

DIREITO EMPRESARIAL ATUAL

JOÃO DÁCIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM
FÁBIO APPENDINO
LUCIANA GOULART FERREIRA SALIBA
Organizadores

DIREITO EMPRESARIAL ATUAL
NACIONAL E INTERNACIONAL



Belo Horizonte
2011



Copyright © 2011 Editora Del Rey Ltda.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios empregados, sem a permissão, por escrito, da Editora.

Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*

EDITORA DEL REY LTDA.
www.livrariadelrey.com.br

Editor: Arnaldo Oliveira

Editor Adjunto: Ricardo A. Malheiros Fiuza

Editora Assistente: Waneska Diniz

Coordenação Editorial: Letícia Neves

Diagramação: Reginaldo César Pedrosa

Revisão: Responsabilidade do autor

Capa: CYB Comunicação

Editora / MG

Av. Contorno, 4355 – Funcionários
Belo Horizonte-MG – CEP 30110-027
Telefax: (31) 3284-5845
editora@delreyonline.com.br

Conselho Editorial:

Alice de Souza Birchall

Antônio Augusto Cançado Trindade

Antonio Augusto Junho Anastasia

Aroldo Plínio Gonçalves

Carlos Alberto Penna R. de Carvalho

Celso de Magalhães Pinto

Dalmar Pimenta

Edelberto Augusto Gomes Lima

Edésio Fernandes

Fernando Gonzaga Jayme

Hermes Vilchez Guerrero

José Adércio Leite Sampaio

José Edgard Penna Amorim Pereira

Misabel Abreu Machado Derzi

Plínio Salgado

Réнан Kfuri Lopes

Rodrigo da Cunha Pereira

Sérgio Lellis Santiago

D598 Direito Empresarial atual: nacional e internacional. / Organizadores: João Dácio de Souza Pereira Rolim, Fábio Appendino e Luciana Goulart Ferreira Saliba. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

496 p.

ISBN 978-85-384-0211-4

Celebrando os 18 anos de atuação profissional do escritório Rolim, Viotti & Leite Campos Advogados.

Artigos de: Alessandro Mendes Cardoso, Eloi Vasconcelos de Oliveira, André Maruch, Armênio Lopes Correia, Carla Ávila Nascimento, Cristiano Augusto G. Viotti, Carolina Queiroz P. D. de Melo, Diogo Leite de Campos, Eduardo Baistrocchi, Fábio Appendino, Alessandra Rezende Torres, Marina Ferrara, Helvécio Franco Maia Júnior, Flávia Siqueira Costa Pereira, Frederico de Almeida Fonseca, Ana Carolina Moreira Garcia, João Dácio Rolim, Leonardo Pereira Lamego, Gustavo Niskier, Luis Gustavo Miranda de Oliveira, Marciano Seabra de Godoi, Daniela Silveira Lara, Maria João C. P. Rolim, Gilberto Ayres Moreira, Natália Miranda Sadi, Deliana Salomão de Castro, Mariana Belisário dos Santos, Rafael Santiago Costa, Raphael Silva Rodrigues, Ricardo Alvarenga, Tathiana de Souza Pedrosa, Paulo Honório de Castro Junior

1. Direito Empresarial. I. Rolim, João Dácio de Souza Pereira (Org.). II. Appendino, Fábio (Org.). III. Saliba, Luciana Goulart Ferreira (Org.). IV. Rolim, Viotti & Leite Campos Advogados

CDD: 342.2 CDU: 347.7

Bibliotecária responsável: Nilcéia Lage de Medeiros
CRB/6-1545

Sumário

INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DOS INSTITUTOS DA PENA DE PERDIMENTO E DO EX-TARIFÁRIO

Alessandro Mendes Cardoso

Eloi Vasconcelos de Oliveira 1

CONSUMER PROTECTION FOR AIR PASSENGERS IN CASES OF NATURAL PHENOMENA

André Maruch 23

IMPOSSIBILIDADE DA EXIGÊNCIA DO ICMS NAS LIGAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS MEDIANTE FRAUDE. ANÁLISE DE DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Armênio Lopes Correia

Carla de Ávila Nascimento 35

ENCARGOS E TRIBUTOS DO SETOR ELÉTRICO: INCIDÊNCIAS CUMULATIVAS E INTERFERÊNCIA DA POLÍTICA FISCAL

Cristiano Augusto G. Viotti

Carolina Queiroz P. D. de Melo 47

SECURITIZAÇÃO (TITULARIZAÇÃO) DE CRÉDITOS FUTU-
ROS (EM DIREITO PORTUGUÊS)

Diogo Leite de Campos.....65

TRANSFER PRICING DISPUTE RESOLUTION (1842-2011):
TOWARDS A GLOBAL CONVERGENCE THAT WILL INCLU-
DE BRAZIL?

Eduardo Baistrocchi95

CONFLITO DE INTERESSES NOS CONTRATOS ENTRE PAR-
TES RELACIONADAS NA JURISPRUDÊNCIA DA CVM

Fábio Appendino

Alessandra Rezende Torres

André Maruch 119

AQUISIÇÃO E ARRENDAMENTO DE IMÓVEIS RURAIS
POR PESSOAS JURÍDICAS BRASILEIRAS COM CAPITAL
MAJORITÁRIO ESTRANGEIRO

Fábio Appendino

Marina Ferrara

André Maruch 133

O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A
TUTELA DA EVIDÊNCIA: ASPECTOS RELEVANTES PARA
AS DEMANDAS TRIBUTÁRIAS

Helvécio Franco Maia Júnior

Flávia Siqueira Costa Pereira 149

A INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NO CONTEXTO DOS IN-
CENTIVOS FISCAIS DA LEI DO BEM. A EXPERIÊNCIA
BRASILEIRA

Frederico de Almeida Fonseca

Ana Carolina Moreira Garcia 171

A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A ARBITRAGEM PÚBLICA E PRIVADA NO BRASIL COMO FATORES POSITIVOS PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL

João Dácio Rolim189

PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DE GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS INDUSTRIAIS À LUZ DA LEI FEDERAL Nº 12.305/2010

Leonardo Pereira Lamego199

RESERVA LEGAL NA PESQUISA MINERAL: ANÁLISE DA EXIGÊNCIA DE REGULARIZAÇÃO DE RESERVA LEGAL COMO CONDIÇÃO PARA A PESQUISA MINERAL

Gustavo Niskier

Leonardo Pereira Lamego223

CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO: ALOCAÇÃO DE RISCOS E INTEGRAÇÃO ENTRE PROJETO E CONTRATO

Luis Gustavo Miranda de Oliveira251

RELACIONANDO PARCERIA PÚBLICO PRIVADA E *PROJECT FINANCE*

Luis Gustavo Miranda de Oliveira267

A INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO À EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO CRIADA PELA LEI N. 11.652/2008 DAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO

Marciano Seabra de Godoi

Daniela Silveira Lara293

ENERGY SERVICES AND TRADE LIBERALIZATION: THE
LIMITS OF THE WTO GENERAL AGREEMENT ON TRADE
IN SERVICES – GATS

Maria João C. P. Rolim

Gilberto Ayres Moreira311

A ADOÇÃO DA *POISON PILL* ESTATUTÁRIA NO BRASIL –
OS RISCOS DA IMPORTAÇÃO DO MODELO AMERICANO

Natália Miranda Sadi

Deliana Salomão de Castro

Mariana Belisário dos Santos.....363

SIGILO BANCÁRIO: UMA ABORDAGEM ATUAL

Rafael Santiago Costa.....383

REPERCUSSÃO PENAL DA INADIMPLÊNCIA TRIBUTÁRIA:
TRATAMENTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL

Rafael Santiago Costa

Raphael Silva Rodrigues.....417

PANORAMA DO SETOR AEROPORTUÁRIO NO BRASIL

Ricardo Alvarenga449

NATUREZA E EFEITOS DA CONFISSÃO E RENÚNCIA EM
MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Tathiana de Souza Pedrosa

Paulo Honório de Castro Junior459

Apresentação

Temos a honra de levar a público o livro *Direito Empresarial Atual*, que foi idealizado e organizado para comemorar o 18º aniversário da sociedade de advogados Rolim, Viotti & Leite Campos Advogados.

O livro contém 22 artigos, dispostos em 496 páginas. Todos os artigos, nacionais e estrangeiros, são inéditos e foram escritos por sócios e advogados do Escritório. Eles versam sobre assuntos variados de Direito Tributário, Societário, Ambiental, Aeronáutico, Regulatório, Aduaneiro, Investimento Estrangeiro, Arbitragem e Infraestrutura, a saber:

1) Alessandro Mendes Cardoso e Eloi Vasconcelos de Oliveira escreveram o artigo **Interpretação Jurídica dos Institutos da Pena de Perdimento e do Ex-tarifário**, em que analisam os parâmetros de interpretação jurídica aplicáveis aos institutos da pena de perdimento e do ex-tarifário, a partir da legislação em vigor e, principalmente, da jurisprudência dos tribunais;

2) André Maruch elaborou o artigo **Consumer Protection for Air Passengers in Cases of Natural Phenomena**, que versa sobre as normas internacionais que regulam as possibilidades e limites de indenização de passageiros de empresas aéreas por danos impostos a eles em virtude da ocorrência de fenômenos naturais, tais como erupções de vulcões e demais intempéries;

3) Armênio Lopes Correia e Carla de Ávila Nascimento redigiram o artigo **Impossibilidade da Exigência do ICMS nas Ligações Telefônicas Realizadas Mediante Fraude**, em que analisam

decisão do Superior Tribunal de Justiça que entendeu ser devido o ICMS sobre o sinal telefônico furtado mediante “clonagem”;

4) Cristiano Augusto G. Viotti e Carolina Queiroz P. D. de Melo escreveram o artigo **Encargos e Tributos do Setor Elétrico: Incidências Cumulativas e Interferência da Política Fiscal**, em que tratam das distorções geradas pela falta de integração entre as políticas tributária e regulatória do setor elétrico, com foco no novo encargo setorial criado pela Lei nº 12.111/09, correspondente ao adicional de 0,3% sobre a receita operacional líquida das distribuidoras de energia;

5) Diogo Leite de Campos escreveu o artigo **Securitização (Titularização) de Créditos Futuros (em Direito Português)**, em que coloca o problema de saber que características têm de ter esses créditos: embora futuros, têm de ter consistência atual que permita sua transferência e avaliação. Depois, quando nascem, surgem no patrimônio do cedente, sendo transferidos imediatamente para o cessionário? Ou nascem imediatamente no patrimônio do cessionário?

6) Eduardo Baistrocchi elaborou o artigo **Transfer Pricing Dispute Resolution (1842-2011): Towards a Global Convergence that Will Include Brazil?**, em que defende que a globalização e o crescimento dos bens intangíveis provocaram fundamental impacto na evolução das regras de *transfer pricing* nos países desenvolvidos e que os países em desenvolvimento, como Brasil e Chile, vêm seguindo o mesmo caminho, uns mais rápidos, outros de forma mais lenta;

7) Fábio Appendino, Alessandra Rezende Torres e André Maruch redigiram o artigo **Conflito de Interesses nos Contratos entre Partes Relacionadas na Jurisprudência da CVM**, em que examinam a evolução da jurisprudência da Comissão de Valores Mobiliários-CVM sobre as interpretações e os limites aplicáveis às hipóteses de conflitos de interesses relativas aos contratos entre partes relacionadas;

8) Fábio Appendino, Marina Ferrara e André Maruch escreveram o artigo **Aquisição e Arrendamento de Imóveis Rurais por Pessoas Jurídicas Brasileiras com Capital Majoritário Es-**

trangeiro, em que analisam a legalidade e os impactos trazidos por parecer da Advocacia Geral da União-AGU que impôs restrições ou impediu a aquisição e o arrendamento de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras controladas por estrangeiros;

9) Flávia Siqueira Costa Pereira e Helvécio Franco Maia Júnior elaboraram o artigo **O Projeto do Novo Código de Processo Civil e a Tutela da Evidência: Aspectos Relevantes para as Demandas Tributárias**, que versa sobre as modificações propostas pelo projeto de Novo Código de Processo Civil à tutela da evidência, a fim de verificar seus impactos na seara tributária;

10) Frederico de Almeida Fonseca e Ana Carolina Moreira Garcia elaboraram o artigo **A Inovação Tecnológica no Contexto dos Incentivos Fiscais da Lei do Bem. A Experiência Brasileira**, que versa sobre inovação tecnológica no contexto da Lei nº 11.196/05, conhecida como “Lei do Bem”, que criou diversas medidas de desoneração tributária para as empresas que investem em produtos e processos considerados inovadores;

11) João Dácio Rolim redigiu o artigo **A Internacionalização do Direito e a Arbitragem Pública e Privada no Brasil como Fatores Positivos para o Desenvolvimento Econômico e Social**, em que ressalta a importância dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil e da aplicação e reconhecimento da arbitragem no Brasil para qualificá-lo juridicamente como bom receptor de investimento estrangeiro;

12) Leonardo Pereira Lamego escreveu o artigo **Principais Instrumentos de Gestão de Resíduos Sólidos Industriais à Luz da Lei Federal nº 12.305/2010**, em que examina os instrumentos de gestão de resíduos sólidos industriais previstos na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010) que possuem maior relevância e aplicabilidade no setor produtivo industrial;

13) Gustavo Niskier e Leonardo Pereira Lamego redigiram o artigo **Reserva Legal e Licenciamento Ambiental das Atividades Minerárias: Análise da Exigência da Averbação como Condição para a Mineração**, que visa demonstrar a ilegalidade e a falta de razoabilidade em se condicionar o licenciamento ou concessão de

autorizações ambientais para a atividade de pesquisa mineral à regularização da reserva legal no imóvel rural de terceiros;

14) **Luis Gustavo Miranda de Oliveira** escreveu o artigo **Contratos de Construção: Alocação de Riscos e Integração entre Projeto e Contrato**, cujo propósito geral é relacionar a tecnologia dos contratos à do gerenciamento de projetos, como forma de alocação de riscos, redução de perdas e integração da equipe envolvida em projetos de construção;

15) **Luis Gustavo Miranda de Oliveira** também escreveu o artigo **Relacionando Parceria Público Privada e Project Finance**, que avalia os instrumentos de *Project Finance* que podem ser utilizados em projetos de Parcerias Público-Privadas.

16) **Marciano Seabra de Godoi e Daniela Silveira Lara** elaboram o artigo **A Inconstitucionalidade da Cobrança da Contribuição à Empresa Brasil de Comunicação Criada pela Lei nº 11.652/2008 das Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicação**, em que apontam as inconstitucionalidades da Lei nº 11.652/2008 que criou a contribuição destinada à Empresa Brasil de Comunicação (EBC);

17) **Maria João Rolim e Gilberto Ayres Moreira** escreveram o artigo **Energy services and Trade Liberalization: the Limits of the WTO General Agreement on Trade in Services – GATS**, em que propõe a necessidade de serem celebrados tratados para estruturar e regular a prestação de serviços de energia nos países, já que as normas da Organização Mundial do Comércio-OMC são inadequadas para lidarem com as especificidades do setor elétrico, além de inflexíveis;

18) **Natália Miranda Sadi, Deliana Salomão de Castro e Mariana Belisário dos Santos** elaboraram o artigo **A Adoção da Poison Pill Estatutária no Brasil – os Riscos da Importação do Modelo Americano**, em que examinam as *poison pills* e os efeitos decorrentes de sua adoção pelas empresas brasileiras, demonstrando como a utilização de instrumentos importados de outros países pode ser incompatível com a realidade do mercado brasileiro e, portanto, nociva aos seus interesses;

19) **Rafael Santiago Costa** redigiu o artigo **Sigilo Bancário: uma Abordagem Atual**, em que examina a evolução jurisprudencial

cial acerca do sigilo bancário e a possibilidade de sua quebra independentemente de ordem judicial. Especial enfoque é dado às recentes e antagônicas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Cautelar nº 33 e no Recurso Extraordinário nº 389.808;

20) Rafael Santiago Costa e Raphael Silva Rodrigues elaboraram o artigo **Repercussão Penal da Inadimplência Tributária: Tratamento Legal e Jurisprudencial**, em que analisam os efeitos da inadimplência tributária na seara penal, tratando tanto de questões já mais pacificadas sobre o tema, como de outras ainda carentes de análise doutrinária e jurisprudencial;

21) Ricardo Alvarenga escreveu o artigo **Panorama do Setor Aeroportuário no Brasil**, que aborda os problemas existentes na infraestrutura aeroportuária brasileira sob a gestão da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária-INFRAERO e das alternativas para aprimorá-la.

22) Tathiana de Souza Pedrosa e Paulo Honório de Castro Júnior escreveram o artigo **Natureza e Efeitos da Confissão e Renúncia em Matéria Tributária**, em que analisam a natureza da confissão e renúncia em matéria tributária, bem como os seus efeitos e os meios processuais cabíveis para a rediscussão do crédito tributário ilegal ou inconstitucional incluído em parcelamento fiscal.

Nesses 18 anos o Escritório cresceu e mudou muito, sem perder a essência. Em 1993, seu sócio fundador, João Dácio Rolim, então com 10 anos de experiência na advocacia, deu início ao Escritório, que ocupava uma sala comercial e atuava com contencioso e consultoria tributária. Mantivemos, dessa época, a irrestrita dedicação aos clientes, os mais elevados padrões éticos e o saudável ambiente de trabalho.

Hoje atuamos através de seis unidades, sendo cinco no Brasil (Belo Horizonte, Brasília, Curitiba, Rio de Janeiro e São Paulo) e uma em Portugal (Lisboa), além de um consultor na Inglaterra. Contamos com equipes multidisciplinares, com atuação nacional e internacional, tanto em consultoria quanto em contencioso, em Direito Empresarial, focadas em Tributário, Societário, Ambiental, Aeronáutico, Regulatório (energia, *telecom* e mineração), Comércio Internacional, Concorrencial, Cível, Imobiliário, Consumidor, Arbitragem e

Infraestrutura. Cento e vinte e cinco (125) sócios e advogados, além dos estagiários, paralegais e profissionais de apoio, são responsáveis, direta e indiretamente, pelo atendimento de nossos clientes, o ativo mais valioso do Escritório. Em uma frase: aliamos nossa experiência internacional às raízes do conhecimento local.

Acreditamos que o equilíbrio entre a prática e a academia seja a medida adequada para o exercício de uma advocacia moderna e de excelência. Muitos de nossos sócios e advogados têm formação complementar ao direito, como economia, contabilidade e administração de empresas. A grande maioria já cursou – ou está cursando – especialização, mestrado e/ou doutorado, no Brasil ou no exterior.

O Escritório, seus sócios e advogados têm sido reconhecidos como uns dos mais prestigiados do País pela *Chambers and Partners Latin America e Global*, *International Tax Review Global Tax* e *Análise Advocacia*, três dos mais importantes *rankings* de escritórios de advocacia no Brasil e no exterior.

Especial agradecimento é endereçado aos nossos clientes que, durante esses 18 anos de existência do Escritório, confiaram e continuam nos confiando o assessoramento jurídico de seus complexos negócios e litígios. Este livro é uma pequena retribuição e esperamos que ele possa ser útil aos advogados de seus departamentos jurídicos – ou que pelo menos fomenta o debate interno.

Outro agradecimento, não menos importante, é destinado à nossa equipe: sócios, advogados, estagiários, paralegais e profissionais de apoio. Sem o esforço, a dedicação e o comprometimento de cada um de vocês não seria possível construir a sociedade de advogados que construímos: sustentável, meritocrática e aberta às futuras gerações.

21 de novembro de 2011

João Dácio Rolim

Fabio Appendino

Luciana Goulart F. Saliba

Interpretação Jurídica dos Institutos da Pena de Perdimento e do Ex-Tarifário

Alessandro Mendes Cardoso¹

Eloi Vasconcelos de Oliveira²

I. INTRODUÇÃO

O Direito Aduaneiro é um conjunto de normas e princípios que regulamentam a política aduaneira, disciplinando a forma como se procede o comércio exterior, tendo em vista parâmetros de políticas internacional, industrial, cambial e outras finalidades públicas.

Nos termos do inciso VIII do artigo 22 da Constituição Federal, cabe à União Federal legislar sobre “comércio exterior e interestadual”. Já o seu artigo 237 dispõe que “a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda.”

¹ Sócio do escritório RV&LC Advogados. Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e pós-graduado em Direito de Empresas pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC PUC Minas). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Direito Tributário em cursos de graduação e de disciplinas de Direito Tributário nos cursos de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e do Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC PUC Minas).

² Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). MBA em Gestão de Comércio Exterior e Negócios Internacionais pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) – em curso e Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos.

A disciplina jurídica do comércio exterior abrange diversos objetivos e interesses, os quais podem ser sintetizados em quatro relações jurídicas principais:

- a) de cunho formal ou procedimental, referentes às regras que disciplinam os atos ou omissões instituídos em prol da fiscalização aduaneira;
- b) de cunho fiscal, referente à incidência dos tributos que têm como fato gerador materialidades vinculadas ao comércio exterior;
- c) referentes a políticas de comércio exterior, que visam fomentar o comércio exterior nacional, ampliando a participação nacional no âmbito internacional;
- d) de cunho sancionador, com a instituição e regulamentação de multas e penalidades que objetivam a indução ao cumprimento de suas regras e penalização das condutas infringentes.

Devido ao seu caráter regulamentar e procedimental, o Direito Aduaneiro é exteriorizado em diversas normas, sendo muitas de caráter infralegal. A dinâmica econômica e comercial também determina uma produção normativa constante, o que demanda uma especialização dos operadores desse ramo de atuação.

Entre as normas mais relevantes, destaca-se o Decreto-lei nº 37/1966, que, recepcionado como lei ordinária, dispõe sobre o imposto de importação e os procedimentos aduaneiros. Já o Regulamento Aduaneiro (atualmente o Decreto nº 6.759/09) consolida a legislação infraconstitucional que trata da administração das atividades aduaneiras, da fiscalização, do controle e da tributação das operações de comércio exterior.

O Direito Aduaneiro apresenta institutos próprios, que demandam a atividade do intérprete na definição dos seus contornos jurídicos, pressupostos e limites de aplicação.

E para esse trabalho, se propôs a análise de dois institutos importantes na dinâmica aduaneira: a Pena de Perdimento e o Ex-tarifário.

O primeiro se refere à penalidade específica do direito aduaneiro, que pela gravidade tem gerado muitas controvérsias na sua

aplicação, demandando a atividade do Poder Judiciário na sua interpretação e balizamento da sua aplicação.

Já o segundo trata de mecanismo de política industrial e aduaneira, que visa diminuir o custo de importação de bens necessários ao aperfeiçoamento das empresas brasileiras, estando inserido na política industrial do país.

O objetivo do trabalho não é esgotar o tema, mas sim indicar os parâmetros de interpretação jurídica desses institutos, principalmente a efetivada pela jurisprudência dos tribunais.

II. PENA DE PERDIMENTO

A pena de perdimento está inserida dentro do poder de polícia do Estado, tendo o objetivo de penalizar condutas que produzem ou tem potencial de dano muito relevante para a manutenção da segurança e políticas aduaneiras.

Além desse caráter, tem também a característica de sanção tributária, que visa a garantia da incidência dos tributos aduaneiros, desestimulando práticas como o descaminho e o contrabando.

Como se trata de medida extrema, que penaliza o sujeito com a perda do direito constitucional de propriedade, a pena de perdimento deve ser aplicada rigorosamente dentro dos seus pressupostos legais, interpretando-se ainda cada caso concreto em face dos parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade.

O direito de propriedade é uma das balizas do sistema constitucional brasileiro, dispondo o inciso XXIII do artigo 5º da Constituição que “é garantido o direito de propriedade”, e o inciso IV do artigo 150 que é vedado “utilizar tributo com efeito de confisco”.

A base constitucional na pena de perdimento, por sua vez, se encontra no inciso XLVI do artigo 5º, que determina a competência da lei para regulamentar a individualização da pena e a adoção da sanção referente à perda de bens.

Dessa forma, o perdimento deve decorrer de expressa previsão legal, que determina os pressupostos de sua aplicação, deve estar vinculado a condutas cuja nocividade para a sociedade justifique a relativização do direito de propriedade.

A base legal da pena de perdimento se encontra prevista nos artigos 105 do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, e 23 do Decreto-lei nº 1.455/76 (com a redação dada pela Lei nº 10.637/02), verbis:

Art . 105. Aplica-se a pena de perda da mercadoria:

[...]

IV – Existente a bordo do veículo, sem registro um manifesto, em documento de efeito equivalente ou em outras declarações;

“Art 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

I – importadas, ao desamparo de guia de importação ou documento de efeito equivalente, quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa na forma da legislação específica em vigor;

II – importadas e que forem consideradas abandonadas pelo decurso do prazo de permanência em recintos alfandegados nas seguintes condições:

a) 90 (noventa) dias após a descarga, sem que tenha sido iniciado o seu despacho; ou

b) 60 (sessenta) dias da data da interrupção do despacho por ação ou omissão do importador ou seu representante; ou

c) 60 (sessenta) dias da data da notificação a que se refere o artigo 56 do Decreto-Lei número 37, de 18 de novembro de 1966, nos casos previstos no artigo 55 do mesmo Decreto-lei; ou

d) 45 (quarenta e cinco) dias após esgotar-se o prazo fixado para permanência em entreposto aduaneiro ou recinto alfandegado situado na zona secundária.

III – trazidas do exterior como bagagem, acompanhada ou desacompanhada e que permanecerem nos recintos alfandegados por prazo superior a 45 (quarenta e cinco) dias, sem que o passageiro inicie a promoção, do seu desembarço;

IV – enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas “ a “ e “ b “ do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966.

V – estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, com-

prador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

[...]

1º – O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias.

Já o Regulamento Aduaneiro em vigor trata nos seus artigos 688, 689 e 700, respectivamente das penas de perdimento de veículo, de mercadoria e de moeda.

A autoridade aduaneira está vinculada às previsões legais das situações que, uma vez ocorridas, podem provocar a determinação da pena de perdimento.

No caso da decretação do perdimento de mercadoria importada, as hipóteses legais mais relevantes se referem a situações em que a sua entrada ou permanência no país se deu de forma ilegal, fraudulenta ou artificiosa, configurando-se dano ao erário ou à fiscalização aduaneira.

Partindo-se das disposições dos incisos do artigo 689 do Regulamento Aduaneiro, destacam-se as seguintes situações que envolva mercadoria: estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarço tiver sido falsificado ou adulterado; estrangeira, que apresente característica essencial falsificada ou adulterada, que impeça ou dificulte sua identificação, ainda que a falsificação ou a adulteração não influa no seu tratamento tributário ou cambial; estrangeira, encontrada ao abandono, desacompanhada de prova do pagamento dos tributos aduaneiros; estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País, se não for feita prova de sua importação regular; estrangeira, já desembarçada e cujos tributos aduaneiros tenham sido pagos apenas em parte, mediante artifício doloso; estrangeira, chegada ao País com falsa declaração de conteúdo; constante de remessa postal internacional com falsa declaração de conteúdo; estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

Tendo em vista a sua natureza de sanção extrema, o instituto da pena de perdimento deve ser interpretado e aplicado de forma proporcional, tendo em vista substancialmente a correta identificação da existência efetiva de “dano ao erário” e a prova da existência no caso concreto de dolo do agente visando a infração da norma aduaneira e tributária. A busca e comprovação de tais pressupostos deve ser efetivada no curso de processo administrativo regular, no qual se assegure ao contribuinte o exercício pleno do direito de defesa.

Sobre a vinculação da pena de perdimento à existência de efetivo dano ao erário decorrente da prática da conduta ou omissão contrária à legislação aduaneira, cite-se o magistério de Hamilton Dias de Souza³:

2.4.5. Verifica-se, pois, da lição da doutrina que a pena de perdimento em razão de dano ao Erário não é porta aberta por onde possa a lei ordinária evitar indiscriminadamente a proibição ao confisco. Ao contrário, tal medida será aplicável tão-somente quando houver efetivo dano ao Erário causado por particular, justificando-se o perdimento dos bens adquiridos com o produto da prática do ilícito, o que caracteriza a sanção como ‘pena de restituição’ como quer Sampaio Dória ou como “perda do benefício patrimonial que trouxe o delito ou o abuso”, consoante o magistério de Manuel Gonçalves Ferreira Filho. – sem grifos no original

A necessidade de aferição em cada caso concreto, da existência dos pressupostos do “dano ao erário” e da “conduta dolosa” é imprescindível para se evitar que a pena de perdimento seja utilizada como forma de se burlar a vedação da utilização do tributo com efeito de confisco.

O “dano ao erário” deve ser analisado e ponderado tendo em vista a conduta praticada, a norma violada e as consequências ocorridas ou potenciais. O dano não se configura apenas na subtração de tributos devidos, mas também na violação ou risco ao controle administrativo das operações de comércio exterior. Situação que ocorre, por exemplo, na tentativa de internalização de mercadoria cuja entrada é vedada no país.

³ SOUZA, Hamilton Dias de. *Estrutura do imposto de importação no Código Tributário Nacional*. São Paulo: IBDT ; Resenha Tributária, 1980.

Esse cotejo entre a realidade fática, a intenção aferível da conduta do sujeito passivo e a natureza da norma violada é imprescindível para a correta interpretação e aplicação da pena de perdimento.

E tal raciocínio jurídico deve ser implementado sempre tendo em vista os critérios de razoabilidade/proporcionalidade, e levando-se em conta que a pena de perdimento é sanção extrema, importando em mitigação ao direito de propriedade. Por isso, deve-se obrigatoriamente outorgar ao importador o exercício do direito de defesa e, também, a depender do contexto, a possibilidade de regularizar a sua situação, de forma a se tornar desnecessária a decretação da pena.

Nesse sentido, destaque-se a recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que determinou que o tribunal recorrido reapreciasse recurso de apelação que havia reformado sentença que havia declarado ilegal, em determinado caso concreto, a decretação de pena de perdimento. Para reformar a sentença, o tribunal de origem decidiu que o simples erro de separação de documentos configuraria dano ao erário e viabilizava o perdimento. Inclusive, o Tribunal se negou a analisar embargos de declaração do sujeito passivo que demonstrava a inexistência de prejuízo no caso e a desproporcionalidade da medida imposta pela aduana⁴.

⁴ TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. DELITO DE AUSÊNCIA DE REGISTRO EM DOCUMENTAÇÃO RELATIVA À MERCADORIA A SER EXPORTADA. DESNECESSÁRIO O DOLO E O PREJUÍZO EFETIVO AO ERÁRIO. NÃO OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.

1. A sentença concessiva de segurança está sujeita ao o duplo grau de jurisdição.
2. O delito de ausência de registro em documentação relativa à mercadoria direcionada à exportação e encontrada a bordo de veículo, prevista no inciso IV do art. 105 do Decreto-lei 37/1966, prescinde do dolo e do prejuízo efetivo ao erário, pressupondo-se o dano pela conduta potencialmente lesiva à ação de fiscalização aduaneira.
3. A exigência de regularidade de toda a documentação nas operações de exportação e importação, bem como a imposição da sanção de perdimento pelo seu descumprimento, não ofendem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, porquanto visam garantir um controle efetivo do Ministério da Fazenda sobre o comércio exterior, buscando realizar o princípio da eficiência na prevenção de fraudes mediante o desestímulo do contribuinte à prática de conduta equivocada que prejudique a fiscalização. (TRF4, APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2007.71.03.000861-9/RS).

Ao julgar o Recurso Especial aviado pelo contribuinte, o STJ determinou que o tribunal recorrido efetuasse nova análise do processo, tendo em vista que ponderação a proporcionalidade da pena de perdimento no caso concreto é impositiva. Cite-se o acórdão:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DELITO DE AUSÊNCIA DE REGISTRO EM DOCUMENTAÇÃO RELATIVA A MERCADORIA A SER EXPORTADA. PERDIMENTO. POSSIBILIDADE DE EXAME DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. VALORAÇÃO DESSES ELEMENTOS SUBMETIDA AO TRIBUNAL A QUO.

1. Em procedimento de fiscalização de carga, a Receita Federal identificou divergência entre peso, volume e natureza das mercadorias apreendidas e daquelas declaradas para exportação. A recorrente afirma tratar-se de mera inversão de cargas.

2. O Tribunal de origem determinou o perdimento de mercadorias em razão de delito de ausência de registro em documentação relativa a bens direcionados à exportação.

3. Precedentes análogos do STJ indicam ser possível o exame a) da razoabilidade e da proporcionalidade da pena de perdimento em operações de importação, e b) do dano efetivo ao Erário, para a caracterização específica da pena de perdimento. Com mais razão, seria imprescindível a realização desse juízo em casos que envolvam operações de exportação.

4. Nos termos do art. 112, do CTN, a legislação tributária que comine sanção ao contribuinte deve ser interpretada de forma mais favorável ao acusado, conforme hipóteses ali previstas.

5. Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 1217885/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 16/03/2011)

E o simples fato de ser possível ao Fisco examinar as mercadorias e os documentos envolvidos na operação, sem qualquer obstáculo ou artifício por parte do importador, já indica a inexistência do dolo necessário à decretação do perdimento⁵.

⁵ “Tendo sido possível à Administração Aduaneira verificar a quantidade de mercadoria previamente ao seu desembarque, verificando, ainda, a sua qualidade,

A jurisprudência dos tribunais vem reconhecendo que os dois citados pressupostos são imprescindíveis para a aplicação válida da pena de perdimento.

Tal situação ocorre, por exemplo, quando o contribuinte, sem comprovado intuito de fraude e dano ao erário, simplesmente se equivoca ao proceder à classificação de mercadoria importada no momento de sua declaração e nacionalização. Nesse sentido, cite-se

4. Observe-se que tal procedimento não caracteriza má-fé ou dolo por parte da apelada, já que, consoante os documentos apresentados aos autos, o intuito não foi o não recolhimento do tributo devido, pois se assim o fosse, não teria a apelada recolhido o imposto devido tão logo verificado o erro na classificação pela autoridade coatora. Não houve por parte da apelada nenhuma discussão sobre a obrigação de recolher a exação, e é certo, inclusive, que o tributo foi pago dentro do prazo previsto na Portaria nº 674, de 22.12.94 (fls. 71/73). **5. Outrossim, constata-se que realmente houve o erro na classificação da mercadoria e a apelada deve ser punida com uma sanção, porém, a pena de perdimento se manifesta como muito severa diante da dúvida acerca da sua verdadeira intenção.** 6. Há fortes indícios de que a conduta da apelada revestiu-se de boa-fé, até mesmo porque a apelada não afasta sua parcela de culpa no erro por ela cometido, tanto que afirma que, tão logo verificou a posição adotada pelo fisco com relação à classificação do bem exportável, pagou o tributo devido. 7. Portanto, não se vislumbra no caso em exame a ocorrência de dano ao erário, previsto no art. 23, parágrafo único do Decreto-Lei nº 1.455/76, haja vista que o intuito da apelada não foi em nenhum momento seu enriquecimento ilícito. (Tribunal Regional Federal da 2ª. Região – TRF-2ª – TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200202010347890 – 16/09/2008)

Situação diferente ocorre quando se comprova que a classificação errônea se deu de forma deliberada, e com o objetivo de burlar norma específica de fiscalização ou regime aduaneiro e fiscal próprio.

razões de proporcionalidade e a ausência de suspeição do dolo permitem, no caso, afastar a sanção extrema a pena de perdimento, admitindo o ingresso da mercadoria com o recolhimento dos tributos e cumprimento das penalidades administrativas cabíveis.” (Tribunal Regional Federal da 1a. Região – TRF-1ª – TERCEIRA TURMA – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200033000027419 – 26/11/2002).

Este é o contexto, por exemplo, de decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3^o Região⁶, na qual se consignou corretamente que:

“2. A “falsa declaração”, na medida em que enseja a perda da mercadoria, pressupõe o dolo do importador visualizado no modo clandestino pelo qual se busca internar os produtos no território brasileiro.

3. Também há de se entender como “falsa declaração” o caso em que, embora a mercadoria haja sido declarada e classificada em posição tarifária não correspondente à mesma, tal conduta não constitui somente “erro de classificação” no sentido de permitir, pela reclassificação, a exigência dos acréscimos dos tributos normalmente incidentes, mas que essa conduta implique na tentativa de subtrair os produtos à fiscalização das autoridades competentes e da incidência de restrições à própria importação das mercadorias tais como a imposição de cotas e a cobrança de direitos anti-dumping.

4. A pena de perdimento encontra amparo no inciso XII, do art. 105, do Decreto-Lei nº 37/66, se houver a tentativa de internação clandestina das mercadorias ou mesmo o intuito de subtraí-las à autorização e ao controle prévios do ato de importação assim como às restrições e imposições existentes sobre tais mercadorias, ou seja, não haja apenas a evasão fiscal mas também o objetivo de ludibriar a Fiscalização.

5. No caso presente não ocorre a hipótese de falsa declaração, uma vez que a impetrante declarou serem as mercadorias tecidos, o que foi confirmado pelo laudo técnico produzido para a Inspetoria da Alfândega do Porto de Santos/SP, havendo diferença, no entanto, quanto à constituição das suas fibras.”

Também não se apresentam os requisitos para o perdimento na situação em que a entrada da mercadoria se dá via recinto alfandegário diverso do indicado nos seus documentos, caso não se comprove qualquer intuito doloso na conduta do importador. A divergência documental não pode ser utilizada exclusivamente como meio de prova, já que isso implicaria, na prática, presunção da ocorrência da infração. Cite-se:

⁶ TRF3, REOMS 839 SP 1999.61.04.000839-0, Relator(a): JUIZ MARCELO AGUIAR, Julgamento: 01/08/2007, DJU DATA:14/09/2007 PÁGINA: 619.

2. A discrepância com relação ao porto de descarga das mercadorias, existente pelo cotejo de dois conhecimentos de embarque apresentados pela impetrante, **não teve o condão de burlar o controle aduaneiro** no âmbito do necessário processo de despacho visando ao desembaraço dos produtos importados. **Nem se verifica na conduta descrita no auto de infração o intento de reduzir o pagamento de tributos aduaneiros ou subtrair mercadorias das incidências fiscais e eventuais condições ou restrições impostas às mercadorias internadas pelo porto de Santos.** A divergência documental não revela, por si só, má-fé ou dolo da impetrante na tentativa de fraudar os procedimentos de fiscalização aduaneira aplicados às mercadorias em virtude da sua procedência, natureza e quantidade. (Tribunal Regional Federal da 3a. Região – TRF-3ª – SEXTA TURMA, REOMS – REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 199961040030164 – 01/08/2007)

Muitas vezes a autoridade aduaneira se nega a perquirir a real intenção do agente na execução da conduta legalmente vedada, sob o argumento de que a responsabilidade tributária é objetiva, nos termos do artigo 136 do Código Tributário Nacional⁷.

E se localizam precedentes validando tal entendimento. A título ilustrativo desse tipo de decisão⁸: “A responsabilidade por infração à ordem tributária prescinde do elemento subjetivo, a teor do disposto no artigo 136 do CTN, de modo que não prevalece a alegação que agiu de boa-fé, sem dolo ou culpa, não podendo sofrer pena de perdimento.”

Contudo, a norma geral que determina a responsabilidade objetiva por infrações tributárias não pode ser interpretada de forma isolada, principalmente quando se trata da análise da aplicação ou não da pena de perdimento.

Inclusive o próprio Código Tributário Nacional apresenta a norma do seu artigo 112⁹, que busca trazer elementos de ponderação

⁷ Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

⁸ Tribunal Regional Federal da 2ª. Região – TRF-2ª – QUARTA TURMA ESP – AMS – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200551110004070 – 05/12/2006.

⁹ Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: I – à

da responsabilidade objetiva, de forma a permitir uma aplicação mais justa da norma sancionatória, nas hipóteses em que houver dúvida, entre outros, quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos, bem como à autoria, imputabilidade ou punibilidade.

A pena de perdimento, pela sua natureza extrema, é incompatível com a responsabilidade estritamente objetiva, já que o contexto fático, referente à natureza da conduta, à intenção manifesta do agente e ao dano causado ou potencial decorrente devem ser ponderados.

A melhor doutrina reconhece que nos casos das infrações mais graves, que estão vinculadas a sanções também mais severas, a análise do dolo é imprescindível. A responsabilidade objetiva estrita é compatível com infrações mais simples, com penas cuja repercussão financeira ou de restrição de direitos não seja extremamente gravosa. Cite-se o magistério de Ruy Barbosa Nogueira¹⁰:

“... o que o artigo 136, em combinação com o item III do artigo 112, deixa claro é que para a matéria da autoria, imputabilidade ou punibilidade, somente é exigida a intenção ou dolo para os casos das infrações fiscais mais graves e para as quais o texto da lei tenha exigido esse requisito. Para as demais, isto é, não dolosas, é necessário e suficiente um dos três graus de culpa. De tudo isso decorre o princípio fundamental e universal, segundo o qual se não houver dolo nem culpa, não existe infração da legislação tributária.”

O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido que o artigo 112 do CTN relativiza a responsabilidade objetiva do artigo 136, no que se refere à aplicação de multa fiscais, e principalmente à pena de perdimento. Cite-se:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. EQUÍVOCO NO PREENCHIMENTO DO FORMULÁRIO DE AJUSTE SIMPLIFICADO. ART. 136 DO CTN. INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO AGENTE. BOA-FÉ DO

capitulação legal do fato; II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; III – à autoria, imputabilidade, ou punibilidade; IV – à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

¹⁰ NOGUEIRA, Rui Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 106-107.

CONTRIBUINTE E INEXISTÊNCIA DE DANO OU DE INTENÇÃO DE O PROVOCAR RECONHECIDAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. JULGAMENTO BALIZADO PELA EQUIDADE E PELO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO CONTRIBUINTE. AFASTAMENTO DA MULTA.

I – Apesar da norma tributária expressamente revelar ser objetiva a responsabilidade do contribuinte ao cometer um ilícito fiscal (art. 136 do CTN), sua hermenêutica admite temperamentos, tendo em vista que os arts. 108, IV e 112 do CTN permitem a aplicação da equidade e a interpretação da lei tributária segundo o princípio do in dubio pro contribuinte. Precedente: REsp nº 494.080/RJ, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 16/11/2004.

II – In casu, o Colegiado a quo, além de expressamente haver reconhecido a boa-fé do contribuinte, sinalizou a inexistência de qualquer dano ao Erário ou mesmo de intenção de o provocar, perfazendo-se, assim, suporte fático-jurídico suficiente a se fazerem aplicar os temperamentos de interpretação da norma tributária antes referidos.

III – Ademais, apenas a título de registro, tal entendimento do Sodalício de origem, como cediço, não comportaria revisão por parte desta Corte Superior em face do óbice sumular nº 7 deste STJ.

IV – Recurso especial desprovido.

(REsp 699700/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 03/10/2005, p. 140)

Exemplo de tratamento dado à matéria é a jurisprudência a respeito da possibilidade de decretação de perdimento de veículo vinculado à situação que configure o descaminho ou contrabando de mercadoria. Nesse caso, tem-se afastado a responsabilidade objetiva, e demonstrado a existência do conhecimento da situação pelo proprietário do veículo e o seu dolo de contribuir para o resultado da operação ilícita.

A matéria chegou a ser sumulada pelo antigo Tribunal Federal de Recursos, nos seguintes termos: “A pena de perdimento de veículo, utilizado em contrabando ou descaminho, somente se justifica se demonstrada, em procedimento regular, a responsabilidade do seu proprietário na prática do ilícito.” (Súmula nº 138)

Tal entendimento tem sido mantido pelos Tribunais, sendo que as decisões são reiteradas neste sentido: “Superior Tribunal de Justiça entende que não cabe a aplicação da pena de perdimento de bens quando não comprovadas devidamente a responsabilidade e a má-fé do proprietário do veículo na prática do ilícito.”¹¹

Dessa forma, existe um sólido arcabouço jurisprudencial que delimita a aplicação válida da pena de perdimento, de forma a ponderar sempre a sua aplicação em face da situação concreta e da proporcionalidade ou não da restrição de direito que implica.

III. EX-TARIFÁRIO

O imposto de importação constitui-se um importante instrumento de política econômica e comércio exterior, tendo em vista a sua função essencialmente extrafiscal, o que possibilita a alteração de suas alíquotas, mediante ato do Poder Executivo, no decorrer do mesmo exercício financeiro (arts. 150, III, “b”, § 1º e 153, I, § 1º, da Constituição Federal de 1988). É justamente nesse contexto que se encontra o Ex tarifário, mecanismo tarifário que permite a redução de custo na aquisição de bens de capital (BK) e de informática e telecomunicação (BIT). Ele consiste na redução temporária do imposto de importação desses bens (assinalados como BK e BIT, na Tarifa Externa Comum do Mercosul), quando não houver a produção nacional.

Em suma, esse regime especial de política aduaneira e industrial está centrado em três objetivos fundamentais:

- possibilita aumento da inovação tecnológica por parte de empresas de diferentes segmentos da economia – conforme preconizado nas diretrizes da Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE);
- garante um nível de proteção à indústria nacional de bens de capital, uma vez que só é concedido para bens que não possuem produção nacional;

¹¹ AgRg no Ag 1397684/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2011, DJe 13/06/2011.

- produz um efeito multiplicador de emprego e renda sobre segmentos diferenciados da economia nacional.

Assim, é possível afirmar que o regime do Ex-tarifário tem como objetivo não apenas beneficiar a empresa brasileira importadora de bens de capital, mas também a economia nacional como um todo, tendo em vista o efeito multiplicador que a inovação tecnológica tem na geração de novas oportunidades empresariais, na redução de custos de produção (possibilitando a diminuição do preço final da mercadoria para o consumidor final), no aumento da capacidade de competição dos produtos nacionais, o que no contexto geral beneficia o próprio governo com o aumento da arrecadação de tributos.

Para fazer jus ao citado regime tarifário fiscal, o contribuinte deve observar os requisitos e condições estabelecidas pela Resolução Camex nº 35 de 22 de novembro de 2006, Lei nº 3.244/57, Decreto Lei n.º 63/66, dentre outros.

Em síntese, o contribuinte importador poderá solicitar a criação de um ex-tarifário para determinado bem mediante pleito à Secretaria de Desenvolvimento da Produção do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, devidamente instruído com as informações exigidas pela Resolução CAMEX nº 35/06, que será analisado pelo CAEx – Comitê de Análise de ex-tarifário. Uma vez criado, o ex-tarifário beneficiará não apenas o importador solicitante, mas poderá ser utilizado por todos aqueles que promoverem uma importação de bem idêntico ao descrito e reconhecido no processo do pedido original (mediante pleito específico ao CA-MEX), para o qual será publicada no Diário Oficial uma posição de destaque na tarifa externa comum (TEC) grafada como “EX”.

O **fundamento de validade do “ex”** encontra-se no art. 4º da Lei nº 3.244/57, que não deixa dúvida que o mencionado regime especial tarifário poderá assumir um caráter de isenção ou redução do imposto de importação conforme o caso, *in verbis*:

Art.4º – Quando não houver produção nacional de matéria-prima e de qualquer produto de base, ou a produção nacional desses bens for insuficiente para atender ao consumo interno, poderá ser concedida **isenção ou redução** do imposto para a importação total ou complementar, conforme o caso

§ 1º – A isenção ou redução do imposto, conforme as características de produção e de comercialização, e a critério do Conselho de Política Aduaneira, será concedida: [...]

a) mediante comprovação da inexistência de produção nacional, e, havendo produção, mediante prova, anterior ao desembarço aduaneiro, de aquisição de quota determinada do produto nacional na respectiva fonte, ou comprovação de recusa, incapacidade ou impossibilidade de fornecimento em prazo e a preço normal;

Essa classificação é de extrema importância para delimitar o alcance e a correta aplicação do benefício, visto que, por vezes, apesar de tomarem todas as providências a fim de obter o Ex-tarifário anteriormente à importação de um bem, e cumprirem todos os requisitos para sua concessão, os contribuintes vêem suas operações comprometidas frente à demora irrazoável dos órgãos administrativos competentes em apreciar o seu pleito.

Tal fato, apesar de recorrente, é absolutamente incompatível com a finalidade (razão de ser) do próprio benefício, que, conforme já mencionado, é modernizar e estimular a economia nacional.

No âmbito judicial, o Supremo Tribunal Federal a muito já se manifestou no sentido de que a o ato administrativo que reconhece a isenção tributária especial é declaratório e não constitutivo¹². Em outras palavras, no entendimento do STF, o reconhecimento formal da autoridade pública competente de que o contribuinte preenche os requisitos firmados em lei para fruição da isenção, não cria o direito do contribuinte à fruição do benefício, mas apenas declara o direito já existente, *desde a vigência da lei que instituiu tal benesse tributária*.

Em se tratando do Ex-tarifário, seja envolvendo a isenção ou mera redução do imposto de importação (como normalmente ocor-

¹² ISENÇÃO TRIBUTÁRIA ESPECIAL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 179 DO C.T.N. O ato administrativo que a reconhece é declaratório e não constitutivo. O requerimento é pressuposto para o desfrute da isenção, mas não para o seu nascimento. Isenção especial reconhecida desde a vigência da lei que a instituiu no interesse geral, uma vez verificados os seus requisitos legais. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Súmula 291. RE não conhecido.” (Ac da 2.^a T do STF – Rel. Min. Cordeiro Guerra – RE 85471/RJ – Julgado em 02.12.76, Publicado no DJUI 18.03.77).

re), o entendimento não pode ser diferente. A Resolução CAMEX não tem o condão de criar o direito ao Ex-tarifário pleiteado, mas apenas declara se a situação fática apresentada pelo contribuinte atende aos requisitos legais para a concessão do regime tarifário solicitado (Ex: verifica se o bem possui similar nacional, está corretamente classificado, é relevante para a economia nacional etc.), não criando um benefício novo.

Esse benefício repita-se, já existe de forma geral e abstrata na legislação (Lei nº 3.244/57), cabendo ao ente público competente pronunciar (nos termos da lei) se o contribuinte se enquadra ou não na hipótese legalmente prevista.

Prova disso, é que o próprio Regulamento Aduaneiro, em seu art. 110, inciso III, determina a restituição do tributo recolhido à época em que o contribuinte preenchia os requisitos exigíveis para concessão de isenção ou redução de caráter especial, ou seja, reconhece como indevido o tributo pago, caso o contribuinte se revista dos requisitos legalmente exigidos para fruição do benefício fiscal no momento da ocorrência do fato gerador do imposto, ainda que pendente de um reconhecimento formal dessa circunstância pela autoridade competente:

Art. 110. Caberá restituição total ou parcial do imposto pago indevidamente, nos seguintes casos:

III – verificação de que o contribuinte, à época do fato gerador, era beneficiário de isenção ou de redução concedida em caráter geral, ou já havia preenchido as condições e os requisitos exigíveis para concessão de isenção ou de redução de caráter especial. Grifamos

Em outras palavras, a norma em destaque reputa como declaratório o ato administrativo que defere a redução fiscal de caráter especial (Ex-tarifário), na medida em que prevê o inequívoco direito à restituição da parcela tributária paga, caso o contribuinte preencha, no momento da ocorrência do fato gerador do tributo, os requisitos legais para fruição da benesse tributária.

Apesar desse contexto legal e regulamentar, as autoridades aduaneiras não têm reconhecido o efeito declaratório do direito preexistente do ato que defere o pleito de ex-tarifário.

Contudo, tal entendimento restritivo vem sendo afastado pelo Poder Judiciário, sob argumentos semelhantes aos acima expostos, conforme comprovam os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA SEM SIMILAR NACIONAL. PEDIDO DE REDUÇÃO DE ALÍQUOTA. POSTERIOR RECONHECIMENTO DO BENEFÍCIO POR MEIO DE PORTARIA. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE RETROATIVIDADE. DESCABIMENTO.

1. Não há falar, na peculiar hipótese dos autos, em retroatividade da Portaria nº 153/96, do Ministério da Fazenda, que albergou a redução de alíquota da máquina importada pela embargante. **Irretroatividade haveria se, após importação da mercadoria sobre a qual se pretendesse a redução tarifária, ingressasse o importador com o pedido, pretendendo que o seu deferimento também alcançasse a anterior importação.**

2. Acrescenta-se in casu o fato de ter o importador tomado todas as providências as fim de obter o “EX” tarifário anteriormente à importação, sendo que somente após cerca de um ano obteve a resposta de seu pleito na via administrativa, ou melhor, **obteve êxito em seu pedido isencional através da citada Portaria, a qual, em relação à demandante, que havia protocolado o pedido do benefício fiscal, apenas reconheceu o preenchimento dos requisitos materiais para a sua concessão.** 3. Reconhecimento da inexistência dos valores relativos ao Imposto de Importação. (TRF da 4ª Região – TRF4, AC 2003.04.01.014432-9, Primeira Turma, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, DJ 16/02/2005 – grifamos)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. IPI. MÁQUINAS SEM SIMILAR NACIONAL. EX-TARIFÁRIO. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA POR PORTARIA POSTERIOR À APRESENTAÇÃO PARA DESEMBARAÇO ADUANEIRO. ESTENSÃO DOS EFEITOS ÀQUELA DATA. CABIMENTO. IRRETROATIVIDADE. JUROS. INOVAÇÃO NA LIDE. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXCLUSÃO.

1. A concessão do ex-tarifário reduzindo a alíquota do II é facultada dada pela lei (art. 187 do Regulamento Aduaneiro, na vigência do Decreto nº 91.030/85 e art. 153, § 1º, da CF/88) e não vincula a autoridade competente ao mero encaminhamento desse pedido.

2. O art. 109, III, do Regulamento Aduaneiro, dispõe expressamente sobre o alcance da isenção ou redução de alíquota ao fato

gerador do Imposto de Importação, ou seja, em data pretérita, em razão do verbo “ser” ter sido conjugado no pretérito imperfeito do indicativo e não no presente ou futuro.

3. Somente haveria Irretroatividade da portaria concessória do benefício se, após importação da mercadoria sobre a qual se pretendesse a redução tarifária, ingressasse o importador com o pedido, pretendendo que o seu deferimento também alcançasse anterior importação.

4. A portaria não tem efeito retroativo, mas declaratório de uma situação fática constituída anteriormente a sua edição e seus efeitos são extensivos (não retroativos) à data de apresentação das mercadorias para desembaraço aduaneiro.

5. Afronta os princípios informadores de nosso ordenamento jurídico, bem como os da proporcionalidade e da razoabilidade, o desamparo do benefício concedido pela portaria, as próprias máquinas sem similar nacional, que serviram de base para reconhecimento da redução de alíquota do Imposto de Importação .

6. O cálculo do IPI deve considerar a redução obtida no II, acrescido a sua base de cálculo.

[...]

(Apelação Cível nº 2003.70.08.001563-6/PR– TRF da 4ª Região – TRF4, Relator Alvaro Eduardo Junqueira, DJ 28/10/08 – grifamos)

Irretocável a fundamentação do voto condutor do acórdão dos autos nº 2003.04.01.014432-9, acima mencionado, que analisando a realidade do caso concreto, aplicou a legislação de forma proporcional e razoável, ponderando os direitos e interesses envolvidos.

“Não se discute aqui a discricionariedade da Administração Fazendária em conceder ou não o benefício fiscal à embargante, porquanto desarrazoado admitir-se que ao mero protocolo de pedido isencional estaria vinculado o Fisco em afronta expressa ao dispositivo referido do Regulamento Aduaneiro. Não há falar, ainda em retroatividade da Portaria nº 153/96, do Ministério da Fazenda, que albergou a redução de alíquota da máquina importada. **Irretroatividade haveria se, após importação da mercadoria sobre a qual se pretendesse a redução tarifária, ingressasse o importador com o pedido**, pretendendo que o seu deferimento também alcançasse a anterior importação. **Soa de uma obviedade ululante concluir-se**

que o industrial, ao protocolar junto ao órgão competente, pedido visando à concessão de isenção do Imposto de Importação sobre determinada mercadoria, objetiva efetuar a importação da mesma. Acrescenta-se in casu o fato de ter o importador tomado todas as providências a fim de obter o “EX” tarifário anteriormente à importação, sendo que somente após cerca de um ano obteve a resposta de seu pleito na via administrativa, ou melhor, obteve êxito em seu pedido isencional através da citada Portaria, a qual, em relação à demandante que havia anteriormente protocolado pedido do benefício fiscal, apenas reconheceu o preenchimento dos requisitos materiais para a sua concessão.

