trabalho.

A leitura dos artigos que compõem o texto constitucional deixa evidente a presença da “herança” do Estado liberal, do social e do neoliberal na sua construção, e, nesta oportunidade, serão referenciados sem a observância desta ordem cronológica apenas por uma questão de conveniência.

O caráter social do texto constitucional fica evidente no Capítulo II, do Título II, que trata dos Direitos Sociais. Não obstante a importância destes para o Estado Democrático de Direito, o propósito desta pesquisa, ao menos no enfoque que lhe foi dada, não recomenda que lhe seja feita uma maior abordagem.

No que tange ao liberalismo, a livre iniciativa pode ser citada como seu principal representante e vem expressa já no artigo inaugural da Constituição (art. 1º, inciso IV) como um dos fundamentos da República Federativa, garantindo que a atuação dos atores privados na atividade econômica ocorrerá sem a ingerência do Estado. A liberdade de iniciativa é repetida no art. 170 deste texto legal também como um fundamento da ordem econômica.

Apesar de ter assegurado o exercício da livre iniciativa, é corrente o entendimento que, sob o aspecto econômico, o “[...] perfil que a Constituição desenhou para a ordem econômica tem natureza neoliberal” (COELHO, 2011, p. 204), isto em razão das limitações impostas pelo seu próprio texto ao exercício desta atividade.

O Constituinte não garantiu uma liberdade irrestrita, como ocorria no Estado liberal. Ao contrário, assegurou a livre iniciativa condicionando seu exercício à observância e convergência de interesses com os demais fundamentos descritos nos incisos do art. 1º, bem como aos fundamentos e princípios relacionados nos incisos do art. 170, ambos da Constituição.

Esta é uma das marcas do neoliberalismo. A garantia de que o Estado não ficará inerte diante ao exercício da atividade econômica, como acontecia no período do liberalismo, mas que também nela não irá intervir ao ponto de inviabilizar a atuação dos atores privados, como ocorria no Estado social.

A participação do Estado na atividade econômica agora possui balizas que delimitam tanto a sua atuação direta, como também impõem condicionantes à atuação privada, razão pela qual há o conceito de

[...] neoliberal como o *modelo econômico definido na Constituição que se funda na livre-iniciativa, mas consagra também outros valores com os quais aquela deve se compatibilizar*. A defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, a função social da propriedade e os demais princípios elencados pelo art. 170 da CF como informadores da ordem econômica, bem como a lembrança da valorização do trabalho como

um dos fundamentos dessa ordem, tentam refletir o conceito de que a livre-iniciativa não é mais um dos elementos estruturais da economia. (COELHO, 2011, p. 205).

É legítima esta compatibilização exigida quando do exercício da livre iniciativa. A busca pelo desenvolvimento econômico, apesar de necessária, não pode servir de fundamento para a violação de outros valores.

É preciso sublinhar, porém, que o desenvolvimento não é um fim em si, mas um simples meio para o bem-estar geral. Dessa forma, tem ele de ser razoavelmente dosado para que não sejam impostos alguns, ou mesmo a toda uma geração, sacrifícios sobre-humanos, cujo resultado somente beneficiará as gerações futuras, ou que só servirão para a ostentação de potência do Estado. (FERREIRA, 2002, p. 352).

Como referido, as condicionantes das ações do Estado e do beneficiário da livre iniciativa encontram-se descritas na Constituição, e delas não se pode desviar sob pena de causar grave violação às estruturas do regime democrático.

Pode ser referenciado como condicionante nesta oportunidade, o fundamento da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (incisos II, III e IV, do art. 1º); o fundamento da valorização do trabalho humano e os princípios da função social da propriedade, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego (art. 170 *caput*, e seus incisos III, VI, VII e VIII).

Todos estes valores expressos na Constituição, e outros implícitos, devem ser utilizados em harmonia, pois é da sua conjugação que se alcança o ideal a ser buscado quando do exercício da atividade econômica. A título de ilustração, a livre iniciativa somente se apresentará legítima se exercida de forma a assegurar a dignidade da pessoa humana, valorar o trabalho humano, preservar a função social da propriedade, estimular a preservação do meio ambiente, propiciar a redução das desigualdades regionais e sociais e garantir o pleno emprego.

Esta fixação de parâmetros para o exercício da atividade econômica atribuiu à Constituição de 1988 a referência de que seria uma Constituição Econômica, pois nela estariam compreendidas

[...] as normas jurídicas básicas que regulam a economia, disciplinando-a, e especialmente controlam o poder econômico, limitando-o, com o fito de prevenir-lhe os abusos. (FERREIRA, 2002, p. 344).

Imprescindível, neste aspecto, a participação do Estado, o que rechaça a pretensão de se assegurar uma liberdade de iniciativa irrestrita. A intervenção ocorre para permitir a realização de

[...] políticas públicas para estabelecer o desenvolvimento econômico de forma compatível com a preservação da natureza; estabelecendo normas premiais para reduzir as desigualdades regionais ou para a produção de bens e serviços básicos destinados à população pobre; estimulando ações diretas para garantir os direitos

humanos básicos para certas classes sociais.  
(CLARK, 2001, p. 30).

A viabilização destas políticas públicas que objetivam o desenvolvimento nacional e regional requer planejamento, para garantir-se um resultado mais racional das ações econômicas.

Com o planejamento, as ações interventivas terão “padrões de racionalidade sistematizada”, e assim, será possível prever “comportamentos econômicos e sociais futuros” (GRAU, 2010, p. 150).

Em razão da direta vinculação entre os diversos agentes que tiveram assegurada autonomia com a Constituição de 1988 (União, Estados e Municípios), o planejamento deve ser elaborado de forma a conjugar os interesses locais às normas gerais ditadas pela União, o que revela ser de importância vital o exercício efetivo da cidadania na sua elaboração.

Impõe-se desvendar, dentro desse contexto, quais seriam os atores incumbidos de planejar estas políticas públicas aptas a assegurar a harmonização entre o desenvolvimento econômico e os fundamentos e princípios que estruturam a ordem econômica constitucional, e quais seriam os instrumentos de planejamento aptos para tanto.

#### **4. O município e suas influências na esfera econômica**

A Constituição de 1988, a exemplo do que já havia sido previsto em outras, adotou como forma de Estado a federação. Assim, garantiu à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios autonomia, a qual se caracteriza com as prerrogativas da: “[...] autoorganização e normatização própria, auto-governo e auto-administração” (MORAES, 2004, p. 276).

Estas prerrogativas oriundas dessa forma de Estado possibilitam definir o federalismo como sendo uma

[...] aliança, pacto escrito dentro dos limites constitucionais, onde se fragmenta ou descentraliza o poder político, através de mais de um centro de poder (central e periférico). Dessa forma, existe um poder central soberano, a União e os poderes periféricos, entes federados, com sua autonomia. (CLARK, 2001, p. 63-64).

Há divergências doutrinárias quanto ao fato de o Município ser ou não um dos componentes da federação.

Para alguns (CASTRO, 1998, p. 53), a Federação seria constituída tão somente pelo Estado Federal e os Estados-Membros ou federados. Outros (CLARK, 2001, p. 87) defendem que o Município, diante da redação dos arts. 1º e 18 da Constituição, são considerados como integrantes da Federação. Por fim, encontram-se aqueles (MOREIRA NETO, 2006, 36-37) que defendem a tese de que o Município seria uma unidade federada *sui generis*.

Feita esta breve introdução, impõe-se alertar que não se objetiva, nesta oportunidade, adentrar na discussão referente ao fato de os Municípios ser ou não considerado como integrante da federação, até porque a conclusão que se busca independe desta abordagem.

Para superar essa discussão basta assinalar que, tanto aqueles que são favoráveis à inclusão do Município como membro da federação, como os que são contrários a esse entendimento, concordam que referido ente tem autonomia para legislar sobre matérias que lhe foram atribuídas pela Constituição de 1988. Dentro desta distribuição de compe-

tências, a Constituição atribuiu ao Município o poder de legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, inciso I), de promover o ordenamento do seu território (art. 30, inciso VIII), bem como de executar sua política de desenvolvimento urbano (art. 182).

Tendo legitimidade para legislar sobre essas matérias, é possível asseverar que o Município possui um amplo campo de atuação normativa, dentro do qual pode ser inserida a intervenção sobre a atividade econômica desenvolvida no seu âmbito territorial.

Ao regular a ordem econômica no âmbito da sua esfera de competência, o Município está legislando sobre matérias que integram o chamado Direito Econômico, que encontra na doutrina um conceito estrito e outro amplo:

Os que defendem um conceito *estrito* veem no Direito Econômico uma disciplina nova, autônoma e original, dirigida ao estudo dos problemas colocados pela intervenção do Estado na Economia. Os que preferem um conceito *amplo*, afirmam que uma regra é de Direito Econômico, quando rege relações humanas propriamente econômicas. (FONSECA, 2002, p. 13).

Não obstante a possibilidade de intervenção do Município na atividade econômica local, não está ela disposta de forma irrestrita. Ao contrário, ela somente se apresentará legítima quando praticada dentro dos estreitos limites impostos pela Constituição e em total observância com o planejamento desenvolvido para atender aos seus interesses locais.

Como cabe ao Município legislar sobre Direito Econômico, este pode desenvolver políticas econômicas intervencionistas de forma geral para a produção, repartição, circulação e consumo, exceto quando se tratar de matérias reservadas às competências privativas e exclusivas da União e exclusivas dos Estados-membros [...]. (CLARK, 2001, p. 100).

A necessidade de se legitimar esta intervenção pelo Município deita raízes em fatores históricos. Como informado, a Revolução Industrial foi um marco para o desenvolvimento dos pensamentos econômicos, fruto da necessidade de sua adequação ao crescimento do capitalismo industrial. Também foi responsável pelo crescimento das cidades na Inglaterra, “[...] num ambiente empoeirado e sem condições mínimas de higiene” (FEIJÓ, 2007, p. 186), resultado de uma “[...] urbanização conduzida apenas pelo mercado [...] quando ainda não havia respostas para o rápido afluxo de pessoas em direção às cidades” (PINTO, 2005, p. 55). O quadro verificado à época é sintetizado com a seguinte referência:

[...] Escassez de água potável, esgotos a céu aberto, ausência de áreas verdes, despejo de lixo sobre as vias públicas, edificações insalubres, mal iluminadas e sem privacidade, promiscuidade entre residências e indústrias poluentes, um conjunto de incômodos, enfim, que não difere muito do encontrado nas favelas e nos cortiços brasileiros da atualidade. (PINTO, 2005, p. 55).

Em condições como estas, apresenta-se impossível alcançar um desenvolvimento econômico e social adequado, muito menos que permita qualificá-lo como expressão da cidadania, que assegure dignidade à pessoa humana, que preserve os valores sociais do trabalho, que faça com que a propriedade cumpra sua função social, que seja eficiente para garantir a defesa do meio ambiente, ou que proporcione a redução de desigualdades.

Os fundamentos e princípios da República e da Ordem Econômica, como evidente, não têm como serem preservados sem um adequado planejamento do Município que permita e reconheça como legítima a intervenção deste ente público para tentar evitar a ocorrência de situações como as anunciadas.

Deve se buscar, com a ingerência local, o cumprimento da função social do Município e, com isso, assegurar um equilíbrio entre o seu desenvolvimento econômico e o desenvolvimento social e humano. Esta função social da cidade estará sendo cumprida de forma plena quando proporcionar redução das desigualdades sociais, promoção da justiça social e melhoria na qualidade de vida.

Na busca pela efetivação destes objetivos, retoma-se a assertiva de que um planejamento prévio que seja elaborado dentro dos parâmetros normativos gerais impostos pela União e Estados e que assegure a participação comunitária na construção dos planos dele provenientes, estará constituído com elementos que possibilitam o desenvolvimento da função social do Município.

## 5. O planejamento municipal e o desenvolvimento econômico

Quando se refere ao planejamento do Município como instrumento de instituição de políticas públicas voltadas para o exercício da atividade econômica, e conseqüentemente, para fazer prevalecer os fundamentos e princípios constitucionais da República e da Ordem Econômica, está sendo feita referência à execução de ato que “[...] tem por finalidade fazer com que a tomada de decisões e a informação de ações sejam impregnadas de *racionalidade*” (FONSECA, 2002, p. 302).

Em razão da pouca tradição brasileira na adoção deste planejamento, não se apresenta incomum encontrar Comunas que sofrem, por exemplo, gravíssimos problemas urbanos fruto da ausência desse estudo prévio e de regulamentação apropriada, bem como da liberdade atribuída aos executores privados da atividade econômica quando da implantação de seus empreendimentos.

Também há situações em que o crescimento econômico encontra-se represado em razão de ter ele ocorrido sem que houvesse uma política adequada de criação e de expansão, principalmente, dos pólos industriais.

Tanto um como outro influem direta e negativamente na economia local, ao ponto, muitas vezes, de exigir vultosos investimentos pelo Poder Público para assegurar condições para que se tenha uma vida digna, ou para que a propriedade cumpra sua função social, ou para que o meio ambiente não seja afetado.

Considerando, em decorrência da industrialização, o excessivo crescimento da população urbana, assentada de maneira desordenada sem

qualquer planejamento e racionalidade, e a considerável atividade especulativa, em virtude da qual o proprietário do solo urbano utiliza a faculdade de não uso para aguardar o momento econômico mais oportuno para aliená-lo ou edificá-lo, surge a necessidade do estabelecimento de uma política urbana, com uma nova concepção de propriedade do solo urbano. (FERRARI, 2005, p. 230).

O desenvolvimento de uma política pública planejada e adequada, como evidente, apresenta-se imprescindível para a gestão do Município, para a manutenção de seus moradores e para a execução sustentável das atividades econômicas dentro dos limites do seu território.

Neste sentido, e para que estas condutas não se caracterizem como utopia, o planejamento das ações públicas apresenta-se como uma ação preliminar indispensável para a elaboração de normas (planos) que permitirão a condução destas políticas públicas, as quais compreendem inclusive aquelas afetas à atividade econômica que serão implantadas no Município.

Relativamente à gestão do território do Município ganha destaque a política urbana a ser implantada, a qual pode ser traduzida como

[...] o setor da atuação do Estado que trata da ordenação do território das cidades, mediante a alocação do recurso “espaço” entre os diversos usos que o disputam. O urbanismo é uma técnica destinada a ordenar a ocupação do território das cidades, a fim de que elas possam

abrigar todas as atividades necessárias à sociedade, mas sem que umas interfiram negativamente sobre outras. (PINTO, 2005, p. 45).

A ocorrência desta convivência pacífica entre as atividades necessárias à sociedade, dentre as quais se incluem a econômica, reitera-se, exige planejamento, principalmente no que tange à referida política pública urbana.

Neste aspecto, assevera Clark (2001, p. 155), a Constituição de 1988 inovou, pois foi a primeira a tratar diretamente do solo urbano, e o fez no seu art. 182, que dispõe sobre a política de desenvolvimento urbano a qual deve ser executada pelo Poder Público municipal em conformidade com diretrizes gerais fixadas em lei.

Para disciplinar estas diretrizes gerais, foi publicada a Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001 (denominada Estatuto da Cidade), que estabelece normas de ordem pública e de interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (parágrafo único do art. 1º), ou seja, que tem por objetivo a ordenação das funções sociais da cidade e o desenvolvimento desta dentro dos parâmetros da sua política.

Como funções sociais da cidade devem ser entendidas as de “[...] habitar, trabalhar, recrear-se e circular [...]” (CARNEIRO, 1998, p. 19), e o desenvolvimento da política urbana a ela afeta está vinculado aos instrumentos disciplinados no art. 4º do Estatuto da Cidade, quais sejam: o plano diretor, o plano plurianual, a Lei de diretrizes orçamentárias e a Lei orçamentária anual.

Os planos são o conseqüente do planejamento. São os instrumentos que dão sentido jurídico ao planejamento.

Podem ser considerados como documentos técnicos que estabelecem as diretrizes gerais de intervenção do ente público na área regulamentada e que dependem da aprovação pelo Poder Legislativo para adquirir força normativa.

O plano plurianual, a Lei de diretrizes orçamentárias e a Lei orçamentária, previstos no art. 165 da Constituição, compõem os “orçamentos públicos” da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e

[...] documentam expressivamente a vida financeira de um país ou de uma circunscrição política em determinado período, geralmente um ano, porque contêm o cálculo das receitas e despesas autorizadas para o funcionamento dos serviços públicos ou para outros fins projetados pelos governos. (BALEEIRO, 1998, p. 411).

[...] O orçamento vai buscar fora de si o seu objetivo, eis que visa a permitir a implementação de políticas públicas e a atualização dos programas e do planejamento governamental.

[...] A lei orçamentária serve de instrumento para a afirmação da liberdade, para a consecução da justiça e para a garantia e segurança dos direitos fundamentais. [...] (TORRES, 2000, p. 109).

Após consubstanciar o planejamento em plano (normas), este passa a integrar o orçamento e, conseqüentemente, a desempenhar uma importante função reguladora, não obstante

o fato de ter sido esta mitigada após a crise gerada no período do Estado Social.

Nesta condição, os planos orçamentários ultrapassam o restrito campo de aplicação da economia, e alcançam as ações que afetam “[...] o meio ambiente, as relações de consumo, o controle da concorrência, a entrega de prestação de saúde, assistência social e educação, a política habitacional, etc [...]” o que implica na “[...] diminuição da exagerada competência de que gozava a Administração no Estado de Bem-estar Social” (TORRES, 2000, p. 59), e conseqüentemente na possibilidade de, em conjunto com o plano diretor, legitimar a intervenção na atividade econômica.

O plano plurianual estabelece políticas públicas de longo prazo, cuja elaboração oriunda de um planejamento prévio estabelece as diretrizes, objetivos e metas da administração pública, bem como a promoção do desenvolvimento econômico local.

Conforme dispõe o § 4º do art. 165 da Constituição; o plano plurianual ganha lugar de destaque dentro do planejamento municipal quando figura como condicionante para a elaboração de todos os demais planos.

A Lei de diretrizes orçamentárias está prevista no § 2º do art. 165 da Constituição; compreende as metas e prioridades da administração pública, dentre as quais as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente. É instrumento de orientação anual que não cria direitos subjetivos para os administrados, apenas direciona as ações quando da elaboração da proposta orçamentária.

No § 5º do mesmo art. 165 foi disciplinada a Lei orçamentária anual que abrange o orçamento fiscal (compreendidas neste as despesas que serão realizadas pelo ente

público para a consecução de suas políticas públicas) e os investimentos em empresas públicas e na seguridade social.

Contudo, é na elaboração de um planejamento formador da política pública urbana que se encontra o principal instrumento de intervenção do Poder Público local na atividade econômica. Este planejamento consubstancia-se no plano diretor, cujas peculiaridades merecem destaque.

## **6. A criação, aplicação e gestão democrática do planejamento municipal: direcionamento da atividade econômica e o plano diretor**

A análise histórica do desenvolvimento dos Municípios revela a sua grande vinculação com as atividades empresariais nele desempenhadas, como também, e muitas vezes, a dependência dos empreendimentos econômicos da infraestrutura e da política pública urbana por ele oferecida.

Em especial, após a Revolução Industrial, as cidades passaram por um processo de rápido crescimento sem qualquer planejamento, o que fez frutificar uma série de problemas urbanos até então não conhecido do poder público.

As indústrias, muitas vezes, se instalavam nas cidades em localidades próximas às fontes de recursos naturais que eram utilizados em sua cadeia produtiva. A exploração destes recursos naturais ocorria sem qualquer vinculação a políticas de sustentabilidade, o que gerou danos irreversíveis ao meio ambiente e afetou a qualidade de vida de seus habitantes. Outras vezes, estas indústrias eram atraídas por grandes centros de concentração de pessoas, pois assim seriam atendidas com mão de obra barata e em abundância. Tanto numa como

noutra, não havia qualquer planejamento, a escolha pela localidade era movida apenas por razões de conveniência privada.

Com a implantação destas indústrias nos centros urbanos, houve um aumento considerável no êxodo rural para as cidades, até porque a atividade agrícola já não estava mais absorvendo toda mão de obra disponível, fruto da mecanização do campo. Com isto, as cidades foram vitimadas com um abrupto aumento demográfico, sem que houvesse uma ordenação deste crescimento.

Na atualidade, além dessas práticas que, ainda ocorrem e, que não são incomuns, há outros problemas que surgem, originados da ausência de planejamento urbano e que vitimam as cidades de forma a comprometer o meio ambiente, o sistema viário, a qualidade de vida de seus moradores, o seu crescimento econômico e, até mesmo, seu orçamento (entendido nesta oportunidade apenas como programação de despesas públicas). Estas mesmas causas afetam o setor privado, pois seus empreendimentos não são dispostos no território de forma a permitir sua expansão.

Trata-se das chamadas cidades “dormitório”, ou seja, normalmente pequenos centros urbanos que são utilizados apenas como moradia dos trabalhadores que se deslocam até os grandes polos industriais para trabalhar. Com esta nova prática, são exigidos grandes investimentos das cidades “dormitório” em escolas, rede de saúde pública e saneamento para atender aos familiares dos trabalhadores, sem que elas possam desfrutar dos benefícios econômicos gerados com o trabalho desenvolvido.

Referidos problemas têm por origem a ausência de políticas públicas adequadas, o que acaba por redundar na permissão de instalação de loteamento em áreas urbanas sem que seja sopesado o impacto que irá produzir na vizinhança e na

sociedade, na economia e no meio ambiente; ou na criação de parques industriais destituídos de um adequado planejamento para o Município, em especial no que tange ao seu desenvolvimento sustentável.

Dentre os agentes que compõe o fenômeno urbano atual pode-se citar o crescimento industrial. Sempre presente nas cidades pós-Revolução Industrial, a indústria tem sido o pilar do sistema capitalista de produção e sustento das cidades modernas. Em virtude de seu caráter institucional, social e econômico as indústrias criaram cidades graças à transformação da sociedade de artesãos e mercadores em uma sociedade baseada no acúmulo de capital e na tecnologia. [...]

Em função desta singular posição, muitas vezes a indústria tem sido legitimada pela autoridade municipal a desrespeitar o direito urbano, prejudicando a população, a urbanização e o meio ambiente ecologicamente equilibrado. (PEREZ, 2011, 1007-8).

Todas estas práticas militam em desfavor do desenvolvimento local e acabam por comprometer, como mencionado, as finanças do poder público que para suprir as deficiências oriundas de sua inércia no tocante ao prévio direcionamento das atividades econômicas, tem que realizar investimentos que, muitas vezes sequer estão contemplados no seu planejamento orçamentário.

Como evidente, a implantação de uma política pública urbana adequadamente planejada poderia amenizar, senão evitar, a ocorrência destas práticas. Para agir neste sentido apresenta-se imprescindível a ingerência do poder público que poderá viabilizar a produção de normas que lhe permitam interferir, de forma direta ou indireta, no controle das atividades que venham a expandir o Município, inclusive naquelas afetas à ordem econômica.

[...] A intervenção do Município, no domínio econômico, pode garantir a expansão das oportunidades de trabalho para os desempregados, a realização de projetos voltados para a moradia e alimentação da população de baixa ou sem renda, assim como a aplicação das demais políticas públicas eliminadoras das outras desigualdades sociais, não apenas resultantes da exclusão econômica. (CLARK, 2001, p. 136)

A melhor referência de norma oriunda deste planejamento criador da política pública urbana é o plano diretor que, como informado, foi inserido na Constituição de 1988 em seu art. 182, § 1º, e regulamentado pela Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade).

O plano diretor traduz-se como um instrumento normativo imprescindível no direcionamento do desenvolvimento do Município no seu aspecto físico, econômico, social, cultural, habitacional e outros, e pode ser definido como sendo a

[...] a lei supra e geral que estabelece as prioridades nas realizações do governo local, conduz

e ordena o crescimento da cidade, disciplina e controla as atividades urbanas em benefício do bem-estar social. (MEIRELLES, 1998, p. 404).

A Constituição, no art. 182, § 1º, dispôs sobre o plano diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento do Município, o que por si só já legitimava a intervenção deste ente público no exercício da atividade econômica. Para se concluir neste sentido basta verificar que o Capítulo da “Política Urbana” (inaugurado pelo art. 182) está, juntamente com o Capítulo dos “Princípios Gerais da Atividade Econômica”, contemplado no Título VII da Constituição que dispõe sobre a “Ordem Econômica e Financeira”.

Assim, mesmo antes de regulamentada a “Política Urbana” pelo Estatuto da Cidade, não se apresentava possível pensar em um planejamento urbano pela via do plano diretor sem a sua adequação aos fundamentos e princípios da “Ordem Econômica e Financeira”.

Ilegítima, até porque contrária à Constituição, seria a instituição de uma política pública que não estivesse voltada para o racional desenvolvimento da atividade econômica de forma a valorizar o trabalho humano, a livre iniciativa, a existência digna, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para micro e pequenas empresas.

Para reforçar ainda mais estas linhas de conduta que devem ordenar a atuação do ente público quando da elaboração do seu plano diretor, houve a edição do Estatuto da Cidade a partir daí, ficou ainda mais evidente a legitimidade da interferência que o Município exerce na atividade eco-

nômica desempenhada no seu âmbito territorial, principalmente diante das diretrizes gerais da política urbana constantes no seu art. 2º e incisos.

Dentre as diretrizes gerais da política urbana podem ser referenciadas, a título ilustrativo, a garantia do direito de ter cidades sustentáveis ambiental, social e economicamente; a sua gestão democrática; o planejamento do desenvolvimento das cidades; a ordenação e controle do uso do solo para evitar a instalação de empreendimentos ou atividades que possam afetar o tráfego; e o desenvolvimento socioeconômico do Município.

Todas estas diretrizes revelam que a ingerência do ente público local na ordem econômica é imprescindível para o adequado desenvolvimento municipal, e que o plano diretor é um importante instrumento normativo de regulação da atividade econômica.

O referido plano diretor afirma-se como norma jurídica básica de planejamento do desenvolvimento e expansão urbana e como orientador das ações do Estado e do setor privado em seu território. [...] A ideia de desenvolvimento urbano das cidades é mais ampla; nela estão contidos os aspectos econômicos, sociais e culturais que são implementados em outras normas municipais. (CLARK, 2001, p. 156-157).

Considerando a abrangência desta interferência pela via do plano diretor na atividade econômica, como também em outras áreas, o Estatuto da Cidade regulamentou a neces-

sidade de se democratizar o planejamento que lhe dará origem.

Assim o fez no art. 2º, inciso II, ao dispor sobre a gestão democrática da política pública por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Nada mais adequado do que exigir a interferência daqueles que diretamente estarão sujeitos aos seus efeitos, no processo de desenvolvimento da política pública urbana, afinal, “[...] os planos só serão obedecidos na medida em que a população participar de sua elaboração” (PINTO, 2005, p. 36).

Vê-se, portanto, que a elaboração preliminar de um planejamento amplo do Município sob os aspectos econômicos, territoriais, sociais, culturais e outros é imprescindível para se permitir o desenvolvimento local, e que o plano diretor, na condição de consequente daquele, é um importante instrumento legal de condução das atividades empresariais que poderão ser desenvolvidas no seu território.

## **7. Considerações finais**

Do liberalismo econômico ao intervencionismo do Estado na atividade econômica, são encontradas virtudes que beneficiaram a economia no seu respectivo tempo, mas que fizeram eclodir a necessidade de serem promovidas adequações. O pensamento neoliberal surgiu como um elo de equilíbrio entre os dois extremos, pregando a liberdade de atuação econômica, mas impondo limites aos atores privados

e exigindo a atuação do Poder Público para balancear esta atuação.

No Brasil, a Constituição dedicou seu artigo inaugural, e todo seu Título VII, para tratar destas normas de equilíbrio entre a liberdade irrestrita e o intervencionismo excessivo. Para tanto, garantiu a livre iniciativa como fundamento da República Federativa e da Ordem Econômica, mas impôs muitos outros fundamentos e princípios que balizam a atuação do setor privado e do Estado.

A forma de Estado adotada pelo constituinte pátrio possibilitou uma divisão de competências entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o que permitiu a este último, dentro de um prévio planejamento de suas ações, legislar sobre matérias de interesse local, de ordenar seu território e de executar sua política de desenvolvimento urbano. Este permissivo legal assegura ao Município o poder de interferir no exercício da atividade econômica desempenhada nos seus limites territoriais, desde que atenda aos preceitos da Constituição e de legislações Estadual.

O planejamento preliminar ganha destaque quando da elaboração de uma política pública urbana a ser executada no território do Município. A Constituição de 1988 foi inovadora neste aspecto, pois dedicou um dos Capítulos do Título da Ordem Econômica e Financeira para tratar da “Política Urbana”. Neste foram disciplinados os instrumentos normativos que legitimam a regulação desta “Política Urbana”, ou seja, os planos, dentre os quais se destaca o plano diretor.

O plano diretor, cuja criação está vinculada à participação democrática, é a exteriorização da vontade coletiva quanto aos caminhos que deverão ser seguidos pelo Município quando da ordenação de seu território, da preservação ambiental, do bem estar social e, além de outras, da atividade

econômica que nele será desenvolvida. Com a legitimidade que lhe foi assegurada pela Constituição e norma reguladora de suas diretrizes gerais (Estatuto da Cidade), o plano diretor passou a ser um importante instrumento de indução das atividades empresariais desenvolvidas no âmbito do interesse local do Município.

## Referências

ANDERSON, Perry. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. *Organização da cidade: planejamento municipal, plano diretor, urbanização*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CLARK, Giovani. *O município em face do direito econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 15. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.

FEIJÓ, Ricardo. *História do pensamento econômico: de Lao Zi a Robert Lucas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRERA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito municipal*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico*: plano diretor e direito de propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Vol. V. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.



# O NOVO CÓDIGO FLORESTAL: O PÚBLICO E O PRIVADO NA PROTEÇÃO DE TERRAS

---

Paulo Roberto Pereira de Souza

Marcelo Farina de Medeiros

## 1. Introdução

Até meados do século passado o homem via os atributos naturais como recursos a serem apropriados e os imaginava infinitos. Aliado a este pensamento, o processo de industrialização do fim do século XIX e início do século XX gerou o fenômeno social da urbanização, fazendo com que o campo deixasse de ser a principal fonte de renda das pessoas e de tributos do Estado e, conseqüentemente, que as questões agrícolas e ambientais fossem colocadas em segundo plano.

O crescimento da população mundial, aliado a uma tomada de consciência de que os recursos naturais eram finitos, e os reflexos do uso imoderado destes, no entanto, fizeram com que a Organização das Nações Unidas, em meados do século XX, passasse a se preocupar com a temática ambiental, o que resultou na realização de conferências mundiais que alertaram a população em geral e os governos em particular para a gravidade dos problemas ambientais e, a imediata necessidade de mudanças no modo de produção e consumo.

A população mundial já passou a marca dos 7 (sete) bilhões de pessoas e estima-se que até o ano de 2030 esta marca atinja os 8,3 bilhões<sup>1</sup>. A mais grave consequência do crescimento populacional é a concentração urbana cada vez maior, sobretudo nos países pobres ou subdesenvolvidos:

De acordo com a última versão do relatório *O Estado do Mundo*, publicado no ano passado pelo The Worldwatch Institute com versão brasileira confeccionada e divulgada pelo Instituto Akatu pelo Consumo Consciente, nos últimos 50 anos o consumo cresceu seis vezes, ao mesmo tempo em que a população cresceu apenas 2,2 vezes. Em outras palavras: O consumo, por pessoa cresceu três vezes.<sup>2</sup>

Se a população mundial for crescer em 1,3 bilhões de pessoas nos próximos dezoito anos e o consumo crescer três vezes mais rápido do que a população, a demanda crescerá, em apenas dezoito anos, o equivalente ao consumo de aproximadamente quatro bilhões de pessoas, ou seja, o consumo crescerá, em menos de vinte anos, mais de 57% (cinquenta e sete por cento) em relação ao atual, o que, segundo o cientista britânico John Beddington, poderá provocar uma catástrofe

---

1 MCGOURTY, Christine. Cientista britânico prevê 'catástrofe' mundial em 2030 com aumento da população. Disponível em: [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/03/090319\\_catastrofe2030\\_ba.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/03/090319_catastrofe2030_ba.shtml). Acesso em: 13 ago. 2012.