Inadmissível, no atual dinamismo nas transações do comércio internacional, o entendimento de que a importação de um bem sem similar nacional, passível do benefício da redução de alíquota do II, somente viabilizar-se-ia após o moroso trâmite do procedimento administrativo que culminou com a edição de portaria reconhecendo o pleito isencional do imposto, restando desamparada a importação que serviu para o próprio reconhecimento da redução de alíquota do tributo, em total afronta aos princípios informadores de nosso ordenamento jurídico, como os da proporcionalidade e da razoabilidade. Evidentemente, se houvesse ocorrido o indeferimento do benefício fiscal, seriam exigíveis os valores relativos ao II, sem que fosse possível invocar, a favor do contribuinte, a impossibilidade de retroação dos efeitos da decisão, a qual, também nesta hipótese, inexistiria.

Em suma, cabível a aplicação da redução de alíquota do II sobre a mercadoria importada, consoante reconhecida pela Portaria mencionada, porquanto o encaminhamento do pedido de benefício isencional foi realizado em data anterior àquela da importação do bem. Restam, pois, inexigíveis os valores relativos ao II, ora executados.

Dessa forma, é forçosa a conclusão no sentido de que o direito ao Ex-tarifário nasce no momento do pleito do contribuinte junto ao órgão competente, uma vez que é a partir desse momento, que, juridicamente, ele reúne os requisitos previstos na legislação, ainda que forma abstrata, para fruição do benefício. Assim, a Portaria CAMEX que defere o citado benefício apenas reconhece (declara) que a operação do contribuinte que foi submetida à sua análise, preenche, ou não, os requisitos materiais previstos na legislação para concessão do Ex-tarifário.

Consequencia lógica de tal entendimento, o fato de o desembaraço da mercadoria ter ocorrido anteriormente ao deferimento do ex-tarifário não impede o seu aproveitamento, caso o pleito pelo importador tenha sido anterior à nacionalização e as condições previstas na legislação para a concessão do benefício fiscal tenham sido plenamente atendidas. O fato de a Declaração de Importação ter sido emitida com a alíquota original do imposto de importação não é impeditivo para que se altere a relação aduaneira/tributária para se incorporar os efeitos do deferimento do pleito anterior. Se não vejamos.

O artigo 577 do Regulamento Aduaneiro permite que a autoridade aduaneira cancele de ofício ou a pedido do importador, declaração de importação anteriormente registrada.

“Art. 577. A autoridade aduaneira **poderá cancelar declaração de importação já registrada, de ofício ou a pedido do importador**, observadas as condições estabelecidas em ato normativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Parágrafo único. O cancelamento da declaração não exime o importador da responsabilidade por eventuais infrações”.

Já a possibilidade de retificação da Declaração de Importação está prevista na Instrução Normativa nº 680/06, que disciplina o despacho aduaneiro de importação, devendo-se destacar o disposto nos seus artigos 44 e 46:

“Art. 44. A retificação de informações prestadas na declaração, ou a inclusão de outras, no curso do despacho aduaneiro, ainda que por exigência da fiscalização aduaneira, será feita, pelo importador, no Siscomex.

§ 1º A retificação da declaração somente será efetivada após a sua aceitação, no Siscomex, pela fiscalização aduaneira, exceto no que se refere aos dados relativos à operação cambial.

§ 2º Quando da retificação resultar importação sujeita a licenciamento, o despacho ficará interrompido até a sua obtenção, pelo importador.

§ 3º Em qualquer caso, a retificação da declaração não elide a aplicação das penalidades fiscais e sanções administrativas cabíveis”.

“Art. 46. A retificação, por solicitação do importador, será efetuada:

I – na unidade da SRF com jurisdição para fins de fiscalização dos tributos incidentes no comércio exterior, sobre o domicílio do importador, quando decorrentes de:

a) qualquer alteração no regime tributário inicialmente pleiteado para a mercadoria;

b) correção da quantidade ou da natureza de mercadoria admitida no Regime Aduaneiro Especial de Entreposto Industrial sob Controle Informatizado (Recof);

c) transferência de propriedade de automóvel importado com isenção; ou

d) outras hipóteses estabelecidas em ato da Coana; ou

II – na unidade da SRF onde foi efetuado o despacho aduaneiro da mercadoria, nos demais casos”. – grifamos

A alínea “a” do artigo 46 Instrução Normativa nº 680/06 prevê expressamente a possibilidade de retificação da Declaração de Importação devido a “*alteração do regime tributário inicialmente pleiteado para a mercadoria.*”

Como se vê, existe um sólido arcabouço legal e jurisprudencial que confere o efeito meramente declaratório ao ato administrativo que defere o pleito do ex-tarifário. Nessa esteira, desde que o contribuinte tenha tomado as providências cabíveis e preencha os requisitos legais para o deferimento do “ex”, eventuais embaraços irrazoáveis à resposta de seu pleito, de forma que a mercadoria importada chegue ao território nacional sem deferimento benefício pleiteado, não impedem a importação dos bens com desoneração do imposto de importação, caso, posteriormente Ex-Tarifário venha a ser deferido pelo CAMEX.

Consumer Protection for Air Passengers in Cases of Natural Phenomena

André Maruch¹

Aviation has since a long time ago played an essential role in the transportation of persons and cargo around the world, approaching people, fostering business, and promoting the development of mobility and logistic structures.

However, due to a variety of reasons, such as the expressive growth of emerging countries, the increase of an outstanding number of passengers in civil aviation, the speed of business in a new commercial era, and the tight competence among the air carriers, several complex issues concerning aviation have been raised and require prompt responses to avoid uncertainty in a market that is extremely sensitive to legal variations.

One of these legal issues that have been raised concerns the liability for losses incurred by air passengers due to the occurrence of extreme weather conditions and natural phenomena, such as ash and snow. Significant weather variations are able to critically restrain air transportation depending on the magnitude of the event and may, in light of the ever growing dependency of this transportation means, impose substantial losses to the economy and obviously to the affected passengers.

One emblematic and recent example that must necessarily be remembered consisted in the eruption in April and May 2010 of a volcano located in Eyjafjallajökull, Iceland, which ash clouds,

¹ Ongoing LLM in Private Law at Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). LLB at PUC Minas. Vice-Chairman of the Corporate Law Commission at the Bar Association of the State of Minas Gerais (OAB/MG).

that in a certain degree may result in malfunction or failure of aircraft engines, led to an air traffic chaos through the closure of great part of the European airspace. According to the “Ash-cloud of April and May 2010: Impact on Air Traffic” report produced by EUROCONTROL, the European Organization for the Safety of Air Navigation², around 107,000 flights were cancelled and around 10 million passenger journeys were disrupted in the event. The losses suffered by the airlines were estimated around 2.5 billion euros.

The dimension of these numbers cannot precise however the amount of the losses incurred directly by the passengers who had their journeys disrupted neither the indirect losses related thereto, which certainly reach millions of euros.

Here we come to the questions that we are supposed to answer: what is the level of reasonableness of the protection granted by legal provisions to air passengers, just like the ones referred to above, who have their flights cancelled or delayed in force of natural phenomena? Should the airlines be held liable for said losses? Or there should be an alternative solution?

In order to try to find a reasonable answer to these questions, we understand that a brief overview of some legislation applicable to this issue may allow a better comprehension of the legal elements involved.

The Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, executed in Montreal on 28 May 1999 and adopted by the International Civil Aviation Organization (ICAO) members states (the “Montreal Convention”), sought to modernize the system implemented by the “Warsaw Convention”³ and to provide new alternatives to ensure protection of the interests of consumers in international carriage by air and their equitable compensation based on the principle of restitution.

Chapter III of the Montreal Convention regulates the liability of the carrier and the extent of compensation for damages. Its article

² Available at <<http://www.eurocontrol.int/sites/default/files/attachments/201004-ash-impact-on-traffic.pdf>>.

³ Convention for the Unification of Certain Rules relating to International Carriage by Air signed in Warsaw on 12 October 1929.

17 provides for the liability derived from death or bodily injury of a passenger on board of the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking, and also from destruction or loss of, or from damage to, checked baggage.

In what specifically concerns to the scope of this text, article 19 of the Montreal Convention sets forth that the air carrier shall be liable for damage occasioned by delay in the carriage by air of passengers, baggage and cargo. However, such liability shall not be imposed to the air carrier if it proves that it and its servants and agents took all measures that could reasonably be required to avoid the damage or that it was impossible for it or them to take such measures.

Many natural phenomena can undoubtedly be understood as cases that cannot be avoided by air carriers. The introduction to Regulation (EC) No 261/2004, which will be analyzed below, considers the following hypotheses as extraordinary circumstances that are out of the consumer protection brought by the Montreal Convention: political instability, meteorological conditions incompatible with the operation of the flight concerned, security risks, unexpected flight safety shortcomings and strikes that affect the operation of an operating air carrier. As provided by said Regulation, “extraordinary circumstances should be deemed to exist where the impact of an air traffic management decision in relation to a particular aircraft on a particular day gives rise to a long delay, an overnight delay, or the cancellation of one or more flights by that aircraft, even though all reasonable measures had been taken by the air carrier concerned to avoid the delays or cancellations”.

It must be noticed that under article 22.1 of the Montreal Convention, the liability of the carrier for damages caused by delay in the carriage of persons cannot exceed 4,150 Special Drawing Rights (SDR)⁴ for each passenger, even if the fault is totally attributable to the air carrier.⁵

⁴ The SDR is an index created by the International Monetary Fund (IMF) and is based on a basket of four key international currencies. As SDR 1 is currently equivalent to US\$ 1.60, the total amount of this indemnification is around US\$ 6,640.00.

⁵ In accordance with article 22.5, this limitation shall not apply if it is proved that the damage resulted from an act or omission of the carrier, its servants or agents,

Moving to the European perspective, the matter is regulated by the European Commission through its Regulation No 261/2004, entered into force on 17 February 2005, which establishes common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights. One of the motivations that led to the enactment of this rule consisted of ensuring a high level of protection for passengers considering that the cancellation or long delay of flights impose to passengers serious trouble and inconvenience, effects that should be reduced through the previous information to the consumers by air carriers and offer of alternatives of reasonable re-routing, without prejudice to adequate compensation in case of failure in doing so.

Regarding the cancellation of flights, article 5 of Resolution (EC) No 261/2004 provides that passengers in this case shall be entitled to several rights, which are as follows:

- (i) be offered the choice between (a) reimbursement of the full cost of the ticket at the price at which it was bought, for the part or parts of the journey not made, and for the part or parts already made if the flight is no longer serving any purpose in relation to the passenger's original travel plan, together with, when relevant, a return flight to the first point of departure, at the earliest opportunity; (b) re-routing to their final destination at the earliest opportunity; or (c) re-routing to their final destination at a later date at the passenger's convenience, subject to availability of seats;⁶
- (ii) be offered, free of charge by the operating air carrier, meals and refreshments in a reasonable relation to the waiting time,

done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result.

⁶ Article 229 of the Brazilian Aviation Code (Law 7,565 of 19 December 1986) states that the passenger is entitled to the reimbursement of the amount paid for the ticket if the air carrier cancels the flight. In the event of a delay superior to four hours, the air carrier shall provide boarding in a flight that offers an equivalent service for the same destination, if there is any, or immediately reimburse the price of the ticket if the passenger wishes so (article 230). If such delay takes place in a stopover, the passenger shall also be entitled to transportation, accommodation and meals (article 231).

hotel accommodation whenever necessary, transport between the airport and place of accommodation, and access to communication means (telephone calls or e-mails);

(iii) have the right to certain financial compensation⁷ by the operating air carrier varying upon the distance of the flight.⁸

In addition, the air carrier shall provide an explanation to the passengers regarding possible alternative transport in the moment they are informed about the cancellation of their flight.

A very important rule stated in this Resolution is inserted in article 5.3, which sets forth that an operating air carrier is not obliged to pay the financial compensation referred to in item “iii” above if it can prove that such cancellation was caused by “extraordinary circumstances which could not have been avoided even if all reasonable measures had been taken”.

Natural phenomena can of course bring losses to air passengers not only through the cancellation of their flights but also through their delay. Article 6 of the Resolution under comment provides in this sense that whenever an air carrier reasonably expects a flight to be delayed beyond its scheduled time of departure for at least two hours, passengers shall be offered, free of charge by the operating air carrier, meals and refreshments in a reasonable relation to the waiting time, hotel accommodation whenever necessary, transport

⁷ In accordance with article 7.1 of Resolution (EC) No 261/2004, this compensation consists of: (i) EUR 250 for all flights of 1500 kilometers or less; (ii) EUR 400 for all intra-Community flights of more than 1500 kilometers, and for all other flights between 1500 and 3500 kilometers; (iii) EUR 600 for all flights not falling under those hypotheses.

⁸ Unless the passengers: “(i) are informed of the cancellation at least two weeks before the scheduled time of departure; or (ii) are informed of the cancellation between two weeks and seven days before the scheduled time of departure and are offered re-routing, allowing them to depart no more than two hours before the scheduled time of departure and to reach their final destination less than four hours after the scheduled time of arrival; or (iii) are informed of the cancellation less than seven days before the scheduled time of departure and are offered re-routing, allowing them to depart no more than one hour before the scheduled time of departure and to reach their final destination less than two hours after the scheduled time of arrival”.

between the airport and place of accommodation, and access to communication means (telephone calls or e-mails) and, depending on the length of the delay, reimbursement of the full cost of the ticket together with, when relevant, a return flight to the first point of departure, at the earliest opportunity.

At a first glance, as said above, it is easy to deem the occurrence of natural phenomena as an extraordinary circumstance that air carriers cannot avoid even if they take all reasonable measures.

As per the Judgment of the European Court of Justice (Fourth Chamber) of 19 November 2009 concerning the Joined Cases C-402/07 and C-432/07⁹, it was understood that passengers whose flights are delayed may be also entitled to the financial compensation owed to passengers whose flights are cancelled where they suffer, on account of a flight delay, a loss of time equal to or in excess of three hours.

What matters in this judgment is that the court expressly adopted the wording of article 5.3 of Resolution (EC) No 261/2004 by ruling that “such a delay does not, however, entitle passengers to compensation if the air carrier can prove that the long delay was caused by extraordinary circumstances which could not have been avoided even if all reasonable measures had been taken, namely circumstances beyond the actual control of the air carrier”. In addition, it excluded aircraft technical problems from the concept of extraordinary circumstances unless such problem “stems from events which, by their nature or origin, are not inherent in the normal exercise of the activity of the air carrier concerned and are beyond its actual control”.

Finally, in a brief analysis of the issue under Brazilian law, the Brazilian Aviation Code imposes to the air carrier the liability for losses incurred by the passengers by virtue of flight delays, except for in cases of force majeure or of orders issued by the aviation authorities (article 256). The same rationale is adopted by the Brazilian Civil Code (Law 10,406, from 10 January 2002) in the provisions of transportation contracts.¹⁰

⁹ *Official Journal C 024*, 30/01/2010 P. 4-5.

¹⁰ Free translation: “Art. 734. The carrier is liable for the damages caused to the persons transported and to their baggage, unless in case of force majeure, and any clause excluding the carrier’s liability shall be null and void.
(...)”

Having analyzed the consumer protection structures provided both by the Montreal Convention and by Resolution (EC) No 261/2004 (and in less detail also by Brazilian law), it is worth verifying the liability systems adopted by them for an analysis of their connections and differences.

There are two kinds of liability: one arising out of contractual relationships (contractual liability) and another one arising out of any other relationships other than contractual ones (tort liability).

Pursuant to tort liability, in general whoever violates any right and causes damage to a third person by virtue of any action or voluntary omission, negligence or imprudence, performs a wrongful act. A wrongful act is also performed whenever the holder of a right, by exercising it, clearly exceeds the limits imposed by its social or economic purpose, good faith or good moral principles. Whoever performs a wrongful act and causes damage to anyone must indemnify him.

Tort liability may still be divided into fault liability and strict liability.

Fault liability represents the classical theory of tort and requires the existence and evidence of fault as a requirement for indemnification. In this case, four elements are usually required for configuration of the liability: voluntary human conduct (either an action or an omission), fault, damage, and connection between the damage and the action performed with fault, here understood as intention, unskillfulness, negligence, or imprudence.

On the other hand, the strict liability does not require the existence of fault for the formation of the wrongful act. Hence, whenever there is a voluntary human conduct (either an action or an omission), damage and the connection between the damage and the action performed, the one who performed the action is obliged to indemnify the suffering party, even if there was no fault. This system should be applied only when the activity usually undertaken implies, by virtue of its nature, risks to others' rights.

Art. 737. The carrier is subject to the timetables and itineraries scheduled under penalty of indemnification for the losses, unless in case of force majeure."

In spite of the liability concerning transportation be typically contractual, we consider that the analysis of the tort liability structures would be helpful to understand the ideological backgrounds which surround the rationale behind the above mentioned rules. In light of this classification, one may consider the liability system provided by the Montreal Convention as one based on fault liability and the system provided by Regulation (EC) No 261/2004 as one based on strict liability.

Air transportation is a business that is always subject to risk of change of meteorological conditions. This risk is of the essence of the activity. The normal conduction of a flight depends on a variety of issues, such as weather, aerial navigation oversight, and aerodrome normal operation. Air transportation cannot be conceived without the element “risk”, and each and every passenger – and air carrier – takes it into account when choosing to fly. Therefore, we conclude that a strict liability structure would be the most suitable to aviation regulations.

However, despite adopting different liability structures, both rules, as well as the Brazilian Aviation Code, keep air carriers harmless against any liability that could arise by force majeure, what leads to our understanding that the provisions regulating consumer protection for air passengers in case of occurrence of natural phenomena could be amended in order to better protect consumers against losses arising out of delays or cancellation of their flights.

Under the current regulations the passengers, who many times can use only air carriers for transportation, are completely unprotected against the losses they incur by virtue of the occurrence of natural phenomena such as ash and snow. Hours are spent in the airports, appointments are lost, family meetings are cancelled, and deals are broken by virtue of delays or cancellation of flights.

What should be considered to minimize this situation is not the suitability of liability systems as all of them provide the same solution for cases of force majeure anyway.

We understand that transferring the full liability to the airlines for the losses caused to the customers by natural phenomena is the easiest but not the best solution to protect the latter. The first conse-

quence of this legal modification would be a significant increase of the price of the tickets as a compensation for the risks assumed by the companies. Another scenario that could take place would be the immediate dissolution of some companies seeking to avoid future bankruptcy. And the most likely situation would be the inevitable bankruptcy of several air carriers in the near future as a result of the payment of indemnifications to the air passengers or even an extremely high level of market concentration.

The technological progress has enabled specialized institutions to monitor and oversee with detail the climate changes and likelihood of occurrence of natural phenomena. A complex network of researchers spread worldwide has helped governments, including their national aviation authorities (NAA), to follow up and reduce the damages of significant weather changes, volcano eruptions and earthquakes.

The real time supply of this kind of information to NAA and airlines is essential to air navigation. The assessment of this data and the compliance with the phases of applicable accurate procedures, such as the one provided by the guidance material on “Management of Flight Operations with Known or Forecast Volcanic Cloud Contamination” drafted by ICAO in December 2010¹¹, could enable the airlines to analyze the likelihood of natural phenomena in a certain degree.

What we suggest here is that whenever there is a reliable supply of weather information to both NAA and air carriers combined with the implementation of specific, comprehensive and detailed programs for the mitigation of risks of air navigation in case of natural phenomena, air carriers should, jointly with the NAA, continuously assess such information and always disclose the risk likelihood to the consumers whenever they detect the possibility of such event. The non compliance with this disclosure would make air carriers liable for losses incurred by air passengers if natural phenomena take place and the losses related thereto could have been prevented by that disclosure.

¹¹ Available at www.paris.icao.int

In this context, where a threat of natural phenomena is detected as possible and deemed as occasionally able to bring flight cancellations or delays, the air carrier should disclose this information to consumers at the moment the ticket is being purchased. The choice to purchase the ticket or not would belong to the passenger, now aware of the risk. The level of likelihood could in certain cases prohibit the air carriers from issuing tickets concerning schedules that could be affected in some regions, as per orientation given by the authorities. NAA should oversee this disclosure.

What we bear in mind is that NAA and airlines have much more information and knowledge of climate forecast than customers and, by virtue of their responsibility, they should always acknowledge passengers about risks that could eventually exist and, in extreme cases, refrain from issuing tickets.

Therefore, we envisage three basic scenarios arising out of this risk allocation:

- (i) Whenever an air carrier (jointly with the NAA), by assessing available information and complying with applicable procedures, detects the possibility of occurrence of natural phenomena, it should disclose this information, in clear and direct wording, to customers at the time they purchase the tickets. The customers should be aware of the risk of delay or cancellation of their flights. In extreme cases, the air carrier could not sell tickets, as determined by authorities. The non compliance with this disclosure would make air carriers liable for losses incurred by air passengers if natural phenomena take place and those losses could have been avoided if the warning was given.
- (ii) Whenever an air carrier (jointly with the NAA) does not have sufficient information to detect this risk or the information available does not allow the detection of such threats, air carrier would not need to disclose any information to customer and should not be liable for occasional natural phenomena losses.
- (iii) Whenever an air carrier (jointly with the NAA) does not have sufficient information to detect this risk or the information available does not allow the detection of such threats at the

moment the ticket is purchased but the risk becomes detectable prior to boarding, air carrier should promptly inform customer about the risk immediately upon its detection. In this case the air carrier would become liable if it does not promptly provide said information to the customer who, aware of the risk, could take the measures he deemed appropriate.

This proposal does not intend to suggest the adoption of any tort liability system as this modification would not result in any change in the treatment of force majeure cases. What is sought here is a better distribution of risks in case of detection of the likelihood of natural phenomena in light of the extremely different levels of information owned by air carriers on one side and customers on the other side, and also taking into account the duty of the air carriers to protect and keep their passengers harmless.

We understand that the implementation of this system after an appropriate technical discussion on an accurate structure of procedures and supply of reliable information would help to mitigate the current lack of protection of air passengers for losses incurred by them by virtue of flight cancellations and delays in case of extreme weather changes, and provide a fairer risk allocation.

Impossibilidade da Exigência do ICMS nas Ligações Telefônicas Realizadas Mediante Fraude. Análise de Decisão do Superior Tribunal de Justiça

Armênio Lopes Correia¹
Carla de Ávila Nascimento²

I. INTRODUÇÃO

Foi publicado, em maio de 2010, acórdão do Superior Tribunal de Justiça, referente ao Recurso Especial nº 1.189.924/MG, no qual foi analisada a incidência do ICMS sobre as ligações telefônicas cujo sinal tenha sido furtado por “clonagem”. Na ocasião, o Tribunal Superior entendeu ser devido o ICMS sob o argumento de que o furto por “clonagem” integra o risco da atividade econômica das empresas de telecomunicação, não podendo ser transferido ao Estado.

A leitura atenta do acórdão, contudo, demonstra que o Superior Tribunal de Justiça equiparou as ligações telefônicas realizadas mediante fraude à simples inadimplência, e não analisou os argu-

¹ Sócio do escritório RV&LC Advogados. Graduado em Direito pela Faculdade Newton Paiva e em Contabilidade pela Faculdade de Ciências Gerenciais do Centro Universitário UNA. Pós-graduado em Gestão Contábil pelo Centro Universitário UNA (CEPEDERH/UNA). Membro da Associação Brasileira de Estudos Tributários das Empresas de Telecomunicações (ABETEL).

² Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

mentos específicos que impedem a incidência do imposto estadual no primeiro caso.

Em que pese a inadimplência ser suficiente para afastar a incidência do ICMS sobre as ligações telefônicas, uma vez que retira o caráter oneroso da prestação de serviço, no caso da fraude verifica-se a inexistência do negócio jurídico ou sua invalidade, inviabilizando, assim, de forma ainda mais evidente, a incidência do ICMS.

Através do presente trabalho buscar-se-á demonstrar que a referida decisão do Superior Tribunal de Justiça não enfrentou adequadamente a questão das ligações telefônicas realizadas mediante fraude, de modo que o acórdão referente ao Recurso Especial nº 1.189.924/MG não deve ser considerado um precedente capaz de influenciar decisões em outros processos.

Apresentaremos, a seguir, um breve estudo sobre os tipos de fraude mais comuns a que estão sujeitas as empresas de telefonia móvel. Posteriormente, analisaremos a inexistência de negócio jurídico ou sua invalidade nesses casos, a fim de concluir pela impossibilidade de exigência do ICMS.

II. FRAUDE DE SUBSCRIÇÃO, “CLONAGEM” E *GHOSTING*

Destacam-se entre os tipos mais comuns de fraudes sofridas pelas empresas de telefonia móvel (i) a habilitação irregular de linhas telefônicas, mediante fraude de subscrição, (ii) a “clonagem” e (ii) o *ghosting*.

A fraude de subscrição, também conhecida como fraude de assinatura, corresponde à habilitação fraudulenta de linha telefônica, através do uso não autorizado das informações cadastrais pertencentes a terceiros ou a um indivíduo inexistente.

Sob a ótica do direito penal, a fraude de subscrição configura crime de estelionato, previsto no art. 171, *caput*, do Código Penal:

Art. 171 – Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento

Com efeito, nesses casos a operadora é induzida a erro, já que o agente se utiliza de meios artificiosos (documentos falsos ou de terceiros) para habilitar uma linha telefônica.

Guilherme de Souza Nucci, na obra *Código Penal Comentado*³, explica que no crime de estelionato “*o agente coloca – ou mantém – a vítima numa situação enganosa, fazendo parecer realidade o que efetivamente não é. Ex.: o autor finge manter uma agência de venda de carros, recolhe o dinheiro da vítima, prometendo-lhe que entregará o bem almejado, e desaparece*”.

Veja-se que, no caso da fraude de subscrição, o agente mantém a operadora de telefonia em juízo equivocado, sob a falsa impressão de que os documentos apresentados pelo fraudador são verdadeiros, parecendo, portanto, uma habilitação regular. Essa situação somente é interrompida no momento em que a operadora detecta a fraude, quando suspende, então, a linha telefônica.

Já a “clonagem”, consistente em uma fraude técnica, ocorre quando o fraudador consegue copiar, sem autorização, informações técnicas do aparelho celular do assinante, e, a partir daí, realiza ligações telefônicas através de outro aparelho celular, com as mesmas características do acesso original.

A prática da “clonagem” era mais comum quando o cliente, usuário da tecnologia digital (*Time Division Multiple Access* – TDMA), estava em *roaming*, ou seja, quando estava deslocado em uma área de prestação de serviços pertencente a outra operadora (que não aquela com a qual possui vínculo contratual). Como o usuário em *roaming* utilizava sinais analógicos, cuja frequência era aberta, a possibilidade de ocorrer a clonagem era grande. Com a implantação da tecnologia *Global System for Mobile Communications* – GSM, ao contrário da tecnologia analógica e TDMA, os assinantes em *roaming* utilizam *chips* em seus aparelhos celulares, que criptografam as ligações telefônicas, dificultando, assim, a ação dos fraudadores. Destaque-se que a tecnologia GSM repre-

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 561.

senta um avanço no sentido de impedir a “clonagem”, mas ainda não significa sua extinção.⁴

Por fim, o *ghosting* caracteriza-se por uma fraude interna, quando um empregado da própria operadora permite que o fraudador tenha acesso a uma linha telefônica ainda não habilitada comercialmente.

Nesses dois casos, “clonagem” e *ghosting*, entendemos que há o crime de furto qualificado, previsto no Código Penal, art. 155, § 4º, II:

Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

(...)

§ 3º – Equipara-se a coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

§ 4º – A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

(...)

II – com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

Embora o *caput* do art. 155 do Código Penal não delimite “coisa móvel” para fins de caracterização do crime de furto, veja-se que o § 3º desse mesmo artigo equipara “coisa móvel” a energia elétrica, bem como a qualquer outra forma de energia que tenha valor econômico. Assim, outros bens incorpóreos que tenham valor econômico, como o sinal telefônico podem ser objeto de furto. O Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados, analisou hipóteses de subtração de sinais telefônicos, concluindo pela tipicidade da conduta como furto. Cite-se: REsp 750.626/RS, Ag no REsp 916.207/RS, HC 123.889/SP, RHC 19529/SP.

Ainda nesse sentido, confira-se abaixo ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt⁵, no qual é destacado que bens imateriais são considerados coisa para o Direito Penal:

⁴ De acordo com informações obtidas no site da ANATEL: www.anatel.gov.br. Acesso em 29 set. 2011.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3, p. 291.

Coisa, para fins penais, é tudo que possa constituir objeto da ação física de subtrair, isto é, coisa corpórea passível de ser deslocada, removida, apreendida ou transportada de um lugar para o outro. A eventual intangibilidade da coisa não afasta sua idoneidade para ser objeto de subtração.

O furto é qualificado porque em ambas as hipóteses, “clonagem” e *ghosting*, é realizado mediante fraude, sendo que no caso da fraude interna há, ainda, o abuso de confiança.

Delimitados os tipos de fraude que serão objeto de nossa análise, cumpre-nos agora estudá-las sob a ótica do direito civil.

III. OS PLANOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS VERSUS AS FRAUDES SOFRIDAS PELAS EMPRESAS DE TELEFONIA MÓVEL

Depreende-se da obra de Antônio Junqueira de Azevedo⁶ que o negócio jurídico é “*todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pelas normas jurídicas que sobre ele incide*”.

A *declaração de vontade* no contexto dos negócios jurídicos é a manifestação de vontade socialmente vista como destinada a produzir efeitos jurídicos. É, pois, a manifestação de vontade qualificada. Com efeito, para que se tenha um negócio jurídico não basta a exteriorização de uma vontade, é necessário que tal manifestação perquiria a constituição de um direito.⁷

É justamente o status de *declaração de vontade* que diferencia o negócio jurídico dos demais fatos jurídicos. Como fato jurídico enten-

⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16.

⁷ Nesse sentido: “*Observa-se, então, que se distinguem o ‘negócio jurídico’ e o ‘ato jurídico’.* Aquele é a declaração de vontade, em que o agente persegue o efeito jurídico (*Rechtsgeschaäft*); no ato jurídico *stricto sensu* ocorre manifestação volitiva também, mas os efeitos jurídicos são gerados independentemente de serem perseguidos diretamente pelo agente.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Vol. I.* 5. ed. Rio de Janeiro: 1993. p. 327).

de-se aquele fato descrito na norma que quando efetivado no mundo real produz efeitos jurídicos. Assim, a partir de sua ocorrência, o fato passa a ter existência e eficácia jurídica. Já o negócio jurídico, além da existência e da eficácia, deve ser analisado também no plano da validade. Isso porque os efeitos do negócio jurídico são aqueles manifestados pelas partes como queridos. A *declaração de vontade* traz essa especificidade para os negócios jurídicos: o plano da validade.

Ainda segundo Antônio Junqueira de Azevedo “*plano da existência, plano da validade e plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização*”.

No plano da existência analisam-se os elementos essenciais para a constituição do negócio jurídico, bem como aqueles elementos pressupostos de sua existência. Os elementos constitutivos são (i) forma, (ii) objeto e (iii) circunstâncias negociais, enquanto os elementos pressupostos são (iv) agente, (v) tempo e (vi) lugar.

Nas hipóteses de fraude por “clonagem” e da fraude interna não se verifica a totalidade dos elementos acima, de modo que não se pode falar sequer em negócio jurídico. Nesses dois casos, porquanto inexistente qualquer manifestação de vontade, mas sim o furto, a subtração do sinal telefônico, inexistente entre o fraudador e a operadora qualquer relação jurídica. Com efeito, não é possível definir a forma da eventual *declaração de vontade* (se escrita, oral, mímica, etc.) tampouco as circunstâncias negociais (modelo cultural de atitude) na qual foi proferida, simplesmente porque essa não existiu.

Já no plano da validade, próprio dos negócios jurídicos, deve se averiguar se a *declaração de vontade* existente está de acordo com as normas jurídicas, se é regular. A validade é, assim, uma qualidade do negócio jurídico. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, são requisitos de validade do negócio jurídico que a *declaração de vontade* seja “*a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade; d) deliberada sem má fé*”. Além disso, conforme art. 166 do Código Civil⁸, o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determi-

⁸ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

nável e a forma livre ou conforme prescrita em lei. O agente deve ser capaz e possuir legitimidade para a prática do ato, já o tempo ou lugar devem estar em conformidade com o ordenamento jurídico, caso, excepcionalmente, haja alguma exigência nesse sentido.

No caso da fraude de subscrição, verifica-se que a *declaração de vontade* da operadora de telefonia é viciada na medida em que não é proferida com plena consciência da realidade. Já a do cliente, no caso, fraudador, está eivada de má fé. Como visto no tópico anterior, a fraude de subscrição configura crime de estelionato, caracterizado, justamente, pela indução de alguém a erro com objetivo de obter vantagem ilícita.

Assim, no caso da fraude de subscrição o negócio jurídico é inválido, não atingindo, conseqüentemente, sua plena realização.

Conclui-se, portanto, que no caso da “clonagem” e da fraude interna não há qualquer negócio jurídico, mas unicamente ato ilícito por parte do fraudador. Já no caso da fraude de subscrição, embora possa se falar na existência de negócio jurídico, esse é inválido e também ilícito.

Sob esse ângulo – análise dos planos de existência e de validade dos negócios jurídicos – torna-se perceptível a distância entre os casos em que a comunicação é realizada mediante fraude e as hipóteses unicamente de inadimplência. Na inadimplência pura e simples, que não está vinculada com nenhum ato ilícito penal, tem-se um negócio jurídico existente e válido, cuja cláusula contratual concernente à remuneração foi descumprida pelo usuário. Ao contrário, nas hipóteses de fraude, inexistente negócio jurídico pleno.

-
- II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
 - III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
 - IV – não revestir a forma prescrita em lei;
 - V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
 - VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
 - VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.”

IV. A REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA DO ICMS – COMUNICAÇÃO E A IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE AS LIGAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS MEDIANTE FRAUDE

O inciso II do art. 155, da Constituição da República é norma de competência que faculta aos Estados e ao Distrito Federal a instituição de imposto sobre a prestação de serviços de comunicação.

Embora a competência para a instituição do imposto seja de cada ente da Federação, em razão do disposto no inciso III do art. 146 da Constituição, cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais que, entre outras disposições, deverá definir o fato gerador dos impostos, veja-se:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

Em relação ao ICMS, a Lei Complementar nº 87/96 estabelece as normas gerais para sua instituição por todos os Estados e o Distrito Federal. No caso, destaque-se a disposição contida no inciso III do art. 2º da Lei Complementar nº 87/96:

Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

III – prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

Depreende-se tanto do inciso II do art. 155 da Constituição, como do dispositivo acima transcrito, que o núcleo da tributação é um negócio jurídico de natureza contratual: a prestação do serviço de comunicação. Veja-se que o ICMS não incide sobre a comuni-

cação em si, mas sim sobre a prestação do serviço de comunicação. Acrescente-se, ainda, que tampouco basta a prestação do serviço de comunicação, posto que é essencial que a referida prestação seja onerosa, conforme determinado pela própria Lei Complementar n° 87/96 em seu art. 2°, acima transcrito.

Ora, a prestação de serviço onerosa é, indubitavelmente um negócio jurídico de natureza contratual, que para alcançar sua plena realização deve existir, ser válido e eficaz.

Na hipótese da “clonagem” e da fraude interna não há negócio jurídico, posto que não há qualquer *declaração de vontade* por parte da operadora de telefonia. Com efeito, não se cogita que no caso de invasão de um supermercado seguido pelo furto das diversas mercadorias que ali se encontram o proprietário do estabelecimento seja obrigado a recolher o ICMS. Isso porque, embora possa se sustentar a circulação das mercadorias, não se verifica a realização da operação mercantil, negócio jurídico, capaz de ensejar a tributação pelo ICMS. No caso de furto de sinais telefônicos não é diferente: o fato de ter ocorrido a comunicação não implica, automaticamente, a ocorrência da prestação onerosa do serviço de comunicação.

Da mesma forma, no caso da fraude de subscrição, na medida em que se verifica a invalidade do negócio jurídico, não é possível sustentar a exigência do ICMS.

O art. 116 do Código Tributário Nacional, em seu inciso II⁹, preconiza que nas hipóteses em que a lei tributária elege uma situação jurídica como fato gerador de um tributo, apenas a partir de sua constituição definitiva, nos termos do direito aplicável, é que o tributo passa a ser exigível. O negócio jurídico ilícito, caracterizado como crime de estelionato, não é descrito na norma tributária como fato gerador do ICMS, não é a situação jurídica prevista em lei como capaz de culminar na exigência do imposto estadual.

⁹ “Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: (...) II – tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.”

V. IMPROPRIEDADE DO ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme mencionado anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.189.924/MG, entendeu pela incidência do ICMS no caso de furto de sinal telefônico mediante clonagem. A seguir, a ementa do julgado:

TRIBUTÁRIO – ICMS – SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL – INADIMPLÊNCIA DOS USUÁRIOS – FURTO DE SINAL (CLONAGEM) – INCIDÊNCIA DO TRIBUTO.

1. O fato gerador do ICMS na telefonia é a disponibilização de linha em favor do usuário que contrata, onerosamente, os serviços de comunicação da operadora. A inadimplência e o furto por “clonagem” fazem parte dos riscos da atividade econômica, que não podem ser transferidos ao Estado.

2. Nos termos do artigo 118 do Código Tributário Nacional, o descumprimento da operação de compra e venda mercantil não tem o condão de malferir o fato gerador do ICMS.

3. Inexiste previsão legal que permita a compensação tributária de ICMS em serviços de telefonia móvel inadimplidas, ou cujo sinal foi furtado “por clonagem” do aparelho celular.

4. “A exigência tributária não está vinculada ao êxito dos negócios privados.” (REsp 956.842/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 20.11.2007, DJ 12.12.2007, P. 408)

5. Não compete ao Estado zelar pelo cumprimento da obrigação dos consumidores; cabe, no caso, à prestadora dos serviços buscar, pela via própria, o recebimento de seus créditos.

(...)

Recurso Especial improvido.

(Resp nº 1.189.924/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.05.2010, DJe 07.06.2010)

Observe-se que a decisão argumenta, inicialmente, que o fato gerador do ICMS é a “*disponibilização de linha em favor do usuário que contrata, onerosamente, os serviços de comunicação da operadora*”. Ora, no caso da “clonagem” não há contrato, não há

qualquer relação entre a operadora e o usuário. O fraudador simplesmente usurpa sinal telefônico sem que para isso tenha iniciado qualquer procedimento de cunho negocial com a operadora.

Assim, não é possível sustentar, como quer o STJ, que o “*descumprimento da operação de compra e venda mercantil não tem o condão de malferir o fato gerador do ICMS*”. Frise-se, mais uma vez, que na “clonagem” não há operação de compra e venda, há somente o furto, sem qualquer negócio jurídico relacionado. Daí, também, ser equivocada a menção ao art. 118 do Código Tributário Nacional, que estabelece que “*a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se a validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, bem como da natureza do seu objeto*”. Tal dispositivo legal não é capaz de ensejar a cobrança de tributo cujo fato gerador remonta a situação jurídica quando essa não se verifica, como definida no Direito aplicável. Essa é a norma contida no inciso II do art. 116 do Código Tributário Nacional que foi desconsiderada pela decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Paulo de Barros Carvalho¹⁰, ao analisar a compatibilidade entre os dois dispositivos, leciona:

“Muito mais difícil, porém, é compatibilizar o art. 118, I, com o art. 116, II. Nesse ponto a tarefa parece até impossível. Para o reconhecimento da situação jurídica temos de analisar sua constituição, nos termos do direito aplicável (art. 116, II), e, ao mesmo tempo, para compreender a definição legal do fato, sempre que se tratar de ato ou negócio jurídico, somos obrigados a fazer a abstração da validade dos atos praticados. As ordens prescritas não se coadunam. Uma exclui a outra, em dimensões de contrariedade absoluta. Enfrentamos, de novo, um problema de interpretação e temos para nós que o privilégio deve recair no inc. II ao art. 116, em detrimento do inc. I do art. 118.”

Com efeito, se a regra matriz de incidência tributária elege uma situação jurídica como critério material é certo que apenas sua plena realização, em conformidade com as normas jurídicas que a definem, podem ensejar a cobrança do tributo. Desconsiderar a

¹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

validade dessa situação jurídica importa em exigir tributo além dos moldes definidos em lei.

Assim, o direito do contribuinte à repetição do ICMS indevidamente pago nos casos de fraude decorre do próprio inciso II do art. 2º, da Lei Complementar nº 87/96, que estabelece como fato gerador do imposto a prestação onerosa de serviço de comunicação.

Observe-se que não há uma correlação lógica entre os fundamentos da decisão e a hipótese de “clonagem”. Com efeito, não nos parece razoável sustentar que no caso de fraude por “clonagem” haja uma relação contratual entre o usuário e a operadora, tampouco que exista um *negócio privado*. Em verdade, o Superior Tribunal de Justiça, equivocadamente, equiparou a fraude por “clonagem” à inadimplência, deixando de analisar as peculiaridades referentes à primeira hipótese.

VI. CONCLUSÃO

Ante o exposto, entendemos que o Superior Tribunal de Justiça se equivocou ao considerar devido o ICMS sobre as ligações telefônicas realizadas mediante fraude, no caso, “clonagem”. Como exposto ao longo do presente trabalho, na “clonagem” e na fraude interna é configurado o furto qualificado do sinal telefônico e inexistente qualquer negócio jurídico capaz de legitimar a exigência do imposto estadual. No caso da fraude de subscrição o negócio jurídico é inválido, na medida em que a *declaração de vontade* não se encontra em conformidade com o ordenamento jurídico.

Considerando que o ICMS incide sobre a prestação onerosa de serviços de comunicação, inexistindo relação contratual válida entre a operadora e o usuário, não é possível levar a cabo a exigência do imposto estadual.

Encargos e Tributos do Setor Elétrico: Incidências Cumulativas e Interferência da Política Fiscal

Cristiano Augusto G. Viotti¹
Carolina Queiroz P. D. de Melo²

INTRODUÇÃO

Para atender à crescente demanda do mercado de energia, o setor elétrico brasileiro depende de adequado ambiente regulatório, alinhado com as diretrizes e objetivos da política energética nacional. As políticas públicas voltadas para o setor devem ser capazes de promover a eficiência e preservar a expansão da oferta, de modo a assegurar, de um lado, a confiabilidade do fornecimento e, de outro, a modicidade tarifária.

Contudo, a falta de integração entre as políticas regulatória e fiscal do setor lhe tem causado efeitos nocivos, em detrimento da consecução destes objetivos e, portanto, do desenvolvimento efi-

-
- ¹ Sócio do escritório RV&LC Advogados. Especialista em Planejamento Tributário Internacional e Imposto sobre Valor Adicionado pelo International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD) e MBA em Direito e Economia da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professor de Direito Tributário da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Associado ao Instituto Brasileiro de Direito Financeiro (IBDF) e ao International Fiscal Association (IFA).
- ² Pós-graduanda em Direito do Estado e da Regulação na Fundação Getúlio Vargas (FGV). Extensão em Regulação de Energia Elétrica na Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (ABDIB). Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

ciente do mercado. Disto decorrem graves consequências, como a elevada carga tributária sobre a cadeia produtiva de energia e a incidência cumulativa de tributos e encargos setoriais, causadas pela falta de coordenação entre as esferas de governo, além de desvios que distorcem as finalidades dos mecanismos regulatórios, alguns dos quais convertidos em instrumentos de política fiscal.

Assim, o presente artigo tem por objetivo analisar as distorções geradas pelo desalinhamento entre as políticas tributária e regulatória do setor elétrico, através da análise do novo encargo setorial criado pela Lei nº 12.111/09, correspondente ao adicional de 0,3% sobre a receita operacional líquida das distribuidoras de energia.

O estudo de caso objeto da presente análise evidencia a necessidade de reavaliação da orientação das políticas delineadas para o setor elétrico, a fim de reaproximá-lo das diretrizes que lhe foram traçadas.

I. ANÁLISE DO ENCARGO DE 0,3% SOBRE A RECEITA OPERACIONAL LÍQUIDA DAS DISTRIBUIDORAS

I.1 Histórico

Para compreender o fundamento da criação do encargo objeto da presente análise, deve ser examinada a origem da Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis (CCC).

A CCC foi criada em 1973, pela Lei nº 5.899,³ como fonte de recursos financeiros para subsidiar os custos incorridos na utilização de combustíveis fósseis na geração de energia termelétrica, necessária caso se verificassem condições climatológicas desfavoráveis à utilização de energia hidrelétrica. Em 1993, a Lei nº 8.631 a estendeu aos Sistemas Isolados, localidades não atendidas pelos sistemas de transmissão do país e, portanto, ainda dependentes da energia térmica como fonte de geração. Assim, como subsídio aos custos dos combustíveis utilizados, a CCC tem papel fundamental nos Sistemas Isolados, na medida em que visa à equalização

³ Essa lei foi regulamentada pelo Decreto nº 73.102/73, que foi posteriormente revogado pelo Decreto nº 2.655/98.

das tarifas dos consumidores deste ambiente relativamente àquelas praticadas no Sistema Interligado Nacional (SIN). Em suma, seu objetivo é redistribuir a todos os consumidores os altos custos decorrentes da utilização de combustíveis na geração termelétrica.

Ao ser criada, a CCC reembolsava o custo líquido relativo à utilização de combustíveis, ou seja, o valor devido era calculado abatendo-se os montantes relativos ao ICMS e à Tarifa de Energia Hidráulica Equivalente, de modo que o valor a ser reembolsado fosse equivalente ao custo efetivamente verificado no consumo do combustível. Contudo, a Lei nº 12.111/09⁴ alterou a fórmula de cálculo da CCC dos Sistemas Isolados, que passou a ter por base o custo total da geração, elevando substancialmente o valor do encargo, ao incluir os custos relativos aos encargos setoriais, aos tributos, à contratação de energia e de potência associada, à geração própria para atendimento ao serviço de distribuição, aos investimentos realizados, além dos demais custos diretamente associados à prestação do serviço em regiões remotas.

Em razão dos altos custos de geração da energia térmica, a tendência é que sua utilização seja gradativamente substituída pela energia de fonte hidrelétrica, principal matriz energética do país, especialmente em função da gradual interligação dos Sistemas Isolados ao SIN. Ademais, a substituição da geração termelétrica vem sendo incentivada por diversas políticas regulatórias voltadas para a diversificação da nossa matriz energética.⁵

⁴ A Lei nº 12.111, de 09/12/09, dispõe sobre os serviços de energia elétrica nos Sistemas Isolados; altera as Leis nºs 9.991, de 24 de julho de 2000, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e 10.848, de 15 de março de 2004; revoga dispositivos das Leis nºs 8.631, de 4 de março de 1993, 9.648, de 27 de maio de 1998, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003; e dá outras providências.

⁵ Este é um dos objetivos da política energética nacional, conforme se extrai das suas diretrizes, definidas na Lei nº 9.478/97: “*Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos: [...] VII – identificar as soluções mais adequadas para o suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País; VIII – utilizar fontes alternativas de energia, mediante o aproveitamento econômico dos insumos disponíveis e das tecnologias aplicáveis*”.

Considerando a necessidade de vinculação do encargo aos objetivos de política setorial, a CCC atendia a esta lógica quanto ao seu prazo de vigência que estava vinculado à interligação do sistema elétrico, mas, com a edição da Lei 12.111/09, o encargo passou a ter validade relacionada aos prazos dos contratos de fornecimento de energia.

Cumprir notar que a redução ou gradual interrupção da geração de matriz térmica, causada pela progressiva interligação dos Sistemas Isolados, provoca potencial redução na arrecadação de ICMS, dos Estados antes não interligados, uma vez que passarão a ser reduzidas as operações interestaduais para aquisição de combustíveis fósseis.⁶

Para compensar temporariamente os Estados e Municípios que sofreram perda de arrecadação de ICMS incidente sobre a aquisição de combustíveis fósseis, a Lei nº 12.111/09,⁷ mediante alteração da Lei nº 9.991/2000,⁸ instituiu novo encargo setorial, devido pelas distribuidoras de energia, em valor equivalente a 0,3%⁹ sobre a sua receita operacional líquida.

Assim, o novo encargo setorial passou a ser exigido das distribuidoras até 31 de dezembro de 2012, visando, expressamente, ao ressarcimento de Estados e Municípios da referida perda de receita de ICMS, ocorrida nos 24 (vinte e quatro) meses seguintes à interligação dos sistemas isolados ao SIN, segundo previsão legal.

⁶ Conforme disposição constitucional (art. 155), as operações com combustíveis derivados de petróleo são tributadas nos Estados onde ocorrer o consumo: “§ 4º Na hipótese do inciso XII, h, observar-se-á o seguinte: I – nas operações com os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo;”.

⁷ A Lei nº 12.111/09 foi regulamentada pelo Decreto nº 7.246/10 e, no que diz respeito ao novo encargo setorial, pela Resolução Normativa ANEEL nº 410/10.

⁸ A Lei nº 9.991/2000 dispõe sobre realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor de energia elétrica, e dá outras providências.

⁹ A alíquota fixada em 0,30% pode ser reduzida ou restabelecida pelo Poder Executivo, segundo previsão do art. 4º-A, § 8º da Lei nº 9.991/2000.

O montante ressarcido equivale à diferença entre o valor correspondente à aplicação da alíquota de referência do ICMS¹⁰ sobre o custo do combustível fóssil utilizado nos sistemas isolados do respectivo Estado, nos 24 meses que antecederam a interligação, e o mesmo valor nos 24 meses subsequentes à interligação.

O recolhimento é realizado pela União e repassado aos Estados e Municípios, nos termos da regulamentação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), respeitados os critérios de repartição de receitas previstos constitucionalmente. Eventuais saldos são devolvidos às distribuidoras, proporcionalmente ao que foi recolhido, e revertidos para a modicidade tarifária.

Os recursos arrecadados devem ser aplicados em atividades relacionadas ao setor elétrico, elencadas no § 6º do art. 4º-A da Lei nº 9.991/2000:

- I – em programas de universalização do serviço público de energia elétrica;
- II – no financiamento de projetos socioambientais;
- III – em projetos de eficiência e pesquisa energética; e
- IV – no pagamento de faturas de energia elétrica de unidades consumidoras de órgãos estaduais e municipais.

Examinado o contexto que levou à sua criação e o regime sob o qual foi criado o novo encargo setorial, passa-se ao exame da sua natureza jurídica.

1.2 Natureza jurídica

Reconhecido o relevante impacto da carga fiscal na economia, a definição da natureza jurídica dos encargos e tributos setoriais se mostra fundamental para adequar os instrumentos regulatórios aos objetivos de garantia à sustentabilidade e modicidade tarifária,

¹⁰ A alíquota de referência “será a menor entre a alíquota média do ICMS nos 24 (vinte e quatro) meses que antecederam a interligação, a alíquota vigente em 30 de julho de 2009 ou a alíquota vigente no mês objeto da compensação.” (art. 4º-A, § 3º da Lei nº 9.991/2000).

a serem atendidos em prol da eficiência do mercado de energia elétrica.

O encargo instituído pela Lei nº 12.111/09 soma-se aos demais encargos setoriais¹¹ e tributos¹² incidentes sobre as operações de energia elétrica, que correspondem ao equivalente a 36,8% do valor total da tarifa,¹³ custo integralmente repassado ao consumidor final.¹⁴

Pela análise dos seus elementos caracterizadores, o novo encargo não se enquadra como um encargo setorial, uma vez que estes têm por objetivo subsidiar políticas públicas traçadas para o setor. Conforme verificado, o novo encargo, cujo objetivo é a neutralização de perda de receita tributária, não promove equalização de custos inerentes ao sistema elétrico e tampouco induz quaisquer eficiências aos agentes do setor.

¹¹ Dentre eles, incluem-se a CCC (Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis), que visa a subsidiar o combustível utilizado na geração térmica; a RGR (Reserva Global de Reversão), que objetiva indenizar os concessionários pela reversão do ativos ao final da concessão; a TFSEE (Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica), fonte de recursos para o funcionamento da ANEEL; a CDE (Conta de Desenvolvimento Energético), criada para promover a competitividade da energia produzida a partir de fontes alternativas e a universalização, e subsidiar a subvenção econômica aos consumidores de baixa renda; os ESS (Encargos de Serviços do Sistema), cujo objetivo é garantir a confiabilidade e a estabilidade do sistema elétrico nacional; o Proinfa (Programa de Incentivo às Fontes Alternativas), que visa subsidiar a produção de energia a partir de fontes alternativas; Pesquisa e Desenvolvimento e Eficiência Energética, cujos recursos são destinados ao desenvolvimento científico e tecnológico do setor; o ONS (Operador Nacional do Sistema), que objetiva prover recursos para o seu funcionamento; a CFURH (Compensação Financeira pelo Uso dos Recursos Hídricos), devido pela exploração dos recursos hídricos; e os royalties de Itaipu, que subsidia o preço da energia gerada conforme o Tratado de Itaipu.

¹² Incidem o ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços), o PIS (Programa de Integração Social) e a COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social), e a COSIP (Contribuição para Custeio do Serviços de Iluminação Pública), além de outros tributos de incidência indireta, como o IRPJ (Imposto de Renda) e a CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido).

¹³ Os dados são da ANEEL, 11/2011. Informações retiradas da cartilha da ANEEL “Por Dentro da Conta de Luz”.

¹⁴ Os encargos e tributos são custos não gerenciáveis pelas prestadoras e, portanto, integralmente repassados à tarifa, através da Parcela A.

O novo encargo provoca desproporcional ônus ao setor elétrico, uma vez que os recursos arrecadados, retirados dos consumidores de energia elétrica, são utilizados para compensar eventuais perdas orçamentárias oriundas dos próprios ganhos de eficiência gerados pela desejada interligação do sistema elétrico, promotora de maior confiabilidade de suprimento.

A vinculação da vigência da CCC aos prazos dos contratos e a alteração da fórmula de cálculo do valor do encargo relativo aos Sistemas Isolados – outras mudanças implementadas pela Lei nº 12.111/09 – potencializam essa distorção dos objetivos setoriais originais, em especial o de reduzir os custos associados à geração térmica, em função da interligação do sistema elétrico.

Assim, as modificações introduzidas pela Lei nº 12.111/09 indicam, além do desvio de finalidade verificado na disciplina da CCC, a descaracterização do novo encargo como encargo do setor elétrico. Fica claro que, instituído com finalidade explicitamente fiscal, este encargo não pode ser caracterizado como encargo setorial, tendo em vista que a finalidade para a qual foi criado não apresenta qualquer referibilidade ao suprimento de energia elétrica, atividade econômica que fundamenta a sua criação.

Nem mesmo as destinações vinculadas definidas na lei¹⁵ permitiriam determinar a natureza de encargo setorial, eis que algumas se referem a despesas correntes (pagamento de contas de energia elétrica dos entes estaduais e municipais), ou a outras obrigações de política pública (universalização, eficiência energética e projetos socioambientais) já custeadas por outros efetivos encargos setoriais.

Descaracterizada a natureza de encargo setorial, cabe analisar os pressupostos intrínsecos à natureza tributária. Preenchidos seus requisitos qualificadores, verifica-se que o novo encargo caracteriza-se como tributo, uma vez que consiste em prestação pecuniária compulsória, instituída por lei, não decorrente de ato ilícito, e cobrada mediante atividade administrativa vinculada.¹⁶ Sendo tribu-

¹⁵ Vide art. 4º-A, § 6º da Lei nº 9.991/2000.