2 WALDMAN, Maurício. *O Estado de S. Paulo*, p. H7, 28 set.2011, grifos do autor.

mundial em relação às demandas por água, energia e alimentos.<sup>3</sup>

Estudos demográficos da ONU – Organização das Nações Unidas mostram que a população mundial chegará a 9,2 bilhões de habitantes em 2050. O mesmo estudo mostra que o mundo terá um aumento em torno de 2,5 bilhões de habitantes, sendo que o aumento maior se dará em países em desenvolvimento. A população desses países deverá ultrapassar 5,4 bilhões de habitantes, em 2050. Os números assustam e impressionam. Só o aumento da população equivalerá ao total da população do mundo no ano de 2050, diz o Relatório.

O Relatório traz um grave alerta: em 2025, mais da metade da população mundial, cerca de três bilhões de pessoas, não terá água para beber nos lugares onde vive. Este fato assume gravidade maior quando analisado em conjunto com outros problemas ambientais como secas, enchentes e outros fenômenos climáticos provocados pelas mudanças climáticas, o aumento populacional, a crescente urbanização e a geração quase incontrolada de resíduos domésticos e industriais. Não podemos nos esquecer que parte deste lixo contém metais pesados e é altamente perigoso para a saúde humana, como mercúrio, chumbo, cádmio e berílio, altamente tóxicos. Segundo estudos da ONU, o planeta gera 50 milhões de toneladas desse lixo a cada ano, sendo que cada 10 dos 50 milhões de toneladas vão para China onde parte dele é reciclada e o restante é descartado no ambiente.<sup>4</sup>

---

3 MCGOURTY, Christine. Cientista britânico prevê ‘catástrofe’ mundial em 2030 com aumento da população. In: [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/03/090319\\_catastrofe2030\\_ba.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/03/090319_catastrofe2030_ba.shtml). Acesso em: 13 ago. 2012.

4 SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A ideologia da conflituosidade ambiental, p. 137. In: GALI, Alessandra (Coord.) *Direito Socioambiental*. Curitiba: Juruá, 2010.

È indiscutível, portanto, que, para assegurar uma sadia qualidade de vida, faz-se necessário a adoção de ações imediatas objetivando a preservação ambiental.

O primeiro grande evento mundial a tratar de preservação ambiental foi Conferência das Nações Unidas de Estocolmo, em 1972, de onde surgiram 26 (vinte e seis) princípios e o conceito de desenvolvimento sustentável apresentado no Relatório Brundtland, em 1987. O Relatório conceitua *desenvolvimento sustentável* como sendo “[...] aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras de atenderem as suas próprias necessidades”<sup>5</sup>. Esses princípios e valores influenciaram fortemente as constituições de países, especialmente a nossa, no que se refere ao tratamento dado à proteção do ambiente.

A constitucionalização do direito ambiental foi um passo importantíssimo para sua efetividade, pois só a partir do seu reconhecimento como direito fundamental foi possível, mais fortemente, impor limitações ao também direito fundamental; da propriedade. Um direito fundamental só admite limitação por outro direito fundamental, logo, a constitucionalização do direito ambiental e sua consequente elevação ao patamar de direito fundamental do ser humano o legitimam e conferem eficácia.

Surge, então, uma profunda reformulação de valores e a propriedade passa a ter uma função social. O texto constitucional expressamente vincula esta função social à preservação do meio ambiente e garantia do bem-estar da população (artigos 5º, XXIII, 186 e 182).

---

5 Apud BARBIERI, José Carlos. *Desenvolvimento e meio ambiente: as estratégias de mudanças da agenda 21*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p.23.

A Constituição de Weimar, de 1.919, já previa que à propriedade são impostas obrigações e seu uso deve obedecer ao interesse geral (Art. 153) e, a Constituição Colombiana é ainda mais específica, dispondo que “a propriedade é uma função social que acarreta obrigações. Assim, a ela é inerente uma função ecológica” (Art. 58).

Tratando da matéria, Paulo Roberto Pereira de Souza destaca que os deveres sociais impostos aos proprietários praticamente põem fim à dicotomia público-privado e, inclusive, inovam ao disciplinar um dever intergeracional de proteção ambiental para a sadia qualidade de vida das gerações futuras.<sup>6</sup>

No Brasil, o tema ganha cada vez maior importância, haja vista que, segundo a Associação do Comércio Exterior do Brasil, as commodities são responsáveis por mais de 70% (setenta por cento) das receitas de exportação do país.<sup>7</sup>

O Brasil está em destaque no cenário mundial de produção de alimentos. No início de 2012, o Departamento de Agricultura dos Estados Unidos da América – USDA já previa o aumento da participação brasileira nos mercados chinês e norte-americano, sendo, neste último, de 27% em relação a 2011<sup>8</sup>. Esta estimativa conhecia a crescente demanda por alimentos, contudo, não previa a seca que assola aquele país, a queda dos juros e alta do dólar no Brasil, que acar-

---

6 SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. O direito ambiental e a função social da propriedade. Disponível em: [http://www.mpes.gov.br/anexos/centros\\_apoio/arquivos/10\\_2079163011662010\\_O%20direito%20ambiental%20e%20a%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20da%20propriedade1.htm](http://www.mpes.gov.br/anexos/centros_apoio/arquivos/10_2079163011662010_O%20direito%20ambiental%20e%20a%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20da%20propriedade1.htm). Acesso em: 18 ago. 2012.

7 Associação de Comércio Exterior do Brasil – AEB: Brazilian Foreign Trade Association. Disponível em: <http://www.aeb.org.br/userfiles/file/AEB%20-%20Radiografia%20Com%C3%A9rcio%20Exterior%20Brasil.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2012.

8 ZAFALON, Mauro. Agronegócio dos EUA perde espaço na China. *Folha de S. Paulo*, p. B5, 24.02.2012.

retaram não só maior importação dos produtos nacionais, como também o aumento do preço destes, tanto que a Monsanto já prevê recordes de exportações de milho e soja para os Estados Unidos.<sup>9</sup>

Embora seja inegável sua importância no cenário econômico nacional, devemos atentar que o aumento da produtividade de alimentos reclama expansão da área cultivada e consequente desmatamento. A economia deve conciliar-se à preservação ambiental, ou seja, o desenvolvimento deve ser sustentável, de modo que os impactos ambientais sejam mínimos.

Neste momento, deve-se ressaltar o diálogo entre o direito e a economia em busca do desenvolvimento sustentável. Neste sentido, le-se:

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das

---

9 DCI - São Paulo. Disponível em: [http://www.monsanto.com.br/sala\\_imprensa/includes/template\\_sala\\_imprensa.asp?noticiaId](http://www.monsanto.com.br/sala_imprensa/includes/template_sala_imprensa.asp?noticiaId). Acesso em: 14 ago. 2012.

pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.<sup>10</sup>

A nova ordem socioeconômica, fruto da globalização e de uma preocupação com a qualidade de vida, fez com que todos os setores produtivos tivessem que enfrentar o problema sobre como atender à crescente pressão por mais alimentos e à preservação do meio ambiente.

O Direito Ambiental surge como um instrumento de efetivação do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

Para propiciar a sustentabilidade será necessário estabelecer mecanismos de comando e controle para nível de uso do solo agrícola.

O presente trabalho mostrará como o Estado intervém na propriedade rural criando áreas de preservação permanente como instrumentos de sustentabilidade e meio de efetivar o direito difuso à proteção da água, do ar, do solo agrícola e do equilíbrio do clima.

Tratando da matéria, com a clareza que lhe é peculiar, Ramón Martín Mateo ensina que já não podemos seguir nos dando ao luxo de considerar o ar e a água como uma propriedade comum, das quais se abusa livremente sem medir as consequências. Em vez disso, devemos tratá-los como recursos escassos que a ninguém é permitido contaminar, da mesma maneira que não podemos jogar o lixo de nosso quintal no quintal de nosso vizinho.<sup>11</sup>

---

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 01 set. 2005, DJ de 03 fev. 2006.

11 MATEO, Ramón Martín. *Tratado de derecho ambiental*, Vol. I. Madrid: Editorial Trivium, 1991, p. 45-46.

Buscará também este trabalho demonstrar a importância de motivar o produtor rural a conservar os recursos naturais por meio de sanções premiaias, como o pagamento por serviços ambientais.

Visando o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental, a Constituição Federal garante espaços ambientais especialmente protegidos em toda a federação (artigo 225, § 1º, III), dentre os quais estão as áreas de preservação permanentes, como mecanismo de garantia de proteção não apenas dos recursos naturais, mas, sobretudo, do direito à vida.

## 2. Espaços ambientais especialmente protegidos

Espaço ambiental é

[...] toda e qualquer delimitação geográfica, toda e qualquer porção do território nacional, estabelecida com objetivo de proteção ambiental, integral ou não, e assim submetida a um regime especialmente protecionista.<sup>12</sup>

A própria Constituição Federal já elencou alguns espaços ambientais de relevantes ecossistemas como espaços especialmente protegidos, como é o caso da Floresta Amazônica, da Mata Atlântica, do Pantanal Mato-Grossense e da Zona Costeira (artigo 225, § 4º). Além disso, o constituinte incumbiu à legislação infraconstitucional a tarefa de definir outros espaços territoriais a serem especialmente protegidos (artigo 225, § 1º, III), no intuito que os representantes do

---

12 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed., 2. triagem, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 158.

povo e dos Estados Federados delimitassem, em cada região, áreas relevantes à manutenção do equilíbrio ambiental.

Pela significativa importância deste macro bem ambiental, a Constituição Federal incumbiu ao poder público a competência legislativa concorrente da União, Estados Federados e Distrito Federal para sua tutela (Art. 24, VI, VII e VIII), cabendo à União estabelecer as diretrizes gerais e aos Estados e Distrito Federal legislar de acordo com a norma geral, buscando-lhe conferir efetividade para atender às peculiaridades regionais. Aos Municípios também é assegurada competência legislativa ambiental, em consonância com as normas estadual e federal, mas reservada aos assuntos de interesse local (artigo 30, I, II e VIII, da Constituição Federal).

Sob este fundamento constitucional foi recepcionada a Lei 4.771/65, recentemente revogada e substituída pela Lei 12.651/2012 que, visando à manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, destacou espécies de vegetação em localizações estratégicas como áreas de preservação permanente, que são espaços ambientais especialmente protegidos.

As florestas são espécies de flora com características próprias e de essencial importância ao equilíbrio ambiental e à qualidade de vida. As florestas estão diretamente ligadas à preservação dos atributos naturais do solo, ar e água, além de serem uma das principais reservas de biodiversidade. As florestas influenciam diretamente no regime de chuvas, no clima, na produção de oxigênio e, na conservação da biota e do patrimônio genético.

Segundo Filippi, a má gestão dos recursos naturais e devastação das florestas na África sub-saariana levou ao esgotamento do seu solo. No Encontro Africano para Fertilizantes ocorrido na Nigéria, em 2006, destacou-se que, anualmente,

cerca de 50 mil hectares de florestas e 60 mil hectares de savanas são plantadas para compensar vastas extensões de terras esgotadas devido a problemas de manejo e imprevistos de ordem climática.<sup>13</sup>

Em relação ao ar, “a floresta desempenha o papel de um armazém gigante de carbono, por retirar tal gás da atmosfera, liberando o oxigênio”<sup>14</sup>, através da fotossíntese.

As florestas são importantes, outrossim, na manutenção do equilíbrio do clima e do regime de chuvas, “[...] tanto que na Amazônia a metade da chuva que cai sobre a vegetação é gerada pela própria floresta”<sup>15</sup>.

Floresta “[...] é um conjunto de vegetação razoavelmente densa e elevada, compreendendo matas e bosques, ou seja, formações de grande ou pequena extensão”<sup>16</sup>. O Código Florestal, Lei 12.651/2012, contudo, não se restringe a proteger as florestas, mas todas as formas de vegetação de reconhecida utilidade às terras que revestem (Art. 2º), como, por exemplo, a caatinga, que não é considerada floresta, mas também merece proteção legal, e as áreas verdes urbanas, que também são expressamente tuteladas pela mencionada lei.

Assim, pautado no princípio da preponderância do interesse coletivo sobre o particular, a Lei 12.651/2012 dispõe que o direito de propriedade será exercido com as limitações que a legislação estabelecer, haja vista a função social da propriedade (Art. 2º).

---

13 FILIPPI, Eduardo Ernesto. *Evolução Econômica e Institucional do Setor Primário no Brasil: em direção ao desenvolvimento rural?*, Disponível em: <http://www.ufrgs.br/pgdr/arquivos/598.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2012.

14 NETO, Antonio José de Mattos. *Estado de direito agroambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 31.

15 Op. cit.

16 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*, 2. ed, 2ª triagem, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 111.

A citada lei, contudo, expressamente dispõe ser seu fundamento central a regulamentação do uso sustentável dos recursos naturais, em harmonia com a promoção do desenvolvimento econômico (Art. 1-A).

Não se pode deixar de lado que a propriedade é um direito fundamental do ser humano, conquistado arduamente desde a grande Revolução Francesa, consagrada como direito inviolável e sagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789<sup>17</sup>, e, na Constituição Federal brasileira como uma das cinco pilstras que sustentam os direitos individuais, fundamentais do ser humano.

Devemos atentar que

[...] o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontrará jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.<sup>18</sup>

Assim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal destaca que:

A norma inscrita no art. 225, § 4º, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5º,

17 FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf). Acesso em: 16 ago. 2012.

18 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste C. L. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 21.

XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal.<sup>19</sup>

Os espaços ambientais especialmente protegidos e, conseqüentemente, as áreas de preservação permanente, configuram restrições ao direito de propriedade, mas não se confundem com expropriação ou confisco.

À propriedade a Constituição Federal impôs o dever de atender a uma função social (Art. 5º, XXIII) e, o cumprimento desta função social é condicionado à preservação do meio ambiente e garantia do bem-estar da população (Artigos 186 e 182).

Surgem então, o aparente conflito de direitos fundamentais e, na teoria da argumentação o método ponderativo, de acordo com o qual, segundo Barroso, é na análise do caso concreto que o intérprete deverá pesar os princípios aplicáveis e, mediante concessões recíprocas, chegar a um resultado justo<sup>20</sup>.

O resultado justo, no entanto, não pode ser medido pela ideologia do julgador, mas será aquele que estiver em maior conformidade com os valores constitucionais, tomando-se

---

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 134.297, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 13 jun. 1995, Primeira Turma, DJ de 22 set. 1995.

20 BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: [bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32895](http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32895). Em cache Você marcou isto com +1 publicamente. de LR Barroso - 2003 p. 19. Acesso em: 16 ago. 2012.

por base os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A razoabilidade, também conhecida por

[...] princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso” na restrição de tais direitos.<sup>21</sup>

Os proprietários privados de áreas especialmente protegidas conservam seu domínio, mas devem respeito às limitações ambientais impostas pela legislação. As limitações ambientais impostas ao direito de propriedade, entretanto, devem ser reservadas ao mínimo essencial para a garantia do equilíbrio ecológico daquele espaço.

Dessarte, visando conciliar o direito de propriedade com o direito ambiental, o Brasil modernizou sua legislação ambiental, “[...] mantendo intocados 61% dos recursos naturais”<sup>22</sup> existentes no país e conferindo efetividade ao direito de propriedade dos pequenos proprietários rurais, que, segundo o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, representam 90% dos imóveis rurais do Brasil<sup>23</sup>, através da Lei 12.651/2012, que instituiu o novo Código Florestal e “[...] coloca o país em posição de destaque, por ser

---

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 233/RS, Presidente Ministro Gilmar Mendes, julgado em 27 abr. 2009, DJ de 04 mai. 2009.

22 O Brasil discute como produzir e preservar. *Revista Globo Rural*: a tecnologia que dá vida ao solo, Edição 320, de junho de 2012.

23 Apud FETAEP – Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado do Paraná. Disponível em: [http://www.sistemafaep.org.br/arquivos/Codigo\\_Florestal\\_2.pdf](http://www.sistemafaep.org.br/arquivos/Codigo_Florestal_2.pdf). Acesso em: 16 ago. 2012.

o único do mundo que vem discutindo leis que harmonizem conservação ambiental com a atividade agrícola”.<sup>24</sup>

Em suma, o novo Código Florestal simplesmente consagra a máxima da igualdade aristotélica, segundo a qual se devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, em prol de uma isonomia substancial, que é aquela consagrada na nossa Constituição Federal.

### **3. Áreas de preservação permanente**

O Código Florestal de 1934 já classificava as florestas nacionais como protetoras e bens de interesse comum (Art. 1º). Não existiam espaços delimitados como insusceptíveis de supressão ou alteração, mas já se admitiam limites à exploração destas florestas nas propriedades privadas (Artigos 23 e 53).

Em 1965, o Código Florestal foi reformado, instituindo-se a figura das áreas de preservação permanentes e suas respectivas metragens, que foram mantidos no novo Código Florestal.

O Código Florestal conceitua área de preservação permanente como sendo:

Área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. (Art. 3º, II).

---

24 FRANCO, Luciana. O Brasil discute como produzir e preservar. *Revista Globo Rural*: a tecnologia que dá vida ao solo, Edição 320, de junho de 2012.

São áreas de preservação permanente, em suma, florestas e outras formas de vegetação que, devido à sua localização estratégica, devem ser protegidas, sendo vedada sua exploração direta, em prol da garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Paulo Affonso Leme Machado sintetiza a questão no sentido de que as áreas de preservação permanente visam precipuamente proteger os cursos de água, evitar assoreamentos de rios, evitar enchentes e fixar as montanhas.<sup>25</sup>

Assim, as áreas de preservação permanente constituem uma limitação legal ao direito de propriedade, haja vista a posição estratégica de florestas e demais formas de vegetação, visando à estabilidade geológica das bordas de cursos d'água, encostas e topos de morros, não só para proteção do solo, evitando erosões, assoreamentos e deslizamentos de terras, mas, também, para a manutenção da biodiversidade e a formação de corredores ecológicos, que facilitam a mobilidade e procriação da fauna e da flora.

As limitações inerentes às áreas de preservação permanente incidem tanto nos imóveis privados como nas áreas públicas, urbanas ou rurais e podem ser as criadas por lei ou por ato administrativo (artigos 4º, 5º e 6º, da Lei 12.651/2012), desde que, neste último caso, para as finalidades previstas no artigo 6º da Lei 12.651/2012.

O Código Florestal fala em preservação permanente e não em conservação. A semântica nos mostra que por conservação se entende cuidado, uso sustentável, ao passo que preservação significa proteção, enaltecendo a característica de imutabilidade das áreas de preservação permanente, que “[...]

---

25 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 698.

não podem ter a sua destinação alterada impondo-se ao proprietário o dever jurídico de mantê-las e preservá-las para as gerações atuais e futuras”<sup>26</sup>, salvo nos casos excepcionais, expressamente previstos na legislação, cabendo ao proprietário, ao desmatador, ou qualquer que esteja na posse do imóvel, em caso de supressão ou alteração ilegal de áreas de preservação permanente, o dever de recuperar o dano ou, subsidiariamente, indenizá-lo.

### 3.1 Áreas de preservação permanente por disposição legal

As áreas de preservação permanente por disposição legal são aquelas expostas nos artigos 4º e 5º do Código Florestal, Lei 12.651/2012, e aquelas que as leis municipais e os planos diretores assim definirem nas áreas urbanas e regiões metropolitanas, conforme disposição dos parágrafos 9º e 10º, do artigo 4º do Código Florestal:

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

I - as faixas marginais de qualquer curso d’água natural, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:

a) 30 (trinta) metros, para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;

---

26 SOUZA. Paulo Roberto Pereira de. O direito ambiental e a função social da propriedade. Disponível em: [http://www.mpes.gov.br/anexos/centros\\_apoio/arquivos/10\\_2079163011662010\\_O%20direito%20ambiental%20e%20a%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20da%20propriedade1.htm](http://www.mpes.gov.br/anexos/centros_apoio/arquivos/10_2079163011662010_O%20direito%20ambiental%20e%20a%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20da%20propriedade1.htm). Acesso em: 18 ago. 2012

b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

II - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de:

a) 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;

b) 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;

III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água natural, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;

IV - as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros; V - as encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive;

VI - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

VII - os manguezais, em toda a sua extensão;

VIII - as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

IX - no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25°, nas áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação;

X - as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;

XI - em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado.

Art. 5º Na implantação de reservatório d'água artificial destinado a geração de energia ou abastecimento público, é obrigatória a aquisição, desapropriação ou instituição de servidão administrativa pelo empreendedor das Áreas de Preservação Permanente criadas em seu entorno, conforme estabelecido no licenciamento ambiental, observando-se a faixa

mínima de 30 (trinta) metros e máxima de 100 (cem) metros em área rural, e a faixa mínima de 15 (quinze) metros e máxima de 30 (trinta) metros em área urbana.

A primeira inovação do atual Código Florestal é o início da contagem da metragem das áreas de preservação permanente. O artigo 2, “a”, da Lei 4.771/65, com a redação alterada pela Lei 7.803/89, rezava que o início da contagem da faixa das áreas de preservação permanentes ao longo dos rios e cursos d’água seria o nível mais alto que leito do rio ou curso d’água atingisse, ou seja, seria o ponto máximo que o rio atinge na época das cheias. Isto fazia existir pequenas propriedades cuja contagem da área de preservação permanente se iniciava além dos limites da propriedade.

A Lei 12.651/2012, no entanto, reformou tal disposição, determinando expressamente que as faixas marginais das áreas de preservação permanente ao longo de rios e cursos d’água devem ser contadas a partir da borda da calha do leito regular (Art. 4º, I), ou seja, a partir da borda do leito médio do rio, excluindo-se o leito da época da seca e, também aquele da época das cheias, considerando-se somente a calha por onde corre regularmente as águas do curso d’água durante o ano (Art. 2º, XIX, Lei 12.651/2012).

Os incisos II e III do artigo 4º também inovaram ao diferenciar lagos e lagoas naturais das artificiais e aqueles situados nas áreas rurais daqueles localizados nas áreas urbanas. A lei 4.771/65 não diferenciava lagos, lagoas ou reservatórios d’água naturais ou artificiais (Art. 2º, “b”), o que foi feito pela Resolução CONAMA nº 302/2002 e, agora, na Lei 12.651/2012. O novo Código Florestal inova ao dispensar a comprovação dos requisitos estabelecidos pela citada Re-

solução para áreas urbanas consolidadas (Art. 2, V), dispondo que a faixa da APP entorno dos lagos naturais será de 30 (trinta) metros se eles se situarem em área urbana, independentemente do cumprimento daqueles requisitos até então exigidos pela Resolução CONAMA nº 302.

O Código Florestal, outrossim, impõe a metragem dos limites ambientais de área de preservação permanente somente aos lagos e lagoas naturais, deixando ao órgão ambiental responsável pelo licenciamento do empreendimento a tarefa de estipular a metragem das faixas de área de preservação permanente no entorno dos reservatórios d'água artificiais decorrentes de barramento ou represamento de curso d'água natural (Art. 4º, III) e dispensando as áreas de preservação permanente dos demais reservatórios artificiais d'água (Art. 4º, § 1º).

Outra inovação nas áreas de preservação permanente por disposição legal foi a dispensa destas no entorno das acumulações d'água, sejam naturais ou artificiais, com superfície inferior a 1 (um) hectare (Art. 4º, § 4º, Lei 12.651/2012), enquanto que a Resolução CONAMA nº 302 somente as dispensava nas acumulações artificiais d'água e desde que inferiores a 5 (cinco) hectares e caso não decorressem de barramento ou represamento de curso d'água (Art. 3º, § 6º).

A dispensa de que trata o § 4º, do artigo 4º, da Lei 12.651/2012, no entanto, é somente a de recomposição do dano, sendo vedada a supressão dessas áreas que estejam preservadas, no caso das acumulações naturais d'água.

Nesse sentido nas áreas já desmatadas da faixa de terra que surge no período de vazante dos rios e lagos, o novo Código Florestal permite às pequenas propriedades ou posse rural familiar, aquela explorada pessoalmente pela família do proprietário, o plantio de culturas temporárias e sazonais,

desde que se mantenham preservadas a fauna local e a qualidade da água e do solo, sendo vedado qualquer novo desmatamento nestas áreas (Art. 4º, § 5º).

Ainda neste sentido, o novo Código Florestal permite, aos imóveis rurais de, no máximo, 15 (quinze) módulos fiscais a prática de aquicultura e a infraestrutura física a ela associada nas áreas de preservação permanente por disposição legal, mediante licenciamento ambiental e adoção de práticas de manejo sustentável que garantam a qualidade do solo e dos recursos hídricos, vedadas, contudo, novas supressões de vegetação nativa (Art. 4º, § 6º).

O artigo 5º da Lei 12.651/2012 diferencia as faixas de área de preservação permanente nos reservatórios artificiais de usinas hidrelétricas, dispondo ser entre 30 (trinta) e 100 (cem) nos reservatórios situados nas áreas rurais e entre 15 (quinze) e 30 (trinta) metros naqueles situados nas áreas urbanas; e impõe ao empreendedor a necessidade de aquisição, desapropriação ou instituição de servidão das áreas de preservação permanente formadas pelo empreendimento, haja vista, a impossibilidade de o vizinho do reservatório utilizá-las, ou seja, além da área a ser alagada, o empreendedor do projeto deve indenizar a faixa de área de preservação permanente, ou formar acordo de instituição de servidão ambiental com o proprietário daquela área.

É facultado ao empreendedor o uso de, no máximo, 10% (dez por cento) da área de preservação permanente criada no entorno do reservatório d'água artificial criado para geração de energia ou abastecimento público, desde que tenha sido aprovado pelo SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente o Plano Ambiental de Conservação e Uso do Entorno do Reservatório elaborado com o licenciamento ambiental do empreendimento (Art. 5º, § 1º, Lei 12.651/2012).

### 3.2. Áreas de preservação permanente por ato administrativo

Conforme mencionado acima, o artigo 6º do Código Florestal faculta ao chefe do Poder Executivo declarar áreas como de preservação permanente, mas desde que, seja para atender às finalidades ali expressas:

Art. 6º Consideram-se, ainda, de preservação permanente, quando declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo, as áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação destinadas a uma ou mais das seguintes finalidades:

I - conter a erosão do solo e mitigar riscos de enchentes e deslizamentos de terra e de rocha;

II - proteger as restingas ou veredas;

III - proteger várzeas;

IV - abrigar exemplares da fauna ou da flora ameaçados de extinção;

V - proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico, cultural ou histórico;

VI - formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;

VII - assegurar condições de bem-estar público;

VIII - auxiliar a defesa do território nacional, a critério das autoridades militares.

IX – proteger áreas úmidas, especialmente as de importância internacional.

As limitações impostas pela Administração Pública ao direito de propriedade, entretanto, devem ser indenizadas pelo Poder Público ao proprietário das áreas.

Assim, apesar da previsão legal deste tipo de área de preservação permanente, a doutrina chama atenção para o fato de que dificilmente justificar-se-á a criação destas áreas por ato administrativo, seja porque já são legalmente protegidas no Código Florestal, seja porque sendo necessário, o Poder Público pode desapropriar as áreas para criar unidades de conservação. Neste sentido destacam-se:

*Atenuar a erosão das terras:* Todas as matas relacionadas no art. 2º [atual artigo 4º] do Código Florestal são de preservação permanente porque *também* destinam-se a atenuar a erosão das terras [...].

*Formar faixas de proteção ao longo de ferrovias e rodovias:* Esta hipótese está mais diretamente relacionada à garantia do bem-estar das populações humanas do que propriamente à preservação da biodiversidade. Note-se que o art. 4. III, da Lei 6.766/79, com redação determinada pela Lei 10.932/2004, prevê a reserva de uma faixa não-edificável de 15 (quinze) metros de cada lado das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias.

*Auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares:* Ressalvada a hipótese de defesa da biodiversidade no território nacional, não faz nenhum sentido a manutenção desta hipótese do Código Florestal [...].

*Proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico:* Atualmente, o objeto de tutela previsto na alínea *e* do art. 3º [atual inciso V, do artigo 6º] do Código Florestal vem sendo preferencialmente protegido pelo tombamento ou pela criação de unidades de conservação [...].

*Asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção:* Hipótese legal que em muito pouco difere da criação de um refúgio da vida silvestre, de uma reserva biológica ou de uma estação ecológica [...].

*Assegurar condições de bem-estar público:* A hipótese é aberta para o exercício do poder discricionário da Administração.<sup>27</sup>

Vale lembrar que a proteção das restingas também já está prevista no artigo 4º do Código Florestal como área de preservação permanente.

Quanto às faixas entorno de rodovias, como destacou o autor citado, é uma hipótese que não guarda relação com a preservação da biodiversidade, pelo contrário, há um índice cada vez maior de mortes de animais por atropelamento. Pesquisas apontam que somente num final de semana, na rodovia BR 174, foram encontrados 18 animais mortos em um trecho de apenas 57 quilômetros e, segundo o patrulheiro da polícia rodoviária federal Wilson Santos, ao longo de sete meses foram encontrados 456 (quatrocentos e cinquenta e seis)

---

<sup>27</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvim de. *A propriedade no direito ambiental*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.213-214. (grifos do autor).

animais mortos<sup>28</sup>, o que representa mais de dois animais mortos por dia, somente na área por ele patrulhada.

Portanto, não obstante a previsão legal da possibilidade de criação de áreas de preservação permanente por ato administrativo do chefe do Poder Executivo, esta disposição legal é de pouca utilidade prática.

### 3.3. Áreas urbanas de preservação permanente

A propriedade urbana, segundo o artigo 182 da Constituição Federal, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Ainda que o mencionado artigo não faça menção expressa à proteção ambiental no cumprimento da função social da propriedade urbana, isto não significa sua inexistência. José Afonso da Silva enfatiza que as áreas urbanas são parte integrante do meio ambiente artificial, um dos aspectos do meio ambiente e, como tal, o ordenamento territorial urbano deve ser elaborado de forma inter-relacionada com o direito ambiental.<sup>29</sup>

Neste sentido, a Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade – ressalta a importância do meio ambiente equilibrado nos centros urbanos, determinando que, na execução da Política Urbana, sejam estabelecidas normas de ordem pública e interesse social que regulem o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (artigo 1º, parágrafo único).

---

28 TOMIE, Thais. Aumenta o número de animais mortos nas rodovias de MT: há maldade. Disponível em: <http://www.24horasnews.com.br/index.php?tipo=ler&mat=374226>. Acesso em: 20 ago. 2012.

29 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 3.

Ao elaborar seus Planos Diretores ou Leis Orgânicas Municipais, devem os Municípios adequar-se às diretrizes gerais estabelecidas no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), dentre as quais se destacam a proteção do meio ambiente através de ordenação do solo para evitar a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição e a degradação ambiental (artigo 2º VI, “f” e “g”).

O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) fala expressamente em função social da cidade e propriedade urbana (Art. 2, *caput*) e traça como diretrizes desta função social o saneamento ambiental, atendimento ao interesse social, crescimento sustentável, ordenação do solo para evitar poluição e desastres ambientais, adoção de padrões de consumo e produção compatíveis com a sustentabilidade ambiental, assim como proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e cultural (artigo 2º, incisos I, III, IV, VI “g” e “h”, VIII e XII, respectivamente).

O artigo 21, XX, da Constituição Federal, reza que à União cabe estabelecer as diretrizes gerais sobre o desenvolvimento urbano e, em seu artigo 30, I e VIII, atribui aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local e promover o adequado ordenamento territorial. Assim, o *caput* do 4º, do Código Florestal, estabelecendo uma diretriz geral, dispõe que as áreas de preservação permanentes ali estabelecidas são aplicáveis igualmente em zonas rurais ou urbanas e o § 10 do citado dispositivo legal dispõe que as faixas marginais de cursos d’água que delimitem áreas de faixa de passagem de inundação serão disciplinadas pelos Planos Diretores e Leis Orgânicas Municipais. As faixas de passagem de inundação são constituídas por áreas previstas no plano diretor, que sofrem limitação total de uso, diante de sua localização por constituírem uma faixa de expansão da calha do rio. Em nosso clima tropical temos perio-

dicamente o chamado período das águas, em que as enchentes ocorrem provocando inundações. Tais áreas são impróprias para o uso, especialmente para habitação em razão dos graves riscos que podem impor aos seus ocupantes. O mencionado fenômeno climático ocorre quase que anualmente na cidade de São Paulo, onde a expansão urbana descontrolada não respeita limites de natureza, ocupando faixas marginais dos rios Tietê e Pinheiros. As águas saem das respectivas calhas e provocam inundações de graves e sérias consequências. O mesmo ocorre no chamado *Jardim Pantanal*, na cidade de São Paulo, onde o próprio nome já indica que a área pode se transformar em um verdadeiro pântano.