¹⁶ Esses são os requisitos exigidos pelo art. 3º do Código Tributário Nacional: *“Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor*

to, admissível enquadrá-lo como contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE),¹⁷ diferenciando-se dos impostos, por ter arrecadação atrelada a uma finalidade específica, e das taxas, por não ter natureza contraprestacional, não sendo decorrente da prestação de serviço público ou do exercício do poder de polícia.

Como CIDE, o encargo objeto da análise deve observar os princípios aplicáveis ao regime jurídico das contribuições: (i) disposições previstas por normas gerais em matéria de legislação tributária, no que diz respeito à definição de tributos e suas espécies, obrigação, lançamento, crédito, além das demais exigências contidas no art. 146, inc. III da Constituição; (ii) princípio da legalidade, nos termos do 150, inc. I da Constituição; e (iii) princípios da irretroatividade e anterioridade, na forma do art. 150, inc. III da Constituição.

Reconhecida a natureza de tributo e, em particular, de CIDE, ao encargo objeto do presente estudo, volta-se para a análise das inconsistências verificadas na sua instituição.

II. INCONSISTÊNCIAS

II.1 Validade material e formal da exigência do encargo

A validade das contribuições deve ser avaliada segundo uma perspectiva finalística, ou seja, está condicionada à destinação que lhe é conferida. Assim, diferentemente de outras figuras tributárias (impostos, taxas e contribuições de melhoria), cujo critério de validação é a materialidade do fato gerador, as contribuições são essencialmente definidas pela sua finalidade.¹⁸

nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

¹⁷ As contribuições estão previstas no art. 149 da Constituição Federal: “*Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.*”

¹⁸ Nesse sentido, GRECO (2000, p. 138-139): “*...a Constituição pode adotar um outro modelo de validação das normas inferiores, em que o critério não é mais o de espe-*

Portanto, reconhecida a natureza de contribuição de intervenção no domínio econômico do encargo ora em estudo, a análise da validade de sua exigência deve partir do exame do fundamento que levou à sua criação.

Ao ter sido instituído com o objetivo de ressarcir perdas de receita tributária, o novo encargo desviou-se das diretrizes que orientam o mercado de energia elétrica, fundado, desde a instituição do novo modelo, na segurança de suprimento, na modicidade tarifária, na estabilidade regulatória e na inserção social.¹⁹

Ao invés de incentivar a promoção de eficiência no setor elétrico, a sua instituição não se compatibiliza com quaisquer dos objetivos fundamentais do setor. Ao revés, o novo encargo foi instituído com finalidade nitidamente arrecadatória, ao servir de fonte de recursos para cobrir reposição de perdas fiscais, objetivo não condizente com o papel que deve ser desempenhado pelas políticas públicas setoriais.

Esta é a conclusão a que se chega através do exame de proporcionalidade da criação do novo encargo. O princípio da proporcionalidade,²⁰ juízo de adequação entre fins e meios, funciona como

cificar condicionantes da legitimidade da exigência, mas sim indicar um objetivo ou finalidade a ser atingida, sendo este o critério que irá dar validade à exigência. Se, no primeiro modelo, pagam-se impostos, taxas e contribuições de melhoria 'porque' existem, ou existirão, certos fatos, neste segundo modelo pagam-se contribuições e empréstimos compulsórios "para que" certas finalidades sejam atendidas."

¹⁹ Vide Lei nº 10.848/04, que instituiu novo marco regulatório para o setor elétrico: "Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional – SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre: [...] X – critérios gerais de garantia de suprimento de energia elétrica que assegurem o equilíbrio adequado entre confiabilidade de fornecimento e modicidade de tarifas e preços, a serem propostos pelo Conselho Nacional de Política Energética – CNPE;"

²⁰ A proporcionalidade tem sido constantemente aplicada pela jurisprudência dos nossos tribunais pátrios, conforme se verifica do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: "...a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre

instrumento de controle contra o excesso ou a insuficiência da atuação do Estado. Assim, a adequada compatibilidade entre os objetivos almejados e os instrumentos utilizados deve ser aferida pela tríplice análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo parâmetro da adequação, analisa-se se a instituição da contribuição é adequada ao atendimento da finalidade almejada, ou seja, a intervenção no respectivo setor econômico deve ser compatível aos fins a que se destina.

Ultrapassado o primeiro exame, passa-se à análise da necessidade, que impõe que a contribuição, se comparada com outras alternativas que poderiam ter sido adotadas, provoque a menor restrição possível para atender aos objetivos pretendidos, ou seja, sua instituição não pode implicar na violação de outro valor igualmente protegido pelo ordenamento jurídico. Portanto, a medida deve adequar-se aos valores e princípios constantes do nosso ordenamento.

Se considerada necessária, a contribuição deve ainda passar pelo exame da proporção entre meios e fins, o que quer dizer que os ônus decorrentes devem ser menores do que os benefícios dela advindos.

A contribuição ora em análise, instituída no âmbito do setor elétrico, não é medida adequada para atender a objetivos fiscais, razão pela qual já não resiste ao primeiro teste de proporcionalidade. Ainda que a instituição do novo encargo passasse no exame da adequação, uma vez que, sob uma perspectiva estritamente objetiva, a medida atende aos objetivos arrecadatórios buscados, não resistiria ao teste da necessidade. Isso porque a contribuição em questão pro-

a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit).” (Vide voto do Min. Gilmar Mendes, que acompanhou a tese vencedora no RE 349.703-1 / RS).

move intervenção no setor em dissonância com os objetivos almeçados pela política energética, em especial a modicidade tarifária e a sustentabilidade da indústria.

Assim, não se mostra proporcional a criação do novo encargo, cuja validade deve ser aferida de acordo com a adequada relação entre o fato que gera o dever de contribuir e o objetivo que justifica sua criação, conforme explicita Greco (2000, pp. 142-143):

“Uma contribuição que defina como fato determinante do dever de pagar algo que não tem nenhuma relação com a finalidade que justifica sua instituição fere a norma de validação constitucional por desatender ao requisito da adequação. Assim, uma contribuição de intervenção no domínio econômico deve captar, para fins de exigência, algum evento, realidade, pessoa ou situação que esteja relacionado com a intervenção em si mesma considerada.”

Por essas razões, realizado o exame de proporcionalidade, a instituição do novo encargo padece de vício material, pois, caracterizada sua natureza de CIDE, está intrinsecamente vinculada à sua finalidade, a qual não se harmoniza com as diretrizes fixadas para o setor.

Ainda levando em consideração a exigência de destinação dos recursos ao setor elétrico,²¹ a medida carece de proporcionalidade, uma vez que os objetivos ali enumerados já são atendidos por outros instrumentos da política regulatória energética ou não se relacionam com a promoção de eficiência, conforme demonstrado a seguir:

- I – Programas de universalização são custeados pela Conta de Desenvolvimento Energético;
- II – Projetos socioambientais são subsidiados por inúmeros encargos, tais como a CDE e o Proinfa, que incentivam o desenvolvimento energético a partir de fontes alternativas de energia, além do encargo de Pesquisa e Desenvolvimento, que objetiva promover o uso sustentável dos recursos naturais;

²¹ Conforme já exposto, essa é a exigência do art. 4º-A § 6º da Lei nº 12.111/09.

- III – Projetos de eficiência e pesquisa energética já são financiados pela obrigação de investimento em Pesquisa e Desenvolvimento imposta aos agentes do setor;
- IV – O pagamento das faturas de energia elétrica dos órgãos estaduais e municipais deve ser arcado com fontes específicas de receita componentes do orçamento público. Para custear as contas de fornecimento de energia dos entes públicos, existe figura jurídica própria, a Contribuição para Custeio de Iluminação Pública (COSIP), que foi implementada por vários Municípios e Estados, após a declaração de inconstitucionalidade das taxas de iluminação pública. Nesse sentido, a utilização de um encargo setorial como fonte de subsídio a finalidades não relacionadas à busca pela eficiência no próprio setor não se coaduna com o atendimento ao interesse público primário,²² fim último a ser buscado pela Administração Pública.

A partir da análise de cada uma das atividades nas quais devem ser aplicados os recursos arrecadados, verifica-se que as finalidades instituídas já vêm sendo atendidas por outros mecanismos regulatórios e tributários já vigentes (incisos I, II e III), – o que causa incidência cumulativa dos diversos encargos devidos pelos agentes do setor, além do que não atende ao princípio do interesse público – e tampouco promove eficiência o subsídio ao pagamento das faturas de eletricidade da Administração Pública estadual e municipal com recursos oriundos dos consumidores de energia elétrica (inciso IV), tendo em vista que não tem por objetivo a equalização de custos inerentes ao próprio sistema elétrico.

Portanto, tampouco está atendido o terceiro e último critério de aferição, a proporcionalidade em sentido estrito. Segundo este parâmetro, a contribuição deve passar pelo exame da proporção entre meios e fins, o que não se constata no caso em análise, tendo em vista que, existentes outros meios de efetivação dos fins elencados,

²² Como se sabe, o interesse público primário, relacionado com o bem-estar da coletividade, não se confunde com o secundário, voltado para os interesses patrimoniais da Administração Pública.

o novo encargo não atende à adequada proporcionalidade entre benefícios auferidos e custos impostos ao setor, já excessivamente onerado com alta carga de tributos e encargos. Em suma, a nova contribuição não transparece coerência na operacionalização dos objetivos instituídos para o mercado de energia elétrica.

Como se tal não bastasse, verifica-se ainda vício formal na instituição do referido encargo, já que violado o princípio da anterioridade nonagesimal (Constituição Federal, art. 150, inc. III, alínea “c”). Como a Lei nº 12.111 foi publicada em 10/12/2009 e a sua respectiva disposição criadora da exigência do novo encargo entrou em vigor em 01/01/2010,²³ não se verificou o lapso temporal de noventa dias entre a data de início da cobrança da contribuição e a data de publicação da sua lei instituidora.

Em razão do exposto, ficou claramente demonstrado que a exigência da nova contribuição, instituída pela Lei nº 12.111/09, padece de vício material, ao ter sido criada de forma desvinculada das finalidades do setor em que promove a respectiva intervenção, e também de vício formal, uma vez que a sua exigência iniciou-se antes de decorridos noventa dias da publicação da sua lei instituidora, violados, portanto, os princípios da noventena e o da segurança jurídica.

II.2 Competência da Agência Nacional de Energia Elétrica

A missão institucional da ANEEL está definida no art. 2º da sua lei instituidora (Lei nº 9.427/96): “*Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.*”

Portanto, a competência da ANEEL, consubstanciada pelas atribuições contidas no art. 3º da Lei nº 9.427/96, limita-se à regulação das atividades relacionadas ao fornecimento de energia elétrica, geração, transmissão, distribuição e comercialização.

²³ O art. 6º da Lei nº 12.111/09, que instituiu a cobrança do novo encargo, somente entrou em vigência em 01/01/10, conforme disposto no art. 15 da respectiva lei: “*Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos em relação: I – ao art. 6º, a partir de 1º de janeiro de 2010*”.

Todavia, a Lei nº 12.111/09, instituidora do encargo ora em análise, impôs à agência função tipicamente fiscal, ao conferir à ANEEL²⁴ a atribuição de definir o montante a ser ressarcido a cada ente federativo e, portanto, de determinar como será calculada a perda de arrecadação tributária dos Estados, qual a metodologia de ressarcimento a ser utilizada para o cálculo do montante, a forma de apuração e de recolhimento do valor devido, a instituição de penalidades em caso de inadimplemento, bem como a distribuição dos montantes recolhidos aos beneficiários do subsídio.

Nesse sentido, a atribuição de política tributária à ANEEL consiste em outra inconsistência verificada na instituição do encargo ora em análise. Com a sua criação, a ANEEL se afasta dos objetivos instituídos para a política energética e da sua missão institucional de regular o fornecimento de energia elétrica para inadequadamente instrumentalizar políticas fiscais.

III. REFLEXÕES

Fundado, desde a introdução do novo modelo, nos pilares da confiabilidade do suprimento e da modicidade tarifária, o setor elétrico vem, contudo, sofrendo inadequadas interferências alheias às suas finalidades precípuas. Muitos dos mecanismos setoriais vêm sendo utilizados em dissonância das suas finalidades, comportando demandas distintas daquelas inerentes ao setor, em detrimento do seu desenvolvimento sustentável.

A eficiência do mercado de energia elétrica depende particularmente da absorção das demandas de regulação tarifária, instrumento de suma importância para a estabilidade da economia – não só sob o prisma dos interesses dos consumidores, mas também pelo fato da indústria de energia constituir a base dos demais setores de infraestrutura. Como a energia é insumo para diversas atividades produtivas, a importância de adequação tarifária transcende o próprio setor, que, portanto, deve estar alinhado com a política econômica do país.

²⁴ A regulamentação foi realizada através da Resolução Normativa ANEEL nº 410, de 24/08/10.

É importante reconhecer que quaisquer mecanismos regulatórios voltados para a política tarifária não podem estar dissociados dos instrumentos de política fiscal, especialmente em razão da significativa proporção do valor de encargos e tributos na composição final da atual tarifa de energia elétrica. Assim, levando em consideração que tributos e encargos setoriais, por serem custos não gerenciáveis, são integralmente incorporados à tarifa, fica clara a importância de gerenciar adequadamente a política tributária e inseri-la como parte da agenda regulatória, como forma de atingir os objetivos traçados para o setor elétrico.

Reconhecida, portanto, a importância da política tarifária para a sustentabilidade da indústria nacional, justifica-se a relevância do presente estudo, que evidencia a falta de coerência na instrumentalização dos objetivos da política energética. A contribuição instituída pela Lei nº 12.111/09 promoveu intervenção no setor descompassada com as suas próprias diretrizes, em claro desvio de finalidade verificado na origem da sua instituição, uma vez que, ao ter sido estabelecida para sustentar reposição de perdas de receitas tributárias, não nasceu como política indutora do próprio setor elétrico.

Assim, analisados os objetivos buscados pela política energética nacional, verifica-se clara incongruência entre as alterações promovidas pela Lei nº 12.111/09 aqui destacadas – a instituição do novo encargo e a modificação na disciplina da CCC – e a busca da modicidade tarifária, fundamental, como visto, para manutenção do equilíbrio do setor.

Some-se ainda, aos inúmeros desvios de finalidade verificados na instituição ou na operacionalização de diversos instrumentos regulatórios e à excessiva interferência da política fiscal sobre o setor, a alta carga de tributos e encargos incidentes sobre a cadeia produtiva, que não contribui para a promoção de eficiência do mercado.

Se mantidas estas inconsistências, tal qual a verificada pela instituição do encargo objeto da presente análise, o setor elétrico dificilmente será capaz de promover seus respectivos objetivos, colocando em risco o próprio equilíbrio da indústria.

Nesse sentido, é notório que a integração e adequação dos instrumentos regulatórios aos objetivos das políticas tributária e energética se

impõem como forma de garantir a sustentabilidade do mercado de energia elétrica e, em última análise, dos demais setores de infraestrutura.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL (Brasil). Resolução Normativa ANEEL nº 410, de 24 de agosto de 2010. Regulamenta o artigo 6º da Lei 12.111/09.12.2009, que determina o ressarcimento a Estados e Municípios com perda de receita decorrente da arrecadação de ICMS incidente sobre combustíveis fósseis utilizados para geração de energia elétrica, em virtude da interligação dos respectivos Sistemas Isolados ao Sistema Interligado Nacional – SIN; e acrescenta o inciso XXIV ao artigo 2º da Resolução Normativa ANEEL 358 de 31.03.2009. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 set. 2010. Disponível em: <www.aneel.gov.br>. Acesso em: 1º jun 2011.

_____. Por dentro da conta de energia: informação de utilidade pública. 4. ed. Brasília, 2011. Disponível em: <www.aneel.gov.br>. Acesso em: 18 nov. 2011.

_____. Por dentro da conta de luz: informação de utilidade pública. 4. ed. Brasília, 2008. Disponível em: <www.aneel.gov.br>. Acesso em: 21 jun. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 1º jun 2011.

_____. Decreto nº 2.655, de 2 de julho de 1998. Regulamenta o Mercado Atacadista de Energia Elétrica, define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico, de que trata a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 03 jul. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2655.htm>. Acesso em: 28 maio 2011.

_____. Decreto nº 7.246, de 28 de julho de 2010. Regulamenta a Lei nº 12.111, de 9 de dezembro de 2009, que dispõe sobre o serviço de energia elétrica dos Sistemas Isolados, as instalações de transmissão de interligações internacionais no Sistema Interligado Nacional – SIN,

e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 29 jul. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2655.htm>. Acesso em: 28 maio 2011.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/15172.htm>. Acesso em: 1º jun 2011.

_____. Lei nº 5.899, de 5 de julho de 1973. Dispõe sobre a aquisição dos serviços de eletricidade da ITAIPU e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 09 jul. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5899.htm>. Acesso em: 1º jun 2011.

_____. Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993. Dispõe sobre a fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica, extingue o regime de remuneração garantida e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 29 jan. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8631.htm>. Acesso em: 1º jun 2011.

_____. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 1º jun 2011.

_____. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 07 ago. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 1º jun 2011.

_____. Lei nº 9.991, de 24 de julho de 2000. Dispõe sobre realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor de energia elétrica, e dá outras

providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 jul. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9991.htm>. Acesso em: 1º jun 2011.

_____. Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm>. Acesso em: 1º jun 2011.

_____. Lei nº 12.111, de 9 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os serviços de energia elétrica nos Sistemas Isolados; altera as Leis nºs 9.991, de 24 de julho de 2000, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e 10.848, de 15 de março de 2004; revoga dispositivos das Leis nºs 8.631, de 4 de março de 1993, 9.648, de 27 de maio de 1998, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12111.htm>. Acesso em: 1º jun 2011.

GODOI, Marciano Seabra. *Questões atuais do Direito Tributário na Jurisprudência do STF*. São Paulo: Dialética, 2006.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições* (uma figura “sui generis”). São Paulo: Dialética, 2000.

LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2006.

MARTINS, Natanael. As contribuições ao FUST e ao FUNTEL. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2011.

Securitização (Titularização) de Créditos Futuros (em Direito Português)

Diogo Leite de Campos¹

Vou tomar como ponto de partida alguns dos aspectos fundamentais do regime legal da titularização de créditos, tanto no que se refere à cessão de créditos, como aos seus veículos e ao regime fiscal. Com o intuito de obter uma primeira compreensão do instituto, em diálogo seguidamente com a cessão de créditos futuros em geral. De modo a obter uma plataforma para definir o regime adequado à titularização de créditos futuros.

I. TRAÇOS ESSENCIAIS DA TITULARIZAÇÃO² DE CRÉDITOS

1. INTRODUÇÃO

Passamos a usar só a denominação portuguesa “*titularização*” por ser a que se encontra na lei portuguesa e ser mais próxima dos outros Direitos da Europa Continental.

A titularização de créditos foi regulada legalmente, pela primeira vez, em Portugal através do Decreto-lei nº 453/99 de 5 de Novembro, alterado pelo Decreto-lei nº 82/2002 de 5 de Abril e pelo Decreto-lei nº 303/2003 de 5 de Dezembro. Vamos assentar na versão consolidada do primeiro.

¹ Professor catedrático de Direito; Agregado em Direito (Un. de Coimbra); Doutor em Direito (Un. de Coimbra e de Paris II); Advogado/Sócio de “Rolim, Viotti e Leite de Campos” (Brasil) e de “Leite Campos, Soutelinho e Rolim” (Lisboa).

² Securitização, na expressão brasileira.

Responde a uma necessidade apresentada sobretudo pelo sistema bancário que pretendia titularizar certas carteiras de crédito a médio e a longo prazo ou com carácter mais homogéneo, como o crédito à habitação, aluguer de veículos automóveis, de equipamentos, etc.

Mas também obedece a uma necessidade sentida por múltiplas empresas que pretendiam encontrar aqui um modo de obter receitas.

O projecto de lei que fora apresentado ao Governo³ compreendia uma parte geral que se referia à cessão de créditos para efeitos de titularização (créditos, entidades cedentes, entidades cessionárias, gestão dos créditos, etc.); e depois disposições referentes aos veículos da titularização que se pretendia que fossem fundos e sociedades e o *trust*.

O Decreto-lei compreende quatro matérias: a cessão de créditos para efeitos de titularização; os fundos de titularização de créditos; as sociedades de titularização de créditos; e as sociedades gestoras de fundos de titularização de créditos. Note-se que é só regulada a titularização de créditos e não de outros activos, enquanto em muitos outros ordenamentos jurídicos a titularização compreende a generalidade dos activos – o que se espera que venha a acontecer em Portugal.

O regime jurídico estabelecido vem na esteira dos regimes francês e belga e é também próximo do espanhol e do italiano.

2. CRÉDITOS TITULARIZÁVEIS

O artigo 4º fixa os requisitos para a titularização de créditos: a sua transmissibilidade não se encontrar sujeita a restrições legais ou convencionais; serem de natureza pecuniária; não se encontrarem sujeitos a condição ou vencidos; não serem litigiosos; não se encontrarem dados em garantia nem judicialmente penhorados ou apreendidos.

Também podem ser cedidos para titularização créditos futuros desde que emergentes de relações jurídicas constituídas e de mon-

³ Por um grupo de trabalho integrado e coordenado pelo autor.

tante conhecido ou estimável. A cessão deve ser plena, não podendo ficar sujeita a condição nem a termo, não podendo o cedente ou a entidade com quem este se encontre em relação de domínio conceder quaisquer garantias ou assumir responsabilidades pelo cumprimento.

O que não impede a possibilidade dos créditos serem garantidos por terceiro ou o risco do não cumprimento ser transferido para empresa de seguros (artigo 4º, nºs 4 e 5).

Há aqui a fazer, desde já, uma precisão que será desenvolvida mais tarde. Os créditos transmitidos são normalmente de valor estimado correspondente ao valor da aquisição. Mas nada impede que sejam de valor superior ao da aquisição para diminuir o risco para o adquirente.

A prática demonstra-o quotidianamente e os autores referem-se-lhe sem suscitar questões.

Vamos centrar-nos nos créditos futuros.

2.1 Créditos futuros

Créditos futuros são os que não existem no momento em causa, embora seja previsível de acordo com as regras de experiência ou normas legais ou contratuais aplicáveis que venham a surgir no futuro. Ou, então, os créditos que não estão na titularidade do cedente ao tempo da cessão (artigo 211º do Código Civil). São aqueles ainda não surgidos mas que venham a originar-se “*pro rata temporis*”.

O problema põe-se fundamentalmente, no âmbito da titularização de créditos, quanto aos créditos futuros decorrentes de relações jurídicas constituídas, como por exemplo a relação jurídica de cartão de crédito, o fornecimento de água, gás e electricidade, telefone, as receitas das visitas a museus, as portagens de auto-estradas ou de portos, as receitas em geral nos quadros de “*project finance*”, etc., mas cujo montante ainda não seja conhecido.

Contudo, basta, nos termos da lei, (artigo 4.º, 3 do Decreto-lei n.º 453/99) que o montante seja estimável. O que não significa que tenha de ser determinado com rigor, mas sim que se possa alcançar o montante provável de acordo com o requisito geral da determinação da prestação (artigo 400º do Código Civil). O que interessa é a possibilidade de constituição de relações de crédito com base em

relações jurídicas já constituídas; e a estimabilidade do montante dos créditos⁴.

A estatuição da cessão ser plena, não ficando sujeita a condição ou a termo, leva só em conta os interesses do sistema financeiro. Os bancos e demais instituições de crédito, mas sobretudo aqueles, têm interesse em se libertar de parte das suas carteiras de crédito, para diminuir os riscos, melhorar os rácios de solvabilidade, etc. Isto só é possível, ou só será completamente possível, se não mantiverem vínculos com os créditos cedidos, nomeadamente se não garantirem os seus cumprimentos.

3. GESTÃO DOS CRÉDITOS

Passamos à gestão dos créditos cedidos.

Determina o artigo 5º do Decreto-lei n.º 453/99 que, quando a entidade cedente seja instituição de crédito, sociedade financeira, sociedade gestora ou empresa de seguros, deve ser sempre celebrado, simultaneamente com a cessão, contrato pelo qual aquela fique obrigada a praticar em nome daquela, todos os actos que se revelem adequados à boa gestão dos créditos e garantias, bem como a assegurar os demais serviços com eles relacionados. Nas demais situações a gestão dos créditos pode ser assegurada pelo cedente, pelo cessionário ou por terceira entidade idónea (artigo 5º, nºs 1 e 2).

A justificação da manutenção da gestão na entidade cedente, no caso de esta ser um banco ou uma entidade financeira, assenta na maior disponibilidade e credibilidade desta para assegurar a gestão de grandes massas de créditos. Dado que os cedentes são os únicos conhecidos dos cedidos, os devedores terão interesse em que o seu interlocutor seja uma entidade que já conhecem e cuja idoneidade reconhecem. Por outro lado, há também uma razão de carácter prático: a transmissão de garantias sujeitas a registo envolve normalmente um prazo considerável e custos. Pelo que a circunstância do cedente continuar a ser, perante o devedor, o titular da garantia,

⁴ Diogo Leite de Campos e Cláudia Saavedra Pinto, *Créditos futuros, titularização e regime fiscal*, Coimbra, Almedina, 2007, pág. 45.

gerindo o crédito e esta mesma garantia, será uma maneira mais simples e mais económica de proceder à titularização. Note-se que o disposto no nº 1 é imperativo: a entidade cedente quando for uma instituição de crédito, sociedade financeira ou uma empresa de seguros, será a gestora dos créditos, incluindo as respectivas garantias. O cedente e o cessionário não poderão dispor em sentido contrário. O que revela aqui um interesse que transcende as partes da cessão, que é também dos devedores, mas também dos adquirentes dos valores representativos dos créditos.

O contrato da gestão de créditos objecto de titularização só pode cessar com motivo justificado (nº5). No caso da falência do gestor de créditos, os montantes que estiverem na sua posse decorrentes de pagamentos relativos a créditos cedidos para titularização não integram a massa falida (nº5).

4. EFEITOS DA CESSÃO

Passamos aos efeitos da cessão regulados no artigo 6º.

A eficácia da cessão em relação aos devedores fica dependente de notificação. A substituição da entidade gestora dos créditos também deve ser notificada aos devedores. Abre-se uma excepção no nº 4 onde se refere que, quando a entidade cedente seja instituição de crédito, sociedade financeira, empresa de seguros, fundo de pensões ou sociedade gestora de fundo de pensões, a cessão de créditos para titularização produz efeitos em relação aos respectivos devedores no momento em que se tornar eficaz entre o cedente e o cessionário, não dependendo do conhecimento, aceitação ou notificação desses devedores.

Na falta de convenção em contrário, a cessão de créditos envolve a transmissão para o cessionário das garantias e outros acessórios do direito transmitido que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente (artigo 582º, 1 do Código Civil). Se a coisa empenhada estiver na posse do cedente, será entregue ao cessionário, mas não a que estiver na posse de terceiro (nº2). O número 6 dispõe que, dos meios de defesa que lhes seria lícito invocar contra o cedente, os devedores dos créditos objecto de cessão só podem opor ao cessionário aqueles que provenham de facto anterior ao momento em

que a cessão se torne eficaz entre o cedente e o cessionário. A regra geral constante do artigo 585º do Código Civil é a de que o devedor pode opor ao cessionário, ainda que este os ignorasse, todos os meios de defesa que lhe seria lícito invocar contra o cedente, com ressalva dos que provenham de facto posterior ao conhecimento da cessão.

A posição contratual do devedor mantém-se inalterada depois da cessão, a não ser no que se refere à mudança do credor. O devedor manterá todos os seus direitos deveres, ónus, etc. (nº7). No caso de cessionário não ser o gestor de crédito, mantendo-se nesta função o cedente e este for uma das entidades referidas supra, o nº7 dispõe que as relações devedor/credor serão estabelecidas só com o cedente que continuará a ocupar a posição de credor, embora aja por conta do credor.

5. CESSÃO DE CRÉDITOS FUTUROS – NOÇÕES GERAIS

A cessão de créditos aparece associada a uma relação obrigacional sinalagmática duradoura, em termos de se cederem créditos integrados nesta relação⁵. Sendo cedíveis, não só os créditos já existentes⁶, como os créditos futuros. Créditos ainda não surgidos (portagens, vendas de produtos e de serviços, etc.); os que vão nascendo “*pro rata temporis*”, (como os créditos de rendas futuras num contrato de arrendamento em curso); e aqueles cujo tipo legal constitutivo ainda não se completou, ou cuja fonte só surge mais tarde (créditos ligados a seguros de renda vitalícia, por ex.)⁷.

Tais créditos futuros são cedíveis desde que sejam determináveis nos termos exigíveis para o objecto negocial⁸. Bastará que seja previsível o nascimento do crédito, não sendo necessário o conhecimento da pessoa do futuro devedor. São cedíveis: juros hipotecá-

⁵ Vd. Carlos Alberto da Mota Pinto, Cessão da Posição contratual, Reimp., Coimbra, Almedina, 1982, pág. 225.

⁶ Aut. ob. cits., pág. 225, considerando ultrapassada a querela sobre esta matéria (nota 1).

⁷ Aut. ob. cits., p. 226.

⁸ Aut. ob. cits., pág. 227.

rios, sem a hipoteca; os direitos de um sócio aos dividendos de uma sociedade; os salários de uma relação de trabalho ainda por nascer; o direito ao futuro saldo positivo de uma conta corrente; as pensões derivadas de um direito de indemnização por acidente; os créditos emergentes dos negócios realizados por um estabelecimento; as portagens de vias de comunicação, etc.⁹

Sobre o momento em que nasce o crédito futuro e a esfera jurídica em que nasce, há duas teorias fundamentais: a *teoria da transmissão* e a *teoria da imediação*¹⁰.

Para a primeira (“*Durchgangstheorie*”) os créditos futuros cedidos passam primeiro pelo património do cedente; para a segunda (“*Unmittelbarkeitstheorie*”) os créditos surgem directa e imediatamente na esfera jurídica do cessionário.

A *teoria dominante*, não só na Alemanha onde a questão foi profundamente discutida pela primeira vez, como nos outros ordenamentos jurídicos em que o problema tem sido posto, é a da *imediação*. Os créditos surgem, pelo menos em via de regra, imediatamente na esfera jurídica do cessionário. Foi esta a posição tomada pelo Supremo Tribunal Alemão (*Reichsgericht*) em 1903¹¹ que veio assentar na não aplicabilidade aos créditos futuros da estrutura de transmissão de créditos prevista no BGB. Esta posição foi seguidamente sustentada por *Von Tuhr*. Este defendeu que, enquanto na cessão “*normal*”, o crédito, já constituído, se transmite do cedente para o cessionário; nos créditos futuros, dado que o crédito ainda não existe, vem a nascer directamente na esfera jurídica do cessionário. O cedente não chega a ser credor – daquele ou daqueles créditos – pois o originário e único credor é o cessionário.

⁹ Neste sentido, Aut. ob. cit., p. 227, nota 1.

¹⁰ Sobre estas teorias, e para além dos Autores que se citarão a seguir, vd. sobre a teoria da transmissão – T. Mancini, *La cessione dei crediti futuri a scopo di gananzia*, Milano, Giuffrè, 1968 p. 79; Larenz, *Lehrbuch der Schuldrechts*, I. Allg. Teil, 14^a ed. München, Beck, 1987 pág. 460; Schumann, *Die Forderungsabtretung im deutschen, französischen und englischen Recht*, Marburg, N G Elwert/G Braun, 1924 pág. 109. Sobre a teoria da imediação – Siber, no *Kommentar de Planck*, 4^a ed., II, 1, Berlin, J. Guttentag, 1914, §398; Baath, *Der Eintritt in ein gegenseitiges Schuldverhältniss*, Friburg, 1931, p. 32.

¹¹ RG, 29/11/1903, in RGZ55 (1904), p. 334-5.

Não haverá nada, por um lado, que leve a que os créditos se considerem nascidos na esfera do cedente; depois, a própria natureza das coisas leva a que créditos ainda não nascidos, por futuros, nasçam na esfera jurídica do seu titular (cessionário) no montante do seu nascimento¹².

A teoria transmissão foi defendida em Portugal por Mota Pinto, Vaz Serra e Ribeiro de Faria.

Outros Autores defendem uma posição intermédia: haveria que distinguir entre os créditos futuros que teriam já um fundamento de vigência, e os créditos futuros em que faltasse totalmente esse fundamento. No primeiro caso, o cedente transmitiria o crédito futuro, mas, antes disso, uma expectativa da sua aquisição de que seria já titular. Termos em que o crédito se constituiria directamente na esfera jurídica do cessionário. No segundo caso, dado que ainda não haveria qualquer negócio celebrado onde assentasse o crédito, já não poderia verificar-se qualquer transmissão de expectativas, advindo o crédito ao cessionário através da esfera jurídica do cedente, no momento em que ele se viesse a constituir nesta esfera jurídica. Isto aqui teria importantes consequências práticas, nomeadamente que se o cedente já não pudesse dispor do crédito por se encontrar numa situação de insolvência, a posição do cessionário não seria tutelada¹³.

Finalmente, haveria um princípio geral na cessão de créditos segundo o qual o devedor conservaria todas as excepções que possuía contra o cedente (artigo 585º), solução que a teoria da imediação afasta.

Para escolhermos entre qualquer das posições, há que determinar as consequências, mais justas ou menos justas, a que elas levam em tese geral; e depois compará-las com o regime jurídico da titularização de créditos futuros, pois é este que está em causa e sofre alguns desvios em relação ao regime geral.

¹² Neste sentido, Esser/Schmidt, *Schuldrecht*, 8ª ed., Heidelberg, 2000, 1-2, §37, p. 310; Nörr/Sheying/Pöggeler, *Sukzessionen*, 2ª ed., Tübingen, Mohr/Tiebeck, 1999, §9, II, p. 113.

¹³ Posição defendida por Antunes Varela, *Obrigações*, II, p. 317 e segs.; e Pestana de Vasconcelos, *Dos contratos de cessão financeira (factoring)*, Coimbra, 1999, p. 433 e segs.

Convém salientar desde já o seguinte.

As disposições legais em causa terão sempre de passar pelo crivo crítico das disposições referentes à titularização de créditos e dos interesses que lhes estão subjacentes. Poder-se-à chegar à conclusão, depois desta análise, que não são aplicáveis à cessão de créditos para titularização. Aliás, aplicá-las, sem mais, à titularização, seria inverter o correcto processo de interpretação das leis que manda atender aos interesses específicos do instituto em análise e não subordiná-los a normas gerais pensadas e criadas para outras situações.

Depois, a circunstância de o devedor poder opor ao cessionário as excepções que poderia invocar perante o cedente não afasta a teoria da imediação. Esta é compatível com esse princípio – por se poder, e eventualmente dever, considerar que corresponde à “*natureza das coisas*” o nascimento do crédito imediatamente na esfera jurídica do cessionário; mas, sendo “*substancialmente*” o mesmo crédito, afectado pelos vícios que existam nas relações cedente/devedor.

6. POSIÇÃO DO CEDENTE

Comecemos pela posição do cedente.

Entende Menezes Leitão que, dado que o crédito transmitido ainda não nasceu, não se poderá aplicar sem mais o artigo 587º do Código Civil que obriga o cedente a garantir a existência e exigibilidade do crédito ao tempo da cessão. Haverá, antes, que aplicar o regime da venda de bens futuros (artigo 880º do Código Civil) que determina que o vendedor é obrigado a adoptar as diligências necessárias para que o comprador adquira o bem vendido. Nomeadamente a celebração do contrato necessário para o surgimento do crédito. Existiria portanto uma obrigação do cedente de desencadear o surgimento do crédito que se transferiria automaticamente ainda que estivesse dependente da aquisição desse mesmo crédito pelo alienante (artigo 408º, 2).

Julgo que a posição de Menezes Leitão parte de um pré-suposto enquadramento conceitual para atingir um resultado também pré-suposto.

Antes de mais, tudo depende do tipo de créditos futuros. Não repugna de modo algum, antes faz todo o sentido que, se já há um

vínculo jurídico com base no qual o crédito vai nascer, este nasce imediatamente na esfera jurídica do cessionário. O crédito é “*totalmente*” futuro, e a solução será a mesma, desde que seja determinável. Mesmo que o cedente tenha de celebrar um contrato para que surja o crédito, tal contrato será a favor de terceiro/cessionário. E nos contratos a favor de terceiro o crédito nasce, como é sabido, directa e imediatamente na esfera jurídica do terceiro cessionário neste caso (art. 444º do Código Civil)¹⁴.

7. POSIÇÃO DO CESSIONÁRIO

Passamos à protecção que é concedida ao cessionário até ao momento da consolidação do crédito na sua esfera jurídica.

Alguns Autores escreveram que, na cessão de créditos futuros, se trata de um negócio de disposição, sujeita portanto a cessão ao princípio da prioridade. O cedente estaria impedido de efectuar nova disposição sobre o mesmo crédito.

Autores há que têm entendido que se devem distinguir diversos grupos de casos.

No caso de existir uma pluralidade de cessões de créditos futuros deveria ser aplicado o princípio da prioridade, prevalecendo a primeira cessão que tenha sido celebrada e sendo ineficazes as outras. A mesma regra da prioridade deveria ser aplicada no caso de haver uma oneração de crédito futuro posteriormente à sua alienação, como acontece no penhor de créditos futuros¹⁵.

Se houve uma extinção ou modificação do crédito por acordo com o devedor antes da sua constituição, ou se a posição contratual de onde surgiria o crédito foi objecto de revogação ou de cessão, este tipo de disposição afectaria a cessão de créditos futuros, pois esta ficaria sem objecto se o crédito não chegasse a constituir-se ou se viesse a constituir-se em pessoa diferente do cedente.

Menezes Leitão concorda com a prevalência da cessão primeiramente celebrada no caso de uma pluralidade de cessão de créditos.

¹⁴ Diogo Leite de Campos, *Contratos a favor de terceiro*, Coimbra, Almedina, p. 20 e segs.

¹⁵ Vaz Serra, *BMJ*, nº especial, 1955, p. 39.

Mas já não concorda com a posição da doutrina que diz ser dominante, no caso de modificação ou extensão do crédito por acordo com o devedor. Julga que, neste caso, há que distinguir duas situações: tratando-se de créditos relativamente futuros (por exemplo, rendas ainda não vencidas de rendimentos já celebrados) não poderá o cedente modificar o conteúdo do crédito. Mas tratando-se de créditos absolutamente futuros (por exemplo, o preço de venda de mercadorias) dado que o conteúdo do negócio de disposição é apenas a transferência do crédito a constituir, não resultará da cessão de créditos futuros que o cedente venha a constituir o crédito com um conteúdo determinado.

No caso de cessão de posição contratual do cedente em relação à qual tenha ocorrido uma cessão de créditos futuros, Carlos Mota Pinto entende que, no caso de se efectuar uma cessão de créditos futuros emergentes de um certo contrato, transmitindo-se depois a posição contratual a um terceiro, os créditos futuros não pertenceram a um cessionário do crédito, mas antes ao cessionário da posição contratual. Não julga porém Menezes Leitão que esta posição esteja correcta, pois há cessão de créditos futuros e na cessão da posição contratual, sendo negócios de disposição que se vão repercutir sobre os créditos a constituir, o respeito pelo princípio da prioridade determinará a prevalência da primeira disposição sobre a segunda.

Parece-me que a posição mais adequada, reflectindo a intenção das partes e os interesses em causa, é a de que prevalece a primeira cessão, em qualquer caso.

A posição defensável em sede de titularização é a teoria da intermediação. É esta a preferível em tese geral. E aqui é a que melhor corresponde às necessidades de transmitir (definitivamente) grandes massas de créditos de modo seguro e transparente e sem “*intermediação*” do cedente, sem consideração da posição do cedente no momento da aquisição do crédito.

8. POSIÇÃO DO DEVEDOR

Passamos à tutela da posição do devedor.

Nos termos da regra geral do artigo 585º o devedor pode opor ao cessionário, ainda que este os ignorasse, todos os meios de defesa

que seria lícito invocar contra o cedente, com a ressalva dos que provenham de facto posterior ao conhecimento da cessão. A posição da doutrina alemã passaria por uma equiparação da cessão de créditos futuros à cessão de créditos presentes, a nível da protecção do devedor, entendendo que esta solução constitui uma regra genérica da cessão de créditos¹⁶. Entende Hahnzog que, dado que o cessionário só pode adquirir o crédito nos termos em que ele se venha a constituir, toda e qualquer excepção adquirida pelo devedor em resultado do negócio será naturalmente oponível ao cessionário.

Tratando-se de créditos futuros resultantes de uma relação já constituída ou de um negócio sujeito a condição suspensiva, Perlingieri entende que o cedente possuía um direito de aquisição eventual do crédito, já certo quanto ao seu montante e relevante juridicamente, pelo que tal direito é adquirido pelo cessionário que o pode exercer pelo devedor. Contudo o devedor pode invocar perante o cessionário a excepção de inexigibilidade do direito.

Hahnzog entende que neste caso não podem ser opostas ao cessionário as excepções nascidas depois da cessão e antes da constituição do crédito, resultantes do acordo negocial das partes. Fundamenta-se na circunstância de, segundo ele, não ser necessário para a constituição do crédito futuro a celebração de um novo negócio entre cedente e devedor, bastando a execução da relação ou a verificação da condição.

No entender de Menezes Leitão¹⁷ os maiores problemas da cessão de créditos futuros respeitam à excepção de compensação. E dá o exemplo de o devedor vir a beneficiar de um contra-crédito sobre o cedente no momento em que se verifica a constituição do crédito, contra-crédito que ainda não possuía no momento em que teve conhecimento da cessão do crédito futuro. A teoria da imediação e a teoria da transmissão levarão a resultados diferentes. No primeiro caso, faltaria o requisito da reciprocidade dos créditos no momento da sua constituição, pelo que não se poderia compensar um crédito

¹⁶ Hahnzog, Die Rechtstellung der Zessionars künftiger Forderungen, München, 1962, p. 50-1.

¹⁷ Ob. locs. citis.

do cessionário com um crédito sobre o cedente. No segundo caso “*como o crédito pertence por um segundo ao cedente, já se poderia admitir a compensação, ao abrigo do artigo 585^o*”. Contudo, esta norma afasta das exceções invocadas perante o cessionário as que foram adquiridas posteriormente ao conhecimento da cessão. Sendo assim, se a cessão de créditos tiver sido notificada ao devedor antes da constituição do referido contra-crédito pergunta-se se este alguma vez pode ser invocado perante o cessionário.

Na Alemanha, e perante a norma semelhante do §406 do BGB, alguma doutrina tem entendido que a notificação da cessão de créditos futuros ao devedor afasta qualquer possibilidade de este invocar a compensação com contra-crédito sobre o cedente. Com base na ideia de que a conservação da exceção da compensação por créditos surgidos até ao momento em que o devedor tem conhecimento da cessão, justifica-se pela não lesão da confiança deste de que poderia continuar a compensar o crédito. Não existindo qualquer confiança susceptível de tutela se o devedor, ao adquirir o crédito, já foi notificado que ele foi cedido a outra pessoa. Outra parte da doutrina entende que o §406 do BGB não se destina apenas a tutelar a confiança do devedor, mas também a permitir a conservação das exceções que possuía contra o cedente. Não se podendo portanto privar o devedor da possibilidade de compensação que, sem a cessão, ele teria em relação ao cedente.

Menezes Leitão inclina-se para esta última solução¹⁸. Embora nos pareça difícil a solução em tese geral, haverá que ponderar os interesses em jogo na titularização, e as eventuais soluções dadas pelo legislador.

9. INSOLVÊNCIA DO CEDENTE

Passamos a um problema muito importante, e talvez decisivo, para a escolha da melhor estrutura. Trata-se das consequências da insolvência do cedente no âmbito da cessão de créditos futuros.

Tratando-se de uma cessão de créditos presentes, parece não haver dúvida de que a declaração de insolvência não se poderia

¹⁸ Aut. ob. cit., p. 432.

repercutir no âmbito da cessão de créditos. O problema é discutido quanto à cessão de créditos futuros e, sobretudo, se o crédito se vier a constituir apenas após a declaração de falência do cedente.

Para a teoria da transmissão, dado que o crédito chega a pertencer durante um breve instante ao património do insolvente, tal é suficiente para que seja objecto de aquisição pela massa insolvente, sendo o negócio ineficaz em relação a esta. Com efeito, o cedente tem necessariamente de ser titular do crédito, e portanto do poder de disposição sobre ele, no momento em que se verificar a sua transmissão para o cessionário.

Se neste momento, da transmissão para o cessionário, em que o cedente devia ser titular do poder de disposição do crédito, já perdeu este poder, sendo os actos de alienação ineficazes em relação à massa, não merece qualquer tutela jurídica a posição do cedente e a do cessionário. A solução oposta, teria para os defensores da teoria da transmissão o inconveniente de permitir ao insolvente subtrair aos seus credores os créditos de que futuramente viesse a ser titular, mediante a sua cessão antes da respectiva constituição¹⁹.

Para os defensores da teoria da imediação, dado que o crédito se constitui directa e imediatamente no património do cessionário, a solução seria a de que não poderia ser objecto de apreensão pela massa falida, sendo também inatacável o negócio de cessão, uma vez que foi celebrado definitivamente antes da declaração de insolvência.

A necessidade sentida por alguns Autores de proteger a situação dos credores do cedente levou-os a defender a solução de que, havendo insolvência do cedente, a posição do cessionário deveria ser equiparada e não beneficiada, em relação aos outros credores da massa falida. Assim, von Tuhr sustentou que tal como podem ser opostas ao cessionário pelo devedor as excepções que ele teria contra o cedente, a cessão não pode servir para lhe criar uma posição jurídica melhor do que aquela que lhe adviria se tivesse sido o cedente a adquirir o crédito. Esta posição é aceite por muitos autores que entendem que a cessão de créditos futuros não pode prevalecer perante a declaração de insolvência do cedente.

¹⁹ Também, Vaz Serra, ob. cit., p. 41 e segs.

Entre nós, e no entender de Menezes Leitão, esta solução terá consagração expressa no CIRE. Assim, o artigo 115º nº 1 desse diploma dispõe que “*sendo o devedor uma pessoa singular e tendo ele cedido ou dado em penhor, anteriormente à declaração de insolvência, créditos futuros emergentes de contrato de trabalho ou de prestação de serviços, ou o direito a prestações sucedâneas futuras, designadamente subsídios de desemprego e pensões de reforma, a eficácia do negócio ficará limitada aos rendimentos respeitantes ao período anterior à declaração de insolvência, ao resto do mês em curso nessa data e os 24 meses subsequentes; acrescentando o nº 2 que “a eficácia da cessão realizada ou do penhor constituído pelo devedor anteriormente à declaração de insolvência que tenha por objecto rendas ou alugueres devidos por contrato de locação que o administrador da insolvência não possa denunciar ou resolver, nos termos respectivamente do nº 2 do artigo 104º, do nº 1 do artigo 109º fica limitada, seja ou não o devedor uma pessoa singular, às que respeitam ao período anterior à data de declaração de insolvência, ao resto do mês em curso nessa data e ao mês subsequente”*”. Terá o legislador entendido que se devia limitar no tempo a eficácia de tais cessões de créditos futuros sobre a declaração da insolvência.

Mais uma vez aqui me parece que é a teoria da imediação que melhor se compadece com qualquer das soluções propostas. Havendo que analisar a melhor resposta aos problemas no quadro da titularização de créditos futuros.

10. CONFIGURAÇÃO DO NEGÓCIO DE CESSÃO DE CRÉDITOS FUTUROS

Parte da doutrina configura o negócio de cessão de créditos futuros como a alienação de um direito de expectativa, sempre e quando a constituição do crédito já tenha uma causa jurídica ou não fique dependente de um comportamento do cedente.

Outros Autores há que, embora reconhecendo que a cessão de créditos futuros não está sujeita a uma condição, julgam, apesar disso, que ela se encontra dependente de um acontecimento futuro

e incerto que é a futura constituição do crédito, termos em que se deve aplicar o §161 do BGB à pluralidade de cessões de créditos futuros e ver na cessão de créditos futuros um regime semelhante ao da condição, por analogia.

Menezes Leitão julga que a cessão de créditos futuros se reconduzirá normalmente a uma compra e venda, incumbindo ao vendedor, por força do artigo 880º do Código Civil, a obrigação de efectuar as diligências necessárias para que o comprador adquira o bem vendido. Será uma venda de expectativas jurídicas quando a constituição do crédito já tenha uma causa jurídica; e uma venda de esperanças no caso contrário. Por força do artigo 408º, 2, do Código Civil, a transmissão do crédito para o adquirente verificar-se-ia logo no momento em que ele é adquirido pelo alienante.

Julgo que há que distinguir entre duas situações.

A primeira é a de se tratar da cessão de um crédito futuro enraizado numa relação já constituída. Neste caso, está a alienar-se uma expectativa jurídica a um crédito futuro. É esta expectativa presente que é alienada presentemente ao cessionário. Por outras palavras: está a alienar-se uma expectativa jurídica presente (a um crédito futuro); e o crédito “futuro” é adquirido pelo adquirente da expectativa jurídica, e só por este, como crédito “presente”. Outros deveres do cedente, nomeadamente quanto à efectiva aquisição do crédito pelo adquirente, integram-se nos deveres gerais da boa fé.

Os créditos totalmente futuros são alienados também em termos de transmissão da expectativa jurídica, menos tutelada, mas com consistência económica e financeira suficiente para ter um valor. Alienada essa expectativa jurídica, o crédito nasce, como crédito presente, na esfera jurídica do cessionário. Julgo que nada de essencial se altera.

II. SEPARAÇÃO PATRIMONIAL NA ESFERA DO CESSIONÁRIO

Há que salientar dois princípios em matéria de cessão de créditos para titularização: a exigibilidade limitada dos créditos incorporados nos títulos de objecto de emissão e a segregação do conjunto de créditos.

Nestes termos, os portadores do título de titularização não podem executar o património integral da entidade emitente, mas apenas o fluxo financeiro correspondente aos créditos objecto da titularização. Também os credores da entidade emitente não têm a faculdade de atacar o património segregado constituído pelo conjunto de créditos objecto de titularização, a menos que sejam portadores de um título, determinando-se assim um fenómeno de separação de patrimónios. É certo que estes princípios variam conforme se trate de sociedades de titularização de créditos ou de fundos de titularização de créditos, mas não o vamos desenvolver na medida em que não interessa para o objecto do presente parecer.

12. ESTRUTURA DO NEGÓCIO DE CESSÃO DE CRÉDITOS PARA TITULARIZAÇÃO

Para alguns Autores a cessão de créditos para titularização opera-se através de um negócio que tem como causa a compra e venda e em que a propriedade é transferida com base no princípio do consensualismo. Estaremos perante uma cessão “*pro soluto*”, implicando a transmissão para o cessionário do risco do incumprimento do devedor cedido. A cessão para titularização corresponderia a uma “*causa adquirendi*” e não a uma “*causa credendi*”, já que se trata de uma venda real e não de um financiamento, ao contrário do que sucederia na cessão de créditos em garantia.

Para Calvão da Silva é a compra e venda o invólucro causal para a transmissão de créditos entre cedente e cessionário. Assim, a cessão de créditos para a titularização deve ser reconduzida a uma compra e venda. Esta concepção seria inequívoca quando o cessionário é uma sociedade de titularização de créditos, uma vez que o artigo 39º do Decreto-lei nº 453/99 refere expressamente que estas sociedades “*têm por objecto exclusivo a realização de operações de titularização de créditos, mediante a sua aquisição, gestão e transmissão e a emissão de obrigações titularizadas para pagamento dos créditos adquiridos*”. No caso dos fundos de titularização de créditos Calvão da Silva entende que a “*causa vendendi*” já não é tão directa, mas também que resulta da previsão legal (artigo 12º do Decreto-lei nº

453/99) da aquisição de créditos pelos fundos, o que levaria à qualificação da situação como uma aquisição de créditos mediante um preço, ou seja, uma compra e venda de créditos.

II. CESSÃO DE CRÉDITOS FUTUROS PARA TITULARIZAÇÃO

13. INTRODUÇÃO

Parece-me que a cessão de créditos futuros para titularização exige a consideração de situações de facto que levam a adoptar a teoria da imediação.

14. DISTINÇÕES

Vamos iniciar a análise com as seguintes situações de facto.

14.1 Créditos “já existentes” a vencer no future

O cedente vem ceder créditos assentes numa relação jurídica já constituída com um devedor certo e determinado e de montante determinável pelo menos de acordo com critérios técnico-científicos ou as regras da experiência.

Suponha-se que uma dada sociedade que fabrica fornos eléctricos cede os créditos futuros resultantes das vendas acordadas a um cliente durante um certo ano. Estando: a) já o montante dos créditos determinado; b) ou determinável, de acordo com critérios fixados no contrato de compra e venda. Estarão a ser cedidos: a) créditos certos e determinados, quanto ao devedor e ao seu montante; b) créditos certos quanto ao devedor, de montante determinável.

Estão a vender-se créditos presentes embora só a vencer no futuro. A relação obrigacional de onde decorre o crédito é “*continuada*” e dela decorrem necessariamente os créditos a vencer no futuro.

Neste quadro estão a vender-se créditos certos, embora na hipótese b) de montante não determinado mas determinável. Esta

“*determinabilidade*” (que não “*determinação*”) só influi nas condições económico-financeiras do negócio, no preço e outras condições nomeadamente temporais da venda.

No que se refere ao momento da transferência dos créditos, tudo depende da vontade das partes.

Normalmente, a vontade das partes será no sentido da transferência imediata do cedente para o cessionário da expectativa jurídica (actual) ao crédito futuro. E é isto que tem de se pressupor.

14.1.1 *Momento da aquisição*

Quanto à aquisição do crédito propriamente dito – que é crédito ainda existente embora a vencer no futuro – corresponde à “*natureza das coisas*” que este seja adquirido imediatamente pelo cessionário logo que nasça. Embora sujeito às condições previstas na lei de titularização de créditos. A não ser que as partes disponham algo em contrário.

Com efeito, estranho seria que querendo as partes a transmissão do crédito, e sendo este determinável enquanto objecto do contrato, a sua aquisição pelo cessionário ainda estivesse dependente do seu nascimento, embora por um instante, na esfera jurídica do cedente. Em homenagem a que interesses ou a que dogmática? Aliás o próprio recebimento do preço da cessão revela claramente, na relação sinalagmática, a entrega definitiva do bem, do crédito “futuro”.

Neste sentido depõe claramente o Código Civil a propósito da venda das coisas sujeitas a contagem, passagem ou mediação (artigos 887º e segs.); em que não estabelece regras especiais para o momento da transferência da propriedade que se operará por força do contrato. Mas só se preocupa “*naturalmente*” com o preço. Transferindo-se a propriedade dos bens desde o momento da celebração do contrato.

Ainda mais característico é o regime previsto no Código Civil da venda das coisas futuras (artigo 880º).

Não se estabelece qualquer restrição, termo ou condição para a transferência da propriedade. Assim, logo que a coisa futura se

tornar presente será adquirida pelo comprador. Não passando pela esfera jurídica do vendedor.

E recebendo-se o preço, hoje, está-se a auferir uma receita hoje.

14.2 Créditos futuros

É hipotizável outro grau de indeterminação – em termos de os créditos serem “*realmente*” futuros.

Suponha-se que uma sociedade cede os créditos que nascerão num certo ano, da sua actividade de prestação de serviços de consultoria; ou da venda dos bens que produzir num certo ano.