Isto implica na obrigação de os municípios respeitarem os limites legalmente estipulados nas alíneas do inciso I, do artigo 4º, do Código Florestal, para as áreas de preservação permanente, visando evitar a degradação das matas ciliares e a impermeabilização das áreas de várzea e das encostas de morros.

Estas áreas, entretanto, foram devastadas nos centros urbanos, o que levou a reiteradas calamidades públicas devidas a enchentes, inundações e deslizamento de morros com soterramento de pessoas. A supressão das áreas preservação permanente nos centros urbanos gera um elevado custo social e financeiro às populações afetadas pelos desastres ambientais, que, via de regra, são de baixa renda.

O custo social e financeiro atinge, igualmente, toda a população, haja vista as elevadas quantias gastas pelo Poder Público para recuperar as áreas atingidas. Assim, temos que a proteção das áreas de preservação permanente, em especial topos e encostas de morros e margens de rios, é primordial, sobretudo nos centros urbanos, onde os impactos do dano ambiental incidem diretamente na vida humana. Basta lembrar que, no início de 2011, o Estado do Rio de Janeiro foi vítima de enchentes e des-

lizamento de morros, em especial nas cidades de Teresópolis, Nova Friburgo e Petrópolis, que contabilizaram mais de 900 (novecentas) mortes de seres humanos, além de vários desaparecidos.<sup>30</sup>

É expressamente previsto na Lei 12.651/2012 a incidência das áreas de preservação permanente nas áreas urbanas e, quando da tentativa do projeto de lei que deu origem à Lei 10.931/2001 [dispõe sobre incorporações imobiliárias] de afastar a aplicabilidade dos dispositivos do Código Florestal nas áreas urbanas e de expansão urbana (artigo 64), o dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, por inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público.

Outro ponto que merece relevo é a limitação que deve ocorrer em áreas utilizadas por antigos lixões ou aterros sanitários que, por não sofrerem nenhuma limitação, acabam sendo loteadas ou invadidas, transformando-se em área residencial. A imprensa mostrou a tragédia no Morro do Bumba, em Niterói<sup>31</sup>, ocorrida em 8 de abril de 2010. Mais de duas centenas de pessoas morreram soterradas sob toneladas de lixo, em razão do deslizamento de área onde havia um antigo lixão que era ocupada por centenas de moradias. Neste caso, tanto o Município, quanto o órgão ambiental estadual deveriam ter impedido a ocupação de tais áreas, que deveriam trazer a informação de área contaminada averbada à margem da matrícula dos imóveis, o

---

30 Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/numero-de-mortos-na-regiao-serrana-ja-passa-de-900>. Acesso em: 28 mar. 2012.

31 Pelo menos 200 pessoas estão soterradas no deslizamento que atingiu o Morro do Bumba no Cubango, em Niterói, na Região Metropolitana no Rio, na noite de quarta-feira (8). A informação é do coronel Pedro Machado, subsecretário de Defesa Civil, que não diz não haver mais expectativa de encontrar pessoas com vida. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL1561566-5606,00-HA+AO+MENOS+SOTERRADOS+NO+MORRO+DO+BUMBA+DIZ+SUBSECRETARIO+DE+DEFESA+CIVIL.html>. Acesso em: 10 jul. 2012.

mesmo ocorrendo com todos os imóveis que se encontram em áreas contaminadas. Neste sentido foi o entendimento da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo quando conclui que:

**Meio ambiente – área contaminada. Publicidade registral. Restrições ambientais. Averbação – numerus apertus**

REGISTRO DE IMÓVEIS – Cadastramento de áreas contaminadas sob a responsabilidade da CETESB, qualificado com presunção de veracidade e legalidade, própria dos atos da Administração Pública – Interesse público que envolve a referida matéria ambiental e que impõe amplitude de informação – Segurança jurídico-registral, estática e dinâmica, que reclama concentração da notícia de contaminação, oficialmente declarada, no fólio real – Integração do Registro Predial na esfera da tutela ambiental – Admissibilidade da publicidade registral de áreas contaminadas por substâncias tóxicas e perigosas, por averbação enunciativa de “declaração” ou “termo” emitido pela Cetesb – Inteligência do artigo 246 da Lei de Registros Públicos.<sup>32</sup>

O plano diretor deve aprofunda-se na avaliação das questões ambientais, aplicando o princípio da prevenção em sua plenitude, de modo a assegurar o direito a um meio am-

---

32 Consulta conhecida, com resposta positiva. (Processo CG nº 167/2005, São Paulo, com parecer emitido em 20/04/2006, aprovado em 02/05/2006 e publicado no D.O.E. em 12/06/2006. Em *Boletim Eletrônico Irib* nº 2.482, enviado em: 12/06/2006.

biente ecologicamente equilibrado, capaz de assegurar não apenas o direito à vida, mas o direito à vida com qualidade.

#### **4. Áreas consolidadas em áreas de preservação permanente**

O Código Florestal deu tratamento diferenciado ao que denominou de área rural consolidada, estabelecendo medidas e percentuais diferentes dos previstos para os imóveis em geral.

Considera-se área rural consolidada “área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agro-silvipastoris”.<sup>33</sup>

Foi estabelecido um limite de intervenção humana em áreas de preservação permanente e reserva legal até 22 de julho de 2008. A prova da situação consolidada é admitida por meio de documentos, tais como a descrição de fatos históricos de ocupação da região, registros de comercialização, dados agropecuários da atividade, contratos e documentos bancários relativos à produção, e por todos os outros meios de prova em direito admitidos. É o previsto no artigo 68, § 1º da Lei Nº. 12.651/2012. Dentre os outros meios de prova em direito admitidos, pode-se, desde já, indicar fotografias antigas, levantamentos aerofotogramétricos e imagens do Google Earth.

Foi autorizada a continuidade de atividades agro-silvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural.

Quanto às metragens e distância, ficou estabelecido como parâmetro para imóveis rurais que possuam áreas consolidadas em áreas de preservação permanente a recomposição de faixas com cobertura floresta de:

---

33 Artigo 2º, inciso IV, da Lei nº. 12.651, de 25 de maio de 2012.

a) Com área de até 1 (um) módulo fiscal, em 5 (cinco) metros;

b) Com área maior de 1 (um) e, no máximo até 2 (dois) módulos fiscais, em 8 (oito) metros;

c) Com área maior de 2 (dois) e, no máximo até 4 (quatro) módulos fiscais, em 15 (quinze) metros<sup>34</sup>;

d) Com área superior a 4 (quatro) módulos fiscais será obrigatória a recomposição das respectivas faixas marginais, conforme determinação do Plano de Recuperação Ambiental-PRA, observado o mínimo de 20 (vinte) e o máximo de 100 (cem) metros, contados da borda da calha do leito regular.<sup>35</sup>

O PRA será instituído, por ato do Chefe do Poder Executivo, no prazo de um ano, prorrogável por uma única vez por igual período. Dessa forma, os parâmetros para a área de preservação permanente serão definidos por decreto, observado o mínimo de 20 e o máximo de 100 metros.

A redução das áreas de preservação permanente em áreas consolidadas até julho de 2008 representou um retrocesso na proteção dos recursos naturais, por diminuir, em alguns casos drasticamente, as faixas inicialmente previstas.

As áreas de preservação permanente, especialmente a faixa marginal nas margens dos rios constituíam verdadeiros filtros representando um escudo de defesa da qualidade da água dos cursos d'água que protegiam.

---

34 BRASIL, Lei 12.651 de 25 de abril de 2012, Artigo 61-A, §§ 1º, 2º e 3º.

35 a) Esta hipótese foi decorrência de veto apostado pela Senhora Presidenta da República, que vetou o inciso I e deu nova redação ao inciso II, do § 4º do Artigo 61-A, cuja modificação foi feita por meio da Lei N. 12.727 de 17 de outubro de 2012.

#### 4.1. Lagos e lagoas naturais

Os imóveis rurais que possuam áreas consolidadas em áreas de preservação permanente, no entorno de lagos e lagoas naturais, poderão manter atividades de natureza agrossilvipastoris, de ecoturismo ou turismo rural.

Apesar de admitir a prática de tais atividades, a nova legislação exige a recomposição de faixa marginal com largura mínima de:

- I - 5 (cinco) metros, para imóveis rurais com área de até 1 (um) módulo fiscal;
- II - 8 (oito) metros, para imóveis rurais com área superior a 1 (um) módulo fiscal e de até 2 (dois) módulos fiscais;
- III - 15 (quinze) metros, para imóveis rurais com área superior a 2 (dois) módulos fiscais e de até 4 (quatro) módulos fiscais; e
- IV - 30 (trinta) metros, para imóveis rurais com área superior a 4 (quatro) módulos fiscais.<sup>36</sup>

No caso de áreas rurais consolidadas em veredas será obrigatória a recomposição da área de preservação permanente, a partir do espaço brejoso e encharcado, com largura mínima de trinta metros para imóveis rurais com área de até quatro módulos fiscais e de cinquenta metros para os imóveis com área superior a quatro módulos fiscais.<sup>37</sup>

---

36 Artigo 61-A, inciso § 6º, com redação dada pela N. 12.727 de 17.10.12.

37 A Lei n. 12.727/12, em seu artigo 1º-A, inciso XII conceituou vereda como: “fitofisionomia de savana, encontrada em solos hidromórficos, usu-

Artigo 61 – A.

[...]

§ 8º. Será considerada, para os fins do disposto no caput e nos §§ 1o a 7o, a área detida pelo imóvel rural em 22 de julho de 2008.

§ 9º. A existência das situações previstas no caput deverá ser informada no CAR para fins de monitoramento, sendo exigida, nesses casos, a adoção de técnicas de conservação do solo e da água que visem à mitigação dos eventuais impactos.

§10º. Antes mesmo da disponibilização do CAR, no caso das intervenções já existentes, é o proprietário ou possuidor rural responsável pela conservação do solo e da água, por meio de adoção de boas práticas agronômicas.

§11º. A realização das atividades previstas no caput observará critérios técnicos de conservação do solo e da água indicados no PRA previsto nesta Lei, sendo vedada a conversão de novas áreas para uso alternativo do solo nesses locais.<sup>38</sup>

Um ponto controvertido no Código Florestal revogado dizia respeito a pequenos lagos, reservatórios, pesqueiros etc., onde era exigida a área de preservação permanente. O atual Código com a redação dada pela Lei n. 12.727/12, em seu artigo 4º, § 4º, prevê a inexistência de tal faixa marginal nas acumulações naturais ou artificiais de água com superfície in-

---

almente com a palmeira arbórea *Mauritia flexuosa* - buriti emergente, sem formar dossel, em meio a agrupamentos de espécies arbustivo-herbáceas”;

38 BRASIL, Lei n.12.651 de 25 de abril de 2012.

ferior a 1 (um) hectare. Veda, no entanto, nova supressão de áreas de vegetação nativa, salvo autorização do órgão ambiental competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama.

É importante destacar que as regras de transição, nos termos do § 8º, do Artigo 61-A, da Lei N. 12.727/2012, considerarão a área detida pelo imóvel rural em 22 de julho de 2008. Quaisquer alterações posteriores, como fracionamento, e desmembramento, que excedam às medidas previstas excluirão os imóveis de tal enquadramento.

## **5. Indenização ao proprietário de áreas de proteção permanente**

As limitações ao direito de propriedade decorrentes de áreas de preservação permanente por disposição legal não são indenizáveis, por serem de limitações gerais e abstratas, por circunstâncias da própria natureza, atingindo a todos que possuem propriedades naquelas situações, indiscriminadamente. “É firme a jurisprudência do STJ sobre a indenizabilidade, como regra, das Áreas de Preservação Permanente, já que não passíveis de exploração econômica direta.”<sup>39</sup>

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é que as limitações impostas por lei tornam a área insusceptível de exploração econômica; logo, não há o que ser indenizado ao titular do domínio.

As limitações ambientais são decorrentes da função social do imóvel, cujo dever do seu cumprimento é estabelecido pela própria Constituição Federal, em razão dos atributos naturais

---

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 146.356/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 28 ago. 2009, DJe de 15 dez. 2009.

da propriedade, sendo estes impostos por lei, indiscriminadamente e, de modo geral e abstrato, assim, não se confundem com desapropriação indireta.

Em contrapartida, as limitações impostas por ato administrativo atingem imóveis determinados não somente por seus atributos naturais, mas também por vontade do chefe do Poder Executivo; logo, não é viável igual entendimento. Assim:

Nestes casos, em que a limitação ao livre gozo da propriedade não for medida de caráter geral por circunstâncias da natureza, ou melhor, em que haja apenas o sacrifício de um ou de alguns, privados da melhor posse que constituía o direito persistente e suprimido apenas pelo ato do Poder Público, este deve desapropriar ou indenizar os direitos sacrificados.<sup>40</sup>

Como as áreas de preservação permanente instituídas por ato administrativo do Poder Público não são gerais, alcançando apenas determinados proprietários e impedindo-os da utilização de seu bem, estas não podem ser consideradas meras limitações administrativas, mas sim interdição do direito de propriedade, sendo, portanto, indenizáveis.

Assim dispõe a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo,

---

40 PEREIRA, Osny Duarte; Apud MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 705.

contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela administração pública. A proteção jurídica dispensada às coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o *dominus* venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes. A jurisprudência do STF e dos tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. Precedentes. A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si – considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade –, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário. A norma inscrita no art. 225, § 4º, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado

pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5º, XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis a atividade estatal.<sup>41</sup>

A indenização, tal qual a desapropriação, deve observar o verdadeiro e atual valor de mercado da área atingida pelo ato administrativo, sendo vedado que constitua enriquecimento ilícito do proprietário, ou que lhe cause prejuízo.

#### 5.1. Pagamento por serviços ambientais-PSA

Um tema que vem recebendo atenção é o relativo ao pagamento por serviços ambientais.

As florestas e outros recursos naturais prestam importantes serviços à manutenção do equilíbrio ambiental em geral e especialmente na conservação e melhoria dos ecossistemas, assegurando o êxito de atividades econômicas em setores agropecuários e na manutenção da qualidade de vida da população em geral.

A natureza oferece inúmeros benefícios aos seres humanos e aos setores produtivos os quais não são valorados por não integrarem os fatores de produção. O valor do *capital da natureza* ainda é pouco conhecido e nada valorado na formulação final de preços, resultando em uma falha de mercado.

---

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 134.297, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 13 jun. 1995, DJ de 22 set. 1995.

A produção agrícola em geral deixa impactos profundos na natureza; no entanto, os benefícios prestados pelo meio ambiente conservado não recebem nenhuma retribuição ou valorização pelo mercado.

O atual Código Florestal, pela primeira vez, fala em pagamento por serviços ambientais, ao estabelecer, em seu artigo 41, que o Poder Executivo federal é autorizado a instituir programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, que estimule a adoção de práticas de agricultura sustentável, conciliando a produtividade agropecuária e florestal com a redução de impactos ambientais.

O mencionado artigo 41 autoriza o pagamento ou incentivo a serviços ambientais como meio de estimular as atividades de conservação e melhoria de ecossistemas que entre outras, resultem em:

- a) o sequestro, a conservação, a manutenção e o aumento do estoque e a diminuição do fluxo de carbono;
- b) a conservação da beleza cênica natural;
- c) a conservação da biodiversidade;
- d) a conservação das águas e dos serviços hídricos;
- e) a regulação do clima;
- f) a valorização cultural e do conhecimento tradicional ecossistêmico;
- g) a conservação e o melhoramento do solo;
- h) a manutenção de Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito.<sup>42</sup>

Ainda considera outras formas de remuneração, como obtenção especial de créditos agrícolas, seguro agrícola em condições melhores que as praticadas no mercado, isenção do

---

42 BRASIL, Lei 12.651, de 25 de abril de 2012, artigo 41, I.

Imposto sobre Propriedade Territorial Rural-ITR, gerando créditos tributários, destinação de parte dos recursos obtidos com a cobrança pelo uso da água para a manutenção ou recuperação de áreas de preservação permanente e de reserva legal na bacia de geração da receita, linhas de financiamento para recuperação de áreas degradadas, isenção de impostos para os principais insumos e equipamentos para recuperação de áreas de preservação permanente e de reserva legal, além de vários outros incentivos creditícios.

O pagamento por serviços ambientais representa um significativo avanço na proteção de terras privadas.

O Brasil possui um dos mais rigorosos sistemas jurídicos no que se refere à proteção de terras privadas, especialmente por conta da exigência de proteção de áreas de preservação permanente e da manutenção das áreas de reserva legal.

É necessário lembrar que milhões de pessoas vivem na Amazônia e que boa parte das terras pertence a particulares, que têm direito de utilização de parte das mesmas. A Amazônia é a maior prestadora de serviços ambientais do Planeta. O pagamento por serviços ambientais poderá representar um grande instrumento para manutenção da floresta em pé.

O Mundo tem que pagar pelos serviços ambientais das florestas tropicais, especialmente da Amazônia.

Vale ressaltar que o estabelecimento de novas metas de redução de emissões pós Protocolo de Quioto traz, entre as hipóteses cogitadas, o pagamento por serviços ambientais, que poderá resultar em um grande incentivo para redução do desmatamento e, até mesmo, a criação de novas áreas de floresta.

## **6. Alteração e supressão de áreas de preservação permanente em casos excepcionais**

As áreas de preservação permanente têm como característica primordial a imutabilidade. Conforme exposto, preservação pressupõe proteção integral dos atributos naturais. Aliás, não fosse imutável não seriam de preservação permanente.

Esta regra, contudo, não é absoluta. Antes mesmo da reforma do Código Florestal, a Lei 4.771/65 já admitia, excepcionalmente, supressão de áreas de preservação permanente em artigo 3º, §§ 1º e 2º, e artigo 4º, com redação dada pela Medida Provisória 2.166-67/2001. Esta Medida Provisória foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.540/DF, proposta pelo Procurador Geral da República, no intuito de declarar a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal acrescentado pela mesma.

O pleno do Supremo Tribunal Federal, por sete votos a dois, no entanto, decidiu pela constitucionalidade da Medida Provisória 2.166-67/01 e manutenção do texto do artigo 4º e seus parágrafos, autorizando, obedecidos os requisitos legais, alteração e supressão nas áreas de preservação permanente por autorização ou licença administrativa.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que a reserva de lei inscrita no artigo 225, § 1º, III da Constituição Federal diz respeito somente a alteração e supressão do regime jurídico aplicado aos espaços territoriais especialmente protegidos, porém, não se aplica quando se tratar de execução de obras ou serviços a serem realizados naqueles espaços territoriais:

Alteração e supressão do regime jurídico a eles  
pertinente – Medidas sujeitas ao princípio

constitucional da reserva de lei – Supressão de vegetação em área de preservação permanente – Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial.<sup>43</sup>

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.540 conferiu ao Poder Executivo de qualquer dimensão na estrutura federativa

[...] o poder discricionário para autorizar a supressão de vegetação de preservação permanente, ressaltando que a validade do ato estaria condicionada à observância de todos os princípios norteadores do Direito Administrativo.<sup>44</sup>

Assim é que a Lei 12.651/2012, que instituiu o novo Código Florestal, expressamente ressalva possibilidades de intervenção ou supressão em áreas de preservação permanente, não só nos citados artigo 4º, §§ 5º e 6º e, artigo 5º, § 1º, mas também nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social, ou de baixo impacto ambiental, nos termos do seu artigo 8º, e para obtenção de água por pessoas e animais, além de ati-

---

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 1 set. 2005, DJ de 03 fev. 2006.

44 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvim de. *A propriedade no direito ambiental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 231.

vidades consideradas de baixo impacto ambiental, conforme dispõe seu artigo 9º.

Deve-se ressaltar que as intervenções ou supressões nas áreas de preservação permanente são condicionadas ao prévio licenciamento ambiental, salvo nos casos urgentes de atividades relativas à segurança nacional ou, à defesa civil para prevenção de acidentes ambientais nos centros urbanos (Art. 8º, § 3º, Lei n. 12.651/2012).

As intervenções em áreas de preservação permanente protetoras de nascentes, dunas ou restingas, no entanto, somente será autorizada em casos de utilidade pública (Art. 8º, § 1º, Lei 12.651/2012).

Por utilidade pública entendem-se as atividades de defesa nacional, de proteção sanitária, obras de infraestrutura, de saneamento, de gestão de resíduos, de telecomunicações e radiodifusão, de competição esportiva, da defesa civil, atividade de mineração, salvo extração de areia, argila, saibro e cascalho (Art. 2º, VIII, “a”, “b”, “c”, “d”, Lei 12.651/2012).

Serão consideradas, igualmente, como de utilidade pública, quaisquer atividades ou obras similares às acima mencionadas, desde que inexista alternativa técnica e locacional que permita que sejam feitas em local distinto das áreas de preservação permanente e sejam devidamente motivadas em procedimento administrativo próprio (Art. 2º, VIII, “e”, Lei 12.651/2012).

A intervenção nas áreas de preservação permanente de restingas e manguezais somente será autorizada nas áreas urbanas, nos locais onde a função ecológica do manguezal esteja comprometida para execução de obras habitacionais e de urbanização em que existam projetos de regularização fundiária de interesse social para populações carentes (Art. 8º, § 2º, Lei 12.651/2012).

Por interesse social entendem-se as atividades de proteção e preservação da vegetação nativa, de exploração agroflorestal sustentável em pequenas propriedades ou posse rural familiar, desde que mantenha a função ambiental e cobertura vegetal da área, infraestrutura pública para esporte, lazer e cultura em áreas consolidadas, regularização fundiária de assentamentos de população de baixa renda, instalação de captação de água e efluentes tratados essenciais às atividades desenvolvidas no empreendimento e atividades ou obras similares às mencionadas, desde que inexistam alternativa técnica e locacional que as permita que sejam feitas em local distinto das áreas de preservação permanente e sejam devidamente motivadas em procedimento administrativo próprio (Art. 2º, IX, “a” a “g”, Lei 12.651/2012)

O Código Florestal, outrossim, elenca no artigo 3º, X, as atividades consideradas de baixo impacto ambiental e, portanto, possíveis de intervenção em áreas de preservação permanente:

[...] X - atividades eventuais ou de baixo impacto ambiental:

- a) abertura de pequenas vias de acesso interno e suas pontes e pontilhões, quando necessárias à travessia de um curso d’água, ao acesso de pessoas e animais para a obtenção de água ou à retirada de produtos oriundos das atividades de manejo agroflorestal sustentável;
- b) implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e efluentes tratados, desde que comprovada a outorga do direito de uso da água, quando couber;

- c) implantação de trilhas para o desenvolvimento do ecoturismo;
- d) construção de rampa de lançamento de barcos e pequeno ancoradouro;
- e) construção de moradia de agricultores familiares, remanescentes de comunidades quilombolas e outras populações extrativistas e tradicionais em áreas rurais, onde o abastecimento de água se dê pelo esforço próprio dos moradores;
- f) construção e manutenção de cercas na propriedade;
- g) pesquisa científica relativa a recursos ambientais, respeitados outros requisitos previstos na legislação aplicável;
- h) coleta de produtos não madeireiros para fins de subsistência e produção de mudas, como sementes, castanhas e frutos, respeitada a legislação específica de acesso a recursos genéticos;
- i) plantio de espécies nativas produtoras de frutos, sementes, castanhas e outros produtos vegetais, desde que não implique supressão da vegetação existente nem prejudique a função ambiental da área;
- j) exploração agroflorestal e manejo florestal sustentável, comunitário e familiar, incluindo a extração de produtos florestais não madeireiros, desde que não descaracterizem a cobertura vegetal nativa existente nem prejudiquem a função ambiental da área;

k) outras ações ou atividades similares, reconhecidas como eventuais e de baixo impacto ambiental em ato do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA ou dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente.<sup>45</sup>

Assim, não obstante a característica de imutabilidade das áreas de preservação permanente, nestas são possíveis, excepcionalmente, alterações ou supressões de vegetação, quando se tratar de obra, plano, atividade ou projeto de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental e desde que autorizado e licenciado pelo órgão ambiental competente, salvo se expressamente dispensado o licenciamento.

Frisa-se que as intervenções referidas acima só podem ser realizadas mediante autorização/licença ambiental que, no entanto, é ato precário, podendo, a qualquer tempo, ser revogada (súmula 473 do Supremo Tribunal Federal).

A Resolução CONAMA n.º 369/2006, que regulamenta as excepcionais intervenções ou supressões em Área de Preservação Permanente, deve ser lida e limitada pelas disposições legais insculpidas na Lei 12.651/2012, continuando válidas, portanto, suas regras que não afrontem as disposições da nova lei.

Para as intervenções em nascente, a autorização fica condicionada à outorga do direito de uso de recurso hídrico (art. 1º, §3º, Resolução CONAMA 369/06), havendo necessidade de procedimento administrativo autônomo e prévio, no âmbito do processo de licenciamento ou autorização do órgão ambiental competente (artigos 2º e 4º, Resolução CONAMA 369/06), desde que por interesse público.

---

45 BRASIL, Lei n. 12.651 de 25 de abril de 2012.

As intervenções nas áreas de preservação permanente para atividades de plantio de espécies nativas permanecem autorizadas independentemente de autorização do Poder Público (artigo 6º, Resolução CONAMA 369/06).

As intervenções em áreas de preservação permanente consideradas de baixo impacto ambiental poderão ser autorizadas em qualquer ecossistema (artigo 10, Resolução CONAMA 369/06).

Destaca-se, igualmente, na Resolução CONAMA 369/06, a possibilidade de intervenção ou supressão de áreas de preservação permanente para atividade mineraria, que é considerada de interesse público pelo Código Florestal, porém, desde que em locais estranhos às nascentes, veredas, manguezais e dunas originalmente providas de vegetação e, ainda, mediante apresentação de Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA, dentre outras exigências elencadas no seu artigo 7º.

## **7. Recomposição da flora em áreas de preservação permanente.**

Os imóveis onde haja ocupação de áreas de preservação permanente, consolidadas até 22 de julho de 2008, deverão recuperá-las nas proporções e medidas estabelecidas no Código Florestal, conforme foi demonstrado retro.

O artigo 61-A do Código Florestal autoriza a continuidade de atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural consolidadas até 22 de julho de 2008, assim como a manutenção de residências e de infraestrutura existente para apoio de tais atividades<sup>46</sup>.

---

46 Brasil, Lei 12.651 de 25 de abril de 2012, Artigo 61-A, § 12.

Um ponto de permanente conflito na aplicação do Código florestal dizia respeito à existência de residências e infraestrutura utilizada nas atividades agrossilvipastoris, edificadas em áreas de reserva legal, como casas, galpões, currais e maternidades para suínos. O novo Código resolve definitivamente tal questão admitindo a existência de tais equipamentos desde que não estejam em área que ofereça risco à vida ou à integridade física das pessoas.

Os imóveis que não possuam áreas de preservação permanente nos limites estabelecidos pela nova legislação deverão promover a sua recomposição.

Na recomposição das áreas de preservação permanente os proprietários poderão adotar, isolada ou conjuntamente, uma das seguintes alternativas: condução de regeneração natural de espécies nativas ou plantio de espécies nativas. No caso de pequena propriedade ou posse familiar rural prevista no inciso V, do artigo 3º do Código Florestal, será ainda admitido o plantio de espécies nativas conjugado com a condução de regeneração natural de espécies nativas, ou plantio intercalado de espécies lenhosas perenes ou de ciclo longo, exóticas com nativas de ocorrência regional em até 50% da área total a ser recomposta.<sup>47</sup>

A recomposição por regeneração natural será admitida quando as condições técnicas do solo e do imóvel assim o indicarem. Tal possibilidade será decorrente de uma avaliação técnica do órgão ambiental que irá examinar a qualidade do solo, a existência de fertilidade, sementes, enfim dos recursos naturais necessários à germinação de sementes acumuladas ao longo do tempo. Inicialmente irão surgir gramíneas, arbustos, árvores pioneiras e, após algum tempo, teremos a floresta recomposta.

---

47 Artigo 61-A, § 13, do Código Florestal.

O proprietário deverá inscrever seu imóvel no CAR, Cadastro Ambiental Rural, e apresentar um plano de recuperação ambiental, o qual será objeto de uma avaliação técnica e, uma vez aprovado, poderá ser implementado e dar-se-á a regularização ambiental do imóvel.

## **8. Considerações finais**

O pós-positivismo aliou direito e justiça, contemplando direitos fundamentais que coexistem e conflitam, tal como é o caso do direito de propriedade e direito ambiental.

O mundo reclama aumento de produção de alimentos e o Brasil é o país mais preparado para dar esta resposta. A produtividade agrícola e pecuária é vital para a economia nacional; no entanto, os recursos naturais são finitos e o Brasil, assim como é, também uma potência agropecuária, o Brasil é uma potência ambiental, portador de diversos ecossistemas, de diversidade ambiental, água e florestas intocadas.

Assim foi que, a partir da Constituição Federal, o sistema jurídico promoveu a aproximação do direito à economia e da função social da propriedade junto com a previsão de espaços ambientais especialmente protegidos. O Estado se legitima a intervir na propriedade privada, criando institutos para a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como é o das Áreas de Preservação Permanente.

Estes institutos de limitação ambiental ao direito de propriedade servem à promoção do equilíbrio ambiental, sem rechaçar o uso do imóvel. A limitação ao direito de propriedade não pode extinguir esse direito do ser humano; que é fundamental assim, o legislador ordinário reformou o Código Florestal, que datava de 1965, modernizando esta lei

ao conferir tratamento isonômico substancial às pequenas propriedades rurais, viabilizando ao seu titular o direito de dela desfrutar e tirar seu sustento, através de regras especiais de recomposição e previsão de áreas consolidadas, que equilibram os direitos de propriedade e ambiental. Ainda neste sentido, o Código Florestal e a Resolução CONAMA nº 306 preveem possibilidades excepcionais de intervenção e produção em áreas de preservação permanente.

A grande controvérsia na discussão do Código Florestal foi a autorização de uso em atividades agrossilvipastoris em parte das áreas de preservação permanente originariamente previstas no Código revogado. Tal entendimento acabou vencedor adotando o Código uma postura que representou retrocesso na proteção de áreas de preservação permanente ao anistiar proprietários rurais que ocuparam mencionadas áreas por meio de um drástico redução em sua dimensão.

Um ambicioso programa vai ser iniciado em nível nacional com a criação do CAR – Cadastro Ambiental Rural e do Programa de Regularização Ambiental-PRA.

A infraestrutura necessária para atividades de ecoturismo, turismo rural, agrossilvipastoris, de moradia poderão permanecer em áreas de preservação permanente, desde que não estejam em áreas que ofereçam riscos à vida ou à integridade física das pessoas.

As intervenções ou supressões nas áreas de preservação permanente são condicionadas ao prévio licenciamento ambiental, salvo nos casos urgentes de atividades relativas à segurança nacional, ou à defesa civil, para prevenção de acidentes ambientais nos centros urbanos.

O Brasil mantém o mais completo sistema de proteção de terras privadas do mundo, no qual o público e o privado se encontram para promover a preservação de áreas signifi-

cativas, como as áreas de preservação permanente que prestam serviços ambientais imprescindíveis à manutenção da vida com qualidade.

Diante dos benefícios prestados pelos serviços ambientais é razoável que os proprietários rurais sejam compensados por tais serviços. O pagamento por serviços ambientais representará uma importante ferramenta para o estímulo e fortalecimento das atividades de conservação de terras privadas.

O pagamento por serviços ambientais aos proprietários de florestas, em clímax como a Floresta Amazônica e a Mata Atlântica, farão com que elas valham mais em pé que derubadas, estimulando seus proprietários a conservá-las.

O Mundo tem que pagar pelos serviços ambientais prestados pelas florestas naturais como a Floresta Amazônica.

A sustentabilidade, sem dúvida, é fortalecida através de estímulo aos proprietários preservarem os atributos naturais do seu imóvel, como é o caso dos pagamentos por serviços ambientais.

## Referências

Associação de Comércio Exterior do Brasil – AEB: Brazilian Foreign Trade Association. Disponível em: <http://www.aeb.org.br/userfiles/file/AEB%20-%20Radiografia%20Com%20C3%A9rcio%20Exterior%20Brasil.pdf>. Acesso em 14 ago. 2012.

BARBIERI, José Carlos. *Desenvolvimento e meio ambiente: as estratégias de mudanças da agenda 21*, 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, p. 19. Disponível em: [http://www.fempapr.org.br/userfiles/file/texto\\_principios\\_constitucionais\\_barroso.pdf](http://www.fempapr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf). Acesso em: 25 out. 2012.

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste C. L. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- DCI- São Paulo. in: FETAEP – Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado do Paraná Disponível em: [http://www.sistemafaep.org.br/arquivos/Codigo\\_Florestal\\_2.pdf](http://www.sistemafaep.org.br/arquivos/Codigo_Florestal_2.pdf). Acesso em: 16 ago. 2012.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvim de. *A propriedade no direito ambiental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FILIPPI, Eduardo Ernesto. Evolução econômica e institucional do setor primário no Brasil: Em direção ao desenvolvimento rural?, in: <http://www.ufrgs.br/pgdr/arquivos/598.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2012.
- FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, in: [http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf). Acesso em: 16 ago. 2012.
- FRANCO, Luciana. O Brasil discute como produzir e preservar. *Revista Globo Rural*: a tecnologia que dá vida ao solo. Edição 320, de junho de 2012.
- GLOBO. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL1561566-5606,00-HA+AO+MENOS+SOTERRADOS+NO+MORRO+DO+BUMBA+DIZ+SUBSECRETARIO+DE+DEFESA+CIVIL.html>. Acesso em: 10 jul. 2012.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MATEO, Ramón Martín. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Editorial Trivium, 1991. V.1.
- MCGOURTY, Christine. Cientista britânico prevê ‘catástrofe’ mundial em 2030 com aumento da população. Disponível em: [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/03/090319\\_catastrofe2030\\_ba.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/03/090319_catastrofe2030_ba.shtml). Acesso em: 13 ago. 2012.
- NETO, Antonio José de Mattos. *Estado de direito agroambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REVISTA GLOBO RURAL. *A tecnologia que dá vida ao solo: o Brasil discute como produzir e preservar*, Edição 320, de junho de 2012.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*, 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A ideologia da conflituosidade ambiental. In: GALI Alessandra (Coord.). *Direito socioambiental*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 137.

\_\_\_\_\_. O direito ambiental e a função social da propriedade. Disponível em: [http://www.mpes.gov.br/anexos/centros\\_apoio/arquivos/10\\_2079163011662010\\_O%20direito%20ambiental%20e%20a%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20da%20propriedade1.htm](http://www.mpes.gov.br/anexos/centros_apoio/arquivos/10_2079163011662010_O%20direito%20ambiental%20e%20a%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20da%20propriedade1.htm). Acesso em: 18 ago. 2012.

TOMIE, Thais. Aumenta o número de animais mortos nas rodovias de MT: há maldade Disponível em: <http://www.24horasnews.com.br/index.php?tipo=ler&mat=374226>. Acesso em: 20 ago. 2012.

VEJA. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/numero-de-mortos-na-regiao-serrana-ja-passa-de-900>. Acesso em: 28 mar. 2012.

WALDMAN, Maurício. *O Estado de S. Paulo*, p. H7, 28 de set. 2011.

ZAFALON, Mauro. Agronegócio dos EUA perde espaço na China. *Folha de S. Paulo*, p. B5, 24.02.2012.

# COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS ENTRE UNIDADES DO MESMO GRUPO ECONÔMICO

---

Heleno Taveira Torres

## 1. Considerações introdutórias

A questão suscitada propõe-se como busca de uma solução para o problema tormentoso da compensação de tributos entre unidades de um mesmo grupo econômico, com o propósito de pagamento de débitos próprios com créditos acumulados de terceiros, no caso, de tributos não cumulativos, como o são as contribuições ao PIS/Cofins, tomadas aqui como nosso campo de exame das nossas proposições. Questão polêmica e que só pode vir resolvida a partir de uma análise contextualizada de distintos aspectos, haja vista a confusão conceitual instalada no nosso ordenamento pela legislação e, principalmente, pela jurisprudência.

O enfrentamento do problema merece uma evidente compreensão dos seus contornos, delimitado exclusivamente pelos “acúmulos de créditos”, decorrentes do sistema não cumulativo, e sensibilidade para conferir solução a esse problema decorrente das repercussões geradas pelo princípio da não cumulatividade, ao diferenciar o regime geral aplicável a sociedades unitárias e a necessidade de um modelo para sociedades integradas em grupos, para os quais a demarcação do

que sejam “débitos próprios” ou “créditos de terceiro”, entre si, é sempre muito relativa.

Para conferir um tratamento harmônico e bem definido à matéria, deve-se ter em mente alguns pressupostos fundamentais. O *primeiro* aspecto a ser considerado é o dever de uma revisão hermenêutica da definição – fundamentalmente individualista – de “sujeito passivo”, contida no Código Tributário Nacional – CTN, não atualizada ao longo dos seus 40 anos, que já não se coaduna com fenômenos societários complexos, como são os grupos de empresas (o que somente surgiu no Brasil com a Lei nº 6.404/76); o *segundo*, da acomodação entre as regras societárias vigentes, cada vez mais voltadas ao tratamento da concentração ou consolidação da vida econômica das empresas, e aquelas regras e efeitos de natureza tributária, ainda excessivamente formalista ou baseada numa espécie de *praticabilidade* que não respeita o dever de observância do princípio de capacidade contributiva e verdade material (art. 145, § 1º, da CF); o *terceiro*, de uma distinção necessária entre situações completamente diferentes, como são o “abatimento de créditos do regime não cumulativo”, “compensação de tributos” (como gênero), compensação como meio de efetivar a repetição de indébito e o “ressarcimento” de créditos, quando não são aproveitados no sistema interno de compensação da pessoa jurídica sujeita ao princípio da não cumulatividade; e o *quarto*, de composição das duas condicionantes anteriores ao cumprimento dos valores constitucionais do princípio da *não cumulatividade*, que não pode ser amesquinhado com restrições cabíveis à *repetição do indébito* ou às *compensações* de tributos em geral. Todos os nossos esforços concentrar-se-ão no exame dessas hipóteses aqui discriminadas, que se interpenetram e interagem de modo totalmente complementar.

Determinar, com precisão, a distinção entre *débitos próprios* ou *créditos de terceiros*, deverá envolver três aspectos de análise, um *subjetivo*, um *procedimental* e outro *objetivo*. Pelo *subjetivo*, as empresas que são consolidadas em um mesmo grupo econômico e tanto mais aquelas consideradas como subsidiárias integrais, que concorrem para o resultado econômico global, muitas vezes com participações societárias entre si, não podem ser tratadas como pessoas autônomas e isoladas, para os efeitos de abatimento de créditos não cumulativos, cuja função é justamente aquela de proporcionar *neutralidade econômica* nas relações entre empresas e evitar verticalizações ou mesmo deformações do mercado. Em termos *procedimentais*, “compensações” de tributos não se podem confundir com ressarcimentos de créditos (devolução de acúmulos de créditos) ou, ainda, com o próprio abatimento de crédito não cumulativo (compensação não cumulativa). E, em termos *objetivos*, quanto à natureza dos créditos, pois os *créditos de tributos não cumulativos* não têm a mesma natureza dos créditos decorrentes de tributos indevidos (repetição de indébito e precatórios), devoluções várias (ações judiciais, incentivos fiscais ou mesmo com o ressarcimento em dinheiro dos acúmulos de crédito que foram aproveitados ao longo de certo período).

É compreensível a luta da Administração Fazendária contra os excessos e abusos de contribuintes; em muitos casos de aproveitamento de créditos de terceiros, mas não se pode generalizar, pelo *procedimento* (compensação, repetição de indébito, ressarcimento, abatimento dos créditos não cumulativos) ou pelo gênero do que se entenda por *terceiros* (pessoas independentes, pessoas vinculadas, mesmo grupo econômico e outros).

Quanto ao aspecto *subjetivo*, não se pode manter na interpretação da legislação tributária o espírito isolacionista da sujeição passiva, como aquela que se vê na regra de bloqueio adotada para proibir compensações de débitos próprios com créditos de terceiros, que não se coaduna com os novos modelos de vínculos societários ou de apuração de haveres consolidados dos grupos, por normas societárias cada vez mais orientadas à prevalência da substância sobre a forma.

Quando se trata de solidariedade ativa, formada entre as unidades do grupo, para aproveitamento dos créditos apurados, assume-se um instrumento de indubitosa importância para a extinção do crédito tributário e simplificação do sistema de compensação e até mesmo o do ressarcimento, que é sempre um modelo que representa um desembolso financeiro por parte do Erário.

É indubitoso que, numa estrutura de grupo, a diferença entre *débitos próprios* e *créditos de terceiros* dilui-se e torna-se algo de difícil demarcação, situação que leva as empresas a uma inequívoca insegurança jurídica e grave repercussão patrimonial sobre o fluxo de caixa dos “créditos” que possui quando essa realidade não se acomoda ao regime tributário que lha acompanha.

A limitação das *compensações a débitos próprios* tem cabimento e deve ser mantida e aplicada, mas quando se trata de tributos entre si, não para o abatimento de créditos não cumulativos, para os quais a Constituição consagra o dever de restituição obrigatória, como medida de neutralidade tributária na ordem econômica como um todo. Dessa disposição, mesmo que não se extraia dela tudo o quanto deveríamos, ao menos o que se espera é que ocorra uma efetiva devolução dos créditos por meio de procedimentos expeditos e menos onerosos, o que ressarcimento (em dinheiro) ou

compensações limitadas não podem atender, quando se trata de grupos de empresas, no âmbito das empresas que o compõem.

Está-se diante de extinção do débito tributário próprio com créditos de terceiros, mas não quaisquer créditos, senão aqueles que deveriam ser naturalmente compensados, porque antecipadamente pagos à Fazenda Pública, mas que excederam o volume de débitos do contribuinte com o mesmo tributo, na economia interna do mesmo grupo. Em vista disso, a diferenciação de tratamento dos créditos das contribuições PIS/Cofins, quanto à não cumulatividade que a Constituição determina, não se coaduna com qualquer limitação de transferência de créditos, confundido com “compensações” (art. 74, da Lei nº 6.404/76). Por conseguinte, é imperioso examinar com atenção o regime de não cumulatividade no qual se insere o abatimento de créditos.

## **2. A não cumulatividade das contribuições ao PIS/COFINS e o regime dos excessos de créditos**

O regime *não cumulativo*, como previsto pelas Leis nº 10.684/03 e 10.833/03, para as contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, foi introduzido na Constituição a partir da Emenda constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, que acresceu o § 12, ao art. 195, da CF, informado pelos valores que ordenam a *neutralidade tributária* ao longo de cadeias de tributos *plurifásicos*, como meio de se evitar o efeito *cumulativo* dos tributos sobre os preços.

Como é sabido, no mesmo período, a Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto 2002, já estava em vigor e havia introduzido sistemática não cumulativa para apuração da base de

cálculo das Contribuições ao PIS/PASEP, com alíquota de 1,65%, logo convertida na Lei nº 10.637, de 11 de janeiro de 2003, modificada posteriormente pelas Leis nº 10.684/03, 10.833/03 e 10.865/04, além de outras. Quanto à COFINS, a não cumulatividade adveio com a Medida Provisória nº 135, de 30 de outubro de 2003, que estabeleceu, ademais, a alíquota da referida contribuição à base de 7,6%, posteriormente convertida na Lei nº 10.833/03, com as alterações da Lei nº 10.865/04 e outras.

É certo que existem diferenças de técnicas e nada impede que um tributo possa ter técnica distinta para chegar ao mesmo resultado. No modelo de IVA, fundado no “consumo”, a não cumulatividade decorre da coincidência do princípio do dever de *repercussão* àquele do dever de *dedução* do imposto pago nas operações anteriores, como crédito, para garantir o princípio de não cumulatividade em favor do último sujeito da cadeia plurifásica.<sup>1</sup>

Nesta fórmula, o tributo devido será o resultado da soma relativa a todas as operações de vendas ou prestações de serviços da empresa, na proporção das suas *atividades*, com a base de cálculo correspondendo ao “valor agregado” do bem (o aumento de valor dos produtos consumidos), seguida de liquidação mediante a dedução, autorizada por lei, dos *créditos* (haja vista a translação dos tributos pagos para a operação

---

1 BERLIRI, Antonio. *L'Imposta sul Valore Aggiunto*. Milano: Giuffrè, 1971, 310p.; COSCIANI, Cesare. *El Impuesto al Valor Agregado*. Buenos Aires: Depalma, 1969; LAURÉ, Maurice. *La Taxe sur la Valeur Ajoutée*. Paris: Sirey, 1953; \_\_\_\_\_. *Au secours de la T.V.A.* Paris: PUF, 1957; \_\_\_\_\_. *Traité de Politique Fiscale*. Paris: PUF, 1957; \_\_\_\_\_. *Science fiscale*. Paris: PUF, 1993; PLAGNET, Bernard. *La taxe sur la Valeur Ajoutée*. Paris: LGDJ, 1990; COMELLI, Alberto. *IVA comunitaria e IVA nazionale – contributo alla teoria generale dell'imposta sul valore aggiunto*. Padova: CEDAM, 2000; COSTA, Alcides Jorge. *ICM na Constituição e na lei complementar* Resenha Tributária, SP, 1978; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Manuel. *Impuesto sobre el Valor Añadido: operaciones sujetas*. Pamplona: Aranzadi, 1993.

seguinte), a considerar exclusivamente a) créditos decorrentes de matérias primas ou insumos em geral (créditos físicos) ou b) todos os créditos obtidos no período, pelo somatório de impostos pagos sobre operações ou tomadas de serviços anteriores (créditos financeiros).

A par deste dever de *dedução obrigatória dos créditos*, insere-se o princípio da *repercussão obrigatória*, para permitir encerrar a cadeia plurifásica que justifica o emprego da referida técnica, de sorte que, seja qual for a quantidade de sujeitos intervenientes no circuito, ao final, haja uma única proporção de incidência tributária, nos exatos limites da alíquota indicada, sem resíduos, a título de custos decorrentes do tributo. E, para apurar o *direito de crédito*, os ordenamentos geralmente elegem um dos seguintes modelos, o de “base contra base” ou o de “imposto contra imposto”. O primeiro considera a soma dos valores relativos às vendas em um certo período para confrontar com o resultado da soma dos produtos adquiridos no mesmo período, a compor a base de cálculo, pela diferença positiva que eventualmente seja encontrada, para então incidir a alíquota correspondente. Ao lado deste, o modelo de “imposto contra imposto”, que consiste em aplicar a alíquota sobre todas as vendas produtos ou prestações de serviços de um dado período; calculando-se, ao mesmo tempo, a totalidade do imposto pago por terceiros nas aquisições de produtos ou serviços que sejam custos de tais vendas. O imposto a pagar, nesse caso, será a diferença positiva eventualmente encontrada.

O modelo de *não cumulatividade* eleito pela Constituição brasileira, no caso do IPI e do ICMS, é uniforme quanto ao tratamento da plurifasia, ao exigir que seja “compensado” “o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores”, tanto para o IPI (art. 153, § 3º, II)

quanto para o ICMS (art. 155, § 2º, I). A Constituição fez, portanto, a opção pelo método que desejava fosse aplicado no caso dos referidos impostos.

Essa diretriz imperativa confere ao contribuinte o direito subjetivo de ser observado, em cada caso concreto de apuração da base de cálculo do tributo devido, o método de imposto contra imposto, para abatimento do imposto cobrado na operação anterior contra o imposto devido na operação seguinte, como forma de assegurar o cumprimento dos valores inerentes ao princípio de não cumulatividade e, por conseguinte, ao da capacidade contributiva.

Como bem acentua Eduardo Bottallo<sup>2</sup>:

A não cumulatividade é técnica que se volta contra a União, na medida em que cada incidência do imposto determina, inexoravelmente, o surgimento de uma relação de crédito, em favor dos contribuintes.

A expressão “compensando-se o que for devido” constante do texto constitucional (art. 153, § 2º, II) confere ao contribuinte, um direito de abatimento que serve de freio à ação do Poder Público, no caso deste pretender agir de modo a contrariar a Lei Maior, seja na instituição (ação legislativa), seja na cobrança (ação administrativa) do tributo em exame.

O direito ao crédito, nos tributos não cumulativos, no caso brasileiro, não se vê restringido pela Constituição a um necessário e efetivo “pagamento” do tributo por ocasião das

---

2 BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Fundamentos do IPI*. São Paulo: RT, 2002, p. 44;

operações anteriores, ao que descabe qualquer limitação a respeito. Isso significa que o direito ao crédito manter-se-á íntegro, ainda que o contribuinte não o tenha aproveitado oportunamente.

O abatimento é direito constitucional, portanto, cujo aproveitamento não perece pelo uso não tempestivo, mantendo-se com idêntica característica para que possa ser usado posteriormente, até o limite da prescrição ou da repetição o indébito, segundo a modalidade de lançamento tributário efetuado.

Em síntese, quando a Constituição prescreve que a “não cumulatividade realiza-se compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores”, outra não pode ser a assertiva, está a exigir a aplicação de um eficiente sistema de abatimentos, de deduções dos créditos apurados nas operações anteriores para compensação com as seguintes. E isso requer aquele somatório do dever de *repercussão* (a reclamar destaque em nota fiscal) com aquele dever de *dedução* do imposto pago nas operações anteriores, para garantir o princípio de não-cumulatividade em toda a cadeia plurifásica. Nada disso, porém, se aplica às contribuições ao PIS/COFINS. A Constituição não elegeu qualquer escolha prévia de método para coibir a cumulatividade na cadeia plurifásica. Deixou ao legislador escolher ordenar a base de cálculo pelos critérios de “base contra base”, de “imposto contra imposto” ou qualquer outro, como veremos.

O § 12, do art. 195, da CF, apenas regulou o regime geral de *não-cumulatividade* das contribuições que tenham como fato gerador e base de cálculo *receita* ou *faturamento*, mas sem formular qualquer ordenação de critérios para apurar a base de cálculo. Eis sua redação:

§12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas. (EC nº 42, de 19.12.2003).

Quanto à técnica de não cumulatividade a ser adotada, não lhe fizeram menção os § 12 e 13 do art. 195, da Constituição, a exemplo do que consta sobre IPI<sup>3</sup> (art. 153, § 3º, II) e ICMS<sup>4</sup> (art. 155, § 2º, I, CF). Por conseguinte, ficou livre o legislador para empregar aquela que melhor lhe convier, contanto que suficiente para eliminar ou reduzir a superposição de créditos tributários na cadeia da plurifasia, garantindo-se, assim, carga tributária suportável e menor impacto nos preços, mediante a garantia de não cumulatividade.

A ausência de uma regra determinante da técnica a ser utilizada, porém, não ilide o dever de fidedigna observância aos seus valores determinantes, como a eliminação da cumulação de tributos na cadeia plurifásica, além da garantia de eficácia vinculante para o tratamento diferenciado dos créditos decorrentes da não cumulatividade em face dos demais créditos tributários.

Como “princípio”, uma previsão constitucional de não cumulatividade ordena ao legislador que este adote necessária redução da cumulatividade na cadeia plurifásica, na forma de

---

3 Art. 153, § 3º - “O imposto previsto no inciso IV”: (...) II - “será não cumulativo, *compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores*”;

4 Art. 155, § 2º “O imposto previsto no inciso II, atenderá ao seguinte”: I - “será não cumulativo, *compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores* pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”.

típica cláusula pétrea que se adiciona à Constituição, como medida de tributação segundo a capacidade contributiva, em matéria de contribuições sobre receita ou faturamento, o que se soma aos direitos individuais protegidos pelo art. 60, § 4º, “d”, da CF, de tal modo que sequer outra Emenda à Constituição poderá modificar seu conteúdo. É que os métodos de progressividade, proporcionalidade e não-cumulatividade são técnicas em favor da capacidade contributiva, na graduação da carga tributária, como medidas de proteção do princípio que protege o direito de propriedade.

## 2.1 A não cumulatividade do PIS e da COFINS na legislação e o sistema de “base contra base” (imperfeita)

Prescreve o art. 1º, das Leis nº 10.833/03 e 10.684/03, que a *base de cálculo* da COFINS e da Contribuição ao PIS é o valor do *faturamento* mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

A técnica de apuração *não cumulativa* da base de cálculo das aludidas contribuições alheou-se dos modelos de não-cumulatividade por todos conhecidos e empregados na circulação plurifásica do IPI ou do ICMS, ao superar o regime de crédito escritural sobre o mesmo bem, pela preferência do sistema de “base contra base” (mesmo que imperfeito, por não levar em conta todas as possibilidades de abatimentos), limitando-se a determinar *descontos* (art. 3º, da Lei nº 10.833/03 e art. 15, da Lei nº 10.865/04) de pagamentos de tributos relativos aos elementos que ingressaram na sociedade empresária, cuja saída anterior motivou pagamento da Contribuição por outra sociedade que com eles tenha auferido receita ou faturamento. Trata-se de desconto

sobre o *valor de ingresso* e não sobre o de saída, a título de valor agregado ou equivalente.

Quanto à determinação da *base de cálculo*, em se tratando da *não cumulatividade*, exige-se a apuração de duas bases de cálculo a partir da segunda etapa da cadeia de circulação: a de formação da prestação tributária (i) e a de apuração dos créditos a serem descontados (ii). Desse modo, como se vê, a opção técnica do legislador foi claramente influenciada pelo método de “base sobre base” (imperfeita).

Cada pessoa jurídica apura sua base de cálculo, afastadas as exclusões legais, mediante dedução dos “descontos”, permitidos por lei, a partir de determinadas receitas. Desse modo, são efetuados dois cálculos: i) aquele de apuração dos descontos (permitido); e o outro, ii) de apuração da base de cálculo do débito da pessoa jurídica (obrigatório), resultante do total de receitas, excluídas as que a lei determina e operado o respectivo desconto permitido por lei.

Comprova-se pelo § 10, do art. 3º, da Lei nº 10.833/03, *verbis*: “O valor dos créditos apurados de acordo com este artigo não constitui receita bruta da pessoa jurídica, servindo somente para dedução do valor devido da contribuição”. Com isso, cada elemento passível de circulação sujeita-se a uma única incidência concreta, sem que se verifique qualquer espécie de “tomada de crédito”, para os fins de “compensação” ulterior, o que não afasta, por evidente a noção de acumulação de “créditos”.

O valor do “desconto” (créditos acumulados), cujo cômputo exige atendimento à legalidade em todos os seus contornos, por ser elemento integrante do dimensionamento da base de cálculo, deverá ser calculado segundo as regras previstas nos art. 1º a 3º, das Leis nº 10.833/03 e 10.684/03.

O *crédito acumulado* (descontos), em cada período, poderá ser abatido nas operações seguintes. Nesses casos, manda a Lei, aplica-se a alíquota do art. 2º (PIS: 1,65%; COFINS: 7,6%) aos fatores de despesas, encargos de depreciação e custos listados, no seu somatório do período. Após isso, para os fins de apurar a base calculada do débito da pessoa jurídica, da receita bruta mensal (exceto as exclusões), subtrai-se a base calculada dos descontos, encontrando-se, como resultado, a base de cálculo à qual se aplicará a “alíquota do débito”, para determinar o montante do tributo devido. Assim, a alíquota (conhecida como “de entrada”, terminologia que é uma espécie de *reflexo condicionado* do direito de crédito do IPI ou ICMS) a ser usada na apuração dos *descontos* (i) será a mesma alíquota (chamada “de saída”) a ser empregada na apuração do débito tributário (ii), pela determinação da *base de cálculo* (PIS: 1,65%; COFINS: 7,6%).

Este sistema de “base contra base” imperfeito, ao autorizar descontos de créditos, não necessariamente suficientes para eliminar a cumulatividade na cadeia plurifásica, mas bastante para mitigar suas consequências, foi a metodologia implementada pela legislação nacional para a não cumulatividade do PIS e da COFINS. Contudo, o acúmulo do crédito no período pode superar os limites dos tributos devidos, ao que se devem empregar outros recursos, como a “compensação” ou o “ressarcimento”, como veremos a seguir.

## 2.2 O excesso de créditos e a não cumulatividade funcional

O Regime de *abatimento* de créditos oriundos da não cumulatividade, nestes casos, não se encontra subordinado ao regime de devolução de tributos pagos indevidamente. Isso

não impede que se possa utilizar o instrumento da *repetição do indébito* para recuperar créditos dos tributos não cumulativos que não foram aproveitados na escrita fiscal, mediante “abatimento”, como autorizado por lei. Por isso, no caso dos tributos não cumulativos, deverá prevalecer o recurso ao método de abatimento para os fins de aproveitamento dos créditos e, só por exceção, o emprego da compensação, do ressarcimento ou da repetição de indébito.

De fato, o “abatimento”, i.e., a “dedução” do tributo não-cumulativo não tem a função *stricto sensu* de um procedimento de extinção do crédito tributário, como aquele da “compensação”, do art.170, do CTN. Ali, calcula-se o montante do *crédito acumulado* no período, relativo ao que fora pago em operações anteriores, e, agora, apresentado como moeda escritural, na conta-corrente fiscal, habilitado para um encontro de contas com os débitos tributários do mesmo período ou de períodos diversos, segundo a legislação de regência, para determinar a base de cálculo do tributo devido<sup>5</sup>; na “compensação de tributos (em geral), quando verificado o “pagamento indevido” ou de qualquer das hipóteses admitidas por lei, o contribuinte poderá usar do encontro entre créditos e débitos tributários recíprocos, como medida de extinção das obrigações tributárias.

O “excesso de crédito” dos tributos não cumulativos ocorre quando não se pode aplicar ao *crédito acumulado* o abatimento com os débitos do período, por serem, estes, inferiores ao montante do acumulado na forma de créditos.

O tratamento conferido aos excessos de créditos varia a cada tipo de tributo, mesmo que, a rigor, o regime não possa se afastar do dever fundamental de preservação da não cumulatividade e da capacidade contributiva.

---

5 Para uma ampla consideração, veja-se: NOVOA, Cesar Garcia. *La devolución de ingresos tributarios indebidos*. Madrid: IES-Marcial Pons, 1993, p. 104 e ss.

No caso do IPI, para solução do *excesso de créditos* adveio o art. 11, da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, para autorizar o uso do direito de créditos na *compensação* com outros tributos, nas condições que estabelece:

O saldo credor do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, acumulado em cada trimestre-calendário, decorrente de aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, aplicados na industrialização, inclusive de produto isento ou tributado à alíquota zero, que o contribuinte não puder compensar com o IPI devido na saída de outros produtos, poderá ser utilizado de conformidade com o disposto nos arts. 73 e 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, observadas normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

Esta disposição preferiu autorizar a *compensação*, nos termos dos art. 73 e 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, do saldo credor acumulado de IPI, inclusive de produto isento ou tributado à alíquota zero (i) e que o contribuinte não pôde compensar com o IPI devido na saída de outros produtos (ii). É fundamental verificar que o cabimento dessa medida só tem sentido porque, a tais créditos, reservava-se exclusivamente a forma ordinária de operacionalização do princípio de não cumulatividade, o que gerava diversas dificuldades com o acúmulo de créditos.

Quanto ao ICMS, segundo a LC nº 87/96, a legislação dos estados poderá dispor sobre prazos e condições para escrituração dos excessos de créditos (“saldo acumulado”), mesmo

que nunca como medida de seu impedimento. Daí os incisos do art. 24 dispõem sobre os termos da compensação, como consta do inciso III, “se o montante dos créditos superar os dos débitos, a diferença será transportada para o período seguinte”; devendo, os débitos e créditos, “ser apurados em cada estabelecimento, compensando-se os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados no Estado” (art. 25, caput).

E quanto aos créditos decorrentes das *operações de exportações* (art. 3º, II), sem qualquer restrição, mas declarando, de pronto, sua autoaplicabilidade, o § 1º, do art. 25, define as condições do seu aproveitamento, sem deixar qualquer margem de dúvida para sua apuração e efetividade, a saber:

§ 1º Saldos credores acumulados a partir da data de publicação desta Lei Complementar por estabelecimentos que realizem operações e prestações de que tratam o inciso II do art. 3º e seu parágrafo único podem ser, na proporção que estas saídas representem do total das saídas realizadas pelo estabelecimento:

I - imputados pelo sujeito passivo a qualquer estabelecimento seu no Estado;

II - havendo saldo remanescente, transferidos pelo sujeito passivo a outros contribuintes do mesmo Estado, mediante a emissão pela autoridade competente de documento que reconheça o crédito.

Como fica bem evidenciado, os Estados somente possuem autonomia para dispor em sentido diverso *nas demais hipóteses de saldos credores*. Logo, afastada aquela das exportações, cuja

eficácia é imediata e vinculante em todos os seus termos, somente nos demais casos de *saldos acumulados* Lei estadual poderá dispor diversamente (§ 2º, do art. 25), *in verbis*:

§ 2º Lei estadual poderá, nos demais casos de saldos credores acumulados a partir da vigência desta Lei Complementar, permitir que:

- I - sejam imputados pelo sujeito passivo a qualquer estabelecimento seu no Estado;
- II - sejam transferidos, nas condições que definir, a outros contribuintes do mesmo Estado.

Diante disso, vê-se atendido o requisito formal de transferência dos créditos a estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, ou, caso não os possua ou ainda eles sejam insuficientes, que possam ser transferidos a outros contribuintes, sempre no mesmo estado.

Assim, no regime do IPI, a *compensação* limita-se pela exigência de *débito próprio* e aquele do ICMS admite a transferência a outra pessoa jurídica.

Passemos agora à análise da legislação das contribuições ao PIS e COFINS, quanto ao regime dos excessos de créditos.

### 2.3 O excesso de créditos na não cumulatividade do PIS/COFINS

Conforme a IN nº 600/05, como espécies de devolução de tributos, temos a *restituição de tributos* (i), o *ressarcimento* (ii), e a *compensação de ofício* (iii) dos créditos tributários.

A *restituição de tributos*, prevista no art. 2º, da citada IN, coincide com as hipóteses de repetição de indébito previstas no art. 163, do CTN. Nestes termos, poderão ser restituídas

pela SRF as quantias recolhidas a título de tributo ou contribuição (bem como multa e de juros moratórios):

- I – cobrança ou pagamento espontâneo, indevido ou em valor maior que o devido;
- II – erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;
- III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

O *ressarcimento dos créditos*, por sua vez, é o procedimento pelo qual os créditos serão utilizados na dedução de débitos das respectivas contribuições, ou requer, para os créditos acumulados ao final de cada trimestre-calendário, o ressarcimento de referidos créditos em nome do estabelecimento que os apurou, e que também estabelece como utilizá-los na compensação de débitos próprios relativos aos tributos e contribuições administrados pela RFB.

Por meio da *compensação de ofício*, segundo o art. 34, da IN nº 600/05, o saldo remanescente de créditos poderá ser usado para pagamento de débito, ainda que parcelado, inclusive inscrito em Dívida Ativa da União, de natureza tributária ou não, ou de débito consolidado em parcelamento especial, mediante compensação em procedimento de ofício, sempre com a aquiescência do contribuinte, que terá prazo para manifestação expressa.

Como fica assentado, o *ressarcimento dos créditos não cumulativos* de modo algum pode confundir-se com a *compensação de ofício* ou mesmo com o procedimento a ser em-

pregado à *restituição de tributos*, em sentido lato, típico dos casos de repetição de indébito.

A não cumulatividade não é *benefício fiscal*, e tampouco a transferência de créditos a empresas do mesmo grupo econômico, um favor fiscal. São, sim, mecanismos técnicos que se complementam para garantia da desoneração da cadeia, na tributação do valor agregado, mediante redução do tributo aplicável sobre a economia de todo o grupo de empresa, sem qualquer privilégio. Uma típica formulação de *neutralidade tributária*.

O direito positivo deve criar e ordenar seus instrumentos segundo a técnica que melhor servir para que este possa realizar os valores projetados pela Constituição. O procedimento para recuperação do *saldo acumulado* (na forma de *excesso de créditos*) das contribuições, no exercício do direito potestativo de imputação dos créditos vencidos e vincendos, recebeu da Lei nº 11.116 de 18 de maio de 2005, pelo seu artigo 16, o tratamento que faltava, como medida de segurança jurídica quanto à efetivação do direito, mesmo que preambular, por não considerar a realidade dos grupos de empresas, no aproveitamento dos créditos não cumulativos, que não se confunde com as demais situações de “transferências de créditos” entre pessoas jurídicas.