Indo mais longe, é corrente que uma sociedade concessionária de uma rede de auto-estradas ou de uma ponte ceda para titularização os créditos que nasçam durante um certo período. Ou que um museu ceda para titularização ou receitas futuras das entradas de visitantes.

“*Quid iuris*”?

O que está em causa é uma relação jurídica que permite assentar a possibilidade futura da constituição dos créditos.

A relação jurídica constituída será diferente da relação jurídica a constituir e a gerar em si mesma o crédito. A relação jurídica constituída (hoje) poderá não ser aquela da qual, em rigor, emerge o próprio crédito a ceder – por exemplo a prestação de serviço. Mas sim outra da qual resulta para o cedente, com um mínimo de segurança, a possibilidade da constituição daquelas outras relações jurídicas; como por exemplo “*os contratos de concessão de serviços públicos – água, gás, auto-estradas, v.g. – e na própria prestação do serviço*” e as “*receitas provenientes da realização de eventos, culturais ou desportivos – desde que nestes casos o contrato do qual emerge a possibilidade de realizar o evento esteja já assegurado*”²⁰.

²⁰ Manuel Monteiro, “*O recente regime português de Titularização de créditos*”, Diogo Leite de Campos et alii, Coleção de Colóquios do Instituto de Direito Bancário, Lisboa, 2000, p. 201.

A “*existência da relação jurídica constituída*” tem de ser interpretada e não meramente lida, pois o seu texto, como qualquer texto legal ou outro, permite vários sentidos.

– Embora o seu sentido me pareça evidente.

Há que cotejar o texto com as situações da vida quotidiana para determinar, com base em critérios de “*necessidade justa*”, quais as que cabem no seu âmbito, sem nunca ultrapassar ou ficar aquém do seu sentido textual.

Na vida corrente, a titularização de créditos existe (e foi pensada) para responder a dois grandes tipos de situações.

Primeiro, à necessidade de uma pessoa (colectiva) ceder (vender) créditos com base numa obrigação continuada ou de execução continuada: rendas de arrendamento, prestações de locação financeira, prestações de empréstimo para habitação, etc..

Referi esta matéria no parágrafo anterior.

Trata-se de créditos já gerados mas com vencimento futuro.

Passo agora aos créditos futuros que são os que estão agora em causa.

Vamos assentar na realidade para não construir castelos “*no ar*”.

Suponha-se uma relação jurídica de “*financeiramente estruturado*” (“*project finance*”).

Uma sociedade, concessionária de pontes, auto-estradas, aeródromos, etc., obtém um financiamento para levar a cabo por sua conta e risco as obras concessionadas. Estando previsto que pagará o serviço da dívida (amortização do capital e juros) com as rendas a receber (portagens, taxas por estacionamento de aviões, cargas manuseada, passageiros, etc.).

E assim faz.

Mas em certo momento precisa de obter receitas para investir em novas estradas, por ex.

Não pode prestar garantia sobre as auto-estradas por estas serem o objecto da concessão.

Pode vender bem imóveis que não sejam objecto da concessão. Mas estes serão escassos.

A via mais frequente escolhida hoje, em todos os países que podem servir de exemplo, é a titularização de créditos futuros. A sociedade vai vender (ceder) as portagens futuras; vende, recebe um preço e vai investi-lo.

Se isto não fosse possível, desaparecia mais de metade do interesse da titularização de créditos que se refere precisamente aos créditos enquadrados, como vimos, no “*financiamento estruturado*” (*project finance*”).

Por relação já constituída, referida aos créditos futuros, não se pode entender só, redutoramente, os créditos resultantes de obrigações continuadas (ou de execução continuada). Estes são critérios já existentes, a vencer no futuro, como referi.

O requisito de a relação jurídica estar constituída reporta-se directamente à determinabilidade/estimabilidade dos créditos e não a mais do que isso.

“*O legislador entendeu fixar os limites dentro dos quais são credíveis créditos futuros, no respeito pelo princípio da determinação ou determinabilidade do objecto da cessão (art. 280,º do Código Civil): créditos pecuniários que possam emergir “in futurum” de contratos já formados no momento da cessão, de montante determinado ou determinável*”²¹.

O que é preciso – e basta – é a relação jurídica existente suportar “com segurança mínima” o surgimento de relações entre o credor/cedente e os seus devedores²².

A relação (já constituída) estabelecida entre o concedente e o concessionário é adequada a proporcionar o grau de certeza e segurança que permita a determinação do “*se*” e do “*quanto*” das portagens.

O “*se*” é eliminado pela relação da concessão: haverá receitas (no caso portagens)..

O risco que o adquirente corre é o “*risco concessionária*”.

O próprio financiamento estruturado (“*project finance*”), assente em meses ou anos de estudos, leva a determinar com segurança o

²¹ Calvão da Silva, Titularização de créditos, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 86.

²² Manuel Monteiro, ob. cit., p. 202.

“quando” e o “quanto” da geração das portagens. Se houver incerteza quanto a este ponto, ou revêem-se os cálculos ou abandona-se o projecto.

Por outras palavras: o grau de probabilidade do “se”, do “quando” e do “quanto” das portagens, no caso presente, é muito elevado por assentar na relação entre a entidade concessionária e o Estado português, relação consubstanciada numa concessão por um longo período estável e cujo conteúdo financeiro foi longa e exaustivamente estudado. Tudo culminado numa lei (decreto-lei).

Reporto-me aqui, mais uma vez, a Diogo Leite de Campos e Cláudia Saavedra Pinto, João Calvão da Silva e Manuel Monteiro, nas obras e locais referidos.

Pergunta-se agora: e se os cálculos sobre o montante das receitas falharem?

Não é verdadeiramente um problema a nível legal por o legislador saber que em todos os contratos há um risco que pode recair sobre uma das partes ou sobre ambas.

A nível da titularização de créditos “*futuros*” assentes em obrigações continuadas ou de execução continuada, também há um risco, desde logo o de cobrança que as partes repartem entre si ou atribuem a uma delas nos termos do contrato.

Na operação em análise, o risco (de geração dos créditos) – decorrente do maior ou menor volume de cobranças – é eliminado ou mitigado através da afectação diária pelo cedente de mais créditos do que aqueles que foram efectivamente cedidos, de modo a criar-se uma margem de segurança em relação ao volume de créditos necessários para fazer face aos compromissos resultantes da operação.

E é frequente em qualquer titularização, nomeadamente de créditos bancários, em que se atribui ao cessionário uma margem de segurança.

De qualquer modo, a lei aplicável deixa às partes a escolha do ónus do risco, bastando-lhe a base sólida de os créditos, para além de emergirem de uma relação jurídica constituída, serem de montante estimado ou estimável.

Nestes casos, os negócios de cessão de créditos futuros reves-tirão a natureza de contratos – quadro de onde decorrerá a trans-ferência dos créditos que nasçam. Em termos de cessão global de créditos, desde o momento em que tais créditos determináveis se venham a determinar²³. Valendo a cessão como um negócio poli-casual ou polivalente²⁴.

Na cessão financeira (“*factoring*”) os negócios de segundo grau parecem adequados²⁵, dado o carácter mais “*individualizado*” da cessão de créditos.

14.2.1 Momento da aquisição

Na cessão para titularização há mais (embora não necessaria-mente) a ideia da transmissão, não de créditos (individualizados), mas de “*carteiras*” de créditos presentes ou futuros. Não esque-çamos que a titularização tem na sua origem a necessidade de os bancos colocarem junto dos investidores parte das suas carteiras de créditos; e de as empresas concessionárias titularizarem taxas ou preços públicos.

Assim, a massificação típica da titularização levará a que não seja intenção das partes que haja negócios individualizados de ces-são de créditos, mesmo em relação aos créditos futuros e é só des-tes que estamos a tratar. A não ser que tais créditos não decorram da relação já constituída.

Nestes termos, parece-me de acordo com os interesses subja-centes ao negócio e à vontade das partes que os créditos, logo que nasçam, surjam imediatamente na esfera jurídica do cessionário. É um ponto importante de que tratarei mais tarde e que é de relevân-cia nos quadros do regime fiscal.

²³ Antunes Varela, Das obrigações em geral, II, págs. 314 e segs.; Jorge Ribeiro de Faria, Direito das obrigações, II, Coimbra, Almedina, 1990, págs. 521 e segs.; Luís Menezes Leitão, Direito das Obrigações, Almedina, Coimbra, II, p. 16.

²⁴ Antunes Varela, ob. cit., pág. 297; Ribeiro de Faria, ob. cit., p. 504 e segs.

²⁵ Vd. Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, Dos contratos de cessão financeira (factoring), BFDUC, Studia Juridica, Coimbra Editora, 1999, p. 186.

Assim se assenta melhor a cessão “*definitiva*” dos créditos, a nascerem directamente no cessionário. Pois o cedente vendeu hoje, por um preço, um bem actual (a expectativa a esses créditos).

15. CRÉDITOS FUTUROS DE MONTANTE CONHECIDO OU ESTIMÁVEL

Enquadrado estreitamente no que escrevi no número anterior, vou voltar, em síntese, ao montante conhecido ou estimável dos créditos cedidos.

Este requisito deve ter-se igualmente por verificado relativamente à operação em análise. Com base em análises sustentadas (nomeadamente estudos de tráfego) foi possível fixar um montante que, com segurança, assegura cobranças em valor suficiente para garantir a existência dos créditos futuros cedidos ao veículo de titularização e a regular a pontual remuneração, por este, das obrigações titularizadas por si emitidas.

A previsão do montante dos créditos futuros cedidos teve por base, não só os registos dos históricos dos créditos em causa, como também os estudos de tráfego regularmente realizados e, bem assim, os estudos das restantes variáveis relevantes na fixação do número e valor das portagens a cobrar. Em conformidade, e tendo em conta todos os elementos documentais referidos e a informação que seria proporcionada pelos mesmos, parece-me que a estimação efectuada cumpre perfeitamente o requisito legal aqui em análise.

Para cumprimento do referido, as receitas futuras das quais resultarão os créditos objecto da operação foram objecto de estimação pelo próprio cedente nos termos do contrato de cessão de créditos e de confirmação independente por parte da KPMG & Associados – SROC, S.A., auditor registado junto da CMVM, que aqui se juntam e que constituem o Anexo II a este parecer.

Estes documentos que suportam a referida estimativa foram enviados à CMVM e incluídos no próprio contrato de cessão de créditos da operação, tendo sido com base nos mesmos que esta foi aprovada pela CMVM.

16. O NASCIMENTO DO CRÉDITO FUTURO. CESSÃO PLENA

Os termos do artigo 4.º n.º 6 da LTC “*A cessão deve ser plena, não pode ficar sujeita a condição nem a termo, salvo nos casos previstos no n.º 2 do artigo 28.º, de subscrição incompleta de unidades de titularização ou de obrigações emitidas por sociedade de titularização de créditos, não podendo o cedente, ou entidade que com este se encontre constituída em relação de grupo ou de domínio, conceder quaisquer garantias ou assumir responsabilidades pelo cumprimento. Sem prejuízo em relação aos créditos presentes, do disposto no n.º 1 do artigo 587.º do Código Civil (...)*” (sublinhado meu).

Veja-se, em detalhe, esta disposição.

“*Não podendo o cedente, ou entidade que com este se encontre constituída em relação de grupo ou de domínio, conceder quaisquer garantias ou assumir responsabilidades pelo cumprimento*”.

A interdição da possibilidade de assumir quaisquer responsabilidades pelo cumprimento por parte do cedente é um requisito de índole negativa ou proibitiva, que identifica:

- (i) o âmbito subjectivo de uma interdição legal – “*o cedente, ou entidade que com este se encontre constituída em relação de grupo ou de domínio*”.
- (ii) a actividade interdita – “*conceder quaisquer garantias ou assumir responsabilidades*”; e
- (iii) a finalidade para a qual a actividade é interdita – “*pelo cumprimento*”.

Estas três condições são cumulativas, bastando que uma delas não se tenha lugar para que o requisito (de índole negativa) não se verifique.

O terceiro requisito determina o fim ao qual está pré-ordenada a concessão de quaisquer garantias ou assunção de responsabilidades pelo (maxime) cedente.

O legislador optou, por determinar aquele fim através de um termo técnico (jurídico): o “*cumprimento*”. E cumprimento tem

um sentido técnico: é, a forma (normal e mais comum) de extinção das obrigações. Conforme estipula o artigo 762.º, n.º 1, do Código Civil: “*O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado.*”

O requisito em causa impede que o cedente garanta a realização pelo devedor da prestação a que está vinculado ou assuma responsabilidades relativamente àquela realização (cumprimento da obrigação). É este o sentido da norma e a essência de uma operação de titularização, se comparada com uma vulgar cessão de créditos: o alheamento do cedente face ao risco de solvência dos devedores e ao cumprimento das respectivas obrigações ao abrigo dos créditos cedidos.

É perfeitamente legítimo – decorrendo da boa fé – que o cedente se responsabilize pelo risco de “*originação*” (originação pelo cedente) da operação, não podendo assumir, isso sim, o risco de incumprimento (incumprimento pelos devedores dos créditos futuros) da mesma. Tal entendimento assenta na interpretação efectua da parte final do artigo 4. n.º 6 da L TC, que julgo ser a mais correcta, e que *infra* desenvolverei.

“*Sem prejuízo, em relação aos créditos presentes, do disposto no n.º 1 do artigo 587.º do Código Civil (.. .)*”.

Neste último trecho o legislador esclarece que, tratando-se de créditos presentes, são imperativamente aplicáveis dois requisitos suplementares que estão previstos no artigo 587.º, n.º 1, do Código Civil (com uma excepção prevista a final²⁶ que aqui não se aplica).

Tal como para o requisito anterior, poderá esta previsão legal ser analisada da seguinte forma:

- (i) refere-se específica e somente à cessão de créditos presentes;
- (ii) esclarece (por remissão) que o cedente garante ao cessionário a existência dos créditos cedidos; e
- (iii) esclarece (por remissão) que o cedente garante ao cessionário a exigibilidade dos créditos cedidos.

²⁶ “*Excepto nos casos previstos no n.º 2 do presente artigo*”.

Créditos presentes, por oposição aos “*créditos futuros*” referidos no artigo 4.º, n.º 3, da LTC, são créditos que já foram gerados no momento em que é realizado o negócio de cessão de créditos entre cedente e cessionário e que actualmente já se encontram na esfera jurídica do cedente.

O legislador procura neste trecho esclarecer um determinado aspecto do regime aplicável à cessão para titularização de créditos presentes, o que não significa que para a cessão de créditos futuros valha um esclarecimento inverso. Se o legislador nada tivesse dito, se o texto em análise não existisse, o disposto no artigo 587.º, n.º 1, do Código Civil não deixaria de ser subsidiariamente aplicável. Por essa razão é que, mais do que determinar a aplicação do disposto naquele artigo do Código Civil à cessão de créditos presentes, o legislador esclarece que esse artigo lhe é aplicável (dir-se-ia, para que dúvidas não restassem).

Quanto à aplicação do disposto no artigo 587.º, n.º 1, do Código Civil à cessão de créditos futuros o legislador nada disse. Perante isto, pode colocar-se a questão: numa cessão para titularização de créditos futuros o respectivo cedente garante, ou pode garantir, a existência e exigibilidade dos créditos?

Uma primeira solução para este problema é a de não procurar retirar quaisquer consequências daquela omissão. Se o legislador nada esclareceu quanto à garantia da existência e exigibilidade dos créditos futuros pelo cedente ao cessionário, deve recorrer-se ao regime subsidiariamente aplicável. E este regime é o consagrado no artigo 587.º, n.º 1, do Código Civil que não distingue entre cessão de réditos presentes e futuros. Esta solução estaria, aliás, em consonância com um argumento “*a contrario*” decorrente do disposto no artigo 4.º, n.º 2, da LTC. Nos termos deste número: “(...) *o Estado e a segurança social podem ceder créditos para efeitos de titularização (...) podendo, nesse caso, o cedente não garantir a existência e exigibilidade desses créditos*”. Pelo que, “*a contrario*”, tratando-se de uma entidade que não o Estado ou a segurança social (mas qualificável como cedente à luz do artigo 2.º da LTC) a ceder créditos para titularização, sejam presentes ou futuros (já que o artigo 4.º, n.º 2, da LTC não distingue, tal como o n.º 1 do mesmo

artigo também não distingue), essa entidade não poderia deixar de garantir a respectiva existência e exigibilidade.

Esta solução acaba também por ser a mais evidente. Relativamente aos créditos presentes, o legislador, por força do artigo 587.º, n.º 1, do Código Civil e do artigo 4.º, n.º 6, da LTC, impôs que o risco de geração (isto é, o risco de inexistência e inexigibilidade) do crédito não poderá ser cedido ao cessionário. Assim sendo, o mais lógico seria que igualmente no âmbito da cessão de créditos futuros o risco de geração não fosse transferido pelo cedente ao cessionário.

Outra solução passa por procurar extrapolar para o âmbito da cessão de créditos futuros, algum sentido decorrente deste último trecho referente aos créditos presentes.

Neste âmbito, uma posição possível seria de sustentar que imperativamente o cedente não garantiria a existência e exigibilidade dos créditos cedidos. Ou seja, se o legislador esclarece, quanto aos créditos presentes, que o cedente garante imperativamente a existência e exigibilidade dos créditos, a *contrario*, quanto aos créditos futuros, o cedente não garantiria, por imperativo legal, a existência e exigibilidade dos créditos. Ora, em primeiro lugar, a mobilização de um argumento deste tipo deve ser substancialmente fundamentada, o que trataremos nos parágrafos seguintes. Em segundo, veja-se que em sentido oposto existe também um argumento a *contrario*, e este bem mais assertivo, decorrente do disposto no artigo 4.º, n.º 2, da LTC e que já referimos supra. Pelo que o intérprete se encontra num impasse²⁷ e terá de ir mais além na procura da resposta mais adequada, ou então dar prevalência a esse tom mais assertivo.

Conforme o referido em termos de risco, pode pensar-se na transmissão pelo cedente ao cessionário de dois riscos distintos:

²⁷ E também não se diga que a exceção prevista no final do artigo 4.º, n.º 6, da LTC (“*excepto nos casos previstos no n.º 2 do presente artigo*”) permite ultrapassar este impasse. É que, no entendimento do Consulente, esta exceção relaciona-se obviamente com o esclarecimento do legislador que vimos tratando (“*sem prejuízo do Código Civil*”), esclarecimento esse que se atém somente com a cessão de créditos presentes, sendo que já vimos que o disposto no artigo 4.º, n.º 2, da LTC se atém tanto com a cessão de créditos presentes como futuros.

- (i) risco de incumprimento, que nos termos do artigo 4.º, n.º 6, da LTC deve sempre acompanhar a cessão do crédito; e
- (ii) risco de originação, que o legislador esclarece que, quanto aos créditos presentes pelo menos, nunca poderá acompanhar a cessão.

Risco de incumprimento é denominado “*risco de crédito*” e é a cessão deste risco que tipicamente acompanha a cessão do crédito para o cessionário. Neste sentido, o artigo 2.º, v), do Decreto-lei n.º 104/2007, de 3 de Abril²⁸, começa desde logo por definir “*titularização*” como “*a operação ou o mecanismo através do qual o risco de crédito associado a uma posição ou conjunto de posições é dividido em tranches (...)*”²⁹.

Agora, não se divisa é qualquer fundamento substancial para que numa cessão de créditos futuros deva imperativamente ser transferido, além do risco de incumprimento, o risco de geração. Para mais, quando por força de circunstâncias evidentes uma cessão de créditos futuros é mais arriscada para o cessionário do que uma cessão de créditos presentes. Assim, e por maioria de razão, se for considerado que a cessão do risco de originação não deve acompanhar a cessão do crédito no caso de cessão de créditos presentes, pelo menos há-de possibilitar-se que cedente e cessionário, contratualmente, estabeleçam que o risco de originação recaia sobre aquele, no caso de cessão de créditos futuros. A lógica da prevalência da protecção aos interesses dos investidores parece também impor claramente que assim seja.

²⁸ O Decreto-lei n.º 104/2007, de 3 de Abril, procede à nona alteração ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício.

²⁹ A definição completa é a seguinte: “*Titularização*” a operação ou o mecanismo através do qual o crédito associado a uma posição ou conjunto de posições é dividido em tranches e que apresenta as seguintes características: Os pagamentos relativos à operação ou mecanismo dependem dos resultados obtidos pela posição ou conjunto de posições; A subordinação das tranches determina a distribuição das perdas durante o período de vigência da operação ou mecanismo.

Transfer Pricing Dispute Resolution (1842-2011): Towards a Global Convergence that Will Include Brazil?

Eduardo Baistrocchi¹

I. INTRODUCTION

The international tax regime finds itself in the midst of a creeping transition from rules to standards since the beginning of the 20th century.² The rule-based arm's length principle that obviated all problems

¹ Tax faculty member, London School of Economics; of Counsel to Rolim, Viotti & Leite Campos.

² Literature on the international tax regime is immense and can only be highlighted here. Excellent surveys follow. Reuven S Avi-Yonah, *International Tax as International Law. An Analysis of the International Tax Regime*, Cambridge Tax Law Series, 2007. Avi-Yonah offers a comprehensive analysis of the international tax regime and its relationship with public international law. Yariv Brauner, 'An International Tax Regime in Crystallisation — Realities, Experiences and Opportunities,' 56 *Tax Law Review* 259 (2003). Brauner outlines a general conceptual framework to achieve a world tax regime through a multilateral tax treaty that might be implemented in stages. Ian Roxan, *Limits to Globalization — Some Implications for Taxation in the Developing World* (2003). This unpublished paper does not share the negative view of the effects of globalisation on taxation in the developing world. Michael Graetz, 'Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies,' 54 *Tax Law Review*, 2001, which argues that the current international income tax regime lacks a satisfactory normative basis. Richard Vann, *International Aspects of Income Tax, Tax Law Design and Drafting*, Volume 2, International Monetary Fund, 1998. Reuven S Avi-Yonah, 'The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification,' 74 *Texas Law Review* 1301 (1996), which, as its title indicates, identifies the structure of international taxation and its norma-

of allocation by the early 1930s,³ has been gradually replaced by a standard-based arm's length principle which is particularly visible since the world's first bilateral Advance Pricing Agreement (APA) was concluded between Australia and the United States in the early 1990s.⁴ This transition has important consequences for the structure of transfer pricing dispute resolution at the outset of the 21st century, including shifting ultimate decision-making down the legal hierarchy (in the direction of

tive underpinnings. Sol Piccioto, *International Business Taxation, A study in the internationalization of business regulations* (1992), which is an historical account of the evolution of corporate income taxation. Adrian Ogle, *The Principles of International Tax: A Multinational Perspective* (1993), which provides a brief and illuminating general overview. The literature on international taxation and game theory produced by international lawyers is small. The seminal papers in this area are the following: Charles Kingston, 'The Coherence of International Taxation,' 81 *Columbia Law Review* 1151 (arguing that tax systems do interact and the implications of this; he maintains that the main players of the international tax game are countries and that countries compete for revenue, investments, markets, and jobs); Tsilly Dagan, 'National Interests in the International Tax Game,' 18 *Virginia Tax Review* 363 (1998) (arguing that countries play as self-interested players in the international tax game).

³ See, for example, *Taxation of Foreign and National Enterprises* (Volume IV), *Methods of Allocating Taxable Income* by Mitchell B. Carroll, League of Nations, Geneva, 1933, hereinafter the Carroll Report. The Carroll Report stated the following on the self-enforcing character of the ALS given its power to 'obviate all problems of allocation:' 'As the conduct of business between a corporation and its subsidiaries on the basis of dealings with an independent enterprise *obviates all problems of allocation*, it is recommended that, in principle, subsidiaries be not regarded as permanent establishments of an enterprise but treated as independent legal entities; and if it is shown that inter-company transactions have been carried on in such a manner as to divert profits from a subsidiary, the diverted income should be allocated to the subsidiary on the basis of what it would have earned had it been dealing with an independent enterprise.' (Emphasis added.) See Carroll Report, paragraph 628.

⁴ This transition can be seen in countries on all continents at different points in time and at different paces. It is led by countries in which their economies are intangible-intensive such as Canada, China, Japan, the United States, and the United Kingdom. A similar movement from rules to standards can be witnessed in other areas of the law. See, for example, Crane, Daniel A, *Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication*. Washington and Lee Law Review, Vol. 64, 2007; Cardozo Legal Studies Research Paper No 162. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=927293> (last visited 19 March 2011).

APAs, mutual agreement procedures, tax litigation, and tax arbitration) and increasing the importance of economic experts.

This Article is focused on two points. On the one hand, it maintains that the central causes of the evolutionary path of the international tax regime over the last century have been first, the emergence of globalisation and later, the emergence of intangibles. The dynamic in which mature economies have been solving transfer pricing disputes since the late 19th century is a case in point. This dynamic can be divided into six stages in order to adapt to this incremental changing context of globalisation and intangibles. The relevant period studied here runs from 1842, when the UK re-introduced its income tax system, to 2011.

On the other hand, this Article argues that, contrary to conventional wisdom, the evolutionary path of the Brazilian international tax system is increasingly converging with the international trend in this arena. Indeed, Brazil has already gone through four out of the six evolutionary stages since the inception of the Brazilian corporate income tax system in 1922. It predicts that, all other things equal, Brazil's full convergence to international trends is probably just a matter of time.

This Article is organised into eight sections. After this introduction, Section 2 deals with the emergence of the arm's length principle (ALP), a core element of the international tax regime, as a by-product of globalisation since the early 20th century. Section 3 shows the self-enforcing character of the ALP before the emergence of intangibles. Section 4 outlines the rise of intangibles in the 1960s and its core elements. Section 5 is focused on the dramatic impact the emergence of intangibles has had on the ALP. Indeed, intangibles contributed to transforming the ALP from being a self-enforcing rule-based legal system into a standard-based procedural regime. Section 6 offers a matrix to make visible the six-stage evolutionary path illustrating the way countries have been dealing with the transfer pricing problem since 1842. Section 7 shows that Brazil has already gone through four out of six-stage evolutionary path as of 1922. Section 8 concludes making a prediction on the future of the Brazilian international tax system in the light of its history.

2. THE EMERGENCE OF THE ARM'S LENGTH PRINCIPLE

The world has experienced two globalisation booms and one bust over the past two centuries. The first boom started about 1820 and lasted until the advent of World War I. The second began at the end of World War II and has continued since. The interwar years witnessed a retreat from this otherwise continuous shift towards global integration,⁵ fostered by the increasing relevance of technological innovation.⁶

One major consequence of the globalisation movement was the emergence, in the late 19th century, of a novel strategic problem among nations: how to divide the international income tax base in the absence of a higher authority.⁷ Since the early 20th century, mature economies such as the United Kingdom and the United States eventually reached a fundamental consensus on how to approach this problem.⁸ That consensus is currently embodied in the Organisation for Economic Cooperation and Development Model Tax Convention on Income and on Capital (OECD Model).⁹

The OECD Model central role is two-fold: on the one hand, to promote exchanges of goods and services, and the movement of capital and persons, by eliminating international double taxation. On the other hand, it aims to prevent tax avoidance and tax evasion.¹⁰

⁵ See Jeffrey G. Williamson, *Winners and Losers over Two Centuries of Globalization*, National Bureau of Economic Research, Working Paper 9161 (1992) available at <http://www.nber.org/papers/w9161.pdf> (last visited 28 February 2011). See also Dani Rodrik, *The Globalization Paradox*, Oxford University Press, 2011.

⁶ See, for example, Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Routledge, 2010, where it is argued that the fundamental impulse that sets up and keeps the capitalist engine in motion comes from new consumer goods, new methods of production or transportation, new markets, new forces of industrial organisation that capitalist enterprises create.

⁷ See, for example, Sol Piccioto, *International Business Taxation, A study in the internationalization of business regulation* (1992), which is an historical account of the evolution of corporate income taxation.

⁸ See Economic and Financial Commission, Report on Double Taxation, League of Nations Doc EFS73F.19 (1923).

⁹ The latest update of the OECD Model was released in 2010. It is available at http://www.oecd.org/document/37/0,3343,en_2649_33747_1913957_1_1_1_1,00.html

¹⁰ OECD Model, Article 1, Comm 2010, paragraph 7.

The OECD Model is the foundation for a network of over 3,000 bilateral tax treaties, which is referred to as the international tax regime (ITR or International Tax Law).¹¹ For certain strategic reasons, non-OECD countries of all legal traditions and cultures have been systematically importing the international tax regime since the early 1960s. This includes large emerging economies such as Brazil, Russia, India and China.¹²

The OECD Model encapsulates some structural legal fictions to guide the division of the international income tax base.¹³ The international taxation of multinational enterprises (MNEs) is a case in point. Since the early 20th century, mature economies created the fiction of the separate entity approach.¹⁴ Under this approach, the different profit units of a given MNE were deemed independent enterprises. For example, pursuant to the separate entity approach, the Microsoft parent company, based in the United States, and each of its subsidiaries, based in a number of other countries, would be considered separate taxpayers for purposes of the relevant domestic corporate income tax systems.

Mature economies also agreed that the fiction of the separate entity approach would be enforced by the arm's length principle (ALP or ALS). The ALP provides that the national tax jurisdiction over income produced by an MNE should be allocated among countries on the basis of how comparable non-associated enterprises would have allocated income in comparable circumstances. For example, the ALP provides that the price agreed to by Microsoft

¹¹ See footnote 2 above.

¹² See Baistrocchi, Eduardo A, *The Use and Interpretation of Tax Treaties in the Emerging World: Theory and Implications* (September 24, 2008). *British Tax Review*, No 4, 2008. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1273089>

¹³ Fiction normally refers to a nonrebuttable presumption. See FHM Grapperhaus, *The Trade-off Between Accuracy and Administrability, Presumptive Income Taxation*, proceedings of a seminar held in New Delhi in 1997 during the 51st Congress of the International Fiscal Association, Vol 22d Chair Reuven Avi-Yonah, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston.

¹⁴ See the Carroll Report, paragraph 23 (maintaining that 'predilection for assessment on the basis of the separate accounts of each establishment prevails in the majority of countries').

and one of its subsidiaries of a certain type of software must be consistent with the market price of the software that independent enterprises would agree to in similar circumstances. If the ALP is not met in a given case, national tax authorities are normally vested with the power to adjust the transfer pricing of associated enterprises to make it consistent with the ALP. Thus, the ALP normative system is self-enforcing provided there are comparables available as it was normally the case in the early 1930s.¹⁵

3. THE ALP BEFORE THE EMERGENCE OF INTANGIBLES

Mitchell B Carroll produced the first comprehensive analysis of the methods of allocating taxable income in his seminal report under the auspices of the League of Nations in 1933 (the Carroll Report).¹⁶ The Carroll Report assumed that the ALP would be a largely self-enforcing normative system. Indeed, the report stated that the ALP '*obviates all problems of allocation,*' presumably because comparables were normally available by 1933 given that international trade was not intangible-intensive at that time. For example, the ALP was introduced as domestic law in the United States in 1928 and taxpayers enforced it without any transfer-pricing dispute until 1935.¹⁷ Hence, the ALP was a largely self-enforcing normative system in the early thirties.

In sum, the ALP originally was functionally equivalent to a rule-based normative system as it had a clear *ex ante* meaning grounded in comparables. Comparables were normally available

¹⁵ The concept of self-enforcing normative systems has been applied in different areas of the law. See, for example, Bernard Blank and Reinier Kraakman, *A Self-Enforcing Model of Corporate Law*, Harvard Law Review, Vol 109, N 8, June 1996, page 1911-1982. The self-enforcing normative system minimises the need to rely on administrative agencies and courts for enforcement (*ibid* at 1932).

¹⁶ See *Taxation of Foreign and National Enterprises* (Volume IV), *Methods of Allocating Taxable Income* by Mitchell B. Carroll, League of Nations, Geneva, 1933, hereinafter the Carroll Report. See footnote 3 above.

¹⁷ See Avi-Yonah, Reuven S, *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of US International Taxation* (September 27, 2007). U of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper No. 07-017; U of Michigan Public Law Working Paper No. 92. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1017524>

before the emergence of the information economy that increasingly brought about goods without comparables, i.e., intangibles.

4. THE INFORMATION ECONOMY: EMERGENCE OF INTANGIBLES

Since the 1960s, when the first email was sent, globalisation initiated a new stage called the *information economy*, which is characterised by the increasing relevance of intangibles.¹⁸ Individuals and enterprises engaged in creative or innovative activities produce intangibles as outputs. Broadly speaking, the original intangibles consist of additions to knowledge and new information of all kinds and also new creations. The formula for a new chemical is a case in point.¹⁹

An original is the archetypal immaterial good. It is a good because it is an entity over which ownership rights (intellectual property) can be established and which is of economic value to its owner. It is also intangible because it has no physical dimensions or co-ordinates in space. The producer of the original is its first owner, but the ownership may be transferred to another economic unit.²⁰

The ownership right is often legally recognised through a copyright or patent, but the copyright or patent is only a legal instrument which should be clearly distinguished from the entity over which the ownership right is established. The original intangible can be bought and sold as often as required. Intangibles can be traded and re-traded in the same way as material goods, both domestically and internationally.²¹

¹⁸ Carl Shapiro and Hal R. Varian, *Information Rules*, at 13, Harvard Business School Press, 1999.

¹⁹ Peter Hill, *Tangibles, Intangibles and Services: a New Taxonomy for the Classification of Output*, *The Canadian Journal of Economics*, Vol 32, N 2, Special Issue on Service Sector Productivity and the Productivity Paradox (Apr. 1999), pp 426-446 at 438-439.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Peter Hill, *Tangibles, Intangibles and Services: A New Taxonomy for the Classification of Output*, *The Canadian Journal of Economics*, Vol 32, N 2, Special Issue on Service Sector Productivity and the Productivity Paradox (April 1999), pp 426-446 at 440.

International trade in intangibles within the same corporate group is increasingly relevant since the 1970s.²² Indeed, MNEs are incrementally chosen to hold intellectual property separately from both production and research.²³ For example, AstraZeneca, a leading UK pharmaceutical MNE, moved trademarks to Puerto Rico for a breast cancer drug, a migraine pill, and its top-selling anti-cholesterol preparation, Crestor. The company had a factory in Puerto Rico manufacturing AstraZeneca drugs under a special low-tax regime. This implies that any additional profits from charging trademark royalties could also be attributed to Puerto Rico.²⁴ One net effect of this strategy could be a substantial reduction of the effective tax rate faced by the relevant taxpayer.

This business model based on strategic management of intangibles makes finding comparables increasingly difficult in the transfer pricing arena and, thus, the rule-based ALP has been incrementally unworkable since the 1970s. This is so because, *inter alia*, transfer pricing case law cannot correct this failure of the rule-based ALS for a number of strategic reasons.²⁵

5. THE ALP AFTER THE EMERGENCE OF INTANGIBLES

The Carroll Report had a major influence on the OECD Model in the area of transfer pricing. Indeed, the 1933 Carroll Report proposition on the ALP referred to above was eventually encapsulated in Article 9 of the OECD Model which is the central current

²² Rachel Griffith, Helen Miller and Martin O'Connell. 'Corporate Taxes and Intellectual Property: Simulating the Effect of Patent Boxes' Institute for Fiscal Studies, at 18, 2010. <http://www.ifs.org.uk/publications/5361>. See also 'HM Treasury Corporate Tax Reform: Delivering a More Competitive System,' November 2010, Available at http://www.hm-treasury.gov.uk/d/corporate_tax_reform_complete_document.pdf

²³ Rachel Griffith, Helen Miller and Martin O'Connell. 'Corporate Taxes and Intellectual Property: Simulating the Effect of Patent Boxes' Institute for Fiscal Studies, at 18, 2010. <http://www.ifs.org.uk/publications/5361>.

²⁴ Ibid at 4.

²⁵ Baistrocchi, Eduardo A., The Transfer Pricing Problem: A Global Proposal for Simplification (Summer 2006). Tax Lawyer, Summer 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1276504>

normative system in transfer pricing around the world since 1963. Article 9, as it appears in the 2010 update of the OECD Model, states the following:

‘Associated Enterprises

1. Where

a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or

b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.

2. Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State – and taxes accordingly – profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in that other State and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of the first-mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other.’

The ALP meaning, as defined by Article 9 of the OECD Model, is periodically updated by the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OECD Guidelines).²⁶ The OECD Guidelines expressly acknowledge since the nineties that the ALP is no longer a self-enforcing normative system given

²⁶ The latest update of the OECD Guidelines was issued in July 2010.

the increasing difficulties in finding comparables.²⁷ The *practical difficulty* of enforcing the ALS has now evolved into a *conceptual difficulty* according to the 2010 version of the OECD Guidelines, which calls for ‘an attempt to develop approaches that are realistic and reasonably pragmatic.’²⁸

This enforcement issue of the ALP was first faced by countries whose economies rely heavily on intangibles such as Japan and the United States. Indeed, Japan and the United States lead the creation of a procedural setting to apply the ALP particularly when intangibles are involved: the Advance Pricing Agreement (APAs).²⁹ Since

²⁷ The OECD Guidelines states the following: ‘A practical difficulty in applying the arm’s length principle is that associated enterprises may engage in transactions that independent enterprises would not undertake. Such transactions may not necessarily be motivated by tax avoidance but may occur because in transacting business with each other, members of an MNE group face different commercial circumstances than would independent enterprises. Where independent enterprises seldom undertake transactions of the type entered into by associated enterprises, the arm’s length principle is difficult to apply because there is little or no direct evidence of what conditions would have been established by independent enterprises. The mere fact that a transaction may not be found between independent parties does not of itself mean that it is not arm’s length.’ See OECD Guidelines, paragraph 1.11

²⁸ OECD Guidelines, paragraph 9.11.

²⁹ Diane M. Ring describes the APA system as follows: ‘In a bold move in the early 1990s, the United States led its trading partners toward a new model of advance dispute resolution for transfer pricing, the APA program, which relies on a backbone of familiar mechanisms complemented by some novel features. The APA process is an alternative to the standard taxpayer path of doing the transactions, filing a return, facing audits (some level of auditing is more likely with larger taxpayers) and, finally, possible appeal with settlement or litigation. The taxpayer initiates the APA process by approaching the Service (and typically the corresponding tax authority in the other relevant jurisdiction) before engaging in the related party transactions potentially at issue. At this point the taxpayer voluntarily provides detailed information to the government regarding its business activities, plans, competitors, market conditions, and prior tax circumstances. The critical piece of this presentation is the taxpayer’s explanation of its planned pricing methods. Following discussions and negotiations, the parties hopefully reach agreement on how the taxpayer should handle the pricing of these anticipated related transactions. This understanding is embodied in the [confidential] APA agreement which typically runs for three years.’ Diane M. Ring, ‘On

1991, APAs have become the main procedural standard to solve transfer pricing enforcement problems in countries once their economies become intangible-intensive.

APAs have over twenty years of history, which has substantially contributed to changing the character of the international tax system from a self-enforcing normative system based on rules into a non self-enforcing, procedural regime. As Silberztein states, the world's first APA was concluded in 1991 between Australia and the United States. A section on APAs was included in the OECD Guidelines in 1995, at a time when such approaches were still relatively novel. In 1991, the OECD Council adopted guidelines for concluding APAs under MAP procedures.³⁰ Since then, the OECD has been promoting bilateral APAs, i.e., APAs concluded between two states. In 2004 the Pacific Association of Tax Administrators (whose members are Australia, Canada, Japan, and the United States) released operational guidance to conduct bilateral APAs, and in February 2007, the European Commission adopted a Communication containing the proposed Guidelines for APAs within the EU. Today, approximately twenty-five countries have formal APA programmes, and the numbers are growing. Furthermore, new forms of APAs are emerging, such as multilateral APAs, joint APAs with customs authorities, and streamlined APA procedures for medium-sized enterprises.³¹ China is also increasingly

the Frontier of Procedural Innovation: Advance Pricing Agreements and the Struggle to Allocate Income for Cross Border Taxation, 21 *Michigan Journal of International Law*, 2000. In her article, Ring makes a comprehensive description and evaluation of the US APA procedure using, *inter alia*, public choice as a theoretical framework. The US APA model has been followed by many countries including Australia, Belgium, Canada, Germany, Japan, the Netherlands, and Spain. For a global analysis of the APA process, see Jose Manuel Calderon, *Advance Pricing Agreements. A Global Analysis*, Kluwer Law International, 1998.

³⁰ The mutual agreement procedure (MAP) is regulated by Article 24 of the OECD Model.

³¹ Caroline Silberztein, Foreword to the book *Transfer Pricing Manual*, technical editor Gareth Green, at xxxi, BNA, 2008.

using APAs to enforce the ALP. By the end of 2009, ten bilateral APAs had been concluded with Japan, Korea, the United States and Denmark. About 50 bilateral APAs are currently being negotiated or evaluated.³²

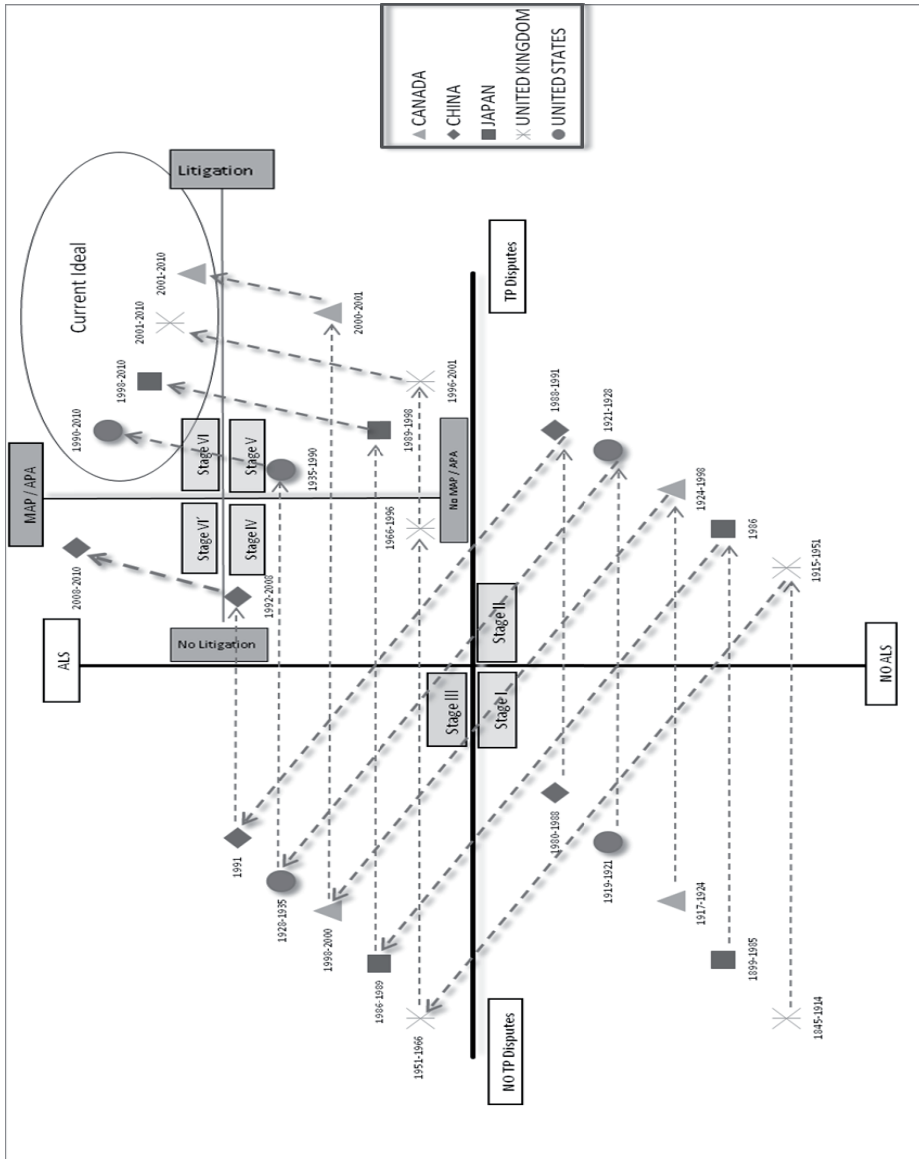
In sum, the ALP legal system has been nominally the same since at least the 1930s, although its context is substantially different as of the emergence of intangibles in the 1960s. Thus, the context has changed the nature of the ALP normative system: from a self-enforcing rule to a non self-enforcing, procedural standard-based normative system.

6. THE EVOLUTIONARY PATH OF TRANSFER PRICING DISPUTE RESOLUTION (1842-2011)

The transition of the international tax regime from rules to standards since the beginning of the 20th century referred to above can be seen in many settings. The evolutionary path of transfer pricing dispute resolution is a case in point.

The way mature economies have been solving transfer pricing disputes since the late 19th century can be divided into six stages. The relevant period studied here runs from 1842, when the UK re-introduced its income tax system, to 2011. The evolutionary path is represented in the following matrix.

³² Jinyan Li, *Resolving Transfer Pricing Disputes in China*, unpublished paper in the files of the author.



Stage I: Denotes the context before the emergence of MNEs in the local economy. It is represented in the lower-left cell of the matrix. Stage I represents an absence of transfer pricing disputes (No TP Disputes) in a setting without transfer pricing regulations based on the ALS (No ALS). The United States in the period between 1909 and 1921 is an example of Stage I. It runs from the introduc-

tion of the US corporate income tax system in 1909, which did not include transfer pricing regulations, to 1921 when the United States Congress started noticing transfer pricing abuses.³³

Stage II Denotes the emergence of transfer pricing disputes (TP Disputes) in a context without transfer pricing regulations based on the ALS (No ALS). It is represented in the lower-right cell of the matrix. The matrix assumes that the wording ‘transfer pricing disputes’ has a broad scope. It includes, for example, when the local tax authority or Congress complain about aggressive international tax planning techniques based on transfer pricing. ‘No ALS’ denotes absence of transfer pricing regulations based on the ALS. The United States is an example of Stage II in the 1921-1928 period. It runs from the early international transfer pricing disputes emerging as of 1921,³⁴ to the enactment of Section 45 of the Internal Revenue Code (Code) in 1928. The wording of Section 45 is almost identical to Section 482 of the Code, which provides the statutory grounding of the US arm’s length standard.³⁵

³³ See Avi-Yonah, Reuven S, *The Rise and Fall of Arm’s Length: A Study in the Evolution of US International Taxation* (September 27, 2007). U of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper No 07-017; U of Michigan Public Law Working Paper No 92. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1017524>

³⁴ For example, the House of Representatives argued in 1921 that ‘subsidiary corporations, particularly foreign subsidiaries, are sometimes employed to “milk” the parent corporation, or otherwise improperly manipulate the financial accounts of the parent company.’ (See the chapter on the United States).

³⁵ See above the United States chapter, Section II. Argentina during the 1932-1943 period is another example of Stage II. The Argentine corporate income tax system was then based on the separate accounting principle only, i.e., the corporate income tax system did not include a tax test on how to apportion the tax base between associated enterprises, such as the arm’s length standard. La Anglo is a representative example of transfer pricing dispute emerging from this regulatory environment. La Anglo was the Argentine subsidiary of a Lichtenstein multinational enterprise (MNE), which in turn was controlled by a UK resident, Lord Vestey. La Anglo successfully set the transfer pricing of its exports of meat to its Lichtenstein holding company in such a way as to allocate no profits to the Argentine subsidiary, all this in consistency with the La Anglo accounting records. The exported meat was normally shipped not to Lichtenstein but to other countries in Asia, Europe, and the Americas. The Argentine tax authorities decided not to bring the case to court presumably because La Anglo’s transfer

Stage III: Represents the time when the ALS was a self-enforcing normative system given the availability of comparables. Stage II is represented in the upper-left cell of the matrix. Stage III deals with the absence of international transfer pricing disputes (No TP Disputes) in an ALS legal framework provided for in domestic law. The United States in the period between 1928 and 1935 is a case in point. It runs from the introduction of an early version of the arm's length standard in 1928, to the emergence of transfer pricing litigation as of 1935. This includes the case *Asiatic Petroleum Co v Commissioner*, 31 BTA 1152, 1159 (1935).³⁶ The Carroll Report was published when the United States was in Stage III – i.e., when the ALS was a self-enforcing normative system.

Stage IV: Represents the emergence of intangibles and its substantial impact on ALS enforcement given the decreasing availability of comparables. Stage IV is represented in the lower-left cell of the small matrix. Stage IV is a context in which neither litigation nor bilateral APAs or MAPs are used to solve transfer pricing disputes within the ALS. Transfer pricing disputes normally begin and end within the tax administration. Disputes are normally solved through administrative measures such as guidelines for taxpayers, interpretation circulars and negotiated settlements with the tax administration. China since 1991 (when the ALS was introduced into Chinese tax law) to 2008 (when the first bilateral APA was concluded in China) is a case in point.³⁷

Stage V: Reflected in the lower-right cell of the small matrix. Stage IV consists of transfer pricing litigation (Litigation) as the core method to solve TP disputes. The regulatory framework provides neither the Mutual Agreement Procedure nor Advance Pricing Agreements (No MAP/No APA). The United States from

pricing policy was not inconsistent with the separate accounting principle. La Anglo case triggered the introduction of the ALS in domestic law in 1943. See the chapter on Argentina.

³⁶ See Avi-Yonah, Reuven S, *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of US International Taxation* (September 27, 2007). U of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper No 07-017; U of Michigan Public Law Working Paper No. 92. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1017524>

³⁷ See Jinyan Li, *Resolving Transfer Pricing Disputes in China*, unpublished paper in the files of the author.

1935 (when the early TP litigation emerged) to 1990 (when the APA programme was launched) is an example of Stage V.³⁸

Stage VI: Consists in the transition of the ALS into a largely standard-based procedural concept. Stage VI is reflected in the upper-right cell of the small matrix. In Stage VI most TP disputes are solved via MAPs or bilateral APAs. Arbitration and litigation are credible threats to induce both tax authorities and taxpayers respectively to cooperate in the MAP/APA context. Stage VI assumes that transfer pricing litigation is considered as the second best option when bilateral APAs are unfeasible, for example, when the other relevant state is a non-cooperative low-tax country. Again, the United States is an example of this stage from 1991, when the world's first bilateral APA was concluded with Australia to the present.³⁹ Stage VI is considered (albeit still unsatisfactory) the current ideal.⁴⁰

The matrix above shows the global transition from rules to standards in the evolutionary path of transfer pricing disputes resolution since the beginning of the 20th century. This transition can be seen in countries such as Canada,⁴¹ China,* Japan,* Republic of Korea,* the United Kingdom,* and the United States.*

³⁸ See Avi-Yonah, Reuven S, *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of US International Taxation* (September 27, 2007). U of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper No 07-017; U of Michigan Public Law Working Paper No. 92. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1017524>

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Stage VI is the current ideal because it is the procedural setting with more potential to produce positive externalities in the transfer pricing arena. There are three examples about positive externalities that can be currently triggered by APAs and MAPs. First, the APA system may effectively play the role of a laboratory specialised in providing a clear *ex ante* meaning to the arm's length standard with precedential value. Consider the case of an MNE successfully extending its bilateral APA concluded between two developed countries to a number of countries of the emerging world. Procter & Gamble presumably has been doing this in both the developed and emerging world. Second, there are a number of MAPs concluded between the United States and India in the software industry presumably establishing a cost plus margin of around 18 per cent for the tax year 2003-2004 and around 17.5 per cent for the tax year 2004-2005. Third, Korean domestic law specifically grants taxpayers the right to expand the application of MAPs to third countries if certain conditions are met.

⁴¹ Canada – *Stage I* denotes absence of both transfer pricing disputes and transfer pricing legislation (No TP disputes – No ALS). It lasts 7 years (1917-1924).

Stage I runs from the inception of corporate income taxation in Canada in 1917 until 1923 when there is no transfer pricing legislation nor transfer pricing dispute. Stage II refers to the emergence of transfer pricing disputes in a regulatory context different from the ALS (Transfer Pricing Disputes – No ALS). *Stage II* takes 64 years (1924-1998). It starts with the introduction of a primitive version of the ALS in 1924 to ‘prevent associated or holding companies making fictitious expenses a vehicle for evading the Income Tax Act,’ according to the House of Commons. Stage II is an environment with transfer pricing disputes which escalate into nine litigations mostly resolved in the light of judicial anti-avoidance doctrines rather than the ALS. Central Canada Forest Products, decided in 1952, is the first reported transfer pricing case. *Stage III* denotes absence of international transfer pricing disputes in a ALS context (No TP disputes – ALS). It lasts 2 years (1998-2000). It runs from the inception of a domestic provision explicitly adopting the ALS in 1998, until the emergence of transfer pricing disputes in a ALS regulatory context. *Stage V* refers to transfer pricing litigation without any completed MAP or APA (Litigation – No MAP / APA). It lasts 1 year (2000-2001). The relevant case is Safety Boss decided in 2000. *Stage VI* starts in 2001. It denotes a context in which most transfer pricing disputes are solved via MAPs and APAs. Litigation is considered as the second best solution (MAP/APA – Litigation). At least 407 MAPs and –126 APAs have been concluded in Canada as of 2001. Only a few cases have been initiated as of 2001. They include World Corp and GlaxoSmithKline Inc. See David Duff and Byron Beswick, *Resolving Transfer Pricing Disputes in Canada*, unpublished paper in the files of the author.