No próprio âmbito do PIS/COFINS, os créditos só podem ser utilizados como desconto quando se tratar de receitas sujeitas à incidência não cumulativa. Tratando-se de contribuinte que possua também receita sujeita à incidência *cumulativa*, já não poderá utilizar aquele crédito (do regime não-cumulativo) remanescente com a finalidade de abater o seu montante do valor da Contribuição devida, de imediato. Poderá, sim, pleitear a compensação do saldo acumulado, mas não o abatimento, na forma de desconto.

No caso de créditos acumulados decorrentes da exportação, que não consiga utilizar até o final de cada trimestre, o contribuinte poderá solicitar o seu *ressarcimento* em dinheiro, limitadamente aos créditos relativos aos custos, despesas e encargos vinculados à receita de exportação.

O citado artigo prevê que ao abatimento do crédito das contribuições ao PIS e COFINS poderá ser feito de duas maneiras: mediante (i) compensação com débitos próprios, vencidos ou vincendos, de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal; ou ainda por meio de (ii) pedido de ressarcimento em dinheiro, nos termos de regulamentação.

E a redação do art. 16 da Lei nº 11.116/05 assim dispõe:

Art. 16. O saldo credor da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins apurado na forma do art. 3º das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, e do art. 15 da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004, acumulado ao final de cada trimestre do ano-calendário em virtude do disposto no art. 17 da Lei no 11.033, de 21 de dezembro de 2004, poderá ser objeto de:

I - compensação com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, observada a legislação específica aplicável à matéria; ou

II - pedido de ressarcimento em dinheiro, observada a legislação específica aplicável à matéria.

Essa legislação, e os demais procedimentos burocráticos gerados impuseram às empresas um procedimento de *restituição* excessivamente limitado. De imediato, o saldo acumulado, ao final de cada trimestre, somente pode ser eliminado por compensação (i) ou pelo ressarcimento (ii). Não se viu explicitada a transferência interna de créditos para pagamentos de tributos entre empresas do mesmo grupo, por meio de abatimento (iii). Esta, porém, entendemos como perfeitamente coincidente com um regime de solidariedade ativa das empresas do mesmo grupo econômico, pelo princípio de neutralidade decorrente do princípio de não cumulatividade e do próprio tratamento tributário que se deve empregar para os grupos societários.

### **3. Compensação e não cumulatividade das contribuições ao PIS/COFINS: entre débitos próprios e créditos de terceiros**

Permitir a devolução de tributos ou aproveitamento de créditos do regime não cumulativo com celeridade e correção é dever constitucional que se impõe, como efeito dos princípios de *eficiência administrativa*, de um lado; e de *capacidade contributiva*, do outro. Negar acesso a tal direito ou criar-lhe embaraços desnecessários significa o mesmo que impedir a eficácia dos princípios e limitações constitucionais e, dentre todos, no caso em apreço, o *princípio da não cumulatividade*.

O reconhecimento do direito à apropriação dos créditos do PIS/COFINS não cumulativo entre empresas do mesmo grupo econômico é um imperativo, como compensação de débitos próprios, que corrobora o que determinam os princípios de neutralidade e capacidade contributiva, os quais correspondem aos valores centrais da não cumulatividade,

aplicado ao grupo de empresas como unidade econômica e patrimonial.

Advém da Constituição o direito que toda pessoa tem à recomposição do seu patrimônio, o que não é diferente em matéria de tributos, e tanto mais esse direito reforça-se na espécie pelos reclamos de legalidade e igualdade postos como tutela dos indivíduos nas suas relações com o Fisco.

Faz parte do cumprimento das obrigações que estas possam ser extintas mutuamente por meio da compensação de créditos e débitos, na justa proporção em que coincidam, sem que nenhuma das partes precise desembolsar todo o valor da prestação devida<sup>6</sup>. Assim, o efeito da compensação, como lembra Dieter Medicus, “produz a extinção do crédito principal e da contraprestação, no que coincidem”<sup>7</sup>. Em termos equivalentes, o mesmo ocorre em matéria tributária, com as diferenças inerentes ao regime jurídico a ser empregado.

Atualmente, em países como Itália ou Alemanha, vê-se o superar das relações de restituições de tributos baseadas no autoritarismo administrativo, no qual aquelas eram tidas como indesejáveis e subalternas, na medida que o valor a ser preservado era a arrecadação a qualquer custo, com passagem para relações fundadas na confiança e participação dos cidadãos, entendendo-se que deve prevalecer o direito ao cumprimento da justa repartição de encargos, com base no princípio de capacidade contributiva, com um sistema de res-

---

6 Cf. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Reus, 1999, t. II, p. 156;

7 MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995, p. 133;

tuição eficiente, despido de limitações e baseado na imparcialidade e transparência.<sup>8</sup>

Ocorre que para os *tributos não cumulativos*, sujeitos a *lançamento por homologação*, quanto aos efeitos de reconhecimento dos respectivos créditos tributários, como dito acima, não carece o regime de “repetição do indébito”, por eles possuírem tratamento autônomo, quanto à modalidade de apuração dos saldos credores acumulados, para a imediata compensação ou, no caso de saldo remanescente – créditos acumulados –, com débitos vincendos do mesmo ou outro tributo, como no art. 11, da Lei nº 9.779/99 (para o IPI).

No que concerne ao direito ao crédito, na hipótese de tributos não cumulativos, na Jurisprudência do STJ (como pode-se verificar no RESP 665.252-SC) prevalece, corretamente, a verificação material *das hipóteses de aproveitamento de crédito, como decorrência do mecanismo da não cumulatividade* (mesmo que aplicável ao IPI, mas, *mutatis mutandis*, o sentido há de ser o mesmo para as contribuições PIS/COFINS).

A Jurisprudência do STF<sup>9</sup> de há muito demonstra distinguir a devolução de créditos de tributos não-cumulativos da repetição de indébito, ao não permitir aplicar o teor do art.

---

8 Para maior análise, cf.: MISCALI, Mario. *Il diritto di restituzione: dal modello autoritativo al modello partecipativo nel sistema delle imposte*. Milano: Giuffrè, 2004.

9 ICM. CREDITAMENTO DO VALOR DA ISENÇÃO. Tem entendido o Supremo Tribunal que o princípio da não cumulatividade visa a não permitir a tributação em cascata, o da superposição de cargas tributárias incidentes de operação para operação, na circulação de mercadorias. Se o produto e favorecido com isenção, na primeira operação, o valor desta há de ser deduzido na operação subsequente. O industrial importador da matéria-prima tem direito a se creditar do valor do imposto isento, não sendo necessária a demonstração de que o imposto foi ou não transferido ao consumidor, no preço do produto, uma vez que a sua dedução e da técnica da tributação. Recurso conhecido e provido em parte. (RE 106033-SP, STF, 2ª Tu., Rel. Min. Carlos Madeira. Julgamento: 22/04/1986).

166, do CTN, à matéria de apuração dos créditos, por duas considerações: i) nos limites das cautelas quanto ao efeito de repercussão, por afastar a necessária prova quanto à assunção do valor do tributo e que este não fora transferido ao contribuinte *de facto*; e ii) porque aceitar a lógica de repetição de indébito para tributos não cumulativos equivalia ao mesmo que permitir o recurso à “compensação” para a espécie sem lei que o autorizasse (à época).

A Jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça – STJ coincide com o afastamento do dever de comprovação da não transferência do ônus financeiro (art. 166, CTN), nas hipóteses de aproveitamento de créditos de IPI, no âmbito da não cumulatividade (Cf. RESP 496.114-RS, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ 13.10.2003; RESP 502.260-PR, 2ª Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 09.02.2004).

De modo lapidar, o STJ cumpre o mandamento constitucional, quanto à manutenção do tratamento inerente aos créditos dos tributos não cumulativos a recuperar diversamente de qualquer outra forma de repetição de indébito

---

Imposto sobre Circulação de Mercadorias. *Espécie que diz respeito a direito de crédito e não a restituição de indébito*. Direito a ser reconhecido, em referência aos cinco anos que precedem o ajuizamento da ação declaratória. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. (RE 105084-SP, STF, 1ª Tu., Rel. Min. Octavio Gallotti. Julgamento: 18/06/1985).

Tributário - ICM - Isenção. Creditamento. Mercadorias importadas para utilização, como matéria prima, pelo importador, em processo de industrialização. Isenção do ICM. Não é lícito cobrar, na operação subsequente, o valor do imposto que, não fora a isenção, seria devido. Creditamento para aproveitamento em operações subsequentes. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 101720-RJ, STF, 1ª Tu., Rel. Min. Oscar Corrêa. Julgamento: 19/06/1984).

Agravo regimental. ICM. *Hipótese que diz respeito a direito de crédito, e, não, a restituição do indébito*. Inexistência, pois, de negativa de vigência do artigo 166 do CTN, e de dissídio com a Súmula 546. Por outro lado, não cabe Recurso Extraordinário para simples reexame da prova (Súmula 279). Agravo a que se nega provimento. (AI-AGR 66577-PR, STF, 2ª TU, Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento: 09/04/1976).

(art. 165 e 166, do CTN). E verifica, tal distinção, como manda a própria Constituição, a partir dos fatos impositivos do imposto em questão.

Assim, *quanto ao modo de operacionalização*, deve-se separar a i) recuperação de quantias indevidamente recolhidas ao fisco (hipótese de repetição de indébito), ao que se pode aplicar a “compensação”; da ii) realização do direito de abatimento das somas pagas nas etapas anteriores de cadeias plurifásicas, no cumprimento do “princípio de não cumulatividade” (hipótese de dedução dos créditos).

Nesse modelo, os créditos que não puderam ser aproveitados na oportunidade da apuração da base de cálculo do tributo devido, em virtude de restrições administrativas, perdem a qualificação de “créditos escriturais”, mas não se despem da condição de créditos do regime não cumulativo, mesmo que sujeitos a reconhecimento judicial, para que daí possam ser compensados.

Somente a disponibilidade e voluntariedade do sujeito passivo sobre a apuração dos créditos, quanto à demonstração de provas e idoneidade destes, servem para caracterizar os chamados *créditos escriturais*. E só diante da oposição do Fisco à escrituração daqueles créditos nas contas gráficas da contabilidade da empresa, estes perdem a característica de “créditos escriturais”, mas não a de *créditos típicos de tributos sujeitos ao regime cumulativo*, passíveis de abatimento no sistema de dedução ordinário, quando assim reconhecidos judicialmente e afastados os óbices existentes. Por isso, no caso de excesso dos créditos, na primeira hipótese; ou dos créditos reconhecidos, na segunda, podem, os créditos, ser compensados com outros de quaisquer espécies, nos limites legais existentes.

## 2.2 A não cumulatividade do PIS e da COFINS no caso de créditos próprios com débitos de terceiros – limites administrativos para transferências que devem ser refletidos

O propósito de compensação dos créditos acumulados (excesso de créditos) do regime não cumulativo, de IPI, PIS e COFINS com *débitos próprios* dos mesmos tributos, entre conta corrente de empresas do mesmo grupo econômico, no limite da participação ou de forma plena, mediante dedução de créditos, merecem reflexões e atualizações de entendimentos.

Queremos insistir que abatimento de crédito de tributo não cumulativo não se confunde com “compensação”, conforme o art. 74, da Lei nº 9.430/96.

Para os fins de *compensação* (geral), de qualquer crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, contra qualquer débito de tributo ou contribuição administrado pela Receita Federal do Brasil, o contribuinte poderá usar dos créditos que possua, nos limites que estabelece a referida lei. E, nestes casos, nos termos do inciso II, do § 12, será considerada *não declarada* a compensação quando *o crédito seja de terceiros*, como definido pela Lei nº 11.051, de 2004.

O art. 170, do CTN, diz expressamente que a “a lei pode, nas condições que estipular” estatuir a *compensação*. A este propósito, a Lei nº 9.430/96, pelo seu art. 74, § 12, II, “a”, cumpre o papel estipulativo das *condições*, e as Leis nº 10.637/03 e 10.833/03, igualmente, o fazem quanto aos créditos remanescentes, ao autorizarem compensações dos créditos de PIS e de COFINS unicamente com *débitos próprios*.

Para os créditos (não cumulatividade) da Contribuição ao PIS, segundo o parágrafo primeiro do art. 5º, da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002:

Na hipótese deste artigo, *a pessoa jurídica vendedora poderá utilizar o crédito* apurado na forma do art. 3º para fins de: [...]

II - *compensação com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, observada a legislação específica aplicável à matéria*”.

E para os créditos da COFINS, Em seguida, veio a Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, cujo parágrafo 1º, do art. 6º, assim dispunha:

“Na hipótese deste artigo, a pessoa jurídica vendedora poderá utilizar o crédito apurado na forma do art. 3º, para fins de: (...)

II - *compensação com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, observada a legislação específica aplicável à matéria*”.

A “legislação específica” a que se referiam as leis citadas veio em seguida (na forma de Instrução Normativa) para estabelecer, então, duas orientações, uma quanto à compensação dos *créditos próprios* (art. 21) e outra, quanto aos *créditos de terceiros* (art. 40).

Para os *créditos próprios*, a legislação consagra a *compensação* e o *ressarcimento* de créditos, por força da Instrução Normativa nº 600, de 28 de dezembro de 2005, cujo art. 21 assim prescreve:

Art. 21 - Os créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins apurados na forma do art. 3º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e do art. 3º da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, que *não puderem ser utilizados na dedução de débitos das respectivas contribuições, poderão sê-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos*, relativos a tributos e contribuições de que trata esta Instrução Normativa, se decorrentes de:

I - custos, despesas e encargos vinculados às receitas decorrentes das *operações de exportação de mercadorias para o exterior*, prestação de serviços a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, cujo pagamento represente ingresso de divisas, e vendas a empresa comercial exportadora, com o fim específico de exportação”;

Para os *créditos de terceiros*, encontramos expressa vedação de *compensação de débitos do sujeito passivo*, por força do art. 40, da IN nº 600/05, nos seguintes termos:

Art. 40. É vedada a compensação de débitos do sujeito passivo, relativos aos tributos e contribuições administrados pela SRF, com créditos de terceiros.

Não resta claro, porém, o que se quer dizer com *débitos próprios*, ou com *créditos de terceiros*, matéria que foi transferida ao poder executivo, em discutível prejuízo ao princípio constitucional de *legalidade*, por se tratar de sujeito passivo (i) e extinção do crédito tributário (ii), ao mesmo tempo, ao que não se pode admitir alguma espécie de “norma tributária *em branco*”.

A Jurisprudência do STJ consagrou a aceitação de ato normativo infra-legal como suficiente para atender à autorização contida no final daqueles dispositivos legais: “observada a legislação específica aplicável à matéria”, além da respectiva vedação à utilização de terceiros para fins de compensação, como se pode confirmar na seguinte Ementa:

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. CRÉDITO DE TERCEIROS. CESSÃO DE CRÉDITOS SEM A PARTICIPAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL. NEGÓCIO JURÍDICO ENTRE PARTICULARES. 1. O § 12, II, a do artigo 74 da Lei n. 9.430 de 1996, *veda expressamente a utilização de créditos de terceiro para fins de compensação*. 2. O art. 123 do CTN nega validade aos negócios jurídicos entre particulares para produzir efeitos sobre os fenômenos da responsabilidade pelo pagamento de tributos. 3. A Lei n. 10637, de 2002, por seu art. 49, somente permite a compensação de débitos próprios do sujeito passivo com créditos seus. 4. *Não há lei autorizando a compensação tributária com crédito de terceiros*. Há, portanto, de se homenagear o princípio da legalidade. 5. No REsp 803.629, a Primeira

Turma assentou que a *cessão de direitos de créditos tributários só tem validade para fins tributários quando do negócio jurídico participa a Fazenda Pública*. Precedente: REsp 653553/MG, Rel. Denise Arruda. 6. Recurso da Fazenda Nacional provido para denegar a segurança, impedindo-se, conseqüentemente, a compensação tributária com créditos de terceiros”. (REsp 962096/RS Ministro JOSÉ DELGADO, 1ª Turma, Julgamento: 04/10/2007).

É bem verdade que o tratamento restritivo das compensações de débitos entre empresas do mesmo grupo nunca foi aceito de modo pacífico pelos contribuintes, como também é certo que as situações levadas a conhecimento do Judiciário sempre foram das mais diversas e nem sempre coincidentes com hipóteses de aproveitamento de créditos da não cumulatividade por empresas do mesmo grupo econômico, amparadas que estão pelos princípios de neutralidade, eficiência e capacidade contributiva. A própria matéria examinada no acórdão acima dizia respeito a crédito-prêmio de IPI, e, em muitas outras, cuida-se de precatórios ou hipóteses de repetição de indébito.

Desnecessário dizer que a regulamentação de qualquer ato que interfira com o exercício da não-cumulatividade, por se tratar de base de cálculo ou de contribuinte, há de ser exercida pela legalidade, como o faz o art. 149, ao citar expressamente a legalidade material (art. 150, I, da CF). Os regulamentos somente podem existir nos limites da legalidade, sem abertura para suprir espaços lacunosos, em atendimento ao princípio da hierarquia sistêmica.

E, assim, no que exorbitam as competências de regulamentação, instruções normativas não podem ser aplicadas no âmbito do direito brasileiro, enquanto não vierem sob a forma constitucionalmente adequada para tanto. Por isso mesmo, jamais uma instrução normativa poderia restringir o conceito de “débitos próprios”, para afastar os créditos de terceiros (pessoas jurídicas do mesmo grupo) sujeitos a *solidariedade ativa*, a partir dos efeitos de consolidação decorrentes do *grupo de empresas*.

Ademais, as transferências de créditos a terceiros, diferentemente do que foi fixado na Jurisprudência do STJ, não encontra obstáculo no art. 123, do CTN, ao limitar-se a um campo muito específico de tratamento. Vejamos sua redação:

Art. 123 - Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Ora, o que as partes, mediante *contrato*, não podem, quanto à *responsabilidade pelo pagamento de tributos*, é modificar “a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes”, salvo disposição legal em contrário. Na transferência de créditos, com o objetivo de abatimento de créditos não cumulativos, isso não ocorre, em nenhuma hipótese, pois os contribuintes são os mesmos e apenas são aproveitados os créditos acumulados que seriam naturalmente abatidos pelo seu detentor, se não fosse sua insuficiência temporária de débitos. E isso justifica-se plenamente no âmbito de um mesmo grupo de empresas, pelo

vínculo necessário entre as unidades e a coincidência de objetivos econômicos.

Em vista disso, é o nosso entendimento de que o art. 74, da Lei nº 9.430/96, não se poderia aplicar à espécie, como uma restrição à tomada de crédito de terceiros, para os efeitos de *compensação de débitos próprios*, pela limitada compreensão do que sejam “débitos próprios”, que deveriam alcançar os débitos de empresas do mesmo grupo econômico.

#### **4. A sujeição passiva e o aproveitamento dos créditos acumulados nos limites dos grupos de empresas**

Com fundamento em outros questionamentos, a jurisprudência do STJ tem se inclinado para não admitir confusão entre empresas do mesmo grupo, com base na *solidariedade*, por não se verificar interesse comum que motive tratamento equivalente suficiente, quanto ao *débito de tributos*.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMPRESA DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE PASSIVA. 1. *Inexiste solidariedade passiva em execução fiscal apenas por pertencerem as empresas ao mesmo grupo econômico*, já que tal fato, por si só, não justifica a presença do “interesse comum” previsto no artigo 124 do Código Tributário Nacional. Precedente da Primeira Turma (REsp 859.616/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 15.10.07). 2. Recurso especial não provido. (REsp 1001450/RS, STJ, 2ª Turma, 11/03/2008).

Esse entendimento, porém, necessita ser melhor explicado no que concerne ao lado “ativo”, quando empresas do grupo ocupam a condição de credoras de créditos acumulados em relação à Fazenda Pública.

O conceito de Grupo de sociedades pode abarcar toda e qualquer atividade empresarial organizada no seio de uma pluralidade de sociedades articuladas por participação societária, acompanhada de uma efetiva coordenação na gestão da atividade produtiva e no controle gerencial destas<sup>10</sup>.

Basicamente, o que confere autonomia e tipificação própria a um grupo é ser uma sociedade juridicamente independente, que tem por finalidade adquirir e manter ações de outras sociedades, com o objetivo de controlá-las. Seu objeto, segundo a própria Lei nº 6.404/76, art. 2º, § 3º, corresponde à participação em outras sociedades, como meio de realizar seu objeto social e o das demais, ter controle centralizado e unidade de gestão financeira.

Basta lembrar que, na atualidade, os investimentos qualificados como “relevantes” abarcam até mesmo a “influência significativa” ou o “controle comum”, como vê-se na Lei nº 6.404/76, com a redação dada ao art. 248, da Lei nº 11.638/2007, para justificar sua avaliação pelo método de *equivalência patrimonial*, como forma de manter atualizados no patrimônio líquido da investidora os resultados, prejuízos, lucros ou perdas sofridos pela sociedade investida. E a razão é evidente, pois “os conceitos de *patrimônio líquido* e de *capital próprio* representam o mesmo objeto – a quota-parte ideal de

---

10 LOVISOLO, Antonio. *Gruppo di impresa e imposizione tributaria*, Padova: CEDAM, 1985; \_\_\_\_\_. *L'imposizione dei gruppi di società: profili evolutivi*. In: UCKMAR, Victor (Coord.). *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano*. Padova: CEDAM, 2000, p. 313-53;

capital existente no ativo que é de *propriedade do titular do patrimônio*<sup>11</sup>, como sintetiza Bulhões Pedreira.

O “Grupo”, em geral, é uma unidade que oferece suporte técnico, administrativo, financeiro e outros, às respectivas sociedades que o compõe. *Independência jurídica* das sociedades entre si e *direção unitária* sobre estas formam as conotações básicas para a existência do Grupo. Assim, o grupo de sociedades apresenta-se, ao mesmo tempo, sob uma feição *una* e *plurima*<sup>12</sup>. *Una* porque é unitária a política econômica que tem interesse de organizar uma atividade em uma única direção gerencial e de fim econômico; porque única é a mente diretiva, a ação econômica e a fonte financeira das unidades coligadas e controladas. E é *plurima* porque composto de organizações autônomas, cada uma dotada de individualidade jurídica própria, distintos patrimônios e personalidades jurídicas.<sup>13</sup>

Em um sentido mais funcional, o “Grupo” dispõe-se, *economicamente*, como um centro de imputação para a maximização de lucros e a minimização de custos de transação (*transaction costs*); e, *juridicamente*, como um sistema unitário de decisões: *interno*, como instrumentalização de elementos jurídico-societários para a criação de superestruturas hierárquicas de controle sobre as controladas; e *externo*, como bloco uniforme perante a sociedade.

---

11 PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Finanças e demonstrações financeiras da companhia*: conceitos fundamentais, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 210.

12 FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 9. ed. Torino: UTET, 1993, p. 530;

13 A Lei nº 6.404/76, ao cuidar da *natureza* do grupo de sociedades, disciplina que “as relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas, serão estabelecidas na convenção do grupo, mas *cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos*.”

Quanto à ação exercida sobre as unidades, esta se realiza pelo *controle*, poder que transcende, inclusive, as prerrogativas da própria assembleia, órgão máximo de deliberações. Como diz Ferri<sup>14</sup>, o controle exprime uma particular posição através da qual um sujeito é capaz de fazer prevalecer a própria vontade sobre a atividade econômica de uma outra sociedade.

Atualmente, vários países já consideram o grupo de sociedades como uma entidade “autônoma”, com a exigência de *balanço consolidado*<sup>15</sup>, para os fins tributários, com o objetivo de melhor conhecer as conexões entre as unidades participantes, fato que enaltece a fisionomia do Grupo, com a consequente unificação dos ganhos e perdas de todas as empresas participantes.

No Direito Privado, o art. 264, do Código Civil, prevê que “há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”; e o art. 265, quanto aos efeitos de presunção, determina que “a solidariedade não se presume; resulta de lei ou da vontade das partes”. Esta regra, contudo, não define o conceito jurídico de solidariedade, tampouco esclarece seus princípios.

A *solidariedade* tributária não é algo que se aplica apenas no sentido passivo, mas pode, em matéria tributária, ser re-

---

14 FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 9. ed. Torino: UTET, 1993, p. 320;

15 A redação do *balanço consolidado* confere precípua unidade econômica e contábil ao “Grupo”, por se caracterizar pela dúplici condição da diversidade do titular (ou de sujeito jurídico) e pela comunhão de sujeito econômico com respeito às distintas empresas controladas. O *balanço consolidado* representa o instrumento contábil que oferta o testemunho de tal unidade econômica, superando a existência, sobre o plano jurídico, de uma pluralidade de autônomos sujeitos que mantenham, sempre, a sua autônoma relevância jurídica. A partir do mesmo, são observados os resultados totais alcançados pelas empresas, isoladamente, e pelo “Grupo”, *in totum*, para determinação do imposto devido;

clamada no seu sentido *ativo*, quanto à exigência dos créditos que lhe são de direito. E, nisto, ainda que para efeitos de exigibilidade de tributo, não se possa tolerar a *solidariedade* nos moldes como decidiu o próprio STJ (REsp 859.616/RS), o mesmo já não se pode dizer quanto à exigência de devolução de créditos, quando as partes podem, sim, alegar a solidariedade ativa.

Para a solidariedade, importa que a obrigação seja “divisível”. Se a prestação for do tipo das *indivisíveis*, não se podem operar os efeitos da solidariedade<sup>16</sup>. E Pontes de Miranda, nesse particular, faz-se esclarecedor:

Obrigações solidárias são duas ou mais obrigações independentes que somente têm em comum a satisfação do mesmo interesse. Quando o interesse está satisfeito, extinguem-se as obrigações solidárias.<sup>17</sup>.

Afirma ainda Pontes de Miranda, de modo contundente, que entre sujeitos solidários não há igualdade de conteúdos obrigatória,

porque o conteúdo pode ser diferente para as obrigações singulares. Os credores ou devedores estão unidos, por força de lei ou voluntariamente, porque têm todos o mesmo fim. O fim é que é comum. [...] Se não há o fim comum, solidariedade não há”.

---

16 PONTES DE MIRANDA, F. Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed., SP: RT, 1984, t. XXII, p. 317; Veja-se ainda: LUCARELLI, Francesco. *Solidarietà e autonomia privata*. Napoli: Jovene, 1970, p. 5 e ss.; VECCHIO, Giuseppe. *Le istituzioni della solidarietà*. Roma: ESI, 1998, 438 p.;

17 PONTES DE MIRANDA, F. Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXII, p. 319;

Na *solidariedade ativa*, importa aos credores exigirem, conjuntamente, créditos singulares de um ou mais devedores, em virtude do mesmo fim, em virtude da relação jurídica formada entre credores e devedores singulares, por coincidirem no mesmo fim.

No caso dos grupos de empresas, pode-se falar em *solidariedade ativa* em função do interesse econômico comum de eliminação dos resíduos de créditos, como forma de conferir neutralidade tributária, eficiência financeira da União e atendimento ao princípio de capacidade contributiva. O devedor, Estado, não pode concorrer com a vontade, até porque essa unidade de interesses é definida pela própria uniformidade de tratamento sobre os grupos de empresas.

A solidariedade prevista no art. 124, do CTN, é unicamente aquela de natureza “passiva”, que assim prescreve: “são solidariamente obrigadas: I - *as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal*; e II - *as pessoas expressamente designadas por lei*”. Como se verifica no inciso “I”, razão pela qual não se pode aplicar à espécie, quanto ao concurso ao abatimento dos créditos do regime não cumulativo.

Certo é que o CTN mais não fez do que recepcionar o conceito de “solidariedade passiva” do direito privado, alterando seus efeitos quanto às relações entre credor e devedores e afastando o regime de benefício de ordem, sem a ele adicionar elementos conceituais novos, cobrando, do mesmo modo, identidade de fato jurídico (causa do tributo) e fim (interesse) comuns. Confirma-o Aliomar Baleeiro: “o Código Tributário Nacional não diz em que consiste ou em que casos se manifesta a ‘interesse comum’. A lei tributária o dirá. Em princípio, os participantes do fato gerador. Na prática de ato jurídico ou negócio podem ser todas as partes, e disso há

exemplo no próprio CTN, arts. 42 e 66”. E ainda acrescenta: “A lei pode estender a solidariedade a terceiro sem aquele interesse comum”<sup>18</sup>, como é o caso do inciso II do citado artigo.

Como sabido, na estrutura de grupos, as entidades mantêm personalidade e patrimônios distintos. O Grupo de Sociedades é uma convenção pela qual as empresas se obrigam “a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns” (art. 265, da Lei 6404/76), e, apesar da exigência de que “cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos” (art. 266), há um necessário efeito de *solidariedade* entre elas (não solidariedade tributária), a justificar a existência do requisito de “débitos próprios”, como débitos comuns das entidades em face do Grupo, enquanto unidade econômica. A conclusão assumida coincide com experiências estrangeiras, que admitem a compensação de créditos do IVA entre entidades do mesmo Grupo, como ocorre na Itália (art. 73, do Dpr n. 633, de 1972, com atualização de 1997).

## 5. Considerações finais

Pessoas jurídicas que são consolidadas em um mesmo grupo econômico, e tanto mais aquelas consideradas como subsidiárias integrais, que concorrem para o resultado econômico global, muitas vezes com participações societárias entre si, não podem ser tratadas como pessoas autônomas e isoladas, para os efeitos de abatimentos de créditos de tributos

---

18 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro* (Anotado por Misabel de Abreu Machado Derzi). Rio de Janeiro: Forense, 11. ed., 1999, p. 728. Cf. FALCÓN Y TELLA, Ramón. La solidariedad tributaria. *Crónica tributaria*. Madrid: IEF, 1985, nº 50, p. 143.

não cumulativos, cuja função é justamente aquela de proporcionar *neutralidade econômica* nas relações entre empresas e evitar verticalizações ou mesmo deformações do mercado.

Não se pode manter na interpretação da legislação tributária o espírito isolacionista da sujeição passiva, como aquela que se vê na regra de bloqueio adotada para proibir compensações de débitos próprios com créditos de terceiros, que não se coaduna com os novos modelos de vínculos societários ou de apuração de haveres consolidados dos grupos, por normas societárias cada vez mais orientadas à prevalência da substância sobre a forma. Quando se trata de solidariedade ativa, formada entre as unidades do grupo, para aproveitamento dos créditos apurados, assume-se um instrumento de invidiosa importância para a extinção do crédito tributário e simplificação do sistema de compensação e até mesmo o do ressarcimento, que é sempre um modelo que representa um desembolso financeiro por parte do Erário.

Na estrutura de grupos, as entidades mantêm personalidade e patrimônios distintos, mas combinam recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns (art. 265, da Lei 6404/76). Neste sentido, há um necessário efeito de *solidariedade* entre elas (não solidariedade tributária), a justificar a existência do requisito de “débitos próprios”, como débitos comuns das entidades em face do Grupo, enquanto unidade econômica.

A não cumulatividade não é *benefício fiscal*, e tampouco a transferência de créditos a empresas do mesmo grupo econômico, um favor fiscal. São, pois, mecanismos técnicos que se complementam para garantia da desoneração da cadeia, na tributação do valor agregado, mediante redução do tributo aplicável sobre a economia de todo o grupo de empresa, sem

qualquer privilégio. Uma típica formulação de *neutralidade tributária*.

Jamais uma instrução normativa poderia restringir o conceito de “débitos próprios”, para afastar os créditos de terceiros (pessoas jurídicas do mesmo grupo) sujeitos a *solidariedade ativa*, a partir dos efeitos de consolidação decorrentes do *grupo de empresas*. Em vista disso, é o nosso entendimento de que o art. 74, da Lei nº 9.430/96, não se poderia aplicar à espécie, como uma restrição à tomada de crédito de terceiros, para os efeitos de *compensação de débitos próprios*, pela limitada compreensão do que sejam “débitos próprios”, que deveriam alcançar os débitos de empresas do mesmo grupo econômico.

A apropriação dos créditos do PIS/Cofins não cumulativos entre empresas do mesmo grupo econômico é um imperativo, como compensação de débitos próprios, que corrobora o que determinam os princípios de neutralidade e capacidade contributiva, os quais correspondem aos valores centrais da não cumulatividade, aplicados ao grupo de empresas como unidade econômica e patrimonial.

As hipóteses de reconhecimento podem variar, entre consultas ou processos administrativos, a partir da atuação jurídica da própria Empresa; como por meio de atos normativos expedidos pela própria Receita Federal do Brasil, na espécie de Instrução Normativa ou mesmo Ato Declaratório Interpretativo, para pleitear o reconhecimento como modalidade de “débitos próprios” daqueles surgidos entre empresas do mesmo grupo econômico.

## Referências

- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro* (Anotado por Misabel de Abreu Machado Derzi). 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BERLIRI, Antonio. *L'imposta sul valore aggiunto*. Milano: Giuffrè, 1971.
- BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Fundamentos do IPI*. São Paulo: RT, 2002.
- COMELLI, Alberto. *IVA comunitaria e IVA nazionale: contributo alla teoria generale dell'imposta sul valore aggiunto*. Padova: CEDAM, 2000.
- COSCIANI, Cesare. *El Impuesto al Valor Agregado*. Buenos Aires: Depalma, 1969.
- COSTA, Alcides Jorge. *ICM na Constituição e na lei complementar*. São Paulo: Resenha Tributária, 1978.
- FALCÓN Y TELLA, Ramón. La solidaridad tributaria. *Crónica tributaria*. Madrid: IEF, 1985, n. 50.
- FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 9. ed. Torino: UTET, 1993.
- FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. 9. ed. Torino: UTET, 1993.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Manuel. *Impuesto sobre el Valor Añadido: operaciones sujetas*. Pamplona: Aranzadi, 1993.
- LAURÉ, Maurice. *La Taxe sur la Valeur Ajoutée*. Paris: Sirey, 1953
- \_\_\_\_\_. *Au secours de la T.V.A.* Paris: PUF, 1957.
- \_\_\_\_\_. *Traité de politique fiscale*. Paris: PUF, 1957.
- \_\_\_\_\_. *Science fiscale*. Paris: PUF, 1993.
- LOVISOLO, Antonio. *Gruppo di impresa e imposizione tributaria*. Padova: CEDAM, 1985.
- \_\_\_\_\_. L'imposizione dei gruppi di società: profili evolutivi. In: UCKMAR, Victor (Coord.). *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano*. Padova: CEDAM, 2000.
- LUCARELLI, Francesco. *Solidarietà e autonomia privata*. Napoli: Jovene, 1970.

- MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995.
- MISCALI, Mario. *Il diritto di restituzione: dal modelo autoritativo al modelo participativo nel sistema delle imposte*. Milano: Giuffrè, 2004.
- NOVOA, Cesar Garcia. *La devolucion de ingresos tributários indebidos*. Madrid: IES-Marcial Pons, 1993.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Finanças e demonstrações financeiras da companhia: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- PONTES DE MIRANDA, F. Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, t. XXII.
- PLAGNET, Bernard. *La taxe sur la Valeur Ajoutée*. Paris: LGDJ, 1990.
- VECCHIO, Giuseppe. *Le istituzioni della solidarietà*. Roma: ESI, 1998.
- VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Reus, 1999, t. II.

# IMUNIDADE SUBJETIVA A IMPOSTOS: A SÚMULA 724/STF E A (IN)COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

---

Marlene Kempfer

Carlos Eduardo Corrêa Crespi

## 1. Introdução

Aos que militam no contencioso judicial, mormente nas instâncias superiores, será escusado afirmar que, muito antes da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, já estavam consolidadas as súmulas do Supremo Tribunal Federal (STF) com efeito vinculante, ao menos em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. Deveras, com o advento da Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, o relator “negará seguimento” – atenção para o tom imperativo – a recurso que, entre outras hipóteses, se mostre em manifesto confronto com súmula daquela Corte.

Tal como seus pares agora radicados no texto constitucional, a edição das súmulas (agora ordinárias) sempre teve por fim unificar a interpretação de dispositivos constitucionais pela Suprema Corte e, com isso, concretizar dois valores muito caros ao sistema processual, que são a segurança e a celeridade.

Embora consistam na atribuição de significado a determinado objeto, que são os textos constitucionais, a permitir, nessa medida, serem vistas apenas como uma linguagem de

sobrenível, esse caráter vinculante atribuído às súmulas do STF pela lei as eleva à condição de verdadeiras normas jurídicas. Assim, mesmo que passíveis de revisão ou cancelamento pelo próprio órgão, seus objetivos institucionais demandam-lhes permanência, e isso conduz a um efeito colateral que a pragmática não tem maiores dificuldades em confirmar: a eventual perenização do equívoco.

As preocupações deste estudo voltam-se, precisamente, à Súmula 724 do STF, segundo a qual “Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, ‘c’, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades”.

O verbete, aprovado em 26 de novembro de 2003, avaliza uma antiga inclinação jurisprudencial da Corte, aceita com incomum tranquilidade pela doutrina, de atribuir às regras que versam sobre as imunidades subjetivas a impostos um alcance generoso. Mesmo que utilizado por terceiro, o imóvel dos partidos políticos e de suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, e também das instituições de educação e de assistência social será imune ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) caso se preste a fomentar, com recursos, as atividades dessas pessoas.

Essa benevolência da Suprema Corte, contudo, deve resistir ao teste da coerência normativa. O dogma hermenêutico do legislador racional indica que a Constituição Federal não contém antinomias, isto é, não compraz com a fixação de condutas incompatíveis. Assim, entre duas possíveis significações de um mesmo texto de direito positivo, deve prevalecer aquela que melhor represente esse equilíbrio.

A pretensão deste artigo, pois, é suscitar algumas consequências que a Súmula 724 do STF pode ensejar e, a partir delas, submeter o entendimento cristalizado à prova.

## 2. As imunidades do art. 150, VI, “c” da Constituição Federal

Ao definir as competências da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a Constituição Federal apartou delas o poder de tributar, por meio de impostos, o patrimônio, a renda e os serviços, entre outros, dos partidos políticos e de suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, e também das instituições de educação e de assistência social (artigo 150, VI, alínea “c”).

Instituiu, com isso, as “imunidades subjetivas a impostos”, assim chamadas as normas de incompetência tributária que têm, em seu conseqüente, elemento diretamente ligado a características pessoais. Diferentemente das imunidades “objetivas”, que alcançam pessoas não por suas qualidades, mas porque relacionadas com determinados fatos, bens ou situações (como, por exemplo, a imunidade do artigo 150, VI, alínea “d”), as imunidades “subjetivas” alcançam pessoas por sua própria natureza jurídica.<sup>1</sup>

Embora se refira a riquezas que, de outro modo, seriam tributadas (o “patrimônio”, pelos impostos previstos nos artigos 153, VI e VII, 155, III e 156, I; a “renda”, pelo imposto anunciado no artigo 153, III; e os “serviços”, pelos impostos relacionados nos artigos 155, II e 156, III), a Carta

---

1 Cfr. CARRAZZA, Roque Antonio. *A imunidade tributária das empresas estatais delegatárias de serviços públicos* (Um estudo sobre a imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT). São Paulo: Malheiros, 2004. p. 21-22.

de outubro consignou que apenas o patrimônio, a renda e os serviços “relacionados com as finalidades essenciais” das pessoas imunes estariam apartados do poder impositivo (parágrafo 4º, do artigo 150). O dispositivo vem assim redigido:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre:

[...]

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

[...]

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c”, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Portanto, ao mesmo tempo em que excepcionou, apressou-se o constituinte em estabelecer os limites da exceção. Poderia ter calado e, com isso, abrir espaço para se crer que todo o patrimônio, toda a renda e todos os serviços das pessoas beneficiadas seriam imunes a impostos federais, estaduais, distritais e municipais. Entretanto, falou e, ao falar, o fez para restringir.

A questão, pois, não está em saber *se*, mas *em que medida* o patrimônio, a renda e os serviços devem estar relacionados

com as finalidades essenciais das pessoas imunes para que se ponham a salvo da tributação por impostos.

## **2. O caminho do STF até a Súmula 724 e os critérios positivados**

Mesmo antes da Constituição de 1988, a tributação, pelo IPTU, de imóveis cedidos pela entidade imune a terceiros vinha sendo afastada pela incidência das normas de imunidade tributária subjetiva. No Recurso Extraordinário (RE) nº 97.708/MG<sup>2</sup>, paradigmático no tema, a Suprema Corte se posicionou no sentido de que mesmo a cessão, onerosa ou não, da posse seria em tudo irrelevante para fins de limitação do poder tributário. Nas palavras do Ministro Aldir Passarinho, “o imposto predial onera o proprietário em razão de bem imóvel que este possui, sem qualquer relacionamento com a renda porventura dele auferida”, de maneira que bastaria o vínculo real com a pessoa eleita pelo constituinte para fazer incidir a norma de imunidade sobre o seu patrimônio, ainda que cedido a terceiro.

No RE nº 257.700/MG<sup>3</sup>, já sob a égide da nova ordem constitucional, a imunidade subjetiva a impostos sobre o patrimônio voltou a ser discutida. Cuidava-se, na ocasião, de saber se o imóvel de entidade assistencial utilizado na exploração de estacionamentos estaria, mesmo assim, desonerado da tributação municipal. A resposta foi positiva, e as razões do Ministro relator Ilmar Galvão foram estas:

---

2 Julgado em 18.05.1984, Segunda Turma, relator o Ministro Aldir Passarinho.

3 Julgado em 13.06.2000, Primeira Turma, relator o Ministro Ilmar Galvão.

[...] mostra-se de todo irrelevante o fato, considerado pelo recorrente para afastar a imunidade, de que, no caso, está-se diante de tributo que pode ser transferido aos inquilinos, além de não se tratar de atividade típica da instituição social, posto enquadrar-se no campo da exploração de atividades empresariais, devendo sujeitar-se, portanto, à tributação. Ora, cuidando-se de imunidade constitucional, desde que a instituição de assistência social preencha os requisitos legais, não importa saber se os imóveis de sua propriedade são locados ou não. É que a imunidade cobre patrimônio, rendas e serviços, não havendo distinção quanto ao uso direto ou à locação de imóveis da beneficiária.

A decisão preparou campo para apreciação do caso pelo plenário da Corte, poucos meses depois. No julgamento do RE nº 237.718/SP<sup>4</sup>, foi reconhecido que o imóvel da entidade assistencial era imune ao IPTU, mesmo que cedido a terceiros. Uma condição, entretanto, foi esclarecida: que a renda dos correspondentes alugueis fosse aplicada em suas finalidades institucionais. Eis a ementa da decisão:

Imunidade tributária do patrimônio das instituições de assistência social (CF, art. 150, VI, c): sua aplicabilidade de modo a preexcluir incidência do IPTU sobre imóvel de propriedade da entidade imune, ainda quando alugado a

---

4 Julgado em 29.03.2001, Plenário, relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

terceiro, sempre que a renda dos aluguéis seja aplicada em suas finalidades institucionais.

O acórdão foi redigido pelo Ministro Sepúlveda Pertence que, em prol de sua tese, argumentou:

O que assim se afirma – sem réplica consistente – da imunidade aos impostos incidentes ou calculados sobre as rendas advindas da exploração do patrimônio das instituições consideradas, igualmente é de se asserir, por óbvio, dos que incidem sobre o patrimônio gerador dessas mesmas rendas.

A decisão refletia o requisito contido no parágrafo 4º, do artigo 150, de que o patrimônio, a renda e os serviços das pessoas elencadas na alínea “c”, do inciso VI, para não se sujeitarem a impostos, devem estar “relacionados com as respectivas finalidades essenciais”, o que não era expresso na Carta anterior e que não havia sido literalmente explorado no RE 257.700/MG.

É verdade que a segunda turma do Tribunal já havia analisado o tema das imunidades subjetivas a impostos sob a perspectiva do parágrafo 4º, do artigo 150, reconhecendo que certa entidade de assistência social estaria desobrigada do pagamento de IPTU sobre seus imóveis empregados como escritório e residência de alguns membros. A decisão fora proferida no RE nº 221.395/SP,<sup>5</sup> e ementada da seguinte maneira:

---

<sup>5</sup> Julgado em 08.02.2000, Segunda Turma, relator o Ministro Marco Aurélio.

IMUNIDADE – INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS – IMÓVEIS – ESCRITÓRIO E RESIDÊNCIA DE MEMBROS. O fato de os imóveis estarem sendo utilizados como escritório e residência de membros da entidade não afasta a imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “c”, § 4º da Constituição Federal.

O voto do Ministro Marco Aurélio, condutor dos demais, esclareceu que a incidência da norma de imunidade se dava em virtude, tão somente, de estarem os imóveis em exame *diretamente empregados* em atividades representativas dos fins da pessoa destinatária do benefício constitucional. Deixava, contudo, uma advertência:

Uma coisa é verificar-se, tal como retratada no acórdão proferido, a utilização dos imóveis como a encerrar o local de trabalho daqueles que estão engajados na missão e a residência destes. Outra totalmente diversa diria respeito à utilização dos imóveis para finalidades estranhas aos estatutos da Impetrante, passando esta a ombrear com pessoas naturais e jurídicas de direito privado integradas ao mercado, competindo, assim, em verdadeira atividade econômica.

Com tal ressalva, repelia uma interpretação capaz de imunizar de impostos os imóveis utilizados em atividades econômicas no sentido estrito, isto é, em competição no mercado. Neste caso,

por não haver relação direta entre a maneira como o imóvel seria utilizado e o objeto social da entidade supostamente imune, inaplicável o benefício constitucional em virtude da objeção prevista no parágrafo 4º, do artigo 150, da Constituição.

A novidade consagrada no RE nº 237.718/SP foi o relaxamento de tal posição. Segundo a interpretação vencedora, mesmo os imóveis empregados em atividades econômicas estariam imunes de impostos sobre propriedade, desde que constituíssem *fonte de rendimentos* diretamente empregados nos fins essenciais da pessoa beneficiada.

Interessante é notar que, no mesmo voto, o Ministro Sepúlveda Pertence revelou que esse critério não se aplicaria às entidades de religião (alínea “b”, do inciso VI, do art. 150), na medida em que a imunidade “não é nem pode ser subsídio ou incentivo às manifestações religiosas”. Esta posição do antigo decano da Corte Suprema parece fraca em suas premissas, pois as manifestações religiosas são um valor positivo expressamente consignado no texto constitucional, ao ponto de requerer do Estado certas prestações em seu favor.<sup>6</sup> Além disso, ainda que seja possível avaliar os efeitos das imunidades *ratione personae* para o orçamento público,<sup>7</sup> não é possível desviar da conclusão

---

6 É assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (inciso VII, do artigo 5º), assim como o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (§ 1º, do artigo 210).

7 Interessante, apenas para referência estatística, é o estudo feito anualmente pela Receita Federal do Brasil denominado “Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária”. Nele, são relacionadas as desonerações tributárias consideradas “gastos indiretos”, posto que supostamente passíveis de substituição por gastos diretos do Governo. No caso das imunidades tributárias, são consideradas apenas as conferidas às entidades de educação e de assistência social, obviamente por produzirem serviços públicos que a Constituição prevê como obrigação do Estado. Para 2012, a Receita Federal do Brasil estimou que a imunidade das entidades de educação representaria um “gasto indireto” de R\$807.409.687,00, e as de assistência social

de que elas constituem um limite ao poder de tributar e não uma subvenção, como faz crer a decisão. De toda sorte, o fato é que as organizações religiosas não foram contempladas na Súmula 724.

As decisões que levaram o STF à edição da Súmula 724 autorizam dizer, portanto, que ao órgão interessa saber se o imóvel está sendo utilizado *na* ou *para* as finalidades essenciais das entidades previstas na alínea “c”, do inciso VI, do artigo 150 da Constituição Federal e, com isso, estabelecer se incide, ou não, a norma de imunidade subjetiva ao IPTU. Em outras palavras, seja como estrutura física, seja como fonte de renda, o imóvel das pessoas politicamente eleitas no referido dispositivo constitucional, desde que contribua para a consecução dos respectivos objetivos institucionais, não poderá sofrer a cobrança do IPTU de acordo com a Suprema Corte.

Esse entendimento sobre o alcance do parágrafo 4º, do artigo 150 da Constituição Federal, no caso específico dos impostos imobiliários pode, então, ser resumido da seguinte maneira:

(i) Uso do imóvel pela própria entidade:

a) na atividade essencial: imune.

b) fora da atividade essencial: não imune.

(ii) Uso do imóvel por terceiros:

a) com aluguel:

a.1.) empregado na atividade essencial: imune.

a.2.) não empregado na atividade essencial: não imune.

b) sem aluguel: não imune.

---

de R\$842.229.489,00, isso apenas em relação à suposta “redução na arrecadação potencial” do imposto sobre a renda (disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/estudotributario/BensTributarios/2012/DGT2012.pdf>>, acesso em 17.06.2012).

#### 4. Reflexos da Súmula 724 do STF

Admitida como norma jurídica abstrata e individual, a Súmula 724 do STF tem o condão de influenciar na solução de todos os demais casos concretos que envolvam idêntica discussão. Fortes em seus efeitos práticos, as pessoas da alínea “c”, do inciso VI, do artigo 150 da Constituição Federal estão, portanto, seguras para alugar seus imóveis e, ainda assim, não serem obrigadas ao pagamento do IPTU.

O entendimento pacificado na Corte Suprema, sob a perspectiva daqueles que enxergam nas imunidades subjetivas a impostos um obstáculo necessário à promoção de determinados direitos fundamentais, sabidamente os políticos, laborais, de educação e assistência social, terá cumprido o desiderato constitucional. Imuniza-se também a *fonte de rendimentos* e, com isso, promove-se o desenvolvimento das pessoas que promovem aqueles direitos.

No entanto, não é possível desviar-se de uma ideia central e que deve pautar toda hermenêutica jurídica: a Constituição Federal prestigia inúmeros outros valores que devem ser igualmente concretizados *na maior medida do possível*. Por esse motivo, não se podem ignorar outros eventuais efeitos decorrentes da aplicação do posicionamento.

##### *Reflexos sobre o princípio da generalidade da tributação*

Decorre do princípio da isonomia, cláusula máxima da forma republicana adotada pela Constituição Federal, o princípio de que *todos* devem contribuir para o sustento dos gastos públicos. A convivência em uma sociedade condôminial impõe igualdade na divisão dos sacrifícios financeiros para a manutenção do Estado. Os tributos, e em particular os

impostos, devem ser aplicados com generalidade, abarcando integralmente as categorias de pessoas ou de bens previstas na lei, e não apenas uma parte delas. Se todos são iguais perante a lei, todos devem ser por ela tributados.

Logo, diante da mesma materialização objetiva de riqueza prevista na lei, as pessoas devem ser igualmente tributadas. A isonomia, pois, não é quebrada apenas quando se cobra tributo de quem não deveria, mas também quando *não* é cobrado de quem deveria. Neste caso, a malversação se dá a seu flanco específico, que é o princípio da generalidade da tributação.

Carmelo Lozano Serrano<sup>8</sup>, sobre o tema, sublinha que “as normas constitucionais configuram como princípio básico do ordenamento um dever de solidariedade, dever que incumbe a todos como consequência de sua pertinência à comunidade social juridicamente organizada”. O princípio da generalidade tributária, conclui,

não é senão a expressão jurídica concreta dessa aptidão indiscriminada ao sustento dos gastos públicos, em contraste com a sociedade do Antigo Regime na qual a pertinência a um ou outro estamento podia determinar se haveria, ou não, dever de contribuir.

O IPTU é tributo que tem por materialidade constitucional *ser proprietário* de imóvel urbano. Por inferência lógica, todos os que forem proprietários de imóvel urbano têm, *prima facie*, a mesma obrigação de pagar o imposto municipal. Quando a Constituição Federal não autoriza a instituição do

---

8 SERRANO. Carmelo Lozano. *Exenciones tributarias y derechos adquiridos*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 92.

imposto sobre o patrimônio das pessoas relacionadas na alínea “c”, do inciso VI, do artigo 150, acaba por estabelecer uma exceção à regra. No conjunto dos possíveis sujeitos passivos da obrigação tributária, estão todos os proprietários de imóvel urbano, *exceto* aqueles que sejam partidos políticos ou suas fundações, entidades sindicais dos trabalhadores, instituições de educação ou de assistência social.

A partir do que dispõe a Súmula 724 do STF, essa exceção sobrevive mesmo nas hipóteses em que o imóvel pertencente à pessoa imune é explorado comercialmente. Há, no caso, uma evidente ampliação do benefício, que passa a compreender não apenas os imóveis empregados como *estrutura* para a realização dos fins da entidade, mas também como *fonte de renda*.

É relevante observar que o verbete sumulado prevê apenas duas condições para que o imóvel da pessoa imune cedido a terceiro permaneça isento à tributação pelo IPTU: (i) ser o contrato de cessão oneroso (“alugado a terceiros”); e (ii) haver o emprego da contraprestação financeira (“valor dos alugueis”) nas atividades essenciais da entidade.

Não tendo o Tribunal fornecido qualquer parâmetro nesse sentido, seria possível afirmar que, existindo um contrato oneroso, a despeito do valor do aluguel estipulado, estaria cumprido o primeiro requisito. A livre iniciativa, no caso, autorizaria a pessoa imune a alugar o seu bem pelo preço que lhe aprouvesse, ainda que abaixo daquele praticado no mercado. A imunidade em relação ao IPTU resiste, pois, independentemente do preço pago pelo uso do imóvel.

Seguro na Súmula 724 do STF, portanto, seria possível afirmar que um sindicato de trabalhadores que arrendar seu imóvel urbano avaliado em R\$100.000.000,00 para uma grande empresa de telecomunicações, pelo valor de R\$100,00

ao mês (o que preenche o requisito da *onerosidade*) e destinar essa receita à compra de material promocional (o que preenche o requisito do *destino a atividades essenciais*), não poderá ser obrigado – por si, ou mesmo pelo locatário – a recolher o IPTU.

Além disso, uma leitura analógica da Súmula 724 do STF leva à conclusão de que a imunidade se estenderia aos demais impostos sobre a propriedade (ditos patrimoniais), como o que recai sobre a propriedade territorial rural (artigo 153, VI, da Constituição) e o imposto sobre as grandes fortunas (artigo 153, VII). Se a condição para que incida a norma de incompetência tributária é a reversão dos proventos obtidos com a exploração comercial do patrimônio às atividades essenciais das pessoas relacionadas na alínea “c”, do inciso VI, do artigo 150 da Constituição Federal, então não haveria qualquer diferença entre o aluguel de imóvel urbano ou rural ou, ainda, de qualquer outro bem da entidade (como as marcas, por exemplo). *Ubi eadem ratio ibi idem ius*.

Da mesma forma, se o critério da Suprema Corte para afastar a competência tributária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios engloba *fontes de produção* de rendimentos das pessoas imunes, é de se admitir que também a exploração direta (e não necessariamente por terceiros) de atividade econômica seria capaz de atrair as normas de imunidade subjetiva a impostos patrimoniais. Nessa medida, estariam imunes a impostos sobre propriedade tanto uma propriedade rural, empregada pelo partido político na criação de animais para o abate, e cuja receita se converta ao financiamento de campanhas políticas, como um galpão utilizado como estrutura para uma fábrica (de armas, por exemplo), cujos excedentes financeiros sejam revertidos para as finalidades essenciais de sua proprietária, uma entidade beneficente de assistência social. Não há, substancialmente, qualquer diferença entre essas hi-

póteses e aquela em que a entidade explora comercialmente um estacionamento, alugando vagas a terceiros.

Aliás, sob o pretexto de fortalecer os direitos fundamentais subjacentes às pessoas relacionadas na alínea “c”, do inciso VI, do artigo 150 da Constituição Federal, por meio de uma interpretação extensiva das imunidades subjetivas a impostos, o STF tem declarado que o termo “patrimônio” alcança todos os bens da entidade, inclusive aqueles predeterminados à exploração de atividade mercantil, admitindo o benefício também para impostos que incidem sobre sua circulação, importação, ou sua mera transmissão. As ementas transcritas a seguir exemplificam esse entendimento:

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS E IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMPORTAÇÃO DE “BOLSAS PARA COLETA DE SANGUE”. A imunidade prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Federal, em favor das instituições de assistência social, abrange o Imposto de Importação e o Imposto sobre Produtos Industrializados, que incidem sobre bens a serem utilizados na prestação de seus serviços específicos. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Recurso não conhecido.<sup>9</sup>

Recurso extraordinário. SENAC. Instituição de educação sem finalidade lucrativa. ITBI. Imunidade. - Falta de prequestionamento da

---

<sup>9</sup> RE 243.807/SP. Julgado em 15.02.2000, Primeira Turma, relator o Ministro Ilmar Galvão.

questão relativa ao princípio constitucional da isonomia. - Esta Corte, por seu Plenário, ao julgar o RE 237.718, firmou o entendimento de que a imunidade tributária do patrimônio das instituições de assistência social (artigo 150, VI, “c”, da Constituição) se aplica para afastar a incidência do IPTU sobre imóveis de propriedade dessas instituições, ainda quando alugados a terceiros, desde que os aluguéis sejam aplicados em suas finalidades institucionais. - Por identidade de razão, a mesma fundamentação em que se baseou esse precedente se aplica a instituições de educação, como a presente, sem fins lucrativos, para ver reconhecida, em seu favor, a imunidade relativamente ao ITBI referente à aquisição por ela de imóvel locado a terceiro, destinando-se os aluguéis a ser aplicados em suas finalidades institucionais. Recurso extraordinário não conhecido.<sup>10</sup>

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. C.F., art. 150, VI, “c”. I. - Não há invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto da-

---

10 RE 235.737/SP. Julgado em 13.11.2001, Primeira Turma, relator o Ministro Moreira Alves.

queles. O que cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade. II. - Precedentes do STF. III. - R.E. não conhecido.<sup>11</sup>

É forçoso reconhecer, entretanto, que num Estado fiscal, as desonerações tributárias – das quais as imunidades são espécie – correspondem, sempre, a uma quebra na expectativa natural de arrecadação. Representam inequívoca mitigação do dever fundamental de contribuir. São, portanto, *normas de desigualdade*.

Em outras palavras, se o gravame tributário deve ser estabelecido de forma que qualquer pessoa, cuja situação coincida com aquela descrita na hipótese da regra-matriz de incidência tributária, deve estar sujeita a ele,<sup>12</sup> ao apartar determinadas entidades dessa obrigação, embora manifestem objetivamente a mesma riqueza, está a Constituição Federal a discriminar, e isso, no seio de uma República (*res publica*) Democrática, deve ser sempre encarado com extrema cautela.

Ao admitir que as imunidades subjetivas a impostos alcancem imóveis explorados comercialmente, a Súmula 724 abre, pois, espaço para uma interpretação de tal modo elástica, que inúmeras outras manifestações objetivas de riqueza passam a ser contempladas pelo benefício. A exceção que representa, ao invés de receber interpretação restritiva, de modo a maximizar o princípio da generalidade da tributação, ganha uma interpretação extensiva. Consequência disso é que as

---

11 RE 203.775/ES. Julgado em 17.09.1996, Segunda Turma, relator o Ministro Carlos Velloso.

12 VILLEGAS. Hector. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 200.

pessoas de direito público perdem parcela de sua arrecadação e, ainda, o ônus de contribuir ao sustento dos gastos públicos acaba por recair sobre os demais sujeitos que manifestam idêntica capacidade contributiva.

*b) Reflexos sobre o princípio da livre concorrência*

O princípio da isonomia deve ser entendido, também, como a igualdade de condições de competição no mercado. Quando elege um tipo liberal do processo econômico, à Constituição Federal faz especial gosto que a fixação dos preços das mercadorias e serviços resulte do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado. As variáveis de competição não podem, sob o sistema jurídico brasileiro, ser outras que não criatividade ou a qualidade dos produtos ou serviços prestados.

Isso significa que ao Estado cabe garantir não apenas (i) a liberdade de acesso ao mercado, mas também (ii) a liberdade de permanência no mercado. Sob o primeiro aspecto, a liberdade se materializa num direito de escolha das profissões e das atividades econômicas, além dos meios para a consecução dos fins visados. Sob o segundo, a liberdade possui um caráter instrumental, significando a liberdade de exercer a luta econômica sem a interferência do Estado, bem como sem outros obstáculos impostos pelos demais agentes econômicos privados,<sup>13</sup> ou seja, a *livre concorrência*.

Por esse motivo, é particularmente louvável ter o constituinte previsto, não apenas uma cláusula que fundamenta a ordem econômica na livre concorrência (artigo 170, inciso IV), mas também outra que impõe ao Estado instituir políticas públicas para reprimir o abuso do poder econômico

---

13 BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 134-135.

que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (artigo 173, parágrafo 4º).

Da obrigação estatal de zelar pela livre concorrência surge uma outra, por inferência puramente lógica, que é a de se manter neutro em relação a atos que possam interferir no equilíbrio concorrencial. A intervenção do Estado sobre a economia deve dar-se para garantir maior amplitude ao princípio da livre concorrência, e não o contrário. Tal intervenção, aliás, deve compreender todos os titulares da competência normativa, incluindo o Poder Judiciário. A produção de normas deve, sempre, levar em consideração que o Estado não pode criar privilégios que beneficiem um concorrente em relação aos demais que se encontrem na mesma situação jurídica. O Estado, não é exagero lembrar, atua sempre em nome do interesse público, e nunca de interesses privados. Em hipótese alguma, o sistema admite a institucionalização da *concorrência desleal*.

Quando a Súmula 724 do STF garante que a imunidade das pessoas referidas na alínea “c”, do inciso VI, do art. 150 da Constituição ao IPTU é extensiva aos imóveis empregados em atividades econômicas no sentido estrito (locação), está ela a estabelecer um benefício que não se aplica aos demais participantes do mercado. O mesmo ocorre com as demais hipóteses colateralmente resultantes desse posicionamento, acentuadas no tópico anterior.

É relevante destacar, no entanto, que esse possível desequilíbrio não escapou à atenção do constituinte, como se observa do parágrafo 3º, do artigo 150, redigido nestes termos: “As vedações do inciso VI, “a”, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços,

relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados”.

Desse modo, o patrimônio, a renda e os serviços da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como das autarquias e das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público *não* estarão imunes a impostos *se* estiverem relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas “normas aplicáveis a empreendimentos privados” – leia-se “regras de livre mercado”. Nesses casos, em que o Estado, de forma direta ou indireta, emprega seus recursos no exercício de atividade econômica em sentido estrito, então a imunidade tributária subjetiva lhe é negada.

A razão desse dispositivo é cristalina: visa preservar a amplitude do princípio constitucional da livre concorrência. A exploração de atividade econômica regida por normas de direito privado pressupõe atuação do Estado no mercado, e a imunidade de impostos, nesse caso, lhe garantiria uma significativa vantagem concorrencial. A fim de evitar tal distorção, previu-se a restrição.

É interessante observar que, mesmo antes da Constituição de 1988, a jurisprudência do STF vinha repelindo a incidência da norma de imunidade subjetiva a impostos nos casos em que a pessoa exercesse atividade econômica. Conforme a Súmula 76 daquele Tribunal, “As sociedades de economia mista não estão protegidas pela imunidade fiscal do art. 31, V, “a”, Constituição Federal”. Ou seja, conquanto formadas com capital público, por serem pessoas, em princípio, constituídas com o intuito de explorar atividade econômica, isto é, com fins lucrativos, não seriam as sociedades de economia mista beneficiadas pela imunidade subjetiva. O entendimento, por não prever as manifestas hipóteses de exceção, acaba por se tornar vetusto, pois o que

releva para a incidência da norma de imunidade não é a estrutura societária, mas sim a prestação de serviços públicos privativos. A própria Corte, embora não tenha expressamente revogado o verbete, vem se posicionando dessa forma, como dá mostra a decisão proferida no RE 407.099/RS,<sup>14</sup> assim ementada:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a. II. - R.E. conhecido em parte e, nessa parte, provido.

A decisão revela, de toda sorte, que o critério empregado pelo órgão para afastar a incidência da norma de imunidade subjetiva a impostos é o exercício de atividade econômica ou, melhor dizendo, o exercício de atividade econômica em sentido estrito, assim compreendida aquela em competição

---

14 Julgado em 22.06.2004, Segunda Turma, relator o Ministro Carlos Velloso.

no mercado. Como a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos seria prestadora de serviço público essencial, obrigatório e exclusivo do Estado – o que afastaria riscos à livre concorrência – então ela é, no entendimento do STF, contemplada pela imunidade prevista no art. 150, VI, “a” da Constituição.

Também no RE 253.472/SP<sup>15</sup> a questão foi levada à tona, e o acórdão deixa às escâncaras que o Estado, ao concorrer no mercado, não será merecedor da imunidade subjetiva a impostos, pois, do contrário, estaria em risco o princípio da livre concorrência.