- * China – See Jinyan Li, *Resolving Transfer Pricing Disputes in China*, unpublished paper in the files of the author.
- * Japan – See Toshio Miyatake, *Resolving Transfer Pricing Disputes in Japan*, unpublished paper in the files of the author.
- * Republic of Korea – See Hun Park, *Resolving Transfer Pricing Disputes in the Republic of Korea*, unpublished paper in the files of the author.
- * United Kingdom – *Stage I* denotes absence of both transfer pricing disputes and transfer pricing legislation (No TP disputes – No ALS). It lasts 72 years (1842-1914). Stage I runs from the re-inception of income taxation in 1842 until 1914 where there is no transfer pricing legislation nor transfer pricing dispute. Stage II refers to the emergence of transfer pricing disputes in a regulatory context different from the ALS (Transfer Pricing Disputes – No ALS). *Stage II* takes 36 years (1915-1951). It starts with the introduction of a primitive version of the ALS in 1915, in an environment with transfer pricing disputes which escalate into litigation: Gillette Safety Razor, Ltd v IRC (1920). *Stage III* denotes absence of international transfer pricing disputes in a ALS context (No TP disputes – ALS). It lasts 15 years (1951-1966). It runs from the inception of a domestic provision explicitly adopting the ALS in 1951, until the emergence of transfer

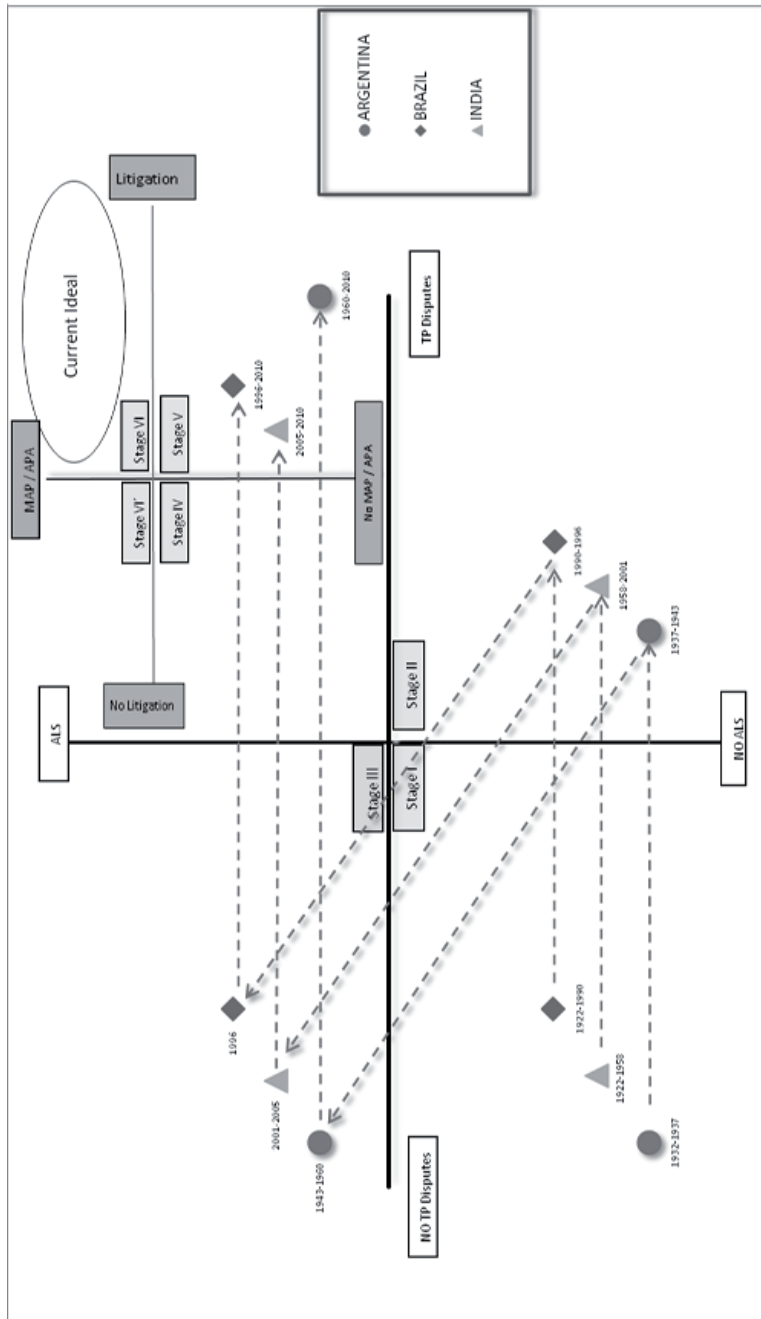
7. THE BRAZILIAN APPROACH: EVOLUTIONARY PATH (1922-2011)

Conventional wisdom argues that the Brazilian international tax system is inconsistent with international trends. This Article takes the view that the evolutionary path of the Brazilian international tax system is increasingly converging with the international trend in this arena. Indeed, Brazil has already gone through four out of the six stages referred to above since the inception of the Brazilian corporate income tax system in 1922.⁴² The evolution of the Brazilian international tax system is shown in the matrix below.

pricing disputes in a ALS regulatory context. *Stage IV* refers to the absence of both transfer pricing litigation and MAPs or APAs (No Litigation – No MAP/ APA). It lasts 30 years (1966-1996). It runs when transfer pricing disputes are fundamentally solved at the UK tax administration level in a context in which no single MAP or APA is completed. *Stage V* refers to transfer pricing litigation without any completed MAP or APA (Litigation – No MAP/APA). It lasts 5 years (1996-2001). The two cases are *Glaxo Group Ltd v IRC* and *Ametalco UK v IRC*. *Stage VI* starts in 2001. It denotes a context in which most transfer pricing disputes are solved via MAPs and APAs. Litigation is considered as the second best solution (MAP/APA – Litigation). One hundred and six MAPs have been concluded as of 2001 in the UK, in which the average cycle time for completing has come down from 70 months in 2001 to 6 months in 2008. Only 3 cases have been initiated as of 2001: i) *Waterloo plc v IRC* in 2002, ii) *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* in 2007 and iii) *DSG Retail Ltd* in 2008. See Ian Roxan, *Resolving Transfer Pricing Disputes in the United Kingdom*, unpublished paper in the files of the author.

* United States – See Avi-Yonah, Reuven S, *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of US International Taxation* (September 27, 2007). U of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper No 07-017; U of Michigan Public Law Working Paper No. 92. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1017524>

⁴² See Joao Dacio Rolim and Gilberto Ayres Moreira, *La experiencia de Brasil en el area de litigious de precio de transferencia* in Eduardo Baistrocchi (ed.), *Litigios de Precios de Transferencia: Teoria y Practica* (Argentina: LexisNexis, 2008) 188. See also Isabel Calich and Joao Dacio Rolim, *Resolving Transfer Pricing Disputes in Brazil*, unpublished paper in the files of the author.



Stage I denotes absence of both transfer pricing disputes and transfer pricing legislation in Brazil (No TP disputes – No ALS).

It lasts 73 years (1922-1995). Stage I runs from the inception of corporate income taxation in Brazil in 1922 until 1995, when there is no transfer pricing legislation nor transfer pricing dispute.

Stage II refers to the emergence of transfer pricing disputes in a regulatory context different from the ALS (Transfer Pricing Disputes – No ALS). Stage II takes 1 year (1995-1996). It is grounded on the increasing concern displayed by the Brazilian Congress with artificial tax avoidance schemes based on transfer pricing. For example, the Exposition of Motives No 325/MF of Law No 9.249/1995, which introduced the principle of worldwide taxation of income of resident legal entities, explained that the adoption of the worldwide taxation principle aimed to curb tax avoidance schemes since the territorial principle allowed companies to allocate profits in foreign jurisdictions.

Stage III denotes absence of international transfer pricing disputes in a ALS context (No TP disputes – ALS). It lasts 2 years (1996-1997). It runs from the inception of a domestic provision explicitly adopting the ALS in 1996, which aimed to adapt the OECD version of the ALS to the Brazilian context via certain *iuris tantum* presumptions, until the emergence of the first transfer pricing disputes in a ALS regulatory context. These cases fundamentally emerged in the pharmaceutical industry. Litigation No 101-94.88 is a case in point.

Stage IV refers to a stage in which most transfer pricing disputes are solved at the tax authority level (No Litigation – No MAP/APA). Brazil has skipped this stage for a number of legal and cultural reasons that limit negotiations between the tax authority and the taxpayers. Stage V refers to transfer pricing litigation without any completed MAP or APA (Litigation – No MAP/APA). It starts in 1997 with cases such as 101-94.888. Most transfer pricing cases are decided by Administrative Courts which are part of the Ministry of Finance.

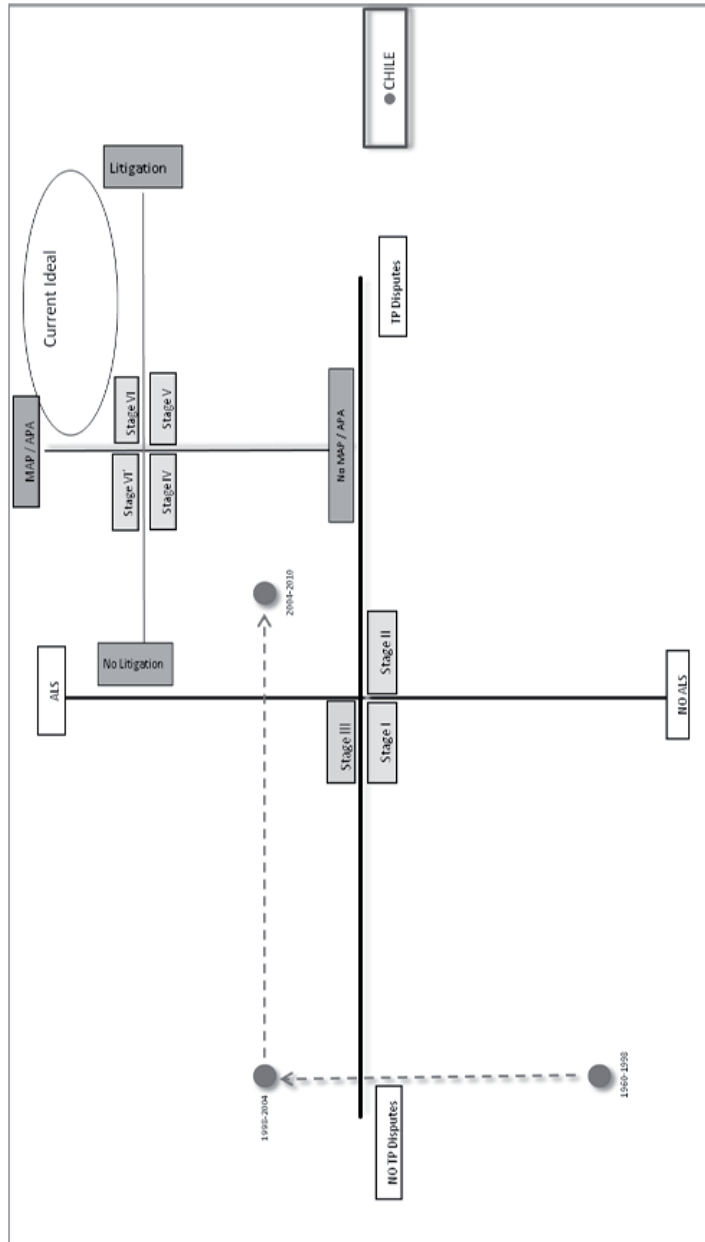
As the matrix above shows, Argentina and India⁴³ are following an evolutionary path similar to Brazil's. Other countries are leapfrogging,

⁴³ India – *Stage I* denotes absence of both transfer pricing disputes and transfer pricing legislation (No TP disputes – No ALS). It lasts 5 years (1922-1927).

that is, for example, moving directly from Stage I to Stage IV – Chile being a case in point. The Chilean case is shown in the matrix below.⁴⁴

Stage I runs from the inception of corporate income taxation in India in 1922 until 1927 when there is no transfer pricing legislation nor transfer pricing dispute. Stage II refers to the emergence of transfer pricing disputes in a regulatory context different from the ALS (Transfer Pricing Disputes – No ALS). *Stage II* takes 73 years (1928-2001). It starts with the emergence of a transfer pricing dispute which escalates into litigation. The Commissioner of Income Tax v Bombay Trust Corporation Ltd, decided in 1928, is an example of this. The Bombay Trust case is decided in favour of the taxpayer in the light of the principal/agent test as provided for in Indian domestic legislation. *Stage III* denotes absence of international transfer pricing disputes in a ALS context (No TP disputes – ALS). It lasts 6 years (2001-2007). It runs from the inception of a domestic provision explicitly adopting the ALS in 2001, until the emergence of transfer pricing disputes in a ALS regulatory context. The Mentor Graphics (Noida) Pvt Ltd v Dy Commissioner of Income Tax, decided in 2007, is an early example of transfer pricing litigation in a post-2001 ALS scenario. *Stage IV* refers to a stage in which most transfer pricing disputes are solved at the tax administration level (No Litigation – No MAP/APA). India has skipped this stage for a number of legal and cultural reasons that prevent negotiations between the tax administration and the taxpayers. *Stage V* refers to transfer pricing litigation without any completed MAP or APA (Litigation – No MAP / APA). It started in 2007 with the Mentor Graphic case referred to above. There are no concluded bilateral APAs concluded by India as of December 2010. See Mukesh Butani *Resolving Transfer Pricing Disputes in India*, unpublished paper in the files of the author.

⁴⁴ Chile – This country moves from Stage I to III and it is currently on Stage IV. The outline of each stage follows. *Stage I* denotes absence of both transfer pricing disputes and transfer pricing legislation (No TP disputes – No ALS). It lasts xx years (19xx-1998). Stage I runs from the inception of corporate income taxation in 19xx until 1998 when there is no transfer pricing legislation nor transfer pricing dispute. The Chilean path then moves to Stage III. *Stage III* denotes absence of international transfer pricing disputes in a ALS context (No TP disputes – ALS). It lasts 6 years (1998-2004). It runs from the inception of domestic provisions explicitly adopting the ALS in 1998 in a context with no transfer pricing disputes. *Stage IV* refers to the absence of both transfer pricing litigation and MAPs or APAs (No Litigation – No MAP/APA). Transfer pricing disputes are fundamentally solved at the Chilean tax administration level in a context in which no single MAP or APA is completed. The application of Private Ruling N 1118, issued on 2008, is a case in point. In practice the Chilean tax administration usually uses this Private Ruling for challenging payments to a related party resident outside of Chile. See Carolina Musalem and Rodrigo Stein, *Resolving Transfer Pricing Disputes in Chile*, unpublished paper in the files of the author.



There is global convergence on the way the ALP has been transplanted around the non—OECD world. Indeed, the core dynamic of the ALP transplant to most countries has normally been

two-fold: from model treaties and related documents (such as the OECD Guidelines) to tax treaty law; and then from tax treaty law to domestic law. In other words, the ALP has been transplanted fundamentally via the tax treaty network and it has later permeated to a growing number of local domestic laws.

The Republic of Korea's experience in this area is a representative example of this dynamic. The ALS was first included in the Japan-Korea double taxation convention (DTC) in 1970. This was the first Korean DTC. Eighteen years later, in 1988, the ALS penetrated into Korean domestic law to protect the corporate tax base. A similar pattern can be witnessed in most countries, including Argentina, Brazil, Chile, China, India, Israel, and South Africa. Moreover, the OECD Guidelines have been increasingly used by tax administration and domestic courts of both OECD and non-OECD member countries to, at least, fill in the gaps in both treaty and domestic norms encapsulating the ALP.

8. CONCLUSION

Globalisation first, and the emergence of intangibles later, have had a substantial impact on the evolutionary path of the international tax regime over the last century. Transfer pricing is a case in point. Indeed, this path can be seen from the six stages mature economies have gone through, at different speeds and times, to deal with the transfer pricing problem.

One important conclusion here is that emerging countries are following a broadly similar evolutionary path to the one gone through by mature economies. Some emerging countries are involved in a leapfrogging strategy such as Chile. Other emerging countries, such as Brazil, are visiting the stages in a sequential way and are heading toward Stage VI, this latter stage being the current ideal.

In sum, conventional wisdom predicates that Brazil is an exception in the international tax arena. History shows us that this is not the case. Convergence by Brazil in line with the global trend in international taxation is probably, all other things equal, just a matter of time.

Conflito de Interesses nos Contratos entre Partes Relacionadas na Jurisprudência da CVM

Fábio Appendino¹

Alessandra Rezende Torres²

André Maruch³

O Pronunciamento Técnico CPC nº 05 (R1) do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, atualmente em vigor, aprovado pela Deliberação da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) nº 642, de 7 de outubro de 2010, alterou substancialmente a definição de partes relacionadas. Anteriormente, referido conceito centrava-se mais nos relacionamentos formais e jurídicos entre as partes. Após o advento da referida norma, pode-se dizer que ele passou a ser diretamente relacionado à capacidade de uma parte influir sobre a outra, não só economicamente. A mera existência de um relacionamento entre partes relacionadas pode ser suficiente para afetar as

¹ Sócio do escritório RV&LC Advogados. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP) e em Finanças pelo IBMEC. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Co-fundador do Instituto de Direito Societário Aplicado (IDSA). Professor de Direito Societário no IBMEC. International Legal Training (ITL), Strategic Directions for International Practice, New York/NY-USA. Harvard Law School, Program of Instruction for Lawyers (PON), Cambridge/MA-USA. Presidente da Comissão de Direito Societário da OAB-MG.

² Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Membro da Comissão de Direito Societário da OAB-MG.

³ Mestrando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Atualmente é vice-presidente da Comissão de Direito Societário da OAB-MG e professor de Direito Comercial na Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

políticas administrativas, financeiras e operacionais de uma entidade, bem como as transações desta entidade com outras partes não relacionadas.

De acordo com a Deliberação CVM nº 642, “parte relacionada” é a pessoa ou entidade que está relacionada com a entidade que está elaborando suas demonstrações contábeis, sendo que:

- (a) uma pessoa ou um membro próximo de sua família⁴ está relacionada com a entidade que reporta a informação se: (i) tiver o controle pleno ou compartilhado da entidade que reporta a informação, (ii) tiver influência significativa sobre a entidade que reporta a informação ou (iii) for membro do pessoal chave da administração da entidade que reporta a informação ou da controladora da entidade que reporta a informação;
- (b) uma entidade está relacionada com a entidade que reporta a informação se qualquer das condições abaixo for observada: (i) a entidade e a entidade que reporta a informação são membros do mesmo grupo econômico (o que significa dizer que a controladora e cada controlada são inter-relacionadas, bem como as entidades sob controle comum são relacionadas entre si); (ii) a entidade é coligada ou controlada em conjunto (*joint venture*) de outra entidade (ou coligada ou controlada em conjunto de entidade membro de grupo econômico do qual a outra entidade é membro); (iii) ambas as entidades estão sob o controle conjunto (*joint ventures*) de uma terceira entidade; (iv) uma entidade está sob o controle conjunto (*joint venture*) de uma terceira entidade e a outra entidade for coligada dessa terceira entidade; (v) a entidade é um plano de benefício pós-emprego cujos beneficiários são os empregados de ambas as entidades, a que reporta a informação e a que está relacionada com a que reporta a informação. Se a

⁴ *Membros próximos da família de uma pessoa* são aqueles membros da família que se espera que influenciem, ou sejam influenciados por, essa pessoa nos seus negócios com a entidade. Podem incluir: (a) seu cônjuge ou companheiro(a) e filhos; (b) filhos de seu cônjuge ou de companheiro(a); e (c) seus dependentes ou os de seu cônjuge.

entidade que reporta a informação for ela própria um plano de benefício pós-emprego, os empregados que contribuem com a mesma serão também considerados partes relacionadas com a entidade que reporta a informação; (vi) a entidade é controlada, de modo pleno ou sob controle conjunto, por uma pessoa identificada na letra (a), e (vii) uma pessoa identificada na letra (a)(i) tem influência significativa sobre a entidade, ou for membro do pessoal-chave da administração da entidade ou de controladora da entidade;

O propósito do presente artigo é analisar de forma sucinta a evolução do entendimento da CVM, autarquia encarregada de regulamentar e fiscalizar o mercado de valores mobiliários e seus agentes⁵, sobre as interpretações e os limites aplicáveis às hipóteses de conflitos de interesses relativas à celebração de contratos entre partes relacionadas.

A evolução dos mercados e dos negócios tem levado a uma crescente complexidade das matérias decididas nas assembleias das companhias brasileiras, o que tem exigido em certos casos uma análise completa e minuciosa da existência ou não de impedimento ao exercício do direito de voto por alguns acionistas.

A importância do trabalho reside, portanto, em identificar e delinear a interpretação que tem sido dada pela CVM a conceitos relativamente abertos da Lei 6.404/76, a nossa Lei de Sociedades por Ações (“LSA”), a fim de que se possa saber qual o critério utilizado pela autarquia para classificar situações de exercício do direito de voto como hipóteses violadoras ou não deste direito, notadamente no que diz respeito a deliberações envolvendo contratos celebrados entre partes relacionadas.

Para tanto, será analisado em primeiro lugar o regramento da LSA às figuras de violação do direito de voto para, em seguida, ser abordada a evolução do entendimento da CVM sobre a matéria para, ao final, apresentarmos nossas conclusões sobre o assunto.

⁵ Lei 6.385/76, artigo 8º.

I. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE VOTO: BASE LEGAL

A sociedade é, segundo nosso ordenamento jurídico, uma pessoa jurídica de direito privado, ou seja, um ente dotado de personalidade jurídica⁶. Deste fato advém uma série de implicações, tais como a sua independência patrimonial, a possibilidade de figurar como autora ou ré em processos judiciais e a capacidade de obrigar-se mediante a prática de atos válidos e eficazes.

Esta capacidade de praticar atos que sejam considerados válidos e eficazes e, portanto, aptos a vincularem tanto a sociedade quanto o terceiro com o qual se relaciona, deve ser sempre operacionalizada em conformidade com o interesse da própria sociedade.

Este interesse obviamente não pode ser determinado pela sociedade tomada somente como um ente abstrato, a qual não possui volições por si só. É necessário, então, que a sociedade possua um órgão que tenha a capacidade e a competência de determinar este seu interesse. Na sociedade anônima este órgão é a Assembleia Geral, que, nos termos do artigo 121 da LSA, “tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento”.

A Assembleia Geral é, portanto, o órgão político por excelência na hierarquia social. É a ele que se submetem o Conselho de Administração e, direta ou indiretamente⁷, a Diretoria. A atuação destes dois órgãos está sempre subjugada às resoluções da Assembleia Geral. Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro enfatizam o papel da Assembleia:

“Remanesce ainda nas mãos da assembléia geral, sem embargo da hipertrofia dos órgãos da administração, o núcleo decisório da companhia, principalmente no que diz respeito à sua estrutura jurídica, à disciplina de suas atividades, à organização de sua vida interna e à coordenação de suas relações com o exterior. Apesar da intensidade com que se apresenta o fenômeno de declínio das

⁶ Código Civil, artigo 44, II.

⁷ Já que o Conselho de Administração somente é obrigatório nas companhias de capital aberto (LSA, artigo 138, § 2º), com capital autorizado (idem) e sociedades de economia mista (LSA, artigo 239).

assembléias, não se pode negar, do ponto de vista jurídico, a soberania expressa no poder, que a lei lhe atribui, de decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia.”⁸

Mediante a observância de certas normas e quóruns para sua convocação, instalação e funcionamento, a reunião de acionistas busca congrega todos os proprietários de ações a fim de que analisem, discutam e votem pela aprovação ou rejeição das matérias dispostas na ordem do dia. Ao final do evento, as deliberações tomadas representarão a vontade social no tocante àquelas matérias.

Dado o grande poder outorgado à Assembleia Geral, é necessário que seja reduzida ao máximo qualquer possibilidade de mácula das deliberações tomadas, evitando, assim a declaração de nulidade e/ou anulação dos votos proferidos. Um sistema legal que deixasse uma lacuna na proteção ao interesse social geraria insegurança jurídica ao permitir uma constante violação do regular funcionamento da companhia e, por conseguinte, a sujeição das deliberações sociais ao exame judicial.

É com base nisto que a LSA determina que o voto seja sempre proferido no interesse da companhia⁹ e apresenta regulamentação específica para as espécies de violação deste direito. A matéria, que se encontra disposta no artigo 115 da LSA, constitui um dos pilares do equilíbrio de forças do sistema do anonimato.

Neste ponto se faz necessário, portanto, adentrar no estudo das duas espécies de violação de voto vislumbradas pela LSA a fim de que se possa melhor compreender a evolução da jurisprudência da CVM sobre o assunto.

⁸ TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Das sociedades anônimas no direito brasileiro. vol. 1. São Paulo: Bushatsky, 1979. p. 384. Deve ser ressaltado que entre o tempo de publicação desta obra pelos referidos autores e a condição atual de nosso mercado o papel da assembleia geral passou por uma revalorização muito em função do processo de pulverização do capital das companhias nacionais. Tal assunto, por sua abrangência e relevância, demandaria outro trabalho específico para sua análise.

⁹ A evolução histórica do entendimento do conceito de “interesse social” implicou a criação de várias correntes com compreensões diversas sobre o tema. A maioria da doutrina nacional tem se inclinado hoje a considerar referido interesse como a perseguição de lucros pela companhia mediante a realização de seu objeto social.

O primeiro tipo de infração tratado pela lei é o voto abusivo, que, segundo o *caput* do artigo 115 da LSA, é o “voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas”.

Em regra, o acionista pode votar toda e qualquer matéria posta em deliberação, só que sempre focando o interesse da companhia. Caso assim não faça, ele desvirtuará a finalidade do seu direito e distorcerá a função para a qual tal poder lhe foi outorgado. Este desvirtuamento se traduziria (i) na ocorrência de dano à companhia ou a outros acionistas ou (ii) na obtenção para si próprio ou mesmo para terceiro de vantagem que não lhe é devida e da qual resulte ou possa resultar dano à companhia ou a outros acionistas.¹⁰

O conceito de abuso do direito de voto, como se pode perceber, é muito amplo¹¹. O legislador deixou, assim, à ocorrência de cada caso concreto, a análise da existência ou não do desvio de finalidade, o que somente pode ser feito após a emissão do voto. O vício se dá, portanto, na formação do voto.

Deste modo, não há que se falar em análise prévia (*ex ante*) do voto pretensamente abusivo; sua análise sempre será posterior (*ex post*) à emissão e ao cômputo do voto. A mesa da assembleia não pode, assim, presumir o abuso e impedir o acionista que vote. A aceitação da situação inversa levaria a um quadro de completo arbítrio da mesa, a qual agiria sem fundamento fático e com grande chance de acarretar graves prejuízos aos acionistas de boa-fé.

Caso exista posterior arguição e comprovação da ilegalidade de voto proferido com abuso, será ele anulado e, se tiver sido determi-

¹⁰ Não é analisado neste trabalho o conflito de interesse erigido entre acionistas controladores e não-controladores nem entre os administradores e a companhia, só entre acionistas e a companhia.

¹¹ Como já previa a própria Exposição de Motivos da LSA: “O artigo 115 cuida dos problemas do abuso do direito de voto e do conflito de interesses entre o acionista e a companhia. Trata-se de matéria delicada em que a lei deverá deter-se em alguns padrões necessariamente genéricos, deixando à prática e à jurisprudência margem para a defesa do minoritário sem inibir o legítimo exercício do poder de maioria, no interesse da companhia e da empresa”.

nante para a deliberação tomada, será esta também anulada. Veja-se que o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido, de acordo com o § 3º do artigo 115 da LSA.

Diversa é a segunda espécie de violação ao direito de voto. O conflito de interesses, que busca estabelecer hipóteses objetivas que impedem o acionista de votar, descreve situações nas quais ele se depara com deliberações em que poderia haver um embate entre sua posição de formador da vontade social e outra posição pessoal sua.

Aqui não se trata mais de desvio da finalidade do voto, mas de impedimento de exercício do direito¹². Segundo Quatraro, Fumagalli e D'Amora:

“Há conflito de interesse, entre sócio e sociedade quando o primeiro se encontra na condição de portador, frente a uma deliberação, de um interesse dúplice: do seu interesse de sócio e, também, de um interesse externo à sociedade (considerada em sua personalidade jurídica, distinta da dos sócios) e essa duplicidade de interesse é tal que ele não pode realizar um deles sem sacrificar o outro interesse (isto é, o interesse da sociedade).”¹³

Este conceito busca assim delinear situações definidas cuja especificidade contrapõe-se à abrangência do abuso do direito de voto. Esta objetividade deveria traduzir-se na adoção do sistema de revisão prévia do conflito, ou seja, na suspensão do direito de voto nos casos de conflito. Entretanto, como se verá adiante, tal lógica não se faz presente em todas as situações dispostas no § 1º do artigo 115 da LSA.

¹² “A existência de interesse em conflito, objetivamente, cria o impedimento para votar. Não se trata de voto *abusivo*, mas de voto *ilegal*, por ocorrer o impedimento. Aqui, infringe-se uma proibição legal, viola-se um impedimento; no *voto abusivo*, deturpa-se o sentido do voto, desvia-se o voto de sua finalidade natural. O *voto abusivo* acha-se eivado subjetivamente e é *anulável*. O *voto impedido* acha-se eivado objetivamente e é *nulo*.” (BATALHA, Wilson de Souza Campos. Comentários à lei das sociedades anônimas: Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 558).

¹³ *Apud* CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta da. O exercício de voto na sociedade anônima. In: Direito Societário – Desafios Atuais. CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 255.

A primeira norma de conflito prevista na lei dispõe que o acionista não pode votar na deliberação da assembleia geral relativa ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social.

A lei então, ao prever que é clara e patente a possibilidade de o acionista propor e aprovar um valor superior ao que realmente tem o bem a ser transferido – o que não só o beneficiaria injustamente com a indevida subscrição e integralização de ações, como contribuiria para a formação de capital aguido -, o proíbe de exercer seu direito com base numa presunção absoluta (*iures et de iure*).¹⁴ Dá-se então o chamado conflito formal de interesses, segundo o qual não se faz necessária a análise do mérito do voto. O voto eventualmente emitido neste tipo de conflito é nulo de pleno de direito. Caso tenha sido determinante para a deliberação, esta será anulável.¹⁵

A mesma lógica se aplica ao segundo cenário conflituoso, que é o voto em deliberação da assembleia geral relativa à aprovação pelo acionista de suas contas como administrador¹⁶. Aqui a razão da proibição reside na máxima de que ninguém pode ser juiz da própria causa. Como a aprovação das contas acarreta efeitos relevantes tais como a exoneração de responsabilidade dos administradores, a lei se adianta ao problema e veta o voto com base numa presunção absoluta de violação.

¹⁴ Valverde, ao analisar o regramento anterior do anonimato disposto no Decreto-Lei 2.627/1940, assim explicou a *ratio* da norma: “A lei presume que o subscritor (art. 5º, § 4º), ou o acionista, que entra com bens para a formação do capital social, seja por ocasião de se constituir a companhia, seja posteriormente, no caso de aumento de capital, não pode julgar, com a necessária imparcialidade, o laudo da avaliação dos seus bens ou valores. Segue, pois, a orientação geral em casos semelhantes, e, isso, com o objetivo de cortar as asas da fraude.” (VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades por Ações (comentários ao decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940). v. II. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 66).

¹⁵ Não há violação da norma se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, os quais poderão portanto aprovar o laudo, sem prejuízo de sua responsabilidade solidária por danos causados em virtude de culpa ou dolo na avaliação do bem (LSA, artigo 115, § 2º).

¹⁶ Tal proibição não existirá na companhia fechada em que todos os acionistas forem diretores (LSA, artigo 134, § 6º).

Os percalços interpretativos começam a aparecer na terceira situação, que é o voto em deliberação da assembleia geral que possa beneficiar o acionista de modo particular¹⁷. O intento da lei é evitar a quebra do princípio da igualdade entre os acionistas. Não se impede que a matéria seja deliberada, mas tão somente que o acionista que possa ser por ela beneficiado participe do conclave.

A objetividade constante dos cenários anteriores não se faz presente nesta hipótese já que a “deliberação que possa beneficiar o acionista de modo particular” não é um conceito fechado. A doutrina aplicável se divide aqui entre classificar esta disposição como conflito formal ou material de interesses. A diferenciação é essencial já que a segunda classificação demandaria a análise do mérito do voto para verificar se houve ou não benefício particular e, assim, empurraria a avaliação da legalidade do voto para momento posterior à deliberação.

Coadunamos com a posição de Marcelo Lamy Rego em classificá-la como conflito material de interesses:

“Ao contrário das demais hipóteses de nulidade objetiva do voto, esta, na prática, é a mais difícil de ser verificada no momento da deliberação. É, por vezes, confundida doutrinariamente com o conflito de interesses ou com o abuso, mas a distinção, a nosso ver, está justamente na sua característica principal: vantagem que beneficia o acionista de modo particular, que quebra a unidade e o princípio de igualdade entre os acionistas – não é requisito o interesse conflitante ou o exercício abusivo porque a lei não pressupõe vantagem ilícita.”¹⁸

A deliberação será anulável caso o voto maculado tenha sido determinante para seu resultado, sem prejuízo da responsabilidade do acionista infrator pelos danos causados e da sua obrigação em

¹⁷ Estas três primeiras hipóteses de conflito – e de forma mais clara as duas primeiras – já constavam em nosso ordenamento desde o Decreto 434/1891, que assim dispunha: “Art. 142. Não podem votar nas assembleias geraes: os administradores, para approvarem seus balanços, contas e inventarios; os fiscaes, os seus pareceres; e os accionistas, a avaliação de seus quinhões, ou quaesquer vantagens estipuladas nos estatutos ou contracto social”.

¹⁸ REGO, Marcelo Lamy. In: *Direito das Companhias* / coordenadores Alfredo Lamy Filho; José Luiz Bulhões Pedreira. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 413.

transferir à companhia as vantagens que tiver auferido (LSA, artigo 115, § 4º)¹⁹.

Por fim, o último cenário de conflito de interesses que se apresenta é o voto em deliberação da assembleia geral na qual o acionista tenha interesse conflitante com o da companhia.

Pode-se dizer que este conceito apresenta uma abrangência que impede de classificá-lo como objetivo e, portanto, de submeter o voto nele eventualmente emitido a uma análise prévia de legalidade. O conflito material é inafastável, sempre exigindo uma verificação do mérito do voto.

Vê-se, portanto, que o termo “conflito de interesses” apresenta diversas acepções. A primeira consiste numa confusão terminológica das figuras de violação ao direito de voto, ou seja, o tratamento indistinto e conjunto do abuso do direito de voto e do conflito de interesses como somente conflito de interesses. A segunda acepção se refere ao conflito de interesses *lato sensu*, ou seja, como espécie de violação do direito de voto. A terceira é a última hipótese do § 1º do artigo 115 da LSA, o conflito de interesses *stricto sensu*.

Delineadas então as duas espécies de violação ao direito de voto bem como as quatro subespécies do conflito de interesses, verifica-se que a identificação dos limites das duas últimas subespécies (benefício particular e conflito de interesses *stricto sensu*) pode variar de acordo com cada caso concreto pelo fato de tais figuras não se basearem em normas objetivas.

Daí a importância da análise do atual posicionamento da CVM sobre a matéria, conforme se verá a seguir.

II. PRECEDENTES DA CVM

Como visto, há muito a doutrina vem discutindo sobre qual seria a correta interpretação do conflito de interesses previsto no §1º do artigo 115 da LSA.

¹⁹ Não é pacífico o entendimento acerca da necessidade ou não da ocorrência de dano no conflito de interesses *stricto sensu*. Nas hipóteses objetivas de conflito de interesses *lato sensu* não se cogita disso já que o direito de voto é suspenso; já no abuso o dano deve ser real ou ao menos potencial.

O debate, até hoje em pauta, voltou-se ao enquadramento de tal conflito como sendo de ordem formal ou substancial/material.

Na jurisprudência administrativa, a discussão se desenvolve no mesmo sentido, notadamente no que diz respeito a contratos celebrados entre partes relacionadas, tema recorrente e essencial na prática societária brasileira.

No processo administrativo CVM nº TA/RJ2001/4977, julgado em 10 de dezembro de 2001, analisou-se se a Tele Celular Sul Participações S/A (“TCS”), acionista controladora da CTMR Celular S/A (“CTRM”), estava ou não impedida de votar na assembleia geral da CTMR que deliberou sobre a celebração de contrato para uso da marca TIM com a Telecom Italia Mobile, controladora indireta.

Ao examinar este caso, a CVM, por maioria, decidiu que o conflito de interesses previsto no §1º do artigo 115 seria formal, portanto, verificado *ex ante*, objetivamente, de modo que a TCS estaria impedida de votar na referida assembleia geral. Em sede de recurso, o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional – CRSFN confirmou o posicionamento da CVM.

Ressalte-se, todavia, que já nesse precedente, dois entendimentos diversos começaram a ganhar consistência dentro da Autarquia. Na oportunidade, o Diretor Marcelo Trindade registrou que, tratando-se de contrato entre o acionista e a companhia, a hipótese é de benefício particular, e não de conflito de interesses genericamente considerado, devendo o conflito ser apreciado *ex post*.

O Diretor Luiz Antônio Campos, por seu turno, manifestou-se para defender que o acionista controlador não está impedido de votar na assembleia que delibera sobre um contrato celebrado entre partes relacionadas. Para o Diretor, só há conflito de interesses quando o acionista efetivamente vota em benefício próprio, em detrimento da companhia. Como um contrato entre a companhia e o acionista pode ser benéfico para ambas as partes, deve-se permitir que o acionista vote, apurando-se posteriormente se a companhia foi ou não prejudicada. Nessa linha de pensamento, concluiu que a admissão do conflito formal, a seu ver, é violento e assistemático dentro do regime do anonimato, pois afasta a presunção de boa-fé, que é a presunção geral.

Estes entendimentos, inicialmente minoritários, se tornaram majoritários no Colegiado a partir do julgamento do processo administrativo CVM nº TA/RJ2002/1153, em 6 de novembro de 2002. Neste caso, a CVM admitiu que a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI e a Fundação SISTEL de Seguridade Social, na qualidade de acionistas da Tele Norte Leste Participações Ltda. (“TNLP”), votassem na assembleia geral da TNLP que aprovou a celebração de um contrato entre a Telemar, controladora da TNLP, e as concessionárias controladas pela TNLP. A PREVI e a SISTEL possuíam tanto participação direta na controlada TNLP, quanto indireta na controladora Telemar.

Embora a votação não tenha sido unânime, ficando vencida a Diretora Norma Jonssen Parente, o Colegiado acompanhou o voto do Diretor Wladimir Castelo Branco no sentido de que o acionista, controlador ou não, deve exercer o seu direito de voto no interesse da companhia. Se houver, por conseguinte, uma desobediência a esse princípio, estará caracterizada violação do direito de voto e, no caso específico, o conflito de interesses. Ou seja, a CVM, neste caso, decidiu pela análise substancial do conflito, mediante verificação posterior do mérito do voto.

Após exame de recurso de ofício, no entanto, o CRSFN reformou a decisão da CVM, aplicando penalidade à PREVI e à SISTEL por entender que as acionistas, em razão do conflito de interesses, deveriam ter se absterido de votar, dado que iriam decidir sobre contrato do qual participavam tanto como contratantes quanto como contratadas.

Todavia, em 9 de setembro de 2010, ao examinar o processo administrativo CVM nº TA/RJ2009/13179, envolvendo a Tractebel Energia S/A, a CVM alterou novamente seu posicionamento para retomar o entendimento inicial, manifestado no “Caso TIM”.

No citado processo administrativo, a CVM decidiu que a GDF Suez Energy Latin America Participações Ltda., acionista controladora da Tractebel Energia S/A (“Tractebel”), estava impedida de votar na assembleia geral da Tractebel que deliberaria sobre a aquisição, por esta última, de 99,99% das ações representativas do capital social da Suez Energia Renovável S/A, de titularidade da GDF Suez Energy Latin America Participações Ltda.

De acordo o Diretor-Relator Alexandro Broedel Lopes, cujo voto foi acompanhado pela maioria do Colegiado, o conflito de interesses, em maior ou menor grau, é inerente a uma situação que envolva contrato bilateral entre a companhia e o acionista. Portanto, nessas situações, os acionistas contratantes estariam impedidos de votar, caracterizando o conflito formal de interesses.

Destaca-se que o referido processo administrativo também analisou proposta da Tractebel de criação de um Comitê Especial Independente para Transações com Partes Relacionadas (“Comitê”), nos moldes preconizados pelo Parecer de Orientação CVM nº 35, para resolver a questão do potencial conflito de interesses.

Ao tratar do tema, a CVM reconheceu que a criação do Comitê tem reflexos positivos. Primeiro, porque constitui boa prática de governança corporativa a ser adotada pelos administradores da companhia para cumprimento dos seus deveres legais (art. 245 da LSA). Segundo, porque a atuação do Comitê pode se revelar muito importante, na prática, para convencer os acionistas minoritários do efeito benéfico da transação para a companhia. Com efeito, quanto mais efetivos os mecanismos de negociação e a independência dos membros do Comitê, mais viável se torna a aprovação da operação pelos minoritários.

Contudo, a CVM posicionou-se no sentido de que a atuação do Comitê não é suficiente para afastar a incidência do disposto no parágrafo 1º do artigo 115 da LSA.

III. CONCLUSÕES

Por todo o exposto, constata-se que, de acordo com as decisões proferidas pela CVM, os contratos celebrados entre partes relacionadas vêm sendo enquadrados nas duas últimas subespécies de conflito de interesses (benefício particular e conflito de interesses *stricto sensu*).

Embora a evolução da jurisprudência administrativa sobre a matéria, assim como a doutrina, seja controvertida, pode-se afirmar que o atual posicionamento da Autarquia é o de que a celebração de contratos entre partes relacionadas caracteriza o conflito formal de interesses, que impede o voto do acionista envolvido.

Assim, à hipótese aplica-se o mesmo entendimento das deliberações relativas ao laudo de avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social e à aprovação pelo acionista de suas contas como administrador. A presunção é absoluta (*iures et de iure*), dando-se o conflito formal de interesses. Por conseguinte, o voto eventualmente emitido neste tipo de conflito é nulo de pleno de direito. Caso tenha sido determinante para a deliberação, esta será anulável.

A compreensão deste posicionamento administrativo pelas companhias brasileiras é essencial para a formulação de políticas internas de celebração de contratos entre partes relacionadas que busquem prevenir eventuais arguições de nulidade de deliberações assembleares sobre a matéria.

Aquisição e Arrendamento de Imóveis Rurais por Pessoas Jurídicas Brasileiras com Capital Majoritário Estrangeiro

Fábio Appendino¹

Marina Ferrara²

André Maruch³

Com a publicação no Diário Oficial da União, em 23 de agosto de 2010, do Parecer da Advocacia Geral da União CGU/AGU 01/2008-RVJ, de 03 de setembro de 2008, que deu nova interpretação à regulamentação jurídica sobre a aquisição e o arrendamento de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro, foi reacendido o debate que se acreditava pacificado: a lei pode vedar, impor restrições ou condicionar à autorização do Congresso Nacional a aquisição e o arrendamento de

¹ Sócio do escritório RV&LC Advogados. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP) e em Finanças pelo IBMEC. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Co-fundador do Instituto de Direito Societário Aplicado (IDSA). Professor de Direito Societário no IBMEC. International Legal Training (ITL), Strategic Directions for International Practice, New York/NY-USA. Harvard Law School, Program of Instruction for Lawyers (PON), Cambridge/MA-USA. Presidente da Comissão de Direito Societário da OAB-MG.

² Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA/AR), pós-graduada em Direito Tributário e graduada em Direito pela Faculdade Milton Campos. Formada em Administração de Empresas pelo SEBRAE-MG.

³ Mestrando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Atualmente é vice-presidente da Comissão de Direito Societário da OAB-MG e professor de Direito Comercial na Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro?

Os aspectos constitucionais envolvidos, os impactos que poderão ser gerados na economia brasileira e os reflexos perante os investidores estrangeiros que investiram ou pretendem investir no País tornam oportuna a análise da questão.

Inicialmente será analisado o contexto histórico desse novo entendimento da Advocacia Geral da União para melhor compreensão do tema.

A Lei 5.709, de 1971, regula a aquisição de imóveis rurais por estrangeiros (pessoas físicas) residentes no País e pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil.

Referida lei, além de impor restrições à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros (pessoas físicas) residentes no País e pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil, igualou aos estrangeiros, para os seus fins, as pessoas jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro, nos termos do § 1º do artigo 1º⁴.

Dessa forma, as restrições impostas pela Lei 5.709/71 à aquisição de imóveis rurais não se aplicam somente aos estrangeiros (pessoas físicas) residentes no País e às pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil, mas também às pessoas jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro.

Em 1993, entrou em vigor a Lei 8.629, que condicionou à autorização do Congresso Nacional a aquisição e o arrendamento de imóveis rurais, por estrangeiros, além dos limites de área e percentual fixados na Lei 5.709/71 ou com área superior a 100 (cem) módulos (índice que varia em cada região do País). Em complemento, a Lei 8.629/93 determinou que o arrendamento de imóveis rurais,

⁴ Este conceito de controle é diverso do da Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/76), que dispõe em seu artigo 116 que é controlador “pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que (i) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e (ii) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia”.

por estrangeiros, está sujeito às mesmas restrições impostas pela Lei 5.709/71 à aquisição.

As principais restrições impostas pelas Leis 5.709/71 e 8.629/93 à aquisição e ao arrendamento de imóveis rurais por estrangeiros (pessoas físicas) residentes no País e pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil são as seguintes:

- (i) Limitação de aquisição, por estrangeiros (pessoas físicas) residentes no Brasil, a imóveis rurais com área de 50 (cinquenta) módulos, contínuos ou não (artigo 3º);
- (ii) Obrigatoriedade de destinação dos imóveis rurais adquiridos ou arrendados por pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a funcionar no País à implantação de projetos agrícolas, pecuários, industriais ou de colonização (artigo 5º);
- (iii) Aprovação do Ministério da Agricultura (ou do Ministério da Indústria e Comércio para projetos de caráter industrial – não trata a lei dos demais Ministérios), ouvido o órgão federal competente de desenvolvimento regional na respectiva área, para os projetos de que trata o item (ii) acima;
- (iv) Assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional para a aquisição ou arrendamento de imóveis situados em área considerada indispensável à segurança nacional;
- (v) Limitação dos imóveis rurais pertencentes a pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas, a 25% (vinte e cinco por cento) da superfície dos Municípios onde estiverem localizados (artigo 12, *caput*); e
- (vi) Limitação dos imóveis rurais pertencentes a pessoas da mesma nacionalidade a 10% (dez por cento) da superfície dos Municípios onde estiverem localizados (artigo 12, §1º);
- (vii) Competência do Congresso Nacional para autorizar a aquisição ou arrendamento de imóveis rurais, por estrangeiros (pessoas físicas) residentes no País e por pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil, além dos limites de área e percentual fixados na Lei nº 5.709/71; e
- (viii) Competência do Congresso Nacional para autorizar a aquisição e o arrendamento de imóveis rurais, por pessoas jurí-

dicas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil, com área superior a 100 (cem) módulos de exploração indefinida.

Todavia, o Parecer da Advocacia Geral da União GQ-22 (AGU/LA-04/94), de 1994, entendeu que as peças jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro estavam livres para adquirir imóveis rurais no País como qualquer brasileiro. Segundo esse Parecer, as sociedades brasileiras, mesmo que controladas por estrangeiros, não estavam sujeitas às restrições da Lei 5.709/71. O Parecer concluiu que a Constituição Federal de 1988 não impôs nenhuma limitação à aquisição e ao arrendamento de imóveis rurais por peças jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro (ao contrário do que fez com outros setores, como jornalismo e radiodifusão – artigo 222; transporte aéreo – artigo 21, XII, “c”, c/c Lei 7.565/86, artigo 181; saúde – artigo 199, §3º; e bancos – artigo 192). Além disso, o Parecer reafirmou que o artigo 190 da Constituição Federal de 1988 determina que eventuais restrições à aquisição e ao arrendamento de imóveis rurais poderiam ser impostas somente às pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras e não às peças jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro.

Posteriormente à emissão do Parecer GQ-22 (AGU/LA-04/94), foi promulgada em 1995 a Emenda Constitucional 6, que revogou o artigo 171 da Constituição Federal de 1988 e, assim, eliminou a diferença constitucional então existente entre “empresa brasileira” e “empresa brasileira de capital nacional”, o que levou a Advocacia Geral da União a revisitar o Parecer GQ-22 (AGU/LA-04/94) e emitir novo pronunciamento.

Nessa esteira, a Advocacia Geral da União emitiu em 1998 o Parecer GQ-181/98 para ratificar os termos do Parecer GQ-22 (AGU/LA-04/94) e, portanto, fortalecer o entendimento de que as peças jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro estavam livres para adquirir e arrendar imóveis rurais no País como qualquer brasileiro.

Esse Parecer, por ter sido à época aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União, vinculou toda

a Administração Pública Federal, nos termos do artigo 40 da Lei Complementar 73/93⁵.

Entretanto, tendo como pano de fundo a crise mundial de alimentos e o uso do biocombustível como importante fonte alternativa de energia, além do significativo aumento de aquisições de imóveis rurais no Brasil por peessoas jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro, a Advocacia Geral da União elaborou o Parecer CGU/AGU 01/2008-RVJ, alterando seu posicionamento manifestado nos dois Pareceres anteriores. A Advocacia Geral da União entendeu que a Lei 5.709/71 não afronta a Constituição Federal de 1988, uma vez que as restrições impostas à aquisição de imóveis rurais por peessoas jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro objetivam “*a proteção da soberania nacional econômica e da independência nacional, bem como a promoção do desenvolvimento nacional*”. Concluiu, portanto, que a Lei 5.709/71 teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Com a aprovação do Presidente da República, o Parecer CGU/AGU 01/2008-RVJ foi publicado no Diário Oficial da União em 23 de agosto de 2010, quase dois anos após sua elaboração, e passou a vincular todos os órgãos da Administração Pública Federal.

Saliente-se que esse Parecer converge com a decisão proferida em 13 de julho de 2010 pelo Conselho Nacional de Justiça, que determinou a observância da Lei 5.709/71 pelos Ofícios de Notas e Registros de Imóveis quando da aquisição e arrendamento de imóveis rurais por peessoas jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro, modificando o entendimento até então vigente e por eles adotado no sentido de que as sociedades brasileiras não estavam sujeitas às restrições da Lei 5.709/71.

⁵ “Artigo 40. Os Pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O Parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º O Parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência”.

Desse modo, em razão do novo posicionamento da Advocacia Geral da União, ratificado pelo Presidente da República, e do próprio entendimento do Conselho Nacional de Justiça, as pessoas jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro que tencionem adquirir ou arrendar imóvel rural no Brasil estão atualmente sujeitas às restrições das Leis 5.709/71 e 8.629/93.

Em complemento ao Parecer CGU/AGU 01/2008-RVJ, a Advocacia Geral da União expediu ofícios ao Ministério da Fazenda e ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior para orientarem, respectivamente, a Comissão de Valores Mobiliários e o Departamento Nacional de Registro do Comércio a aplicarem o referido Parecer⁶.

Analisado o contexto histórico da questão, passa-se ao exame (i) da identificação dos destinatários das Leis 5.709/71 e 8.629/93, (ii) da proteção às aquisições e aos arrendamentos concluídos antes da publicação do mais recente Parecer da Advocacia Geral da União, e (iii) da inconstitucionalidade das restrições existentes.

⁶ A AGU temia “uma possível manobra comercial por parte das empresas de capital social aberto, quando proprietárias de imóvel rural, que ao negociarem suas ações livremente no mercado poderão transferir o controle da sociedade a estrangeiros, visando à aquisição indireta de propriedade rural, em total descumprimento da Lei 5.709/71”.

Ademais, os referidos ofícios pedem às Juntas Comerciais “que não sejam arquivadas as alterações dos estatutos sociais das empresas proprietárias de área rural que provam a transferência do controle para pessoas estrangeiras, sejam elas físicas ou jurídicas” e à CVM que estabeleça “padrões de cláusulas e condições que devam ser adotadas nos títulos ou contratos de investimento destinados à negociação em bolsa ou balcão, organizado ou não, e recusar a admissão ao mercado de emissão de valores que não satisfaça aos padrões da referida lei [Lei 5.709/71]”.

Ocorre que as Juntas Comerciais não exercem nenhum tipo de controle ou fiscalização sobre a transferência de ações de companhia aberta, já que é efetivada nos livros sociais (art. 100 da Lei 6.404/76), mantidos e guardados pela própria sociedade por ações, e também nos sistemas escriturais das instituições financeiras responsáveis pelo registro da transferência de tais ações, sem a participação ou interferência das Juntas Comerciais. E a CVM tampouco dispõe de instrumentos para verificar e identificar se cada companhia com ações negociadas em bolsa é proprietária ou não de imóvel rural.

Saliente-se, inicialmente, que inexistem óbices à aquisição ou à locação de imóveis urbanos por estrangeiros, residentes ou não no Brasil, por pessoas jurídicas estrangeiras, autorizadas ou não a funcionar no País, e por sociedades brasileiras com capital estrangeiro, majoritário ou minoritário.

Tampouco existem restrições à aquisição ou ao arrendamento de imóveis rurais por sociedades brasileiras cuja participação estrangeira seja minoritária. Pode-se discutir, ainda, se as Leis 5.709/71 e 8.629/93 aplicam-se (além das peças jurídicas brasileiras com capital majoritário brasileiro, que são o foco deste artigo) somente às pessoas físicas estrangeiras residentes no País e às pessoas jurídicas autorizadas a funcionar no Brasil⁷ ou também às pessoas físicas e jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.

Entendemos que as Leis 5.709/71 e 8.629/93 aplicam-se somente às pessoas físicas estrangeiras residentes no País e às pessoas jurídicas autorizadas a funcionar no Brasil, estando as pessoas físicas e jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior livres para adquirirem imóveis rurais no Brasil como qualquer brasileiro. É que o *caput* do artigo 1º da Lei 5.709/71 e o *caput* do artigo 23 da Lei 8.629/93 delimitam, expressamente, seus destinatários: os estrangeiros (pessoas físicas) residentes no País e as pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil.

Outra questão importante diz respeito à existência ou não de ato jurídico perfeito em relação aos imóveis rurais adquiridos ou arrendados antes da publicação do Parecer CGU/AGU 01/2008-RVJ por peças jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro.

Reza o artigo 6º, *caput* e § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁸ o seguinte:

⁷ Código Civil: “Art. 1.137. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar ficará sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações praticados no Brasil.”

Parágrafo único. A sociedade estrangeira funcionará no território nacional com o nome que tiver em seu país de origem, podendo acrescentar as palavras “do Brasil” ou “para o Brasil”.

⁸ Antiga Lei de Introdução ao Código Civil.

“Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (...)”

Com o intuito de conferir segurança jurídica aos negócios, a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro e a Constituição Federal de 1988⁹ expressamente protegem o ato jurídico já concluído antes da mudança legislativa.

Em que pese não se tratar de alteração de lei então vigente, mas sim de nova interpretação dela conferida pela Advocacia Geral da União, em respeito à boa hermenêutica deve-se preservar os negócios jurídicos consumados antes da publicação do Parecer CGU/AGU 01/2008-RVJ e da decisão do Conselho Nacional de Justiça de 13 de julho de 2010 por serem atos jurídicos perfeitos. A nova interpretação da Advocacia Geral da União deve ser considerada uma lei em sentido amplo, já que impõe norma de conduta (pelo menos à Administração Pública, afetando, por conseguinte, os particulares).

Além disso, caso conferíssemos interpretação estritamente literal ao § 1º do artigo 6º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, seríamos impelidos a entender que todas as aquisições feitas depois da Constituição Federal de 1988 por peças jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro deveriam ser desfeitas, o que, além de não ser razoável, contraria o princípio da segurança jurídica.

Conclui-se, portanto, que as aquisições e os arrendamentos de imóveis rurais concluídos por peças jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro na vigência dos Pareceres GQ-22 (AGU/LA-04/94) e GQ-181/98 da Advocacia Geral da União devem ser considerados válidos, existentes e eficazes.

Prosseguindo na análise do Parecer CGU/AGU 01/2008-RVJ da Advocacia Geral da União e da decisão de 13 de julho de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, pode-se sustentar que nenhuma restrição decorre simplesmente deles uma vez que: (i) não têm força de lei e, portanto, não afetam os particulares, os quais somente

⁹ Inciso XXXVI do Artigo 5º: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

estão obrigados a fazer ou deixar alguma coisa por força de lei¹⁰; e (ii) não cabe ao Conselho Nacional de Justiça julgar a matéria, que é de competência exclusiva do Poder Judiciário, estando referido órgão de controle externo do Poder Judiciário impedido de impor norma de conduta a particulares.

Contudo, duas conseqüências práticas merecem ser melhor ponderadas:

- (i) os Pareceres da AGU, aprovados pelo Presidente da República e publicados no Diário Oficial da União, vinculam todos os órgãos da Administração Pública Federal, incluindo o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, que é o órgão competente para georeferenciar os imóveis rurais¹¹. Com isso, as aquisições de imóveis rurais por peessoas jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro estão sujeitas à análise desse órgão que, por conseguinte, deve cumprir o Parecer CGU/AGU 01/2008-RVJ da Advocacia Geral da União; e
- (ii) as decisões do Conselho Nacional de Justiça, embora não vinculem os particulares, são de cumprimento obrigatório pelos órgãos a ele submetidos, incluindo os Ofícios de Notas e os Registros de Imóveis, resultando em impossibilidade de lavratura de escrituras e do registro da aquisição ou do arrendamento de imóveis rurais por peessoas jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro.

¹⁰ Artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

¹¹ A Lei nº 10.267/01 determina que todos os imóveis rurais devem ser georreferenciados perante o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Os prazos para a realização do georreferenciamento terminam em 2011, quando todos os imóveis rurais, inclusive aqueles inferiores a 500 hectares, deverão estar georreferenciados. O georreferenciamento é exigido para o desmembramento, parcelamento, remembramento e qualquer transferência de imóvel rural. Não tendo sido feito o georreferenciamento, o Registro de Imóveis competente ficará impedido de praticar determinados atos envolvendo o imóvel rural, quais sejam (i) o desmembramento, parcelamento ou remembramento, (ii) a transferência de área total, e (iii) a criação ou alteração da descrição do imóvel, resultante de qualquer procedimento judicial ou administrativo.

Resta, portanto, questionar em Juízo o Parecer CGU/AGU 01/2008-RVJ da Advocacia Geral da União e a decisão de 13 de julho de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, pois são inconstitucionais.

A Lei 5.709/71 foi promulgada na vigência da Constituição Federal de 1967, emendada em 1969, cujo contexto político se resumia a um estado protecionista e fechado, governado pela ditadura militar. Tratava-se, assim, de realidade bastante diferente daquela em que a Constituição Federal de 1988 fora promulgada¹².

De fato, a Constituição Federal de 1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito, estabeleceu em seu artigo 190 que lei posterior regularia e limitaria a aquisição e o arrendamento de imóveis rurais por pessoas físicas e jurídicas estrangeiras e os casos que dependeriam de Autorização do Congresso Nacional, nada dispondo a respeito das pessoas jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro¹³.

No novo cenário, a Constituição Federal de 1988 inovou ao diferenciar em seu artigo 171 a “empresa brasileira de capital nacional” e a “empresa brasileira”¹⁴, bastando para qualificar a empresa

¹² A Constituição de 1967 previa apenas normas gerais sobre restrições à aquisição de terras. Antes do advento da Lei 5.709/71 a matéria era regulada pelo Decreto-Lei 494/69, que estabelecia o seguinte: (i) a aquisição de imóvel rural somente podia ser feita por brasileiro ou por estrangeiro residente no País; (ii) a aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no País dependia de autorização do Ministério da Agricultura; e (iii) eram equiparadas às pessoas jurídicas estrangeiras as pessoas jurídicas nacionais das quais participassem, a qualquer título, pessoas estrangeiras naturais ou jurídicas que detivessem a maioria no seu capital social e residissem ou tivessem sede no exterior. O Decreto-Lei 494/69 foi revogado pela Lei 5.709/71.

¹³ Artigo 190 da Constituição Federal de 1988: “A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional”.

¹⁴ “Art. 171. São consideradas:

I – empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu

como brasileira que sua constituição ocorresse sob as leis brasileiras e que tivesse sua sede e administração no Brasil. A origem do capital investido não influenciava, como continua não influenciando, na determinação da nacionalidade da empresa.

Assim, a Constituição Federal de 1988 não recepcionou o § 1º do artigo 1º da Lei 5.709/71 e, por conseguinte, excluiu as pessoas jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro das restrições impostas pela referida Lei. Nesse sentido, as pessoas jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, estão livres para adquirirem imóveis rurais no Brasil como qualquer brasileiro.

A própria Lei 4.131/62, que à época já regulamentava o investimento estrangeiro no Brasil¹⁵, dispõe claramente em seu artigo 2º que o tratamento entre capitais nacionais e capitais estrangeiros deve ser o mesmo, sendo vedado qualquer tipo de discriminação¹⁶.

O entendimento de Estêvão Mallet manifestado logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 não foi diferente:

capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades”.

¹⁵ Saliente-se que o Brasil, em que pese o fato de ter assinado diversos acordos internacionais (nomeadamente com Portugal, Chile, Grã-Bretanha, Irlanda do Norte, Suíça, Finlândia, Itália, Dinamarca, França, Venezuela, Coréia, Alemanha, Cuba, Países Baixos, Bélgica e Luxemburgo) e protocolos (de Colônia para investimentos no Mercosul e de Buenos Aires para investimentos de fora do Mercosul) de promoção e proteção recíproca de investimentos, nenhum deles chegou a ser ratificado pelo País, seja devido a conflitos com o texto da Constituição Brasileira, seja devido a motivações políticas. Ainda neste tocante, resalta-se que o Brasil não é parte do International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) nem da Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA).

¹⁶ Attila de Souza Leão Andrade Júnior, ao comentar este artigo, escreveu: “O princípio da isonomia a que nos referimos é uma condição mínima de segurança que um país importador ou recipiente de capitais pode oferecer aos investidores estrangeiros. Sem estas perspectivas de que não sofrerão discriminações injustificadas e ao arrepio da lei vigente, os investidores se sentiriam inibidos de investir os seus recursos, por mais atraente que fosse o mercado do país recipiente”. ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza Leão. O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 31.

“Daí concluir-se pela incompatibilidade da norma da Lei 5.709/71, discriminatória da empresa brasileira de capital estrangeiro, com a nova Constituição, por ter o legislador ordinário criado tratamento diferenciado entre empresas brasileiras fora das hipóteses constitucionalmente admitidas.

Mais se reforça essa conclusão com a leitura do art. 190 da Constituição, o qual permite a imposição de limites à aquisição de propriedade rural apenas quando contratada por pessoa jurídica estrangeira. Não previu o constituinte a possibilidade de restrições pelo critério da procedência do capital.

[...]

Sendo assim, pode-se afirmar, com segurança, não existir, desde a promulgação do vigente texto constitucional, qualquer impedimento à aquisição de imóvel rural por empresa brasileira de capital estrangeiro”¹⁷.

A origem do capital nunca foi determinante para a definição da nacionalidade da sociedade, bastando ela ser constituída sob as leis pátrias e ter sua sede e administração no País para ser considerada brasileira. Assim, a Constituição Federal de 1988 encampou o mesmo critério adotado pelo Decreto-Lei 2.627/40¹⁸, posteriormente ratificado pela Lei 6.404/76¹⁹ e também pela Lei 10.406/02 (Código Civil)²⁰.

A Emenda Constitucional 6/95, ao eliminar a distinção entre “empresa brasileira” e “empresa brasileira de capital nacional”, sacramentou a revogação, constitucional, das restrições impostas pela Lei 5.709/71 à aquisição e ao arrendamento de imóveis rurais por pessoa jurídica brasileira com capital majoritário estrangeiro.

Corroborando este entendimento, o inciso III do artigo 19 da Constituição Federal de 1988 estabelece o seguinte:

¹⁷ MALLET, Estêvão. Aquisição de imóvel rural por empresa nacional de capital estrangeiro. *Revista de Direito Civil*, v. 52, p. 113-114.

¹⁸ “Artigo 60. São nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que têm no país a sede de sua administração”.

¹⁹ “Artigo 300. Ficam revogados o Decreto-Lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, com exceção dos artigos 59 a 73, e demais disposições em contrário”.

²⁰ “Artigo 1.126. É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração”.

“Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.”

Como a norma constitucional não diferencia brasileiros, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas constituídas sob as leis do País e que tenham aqui sua sede, a lei ordinária não poderia fazê-lo.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins²¹ também defendem a inconstitucionalidade da Lei 5.709/71 na parte em que impõe restrições à aquisição de pessoas jurídicas com capital majoritário estrangeiro:

“Temos para nós que esta nova sistematização constitucional é desde já impositiva, (...) O § 1º do art. 1º da Lei 5.709/71 não deve ser tido como recepcionado, uma vez que deve prevalecer a definição de empresa brasileira de capital nacional. (...) Constatase que, embora a Lei 5.709/71 possa ser considerada recepcionada em suas grandes linhas, o certo é que o Texto Constitucional está a exigir uma disciplinação da matéria mais de acordo com o conteúdo do preceito em comento.”

Como o § 1º do artigo 1º da Lei 5.709/71 impõe tratamento distinto às “empresas brasileiras de capital nacional” e às “empresas brasileiras de capital estrangeiro” para fins de aquisição de imóveis rurais, sem a autorização constitucional, conclui-se que ela não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Ademais, não se pode concluir que a Emenda Constitucional 6/95 teria ripristinado o § 1º do artigo 1º da Lei 5.709/71 já que (i) a norma, como visto, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, e (ii) não houve seu expresso restabelecimento, como determinado pelo § 3º do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²².

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7, p. 445.

²² “Artigo 2º. [...] § 3º. Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

Foi esse o entendimento que prevaleceu nos últimos anos, conforme os Pareceres da Advocacia Geral da União GQ-22 (AGU/LA-04/94) e GQ-181/98.

O atual entendimento da Advocacia Geral da União somente veio trazer insegurança jurídica aos estrangeiros que investiram em sociedades brasileiras e aqueles que tencionavam investir no País, bem como para terceiros que se relacionam com peessoas jurídicas brasileiras com capital majoritário estrangeiro, como bancos que financiam a atividade agrícola e agropecuária recebendo em garantia imóveis rurais de sua propriedade. Trata-se de prática discriminatória entre pessoas brasileiras, o que só se presta a afugentar o capital estrangeiro.

Outrossim, não se justifica uma mudança brusca de entendimento somente por ideologia política ou econômica tendo como pano de fundo uma pseudo proteção à soberania e à segurança nacional. Ao contrário, ela só demonstra a fragilidade de nossa política de captação e incentivo aos investimentos estrangeiros, enfim, de nossas instituições.

Este entendimento em vigor da Advocacia Geral da União viola os princípios (i) da moralidade em razão da abrupta ruptura com os pareceres anteriores da própria Advocacia Geral da União sem que houvesse qualquer alteração legislativa que justificasse a mudança²³, (ii) da legalidade e da reserva legal porque um Parecer não pode estabelecer norma de conduta, já que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão por força de lei e legislar sobre Direito Civil, Comercial e Agrário é competência privativa da União Federal²⁴, (iii) da livre iniciativa ao impedir que pessoa jurídica brasileira explore a atividade de agronegócio ou outra qualquer em imóveis rurais próprios²⁵, (iv) da propriedade privada na medida em que proíbe (ou restringe indevidamente) pessoas jurídicas brasileiras de adquirirem imóveis rurais²⁶, e (v) da isonomia por criar tratamento discriminatório entre pessoas brasileiras²⁷.

²³ Artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

²⁴ Artigo 22 da Constituição Federal de 1988.

²⁵ Artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

²⁶ Artigos 5º, XXII, e 170, da Constituição Federal de 1988.

²⁷ Artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Além disso, o Parecer 01/2008 é ilegítimo visto que a matéria carece de amplo debate no Congresso Nacional, que é o foro competente para se discutir a efetiva vontade dos brasileiros: a aquisição de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras controladas por estrangeiros deve ser restringida ou liberada?

É no mínimo curiosa e paradoxal a atuação estatal no favorecimento, de um lado, do investimento estrangeiro em bolsa de valores por meio, dentre outras, de benesses fiscais (isenção de imposto de renda sobre ganho de capital) e, de outro lado, na proibição à aquisição, por pessoas jurídicas brasileiras controladas por estrangeiros de imóveis rurais para o desenvolvimento de atividades econômicas, fonte geradora de emprego, desenvolvimento social e receitas tributárias.

Nota-se, ainda, que o Parecer 01/2008 afeta de forma desproporcional e nada razoável as aquisições de imóveis rurais, pois não diferencia a aquisição de latifúndios da aquisição de imóvel rural para a instalação e exploração de indústria ou do agronegócio, situação esta que o Parecer 01/1998, ao propalar que visava à *promoção do desenvolvimento nacional*, pretendia proteger.

A situação criada pelo novo Parecer e pelos ofícios da AGU só se presta a fomentar a insegurança jurídica, que está se tornando uma indesejável característica do Estado brasileiro, e a afugentar o investimento estrangeiro, justo no momento em que o Brasil busca se firmar como um *player* global, com reais perspectivas de, enfim, se tornar um país desenvolvido.

O Projeto do Novo Código de Processo Civil e a Tutela da Evidência: Aspectos Relevantes para as Demandas Tributárias

Helvécio Franco Maia Júnior¹
Flávia Siqueira Costa Pereira²

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O projeto do Novo Código de Processo Civil. 3. Direito Processual Civil e Direito Tributário. 4. A Tutela da Evidência. 5. Aspectos relevantes para o Direito Tributário. 5.1. *Suspensão da exigibilidade do crédito tributário.* 5.2. *Julgamento de recursos repetitivos ou incidente de resolução de demandas repetitivas – possibilidade de concessão de liminar.* 5.3. *Repetição de Indébito.* 5.4. *Controvérsia: Mandado de Segurança.* 6. Conclusões. 7. Referências.

I. INTRODUÇÃO

O Direito Processual brasileiro vem passando por profundas discussões que colocam em confronto a efetividade, a celeridade, a certeza e a segurança da prestação jurisdicional. Diversas correntes doutrinárias se digladiam em debates infundáveis buscando o melhor caminho que concilie de forma convincente e útil, a efetividade com a celeridade, a certeza com a segurança da atividade

¹ Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Associado ao Instituto de Estudos Fiscais (IEFi).

² Acadêmica de Direito cursando o 9º período da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas. Técnica em Gestão Empresarial pela ETFG (SEBRAE/MG).

jurisdicional. Embora ainda não se possa dizer qual a melhor rota a ser traçada, resta apenas uma certeza absoluta: é necessário buscar mudanças.

Foi em busca destas mudanças, que o Projeto de Reforma do Código de Processo Civil, desenvolvido por uma Comissão de juristas³ formada por renomados processualistas, seguindo as mesmas linhas mestras que nortearam a Emenda Constitucional 45/2004, fez uma clara opção pela celeridade.

A mensagem do Ministro Luiz Fux, presidente da Comissão, ao Presidente do Congresso não deixa qualquer dúvida desta opção ao definir qual seria o principal desafio no novo Código de Processo Civil: *“resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”* (FUX, 2011).

Não pretendemos discutir os méritos da louvável iniciativa, tampouco a necessidade de uma clara opção pela celeridade na entrega da prestação jurisdicional, sem nunca perder de vista a segurança jurídica e a efetividade impostas pelos princípios constitucionais do devido processo, do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, é necessário ter como certo que o novo Código de Processo Civil não pode ser encarado como a solução de todos os problemas relacionados à morosidade do nosso sistema judiciário. É preciso repensar a estrutura (ou a falta dela) do Poder Judiciário, a forma como o próprio Estado incentiva a litigiosidade e se beneficia disto e, principalmente, levar os bons ventos das mudanças legislativas ao nosso confuso sistema de controle de constitucionalidade das leis, à execução contra a Fazenda Pública e à forma de atuação do Estado em juízo, litigante persistente e contumaz, sempre pronto a continuar interpondo infundáveis recursos, mesmo para defender posições claramente contrárias ao entendimento consolidado nos tribunais superiores.

³ A Comissão elabora do projeto do novo Código de Processo Civil é presidida pelo ministro do STF Luiz Fux, tem Teresa Arruda Alvim Wambier como relatora e é composta pelos juristas Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro.

E é exatamente nas lides tributárias, nas quais a Fazenda Pública sempre é parte, que as inovações trazidas no novo Código de Processo Civil podem trazer relevantes contribuições para a celeridade na entrega da prestação jurisdicional. Dentre estas inovações merece especial destaque a chamada tutela da evidência.

Assim, o que se pretende com o presente artigo é analisar as modificações propostas no texto do projeto do Novo Código de Processo Civil, até então já aprovado no Senado Federal, referentes à tutela da evidência, em confronto com a legislação atual e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, a fim de verificar seus impactos na seara tributária.

2. O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Fruto do trabalho desenvolvido pela Comissão de juristas instituída pelo ato nº 379, firmado pelo Presidente do Senado, o então anteprojeto do novo Código de Processo Civil, hoje projeto de lei, propõe relevantes modificações no sistema processual civil brasileiro.

No Senado, o anteprojeto se transformou no PLS 166/2010, tendo sido aprovado com algumas alterações. Em seguida, tornou-se projeto e foi recepcionado na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 8.046/2010. Após a apreciação e aprovação da Câmara dos Deputados, caso não haja alterações, o projeto dependerá somente de sanção presidencial para entrar em vigor.

Do modo como foi aprovado o Projeto no Senado, há a redução do número de dispositivos do Código, passando para 1.007 artigos, enquanto o Código de Processo Civil atual conta com 1.220 artigos. Não obstante o número de livros ter sido mantido, já que permanecem sendo cinco⁴, suas disposições foram reformuladas, diante do expurgo do “Processo Cautelar” e dos “Procedimentos Especiais”, e da inserção de um livro tratando da “Parte Geral” e outro dispendo sobre o trâmite dos “Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnações das Decisões Judiciais”.

⁴ O CPC atual contém os livros: I – Do Processo de Conhecimento; II – Do Processo de Execução; III – Do Processo Cautelar; IV – Dos Procedimentos Especiais; e V- Das Disposições Finais e Transitórias.

Dentre as modificações relevantes propostas estão a tutela da evidência, o incidente de resolução de demandas repetitivas, a supressão do efeito suspensivo da apelação, a modificação do regime do agravo, a supressão dos procedimentos cautelares específicos, a supressão dos embargos infringentes, a atribuição de poder ao juiz para alterar o procedimento e a possibilidade de medidas cautelares de ofício.

As várias inovações, tendo sempre como norte a busca da celeridade, abrem amplas possibilidades de exequibilidade imediata das decisões, dando mais poder ao juiz de primeiro grau, por exemplo, diante da supressão do efeito suspensivo da apelação e da possibilidade de concessão de antecipação de tutela sem *periculum in mora*, tema central do presente estudo.

3. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO TRIBUTÁRIO

É certo que as lides tributárias são solucionadas de acordo com as regras e procedimentos estabelecidos pelo Direito Processual Civil, não obstante a existência de especificidades aplicáveis somente aos litígios de natureza tributária⁵.

Diversas críticas são feitas acerca dessa realidade, tendo em vista que muitos doutrinadores⁶ reivindicam a necessidade da construção de um verdadeiro Direito Processual Tributário⁷, principalmente no que tange às execuções fiscais e respectivos embargos. Isto por causa das peculiaridades do crédito tributário, que é constituído unitariamente pela Fazenda Pública⁸. Segundo essa doutri-

⁵ Como exemplos de leis processuais aplicáveis somente ao Direito Tributário, temos a Lei de execuções fiscais (Lei 8.630/80), e as Leis 8.397/92 e 9.532/97, que se referem à ação cautelar fiscal.

⁶ São relevantes, sobre este assunto, os estudos de Eduardo Arruda Alvim, Geraldo Ataliba, Gilberto de Ulhôa Canto, dentre outros.

⁷ “Embora se afigure inegável que a limitada abordagem que a doutrina tributária clássica concedeu aos problemas de processo influenciou negativamente a inserção das garantias processuais no plano da relação jurídica tributária, começa a surgir, sem embargo, na doutrina contemporânea, a percepção da importância do fenômeno processual e sua influência no campo da relação jurídica tributária.” (MARINS, 2006, p. 9).

⁸ “(...) a atribuição de efeito suspensivo automático aos embargos no regime da Lei de Execuções Fiscais justifica-se especialmente em razão do modo pelo qual se forma o título executivo do crédito tributário. Não se pode esquecer

na, ante a especificidade do crédito tributário, seria necessário um processo também específico.

De qualquer forma, tendo em vista que o Direito Processual Civil é aplicado como regra às causas tributárias, é evidente que a modificação do atual sistema processual civil, por meio de um novo Código de Processo Civil, afetará o julgamento das lides tributárias.

Em análise das principais modificações previstas no projeto, entendemos que a chamada tutela da evidência, a nosso ver, impactará significativamente a resolução das lides que envolvam o Direito Tributário.

4. A TUTELA DA EVIDÊNCIA

A tutela da evidência⁹ tem origem nos primórdios do Direito Romano¹⁰, constituindo concepção incipiente na criação dos procedimentos de satisfação imediata denominados “interditos romanos”.

Tal expressão se refere a situações em que as pretensões deduzidas em juízo têm como fundamento um direito evidente, inequívoco, e que deve, *prima facie*, ser concedido de antemão pelo juiz.

Faz-se mister esclarecer que um direito evidente, no âmbito do direito processual civil, é aquele cujos fatos sobre os quais se baseiam são *ab initio* provados de maneira incontestável ou, ao menos, sem que seja possível uma contestação plausível.

que nas execuções para cobrança de dívida consubstanciada em título executivo extrajudicial, regidas pelo Código de Processo Civil, o título executivo em princípio é formado com o consentimento do devedor, enquanto o título executivo tributário é constituído unilateralmente pelo credor.” (MACHADO, 2009, p. 471).

⁹ A tutela da evidência está prevista no LIVRO I – PARTE GERAL, no TÍTULO IX – TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA, CAPÍTULO I – DISPOSIÇÕES GERAIS, especificado na Seção III – Da tutela da evidência.

¹⁰ “A origem da tutela da evidência está indissolavelmente ligada à nascença dos procedimentos expeditos de satisfação imediata. Nesse campo, nenhuma especulação se inaugura senão sob o signo dos “interditos romanos”. Eles serviram de base a todos os procedimentos monitoriais injuncionais, e eram utilizados, ainda, em mais de setenta casos.” (FUX, 2000, p. 18).

Pode-se ter, como direito evidente, o direito líquido e certo, cuja definição já foi amplamente discutida pela doutrina¹¹ e pela jurisprudência¹², tendo em vista se tratar de um dos requisitos para o Mandado de Segurança.

Trocando em miúdos, a inovação em termos de tutela da evidência, como colocada no projeto do novo Código de Processo Civil, nada mais é do que a possibilidade de concessão de tutela antecipada sem o denominado *periculum in mora*, já que se trata de direitos em que o *fumus boni iuris* é acentuado e suficiente para a concessão da tutela pretendida.

Há quem defenda que a tutela da evidência constitui afronta ao princípio do devido processo legal (MARINONI, 1994, p. 44). Não entendemos, contudo, da mesma forma.

A lógica do instituto se depreende do fato de que, já que o direito é inequívoco, torna-se injustificada a demora de um processo até que esse direito possa finalmente ser satisfeito. Afinal, isso geraria uma frustração muito grande para a parte, mormente em relação ao Poder Judiciário, pois teria que aguardar um longo decurso de tempo para que pudesse obter o que irrefutavelmente lhe é de direito.

É certo que a tendência atual da sociedade está mais ligada à satisfação eficaz dos direitos evidentes, até para a reafirmação de uma Justiça eficiente:

¹¹ Direito líquido e certo, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles “é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”. (MEIRELLES; AZEVEDO; ALEIXO; BURLE FILHO, 2004, p. 689).

¹² “Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FATOS CONTROVERTIDOS. I – DIREITO LÍQUIDO E CERTO É O DIREITO SUBJETIVO QUE SE BASEIA NUMA RELAÇÃO FATICO-JURÍDICA, NA QUAL OS FATOS SOBRE OS QUAIS INCIDE A NORMA OBJETIVA DEVEM SER APRESENTADOS DE FORMA INCONTROVERSA. SE OS FATOS NÃO SÃO INDUVIDOSOS, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO. II – MANDADO DE SEGURANÇA NÃO COÑHECIDO.” (MS 58 / DF – MANDADO DE SEGURANÇA 1989/0007451-2. Relator(a) Ministro CARLOS VELLOSO (140) Órgão Julgador S1 – PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 29/08/1989 Data da Publicação/Fonte DJ 02/10/1989 p. 15333).

Assim como nos primórdios da civilização, o anseio popular era o de uma justiça institucionalizada contra a justiça privada, hoje a aspiração social é a da “justiça urgente” em confronto com a “justiça ordinária e ritual”. (FUX, 2000, 4).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, idealista da inserção expressa da tutela da evidência no projeto do novo CPC, traz à baila o princípio da “justiça adequada”¹³ para justificar a eficiência do instituto, deixando claro que a tutela antecipada, sem *periculum in mora*, só deve ser concedida nos casos em que restar realmente evidente o direito da parte, devendo o tipo de tratamento (de “justiça”) dado ao caso variar de acordo com a evidência ou dúvida acerca do direito pleiteado.

O atual CPC prevê em seu artigo 273¹⁴, inciso I, a possibilidade de antecipação de tutela nos casos em que há prova inequívoca do direito, condicionando, contudo, seu deferimento à existência de “*risco de dano irreparável ou de difícil reparação*”.

Já o inciso II consagra a figura da tutela antecipada punitiva, que pode ser concedida diante de situações em que a parte contrária abusa do seu direito de defesa, utilizando-se de medidas meramente procrastinatórias com o fim de obstar a entrega da prestação jurisdicional.

¹³ “Mas, em contrapartida, a prontidão ora preconizada se ajusta à moderna exegese do princípio da “justiça adequada”, porquanto ao preceito constitucional de que “nenhuma lesão escapará à apreciação judicial” há de corresponder à tutela célere do direito material. O decurso do tempo diante do direito evidente sem resposta por si só representa uma “lesão”. Ademais, a fórmula constitucional da inafastabilidade da jurisdição foi ditada para “entrar em ação” tão logo descumprido o direito objetivo. Assim, desrespeitado o direito evidente, deve incidir a garantia judicial, que variará na sua efetivação conforme a lesão seja evidente ou duvidosa.” (FUX, 2000, p. 5).

¹⁴ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Ainda, a previsão do § 6^o¹⁵ do mencionado artigo do atual CPC expressa uma forma de concessão de tutela da evidência, que pode ocorrer diante da existência de direitos incontroversos¹⁶.

A principal modificação nessa perspectiva trazida pelo projeto do novo CPC é, pois, a possibilidade expressa da concessão da tutela da evidência sem que haja o “perigo da demora”, o que abrange muito mais possibilidades de pedido de tutela antecipada do que temos no atual Código.

Frise-se que a possibilidade de concessão de tutela antecipada ou cautelar, a qualquer tempo, presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, da maneira como prevê o atual CPC, foi mantida na redação do projeto e denominada de tutela de urgência, instituto que será explicitado mais a frente. De fato, o artigo 278¹⁷ do projeto do CPC estabelece as hipóteses de concessão de tutela da

¹⁵ § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

¹⁶ “O artigo 273, § 6º, CPC, possibilita a tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda. Não se trata de simples antecipação provisória da tutela. Antecipase o momento do julgamento definitivo da parcela incontroversa do mérito da causa, tendo em conta que é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controverso (máxime na perspectiva do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas, art. 5º, LXXVIII, CRFB) e que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão em seu pleito.” (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 278).

¹⁷ Esta é a redação do Projeto de Lei nº 8.046/2010:

“Art. 278. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV – a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.

Parágrafo único. Independente igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional”.

evidência e, além de manter os casos de antecipação de tutela punitiva e de pedidos incontroversos (incisos I e II), já abarcados pelo Código atual, possibilita a concessão de tutela quando “*a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca*” (inciso III) e também nas hipóteses em que houver decisões já consolidadas nos Tribunais Superiores (inciso IV).

Depreende-se da redação do referido dispositivo do Projeto do Novo Código de Processo Civil que a tutela da evidência, em regra, pressupõe a formação de uma relação jurídico-processual¹⁸ para que possa ser concedida. Portanto, ressalvada a hipótese prevista no inciso IV do art. 278 do PL nº 8.046/2010, a tutela da evidência não será concedida em sede de liminar *inaudita altera pars*¹⁹.

O que se denota é que as três primeiras hipóteses de concessão de tutela da evidência pressupõem, por lógica, o contraditório. Com efeito, a tutela punitiva decorre de um comportamento abusivo da parte contrária no que tange ao seu direito de defesa; a existência de pedidos incontroversos pressupõe a manifestação da parte contrária em relação ao pleito; e, por fim, um dos requisitos para a existência de um direito evidente é a ausência de oposição de prova inequívoca pela parte contrária.

¹⁸ “São três os sujeitos principais da relação jurídico-processual, a saber: Estado, demandante e demandado. É de tempos remotos a assertiva de que *judicium est actum trium personarum: judicis, actoria et rei*, entrevendo-se aí a idéia da relação jurídica processual.” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 306). No caso da liminar, a relação jurídica processual ainda não foi formada, pois está ausente a figura do réu, que só irá integrar a lide após sua citação regular.

¹⁹ O significado do termo “liminar” gera muita confusão por ser muitas vezes utilizado em situações nas quais não é cabível. Não obstante, “liminar”, no sentido técnico da palavra, é uma tutela de urgência consubstanciada em uma decisão interlocutória proferida no processo sem a oitiva da parte adversa (*inaudita altera pars*), portanto, antes da citação do réu. “A expressão liminar provém do latim *in limine* (no início). Assim, decisão liminar é aquela proferida no início do processo.” (SOARES; DIAS, 2011, p. 325). No sistema atual, a liminar pode ser concedida tanto como tutela cautelar quanto como tutela antecipada. Frise-se, contudo, que uma decisão proferida no início do processo, mas APÓS a citação do réu tecnicamente não constitui uma liminar, mas não deixa de ser uma tutela cautelar ou tutela de urgência.

A exceção a essa regra está na quarta hipótese de concessão da tutela da evidência, constante no inciso IV²⁰ do artigo 278 do projeto, que trata das situações em que “*a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante*”. Como se vê, o dispositivo não exige a oitiva do réu para que seja utilizado e, portanto, a tutela poderá ser concedida, nesse caso, liminarmente²¹.

É exatamente a possibilidade de concessão por meio de provimento *inaudita altera pars* que diferenciará de forma mais acentuada a tutela da evidência da tutela de urgência, já que os pedidos liminares, que não sejam fundados na supracitada hipótese de uniformização de jurisprudência, não se fundamentarão na tutela da evidência, e sim na tutela de urgência, consagrada no Projeto do Novo CPC em seu artigo 276²².

O que se depreende, portanto, é que, em termos práticos, será possível o pedido concomitante da tutela de urgência e da tutela da

²⁰ Tal hipótese se assemelha ao discutido artigo 285-A do atual CPC, que estabelece uma “sumarização da cognição” e foi introduzido na legislação em 2006. Contudo, a proposta do projeto do novo CPC trata de tutela antecipada, e não de decisão definitiva (de cognição exauriente) como é o atual artigo 285-A, o que representa um grande avanço já que era este o caráter mais criticado do dispositivo. “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

²¹ A outra exceção, não muito relevante para nós, diz respeito à entrega de objetos em depósito, prevista no parágrafo único do artigo 278 do projeto, que poderá ser concedida liminarmente:

“Parágrafo único. Independência igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional”.

²² “Art. 276. A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Parágrafo único. Na concessão liminar da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente”.

evidência, diante de uma situação em que se vise garantir a concessão de uma tutela antecipatória pelo juiz, já que o projeto autoriza a formulação de pedidos sucessivos²³.

Dessa forma, ao comprovar a verossimilhança e apresentar uma prova que entenda ser caracterizadora do *periculum in mora*, o autor da demanda poderá pedir que o juiz conceda a tutela de urgência *inaudita altera pars* e, alternativamente, caso o juiz entenda pela não comprovação do perigo de dano, conceda a tutela da evidência após a oitiva do réu.

Frise-se que a tutela da evidência e a tutela de urgência poderão ser concedidas tanto como tutelas satisfativas, nos casos em que há necessidade imediata de satisfação do direito, ou de parte dele, como também nos casos de tutelas cautelares²⁴, as quais visam resguardar o direito, como determina o artigo 269²⁵ do Projeto.

Por fim, demonstrando mais uma vez a clara opção pela celeridade, estabeleceu-se no art. 275²⁶ do Projeto de Lei nº 8.046/2010, a tramitação preferencial dos processos em que houver antecipação da tutela.

5. ASPECTOS RELEVANTES PARA O DIREITO TRIBUTÁRIO

Os reflexos dessa mudança no Direito Tributário são muitos, até porque a tutela antecipada é um instituto muito utilizado e necessário em diversas causas tributárias, e a nova abrangência dada às tutelas antecipatórias, mormente quanto à tutela da evidência,

²³ “Art. 299. É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, se não acolher o anterior”.

²⁴ Até porque os procedimentos cautelares foram suprimidos no projeto do novo CPC.

²⁵ Art. 269. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar. § 1º São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida. § 2º São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.

²⁶ “Art. 275. Tramitarão prioritariamente os processos em que tenha sido concedida tutela da evidência ou de urgência, respeitadas outras preferências legais”.

torna o acesso a um provimento jurisdicional provisório favorável muito mais amplo.

5.1. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário

Um impacto considerável refere-se à possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário²⁷ por meio de concessão de liminar ou de tutela antecipada, prevista no artigo 151, V do CTN²⁸.

Já que a suspensão pode ocorrer diante da tutela antecipada, a ampliação das possibilidades de sua concessão, diante da nova abordagem dada ao instituto pelo projeto do CPC, facilitará a argumentação nesse sentido, já que suprime a necessidade do *periculum in mora*, um dos requisitos atualmente exigidos para que seja concedida.

O fato é que, muitas vezes, a antecipação de tutela para suspender a exigibilidade do crédito tributário, para que o fisco pare de cobrar um tributo indevido, é indeferida pelos juízes sob o argumento de ausência de perigo de dano, já que o contribuinte, até então, vinha recolhendo regularmente o tributo, sem que isto lhe causasse prejuízos irreversíveis²⁹. Como se vê, o recolhimento de

²⁷ “Pode ocorrer (...) que o apontado devedor de tributo (em qualquer das três possíveis situações de lançamento) fique, temporariamente, protegido contra atos de cobrança da autoridade administrativa, em razão de alguma das causas de *suspensão da exigibilidade da obrigação tributária* (ou, no dizer do CTN, causas de *suspensão do crédito tributário*, ou, ainda, causas de *suspensão da exigibilidade do crédito tributário*), previstas no art. 151 do Código Tributário Nacional” (AMARO, 2007, p. 376).

²⁸ “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial”.

²⁹ “Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTARIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISAO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE DEPOSITO JUDICIAL DOS VALORES PROVENIENTES DA INCIDENCIA DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE A COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. PREVIDENCIA PRIVADA. AUSENCIA DOS REQUISITOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. 1 – É certo que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto se discute a legalidade do tributo, nos termos do artigo 151, II, do CTN, é faculdade do titular do débito fiscal. Contudo, essa faculdade não dispensa a exigência dos requisitos próprios da cautelar para evitar abuso de seu direito

um tributo indevido com dispêndio de recursos pelo contribuinte, por diversas vezes, não é encarado pelos juízes como um dano, mesmo quando o direito é evidente.

Tal posicionamento é refutado pelos contribuintes, que alegam que, em termos práticos, todo recolhimento indevido é um dano irreparável. A privação do contribuinte de determinada quantia por certo é passível de causar danos à medida que uma empresa, por exemplo, terá capital de giro suprimido, diminuindo, assim, a sua capacidade de fazer investimentos.

Diante da tutela da evidência, a discussão será resolvida, dando razão ao contribuinte, que não terá mais que demonstrar o *periculum in mora* nos casos em que o direito pleiteado seja evidente, com verossimilhança acentuada, sendo certo que a proposta do projeto do novo CPC tornará mais acessível a concessão de tutela antecipada para suspender a exigibilidade do crédito tributário, notadamente nos casos em que “*a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante*”, como prevê o inciso IV, do art. 278 do Projeto de Lei nº 8.046/2010. Destaque-se que apenas nessa última hipótese, tese firmada em julgamento de recursos repetitivos ou em súmula vinculante, a tutela de evidência poderá ser deferida liminarmente, ou seja, antes da oitiva da Fazenda Pública.

Cumprido frisar, contudo, que, independentemente da hipótese, o contribuinte terá duas oportunidades para que lhe seja concedida a suspensão provisória da exigibilidade do crédito tributário, já que poderá pedir tanto a tutela de urgência quanto a tutela da evidência³⁰.

em detrimento dos interesses do Fisco. 2 – Ausência dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* na ação em que se discute a incidência de IRPF sobre a complementação de aposentadoria paga pela CAPAF ao agravante, que se aposentou há, pelo menos, 15 anos e suporta tal tributo desde então, estando a tese que sustenta na ação principal, em testilha com a jurisprudência predominante nesta Corte. 3 – Agravo de instrumento não provido”. (TRF1 – AG – AGRAVO DE INSTRUMENTO – 200301000043039 – 13/03/2006. SÉTIMA TURMA. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO EZEQUIEL DA SILVA).

³⁰ Isto quando o pedido tem como base as hipóteses dos incisos I, II e III do artigo 298 do projeto, já que desnecessária a tutela de urgência nos casos do inciso IV, que pode ser concedido liminarmente.

Assim, suponhamos que, além de comprovar a verossimilhança, o contribuinte peça a suspensão liminar do crédito com fulcro na tutela de urgência, já que vem desembolsando grande quantia em dinheiro para efetuar o regular pagamento deste tributo, servindo este último argumento como fundamentação do *periculum in mora*.

Nesse caso, na hipótese de o juiz entender que não restou caracterizado o *periculum in mora*, o que se observa reiteradamente, ao contribuinte poderá ser concedida, após a oitiva da parte adversa, a tutela da evidência, já que tal provimento independe do perigo de dano. Os dois pedidos poderão ser feitos concomitantemente, devendo ser analisada a tutela da evidência na eventualidade de o juiz não entender pela aplicação da tutela de urgência.

5.2. Julgamento de recursos repetitivos ou incidente de resolução de demandas repetitivas – possibilidade de concessão de liminar

Uma das hipóteses em que poderá ser deferida a tutela de urgência é especialmente relevante para as demandas tributárias. Trata-se da possibilidade de concessão da tutela antecipada quando a matéria for unicamente de direito e se basear em teses consolidadas pelos Tribunais em sede de julgamento de recursos repetitivos³¹. Deve-se lembrar que apenas nessa hipótese é possível o deferimento de tutela *inaudita altera pars* sem necessidade de comprovação de *periculum in mora*.

É muito comum o fisco continuar exigindo tributo mesmo quando a exigência fiscal já foi declarada ilegal pelo Superior Tribunal de Justiça. Podemos citar como exemplo, ainda anterior ao regime de julgamento de recursos repetitivos instituído no art. 543-C do atual CPC, a decisão proferida no EREsp nº 710.260/RO³², divul-

³¹ Com fulcro no inciso IV do artigo 278 do Projeto de Lei.

³² “EMENTA: TRIBUTÁRIO – ICMS – TRANSPORTE INTERESTADUAL DE MERCADORIA DESTINADA AO EXTERIOR – ISENÇÃO – ART. 3º, II DA LC 87/96. 1. O art. 3º, II da LC 87/96 dispôs que não incide ICMS sobre operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, de modo que está acobertado pela isenção tributária o transporte interestadual dessas mer-

gada no Informativo STJ nº 346. Na referida decisão, o referido STJ reformou posicionamento anterior, entendendo pela não incidência de ICMS nas operações de transporte interestadual de produto destinado ao exterior.

Essa decisão pacificou a jurisprudência do STJ, estendendo o conceito de “transporte de mercadoria destinada à exportação”³³ a todas as situações em que a destinação da mercadoria seja ao exterior, não sendo necessário que o transporte leve a mercadoria diretamente para fora do país, mas somente que faça parte desta logística³⁴.

Não obstante, os fiscos estaduais, em sua maioria, continuaram defendendo a incidência do ICMS nessas situações³⁵ e cobrando regularmente o tributo, desconsiderando por completo a decisão

cadorias. 2. Sob o aspecto teleológico, a finalidade da exoneração tributária é tornar o produto brasileiro mais competitivo no mercado internacional. 3. Se o transporte pago pelo exportador integra o preço do bem exportado, tributar o transporte no território nacional equivale a tributar a própria operação de exportação, o que contraria o espírito da LC 87/96 e da própria Constituição Federal. 4. Interpretação em sentido diverso implicaria em ofensa aos princípios da isonomia e do pacto federativo, na medida em que se privilegiaria empresas que se situam em cidades portuárias e trataria de forma desigual os diversos Estados que integram a Federação. 5. Embargos de divergência providos”. (EResp 710260/RO. EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 2005/0179881-0 Relatora Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador S1 – PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 27/02/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 14/04/2008).

³³ Nos termos do artigo 3º, II, da LC nº 87/96, não há incidência de ICMS sobre operações de circulação de mercadoria e prestações de serviço que destinem mercadorias ao exterior, incluindo o transporte da mercadoria ao mercado estrangeiro.

³⁴ Neste sentido está o Parecer de Hugo de Brito Machado “ICMS. Produtos destinados à exportação. Serviço de transporte. Não incidência. Inteligência do art. 3º, II, da LC 87/96”, publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 50 de novembro de 1999 (páginas 76-88).

³⁵ A título de exemplificação – Reposta à Consulta nº 20/05 da SEFAZ/SP: “quando o trajeto envolver mais de um Município, configura-se uma prestação de serviço de transporte intermunicipal ou interestadual, já que essa prestação autônoma não está destinando mercadorias diretamente ao exterior e seus efeitos se exaurem dentro do território nacional (...) a prestação de serviço de transporte internacional é aquela efetuada “porta a porta”, por um mesmo transportador, desde um ponto situado dentro do território nacional até outra fora do território nacional.”.

proferida pelo STJ, aproveitando-se do fato que o STF até então não se pronunciou sobre o assunto³⁶.

Se a decisão da Primeira Seção do STJ no EREsp nº 710.260/RO houvesse sido proferida já sob o regime de julgamento dos recursos repetitivos, através da nova sistemática abarcada pelo inciso IV do artigo 278 do Projeto, não seria necessário demonstrar o perigo de dano para concessão liminar da tutela antecipada, sendo elementar apenas que o fundamento do pedido esteja em consonância com o posicionamento adotado pelo STJ.

Já sob o regime de julgamento dos recursos repetitivos, podemos citar outro bom exemplo da persistência do fisco em perpetrar exigências contrárias ao entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça: a exigência de certidão de regularidade fiscal no desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas sob o regime de *drawback*. No julgamento do EREsp nº 1.041.237/SP³⁷,

³⁶ Na verdade, o STF já proferiu decisões sobre este assunto a favor do fisco, a saber: RE 212637, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 25/05/1999, DJ 17-09-1999 PP-00059 EMENT VOL-01963-03 PP-00519. Contudo, tais decisões encontram-se ultrapassadas diante da mudança de paradigma em relação ao assunto, tendo em vista a nova redação dada pela EC 42/2003 ao artigo 155, §2º, X, “a” da Constituição da República de 1988, portanto, a matéria possivelmente ainda será rediscutida no Supremo Tribunal Federal.

³⁷ “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. REGIME DE DRAWBACK. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO (CND). INEXIGIBILIDADE. ARTIGO 60, DA LEI 9.069/95.

1. Drawback é a operação pela qual a matéria-prima ingressa em território nacional com isenção ou suspensão de impostos, para ser reexportada após sofrer beneficiamento.

2. O artigo 60, da Lei nº 9.069/95, dispõe que: “a concessão ou reconhecimento de qualquer incentivo ou benefício fiscal, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal fica condicionada à comprovação pelo contribuinte, pessoa física ou jurídica, da quitação de tributos e contribuições federais”.

3. Destarte, ressoa ilícita a exigência de nova certidão negativa de débito no momento do desembaraço aduaneiro da respectiva importação, se a comprovação de quitação de tributos federais já fora apresentada quando da concessão do benefício inerente às operações pelo regime de drawback (Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 839.116/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21.08.2008, DJe 01.10.2008; REsp 859.119/SP, Rel. Ministra Elia-

a Primeira Seção do STJ pacificou, sob o regime previsto no art. 543-C do CPC, que é ilícita a exigência de nova certidão negativa de débito no momento do desembaraço aduaneiro da importação realizada sob o regime de *drawback*.

Não obstante o entendimento do STJ estar consolidado desde novembro de 2009, continuou sendo comum as autoridades aduaneiras exigirem a certidão de regularidade fiscal para desembaraço de mercadorias importadas sob o regime de *drawback*.

Se estivesse em vigor o novo Código de Processo Civil, a exigência fiscal, contrária ao entendimento pacificado pelo STJ no REsp nº 1.041.237/SP, poderia ser afastada sem a necessidade de demonstrar o perigo da demora, bastando o contribuinte importador demonstrar que a exigência de certidão de regularidade fiscal no desembaraço da importação é contrária ao entendimento do STJ.

Dessa forma, diante de decisões proferidas pelo STJ como as acima mencionadas, contanto que sejam tomadas em sede de julgamento de recursos repetitivos ou em incidente de resolução de demandas repetitivas e tratem de questões somente de direito, poderá ser pleiteada a concessão de tutela antecipatória, liminarmente e sem demonstração de *periculum in mora* obstando, efetivamente, que o fisco continue cobrando tributo já declarado ilegal pelo Superior Tribunal de Justiça.

5.3. Repetição de Indébito

Pode-se dizer que, *prima facie*, o instituto da tutela da evidência não poderá ser aplicado nos casos de demandas de repetição de indébito, nas quais é vedada a compensação do tributo “*antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial*”, como reza o artigo

na Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 20.05.2008; e REsp 385.634/BA, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.02.2006, DJ 29.03.2006).

4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008”. (REsp 1041237/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 19/11/2009)

170-A do CTN³⁸, corroborado pela Súmula 212 do STJ³⁹, que veda a concessão de liminar para compensar créditos tributários.

5.4. Controvérsia: Mandado de Segurança

Não se descarta possível divergência acerca da aplicabilidade da tutela da evidência ao Mandado de Segurança, já que o mesmo é regulado em lei especial.

O que ocorre é que a Lei nº 12.016/09, que regula o trâmite deste remédio constitucional, condiciona a concessão de liminar às hipóteses em que o “*ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida*”⁴⁰, logo estabelece o *periculum in mora* como essencial para o deferimento de uma tutela *inaudita altera pars*.

A dúvida emerge, contudo, diante de um pedido de liminar de tutela da evidência com fulcro em jurisprudência consolidada sobre a matéria de direito discutida (inciso IV do artigo 278), que, de acordo com o Projeto do Novo CPC, independe da existência de “perigo de dano”.

Tratando-se de lei especial, considerando que o CPC é aplicado em caráter subsidiário à Lei do Mandado de Segurança, *prima facie*, tal pedido liminar não seria possível, sendo viável somente após a oitiva da parte adversa.

Discordamos, porém, dessa exegese literal da lei, já que interpretando teleologicamente a legislação processual civil como um sistema, não podemos privar os impetrantes do Mandado de Segurança de utilizarem-se das inovações benéficas trazidas pelo novo Código, que deve ser aplicado nesta situação.

Corroborando nosso entendimento, mencionamos a antiga discussão acerca do cabimento do recurso do agravo de instrumento em sede de Mandado de Segurança, considerando que a lei especial não previa tal possibilidade. No âmbito da antiga sistemática

³⁸ Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

³⁹ STJ – Súmula 212 – “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória”.

⁴⁰ Artigo 7º da Lei 12.016/09.

do mandado de segurança (Lei nº 1.533/51), revogada pela Lei nº 12.016/09, não obstante a omissão em relação ao agravo de instrumento, a jurisprudência acabou por pacificar o cabimento do recurso⁴¹, diante de um “*estudo sistemático das normas processuais*”.

Entendemos que o mesmo ocorrerá em relação à tutela da evidência e, diante da omissão da Lei 12.016/09 em relação a esse instituto, a jurisprudência irá, no decorrer da praxe forense, admitir sua utilização em sede de Mandado de Segurança.

6. CONCLUSÕES

Diante do estudo apresentado, mormente em relação à tutela da evidência, concluímos que a proposta evidenciada no projeto do novo Código de Processo Civil é elogiável pelo seu propósito.

De fato, a introdução da tutela da evidência no sistema processual civil é o primeiro passo para a garantia de uma resposta célere e justa ao cidadão, já que tornará possível a satisfação de um direito inequívoco da parte.

A tutela dos direitos evidentes, a nosso ver, não afeta o princípio do devido processo legal, já que será sempre resguardado o direito da parte adversa refutar as provas apresentadas, considerando que a tutela da evidência pressupõe a concretização do contraditório. A única hipótese em que a tutela da evidência poderá ser deferida a despeito da manifestação da parte contrária, refere-se às matérias

⁴¹ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO SUSPENSIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO QUE DEFERE PEDIDO DE LIMINAR. CABIMENTO. ARTIGOS 520 E 558, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. – A decisão que concede ou nega liminar em sede de mandado de segurança é de natureza interlocutória, passível de ataque por meio de agravo de instrumento. – Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça. – O artigo 558, do Código de Processo Civil, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 9.139/95, confere ao relator de agravo de instrumento competência para suspender a execução da decisão agravada, desde que susceptível de causar lesão grave e de difícil reparação. – Recurso especial conhecido e provido”. (REsp 184.984/GO, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/1998, DJ 18/06/2001, p. 200).

de direito já consolidadas na jurisprudência, o que pressupõe que a questão já foi amplamente debatida no Judiciário. Noutro Giro, um direito inequívoco é suficiente para que se efetive a cognição exauriente do juiz, o que legitima a satisfação sumária desse direito.

Especificamente quanto ao Direito Tributário, a tutela da evidência constitui verdadeiro avanço na defesa dos interesses dos contribuintes, já que garante o afastamento sumário dos posicionamentos arbitrários do fisco. Até porque, a negativa de concessão de tutela antecipatória com fulcro na ausência de *periculum in mora*, que muito ocorre na praxe tributária, será afastada em grande parte dos casos, facilitando o acesso a um provimento jurisdicional provisório favorável.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Objeção da pré-executividade aplicação em matéria fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. v. 4.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro*. 13. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

ATALIBA, Geraldo. Acesso ao judiciário e contencioso fiscal. *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*, 11/165.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. *Do processo tributário administrativo*. São Paulo: Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, 1975.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo constitucional democrático*. Curitiba: Juruá, 2009.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 2, n. 16, p. 23-43, abr. 2000.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*: (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996.

FUX, Luiz. Comissão de Juristas encarregada de elaborar anteprojeto de novo Código de Processo Civil. Anteprojeto. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/>>. Acesso em: 05 outubro 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Debate Público. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/cpc/>>. Acesso em: 28 maio 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. ICMS. Produtos destinados à exportação. Serviço de transporte. Não incidência. Inteligência do art. 3º, II, da LC 87/96. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 50, p. 76-88, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil*: comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994. 94p.

MARINS, James. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rom_Marins_Web.pdf>. Acesso em: 18 set. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo brasileiro*. 29. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOARES, Carlos Henrique e DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Manual elementar de Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

A Inovação Tecnológica no Contexto dos Incentivos Fiscais da Lei do Bem. A Experiência Brasileira

Frederico de Almeida Fonseca¹
Ana Carolina Moreira Garcia²

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo enfrentar o tema da *Inovação Tecnológica* no contexto da Lei 11.196/05, mais conhecida como “Lei do Bem”.

A Lei do Bem trouxe em seu bojo diversas medidas de desoneração tributária para as empresas consideradas *inovadoras*, como a redução imediata de tributos incidentes sobre o lucro e a produção. Mas, por se tratar de legislação recente, pouco se discutiu sobre o real alcance do termo *Inovação Tecnológica*, o que vem gerando dúvidas nos aplicadores do Direito e nas empresas que buscam capturar tais incentivos.

¹ Sócio do escritório RV&LC Advogados. Mestre em Direito de Empresa pela Faculdade de Direito Milton Campos e especialista em Regulação do Setor Elétrico pela Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro (FGV-RJ). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor de Direito Tributário da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Associado ao Instituto de Estudos Fiscais (IEFi).

² Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Frequentou o Advanced Course in International Tax Law, ministrado conjuntamente pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT) e pelo International Tax Center de Leiden. Participou do II GREIT Lisbon Summer Course on European Tax Law, promovido pelo IDEF em Lisboa. Membro do Conselho e da Comissão Jurídica da Câmara de Comércio França-Brasil (CCFB), em Belo Horizonte.

Pretende-se, ao final deste trabalho, tornar mais claro o conceito de inovação tecnológica trazido pela Lei do Bem, desmistificando a concepção equivocada que se possa ter de que *inovação* é somente aquilo que é novo para o mercado ou para o setor de atuação da empresa.

Buscaremos também demonstrar que a experiência brasileira, embora recente, vem ao encontro do anseio dos países em desenvolvimento, que desejam ampliar sua inserção no mercado tecnológico mundial, deixando de ser somente exportadores de matéria prima para se tornarem verdadeiros *players* no mercado competitivo de bens de consumo e duráveis de alta tecnologia.

2. OS INCENTIVOS FISCAIS DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A ciência, a tecnologia e a inovação são parte integrante da agenda econômica dos países desenvolvidos há décadas, e o Brasil, por seu turno, também vem destacando mais espaço para as políticas públicas de apoio à inovação, tendo em vista a necessidade de agregar valor aos bens e serviços produzidos no País.

Um número crescente de governos e países membros da OCDE³ vem oferecendo incentivos fiscais especiais para as empresas incrementarem seus gastos em pesquisa e desenvolvimento, especialmente porque P&D e inovação são consideradas peças-chave para a produtividade e para o crescimento econômico. Dentre os países que concedem subvenções e benefícios fiscais relevantes podemos citar Portugal, Espanha, EUA, França, Reino Unido, Canadá, Austrália, Coréia, Áustria e Dinamarca.

No âmbito do Plano de Ação da Ciência, Tecnologia e Inovação (PACTI), o governo brasileiro prevê destinar pelo menos 1,5% do PIB para atividades de pesquisa e desenvolvimento de inovação tecnológica (P,D&I) nos próximos anos.

³ De acordo com o periódico: *OECD Science, Technology and Industry (STI) Outlook 2004*, disponível em: http://www.oecd.org/document/63/0,3746,en_2649_201185_33995839_1_1_1_1,00.html.

O marco legal brasileiro para a Inovação é a Lei nº 10.973/2004 (Lei de Inovação), regulamentada pelo Decreto nº 5.563/2005, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, estabelecendo medidas com vistas à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País, nos termos dos artigos 218 e 219 da Constituição Federal.

Neste contexto, cerca de um ano após a edição da chamada “Lei de Inovação”, foi publicada a Lei nº 11.196/2005, também conhecida como “Lei do Bem”, por ter trazido em seu bojo diversos instrumentos de desoneração da carga tributária. Em seu capítulo III (arts. 17 a 27), a Lei do Bem, que foi regulamentada pelo Decreto nº 5.798/06 (alterado pelo Decreto nº 6.909/2009), trata da inovação tecnológica, definindo os seguintes incentivos fiscais: (i) exclusão adicional de despesas classificáveis como operacionais pela legislação do Imposto de Renda, incorridas em projetos de inovação tecnológica, em percentual que pode variar de 60 a 80%, podendo chegar até a 100%; (ii) redução de 50% do IPI incidente sobre bens do ativo fixo destinados à pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica; (iii) amortização acelerada e depreciação integral, no próprio ano da aquisição, de bens do ativo permanente destinados a projetos inovadores, (iv) alíquota zero de IRRF nas remessas efetuadas para o exterior destinadas ao registro e manutenção de marcas, patentes e cultivares, entre outros.

No regime da Lei nº 11.196/05 e regulamentação posterior, a pessoa jurídica beneficiária do incentivo fiscal fica obrigada a prestar ao Ministério da Ciência e Tecnologia – MCT, em meio eletrônico, informações sobre os projetos considerados *inovadores* no ano seguinte de fruição do incentivo. Se por um lado, a sistemática atual agiliza o processo de pleito e captura dos incentivos, por outro lado gera incerteza nas empresas quanto à aplicação do conceito legal de inovação tecnológica, e por consequência, implica dúvidas quanto ao correto enquadramento das atividades e projetos desenvolvidos pela empresa beneficiária, que deve, por conta própria, interpretar e aplicar os conceitos legais.

Outro aspecto que merece destaque é o fato de que a própria Lei define as atividades sujeitas aos incentivos fiscais como sendo aquelas de pesquisa, desenvolvimento tecnológico e inovação, às quais chamaremos de P,D&I⁴, que é muito mais abrangente do que o conhecido P&D. Deste modo, sempre que nos depararmos com a expressão P&D no contexto dos incentivos fiscais de inovação tecnológica da Lei do Bem, devemos interpretá-lo como sendo P,D&I.