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONTROLADA POR ENTE FEDERADO. CONDIÇÕES PARA APLICABILIDADE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (CODESP). INSTRUMENTALIDADE ESTATAL. ARTS. 21, XII, f, 22, X, e 150, VI, a DA CONSTITUIÇÃO. DECRETO FEDERAL 85.309/1980. 1. IMUNIDADE RECÍPROCA. CARACTERIZAÇÃO. Segundo teste proposto pelo ministro-relator, a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a da Constituição) deve passar por três estágios, sem prejuízo do atendimento de outras normas constitucionais e legais: 1.1. A

---

15 Julgado em 25.08.2010, Tribunal Pleno, relator para acórdão o Ministro Joaquim Barbosa.

imunidade tributária recíproca se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em consequência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em circunstâncias mais vantajosas, independentemente do contexto.

1.2. Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política.

1.3. A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja favor preponderante.

2. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. CONTROLE ACIONÁRIO MAJORITÁRIO DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE INTUITO LUCRATIVO. FALTA DE RISCO AO EQUILÍBRIO CONCORRENCIAL E À LIVRE-INICIATIVA. Segundo se depreende dos autos, a Codesp é

instrumentalidade estatal, pois: 2.1. Em uma série de precedentes, esta Corte reconheceu que a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres caracteriza-se como serviço público. 2.2. O controle acionário da Codesp pertence em sua quase totalidade à União (99,97%). Falta da indicação de que a atividade da pessoa jurídica satisfaça primordialmente interesse de acúmulo patrimonial público ou privado. 2.3. Não há indicação de risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou de livre-iniciativa, eis que ausente comprovação de que a Codesp concorra com outras entidades no campo de sua atuação. 3. Ressalva do ministro-relator, no sentido de que “cabe à autoridade fiscal indicar com precisão se a destinação concreta dada ao imóvel atende ao interesse público primário ou à geração de receita de interesse particular ou privado”. Recurso conhecido parcialmente e ao qual se dá parcial provimento.

Ora, se ao Estado não é permitido concorrer em desigualdade de condições, não há motivos razoáveis para entender que as pessoas jurídicas de direito privado relacionadas na alínea “c”, VI, do art. 150 da Constituição possam.

## **5. Reconstrução das normas de imunidade subjetiva a impostos para solução dos problemas apontados**

A análise feita no tópico anterior identifica dois preocupantes reflexos do entendimento positivado na Súmula 724

do STF. A questão é saber se as regras envolvendo as imunidades subjetivas a impostos podem ser reconstruídas de modo a promover um maior equilíbrio dos valores positivados na Constituição.

Como afirmado, a imunidade de *todo* o patrimônio das pessoas relacionadas na alínea “c”, VI, do art. 150 da Constituição Federal seria uma decorrência de certo modo natural do dispositivo, não fosse a limitação prevista no parágrafo 4º. Ao contrário do que ocorria no sistema constitucional anterior, a partir de 1988, apenas o patrimônio “relacionado com as finalidades essenciais” das entidades é que gozará da proteção contra a incidência de impostos.

O dispositivo revela a possibilidade de ser interpretado de forma diversa daquela consignada na Súmula 724, isto é, reconhecendo nele a necessidade de os termos “vínculo” ou “decorrência” empregados pela Constituição serem pensados de forma a concretizar, *na maior medida do possível*, os princípios da livre concorrência e da generalidade da tributação. O resultado dessa hermenêutica tem o mérito adicional de aplicar-se, indistintamente, a todas as pessoas imunes pelo artigo 150.

Para maximizar a concretização dos princípios vilipendiados pela interpretação da Suprema Corte, sem prejuízo do benefício que a Constituição pretende outorgar às pessoas que relacionou no artigo 150, há de se entender o termo “relacionado” como “*imediatamente relacionado*”. Isto é, para que seja imune a impostos, o patrimônio deve estar *imediatamente* empregado em finalidade essencial das pessoas que a Constituição Federal elegeu para fruírem de um benefício fiscal; não como *fonte de receita*, mas como *estrutura*.

Com tal exegese, a norma guarda, de um lado, uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e

a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo: se o objetivo do preceito constitucional é beneficiar tributariamente o partido político, por exemplo, então desonerar o imóvel que lhe serve de sede social é uma maneira racionalmente viável. Ademais, a discriminação está em perfeita sintonia com os interesses acolhidos no sistema constitucional. A tamanha singularidade do fato jurídico apartado da tributação preserva o princípio da livre concorrência e garante, na maior medida do possível, o princípio da generalidade da tributação, pois apenas os partidos políticos têm condições de exercerem as suas atividades essenciais. Somente eles revelam essa específica capacidade contributiva apartada pelo constituinte e, portanto, não se colocam em condições mais vantajosas de concorrer no mercado.

Da mesma forma, as pessoas relacionadas na alínea “c”, do inciso VI, do art. 150, são de tal modo singulares, que apenas elas podem praticar os atos que lhe são capitais e que a Constituição Federal, por isso, deixou fora do poder tributário. Imunizando-se, apenas, aqueles *imediatamente* relacionados às suas finalidades essenciais, promove-se um melhor e mais eficiente equilíbrio entre os valores constitucionais.

Como resultado dessa perspectiva, todo o patrimônio que não estiver *imediatamente* vinculado à finalidade essencial daquelas pessoas, será normalmente tributado por impostos. Os bens ou direitos cedidos a terceiros, ou envolvidos em alguma exploração comercial, por não obedecerem a tal requisito, devem ser normalmente tributados. Reconstruídas as conclusões induzidas pela Súmula 724 do STF, tem-se o seguinte:

- (i) Uso do imóvel pela própria entidade:
  - (a) na atividade essencial: imune.

- (b) fora da atividade essencial: não imune.
- (ii) Uso do imóvel por terceiros: não imune.

## 6. Considerações finais

As imunidades tributárias subjetivas estão irremediavelmente vinculadas a valores sociais positivados na Constituição Federal. Não há resistência doutrinária relevante à ideia de que tais obstáculos à tributação surgem como consequência do reconhecimento de certos direitos fundamentais. No entanto, isso não significa que a construção das respectivas regras-matrizes de incidência deva ser feita à revelia de outros princípios constitucionais.

Quando o STF edita a Súmula 724 para admitir que o imóvel das pessoas relacionadas na alínea “c”, do inciso VI, do art. 150 da Constituição é imune ao IPTU, mesmo que empregado em atividades com fins lucrativos, penetra com tamanha profundidade no que pensa serem as intenções do constituinte, procedendo à chamada “interpretação teleológica”, ao ponto de olvidar que, antes, a Constituição Federal demanda uma “interpretação sistemática”.

O princípio da isonomia, nas suas especiais vertentes da generalidade da tributação e da livre concorrência, deve ser levado em conta na interpretação de todos os textos de direito que versem sobre as imunidades subjetivas a impostos, e isso parece ter sido ignorado pela Suprema Corte.

Nunca é demais ressaltar que as normas jurídicas, como resultado de um esforço hermenêutico, devem ser construídas de modo a concretizar o dogma do legislador racional. O ordenamento jurídico não admite incoerências, isto é, não aceita a existência de normas desarmônicas, de maneira que

ao intérprete cabe, sempre, a tarefa de suscitar e confrontar os inúmeros sentidos atribuíveis aos textos legais para, enfim, optar por aquele que melhor equilibre o delicado e complexo universo do direito positivo.

Para que a imunidade prevista no art. 150, VI, “c” da Constituição Federal não tenha o poder de vilipendiar os princípios da generalidade da tributação e da livre concorrência, o patrimônio a que se refere o dispositivo não pode, em qualquer circunstância, ser empregado no exercício de atividade econômica em sentido estrito. Esse o sentido da expressão “relacionado com a finalidade essencial” inscrita no parágrafo 4º do artigo. Somente o exercício de propriedade sobre bens *imediatamente* relacionados com atividades partidárias, sindicais, educativas e assistenciais é que, em princípio, estará apto a fruir da imunidade subjetiva a impostos.

## Referências

BRASIL. Ministério da Fazenda. Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária 2012 (Gastos Tributários). Coord. Othoniel Lucas de Souza Junior. Agosto/2011.

BRUNA. Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CARRAZZA. Roque Antonio. *A imunidade tributária das empresas estatais delegatárias de serviços públicos*. (Um estudo sobre a imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT). São Paulo: Malheiros, 2004.

SERRANO. Carmelo Lozano. *Exenciones tributarias y derechos adquiridos*. Madrid: Tecnos, 1988.

VILLEGAS. Hector. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.

# O PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO AGENTE REALIZADOR DE POLÍTICA PÚBLICA DE RELAÇÃO DE CONSUMO POR MEIO DO *JUDICIAL REVIEW*<sup>1</sup>

---

Antonio Lorenzoni Neto

## 1. Introdução

Desde o final da segunda Guerra Mundial tem se percebido que o Poder Judiciário vem buscando participar do âmbito das políticas públicas enquanto ator, enquanto agente de políticas públicas e, em especial, as de relação de consumo, tudo, por meio de um fenômeno que se denominou *judicial review*. Visto sob a ótica do fenômeno de judicialização da política, o *judicial review* tem repercutido significativas transformações no modo de se organizar e de se implementar um Estado Democrático de Direito, fazendo surgir inquietações sobre a legitimidade do Poder Judiciário de interferir nos atos do Poder Executivo e, em especial, nos resultados das decisões do processo legiferante.

Percebe-se o querer de um movimento mundial de *judicial review* no âmbito de políticas públicas, conforme se verá ao abordar, no decorrer do presente estudo, o Documento Técnico 319 do Banco Mundial, de forma que se pensa que as tendências ao final sugeridas como conclusão deste trabalho, também são, não ingenuamente, queridas.

---

<sup>1</sup> Trabalho apresentado no I Congresso Internacional Jurídico de Ponta Grossa-PR, realizado no período de 6 a 8 de agosto de 2012.

Por isso, vê-se de significado ímpar estudos que enfrentem o presente tema para que se irradie, como um cristal límpido e translúcido, toda a compreensão das possibilidades do Poder Judiciário ser agente de políticas públicas na sociedade contemporânea, vista como de consumo, a exemplo do exercício do controle de constitucionalidade, a revisão judicial dos atos do Poder Legislativo.

Sugere-se, ao final, caminhos para uma tentativa de democratização do *judicial review* de maneira que se admita sua legitimidade, alinhando o modelo proposto ao Documento Técnico 319 do Banco Mundial.

## 2. Agentes realizadores de políticas públicas

Por “Políticas Públicas” pode-se entender o conjunto de atividades do Estado voltadas ao interesse público primário, de acordo com objetivos a serem alcançados. Cuida-se de um conjunto de normas e atos legiferantes, de atos executivos, bem como de atos jurisdicionais que buscam a concretude do fim existencial do Estado de Direito contemporâneo.<sup>2</sup>

No processo civilizatório, tem-se por marco teórico da atividade estatal de concretude do seu fim maior como âmbito de política pública a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, em Roma, na data de 15 de maio de 1.891.

Políticas Públicas surgem com algo amalgamado ao Estado de Direito, que as legitima, inclusive, como tal, com a formação do Estado Constitucional. Thiago Lima Breus observou que:

---

2 CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo*: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. Tese de Doutorado. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/fr.php>. Acessado em: 11 jun.2012.

FORMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL – modelo que, ao contrário do Estado de Direito, não tem por preocupação básica a limitação de direitos do Estado – fim do “Estado Mínimo”.

A narrativa histórica demonstra que o poder jurídico estatal, a partir de sua matriz moderna, teve por desígnio a realização dos mais diversos fins: desde a busca pela repressão dos intentos de emancipação popular e a imposição de valores de uma determinada posição ou classe social, passando pela disseminação de uma ideologia da aceitação e pala salvaguarda dos Direitos Fundamentais, de forma que, para cada uma dessas finalidades estatais, houve o delineamento de um modelo de Estado distinto ao menos quanto aos valores que lhe informavam.<sup>3</sup>

Thiago Lima Breus conclui que:

Para que o Estado possa influenciar a atuação da *sociedade civil*, é elaborada uma série de mecanismos jurídicos para que sua atuação ocorra a contento. Nesse contexto, o instrumento utilizado para a promoção dessa participação perante as relações sociais são as *políticas públicas*.<sup>4</sup>

---

3 BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 212.

4 *Ibidem*, p. 214.

Quanto às possibilidades de políticas públicas, é emblemático o caso de Kerala, refletido por Amartya Sen e Bernardo Kliksberg:

A experiência de Kerala sugere que o “preconceito de gênero” contra as mulheres pode ser radicalmente mudado pela ação pública envolvendo tanto o governo quanto o próprio público – especialmente através da educação feminina, de oportunidades para as mulheres obterem empregos e responsabilidade, de direitos legais sobre a propriedade para as mulheres e de políticas igualitárias esclarecidas.<sup>5</sup>

Quanto à Política Nacional das Relações de Consumo, observe-se que ela é estabelecida pelo Art. 4.º da Lei n.º 8.078/90, e os destinatários das políticas públicas consumeristas são, fundamentalmente, os órgãos do Poder Executivo na sua operacionalização, e o Poder Legislativo, na sua criação, mas, destaque-se, não se restringe a estes.

A norma do Art. 4.º acima mencionada não restringe destinatários e coordena ações em prol da defesa do consumidor que, além de um direito fundamental – de ação direta dos poderes públicos, na forma do Art. 5.º, inciso XXXII, da Constituição Federal –, é também princípio constitucional da Ordem Econômica, que vincula as condutas dos empresários no mercado, que, assim, também participam desta política nacional de defesa do consumidor.

Neste sentido, ensina Antônio Carlos Efig:

---

5 SEN, Amartya. KLIKSBERG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. Tradução Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 114.

Portanto, o diploma protetivo dos direitos do consumidor expressamente outorga a este a prerrogativa da existência de *comando normativo de conteúdo principiológico a ser incondicionalmente respeitado* e que, conjugado aos demais instrumentos jurídicos propalados pelo mesmo Código, vem a formar a *Política Nacional das Relações de Consumo*.<sup>6</sup>

Contudo, adverte Antônio Carlos Efiging, que:

É de se destacar a importância dada pelo sistema jurídico brasileiro à *proteção dos interesses econômicos* do consumidor. Tal vetor implica em determinar que as políticas governamentais devam cumprir as expectativas econômicas dos consumidores e assim não se poderá preterir esta proteção em benefício dos fornecedores. Não são raras as vezes em que os interesses econômicos dos consumidores que colidem com a diretriz geral de atendimento às suas necessidades e o respeito a sua dignidade ficam em segundo plano, adotando-se políticas governamentais somente pela argumentação econômica dissociada do fundamento jurídico constitucional, que deveria ser o norteador de todas as condutas e decisões no Brasil.<sup>7</sup>

---

6 EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo: consumo e sustentabilidade*. 3 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 101 (sem os grifos no original).

7 Ibidem, p. 102.

Quanto às expectativas do consumidor, pensa-se que sua escolha e decisão fundamentada são decorrência imanente de sua liberdade. Esta liberdade está fragilizada na sociedade contemporânea ante o seu paradigma desenvolvimentista, haja vista cuidar-se de uma sociedade consumista, pluralista e de risco.<sup>8</sup>

O dano ambiental está, na sociedade de consumo, na concretude da dignidade da pessoa humana<sup>9</sup>: a atividade econômica conduz o imaginário coletivo, que faz o ser humano demandar do mercado a satisfação de tudo, desde o seu mínimo existencial até o máximo do supérfluo<sup>10</sup>, exigindo-se a extração/degradação diuturna de recursos ambientais em larga escala, ao longo de todo o planeta.

A ética da sociedade de consumo, assim, está na consumação de dano ambiental, cuja ideologia de aceitação legitimadora está na proteção da máxima da legítima expectativa do consumidor, na ânsia da satisfação de necessidades inexistentes.<sup>11</sup>

Mas, pensa-se, que não há como compreender legítima expectativa do consumidor na satisfação de necessidades inexistentes, pois sua liberdade de escolha está gravemente fragilizada. Há, entre legítima expectativa e necessidade inexistente, uma relação inversamente proporcional entre si: quanto maior a necessidade inexistente menor será e legítima

---

8 KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 447.

9 LORENZONI NETO, Antonio. *Contrato de créditos de carbono: análise crítica das mudanças climáticas*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 46.

10 CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Tradução Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 87-89.

11 *Ibidem*, p. 142-143.

expectativa deste consumidor porque sua liberdade de escolha está manipulada pelas táticas do mercado.

Com efeito, observa-se que a legítima expectativa do consumidor está para o Direito do Consumidor assim como a segurança jurídica está para o Estado de Direito, numa relação diretamente proporcional entre si<sup>12</sup>, ou seja, quanto menor a lesão à legítima expectativa do consumidor, maior será a sua satisfação e maior será a sensação de segurança jurídica nas relações intersubjetivas diuturnas do viver socioeconômico, consolidando-se a legitimidade do Estado de Direito por meio de sua estabilidade e segurança jurídica experimentadas pela coletividade.

Pensa-se, assim, que há o dever de implementação de políticas públicas consumeristas emancipadoras, que deem efetiva liberdade de escolha aos consumidores, freando as estratégias de marketing para um lucro descomprometido com a ética.

Ainda, quanto à Política Nacional de Relação de Consumo, orienta Antônio Carlos Efiging que:

A expressão legal *proteção dos interesses econômicos*, quando interpretada à luz dos princípios do sistema consumerista brasileiro, deve ensejar a conclusão de que o fornecedor assume os riscos da atividade, dentre os quais está o risco de não auferir lucratividade (ou obter baixo lucro) em determinados casos. Assim, para a realização da proteção dos interesses econômicos dos consumidores não se pode decidir pelo sacrifício patrimonial do consumidor,

---

12 LORENZONI NETO, Antonio. *Contrato de créditos de carbono: análise crítica das mudanças climáticas*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 52.

nem a repartição de sacrifícios (ônus) entre consumidores e fornecedores, pois tal situação significaria a não proteção (mesmo que parcial) dos consumidores. Toda a política das relações de consumo no Brasil deve primar pela proteção preferencial e exclusiva do consumidor, sob pena de violação deste princípio legal que informa o sistema.<sup>13</sup>

Neste sentido, pensa-se estar equivocado o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça<sup>14</sup>, que divide ônus do risco da atividade igualmente entre o fornecedor e consumidor para o caso e excesso de onerosidade que venha a incidir numa relação de consumo. Pergunta-se: o Poder Judiciário é (ou pode ser) agente realizador de políticas públicas consumeristas? Quais são as implicações e os limites desta resposta?

Pensa-se que são premissas da reflexão proposta, além do exposto até aqui, também o fato de ser dever jurídico constitucional de o Estado defender o consumidor, na forma do Art. 5.º, inciso XXXII, da Carta Magna, e de seus artigos 1.º, inciso III, Art. 24, Art. 150, § 5º, Art. 175, parágrafo único, inciso II e Art. 221, inciso IV, bem como pelo comando do Art. 48 do ADCT, intimamente ligado a todos estes ditames normativos, que

[...] são inafastáveis pelo legislador ordinário e impõem, além da repercussão jurídica, uma

---

13 EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo: consumo e sustentabilidade*. 3 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 102.

14 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n.º 401021-ES, Relator Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 17.12.2002.

nova postura social e governamental para que o cidadão brasileiro tenha o respeito de sua dignidade humana ao menos quando estiver na condição de consumidor.<sup>15</sup>

Também é importante observar que este dever jurídico constitucional de defesa do consumidor, enquanto um direito fundamental deste (Art. 5º, inciso XXXII), irradia-se diretamente sobre as ações concretas dos três âmbitos de poder estatal: Legislativo, Executivo e Judiciário. Indiretamente, a eficácia na norma constitucional em questão incide na relação jurídica material de consumo.<sup>16</sup>

No âmbito específico da Política Nacional das Relações de Consumo, Antônio Carlos Efiging destaca que:

Em verdade, pretende o art. 4º, já a partir da redação do seu *caput*, estabelecer parâmetros que devem balizar todo e qualquer ato de governo, seja no âmbito legislativo, executivo ou judiciário, quanto ao tratamento das relações de consumo, da mesma forma, os fornecedores e consumidores devem se empenhar na realização desta política aqui compreendida como diretrizes perenes a serem alcançadas por todos os envolvidos.<sup>17</sup>

---

15 EFING, Antônio Carlos. Op. cit., p. 32-33.

16 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 32.

17 EFING, Antônio Carlos. Op. cit., p. 103.

Contribuí para o momento, o julgado abaixo do Supremo Tribunal Federal, de relatoria de Eros Roberto Grau, bem como a Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça:

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Contenta resolvida com amparo em normas insertas no CDC. OFENSA INDIRETA. Matéria infraconstitucional. 1. A controvérsia sobre a qual versam os autos gira em torno da aplicabilidade do CDC e de legislação correlata. 2. Aferir-se se houve ou não ofensa à CF demandaria a análise de normas cujos preceitos estão insertos em comandos infraconstitucionais. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>18</sup>

Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.<sup>19</sup>

Assim, pensa-se que deve o Poder Judiciário intervir como agente de políticas públicas consumeristas de maneira a garantir, por meio do *judicial review*, por exemplo, que não se falseie a necessidade dos consumidores. Contudo, pergunta-se, a sobreposição das decisões do Poder Judiciário sobre as do Poder Legislativo ou do Poder Executivo ferem o princípio democrático? É o que se passará a refletir.

---

18 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 517743-RJ*, 1.ª Turma, Relator Ministro Eros Roberto Grau, julgado em 31/05/2005.

19 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 381, Publicado no *Diário da Justiça* eletrônico em 05/05/2009.

### 3. Fundamento do *Judicial Review* enquanto judicialização da política

O abuso do poder soberano legitimado pela lei na Alemanha da 2.<sup>a</sup> guerra exigiu uma reestruturação dos limites do poder soberano, bem como da forma pela qual possa ser feito o controle de tal poder.<sup>20</sup>

Identificou-se, àquela época, que a eficácia da norma constitucional era expressão dos “fatores reais de poder”<sup>21</sup>, sendo a Constituição, para Lassale, mera “folha de papel”, explicando a existência de duas constituições: a) real; b) folha de papel (alusão a Frederico Guilherme IV), e apontando ele que é necessário fazer a transformação dos fatores reais de poder em norma cogente.<sup>22</sup>

Konrad Hesse, por sua vez, entendeu que os fatores reais de poder não confrontam, necessariamente, a Constituição<sup>23</sup>, explicando a Vontade (realizável) da Constituição, de modo que há uma “Constituição Jurídica”, e que tal validade depende do condicionamento recíproco entre a Constituição Jurídica e seus pressupostos de eficácia.<sup>24</sup>

O segundo pós-guerra foi palco de transformações dos grandes sistemas jurídicos de organização social decorrentes do “clamor mundial” que a 2.<sup>a</sup> guerra mundial gerou para que “... as constituições trouxessem em seu corpo um ‘núcleo

---

20 VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2, Nov., p. 39, 2007.

21 LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Campinas: Servanda, 2010, p.14.

22 Ibidem, p.22.

23 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 5.

24 HESSE, Konrad. Op. cit., p. 13.

dogmático' [... (que explicitasse)] valores fundamentais a obrigar o soberano.” Ou seja, clamava-se pela necessidade de um judiciário capaz de exercer controle sobre as leis e o poder político do soberano.<sup>25</sup>

A reestruturação do Estado na ouvida do “clamor mundial” de salvaguarda de valores fundamentais, humanos, e de regulação do capitalismo para a estabilidade da harmonia social, exige das constituições a previsão de normas abertas, “[...] indeterminadas e programáticas, [...] colocando o] juiz na situação nova de um legislador implícito [...]”.<sup>26</sup>

Estas normas abertas e programáticas possuem força normativa, “[...] normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”<sup>27</sup>, e Carvalho Neto e Scotti identificam nestas normas indeterminadas as verdadeiras normas constitucionais, posto principiológicas, e a especificidade do seu conteúdo só é dada ao Poder Judiciário, quando da sua adequação ao caso concreto, ou seja, é uma das formas de densificação da norma-princípio.<sup>28</sup>

A insustentabilidade do Estado do Bem-estar (poder político) deixou flagrante a necessidade de legitimar, via legislação, o Poder Judiciário como representante funcional da sociedade<sup>29</sup>. Neste rumo está o Doc. Téc. 319 do Banco Mundial.

---

25 VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2, p. 39-40, Nov. 2007.

26 *Ibidem*, p. 40.

27 HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 16.

28 CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito*: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 63.

29 VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Op. cit.*, p. 41.

Houve a difusão das Ações Coletivas, e a sociedade civil organizada e, principalmente, o MP, por meio destes instrumentos, colocaram o juiz como definidor das questões de políticas públicas.

Vianna, Burgos e Salles afirmam que

[...] O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos.<sup>30</sup>

#### 4. O papel das adins na postura do poder judiciário enquanto agente de políticas públicas

O papel das ADINs no fenômeno de judicialização da política está no

[...] exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou.<sup>31</sup>

Pode ser percebido o paradoxo acima, também, em relação às Ações Cíveis Públicas, quando, ao invés de rever decisão do Poder Legislativo, o Poder Judiciário se sobrepõe a decisões do Poder Executivo.

---

30 VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2, p. 41, Nov. 2007.

31 *Ibidem*, p. 41.

Vladimir Passos de Freitas, ao refletir sobre as espécies de responsabilidades decorrentes de dano ambiental, contribui para a presente pesquisa ao trazer um julgado do Superior Tribunal de Justiça em que, por meio de uma Ação Civil Pública, pode se identificar o fenômeno do *judicial review* em detrimento de decisão tomada pelo Poder Executivo.<sup>32</sup>

Quanto à conotação antidemocrática, ou de desvio de poder, que a expressão “ativismo judicial” pode adquirir, Vianna, Burgos e Salles invocaram o constitucionalista alemão Dieter Grimm, asseverando que

[...] A decisão que emprestou autoridade ao judiciário a fim de dirimir tais conflitos não foi, na origem, tomada pelo juiz, mas pelo político. Sem a vontade do político de delegar ao juiz a sua resolução, o ativismo judiciário se encontraria privado de fundamento institucional.<sup>33</sup>

Vianna, Burgos e Salles deram um diagnóstico da judicialização da política por meio do estudo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs) ajuizadas entre 1988 e 2005, que totalizam 3.648 ações judiciais.<sup>34</sup>

Classificaram as ADINs ajuizadas pelos critério da origem, do requerente, do requerido, do dispositivo legal questionado, da classe temática, do seu fundamento constitucional, e do resultado da liminar.

Observou-se que

---

32 FREITAS, Vladimir Passos de. Poluição das Águas. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito ambiental em evolução*. n. 1. 2.<sup>a</sup> ed. 8.<sup>a</sup> reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 376.

33 VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Op. cit., p. 41.

34 Ibid., p. 43.

[...] as ADINs já fazem parte do cenário natural da moderna democracia brasileira, afirmando ano após ano, ao longo de quase duas décadas, em sucessivos e diferentes governos, a sua presença institucional...”, intensificando-se ainda mais no governo do Ex-Presidente Lula.<sup>35</sup>

Das ADINs, observou-se que funcionam principalmente como controle da produção legislativa dos estados por parte do MP, quanto à moralidade administrativa e à legalidade do processo legiferante realizando, como instrumento de equalização dos conflitos de interesses entre o governador do Estado e o legislativo estadual, com o fim de um *judicial review* das decisões legislativas, principalmente quanto à estrutura administrativa estadual.<sup>36</sup>

Em que pese em escala quantitativa não tão expressiva, observou-se que a sociedade civil organizada é indutora (autora) permanente de judicialização da política via ADIN<sup>37</sup>, e, a OAB também presente de forma constante no controle do ordenamento jurídico via ADIN.

Das ADINs investigadas pela pesquisa de Vianna, Burgos e Salles, observou-se que as liminares são deferidas, no todo ou parcialmente, em significativas quantidades das ADINs, o que expressa ser o STJ “[...] bastante receptivo, especialmente no questionamento das normas produzidas pelos legislativos estaduais”.<sup>38</sup>

35 VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2, p. 43, nov. 2007.

36 Ibidem, p. 59 e 63.

37 VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Op. cit., p. 71.

38 Ibidem, p. 78.

Diante do considerado nas pontuações acima, conclui-se que as ADINs são instrumentos efetivos e constantes de judicialização da política, e conforme exercício inclusive identificado pela sociedade civil organizada, é “instrumento de defesa de minorias”, mas, em especial, revelou-se mecanismo de controle da produção legislativa estadual em dissonância com a harmonia unificadora da União.

## **5. Tendências ao fenômeno de judicialização da política consumerista no Brasil**

Pensa-se numa jurisdição de controle e coerção mundial e uniforme garantidora da concretude dos Direitos Humanos, que se sobreporá aos poderes soberanos nacionais. Vianna, Burgos e Salles perceberam que o princípio para tal já esta implementado validamente desde o Tribunal de Nuremberg, na aurora do segundo pós-guerra.<sup>39</sup>

Percebe-se que o fenômeno de judicialização da política é um dos principais caminhos para a consolidação da legitimidade da representatividade funcional do Poder Judiciário em substituição da representatividade democrática para o exercício do controle mundial.

O Constitucionalismo, surgindo no 2.º pós-guerra, se reestrutura com queda do *Welfare* em 1970, pois fez-se necessária a implementação das reformas desregulamentadoras do neoliberalismo em respostas às fortes crises econômicas de tal quebra. Conseqüentemente, o setor produtivo também se reestruturou, ao passo que o “clamor social” que, no pós-

---

39 VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Op. cit., p. 39.

-guerra, era organizado e representativo (sindicalismo e associativismo), se desorganizou e perdeu a feição institucional.<sup>40</sup>

As reformas de desenvolvimento econômico mundiais – ações de dominação de mercados do capitalismo mundializado e ações governamentais impostas pelo FMI/Banco Mundial –, submeteram países soberanos ao poder econômico do Capital<sup>41</sup>, que, por sua vez, delega aos Poderes Judiciários a função do controle e concretude de tal poder.

O Documento Técnico 319 do Banco Mundial (Reforma do Poder Judiciário da América do Sul e do Caribe): é o instrumento de uniformização dos grandes sistemas jurisdicionais nacionais soberanos que vem sendo implementado no Brasil e nos países destinatários da “cartilha” em questão. Dele surgiram, no Brasil (e nos outros países também), Lei dos Juizados Especiais, Lei de Arbitragem, a cultura da conciliação e da mediação, a Emenda Constitucional n.º 45, projeto do Novo Código de Processo Civil etc.

Interessante pensar num Poder Judiciário Mundial, com representatividade funcional de todos os povos, controlador de um governo, ou governança, mundial também<sup>42</sup>, e cujo comprometimento constitucional será o primado da União sobre a federação mundial.

Vianna, Burgos e Salles observaram que

A democratização do país em 1985 – em boa parte resultante das forças federativas em

---

40 VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2, p. 40, nov. 2007.

41 STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios*. São Paulo: Futura, 2003.

42 STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios*. São Paulo: Futura, 2003.

oposição ao governo unitário e centralizador do regime militar – paradoxalmente tem implicado tendências ao retorno de um estilo centralizador que não pode mais ser ignorado.

E consideram que

[...] Decerto que esse movimento não deriva de um plano, bem mais fruto de processos não intencionais que se têm verificado ao longo da afirmação da vida democrática no país e de inovações institucionais de caráter pontual.<sup>43</sup>

Quanto à tendência de centralização do poder de controle, observou-se que

[...] A criação do Conselho Nacional de Justiça aponta para a mesma direção, superpondo-se à Justiça dos estados uma instância de jurisdição nacional, dotada de poder de fiscalizar e punir magistrados. A formação de escolas nacionais de magistratura, ora em curso de criação, robustece ainda mais essa guinada a favor da centralização, de resto também participando no papel, hoje onipresente, da Polícia Federal.<sup>44</sup>

Vianna, Burgos e Salles observaram também que

---

43 VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2, p. 45, nov. 2007.

44 VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2, p. 45, nov. 2007.

[...] Toda essa engenharia tem levado a uma crescente expansão da burocracia, cuja ação pode vir a tolher, se não for limitada por meios de controle democráticos, a livre movimentação da sociedade civil, uma estatolatria doce, quase invisível, justificada por sua destinação social.<sup>45</sup>

Quanto ao Judiciário supranacional, atualmente, há o Tribunal de Haia, que exerce a função de Nuremberg.

O fenômeno de judicialização da política transformará o judiciário, pela sua função e não pela sua representatividade democrática (esta, no Brasil, por exemplo, ele não tem, e o fenômeno a torna dispensável), num poder legítimo de controle e coerção do Estado de Direito e da sociedade, em todos os níveis de poder e de classes.