Entendemos que é no contexto de tais propósitos que se deve interpretar as expressões que conformam a regra inserta no art. 17 e seguintes da Lei 11.196/05. Isso porque, a leitura sistemática de todo o Capítulo III da Lei do Bem, de seu decreto regulamentador e dos propósitos que a informam, é estritamente necessária antes de perquirir o sentido de um de seus dispositivos em particular, como no caso do conceito de *inovação tecnológica* que será detalhado a seguir.

3. DO ALCANCE DO CONCEITO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA – P,D&I

O conceito de inovação é bastante complexo e pode variar dependendo da sua aplicação. Dentre as várias possibilidades de inovar, aquelas que se referem a inovações de produto ou de processo são conhecidas como inovações tecnológicas. Outros tipos de inovações podem se relacionar ao desenvolvimento de novos mercados, de novos modelos de negócio, novos processos e métodos organizacionais, mas não são considerados inovação *tecnológica* na acepção técnica do termo.

Um estudo da Comissão da União Europeia⁵ sobre incentivos concedidos pelos Estados para a promoção da pesquisa, desenvolvimento e inovação (P,D&I) traz o seguinte conceito de inovação:

⁴ Ver POLITZER, Kurt. Aspectos e fatores da produtividade em pesquisa, desenvolvimento e inovação. In: *Tendências tecnológicas e a indústria brasileira*. Brasília: MDIC, 2006.

⁵ “L’innovation renvoie à un processus qui, d’une part, conjugue les connaissances et la technologie avec l’exploitation de débouchés commerciaux pour des produits, des services et des procédés industriels nouveaux ou améliorés par

“A inovação refere-se a um processo que, de um lado, conjuga os conhecimentos e a tecnologia com a exploração das oportunidades comerciais de mercado para produtos, serviços e processos industriais, novos ou melhorados em relação aos já disponíveis no mercado comum e, por outro lado, apresenta alguns riscos.” – tradução livre.

Por sua vez a OCDE, em seu *International Tax Terms*⁶, assim define o termo pesquisa e desenvolvimento (P&D):

“Qualquer estudo sistemático ou intensivo realizado no campo da produção industrial e, cujos resultados serão utilizados para a produção ou melhoria de produtos e os processos.” – tradução livre

No Brasil, utiliza-se como referência a Pesquisa de Inovação Tecnológica – PINTEC, realizada pelo IBGE com o apoio da Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP e do Ministério da Ciência e Tecnologia – MCT. Referida pesquisa tem o objetivo de fornecer informações para a construção de indicadores das atividades de inovação tecnológica das empresas brasileiras.

Em linhas gerais, a PINTEC conceitua *inovação tecnológica* como toda novidade implantada pela empresa, por meio de pesquisas ou investimentos, que aumenta a eficiência do processo produtivo ou que implica em um novo ou aprimorado produto. Essas inovações estão divididas, basicamente, entre produtos e processos. Vejamos alguns exemplos do que seria uma inovação tecnológica, segundo os critérios do PINTEC⁷:

- Introdução de novo produto ou variação de produto já existente. Por exemplo, numa indústria alimentícia, o lançamento de uma versão light ou diet de um produto;

rapport à ceux déjà disponibles dans le marché commun, et qui, d'autre part, présente un certain risque”. *Encadrement Communautaire Des Aides D'état À La Recherche, Au Développement Et À L'innovation*. Publicado no *Journal officiel de l'Union européenne* em 30.12.2006. (p. C323/4).

⁶ “Any systematic or intensive study carried out in the manufacturing and industrial field, the results of which are to be used for the production or improvement of products and processes.”

⁷ Pesquisa de inovação tecnológica: 2008 / IBGE, Coordenação de Indústria. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

- A implantação de código de barras em empresas que não o usavam;
- Introdução de um determinado insumo que otimiza ou barateia determinada produção, no todo ou em parte;
- Adequação de produtos às exigências das leis e outras portarias reguladoras;
- Criação de uma linha voltada para um segmento de mercado não explorado anteriormente. Por exemplo, uma indústria têxtil de artigos infantis que lança uma linha de roupas para adolescentes;
- Melhorias na logística de armazenamento, transporte e distribuição dos produtos;
- Aplicação de novos softwares que demande mudanças também no hardware ou otimize a produção e/ou o produto.

A partir dos exemplos acima, é possível perceber que a inovação tecnológica deve estar ligada à implementação de produto e/ou processo novo (ou substancialmente aprimorado) para a empresa, não sendo, necessariamente, novo para o mercado ou para o setor de atuação da empresa.

Em linha com estes conceitos, o Decreto nº 5.798/06, que regulamenta a Lei do Bem, também trouxe importantes conceitos para fins de determinação dos incentivos fiscais de inovação tecnológica. São eles:

- ***inovação tecnológica***: a concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando maior competitividade no mercado;
- ***pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica***, as atividades de:
 - (i) ***pesquisa básica dirigida*** (PB): os trabalhos executados com o objetivo de adquirir conhecimentos quanto à compreensão de novos fenômenos, com vistas ao desenvolvimento de produtos, processos ou sistemas inovadores;

(ii) *pesquisa aplicada* (PA): os trabalhos executados com o objetivo de adquirir novos conhecimentos, com vistas ao desenvolvimento ou aprimoramento de produtos, processos e sistemas;

(iii) *desenvolvimento experimental* (DE): os trabalhos sistemáticos delineados a partir de conhecimentos pré-existentes, visando à comprovação ou demonstração da viabilidade técnica ou funcional de novos produtos, processos, sistemas e serviços ou, ainda, um evidente aperfeiçoamento dos já produzidos ou estabelecidos;

(iv) *tecnologia industrial básica* (TIB): aquelas tais como a aferição e calibração de máquinas e equipamentos, o projeto e a confecção de instrumentos de medida específicos, a certificação de conformidade, inclusive os ensaios correspondentes, a normalização ou a documentação técnica gerada e o patenteamento do produto ou processo desenvolvido; e

(v) *serviços de apoio técnico* (SAT): aqueles que sejam indispensáveis à implantação e à manutenção das instalações ou dos equipamentos destinados, exclusivamente, à execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento ou inovação tecnológica, bem como à capacitação dos recursos humanos a eles dedicados.

Como se poderá perceber adiante, há grande similaridade entre as definições trazidas pelo Decreto e os padrões internacionais da OCDE – Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico, descritos no Manual de Oslo⁸, que é a principal fonte internacional de diretrizes para coleta e uso de dados sobre atividades inovadoras.

⁸ *In* ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO. **Manual de Oslo**: proposta de diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação tecnológica. São Paulo: FINEP, 2004. Traduzido em 2004 sob a responsabilidade da FINEP – Financiadora de Estudos e Projetos – das edições originais em inglês e francês publicadas sob os títulos: *The Measurement of Scientific and Technological Activities – Proposed Guidelines for Collecting and Interpreting Technological Innovation Data: Oslo Manual* / *La mesure des activités scientifiques et technologiques – Principes directeurs proposés pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation technologique: Manuel d'Oslo*.

De acordo com o Manual de Oslo, a inovação tecnológica pode ser dividida em duas espécies: a) a inovação tecnológica decorrente de um produto e b) a inovação decorrente de um processo tecnológico.

A esse respeito, o referido Manual esclarece que a **inovação tecnológica de produto** pode ser conceituada como a *“implantação/comercialização de um produto com características de desempenho aprimoradas de modo a fornecer ao consumidor serviços novos ou aprimorados”*. Já a **inovação de processo tecnológico** é a *“implantação/adoção de métodos de produção ou comercialização novos ou significativamente melhorados. Ela pode envolver mudanças de equipamentos, recursos humanos, métodos de trabalho ou uma combinação destes”* (parágrafo 24).

Os comentários da OCDE vão mais adiante ao explicar profundamente os conceitos a partir do seu parágrafo 131. Confira-se:

“131 A exigência mínima é que o **produto ou processo deve ser novo (ou substancialmente melhorado) para a empresa** (não precisa ser novo no mundo)[...]

134 O termo **“produto”** é usado para cobrir tanto bens como serviços.” [...]

136 Um **produto tecnologicamente novo** é um produto cujas características tecnológicas ou usos pretendidos diferem daqueles dos produtos produzidos anteriormente. Tais inovações podem envolver tecnologias radicalmente novas, podem basear-se na combinação de tecnologias existentes em novos usos, ou podem ser derivadas do uso de novo conhecimento. [...]

138 Produto tecnologicamente aprimorado. É um produto existente cujo desempenho tenha sido significativamente aprimorado ou elevado. Um produto simples pode ser aprimorado (em termos de melhor desempenho ou menor custo) através de componentes ou materiais de desempenho melhor, ou um produto complexo que consista em vários subsistemas técnicos integrados pode ser aprimorado através de modificações parciais em um dos subsistemas. [...]

141 Inovação tecnológica de processo é a adoção de métodos de produção novos ou significativamente melhorados, incluindo métodos de entrega dos produtos. Tais métodos podem envolver mu-

danças no equipamento ou na organização da produção, ou uma combinação dessas mudanças, e podem derivar do uso de novo conhecimento. Os métodos podem ter por objetivo produzir ou entregar produtos tecnologicamente novos ou aprimorados, que não possam ser produzidos ou entregues com os métodos convencionais de produção, ou pretender aumentar a produção ou eficiência na entrega de produtos existentes.

142 Em algumas indústrias de serviço, a distinção entre processo e produto pode ser nebulosa. Por exemplo, uma mudança de processo em telecomunicações para introdução de uma rede inteligente pode permitir a oferta ao mercado de um conjunto de novos produtos, tais como espera de chamada ou visualização da chamada. No Quadro 3 apresentam-se alguns exemplos de inovações em indústrias de serviços.” (grifos nossos)

Da leitura dos parágrafos acima, merece destaque o fato de o Manual de Oslo corroborar o entendimento de que a inovação tecnológica pode decorrer de produto ou processo novo ou substancialmente melhorado para a empresa, mas não necessariamente precisa ser novo no mundo. Ademais, a tecnologia não precisa ter sido desenvolvida pela própria empresa, pois as inovações podem basear-se na combinação de tecnologias existentes ou podem ser derivadas do uso de um novo conhecimento.

Cabe ainda destacar que o termo “produto” deve ser entendido amplamente, englobando tanto bens corpóreos, quanto serviços de qualquer natureza.

Outra referência internacional importante, em se tratando de P,D&I, é o Manual de Frascati⁹, que se encontra inclusive indicado como fonte de pesquisa pelo MCT.

⁹ Publicado originalmente pela OCDE em inglês e francês com os títulos: “*Frascati Manual 2002: Proposed Standard Practice for Surveys on Research and Experimental Development*” e “*Manuel de Frascati 2002: Méthode type proposée pour les enquêtes sur la recherche et le développement expérimental*”, o manual foi traduzido para o português de Portugal em 2007 pela F-INICIATIVAS com o título Proposta de Práticas Exemplares para Inquéritos sobre Investigação e Desenvolvimento Experimental. O termo Investigação e Desenvolvimento Experimental – ID deve se entendido neste artigo como Pesquisa e Desenvolvimento ou P&D.

A doutrina especializada também define a inovação tecnológica como uma atividade muito mais abrangente do que o chamado P&D, visto que este se restringe apenas a atividades internas de pesquisa científica e desenvolvimento de novos produtos. Ronald Martin Dauscha¹⁰, em trabalho apresentado durante a 3ª Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação¹¹ realizada em Brasília/DF, apresenta a seguinte definição de inovação tecnológica:

“A inovação tecnológica, no seu sentido mais abrangente, compreende todas as atividades internas e externas de P&D, aquisição externa de P&D e outros conhecimentos externos, introdução das inovações tecnológicas no mercado, projeto industrial e outras preparações técnicas para a produção e distribuição.

Especificamente, as atividades de P&D englobam as de pesquisa em ciências básicas e aplicadas, aumentando conhecimento, visando obter novas aplicações inovadoras, as de desenvolvimento, como atividade experimental ou aplicada, visando à produção de novas aplicações, a instalação de novos processos, sistemas e serviços, ou para melhorar substancialmente o que já existe ou está instalado com base no conhecimento disponibilizado pela pesquisa básica e ou aplicada; ou as de engenharia relacionadas diretamente ao processo rotineiro de adaptação e customização de produtos ou processos.” (grifos nossos)

No trabalho intitulado Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (PD&I) no Agronegócio, Cláudio Bellaver., pesquisador PhD¹², afirma:

“Em qualquer definição, presume-se que a inovação inicie-se pela concepção de idéias, seguindo-se por uma fase de P&D que resulte na criação de protótipos ou modelos inovadores e, finalmente,

¹⁰ Ronald Martin Dauscha é presidente da Associação Nacional de Pesquisa, Desenvolvimento e Engenharia das Empresas Inovadoras – Anpei.

¹¹ Seminários temáticos para a 3ª Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação. Ed. Especial: n. 20. Brasília: jun. 2005. Publicado em Parcerias estratégicas / Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE). p. 1464.

¹² PESQUISA, DESENVOLVIMENTO E INOVAÇÃO (PD&I) NO AGRONEGÓCIO. Palestra apresentada no IV Workshop do Sincobesp. São Paulo SP. 16 de março de 2005. Cláudio Bellaver., Pesquisador PhD, Embrapa Suínos e Aves – Concórdia, SC.

que tenha aplicação no mercado ou que tenha utilidade para os clientes. A inovação poderá ser de produtos, de serviços, de processos, de negócios ou ainda na gestão. [...]

Os ambientes de inovação podem incluir também as incubadoras e parques tecnológicos e, com base em contratos ou convênios, as Instituições de Ciência e Tecnologia – ICT poderão compartilhar os seus laboratórios, equipamentos, materiais e instalações com multiusuários, principalmente micro e pequenas empresas privadas, voltadas à atividade de inovação tecnológica. É facultado também a ICT celebrar acordos de parceria com instituições públicas e privadas visando a PD&I de produtos ou processos”.

Como se pode notar, o conceito de inovação é bastante amplo, porém não deve ser interpretado extensivamente, já que mudanças que sejam insignificantes ou que não envolvam um grau suficiente de novidade, ou ainda que sejam meramente estéticas ou sazonais, apesar de serem inovações, não configuram inovações *tecnológicas*.

A esse respeito, o Manual traz exemplos de casos práticos demonstrando a distinção entre inovações tecnológicas de produtos e processos e outras mudanças na empresa ou na indústria, como: (i) a simples substituição ou aumento de capital; (ii) a produção por encomenda; e (iii) as variações sazonais e outras variações cíclicas (parágrafos 160 a 176).

Em sede de jurisprudência, destaca-se o acórdão da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, que ao analisar determinado incentivo fiscal de IPI, esclareceu que a inovação tecnológica deve visar à melhoria do produto e da produtividade, excluindo do conceito a mera substituição de equipamentos desgastados pelo uso. Vejamos:

“IPI – Ressarcimento – Incentivo previsto pelo DL 1136/70. O conceito de modernização envolve necessariamente aspectos de inovação tecnológica, com vistas à melhoria do produto e da produtividade, não se confundindo com mera substituição de equipamentos desgastados pelo uso. Recurso especial provido.” (CSRF / Acórdão 3010 em 23.10.1989)

Em que pese o fato de o Brasil não ser país-membro da OCDE e, portanto não estar necessariamente vinculado aos conceitos do

Manual de Oslo, podemos citar outras referências normativas¹³, como a própria Portaria MCT nº 943/2006 (revogada pela Portaria nº 327, de 29 de abril de 2010), que assim definia em seu anexo:

“Inovação Tecnológica – concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando maior competitividade no mercado.

Se refere a produto e/ou processo novo (ou aprimorado) para a empresa, não sendo, necessariamente novo para o mercado/setor de atuação, **podendo ter sido desenvolvida pela empresa ou por outra empresa/instituição**.

A inovação pode resultar de novos desenvolvimentos tecnológicos, de novas combinações de tecnologias existentes ou da utilização de outros conhecimentos adquiridos pela empresa.

Produto tecnologicamente novo (bem ou serviço industrial) é um produto cujas características fundamentais (especificações técnicas, usos pretendidos, software ou outro componente imaterial incorporado) diferem significativamente de todos os produtos previamente produzidos pela empresa.

Melhoria incremental de produto (bem ou serviço industrial) refere-se a um produto previamente existente, cujo desempenho foi substancialmente aumentado ou aperfeiçoado. Um produto

¹³ No mesmo sentido podemos citar Lei nº 17.348/2008, que dispõe sobre o incentivo à inovação tecnológica no Estado de Minas Gerais:

“Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I – inovação tecnológica a concepção de novo produto ou processo de fabricação e a agregação de utilidades ou características a bem ou processo tecnológico existente, que resultem em melhoria de qualidade, maior competitividade no mercado e maior produtividade; [...]

VIII – criação a invenção, o protótipo de utilidade, o desenho industrial, o programa de informática, a topografia de circuito integrado, a nova cultivar ou a cultivar derivada e qualquer outra modalidade de desenvolvimento tecnológico gerador de produto ou processo, novo ou aperfeiçoado, obtido por um ou mais criadores; [...]

XII – sistema de inovação a aplicação prática dos novos conhecimentos a produtos e serviços, utilizado na conversão de um invento técnico ou de um processo inovador em bem econômico;”

simples pode ser aperfeiçoado (no sentido de se obter um melhor desempenho ou um menor custo) através da utilização de matérias primas ou componentes de maior rendimento. Um produto complexo, com vários componentes ou subsistemas integrados, pode ser aperfeiçoado via mudanças parciais em um dos componentes ou subsistemas.

Não são incluídas: as mudanças puramente estéticas ou de estilo e a comercialização de produtos novos integralmente desenvolvidos e produzidos por outra empresa.” (grifos nossos)

Conclui-se, portanto, que o conceito que mais se aproxima daquele pretendido pelo legislador brasileiro, em linha com as definições do Manual de Oslo, é o que resume a inovação tecnológica como *a introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços*. Em outras palavras, para atendimento da legislação brasileira (leia-se Lei do Bem), a caracterização da inovação tecnológica deve observar os seguintes requisitos:

- (i) a inovação pode consistir na concepção de novo **produto**, incluindo bens e serviços, ou de novo **processo** de fabricação;
- (ii) a inovação pode também tratar-se da agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique **melhorias** incrementais e efetivo ganho de **qualidade** ou **produtividade**, ou seja, a novidade implantada pela empresa deve aumentar a eficiência do processo produtivo ou implicar em um novo ou aprimorado produto;
- (iii) é importante aferir o ganho para o **consumidor** final, de modo que este tenha acesso a produto ou serviços novos com características de desempenho aprimoradas.
- (iv) em linha com os propósitos inspiradores da política brasileira de incentivo à ciência, tecnologia e inovação, o projeto de concepção de novo produto ou processo ou a melhoria destes, deve resultar em maior **competitividade** no mercado para as empresas nacionais;
- (v) o projeto deve apresentar **risco tecnológico** a ser superado no seu desenvolvimento, de modo que a própria pessoa ju-

rídica que realiza os dispêndios com pesquisa ou inovação tecnológica tenha a responsabilidade, o risco, a gestão e o controle dos resultados do dispêndio¹⁴; e

- (vi) o projeto de inovação pode tanto envolver **tecnologias radicalmente novas**, quanto pode basear-se na combinação de **tecnologias existentes em novos usos**, ou pode ainda ser derivada do **uso de novo conhecimento**.

4. QUESTÕES RELACIONADAS À COMPETÊNCIA E À INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO PELOS ÓRGÃOS GOVERNAMENTAIS

Neste tópico, buscaremos demonstrar o aparente conflito que atualmente existe entre o Ministério da Ciência e Tecnologia e a Receita Federal do Brasil – RFB, no que tange ao exame de admissibilidade e análise do enquadramento dos projetos apresentados pelas empresas beneficiárias no âmbito da Lei do Bem.

¹⁴ Nesse sentido, a SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 95, DE 22 DE SETEMBRO DE 2010:

“ASSUNTO: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL EMENTA: INCENTIVOS FISCAIS. INOVAÇÃO TECNOLÓGICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EMPRESA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. INAPLICABILIDADE. O incentivo fiscal destinado à pesquisa e ao desenvolvimento de inovação tecnológica tem como requisito o fato de a própria pessoa jurídica que realiza os dispêndios com pesquisa ou inovação tecnológica ter a responsabilidade, o risco, a gestão e o controle do resultado. Tal incentivo não se estende a pessoa jurídica, prestadora de serviço de pesquisa a terceiros, que não detenha o controle dos resultados do dispêndio. DISPOSITIVOS LEGAIS: arts. 17, I, §§ 1º, 2º e 6º, e 19 da Lei No- 11.196, de 2005. ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ EMENTA: INCENTIVOS FISCAIS. INOVAÇÃO TECNOLÓGICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PESQUISA A OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS. INAPLICABILIDADE. O incentivo fiscal destinado à pesquisa e ao desenvolvimento de inovação tecnológica tem como requisito o fato de a própria pessoa jurídica que realize os dispêndios com pesquisa ou inovação tecnológica ter a responsabilidade, o risco, a gestão e o controle do resultado. Tal incentivo não se estende a pessoa jurídica, prestadora de serviço de pesquisa a terceiros, que não detenha o controle dos resultados do dispêndio. DISPOSITIVOS LEGAIS: arts. 17, I, §§ 1º e 2º, e 19 da Lei No- 11.196, de 2005. MARCOS LUÍS ACCIARIS VALLE DA SILVA Chefe”.

A solução desse conflito tem especial importância, na medida em que visões diferentes sobre um único conceito (no caso a *inovação tecnológica*), por parte dos órgãos governamentais responsáveis pela gestão e fiscalização dos incentivos fiscais criados pela Lei do Bem, põem em risco a necessária segurança jurídica dos contribuintes.

Conforme já mencionado, a Lei 11.196/05 prevê como requisito para fruição do incentivo fiscal a prestação de contas anual ao Ministério de Ciência e Tecnologia por parte da empresa beneficiária, elencando os projetos considerados inovadores e os dispêndios realizados em cada um deles no ano-calendário competente.

De posse do formulário dos contribuintes, o MCT analisa o seu preenchimento e, ao final de cada ano, emite relatório contendo uma lista “positiva” e outra “negativa”. Na primeira constam as empresas que tiveram seus projetos aprovados pelo Ministério, enquanto a segunda lista as empresas cujos projetos não foram considerados como inovação tecnológica, ou cujos formulários continham informações imprecisas (obs: em 2010, visando preservar a identidade dos contribuintes, o MCT deixou de publicar a chamada lista “negativa”, passando a identificar apenas aqueles contribuintes que tiveram seus projetos aprovados pelo Ministério).

Nesse contexto, conforme determina o art. 14, § 2º do Decreto 5.798/2006, cabe o MCT remeter à Receita Federal as informações relativas aos incentivos fiscais declarados pelas empresas nos Formulários, uma vez que o exame de admissibilidade deve ser feito, exclusivamente, por este órgão.

Por não ser competente para julgar o direito dos contribuintes ao aproveitamento do incentivo fiscal, o Ministério corretamente declara, por meio de sua página na internet, que o “*Relatório que o MCT gera para a Receita Federal é desprovido de caráter decisório, mas sim informativo, isto é, consolidador das informações prestadas pelas empresas em seus formulários.*”

Ocorre que, as informações da lista “negativa” continuam a ser encaminhadas à Receita Federal e certamente esses contribuintes serão o alvo principal da fiscalização. Ainda que possa haver relativa segurança, por parte do contribuinte, de que os projetos por ele

apresentados se enquadram no conceito de inovação tecnológica da Lei do Bem, a análise prévia feita pelo MCT muito provavelmente irá influenciar a decisão da Receita Federal.

Não bastasse a sujeição do contribuinte a um exame de admissibilidade prévio por parte do MCT, em aparente conflito de competência com a Receita Federal, o contribuinte ainda tem que conviver com as constantes mudanças de entendimento por parte da fiscalização quanto ao instrumento adequado para aprovação do incentivo.

Em decisão exarada pela RFB por meio da Solução de Consulta nº 138 de 12 de maio de 2008, a Receita Federal inicialmente esclareceu que não cabe a ela a confirmação, através do procedimento de consulta, de que o contribuinte cumpre, de fato, os requisitos para fruição dos incentivos fiscais da Lei do Bem. Veja-se:

“o instituto da consulta não se afigura o meio adequado para se confirmar, ou não, se determinada empresa operacionalmente de fato cumpre programas de pesquisa tecnológica e de desenvolvimento de inovação tecnológica.”

Contudo, recentemente foi publicada a Solução de Consulta nº 21, de 16 de março de 2011, em que a Receita altera seu entendimento e expressamente manifesta-se a favor do enquadramento legal de um projeto do contribuinte. Confira-se:

“EMENTA: INOVAÇÃO TECNOLÓGICA. BUBBLEDECKS. POSSIBILIDADE. A utilização de bubbledecks no processo de construção de lajes, por ser considerada uma agregação de nova característica ao processo, é passível de enquadramento no conceito legal de inovação tecnológica previsto no § 1º do art. 17 da Lei nº 11.196/ 2005, desde que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade e resulte em maior competitividade no mercado.

Cabe à empresa o cumprimento das obrigações previstas na legislação que rege o assunto, dentre as quais destacam-se o controle contábil específico dos dispêndios realizados e a prestação anual de informações ao Ministério de Ciência e Tecnologia (MCT), conforme o disposto na Portaria MCTNº 327/2010, sob pena de perda do direito aos incentivos não utilizados e recolhimento do valor correspondente aos tributos não pagos em decorrência da-

queles benefícios já usufruídos, acrescidos de multa e de juros, de mora ou de ofício, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.”

Isto tudo deve ser somado ao fato de que a interpretação do conceito de inovação tecnológica que vem sendo aplicado pelo MCT tende a ser restritiva, influenciada, de certo modo, pelas antigas normas aplicáveis aos incentivos fiscais de PDTI/PDPA, muito menos abrangentes do que a Lei do Bem.

Portanto, se de um lado a sistemática declaratória dos incentivos fiscais da Lei do Bem tornou menos burocrático o procedimento de captura dos incentivos fiscais de inovação tecnológica (se comparado com o antigo PDTI/PTDA), dispensando a prévia formalização do pedido e aprovação dos projetos pelo MCT, por outro lado, trouxe certa insegurança jurídica para as empresas, na medida em que cabe somente ao contribuinte avaliar se cumpre ou não os requisitos previstos na legislação e, ainda, se sujeitar à eventual análise conflitante de dois órgãos, quais sejam, o MCT e a Receita Federal do Brasil.

5. CONCLUSÕES

À vista de todo o exposto, conclui-se o seguinte:

i) a Lei nº 11.196/2005 (“Lei do Bem”) e o Decreto nº 5.798/06 criaram novos incentivos fiscais de inovação tecnológica para as empresas, expandindo e ratificando os incentivos fiscais até então previstos na Lei 8.661/93, conhecidos como PDTI/PDPA, antes aplicáveis somente para as indústrias;

ii) de acordo com os conceitos trazidos pelo Decreto 5.798/06 e em consonância com as referências internacionais, em especial, o Manual de Oslo, a inovação tecnológica deve ser entendida como a implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou de um processo, sendo aplicáveis a qualquer setor de atividade econômica, inclusive para as prestadoras de serviços;

iii) apesar de a legislação ter avançado bastante e ser positiva, agilizando os procedimentos para obtenção dos incentivos fiscais, o fato de ainda não haver uma definição precisa e uniforme do

que seja *inovação tecnológica*, na visão das autoridades competentes tem gerado insegurança jurídica nos contribuintes, o que não condiz com o objetivo maior da Lei que é incentivar as empresas brasileiras a serem *inovadoras* para poderem competir no mercado tecnológico mundial.

A Internacionalização do Direito e a Arbitragem Pública e Privada no Brasil como Fatores Positivos para o Desenvolvimento Econômico e Social

João Dácio Rolim¹

As relações econômicas estão entrelaçadas por uma gama de normas jurídicas internacionais que afetam praticamente todo o comércio internacional e investimentos. É cada vez mais comum a existência de Tratados Bilaterais de Investimentos, Acordos Bilaterais e Regionais de Livre Comércio, Tratados para evitar a Dupla Tributação e Acordos no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC). Até 2007 havia 2541 Tratados Bilaterais de Investimentos e 2688 Tratados de Dupla Tributação.² Embora

¹ Sócio fundador do escritório RV&LC Advogados. Pesquisador da Queen Mary University of London (em Comércio Internacional, Tributação Internacional e Direitos Humanos Internacional), LLM em Direito Internacional Tributário pela London School of Economics and Political Science (LSE) e doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Tributário da Fundação Getúlio Vargas (FGV), membro coordenador do International Tax Ring (International Tax Cooperation between Latin America and the Northwestern University), conselheiro fundador do Instituto de Estudos Fiscais (IEFi), membro da International Fiscal Association (IFA), do European American Tax Institute (EATI), do Conselho Consultivo da Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF) e do British Institute of International Comparative Law (BIICL). Diretor da Associação Ibero-Americana de Arbitragem Tributária (AIBAT). Árbitro da Câmara de Comércio Brasil (CAMARB).

² Cf dados coletados da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (www.unctad.org).

existam outros exemplos de Acordos Bilaterais ou Multilaterais, aqueles já são substanciosos para ilustrar que não há mais jurisdição economicamente relevante isolada juridicamente das demais. Outros tratados ilustram bem esta interdependência dos países, como Acordos e Protocolos Internacionais de Proteção ao Meio Ambiente, Acordos da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), além de Convenções de Direitos Humanos, bem como Convenções contra a Corrupção e Lavagem de Dinheiro no âmbito da Organização das Nações Unidas e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).³ Faz parte do passado histórico a doutrina de Westfalia em que a primazia da soberania dos Estados era absoluta, ainda em que nome de uma igualdade entre os mesmos, que prevalecia sobre possíveis direitos e jurisdições internacionais.

Uma ilustração dos efeitos irradiantes globais de proteção efetiva dos direitos individuais num mundo cada vez mais inter-relacionado são as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos.⁴ As decisões deste tribunal têm enriquecido não somente tribunais domésticos de países membros e não membros, como outros tribunais internacionais, como a Internacional Corte de Justiça e o órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio. Isto porque ao ser fixado um standard mínimo de proteção aos direitos fundamentais, o Estado em questão, além de dever mudar a sua legislação, terá de tomar o cuidado para que a sua prática externa em outras organizações internacionais não infrinja o mesmo direito individual protegido por uma corte. Assim, se um país violou o direito expropriatório da justa indenização, ou o direito internacional de mudar de residência, ou ainda instituiu tratamento discriminatório entre exportadores ou importadores de mercadorias e serviços de um

³ No âmbito da OCDE foi criado no ano 2000 o “Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes”, que já congrega cerca de 150 países.

⁴ A Convenção Europeia de Direitos Humanos foi celebrada em 1950, tendo entrado em vigor em 1953, e abrange até o presente momento 47 países com uma população de mais de 800 milhões de habitantes, tendo sido iniciada com apenas 10 países. Outros seis países são observadores (Canadá, Estados Unidos, Santa Sé, Israel, Japão e México).

país em relação a outros, ou estabeleceu através de normas regulatórias restrições ou constringências indevidas ao direito de propriedade, ele deverá ter o mesmo cuidado em suas outras relações com países não membros, em função de outros acordos internacionais, sejam regionais como Nafta, Mercosul, ou globais como a OMC no que tange ao comércio internacional e a outros tratados de segurança ou de proteção ao meio ambiente, por exemplo. Por outro lado, o mesmo standard de proteção a um direito fundamental a que um Estado membro do Conselho da Europa ficou submetido, ele poderia exigir de outros em suas relações comerciais e até jurídicas de cumprimento de outros tratados já em vigor como a OMC.

Com inúmeros Acordos Bilaterais e Multilaterais em vigor, um critério de avaliação para considerar quais países são bons receptores de investimento pode ser o grau de integração comercial com a comunidade internacional com padrões mínimos de proteção a certos valores fundamentais, geradores de confiança recíproca e sustentabilidade da cooperação. Tomemos, por exemplo, os denominados países considerados como mais promissores como atores no cenário internacional do ponto de vista econômico, social e político (BRIC – Brasil, Rússia, Índia e China). Se a China ainda não faz parte de uma Convenção de Direitos Humanos, nem da Convenção contra a Corrupção da OCDE, ela faz parte da OMC e da OMPI e é parte de vários Tratados Bilaterais de Investimentos, Acordos para evitar a Bitributação e outros Acordos Regionais de Comércio.⁵ Se a Rússia ainda não é parte da OMC nem da Convenção da OCDE contra a Corrupção, já é parte da Convenção Europeia de Direitos Humanos e da OMPI e de outros tratados. Se a Índia não é parte ainda de uma Convenção como a Convenção Europeia de Direitos Humanos, ela faz parte da OMC, da OMPI e tem vários tratados e acordos comerciais bilaterais. Se o Brasil já é parte da OMC, da OMPI, do Mercosur, da Convenção Inter-Americana de

⁵ Pode ser mencionado ainda o Acordo Comercial que a China celebrou com a Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), uma Área de Livre Comércio Regional composto por 10 países. E o número de Acordos Bilaterais de Livre Comércio somente na Ásia cresceu de 25 em 1995 para mais de 150 em 2009 de acordo com o Banco de Desenvolvimento da Ásia (“The Economist”, 5 de Setembro de 2009, p. 68).

Direitos Humanos, de vários tratados contra a Dupla Tributação, da Convenção da OCDE contra a Corrupção, e de outros acordos de cooperação, de comércio e de troca de informações, será provavelmente uma questão de tempo para ser parte em Tratados Bilaterais de Investimentos.⁶ Mesmo dentro da União Europeia, nacionais de terceiros países não membros da União Europeia podem usufruir da liberdade de movimento de capital ainda que não tenham qualquer estabelecimento ounexo europeu.

Do ponto de vista de vínculos com ordens jurídicas internacionais, o Brasil, dentre os países do BRIC, é o que estaria mais bem posicionado. Por outro lado, a ordem jurídica interna brasileira é relativamente previsível, segura e protetora de investimentos externos. Um Poder Judiciário buscando mais celeridade, sem perder a relativa consistência; leis modernas na linha de incentivo e proteção ao investimento, sem perder o seu aspecto social – todas essas são características visíveis na dinâmica aparentemente complexa do ordenamento brasileiro.

O número de empresas brasileiras que não somente competem no mercado internacional, mas também controlam outras empresas e atividades industriais e de serviços no exterior, tem crescido sistematicamente. Estas empresas multinacionais brasileiras, tendo obtido sucesso num ambiente jurídico interno aparentemente complexo, mas relativamente seguro, estão preparadas para atuar em igualdade de condições em outros países. Entretanto, do ponto de vista tributário, um obstáculo relevante é a legislação da tributação de lucros do exterior de forma imediata no Brasil, pois as empresas brasileiras podem perder competitividade em relação aos países desenvolvidos e em desenvolvimento que não adotam tal prática. Assim, multinacionais de outros países atuando no Brasil tem uma vantagem comparativa (do ponto de vista do país exportador do capital) aliada à outra vantagem que elas têm com relação a investimentos em terceiros países (do ponto de vista do país exportador do capital). Assim, o princípio da neutralidade fiscal do ponto de vista do país exportador do capital (a decisão por investir no exte-

⁶ As principais proteções previstas em tais tratados de investimento são o tratamento ‘fair and equitable’, o direito a expropriação justa e a arbitragem internacional.

rior ou internamente não deve estar influenciada em princípio pela carga tributária direta, pois os lucros de investimentos externos são tributados da mesma forma que os lucros de investimentos internos), que informa a adoção ou não da tributação dos lucros auferidos no exterior, acaba penalizando as empresas multinacionais brasileiras, já que os países que adotam tal legislação estabelecem que o lucro será tributado somente quando o mesmo for distribuído ao país de origem ou se o país sede das empresas controladas for um paraíso fiscal.

Se as empresas multinacionais brasileiras esperam atuar num ambiente externo mais ou menos previsível juridicamente, não podem elas esperar que outros investidores estrangeiros não tenham uma mesma garantia de previsibilidade mínima aos seus investimentos. Sociologicamente, investidores de países do BRIC podem se sentir mais seguros em investir no Brasil do que investidores de países desenvolvidos e isto pode representar uma vantagem competitiva intangível para os primeiros. Isto porque eles teriam como critério de comparação primeiro a sua própria jurisdição doméstica, a qual de acordo com um padrão mais ocidental de ‘rule of law’ internacional, estaria relativamente menos segura que a do Brasil. Lógico que há uma grande diferença entre liberdades e garantias formais e reais, pois o simples fato de ser parte de uma Convenção contra Lavagem de Dinheiro e a Corrupção, ou de Direitos Humanos ou de Proteção à Propriedade Intelectual, e ter implementado instrumentos legislativos adequados, não assegura por si só uma competição justa entre os investidores. Entretanto, os mecanismos legais existem, bem como precedentes de punição e a atuação de agentes econômicos de quaisquer países, inclusive daqueles do BRIC, que podem dar o exemplo de ser possível no Brasil fazer grandes investimentos sem necessariamente se envolver em práticas atentatórias à concorrência livre e justa, de corrupção do setor público e do privado ou violação dos direitos humanos. Em suma, do ponto de vista jurídico institucional, o Brasil está no caminho da “international rule of law”, gerando razoável garantia e estabilidade para quaisquer investidores que são submetidos a um tratamento “fair and equitable” do ponto de vista das instituições na prática.

Outro exemplo de aperfeiçoamento das instituições brasileiras, de acordo com a prática internacional, é a política pública adotada pelo Poder Judiciário e Poder Executivo na adoção de mecanismos alternativos de solução de conflitos.⁷ Se a adoção da arbitragem privada como faculdade dos jurisdicionados pela Lei 9307, de 1996, se justificou política e socialmente, a arbitragem pública também se pode justificar, em linha com a prática de outros países em desenvolvimento e desenvolvidos, pois se trata de uma matéria em que os litígios tendem a ser mais complexos e de duração mais incerta. Por exemplo, de uma pesquisa pública da FGV realizada em fevereiro 2010, 95% dos entrevistados reclamaram da lentidão da Justiça, sobre a demora em geral da apreciação jurisdicional. Realmente, a demora excessiva na apreciação jurisdicional pode representar uma séria denegação de Justiça, conforme precedentes judiciais de jurisdições internacionais como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, bem como uma afronta à própria Constituição Federal de 1988 (EC 45/2004, art 5º, inciso LXXVIII, no que toca à razoabilidade da duração do processo e sua celeridade).

Do ponto de vista sociológico, que se entrelaça com alguns argumentos jurídicos, a arbitragem em matéria pública (inclusive a tributária) pode se justificar ainda pelo próprio tripé da arbitragem em geral, ou seja, por sua celeridade, especialidade de conhecimento e confiança (incluindo-se a imparcialidade). Se um destes elementos faltar, a própria justificativa da arbitragem em matéria

⁷ Reconhecendo o interesse público e a política pública de pacificação de conflitos, a Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, a Escola Superior da Procuradoria da Fazenda Nacional em São Paulo e a Associação Ibero-Americana de Arbitragem Tributária – AIBAT organizaram nos dias 20 e 21 de junho de 2011 o evento “Soluções Alternativas de Resolução de Conflitos: Arbitragem em Direito Tributário”, que ocorreu no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em São Paulo/SP (www.trf3.jus.br/semag/) com a participação de membros do Poder Judiciário e do Executivo, bem como professores do Brasil e do exterior. No âmbito legislativo a Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados aprovou no dia 16 de junho de 2011 substitutivo à proposta de Lei Complementar (Projeto de Lei Complementar 469/09), que autoriza a solução de conflitos de natureza tributária por meio de arbitragem. O substitutivo permite ainda que a lei estabeleça outras formas de resolução de conflitos tributários.

pública não se sustentaria. Em geral, direitos patrimoniais são considerados disponíveis, desde que não afetem outros direitos indisponíveis como o direito à vida. Direitos patrimoniais públicos também podem ser disponíveis, dentro da classificação entre interesses públicos primários e secundários. Direitos patrimoniais públicos se enquadram na segunda categoria, sendo disponíveis, inclusive para a satisfação do interesse público geral primário.⁸

Do ponto de vista mais estritamente jurídico, a decisão do Supremo Tribunal Federal,⁹ que declarou a constitucionalidade da lei de arbitragem privada (Lei nº 9.307/96), apreciou fundamentalmente duas questões, que podem favorecer a arbitragem em direito público, incluindo matéria tributária. A primeira foi a da universalidade da jurisdição, ou da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão de direito individual. Então se analisou se era constitucional uma lei de arbitragem possibilitar, através de convenção entre as partes, que o litígio não fosse levado ao judiciário após a decisão arbitral. O STF debateu muito essa questão e entendeu que o que aquele dispositivo constitucional proíbe é uma lei que forçasse a arbitragem. A segunda questão fundamental discutida foi a natureza da lei de arbitragem, que se restringia a direitos disponíveis.

Em matéria tributária, colocar-se-ia a discussão da indisponibilidade do crédito tributário. Mas é perfeitamente razoável se entender que essa indisponibilidade do crédito tributário, no fundo, é um direito do jurisdicionado. O cidadão, o contribuinte, é que tem o direito de exigir da autoridade administrativa que ela faça o lançamento do tributo de acordo com a lei. Então a autoridade tem o dever e o contribuinte tem o direito de que o tributo seja

⁸ Sobre a distinção entre interesse público primário e secundário (disponível) para efeitos de arbitragem em contratos que envolvem a administração pública, vide Mandado de Segurança/DF n. 11308 (2005/0212763-0 – 19/05/2008), 1ª Seção do STJ, unânime, Relator Min Luiz Fux, bem como ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrighi, DJ 18.08.1999).

⁹ Acórdão do Plenário de 12 de dezembro de 2001, publicado no Diário da Justiça da União de 30 de abril de 2004, no Ag. Reg. na Sentença Estrangeira 5.206-7 do Reino da Espanha.

lançado da forma prevista em lei. Em geral, direitos patrimoniais são considerados disponíveis, desde que não afetem outros direitos indisponíveis como o direito à vida. O valor do tributo a ser arrecadado ou liquidado pelo lançamento cuja legalidade seria apreciada por decisão arbitral é que seria indisponível, pois somente se pode falar de crédito tributário após a sua constituição definitiva, e após o exercício dos direitos previstos em lei para o seu escrutínio. Assim, o interesse público primário de indisponibilidade e legalidade do crédito tributário fica resguardado, enquanto o interesse público secundário de perseguir o meio mais apropriado para a aferição da legalidade do montante do lançamento se realiza também pela realização da arbitragem como direito do jurisdicionado. Ademais, noutra vertente, se o direito constitucional à observância do devido processo legal para a cobrança do tributo pode ser considerado disponível para o contribuinte, a arbitragem prevista como faculdade em lei específica faria parte deste conceito constitucional do devido processo legal.

Enfim, a questão da possibilidade da arbitragem em matéria tributária também se pode colocar sob a óptica de que numa arbitragem não se dispõe do crédito. O que se faz é eleger um ou mais árbitros para que se interprete e se aplique a lei. Então não há um acordo de vontades entre Fisco e contribuintes determinando o montante do tributo devido ou dizendo que nesse caso a lei não se aplica ou nesse caso a interpretação é num sentido ou noutro. Não. Acorda-se sim que terceiros (árbitros especializados e legalmente habilitados) irão aplicar a lei ao caso concreto. É lógico que cabem exceções a serem previstas na própria lei de arbitragem, como, por exemplo, em se tratando de analisar a constitucionalidade de lei, a competência continuaria a ser privativa do Poder Judiciário.

Muitos países já adotaram a arbitragem em matéria tributária, tal como recentemente Portugal, através do Decreto-lei no 10/2011 de 20 de janeiro de 2011, originário da proposta de lei OE2010 aprovada pela Assembléia da República. Dos seus 30 artigos, podem-se ressaltar pelo interesse da prática da arbitragem no Brasil, dentre outros, os que tratam da anulação da decisão arbitral (similar ao da arbitragem privada), a sua celeridade (decisão em seis meses

prorrogáveis justificadamente por mais seis meses), e o recurso direto ao Tribunal Constitucional quando a decisão arbitral declara a inconstitucionalidade de lei ou aplica lei cuja constitucionalidade tenha sido suscitada. Embora consagre a irrecobabilidade da decisão arbitral em geral, em outro caso excepcional admite o recurso para o Supremo Tribunal Administrativo (instância máxima em matéria tributária), exceto quando contraria a sua jurisprudência relativa à mesma questão fundamental de direito. Assim, podendo ser uma fonte de inspiração ao legislador brasileiro pela similaridade de ordenamentos jurídicos, a lei portuguesa tenta consagrar, em matéria pública tributária, as vantagens da arbitragem com outros princípios constitucionais para a pacificação de conflitos.

Espera-se com a prática da arbitragem em geral no Brasil, além do aperfeiçoamento das instituições e instrumentos de solução de conflitos, que a litigiosidade excessiva e a demora na solução dos conflitos não mais sejam um empecilho aos demais valores da realização da justiça e desenvolvimento econômico-social.

Principais Instrumentos de Gestão de Resíduos Sólidos Industriais à Luz da Lei Federal nº 12.305/2010

Leonardo Pereira Lamego¹

I. INTRODUÇÃO

Os processos produtivos industriais, via de regra, têm como consequência a geração de resíduos sólidos que demandam por tratamento e destinação final ambientalmente adequadas, notadamente porque algumas substâncias contidas nestes resíduos podem ser potencialmente perigosas à saúde pública e à qualidade ambiental.

Embora a legislação brasileira já previsse desde o final da década de 1970 normas específicas para o correto tratamento e destinação de resíduos sólidos, conforme dados do IBGE², no ano de 2008, mais da metade (50,8%) do total de resíduos sólidos gerados no Brasil foram destinados a lixões e vazadouros a céu aberto, sendo 22,5% destinados a aterros controlados e somente 27,7% tiveram destinação ambientalmente adequada em aterros sanitários licenciados³. Este cenário reforçou a urgência e a necessidade de

¹ Especialista em direito ambiental, pós-graduado em Regime Jurídico dos Recursos Minerais pela Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC, pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela FESMP, Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Política Ambiental do Estado de Minas Gerais – COPAM. Membro colaborador da Comissão de Meio Ambiente da OAB/MG.

² IBGE, Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2008, disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/pnsb2008/PNSB_2008.pdf em 30.05.2011.

³ Aterro sanitário é o local adequado para disposição dos resíduos sólidos e rejeitos, licenciado, construído e operado conforme critérios de engenharia e normas

sistematização das regras e a implementação de uma política nacional que desse maior efetividade ao regramento pertinente à matéria, definindo a responsabilidade e as metas para todas as partes interessadas.

Após cerca de 20 (vinte) anos de discussão no Poder Legislativo, foi aprovada a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei Federal nº 12.305/2010) estabelecendo regramento com caráter sistêmico, envolvendo os poderes públicos, o setor produtivo e a sociedade, no qual se entrelaçam os aspectos ambiental, social, econômico, cultural, tecnológico e de saúde pública.

Nesse novo contexto normativo foram ampliadas as responsabilidades decorrentes da gestão dos resíduos, consolidadas as normas já existentes e estabelecidos novos instrumentos de controle e fomento à gestão ambientalmente adequada dos resíduos sólidos, dentre os quais passaremos a analisar aqueles com maior relevância e aplicabilidade direta para o setor produtivo industrial. Não se pretende, pois, exaurir a análise dos princípios, objetivos e instrumentos pertinentes à PNRS, mas, tão somente, analisar alguns aspectos fundamentais para implementação da gestão de resíduos sólidos industriais.

2. HISTÓRICO LEGISLATIVO DA GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS NO BRASIL

Embora a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS (Lei Federal nº 12.305/2010) tenha entrado em vigor apenas recentemente, em agosto de 2010, a obrigação legal do setor produtivo gerir os resíduos sólidos industriais gerados em suas atividades não

operacionais específicas, que permite a confinação segura em termos de controle da potencialidade de dano/impacto ambiental e proteção à saúde pública. Aterro controlado é o local utilizado para despejo do lixo coletado, em bruto, com cuidados mínimos visando à mitigação de riscos de danos ou riscos à saúde pública e a segurança, minimizando os impactos ambientais. Lixão ou Vazadouro a céu aberto é a disposição final do lixo pelo seu lançamento, em bruto, sobre o terreno sem a adoção de qualquer medida de prevenção, mitigação ou controle e, evidentemente, sem o devido licenciamento ambiental.

é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Desde 1978⁴, a Norma Regulamentadora – NR nº 25, aprovada pela Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego nº 3.214/1978, já estabelecia que os resíduos líquidos e sólidos produzidos por processos e operações industriais deveriam ser convenientemente tratados, dispostos ou retirados dos limites da indústria, de forma a evitar riscos à saúde e à segurança dos trabalhadores. No ano de 1979, a Portaria MIN-TER nº 53/79, do extinto Ministério do Interior, definiu critérios legais para o tratamento e a disposição dos resíduos industriais.

Posteriormente, a gestão de resíduos sólidos industriais foi objeto de diversas outras normas esparsas que passaram a estabelecer obrigações quanto ao controle, manejo, tratamento, acondicionamento, armazenamento, coleta, transporte, destinação e disposição destes resíduos, dentre as quais passaremos a citar as mais relevantes, no âmbito federal, para contextualização da matéria em exame.

No início da década de 1980⁵, entra em vigor a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938/81), dando uma

⁴ No contexto internacional, a Organização das Nações Unidas – ONU, considerando as preocupações mundiais com os efeitos da degradação ambiental na qualidade de vida da humanidade, convocou, em dezembro de 1968, uma conferência internacional para tratar sobre os problemas do meio ambiente. Essa reunião foi realizada em junho de 1972, em Estocolmo, resultando na Declaração Sobre o Ambiente Humano, que estabeleceu diretrizes e princípios para a preservação e conservação da natureza e as bases consensuais do desenvolvimento sustentável, que buscam harmonizar o desenvolvimento econômico com a proteção ambiental. No texto da declaração de Estocolmo foi consignado o Princípio 6, que estabelece: “Deve-se por fim à descarga de substâncias tóxicas ou de outros materiais que liberam calor, em quantidades ou concentrações tais que o meio ambiente não possa neutralizá-los, para que não se causem danos graves e irreparáveis aos ecossistemas. Deve-se apoiar a justa luta dos povos de todos os países contra a poluição.” Esta declaração internacional, constitui importante marco para a legislação ambiental, inclusive, com relação à gestão de resíduos sólidos, tendo fomentado as discussões, fóruns internacionais e a efetiva regulamentação da proteção ambiental no âmbito do Direito Interno e Internacional nas décadas seguintes.

⁵ No cenário internacional, no ano de 1987, foi elaborado o Relatório “Nosso Futuro Comum” ou Relatório Brundtland, elaborado pela Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento, também consignou o direito à qualidade de vida, elevando-o a direito fundamental do ser humano. Nesse mesmo relatório

nova dimensão ao tratamento da questão ambiental no Brasil, sendo que, alguns anos depois, o meio ambiente foi elevado ao *status* de direito fundamental nos termos da Constituição da República de 1988, que dedicou capítulo específico para tratar a matéria.

Neste novo contexto, a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT editou a NBR 10004-1987 (atualizada em 2004) sobre os resíduos sólidos e sua classificação, baseando-se no Regulamento Técnico Federal Norte-Americano denominado “Code of Federal Regulation (CFR) – title 40 – Protection of environmental – Part 260-265 – Hazardous waste management”, que tem o objetivo de classificar os resíduos sólidos quanto à sua periculosidade, considerando seus riscos potenciais ao meio ambiente e à saúde pública. A citada NBR passou a constituir ferramenta técnica para os diversos setores envolvidos com o gerenciamento de resíduos sólidos e embasamento utilizado para aplicação da legislação então vigente. No mesmo ano, foi editada a NBR 12235-1987 (atualizada em 1992) indicando parâmetros técnicos para o armazenamento de resíduos sólidos perigosos.

A partir do ano de 1988, o Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA passa a regulamentar especificamente essa matéria, editando a Resolução CONAMA nº 06/1988 (revogada pela Resolução CONAMA nº 313/2002) que estabeleceu a obrigatoriedade de controle específico dos resíduos sólidos, aprovado no âmbito do processo de licenciamento ambiental de atividades industriais, devendo, ainda, os empreendedores informarem ao órgão ambiental competente os dados referentes à geração, às características e destino final de seus resíduos.

Com a crescente regulamentação mundial sobre a matéria e o aumento dos custos na gestão de resíduos sólidos, os responsáveis pelas inúmeras fontes geradoras de resíduos perigosos ao redor do mundo começaram a procurar opções menos onerosas do que a destinação ou disposição ambientalmente adequada, todavia, em alguns

foi cunhada a clássica definição de desenvolvimento sustentável, assim compreendido como “o desenvolvimento que atende às necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade de as futuras gerações terem suas próprias necessidades atendidas”

casos, a “opção” foi enviar irregularmente resíduos perigosos para países não desenvolvidos. Quando esta situação foi detectada pela comunidade internacional, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA propôs uma convenção para controlar o movimento transfronteiriço de resíduos perigosos, resultando na Convenção de Basiléia, que foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 34/1992 e promulgada pelo Decreto nº 875/1993, estabelecendo como objetivos da legislação minimizar, reciclar e eliminar os resíduos perigosos; promover e usar tecnologias limpas; reduzir o movimento de resíduos perigosos; controlar e monitorizar o tráfico ilícito; proibir o transporte de resíduos perigosos para países que não disponham de tecnologia necessária ao tratamento desses resíduos, ajudar os países em desenvolvimento na gestão de resíduos perigosos; desenvolver centros regionais de treino e tecnologia de transferência; informar, educar e sensibilizar a sociedade relativamente aos resíduos perigosos⁶.

A década de 1990 ficou marcada como a década dos resíduos sólidos em vista do grande número de normas relevantes sobre a matéria. A Resolução CONAMA nº 09/1993 (revogada pela Resolução CONAMA nº 362/2005) juntamente com a Portaria Normativa IBAMA nº 84/1996⁷ e a Resolução CONAMA nº 257/1999 (revogada pela Resolução CONAMA nº 401/2008), estabeleceram regras mais rígidas para o controle e destinação dos resíduos e das embalagens de óleos lubrificantes, agrotóxicos, pilhas e baterias, instituindo a obrigação dos fabricantes e importadores de recolher e dar destinação final ambientalmente adequada a estes resíduos

⁶ A restrição para a realocação e movimento transfronteiriço de resíduos perigosos constou expressamente na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (RIO 92), nos termos do Princípio 14, que assim dispõe: Os Estados devem cooperar de forma efetiva para desestimular ou prevenir a realocação e transferência, para outros Estados, de atividades e substâncias que causem degradação ambiental grave ou que sejam prejudiciais à saúde humana.

⁷ A Lei Federal nº 7.802/1989, regulamentada pelo Decreto Federal nº 4.074/2002, dispõe especificamente sobre o transporte, o armazenamento, a comercialização, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins.

após o consumo. Estas normas constituem o embrionário da responsabilidade pós-consumo e da logística reversa⁸ que, posteriormente, foi consolidada nos termos da Política Nacional de Resíduos Sólidos e estendida a outras espécies de resíduos sólidos.

A Resolução CONAMA nº 05/1993 regulamentou especificamente o gerenciamento dos resíduos sólidos gerados nos portos, aeroportos, terminais ferroviários e rodoviários e estabelecimentos prestadores de serviços de saúde (atualmente regidos pela Resolução CONAMA nº 358/2005), estabelecendo a classificação, o sistema de tratamento de resíduos, o sistema de disposição final e, ainda, o Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos (PGRS)⁹.

Com o advento da Resolução CONAMA nº 237/1997, os serviços de tratamento, a destinação de resíduos industriais, o transporte de cargas perigosas e os depósitos de produtos químicos e produtos perigosos passaram a constar expressamente do rol de atividades passíveis de licenciamento ambiental específico, promovendo-se maior controle na logística e destinação final dos resíduos perigosos.