Conrado Hubner Mendes também levanta o debate sobre como certas técnicas interpretativas utilizadas pelo STF têm aumentado seu alcance sobre a atuação legislativa; e também sobre a legitimidade democrática do modelo brasileiro de jurisdição constitucional.<sup>46</sup>

Afirma o sobredito jurista que o controle de constitucionalidade não se justificaria pela tradicional defesa dos direitos fundamentais, mas na própria separação de poderes (“perspectiva *madisoniana*”) e que o *judicial review*, além de servir de contrapeso, enriquece a qualidade argumentativa da democracia, visto proporcionar uma “interlocação institucional”.<sup>47</sup>

Neste sentido, Mendes explica que

---

45 Ibidem, p. 45.

46 MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 12.

47 Ibidem, p. 27-28.

[...] busca-se uma teoria da separação dos poderes que não esconda o desacordo e decomponha analiticamente tipos de conflito institucional, tipos de diálogos correspondentes e maneiras de encontrar soluções temporárias e legítimas.<sup>48</sup>

Os adeptos da revisão judicial, observa Conrado Hubner Mendes, não negam o papel do legislador, mas apenas não lhes atribuem a última palavra em matéria de direitos fundamentais.<sup>49</sup>

No âmbito das políticas públicas consumeristas, observe-se o exemplo da escolha de quais medicamentos serão prestados pelos Estados aos cidadãos consumidores do serviço de saúde pública. Muitas são as hipóteses em que esta escolha tenha sido de uma forma pelo Poder Executivo, e de outra pelo Poder Judiciário, obrigando-se o Estado a entregar determinado medicamento ao consumidor.

A sobredita questão está intimamente ligada ao novo modelo de Estado de Direito, que deixou de ser “Estado empresário” para assumir o papel de “Estado regulador”, cujas governança da sociedade do consumo é realizada significativamente por meio de agência reguladoras<sup>50</sup>, e o *Judicial Review* traz o Poder Judiciário como agente destas políticas públicas consumeristas também, a exemplo da revisão judicial

---

48 MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

49 Ibidem, p. 33.

50 EFING, Antônio Carlos. (Coord.). *Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009.

da Instrução Normativa 10/09 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.<sup>51</sup>

É nesta ideia de “última palavra” que pode ser compreendido o sentimento de Vianna, Burgos e Salles, que observam que

[...] sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno, na forte frase de A. Garapon.<sup>52</sup>

Percebe-se, assim, a necessidade de se legitimar, via legislação, o Poder Judiciário como representante funcional da sociedade<sup>53</sup>. Neste rumo está o Documento Técnico 319 do Banco Mundial.

É importante a difusão das Ações Coletivas, as ADINS, mas pensa-se, não com menos importância, nas Ações Cíveis Públicas, como instrumentos democráticos da sociedade para o controle do poder soberano, Legislativo e Executivo, e controle do próprio Judiciário que se submete, em tais procedimentos, às audiências públicas para a discussão dos direitos humanos difusos do litígio.

Vê-se isso na Comarca de Maringá-PR: 60% dos danos ambientais são causados pelo Poder Público Municipal. E o Judiciário intervém nos atos do Poder Executivo de modo a

---

51 EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo: consumo e sustentabilidade*. 3 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011, p. 270.

52 VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2, p. 40, nov. 2007.

53 *Ibidem*, p. 41.

obrigá-lo a reparar imediatamente o dano causado, independentemente de orçamento legal público que o preveja.

## 6. Considerações finais

A sociedade contemporânea é regida pelo consumo e tem na satisfação da legítima expectativa do consumidor a necessidade de intervenção no mercado de maneira que não se promovam necessidades inexistentes;

O Estado de Direito contemporâneo é compreendido como um Estado Constitucional e se realiza em governo por políticas públicas, que promoverão a garantia da satisfação da legítima expectativa do consumidor.

Pensa-se que o Poder Judiciário se apresenta como agente realizador de políticas públicas consumeristas, cujo papel é possível por meio do fenômeno do *judicial review*.

Há que se preocupar com o fenômeno do *judicial review* em razão de sua implicação para com a sua sobreposição às decisões democráticas tomadas pelos outros âmbitos de Poder do Estado brasileiro.

Percebe-se a tendência mundial de inserção do Poder Judiciário como agente de políticas públicas, cujos caminhos são abertos por meio de reformas, a exemplo das reformas programadas pelo o Documento Técnico 319 do Banco Mundial.

## Referências

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 401021-ES*, Relator Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 17.12.2002.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 517743-RJ*, 1.ª Turma, Relator Ministro Eros Roberto Grau, julgado em 31.05.2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 381*, Publicado no *Diário da Justiça* eletrônico em 05/05/2009.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2009. Tese. (Doutorado). Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/fr.php>. Acessado em: 11jun. 2012.

CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Tradução Léidio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo: consumo e sustentabilidade*. 3 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.

\_\_\_\_\_. (Coord.). *Agências reguladoras e a proteção do consumidor brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009.

FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito ambiental em evolução* n. 1. 2. ed. 8.ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Campinas: Servanda, 2010.
- LORENZONI NETO, Antonio. *Contrato de créditos de carbono: análise crítica das mudanças climáticas*. Curitiba: Juruá, 2009.
- MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SEN, Amartya. KLIKSBURG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. Tradução Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios*. São Paulo: Futura, 2003.
- VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n. 2, nov. 2007.

# RESPONSABILIDADE CIVIL NO PÓS-CONSUMO: ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIOLÓGICOS

---

Antônio Carlos Efig

Silvio Alexandre Fazolli

## 1. Introdução

Desde o início do processo de industrialização iniciado no século XVIII, e como fator de garantia da continuidade deste<sup>1</sup>, os interesses hegemônicos do mercado capitalista vêm lançando mão de políticas de incentivo ao consumo. A ideia de perenidade que sempre recaiu sobre certos bens que circundam nosso cotidiano (casas, carros, televisores etc.) foi substituída pela falsa noção de contentamento, proporcionada pelo efêmero prazer da aquisição de um novo produto.

Percebe-se, pois, o deslocamento de valores, na formulação do novo paradigma utilitarista, implantado a partir da sociedade contemporânea, então denominada “sociedade de consumo”<sup>2</sup>, marcada pela perda da autossuficiência indi-

---

1 MOREIRA, Danielle de Andrade. Responsabilidade ambiental pós-consumo. *Revista de Direito Ambiental* n.º 63, São Paulo: RT, jul-ago. 2011, p. 174.

2 Aspecto da “Sociedade de Risco”, apregoada por Ulrich Beck (cf. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010).

vidual na obtenção de alimentos, moradia e outros produtos e serviços essenciais<sup>3</sup>.

Assim, para que se abra espaço ao avassalador mercado de consumo, novas necessidades são constantemente criadas e reinventadas sob outras perspectivas. A “obsolescência programada”<sup>4</sup> é a diretriz ditada pelos fornecedores e prontamente acatada pela parte mais frágil da relação comercial, os consumidores, cada vez mais suscetíveis a modismos e outras manifestações de condutas de autoafirmação que, em verdade, visam assegurar a expansão mercadológica do sistema capitalista.

Diante da difícil – e, quiçá irreversível – mudança nos padrões de aquisição de bens<sup>5</sup>, o ordenamento jurídico se viu obrigado a implementar posturas de contenção, almejando, principalmente, a manutenção da higidez ambiental indispensável à sobrevivência humana digna, “em uma concepção jurídico-política de solidariedade”.<sup>6</sup>

Em uma das frentes de atuação do Estado, na regulamentação das condutas humanas em prol da sustentabilidade, foi editada a Lei n.º 12.305/10, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Dentre os conceitos e determinações advindos com a nova lei, destaca-se a menção feita ao sistema de “responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos” (Art. 3.º, inc. XVII), assim entendida a

---

3 EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo: consumo e sustentabilidade*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 244-245, nota 374.

4 Idem, p. 131.

5 ROMEIRO, Ademar Ribeiro et al. *Economia do meio ambiente: teoria e prática*. Peter H. May, Maria Cecília Lustosa e Valéria da Vinha (Orgs.). Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 5.

6 LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 93.

divisão do ônus entre os integrantes da cadeia de consumo, pelo passivo ambiental provocado pela destinação final dos produtos, após o exaurimento do ciclo de consumo, com o descarte final, feito pelo consumidor – processo, este, cada vez mais acentuado pelo advento de “novas necessidades”, conforme já enfatizado.

Com a falta de políticas públicas voltadas para o problema do pós-consumo, em especial para a educação ambiental, e a deficiência da atividade fiscalizadora que deveria ser promovida pelos órgãos públicos encarregados da gestão ambiental preventiva e reparatória<sup>7</sup>, vem se demonstrando comum e perigoso o depósito clandestino de resíduos sólidos em áreas impróprias, feito pela população urbana.

Na cidade de Maringá-PR, constataram-se significativas quantidades de lixo de diversas espécies (recicláveis e não recicláveis), sem qualquer tipo de separação, inclusive, descartadas às margens da linha férrea para transporte de mercadorias, que cruza o perímetro urbano de Maringá, de utilização concedida à empresa ALL - América Latina Logística do Brasil S/A.

Em que pese não estar englobada pela legislação atual, dentre os corresponsáveis pelo ciclo de vida do produto, se procurará retratar a responsabilidade civil da pessoa jurídica, concessionária do serviço público em questão (transporte de mercadorias por linha férrea), com vistas à ampliação do conceito de responsabilidade compartilhada, implementado pela Lei 12.305/10.

---

7 MOREIRA, Danielle de Andrade. Responsabilidade ambiental pós-consumo. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 63, p. 164, ul/ago., 2011,

## **2. Limitações da responsabilidade civil objetiva e da responsabilidade compartilhada em matéria de pós-consumo**

O fenômeno da constitucionalização do Direito, calcado na integração de disciplinas jurídicas para a obtenção das finalidades básicas, asseguradas pela Constituição Federal, tem se mostrado responsável pela aproximação e complementação de ideias de origens distintas, ocasionando a superação do conhecido dogma separatista entre Direito Público e Privado.

Mais do que se preocupar com classificações e rótulos, a comunidade jurídica atual tem por desafio promover a defesa dos “novos direitos” (consumidor, meio ambiente, criança e adolescente, dentre outros), valendo-se, para tanto, de conhecidos mecanismos jurídicos, cuja origem remonta à épocas pretorianas. Dentre estes, vale destacar o significativo papel assumido pela responsabilidade civil, na incansável (e quase sempre inatingível) busca pelo restabelecimento do status quo ante, retirando-se o dano, moral ou patrimonial<sup>8</sup>.

Sob este novo panorama, evidenciaram-se os inconvenientes ocasionados pela discussão da culpa do agente causador do dano, dadas as peculiaridades que circundam as novas relações jurídicas que se afirmaram ao longo da história recente. Positivou-se, então, para certos casos, o sistema da responsabilidade civil objetiva, no intuito de melhor proteger a coletividade, vulnerabilizada em diversos aspectos e manifestações (ambientais, trabalhistas, consumeristas etc.). Essa orientação restou albergada pelo texto constitucional (Arts. 37, § 6.º; 21, inc. XXIII, d) e replicada por leis esparsas, organizadas em torno de microsistemas de proteção, valendo a

---

8 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 244.

pena destacar: Lei 8.078/90 (especialmente nos Arts. 12, 14 e 18); Lei 6.938/81 (Art. 14, § 1.º) e Lei 12.306/10 (Art. 51).

Até mesmo o Código Civil vigente, de tradição individualista e subjetivista, aceita a dispensa da culpa (Art. 927, parágrafo único) ou mesmo presume esta (Arts. 932, 936, 937, 938, dentre outros) em certas circunstâncias em que sua prova se mostraria difícil ou inviável (*probatio diabolica*<sup>10</sup>), o que acabaria por ensejar prejuízos ao bem jurídico tutelado.

Embora se mostre mais adequada – se comparada ao sistema anterior, de responsabilidade subjetiva – à proteção de valores ambientais e, conseqüentemente, da coletividade de consumidores, tem-se que a dispensa da prova acerca do elemento culpa, repaginando os pressupostos da responsabilidade civil para situações específicas, ou mesmo a inversão do ônus da sua prova ainda não se mostram plenamente capazes de ofertar a proteção esperada do sistema normativo vigente.

Seguindo a vertente da responsabilidade civil objetiva, e como uma evolução desta para assuntos relacionados ao pós-consumo, estabelece o art. 3.º, inc. XVII, da Lei 12.305/10, a “responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos”<sup>11</sup>, corresponsabilizando os integrantes da cadeia de

---

9 Após comentar o art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/81, afirma Carlos Roberto Gonçalves pela irrelevância da ilicitude da conduta praticada, bastando, para acarretar a responsabilização do agente, que tal atitude gere prejuízos ambientais (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119).

10 Prova difícil ou impossível de ser produzida.

11 Definida pela Lei 12.305, Art. 3.º, inc. XVII, como “conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos desta Lei”.

consumo, desde à fabricação até a final disposição/descarte do bem, pelo consumidor.

Segundo se depreende do conceito legal, verifica-se que o atual sistema de responsabilidade compartilhada, embora represente inegável evolução legislativa em matéria de pós-consumo, não é capaz de alcançar terceiros, estranhos ao ciclo de vida dos produtos, mas que oferecem significativa contribuição para a poluição ocasionada.

É o que se pretende demonstrar por meio do estudo de caso, envolvendo a disposição de resíduos sólidos às margens da rede ferroviárias, em perímetro urbano da cidade de Maringá-PR.

### **3. Resíduos sólidos depositados às margens da linha férrea: uma realidade maringaense**

Em trecho de cerca de dois quilômetros, margeando linha férrea de utilização concedida à empresa América Latina Logística do Brasil S/A, constata-se a presença de toneladas de lixo urbano, depositado de forma irresponsável por populares, desprovidos de senso de “controle crítico”<sup>12</sup>. Restos de construção civil, televisores, sofás, computadores e outras variedades de produtos domésticos são encontrados, dispostos em montes, situados no espaço de poucos metros, coberto por grama, que separa a linha férrea da pista de rolamento para veículos automotores.

A situação relatada foi devidamente comprovada por visita ao local indicado, mais especificamente no trecho situado na saída do túnel do trem (sentido Município de Sarandi) que se desloca sob espaço urbano denominado “novo

---

12 EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo: consumo e sustentabilidade*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 125.

centro”. Anotações e fotos documentaram a degradação ambiental a que fora submetida à referida área, bem como os riscos de acidentes, ferroviários e rodoviários, provocados pela possível obstrução de vias, pelo lixo depositado e os correlatos riscos à saúde pública, visto que esse material assim irregularmente disposto, configura-se local propício ao desenvolvimento de insetos (como o mosquito da dengue, p.ex.). A matéria foi discutida em reunião da Comissão do Meio Ambiente da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Maringá, e vem fomentando a implementação de projeto de extensão acadêmica, voltado para o apoio à comunidade local.

Neste contexto, passa-se a indagar sobre a possível flexibilização do conceito de responsabilidade compartilhada, trazido pela Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, com vistas a obter maior responsabilização da empresa concessionária de serviços públicos.

#### **4. Responsabilização legal das partes envolvidas**

Antes de discorrer sobre as possibilidades jurídicas de aplicação dos dispositivos da Lei 12.305/10 para, no problema apresentado, enquadrar todos os envolvidos no processo produtivo que desencadeia o acúmulo indevido de lixo (empresa concessionária e o Poder Público concedente, inclusive), enquanto membros do ciclo de vida do produto, sucintamente, passa-se a analisar o sistema de responsabilidade civil vigente, aplicável aos danos ambientais, em especial oriundos do depósito inadequado de resíduos sólidos, ocasionados ou não em virtude de relação de consumo.

Pela superação dos pressupostos da responsabilidade civil clássica (baseada na conjunção de três elementos básicos:

dano, nexo causal e culpa do agente), com vistas ao atendimento da realidade ambiental<sup>13</sup> e desprendimento das relações patrimoniais individuais, destaca a autora argentina Graciela Messina de Estrella Gutiérrez:

Persuadidos de la imposibilidad de encontrar soluciones en el sistema de responsabilidad civil, un grupo de juristas con criterios o principios distintos justificaron una disciplina propia. Sus sostenedores afirman y propugnan su independencia en el entendimiento que el derecho ecológico forma una ciencia distinta que no podría encasillarse ni em derecho público ni em el privado, pues este último rige relaciones particulares entre los individuos. Como dice Pigretti, ‘el sistema de responsabilidad civil no fue pensado para atender lās relaciones del hombre con la naturaleza’. La responsabilidad civil es patrimonial, de hombre a hombre. – Por tal razón es difícil concebir la existência de los denominados intereses difusos, acciones de clases o acciones ecológicas, que suponen una interrelación del hombre com el grupo social y que, en consecuencia, superan la relación patrimonial individual.<sup>14</sup>

---

13 CARVALHO, Daniela Marques de. À procura de uma teoria de causalidade aplicável à responsabilidade civil ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 62, p. 15, abr/jun., 2011.

14 GUTIÉRREZ, Graciela Messina de Estrella. Daño ambiental: derecho romano y unificación del derecho. Experiencia europea y latinoamericana. *Revista de Direito Ambiental*, n. 26, p. 9-25, abr./jun. 2002.

Tendo por escopo assegurar a internalização das externalidades ambientais negativas, pelo próprio setor produtivo e/ou pelo Estado, o ordenamento jurídico brasileiro optou pela adoção de uma responsabilidade civil objetiva (Lei 6.938/81, art. 14, § 1.º), dispensando a prova da culpa para a sua configuração. A justificativa teórica para tanto se encontra na adoção da Teoria do Risco que, em suas diversas modalidades (risco proveito, criado, excepcional, profissional, administrativo e integral), almeja compensar as dificuldades probatórias que circundam a apuração da responsabilidade civil ambiental, quer no que se refere à demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) quer na configuração do nexo de causalidade entre a atitude do agente e o dano, além de mitigar a incidência das excludentes de ilicitude.<sup>15</sup>

Diante da brevidade do tema e evitando-se divagações desnecessárias, tecer-se-ão comentários sobre as duas últimas evoluções da Teoria do Risco que, atualmente, justificam a responsabilização do Estado (Risco Administrativo) e de particulares (Risco Integral), cuja inclusão no sistema de responsabilidade compartilhada se defenderá a seguir, como forma de assegurar a função redistributiva do princípio do poluidor-pagador.<sup>16</sup>

Dentre aqueles que poderiam contribuir para a incorreta destinação dos resíduos sólidos, encontra-se o Estado; passível, aliás, de responsabilização objetiva pelos prejuízos causados por seus agentes, ou particulares, que lhes façam as vezes (no caso em estudo, a empresa concessionária), conforme prescrição inserta no Art. 37, § 6.º da Constituição Federal.

---

15 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 155.

16 MOREIRA, Danielle de Andrade. Responsabilidade ambiental pós-consumo. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 63, p. 163, jul/ago., 2011.

Através da disposição constitucional retro, o ordenamento interno passa a acatar, em relação ao Estado, a Teoria do Risco Administrativo, de vertente protecionista, segundo a qual o dever estatal de cuidado decorreria do sacrifício feito pelo cidadão ao abrir mão de seu estado de liberdade absoluta para viver em uma sociedade de regras, gerida por um ser constituído para fins de promoção do interesse público primário (da população).

Tal medida, em que pese a compatibilidade com o sistema do Welfare State, do Estado garantista, acaba fazendo com que este suporte o passivo ambiental gerado por atividade produtiva particular, medida que, em última análise, onera a coletividade, constituinte e mantenedora econômica do ser abstrato.

Como sucedâneo evolutivo da Teoria do Risco Administrativo, visando facilitar a recomposição do meio ambiente degradado, em favor das presentes e futuras gerações, o sistema normativo passa a acolher a Teoria do Risco Integral (Lei 6.938/81, art. 3.º, inc. IV)<sup>17</sup>, que, em prol do atendimento aos princípios da precaução e da prevenção, fragiliza a necessidade de demonstração do nexo de causalidade entre o prejuízo ambiental e a atividade desenvolvida pelo agente. Mais abrangente que as modalidades anteriores, o risco integral compreenderia as atividades de empresa, administração, além de outros perigos criados em razão da atividade humana, lucrativa ou não.<sup>18</sup>

Elimina-se, portanto, qualquer discussão sobre a origem da conduta (se perigosa, lucrativa, profissional, administrativa etc.),

---

17 Dispositivo que também serve de fundamentação, ao lado do art. 942, última parte do Código Civil, para a configuração do vínculo de solidariedade entre os poluidores.

18 NORONHA, F. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n.º 761, p. 37, mar., 1999.

bastando, para a configuração a responsabilidade, “a mera existência do risco gerado pela atividade, intrínseco ou não a ela”<sup>19</sup>, dispensando-se, por conseguinte, a prova acerca da causalidade adequada. Todos os fatores que indiretamente facilitaram a ocorrência do evento danoso, antes denominados “condições”, são erigidos à “causas”. Defende Annelise Monteiro Steingleder a existência de uma “conexão” presumida:

[...] extraída dos princípios da precaução e do poluidor-pagador, com o que se redefinem os objetivos da responsabilidade civil, que migram de uma perspectiva nitidamente privada e voltada para a proteção individual, para uma perspectiva ampliada de garantia de incolumidade dos bens de titularidade difusa, percebendo-se aqui a funcionalização social da responsabilidade civil.<sup>20</sup>

Esta modalidade, prescindindo, até mesmo, da confirmação científica acerca da identificação da causa, contenta-se com a mera probabilidade, dando ensejo à inversão do ônus da prova, em desfavor do suposto poluidor.

Não obstante a eficiência das teorias do risco, para a responsabilização dos envolvidos em danos ambientais, acredita-se que tais agentes (públicos e privados), sempre que a poluição seja decorrente de resíduos sólidos de pós-consumo, poderiam, complementarmente, ser enquadrados no sistema de responsabilidade compartilhada, conforme se discutirá a seguir.

19 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 201.

20 Op. cit., p. 204.

## 5. Da possível ampliação da responsabilidade compartilhada

Consoante demonstrado no item 2 do presente estudo, o sistema de responsabilidade compartilhada, interpretado de acordo com os elementos fornecidos pelo inc. XVII, do Art. 3.º, da Lei 12.305/10, mostra-se incapaz de alcançar empresa do setor privado que falha no dever de conservação do entorno da área explorada<sup>21</sup>, responsabilidade civil por omissão.

Mesmo não mencionada pela Lei 12.305/10, acredita-se que a empresa concessionária de serviço público em questão, assim como outras pessoas (físicas e jurídicas) que, de alguma forma, colaborarem para a destinação incorreta dos resíduos sólidos do pós-consumo, deveriam ser consideradas participantes do “ciclo de vida dos produtos”.

A ideia da figura de um “fornecedor por equiparação” – além de proposta de lege ferenda para alteração da Lei 12.305/10 – em uma interpretação a favor consumidor e pro ambiente, seria concebível, analogicamente, a partir do disposto pelo Art. 17, do Código de Defesa do Consumidor, quando alberga, na categoria de consumidor, todas as vítimas de acidente oriundo da relação de consumo.

Poderia se indagar sobre a utilidade da criação desta novel categoria (“fornecedor por equiparação”), para fins de enquadramento do poluidor nos termos da responsabilidade compartilhada se, tais agentes já se encontram vinculados pela ideia do risco administrativo e do risco integral.

De fato, embora não represente significativa alteração para fins de reparação do bem jurídico lesionado (meio am-

---

21 No que se refere à viabilidade de imposição de condutas às empresas concessionárias de serviço público, com vistas à asseguuração de padrões ambientais, veja-se o precedente jurisprudencial: STF, RG no RE 627.189/SP, j. 22.09.2001.

biente ecologicamente equilibrado), visto que os agentes externos ao ciclo de vida do produto podem continuar, objetiva e solidariamente, responsáveis pelos danos<sup>22</sup>, na hipótese examinada, acredita-se que a extensão do conceito de responsabilidade compartilhada agregaria mecanismos à Política Nacional dos Resíduos Sólidos, integrando terceiros ao microsistema analisado. A própria legislação em comento, em seu art. 1.º, § 1.º, menciona estarem sujeitos às suas disposições “as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos”.

Ao assim proceder, estar-se-ia ampliando a função<sup>23</sup> da responsabilidade civil, para além da simples reparação do dano, na media em que seriam impostos ao poluidor outros deveres, prescritos pela lei especial.

Se considerada pela legislação base de resíduos sólidos como integrante do ciclo de vida do produto (Art. 3.º, inc. IV – ainda que por equiparação), poderia se exigir da concessionária de serviço público, de acordo com a responsabilidade compartilhada (Art. 3.º, inc. XVII), maior cooperação e engajamento nas políticas de destinação dos resíduos sólidos depositados às margens da ferrovia.

Para tais fins, estaria a concessionária sujeita a: a) celebrar acordos setoriais com o Poder Público e outros agentes privados (Art. 3.º, inc. I); b) permanecer vinculada ao

---

22 Sobre a irrelevância da ilicitude da conduta, caracterizando a responsabilidade civil solidária entre o Poder Público e a concessionária: STJ, 2.ª T., REsp 28.222/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, julgado em 15/02/2000, DJ 15/10/2001, p. 253.

23 Sobre a ampliação da responsabilidade civil neste final de milênio, albergando, inclusive, a função *sancionatória*, anteriormente reservada ao Direito Penal, bem como uma função *preventiva* ao dano: NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n.º 761, p. 40-41, mar., 1999.

exercício do controle social (inc. VI) por parte da população, quando da renovação do contrato de concessão; c) ser compelida a promover a disposição final ambientalmente correta (inc. VIII) dos rejeitos que, por falha de fiscalização, acabou permitindo que se acumulem no entorno de sua área de exploração; d) promover, ainda que coercitivamente, a gestão integrada dos resíduos sólidos (inc. XI); e) ser incluída como corresponsável pela logística reversa (inc. XII), promovendo a separação e o envio dos resíduos encontrados às suas origens; f) auxiliar o Poder Público na fiscalização dos fabricantes para que promovam o recolhimento dos restos dos produtos consumidos (logística reversa); g) incentivar e financiar usinas de reciclagem (inc. XIV); h) implementar pagamento de taxa municipal de coleta de resíduos sólidos, mediante envio de guia de cobrança<sup>24</sup>; etc.

Logo, pelo extenso rol de atividades passíveis de serem exigidas da empresa concessionária, acredita-se na viabilidade da ideia proposta, enquadrando-se o empreendedor privado no sistema de responsabilidade compartilhada.

## 6. Considerações finais

A ineficiência das políticas públicas municipais de gerenciamento dos resíduos sólidos urbanos, de educação ambiental e do consumidor, aliada à falta de fiscalização por parte da concessionária de transporte ferroviário, acabou por

---

24 STJ, 2.<sup>a</sup> T., AgRg no REsp 1127150/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 17/12/2009, DJe 19/02/2010. Sobre a constitucionalidade da referida taxa: STF, 2.<sup>a</sup> T., RE 411251 AgR, Relator Min. Eros Grau, julgado em 04/09/2007, DJe-112 DIVULG 27-09-2007 PUBLIC 28-09-2007 DJ 28-09-2007 PP-00066 EMENT VOL-02291-04 PP-00713.

ocasionar depósito irregular de lixo urbano – consequência do pós-consumo – às margens da ferrovia.

O material ali acumulado, além de originar poluição (solo, recursos hídricos etc.), é potencial fonte causadora de acidentes<sup>25</sup>, ferroviários e rodoviários, vez que o lixo depositado se acumula entre ambas as linhas de transporte e coloca em risco a saúde da comunidade local.

Os envolvidos na situação descrita (Poder Público municipal e empresa concessionária do serviço público) são objetiva e solidariamente responsáveis, sob a justificativa teórica da Teoria do Risco, nas modalidades de Risco Administrativo e Risco Integral.

Verificou-se que a flexibilização do conceito de responsabilidade compartilhada, trazido pela Lei 12.305/10, para englobar (ainda que por equiparação) os agentes acima especificados, acabaria por ofertar diversos benefícios aos interesses da coletividade, conforme sugestões feitas ao final do item 5, contribuindo para o aperfeiçoamento e a integração dos microsistemas jurídicos ambiental e consumerista.

## Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

---

25 Acerca a responsabilidade das estradas de ferro por danos causados em decorrência de sua atividade, *vide* art. 26, do Decreto n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que dispõe: *As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração de suas linhas causar aos proprietários marginais* (in VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil* – vol. 4: Responsabilidade Civil. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 179).

Sérgio Cavalieri Filho, em comentário à Lei das Estradas de Ferro, menciona a sua constante atualização por meio de decisões judiciais, que fazendo com que a utilidade da norma fosse assegurada aos problemas atuais (CAVALIERI FILHO, Op. cit., p. 330).

- BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- CARVALHO, Daniela Marques de. À procura de uma teoria de causalidade aplicável à responsabilidade civil ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT n.º 62, p. 11-54, abr/jun., 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.
- EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo: consumo e sustentabilidade*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GUTIÉRREZ, Graciela Messina de Estrella. Daño ambiental: derecho romano y unificación del derecho. Experiencia europea y latinoamericana. *Revista de Direito Ambiental*, n. 26, p. 9-25, abr./jun. 2002.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MOREIRA, Danielle de Andrade. Responsabilidade ambiental pós-consumo. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RTn.º 63, p. 157-179, jul/ago., 2011.
- NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais* n.º 761, São Paulo: RT, mar., 1999, p. 31-44.
- ROMEIRO, Ademar Ribeiro et al. *Economia do meio ambiente: teoria e prática*. Peter H. May, Maria Cecília Lustosa e Valéria da Vinha (Orgs.). Rio de Janeiro: Campus, 2003.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – vol. 4: Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

## Sobre os autores

### *Antônio Carlos dos Santos*

Doutor em Direito (Lovaina-a-Nova), Professor da Universidade Autónoma de Lisboa, Membro do IDEFF/ FDL e do Gabinete de Estudos da OTOC.

### *Antônio Carlos Efig*

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (graduação, especializações, mestrado e doutorado). Professor do Estação *Convention Center*. Professor da Escola da Magistratura do Paraná.

### *Antonio Lorenzoni Neto*

Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direitos Supraindividuais pela Universidade Estadual de Maringá. Professor do Curso de Direito da Faculdade Maringá e do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR).

### *Aroldo Bueno de Oliveira*

Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. Advogado.

### *Carlos Eduardo Corrêa Crespi*

Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Gestão Tributária pela Universidad de Castilla-La Mancha.

### *Daniel Jimenez Ormianin*

Mestrando pela PUC-PR. Advogado no Estado do Paraná. Pesquisador.

### *Eduardo Gaban*

Ph.D. in Law at PUC/SP and at New York University (Visiting Fulbright Scholar), LL.M. and Bachelor of Law at PUC/SP. Professor of Law at UNIMAR, in the Master in Laws Degree Program.

### *Guilherme Waldemar d'Oliveira Martin*

Doutor em Direito e Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa.

### *Heleno Taveira Torres*

Professor e Livre Docente de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Vice-Presidente da *International Fiscal Association* IFA. Advogado.

### *Isabel Vieira dos Reis*

Advogada, Garrigues Portugal

*Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira*

Doutora em Direito pela PUC-SP e Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR.

*Marcelo Farina Medeiros*

Mestrando do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília-UNIMAR.

*Marcia Carla Pereira Ribeiro*

Professora titular de Direito Societário da PUCPR, Professora associada de Direito Comercial da UFPR, pós-doutora pela EDSP/FGV e pela Universidade de Lisboa. Procuradora no Estado do Paraná.

*Marlene Kempfer*

Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora na Universidade Estadual de Londrina e na Pontifícia Universidade Católica do Paraná-Londrina.

*Paulo Roberto Pereira de Souza*

Doutor em Direito pela PUC-SP e Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília-UNIMAR.

*Ruy de Jesus Marçal Carneiro*

Doutor em Direito pela PUC-SP e professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR

*Silvio Alexandre Fazolli*

Mestre em Tutela dos Direitos Transindividuais pela Universidade Estadual de Maringá. Professor da Universidade Estadual de Maringá. Professor Assistente da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

*Valesca Raizer Borges Moschen*

Professora Associada do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Coordenadora do Programa de Pós-Graduação *Sricto Sensu* em Direito da UFES, Doutora em Direito Universidade de Barcelona.

*Wildemar Roberto Estralioto*

Mestrando do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR. Professor universitário e advogado.