Outro marco legislativo importante foi a publicação da Lei de Crimes Ambientais, (Lei Federal nº 9.605/1998), que passou a tipificar como crime, dentre outros, o lançamento ou disposição irregular de resíduos sólidos que acarretar poluição, bem como a manipulação, acondicionamento, armazenamento, coleta, transporte, reutilização, reciclagem ou destinação final de resíduos perigosos de forma diversa da estabelecida em lei ou regulamento¹⁰. Dessa forma, os infratores das normas de gestão resíduos sólidos industriais passaram a estar sujeitos também à responsabilidade na

⁸ A Resolução CONAMA nº 416/2009 ampliou o sistema de logística reversa para pneus inservíveis.

⁹ Em algumas normas estaduais, o PGRS é denominado de “Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos” (ex.: Lei Estadual de Minas Gerais nº 18.031/2009) ou “Plano Integrado de Gerenciamento de Resíduos Sólidos – PGIGRS” (ex.: Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 4191/2003), a partir da PNRS o nome jurídico consolida-se como “Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos” (PGRS), como já dispunha, por exemplo, a Lei Estadual de São Paulo nº 12.300/2006, a Lei Estadual do Mato Grosso nº 7.862/2002 e a Lei Estadual de Pernambuco nº 12.008/2001 e Lei Estadual de Santa Catarina nº 13.557/2005.

¹⁰ Vide artigos 54 e 56 da Lei Federal nº 9.605/98.

esfera criminal, sem prejuízo da responsabilidade civil e administrativa¹¹.

Em decorrência do aumento da preocupação da sociedade com a gestão dos resíduos sólidos e verificando a necessidade de serem regulamentadas as alternativas de destinação destes resíduos além da simples disposição em aterros, a legislação passou a regulamentar de modo mais específico mecanismos para a reutilização, reciclagem, compostagem, recuperação e aproveitamento energético de resíduos, tal como se verifica na Resolução do CONAMA nº 264/1999, que regulamenta o co-processamento de resíduos em fornos rotativos de clínquer; a Resolução CONAMA nº 362/2005, que trata da reciclagem e rerrefino dos óleos lubrificantes e a Resolução CONAMA nº 375/2006, que define critérios e procedimentos, para o uso agrícola de lodos de esgoto gerados em estações de tratamento de esgoto sanitário.

Outro aspecto bastante relevante acerca da gestão dos resíduos sólidos, principalmente os perigosos, é a sua potencialidade de danos/degradação ambiental com contaminação do solo e corpos hídricos, daí a necessidade de intenso controle quanto ao acondicionamento, armazenamento, transporte, destinação e disposição final destes resíduos. Assim, a fim de reforçar e regulamentar a necessidade de uma gestão adequada dos resíduos e a responsabilidade do gerador pelos eventuais impactos e danos ambientais causados, a Resolução CONAMA nº 420/2009, regulamentou critérios e valores orientadores de qualidade do solo quanto à presença de substâncias químicas, passando a estabelecer as diretrizes e a obrigação do gerenciamento ambiental de áreas contaminadas, inclusive em decorrência da disposição irregular/inadequada de resíduos no solo¹².

¹¹ A responsabilidade civil está prevista expressamente no art. 14 da Lei Federal nº 6.938/81 e art. 225, §3º da Constituição da República. A responsabilidade administrativa decorrente de infrações ambientais está regulamentada no âmbito federal, principalmente, nos termos do Decreto Federal nº 6.514/2008.

¹² Alguns Estados, por exemplo São Paulo (Lei nº 12.300/2006 e Lei nº 13.577/2009) e Minas Gerais (Lei nº 18.031/2009 e Deliberação Normativa COPAM nº 116/2008), já possuem normas regulamentando procedimentos específicos para diagnóstico, cadastramento, remediação e reabilitação das áreas contaminadas.

Mais recentemente, extrapolando a criação de mecanismos de comando e controle do Estado, a legislação passou a instituir mecanismos para o fomento às boas práticas de gestão, educação, conscientização e disseminação das práticas ambientalmente corretas. Dentre estas medidas podemos citar a Portaria Interministerial do Ministério das Cidades e Ministério do Meio Ambiente nº 695/2006, que criou o Projeto Mecanismos de Desenvolvimento Limpo aplicado à redução de Emissões de Gases em Unidades de Disposição Final de Resíduos Sólidos (Projeto MDL Resíduos Sólidos Urbanos) e a Medida Provisória nº 476/2009, que possibilita a concessão de crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI na aquisição de resíduos sólidos por estabelecimento industrial para utilização como matérias-primas ou produtos intermediários na fabricação de seus produtos.

No mesmo sentido, a PNRS (Lei Federal nº 12.305/2001) prevê que Poder Público poderá instituir medidas indutoras e linhas de financiamento para atender, prioritariamente, às iniciativas de prevenção e redução da geração de resíduos sólidos no processo produtivo, desenvolvimento de produtos com menores impactos à saúde humana e à qualidade ambiental em seu ciclo de vida; implantação de infraestrutura física e aquisição de equipamentos para cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda; desenvolvimento de projetos de gestão dos resíduos sólidos de caráter intermunicipal ou regional; estruturação de sistemas de coleta seletiva e de logística reversa; descontaminação de áreas contaminadas, incluindo as áreas órfãs; desenvolvimento de pesquisas voltadas para tecnologias limpas aplicáveis aos resíduos sólidos; desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos.

Tais mecanismos de fomento às práticas ambientalmente responsáveis têm conquistado espaço nos últimos anos, embora muitas normas que prevejam a possibilidade de concessão de benefícios ainda careçam de regulamentação para torná-los efetivos e acessíveis ao setor produtivo.

Transpostas estas considerações iniciais, verifica-se que a gestão dos resíduos sólidos industriais possui ampla regulamentação no nível federal¹³, mesmo antes do advento da PNRS e seu regulamento (Decreto Federal nº 7.404/2010). Entretanto, a matéria ganhou novas dimensões e destaque com o advento da PNRS, em função da consolidação de seus princípios, objetivos e instrumentos de controle e fomento da gestão ambientalmente adequada, dos quais analisaremos, a seguir, a Classificação de Resíduos, o Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos (PGRS), os inventários de resíduos, o sistema de logística reversa e a responsabilidade pós-consumo.

De igual forma, a fiscalização e a atribuição de responsabilidades do setor produtivo pela gestão adequada de resíduos se intensificou de tal forma nas últimas décadas, que passou a constituir aspecto de observância indispensável para o planejamento empresarial e, até mesmo, condição para verificação da viabilidade dos empreendimentos, razão pela qual passamos a expor nos capítulos seguintes os principais instrumentos de gestão tratados na legislação.

3. INSTRUMENTOS DE GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS INDUSTRIAIS

Transpostas as considerações preliminares acima, passaremos a analisar os principais instrumentos de gestão dos resíduos industriais, sob a perspectiva da legislação federal, enquanto norma de caráter geral e, portanto, sem adentrar às obrigações complementares¹⁴ e especificidades trazidas pela legislação estadual e municipal pertinentes a cada caso.

¹³ Diversos Estados brasileiros possuem regulamentação complementar à legislação federal tratando aspectos da gestão de resíduos sólidos, todavia, o presente artigo se limita a analisar a gestão de resíduos sólidos à luz da legislação federal, os respectivos mecanismos e responsabilidades.

¹⁴ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; [...] 1º – No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á

3.1 Classificação dos Resíduos Sólidos

O primeiro instrumento de gestão dos resíduos sólidos a ser analisado – e não por coincidência, o mais fundamental – é a identificação e classificação do resíduo, a partir da qual serão definidos os procedimentos necessários para a sua adequada gestão. A classificação de resíduos sólidos¹⁵ envolve identificar a) o processo ou atividade que lhes deu origem, b) a sua constituição e características, c) o enquadramento destes resíduos e substâncias conforme impacto à saúde e ao meio ambiente.

Os resíduos sólidos foram definidos na legislação ambiental, inicialmente, através do texto da Resolução CONAMA nº 05/1993 que, com base na NBR ABNT 10.004, assim dispõe:

Resíduos nos estados sólido e semi-sólido, que resultam de atividades da comunidade de origem: industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de serviços e de varrição. Ficam incluídos nesta definição os lodos provenientes de sistemas de tratamento de água, aqueles gerados em equipamentos e instalações de controle de poluição, bem como determinados líquidos cujas particularidades tornem inviável seu lançamento na rede pública de esgotos ou corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica e economicamente inviáveis, em face à melhor tecnologia disponível.

A PNRS conceituou os resíduos sólidos e, ainda, diferenciou estes dos rejeitos, nos seguintes termos:

Resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o

a estabelecer normas gerais. § 2º – A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º – Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º – A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

¹⁵ A Política Nacional de Resíduos Sólidos não se aplica aos rejeitos radioativos, que são regulados por legislação específica, notadamente, a Lei Federal nº 10.308, de 20 de novembro de 2001.

seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível;

Rejeitos: resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada;¹⁶

Vê-se que o conceito trazido pelo art. 3º da PNRS é bastante amplo e genérico, de forma que para a classificação e definição das obrigações pertinentes em cada hipótese, foi necessário que a legislação classificasse cada tipo de resíduo conforme seus possíveis impactos para o meio ambiente. Assim, nos termos do art. 13 da citada norma, os resíduos foram classificados em razão de sua origem¹⁷ e periculosidade para o meio ambiente.

Nos moldes da citada norma, 'resíduos perigosos' são aqueles que, em razão de suas características de inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade, patogenicidade, carcinogenicidade, teratogenicidade ou mutagenicidade, apresentam significativo risco

¹⁶ Vide Art. 3º, incisos XV e XVI da PNRS.

¹⁷ "Art. 13. Para os efeitos desta Lei, os resíduos sólidos têm a seguinte classificação: I – quanto à origem: a) resíduos domiciliares: os originários de atividades domésticas em residências urbanas; b) resíduos de limpeza urbana: os originários da varrição, limpeza de logradouros e vias públicas e outros serviços de limpeza urbana; c) resíduos sólidos urbanos: os englobados nas alíneas "a" e "b"; d) resíduos de estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços: os gerados nessas atividades, excetuados os referidos nas alíneas "b", "e", "g", "h" e "j"; e) resíduos dos serviços públicos de saneamento básico: os gerados nessas atividades, excetuados os referidos na alínea "c"; f) resíduos industriais: os gerados nos processos produtivos e instalações industriais; g) resíduos de serviços de saúde: os gerados nos serviços de saúde, conforme definido em regulamento ou em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama e do SNVS; h) resíduos da construção civil: os gerados nas construções, reformas, reparos e demolições de obras de construção civil, incluídos os resultantes da preparação e escavação de terrenos para obras civis; i) resíduos agrossilvopastoris: os gerados nas atividades agropecuárias e silviculturais, incluídos os relacionados a insumos utilizados nessas atividades; j) resíduos de serviços de transportes: os originários de portos, aeroportos, terminais alfandegários, rodoviários e ferroviários e passagens de fronteira; k) resíduos de mineração: os gerados na atividade de pesquisa, extração ou beneficiamento de minérios;"

à saúde pública ou à qualidade ambiental, de acordo com lei, regulamento ou norma técnica. Por exclusão, os ‘resíduos não perigosos’ são aqueles que não se enquadrarem em nenhuma hipótese acima.

Com base na citada NBR ABNT 10.004, os resíduos perigosos são aqueles pertencentes à Classe I e os não perigosos à Classe II. Esta última, subdividida na Classe II-B (inertes), assim considerados aqueles que não tiverem nenhum de seus constituintes solubilizados a concentrações superiores aos padrões de potabilidade de água, excetuando-se aspecto, cor, turbidez, dureza e sabor (propriedades organolépticas), e Classe II-A (Não inertes), aqueles que não se enquadram nas classificações de resíduos da classe I nem da classe II-B.

A classificação dos resíduos pelo empreendedor, através dos critérios legais e análises técnicas pertinentes constitui, pois, o ponto de partida para que o empreendedor verifique a incidência das obrigações legais, proceda ao planejamento e à gestão ambientalmente adequada de seus resíduos, bem como delinear a dimensão da responsabilidade civil, administrativa e criminal sobre a eventual má-gestão ambiental destes resíduos.

3.2 Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos – PGRS

Nos termos da Lei Federal nº 12.305/2010, o gerenciamento de resíduos sólidos é considerado como o conjunto de ações exercidas, direta ou indiretamente, nas etapas de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos¹⁸, de acordo com plano municipal de gestão integrada de

¹⁸ ‘Destinação final ambientalmente adequada’ é a destinação de resíduos que inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes do Sisnama, do SNVS e do Suasa, entre elas a disposição final, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos.

‘Disposição final ambientalmente adequada’ é a distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos (art. 3º, incisos VII e VIII da PNRS).

resíduos sólidos ou com Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos (PGRS). Por sua vez, a gestão integrada de resíduos sólidos é o conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável.

Assim, o PGRS constitui a ferramenta para que o empreendedor, responsável pela gestão dos seus resíduos, defina e execute as ações relativas ao manejo de resíduos sólidos e, de outro lado, por ser apresentado e aprovado no âmbito do processo de licenciamento ambiental confere subsídios para o controle e a fiscalização por parte do poder público e também da sociedade, visto que passa a constituir documento de acesso público.¹⁹

Estão sujeitos à elaboração e apresentação do PGRS os geradores de resíduos sólidos industriais, sendo que, de acordo com disposto no art. 20 da PNRS, também estão sujeitos a esta obrigação os geradores de resíduos decorrentes das atividades minerárias, estabelecimentos de saúde, os estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços que gerem resíduos perigosos, entre outros citados na legislação, sendo responsáveis civil, administrativa e criminalmente pela sua fiel execução.

O PGRS deverá ser elaborado, contemplando os aspectos referentes à geração, segregação, acondicionamento, coleta, armazenamento, transporte, tratamento e disposição final, bem como a proteção à saúde pública devendo conter no mínimo: a) a descrição do empreendimento ou atividade; b) o diagnóstico dos resíduos sólidos gerados ou administrados, contendo a origem, o volume e a caracterização dos resíduos, incluindo os passivos ambientais a eles relacionados; c) indicação dos responsáveis por cada etapa do gerenciamento de resíduos sólidos; d) definição dos procedimentos operacionais relativos às etapas do gerenciamento de resíduos sólidos sob responsabilidade do gerador; e) se houver, identificação

¹⁹ A Lei Federal nº 10.650, de 16 de abril de 2003, dispõe sobre o acesso público aos dados e informações ambientais existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama.

das soluções consorciadas ou compartilhadas com outros geradores; f) ações preventivas e corretivas a serem executadas em situações de gerenciamento incorreto ou acidentes; g) metas e procedimentos para a minimização da geração, reutilização e reciclagem; h) se couber, ações relativas à responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos; i) medidas saneadoras dos passivos ambientais relacionados aos resíduos sólidos; j) periodicidade de sua revisão, observado, se couber, o prazo de vigência da respectiva licença de operação a cargo dos órgãos do SISNAMA.

No PGRS, portanto, o responsável deverá informar e estabelecer procedimentos, desde a origem dos resíduos até a sua destinação final ambientalmente adequada (ex.: reutilização, reciclagem, tratamento, geração de energia e disposição final), submetendo este plano à prévia aprovação do órgão ambiental.

Vale ressaltar que, de acordo com as características dos resíduos gerados no processo produtivo, serão exigidas medidas mais rígidas de controle e destinação final. A título de exemplo, os resíduos da Classe I (perigosos)²⁰, demandarão acondicionamento, transporte e destinação diferenciada, visando evitar riscos de contaminação de solo, dos cursos d'água e, até mesmo, emissões atmosféricas que prejudiquem a qualidade do ar. Nestes casos, a movimentação dos resíduos da Classe I, diferentemente dos 'não perigosos', demandará transporte adequado para a realização desta atividade e, ainda, com licença ambiental específica para tanto²¹. De igual forma, a disposição final de resíduos da Classe I não poderá ser realizada em aterros sanitários comuns, sendo necessário tratamento prévio ou

²⁰ As pessoas jurídicas que operam com resíduos perigosos, em qualquer fase do seu gerenciamento, são obrigadas a se cadastrar no Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos, conforme disposto no art. 38 da PNRS e art. 68 do Decreto Federal nº 7.404/2010. Este cadastramento ainda carece de implementação pelo Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, devendo ser implementado de forma integrada ao Cadastro Técnico Federal – CTF.

²¹ A atividade de transporte de cargas/produtos perigosos é considerada passível de licenciamento ambiental nos termos do art. 2º, §1º, da Resolução CONAMA nº 237/1997, estando regulamentada, principalmente, nos termos do Decreto Federal nº 96.044/1988 e Resolução ANTT nº 420/2004.

disposição em aterros aptos a receber resíduos perigosos, portanto, licenciados ambientalmente para a Classe I.

Outro mecanismo importante trazido pela PNRS é a diferenciação entre ‘resíduos’ e ‘rejeitos’ juntamente com a previsão expressa de que os resíduos sólidos, prioritariamente, devem ser reutilizados, reciclados ou sofrer tratamento, sendo que somente os rejeitos devem ser objeto de disposição final ambientalmente adequada²². Com isso, esta destinação ambientalmente adequada diferenciada para resíduos e rejeitos prevista na PNRS também deverá ser incorporada aos PGRS.

O fiel cumprimento do PGRS constitui dever do empreendedor, inclusive, porque este documento passa a constituir parte integrante de seu licenciamento ambiental e condição para regular operação do empreendimento. Pelo mesmo motivo, qualquer alteração nos processos e ações previstas no PGRS apresentado no processo de licenciamento ambiental deverá ser previamente informada e aprovada pelo órgão ambiental. A não execução do PGRS e das medidas necessárias para o adequado gerenciamento dos resíduos sólidos poderá acarretar a responsabilidade civil²³, administrativa²⁴ e criminal (Lei Federal nº 9.605/98) para o gerador.

²² (PNRS) Art. 9º Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos”.

²³ (Código Civil) Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (Lei Federal nº 6.938/81) Art. 14 – Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...] § 1º – Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

²⁴ (Decreto Federal nº 6.514/08) Art. 62. Incorre nas mesmas multas do art. 61 quem: [...] V – lançar resíduos sólidos, líquidos ou gasosos ou detritos, óleos ou substâncias oleosas em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou atos

É importante observar, ainda, a legislação não exime o gerador do resíduo sólido da responsabilidade por sua destinação ambientalmente adequada mesmo após a transferência dos resíduos para terceiros, vez que o §1º do art. 27 da PNRS dispõe expressamente que:

Art. 27. As pessoas físicas ou jurídicas referidas no art. 20 são responsáveis pela implementação e operacionalização integral do plano de gerenciamento de resíduos sólidos aprovado pelo órgão competente na forma do art. 24.

§1º A contratação de serviços de coleta, armazenamento, transporte, transbordo, tratamento ou destinação final de resíduos sólidos, ou de disposição final de rejeitos, não isenta as pessoas físicas ou jurídicas referidas no art. 20 da responsabilidade por danos que vierem a ser provocados pelo gerenciamento inadequado dos respectivos resíduos ou rejeitos.

Desse modo, além da observância e fiel cumprimento do PGRS e da legislação ambiental, o gerador de resíduos também deve se

normativos; VI – deixar, aquele que tem obrigação, de dar destinação ambientalmente adequada a produtos, subprodutos, embalagens, resíduos ou substâncias quando assim determinar a lei ou ato normativo; [...] IX – lançar resíduos sólidos ou rejeitos em praias, no mar ou quaisquer recursos hídricos; X – lançar resíduos sólidos ou rejeitos in natura a céu aberto, excetuados os resíduos de mineração; XI – queimar resíduos sólidos ou rejeitos a céu aberto ou em recipientes, instalações e equipamentos não licenciados para a atividade; XII – descumprir obrigação prevista no sistema de logística reversa implantado nos termos da Lei no 12.305, de 2010, consoante as responsabilidades específicas estabelecidas para o referido sistema; XIII – deixar de segregar resíduos sólidos na forma estabelecida para a coleta seletiva, quando a referida coleta for instituída pelo titular do serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; XIV – destinar resíduos sólidos urbanos à recuperação energética em desconformidade com o §1º do art. 9º da Lei nº 12.305, de 2010, e respectivo regulamento; XV – deixar de manter atualizadas e disponíveis ao órgão municipal competente e a outras autoridades informações completas sobre a realização das ações do sistema de logística reversa sobre sua responsabilidade; XVI – não manter atualizadas e disponíveis ao órgão municipal competente, ao órgão licenciador do SISNAMA e a outras autoridades, informações completas sobre a implementação e a operacionalização do plano de gerenciamento de resíduos sólidos sob sua responsabilidade; e XVII – deixar de atender às regras sobre registro, gerenciamento e informação previstos no §2º do art. 39 da Lei no 12.305, de 2010.

certificar que as partes envolvidas na destinação ambientalmente adequada dos resíduos (adquirentes, transportadores, aterros, empresas de reciclagem, etc.) também estão dando integral cumprimento à legislação, a fim de mitigar riscos de responder, sob o aspecto de responsabilidade civil, por fato praticado por terceiros.

Acerca do disposto no supracitado art. 27, cabe asseverar que a responsabilidade ambiental criminal depende, necessariamente, da verificação da culpa, conforme disposto no art. 2º da Lei de Crimes Ambientais que estabelece:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la

Da mesma forma, a responsabilidade administrativa não se sujeita aos termos do art. 27 da PNRS, visto que dependerá de ação ou omissão voluntária²⁵ do gerador de resíduos para sua caracterização.

3.3 Inventários de Resíduos Sólidos Industriais

O desenvolvimento das atividades industriais e o efetivo cumprimento do PGRS deverão ser relatados ao órgão ambiental licenciador periodicamente, mediante o envio dos inventários de resíduos sólidos. A legislação exige que as indústrias prestem informações²⁶ sobre geração, características, armazenamento, trans-

²⁵ Para Fábio Medina Osório (*Direito Administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 425-431) a culpabilidade constitui princípio básico e pressuposto de responsabilidade administrativa para pessoas físicas e jurídicas. Celso Antônio Bandeira de Mello registra o seguinte entendimento: “Quando menos até o presente, temos entendido que basta a voluntariedade, sem prejuízo, como é claro, de a lei estabelecer exigência maior perante a figura tal ou qual.” (*Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 848).

²⁶ O inventário nacional de resíduos sólidos é regulamentado pela Resolução CONAMA nº 313/2002, sendo que a referida norma define a lista de atividades industriais passíveis de entrega dos inventários periódicos. Todavia, a listagem

porte e destinação de seus resíduos sólidos gerados desde o início das atividades ou a partir do último inventário entregue ao órgão ambiental, observada a periodicidade máxima de 24 (vinte quatro) meses entre cada relatório²⁷.

As informações prestadas no inventário preenchido pelo empreendedor deverão refletir a realidade quanto à geração e gestão dos resíduos sólidos, devendo ser detalhada a quantidade/peso de resíduos gerados e a sua destinação ambientalmente adequada, devendo, ainda, estar em conformidade com as ações previstas no PGRS aprovado, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal, esta última com tipo específico previsto no art. 69-A da Lei Federal nº 9.605/1998²⁸.

É necessário, portanto, que o empreendedor possua a documentação comprobatória das informações prestadas nos inventários, inclusive, porque o órgão ambiental poderá solicitar a comprovação destas informações, bem como cruzar os dados e informações prestadas pelo empreendedor com aquelas prestadas por seus fornecedores e prestadores de serviços (destinatários dos resíduos). Nesse sentido, a fim de se resguardar quanto a eventuais questionamentos, o responsável pela geração dos resíduos sólidos deve exigir do recebedor destes resíduos, além da comprovação de que ele está apto a recebê-los (ex.: licença ambiental), os recibos das cargas e o certificado de destinação final do resíduo, discriminando, no mínimo, a caracterização do resíduo recebido, a data, o volume ou peso e a forma de destinação, documentando adequadamente as informações prestadas no inventário e conferindo rastreabilidade àqueles resíduos.

de empreendimentos e atividades passíveis de entrega periódica dos inventários aos órgãos ambientais pode ser complementada pela legislação estadual, observando, ainda, os critérios e obrigações definidas pelo órgão ambiental competente no âmbito do processo de licenciamento.

²⁷ O órgão ambiental licenciador poderá definir periodicidade menor do que a definida no art. 4º, §1º da Resolução nº 313/2002 do CONAMA.

²⁸ Lei de Crimes Ambientais (Lei Federal nº 9.605/98): Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

As informações prestadas periodicamente pelos empreendedores nos inventários de resíduos, além de aumentar o controle e o poder fiscalização, permitirá que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios elaborem os respectivos Inventários de Resíduos Sólidos Industriais, nos termos da Resolução CONAMA nº 313/2002, que é o conjunto de informações sobre a geração, características, armazenamento, transporte, tratamento, reutilização, reciclagem, recuperação e disposição final dos resíduos sólidos gerados pelas indústrias.

Os Inventários Nacional, Estadual e Municipal fornecerão subsídios para o diagnóstico dos resíduos sólidos em cada esfera de governo e para elaboração dos respectivos Planos de Resíduos Sólidos (art. 14 e seguintes da PNRS), que conterão a proposição de cenários, incluindo tendências internacionais e macroeconômicas; metas de redução, reutilização, reciclagem, entre outras, com vistas a reduzir a quantidade de resíduos e rejeitos encaminhados para disposição final ambientalmente adequada; metas para o aproveitamento energético dos gases gerados nas unidades de disposição final de resíduos sólidos; metas para a eliminação e recuperação de lixões, associadas à inclusão social e à emancipação econômica de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis; programas, projetos e ações para o atendimento das metas previstas; normas e condicionantes técnicas para o acesso a recursos públicos destinados a ações e programas de interesse dos resíduos sólidos; medidas para incentivar e viabilizar a gestão dos resíduos sólidos; diretrizes para o planejamento e demais atividades de gestão de resíduos sólidos; normas e diretrizes para a disposição final de rejeitos e, quando couber, de resíduos, além dos meios a serem utilizados para o controle e a fiscalização.

3.4 Sistema de Logística Reversa e a Responsabilidade Pós-Consumo

Antes da implantação do sistema de logística reversa e diante da ausência de normas mais claras sobre o tema, ficava a cargo dos consumidores encaminhar seus resíduos à destinação final. Ocorre que devido à falta de informação e regulamentação, estes resíduos – inclusive os perigosos – eram comumente enviados para os serviços públicos de coleta de resíduos juntamente com o lixo domés-

tico ou irregularmente destinados para locais inadequados (lixões, rede de esgoto, etc.). Assim, é importante vislumbrar, inicialmente, a importante inovação trazida por este instrumento de gestão ambiental, visto que a legislação previa somente a co-responsabilidade pela destinação dos resíduos sólidos gerados nos processos produtivos e, portanto, não incluindo, até então, os resíduos que seriam gerados após o consumo de um determinado produto.

Nos termos do art. 3º inciso XII da PNRS, a ‘logística reversa’ é o instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada.

No sistema de logística reversa, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes dos produtos listado no art. 33 da PNRS²⁹ deverão estruturar e implementar medidas que viabilizem o retorno e a destinação ambientalmente adequada destes produtos/resíduos após o uso pelo consumidor (responsabilidade pós-consumo), de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos.³⁰

²⁹ Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de: I – agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas; II – pilhas e baterias; III – pneus; IV – óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens; V – lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista; VI – produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

§ 1º Na forma do disposto em regulamento ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, os sistemas previstos no caput serão estendidos a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.

³⁰ Conforme já mencionado anteriormente, a Lei Federal nº 7.802/ 1989, o Decreto Federal nº 4.074/2002, a Portaria Normativa IBAMA nº 84/1996, a Resolu-

A lista contida no art. 33 da PNRS não é limitativa ou taxativa, vez que a PNRS permite que o sistema de logística reversa seja estendido a outros produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, bem como aos demais produtos e embalagens em razão do grau e da extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados, mediante acordos setoriais, regulamentos expedidos pelo Poder Público ou termos de compromisso.

Os resíduos gerados após o uso/consumo sujeitos à regra da logística reversa, portanto, deverão ser devolvidos pelos consumidores aos comerciantes ou distribuidores, que, por sua vez, deverão enviá-los para os fabricantes ou importadores, aos quais incumbe a obrigação de dar destinação final ambientalmente adequada para os resíduos sólidos. Estes resíduos também poderão ser diretamente encaminhados pelos consumidores aos fabricantes ou importadores.

Para tanto, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes dos produtos sujeitos à logística reversa deverão implantar procedimentos de compra de produtos ou embalagens usados; disponibilizar postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis; atuar em parceria com cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, sem prejuízo de ações complementares consideradas necessárias para efetivação do sistema definidas por norma ou no âmbito do processo de licenciamento ambiental³¹.

A obrigação de dar destinação ambientalmente adequada aos resíduos gerados pós-consumo ficou a cargo, em última análise, dos fabricantes e importadores, agregando obrigações e custos aos seus processos produtivos. Ocorre que a PNRS inicialmente não

ção CONAMA nº 362/2005, a Resolução CONAMA nº 401/2008 e Resolução CONAMA nº 416/2009, já regulamentavam o sistema de logística reversa para óleos lubrificantes, agrotóxicos, pneus, pilhas e baterias.

³¹ Alternativa prevista na legislação para viabilização do sistema de logística reversa é a celebração de acordo das partes interessadas com o titular do serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos para encarregar-se das atividades de responsabilidade dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, as quais deverão ser remuneradas. (art. 33, §7º da PNRS).

havia delimitado a amplitude desta responsabilidade e quais produtos deveriam ser recebidos e destinados pelos fabricantes e importadores. Esta limitação da responsabilidade sobreveio nos termos do §2º do art. 18 do Decreto Federal nº 7.404/2010, que estabeleceu que os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes ficam responsáveis pela realização da logística reversa no limite da proporção dos produtos que colocarem no mercado interno, conforme metas progressivas, intermediárias e finais, estabelecidas no instrumento que determinar a implementação da logística reversa.

Verifica-se que a norma dá margem para que o fabricante e o importador sejam responsáveis, inclusive, pelo recebimento de produtos provenientes de outros fabricantes ou importados por terceiros, desde que observada a proporção daquilo que foi posto no mercado por aquela determinada empresa. Embora vislumbre-se que neste dispositivo legal o legislador tenha buscado certa equidade na limitação da obrigação, impedindo que um pequeno fabricante ou importador acabe por responder pela destinação final ambientalmente adequada de seus resíduos e também dos seus concorrentes em proporções iníquas, por outro lado, a regra desconsidera que em uma mesma categoria podem existir produtos de fabricantes diversos e com composição e características bastante distintas e, portanto, demandar uma solução ambiental diferenciada, mais complexa e onerosa. Nestas situações, embora inexista disposição legal expressa, entendemos que, por uma questão de razoabilidade e proporcionalidade, o responsável pelos resíduos poderá pleitear junto ao órgão ambiental licenciador que seja definida a obrigação de receber somente os produtos e resíduos iguais ou similares àqueles postos no mercado, excluindo, portanto, aqueles que, apesar de se encontrarem na mesma categoria (eletroeletrônicos, pilhas, baterias, agrotóxicos, etc.) possuam características distintas relevantes para fins de sua gestão ambiental.

Por fim, vale ressaltar que embora a logística reversa impute ao setor produtivo a responsabilidade pela destinação final dos resíduos gerados após o uso/consumo dos produtos, para que o sistema se torne efetivo é necessário que a sociedade e os consumidores também se conscientizem da sua parcela de responsabilidade, notada-

mente, a revisão dos hábitos de consumo e a obrigação de devolver os produtos e resíduos na forma da lei. Mesmo porque, nos termos do art. 33, §4º da PNRS, as pessoas físicas e jurídicas consumidoras destes produtos também respondem civilmente pelos eventuais danos causados ao meio ambiente e terceiros, sem prejuízo da responsabilidade decorrente das infrações administrativas e criminais decorrentes do descumprimento da sua parcela de obrigação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A PNRS sistematizou as normas esparsas trazendo uma nova luz à questão dos resíduos sólidos, exigindo o envolvimento toda a sociedade para sua implementação, consolidando conceitos, princípios, objetivos e instrumentos necessários à efetivação do regramento posto.

O PGRS, a logística reversa e a responsabilidade compartilhada, mais do que instrumentos de gestão de observância obrigatória para o setor produtivo, constituem verdadeiros corolários do princípio do poluidor-pagador, expressamente consignado no art. 6º, inciso II da Lei Federal nº 12.305/2010, visto que determinam a internalização das externalidades socioambientais negativas causadas por um determinado empreendimento ou atividade potencialmente poluidora.

Com isso, a PNRS impõe, sobretudo, uma revisão dos processos produtivos a fim de que seja otimizada a utilização dos recursos naturais, mediante a escolha da matéria prima e insumos, bem como o tratamento, a reutilização e a recuperação dos resíduos através de processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, tendo como norte a não geração e que os rejeitos sejam mínimos e tenham o menor potencial poluidor possível. Nessa esteira de raciocínio, a otimização dos processos produtivos – também sob o aspecto socioambiental – poderá implicar na redução de ônus, riscos e responsabilidade para o setor produtivo.

Reserva Legal na Pesquisa Mineral: Análise da Exigência de Regularização de Reserva Legal como Condição para a Pesquisa Mineral

Gustavo Niskier¹
Leonardo Pereira Lamego²

I. INTRODUÇÃO

Órgãos públicos ambientais de diversos Estados brasileiros adotaram o entendimento e a prática de exigir, indiscriminadamente, a prévia regularização/averbação da reserva legal (RL) do imóvel rural onde será realizada a atividade de pesquisa mineral, como condição para deferimento do eventual licenciamento ambiental necessário à Pesquisa – ou demais autorizações ambientais correlatas desses empreendimentos.

Para fundamentar tal pedido, a Administração Pública Ambiental alega, em regra, que: i) Por ser a obrigação de constituição de Reserva Legal *Propoter Rem*, apenas imóveis regularizados estariam aptos a ter desenvolvida qualquer atividade econômica; ii) que a posse decorrente da atividade de Pesquisa Mineral seria su-

¹ Advogado graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO), pós-graduado em Direito Ambiental pela PUC-RIO, Técnico ambiental em Plataformas de petróleo pelo Instituto Brasileiro de Petróleo (IBP).

² Especialista em direito ambiental, pós-graduado em Regime Jurídico dos Recursos Minerais pela Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC, pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela FESMP, ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Política Ambiental do Estado de Minas Gerais – COPAM. Membro colaborador da Comissão de Meio Ambiente da OAB/MG.

ficiente para a aplicação do § 10º do art. 16 da Lei 4.771/65 (Código Florestal); iii) que a Resolução CONAMA nº 369/06 obriga os órgãos ambientais a exigir, indiscriminadamente, a comprovação da existência de Reserva Legal em qualquer imóvel objeto de pesquisa mineral, entre outros pontos.

Contudo, o presente artigo visa demonstrar juridicamente a ilegalidade e a falta de razoabilidade em se condicionar o licenciamento ou concessão de autorizações ambientais para a atividade de pesquisa mineral à regularização (ou comprovação da existência) da reserva legal no imóvel rural de terceiros, bem como demonstrar que a responsabilidade e a legitimidade para averbação e regularização da reserva legal é exigível e imputável somente ao proprietário do imóvel, não podendo o inadimplemento dessa obrigação por parte de terceiros constituir óbice ao livre exercício da atividade mineral, exercida licitamente no interesse nacional.

Para fundamentar tais conclusões, analisaremos as características da pesquisa mineral, o conceito de posse aplicável à pesquisa mineral, a natureza da obrigação de constituição de Reserva Legal, a constituição de Reserva Legal na posse, a aplicação da Resolução CONAMA nº 369/06, dentre outros conceitos.

2. REGIME JURÍDICO DA PESQUISA MINERAL

Inicialmente, fundamental a diferenciação entre as atividades de pesquisa mineral e as atividades de lavra. A atividade de pesquisa mineral é regulada pelos arts. 14 e seguintes do Decreto-Lei 227/67 (Código de Minas). O art. 14 do referido Código assim a conceituou:

Art. 14: Entende-se por pesquisa mineral a execução dos trabalhos necessários à definição da jazida, sua avaliação e determinação da exeqüibilidade de seu aproveitamento econômico.

Em síntese, a pesquisa mineral envolve aspectos preliminares da atividade mineral, com a realização de considerações técnicas e econômicas da área objeto da pesquisa, sendo seu principal objetivo o de caracterizar geométrica, qualitativa e quantitativamente o corpo mineralizado para subsidiar o julgamento quanto à existência e viabilidade econômica da exploração da jazida.

A pesquisa mineral é autorizada por meio de “Alvará de Pesquisa”, concedido pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) ao empreendedor mineral interessado. Nas formas do art. 22 e seguintes do Código de Minas, a atividade de pesquisa mineral estará limitada ao escopo³ (geográfico, geológico etc.) e prazos⁴ previstos no Alvará conferido, não podendo o empreendedor mineral extrapolar os limites de sua autorização sob pena de sofrer as sanções legais, dentre elas a revogação do Alvará ou mesmo a negativa de sua renovação.

³ Art. 14 Entende-se por pesquisa mineral a execução dos trabalhos necessários à definição da jazida, sua avaliação e a determinação da exequibilidade do seu aproveitamento econômico. (...)

Art. 25. As autorizações de pesquisa ficam adstritas às áreas máximas que forem fixadas em portaria do Diretor-Geral do DNPM.

⁴ Art. 22. A autorização de pesquisa será conferida nas seguintes condições, além das demais constantes deste Código: (...)

III – o prazo de validade da autorização não será inferior a um ano, nem superior a três anos, a critério do DNPM, consideradas as características especiais da situação da área e da pesquisa mineral objetivada, admitida a sua prorrogação, sob as seguintes condições (...)

V – o titular da autorização fica obrigado a realizar os respectivos trabalhos de pesquisa, devendo submeter à aprovação do DNPM, dentro do prazo de vigência do alvará, ou de sua renovação, relatório circunstanciado dos trabalhos, contendo os estudos geológicos e tecnológicos quantitativos da jazida e demonstrativos da exequibilidade técnico-econômica da lavra, elaborado sob a responsabilidade técnica de profissional legalmente habilitado. Excepcionalmente, poderá ser dispensada a apresentação do relatório, na hipótese de renúncia à autorização de que trata o inciso II deste artigo, conforme critérios fixados em portaria do Diretor-Geral do DNPM, caso em que não se aplicará o disposto no § 1º deste artigo.

Art. 29 O titular da autorização de pesquisa é obrigado, sob pena de sanções:

I – A iniciar os trabalhos de pesquisa:

a) dentro de 60 (sessenta) dias da publicação do Alvará de Pesquisa no Diário Oficial da União, se o titular for o proprietário do sol ou tiver ajustado com este o valor e a forma de pagamento das indenizações a que se refere o Artigo 27 deste Código; ou,

b) dentro de 60 (sessenta) dias do ingresso judicial na área de pesquisa, quando a avaliação da indenização pela ocupação e danos causados processar-se em juízo.

II – A não interromper os trabalhos, sem justificativa, depois de iniciados, por mais de 3, (três) meses consecutivos, ou por 120 dias acumulados e não consecutivos;

Neste sentido previu o Código de Minas:

Art. 63. O não cumprimento das obrigações decorrentes das autorizações de pesquisa, das permissões de lavra garimpeira, das concessões de lavra e do licenciamento implica, dependendo da infração, em:

I – advertência;

II – multa; e

III – caducidade do título.

Isto significa dizer, em resumo, que por ter seus limites e prazos previstos expressamente em Lei, podendo ser revogado (ou não renovado) pela Administração Pública, o Alvará de Pesquisa constitui título provisório e transitório.

O objetivo da pesquisa mineral não é a atividade de lavra, mas o Relatório Circunstanciado, pelo qual se poderá concluir pela viabilidade técnica e econômica de eventual jazida que venha a ser encontrada nos limites do requerimento mineral. Neste sentido dispôs o art. 23, c/c com o art. 22, ambos do Código de Minas:

Art. 22. A autorização de pesquisa será conferida nas seguintes condições, além das demais constantes deste Código:

(...)

V – o titular da autorização fica obrigado a realizar os respectivos trabalhos de pesquisa, devendo submeter à aprovação do DNPM, dentro do prazo de vigência do alvará, ou de sua renovação, relatório circunstanciado dos trabalhos, contendo os estudos geológicos e tecnológicos quantitativos da jazida e demonstrativos da exequibilidade técnico-econômica da lavra, elaborado sob a responsabilidade técnica de profissional legalmente habilitado. Excepcionalmente, poderá ser dispensada a apresentação do relatório, na hipótese de renúncia à autorização de que trata o inciso II deste artigo, conforme critérios fixados em portaria do Diretor-Geral do DNPM, caso em que não se aplicará o disposto no § 1º deste artigo.

Apenas quando recebido e aprovado o relatório pelo DNPM, que tenha concluído pela existência e viabilidade de determinada exploração mineral na área, poderá o empreendedor mineral (conforme sua própria conveniência) requerer concessão de lavra (ex-

ploração efetiva da jazida), nas formas dos artigos 31 e seguintes do Código de Minas, abaixo transcritos:

Art. 31. O titular, uma vez aprovado o Relatório, terá 1 (hum) ano para requerer a concessão de lavra, e, dentro deste prazo, poderá negociar seu direito a essa concessão, na forma deste Código.

Art. 32. Findo o prazo do artigo anterior, sem que o titular, ou seu sucessor, haja requerido concessão de lavra, caducará seu direito, cabendo ao Diretor-Geral do Departamento Nacional da Produção Mineral – D. N. P. M. – mediante Edital publicado no Diário Oficial da União, declarar a disponibilidade da jazida pesquisada, para fins de requerimento da concessão de lavra.

Ou seja, somente após eventual concessão de lavra, com a exploração econômica (exploração do recurso mineral), que passará a atividade a ser regulada pelos arts. 36 e seguintes do Código de Minas⁵.

Via de regra, a atividade de pesquisa mineral é isenta de licenciamento ambiental. Neste sentido, no exercício de sua competência legal⁶, o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA editou a Resolução nº 237/97, por meio da qual listou em seu Anexo I as atividades que dependerão de licenciamento ambiental para sua instalação/operação. Ao se referir aos empreendimentos minerais, a Resolução CONAMA nº 237/97 previu:

ANEXO 1

ATIVIDADES OU EMPREENDIMENTOS SUJEITAS AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Extração e tratamento de minerais

- pesquisa mineral com guia de utilização
- lavra a céu aberto, inclusive de aluvião, com ou sem beneficiamento

⁵ Art. 36. Entende-se por lavra o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas.

⁶ Lei 6.938/81. Art. 8º Compete ao CONAMA: I – estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA;

- lavra subterrânea com ou sem beneficiamento
- lavra garimpeira
- perfuração de poços e produção de petróleo e gás natural

Assim, de acordo com o estabelecido na Resolução CONAMA nº 237/97, apenas a pesquisa mineral com guia de utilização⁷ (ou quando causar impactos efetivos ao meio ambiente) seria passível de licenciamento ambiental.

De toda forma, outras autorizações correlatas poderão ser necessárias em casos específicos, como autorização de supressão de vegetação, outorga de recursos hídricos, entre outras.

Assim, a atividade de pesquisa mineral é procedimento com objetivo específico de elaboração do Relatório Circunstanciado, pelo qual se poderá concluir pela viabilidade técnica e econômica de eventual jazida que venha a ser encontrada nos limites do requerimento mineral, autorizada mediante título temporário e transitório, em regra em apenas parte do imóvel superficiário.

3. DO CONCEITO GENÉRICO DE POSSE E DA INEXISTÊNCIA DE POSSE NA PESQUISA MINERAL

Como parte da análise relacionada à inexigibilidade de averbação de Reserva Legal por empreendedor mineral em imóveis de terceiros no curso de pesquisa mineral, fundamental analisar o conceito de posse, conforme estabelece o Código Civil Brasileiro.

Assim dispõe o art. 1.204 do Código Civil quanto ao momento em que se adquire a posse:

Art. 1204: Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.

⁷ Portaria DNPM nº 144/07: Art. 2º Denominar-se-á Guia de Utilização (GU) o documento que admitir, em caráter excepcional, a extração de substâncias minerais em área titulada, antes da outorga da concessão de lavra, fundamentado em critérios técnicos, ambientais e mercadológicos, mediante prévia autorização do DNPM, em conformidade com o Modelo-Padrão e Tabela constantes nos Anexos I e II, respectivamente, desta Portaria.

Deste modo, de acordo com o que expressamente prevê o Código Civil, a posse é a efetiva exteriorização da propriedade, sendo adquirida no momento em que há a o exercício de fato de quaisquer dos poderes a ela inerentes.

Contudo, o próprio Código Civil, em seu art. 1.208, excetua a configuração de posse mesmo com o exercício de qualquer um dos direitos de propriedade quando da hipótese de “mera permissão”, “tolerância” ou “atos violentos”. Assim dispôs expressamente o referido art. 1.208:

Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

Em suma, nas formas do art. 1208 do Código Civil, mesmo se exercido qualquer um dos poderes inerentes à propriedade, em se tratando de ato de permissão ou tolerância, não se configurará a posse de tal bem.

Nesta linha, a partir da análise das atividades de pesquisa mineral, e especialmente em razão do que expressamente estipula o Código de Minas e a legislação cível, verifica-se que o empreendedor mineral, em fase de pesquisa, não exerce a posse do imóvel, em razão de decorrer a pesquisa mineral de ato de mera permissão do proprietário superficiário.

Conforme já mencionado, a atividade de pesquisa mineral está prevista no Código de Minas, sendo regulada por seus artigos 14 e seguintes. Nas exatas formas previstas no Código de Minas, a ocupação de imóvel de terceiro por empreendedor mineral, para o exercício de atividades de pesquisa mineral, trata-se de ato de mera permissão ou tolerância, aplicando-se ao caso a regra do art. 1.208 do Código Civil, razão pela qual não se pode falar em posse.

Explica-se: De posse do título minerário, o empreendedor deve buscar o proprietário ou possuidor do imóvel para obter a autorização para realização das pesquisas, nas exatas formas previstas no art. 27 do Código de Minas, abaixo transcrito.

Art. 27. O titular de autorização de pesquisa poderá realizar os trabalhos respectivos, e também as obras e serviços auxiliares necessários, em terrenos de domínio público ou particular, abrangidos pelas áreas a pesquisar, desde que pague aos respectivos proprietários ou posseiros uma renda pela ocupação dos terrenos e uma indenização pelos danos e prejuízos que possam ser causados pelos trabalhos de pesquisa, observadas as seguintes regras:

Note-se que quando da referida autorização de pesquisa mineral, o proprietário ou possuidor do imóvel não perde ou transfere qualquer direito seu referente à propriedade ou posse ao empreendedor mineral. O proprietário ou possuidor permanece no imóvel, exercendo seus poderes a ele inerentes, permitindo ou tolerando exclusivamente o acesso ao imóvel pelo empreendedor mineral para realização da pesquisa mineral.

Não por outro motivo que em nenhum momento o Código de Minas faz qualquer menção à necessidade de imissão dos titulares de Alvará de Pesquisa na posse dos imóveis de terceiros. Ao contrário. Quando caracterizada a resistência de eventual proprietário superficiário de imóvel ao acesso pelo empreendedor mineral, o próprio art. 27 do Código de Minas, acima mencionado, prevê procedimento judicial específico para fins de se obter permissão para realização das atividades de pesquisa. Assim dispõem os incisos VI, VII, XI e XII do referido artigo:

VI – Se o titular do Alvará de Pesquisa, até a data da transcrição do título de autorização, não juntar ao respectivo processo prova de acordo com os proprietários ou posseiros do solo acerca da renda e indenização de que trata este artigo, o Diretor-Geral do D. N. P. M., dentro de 3 (três) dias dessa data, enviará ao Juiz de Direito da Comarca onde estiver situada a jazida, cópia do referido título;

VII – Dentro de 15 (quinze) dias, a partir da data do recebimento dessa comunicação, o Juiz mandará proceder à avaliação da renda e dos danos e prejuízos a que se refere este artigo, na forma prescrita no Código de Processo Civil;

(...)

XI – Julgada a avaliação, o Juiz, dentro de 8 (oito) dias, intimará o titular a depositar quantia correspondente ao valor da renda de 2 (dois) anos e a caução para pagamento da indenização;

XII – Feitos esses depósitos, o Juiz, dentro de 8 (oito) dias, intimará os proprietários ou posseiros do solo a permitirem os trabalhos de pesquisa, e comunicará seu despacho ao Diretor-Geral do D. N. P. M. e, mediante requerimento do titular da pesquisa, às autoridades policiais locais, para garantirem a execução dos trabalhos;

Com efeito, o Código de Minas estabelece de forma expressa que o instrumento apto ao ingresso do empreendedor mineral em imóveis de terceiros, seja administrativa ou judicial, é a permissão, e não a imissão em posse.

Saliente-se que o uso do termo “permitir” não se tratou de mera opção terminológica, mas conceitual legislativa. Isto porque, ao tratar da atividade de lavra, este mesmo Código de Minas indicou, de forma expressa, que será o titular do diploma minerário de lavra imitado na posse, seja por via administrativa ou judicial.

Assim previram os arts. 44 e seguintes do Código de Minas:

44. O titular da concessão de lavra requererá ao DNPM a Posse da Jazida, dentro de noventa dias a contar da data da publicação da respectiva portaria no Diário Oficial da União.

(...)

Art. 45. A imissão de Posse processar-se-á do modo seguinte:

I – serão intimados, por meio de ofício ou telegrama, os concessionários das minas limítrofes se as houver. Com 8 (oito) dias de antecedência, para que, por si ou seus representantes possam presenciar o ato, e, em especial, assistir à demarcação; e,

(...)

Art. 46 Caberá recurso ao Ministro das Minas e Energia contra a Imissão de Posse, dentro de 15 (quinze) dias, contados da data do ato de imissão.

Parágrafo único. O recurso, se provido, anulará a Imissão de Posse.

Assim, o Código de Minas estabeleceu duas formas de possibilitar a intervenção em imóvel de terceiros para atividades minerárias. No caso de pesquisa mineral, a permissão (onerosa, gratuita, extrajudicial ou judicial); enquanto no caso de lavra, a imissão efetiva na posse.

E não poderia ser diferente, pois quando da execução de trabalhos de pesquisa mineral não há por parte do empreendedor mineral a necessidade de posse plena do imóvel, eis que seus serviços se limitam, por força de lei, ao escopo de sua autorização administrativa (muitas vezes ocupando áreas restritas dentro do imóvel). Há, por parte do empreendedor mineral, exclusivamente a necessidade de acessar o imóvel para fins de execução dos trabalhos de pesquisa, que inclusive não se dará, necessariamente, de forma contínua.

Já na atividade de lavra, será necessária a efetiva posse das áreas situadas no(s) imóvel(eis) onde será instalada a mina pelo empreendedor mineral, tendo em vista a natureza definitiva e/ou contínua e duradoura de sua intervenção no imóvel superficiário.

Destarte, somente depois de finalizada a pesquisa, confirmada a existência de minério; a viabilidade econômica da lavra e se a área for objeto de concessão específica para lavra, que passará o empreendedor mineral a deter o interesse de receber a posse efetiva do imóvel, exercendo, de fato, alguns dos direitos à propriedade, como uso, gozo e fruição.

Este é o entendimento da doutrina e jurisprudência. A título de exemplo, quando da análise do mencionado procedimento judicial previsto no art. 27 do Código de Minas de permissão de uso do imóvel superficiário para pesquisa mineral, Thiago Thomaz Siueves Pessoa observa:

Feitos os depósitos, o Juiz intimará, no prazo de 08 (oito) dias, os proprietários ou posseiros para permitirem os trabalhos de pesquisa, bem como comunicará o DNPM sobre se despacho e, a requerimento do titular da pesquisa, às autoridades policiais locais, para garantirem a execução dos trabalhos.

Aqui cabe um parêntese: não se trata de imissão de posse, mas permissão de intervenção da área, a fim de promover a pesquisa, sendo que o direito de adentrar na área não se confunde com a posse.

No mesmo sentido, o E. Supremo Tribunal Federal (STF), ainda em 1951, em Acórdão paradigma, se pronunciou quanto à diferença dos efeitos decorrentes da autorização de pesquisa e da concessão de lavra em relação à posse do imóvel superficiário:

Nem poderia servir de título hábil, à imissão da posse, um decreto autorizando ‘pesquisa’ de jazidas minerais. Para isso bastaria considerar o caráter transitório da autorização, válida por dois anos (art. 169 n. II); a caducidade se o concessionário não iniciar os trabalhos dentro de seis meses (art. 24, inc. II). Dentro dos limites tradicionais, foi mantido o interdito adipiscendae possessionis.

Demais, a autorização para pesquisa não importa necessariamente em conceder a lavra. Longo e detalhado é o processo de habilitação ao pedido de concessão de lavra, também obtido por via de ato de Autoridades Públicas.

Em tal caso é que o legislador concede a imissão de posse pelo Departamento Nacional de Produção, sendo requerido pelo concessionário. (RE nº 8475/MG)

Mesmo que ainda sob a tutela do antigo Código de Minas, fato é que o E. STF já entedia que a natureza transitória e precária da autorização para pesquisa mineral conflita com o conceito de posse. Não só isso. O E. STF entendeu que o Código de Minas prevê que a posse propriamente dita recairia exclusivamente quando da hipótese de lavra – disposição legal esta que se manteve integralmente no Código de Minas atual, conforme já demonstrado.

Saliente-se, exclusivamente, que o fato da não caracterização da posse – pela aplicação do art. 1.208 do Código Civil, não impede que o empreendedor mineral defenda, mesmo que judicialmente, a área objeto de sua autorização de pesquisa de intervenções ilegais de terceiros, quando venham a impedir a realização da pesquisa⁸.

Desta forma, resta claro que quando do desenvolvimento de atividade de pesquisa mineral, por força expressa de lei, o instrumento legal apto a autorizar a atividade em área de terceiro é a permissão ou a tolerância (onerosa ou não).

⁸ Quanto a tal ponto, fundamental destacar que a jurisprudência vem admitindo ações possessórias por parte de empreendedores minerais, quando da necessidade de proteção da área objeto da pesquisa – como nos casos de invasão, etc. Mesmo reconhecendo o direito do empreendedor em defender a área objeto da pesquisa mineral, entendemos que a ação possessória não é a juridicamente mais adequada.

E em se tratando de permissão ou tolerância, podemos concluir que se aplica o disposto no art. 1.208 do Código Civil à espécie, não se configurando posse do empreendedor mineral no imóvel atingido pela pesquisa.

4. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE AVERBAÇÃO OU COMPROVAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE RESERVA LEGAL EM IMÓVEL DE TERCEIROS PELO EMPREENDEDOR MINERAL QUANDO EM ATIVIDADE DE PESQUISA MINERAL

Demonstrada a não caracterização de posse para a atividade de pesquisa mineral – eis que decorrente de mera autorização (mesmo que judicial), aplicando-se o que estabelece o art. 1.208 do Código Civil, adentremos no principal objeto do presente estudo.

Rememorando o objeto específico do presente estudo, trata-se de análise da legalidade da exigência, por parte da Administração Pública, de averbação de Reservas Legais pelo Pesquisador Mineral em imóveis de terceiros, como condição e/ou condicionante para concessão das licenças ambientais, autorizações de supressão ou demais autorizações correlatas que eventualmente se apliquem para a atividade de pesquisa mineral. Tais exigências são absolutamente descabidas, conforme se passará a demonstrar.

4.1. Da Inexistência do Dever de Averbação de Reserva Legal em Imóvel de Terceiros pelo Empreendedor Mineral

O art. 1º, § 2º, inciso III do Código Florestal (Lei Federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67/2001), define como *reserva legal* a “área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas.”

O art. 16 do Código Florestal ainda estabelece como regra geral a possibilidade da supressão das florestas e outras formas de vegetação

nativas, desde que não estejam classificadas como áreas de preservação permanente, não estejam submetidas ao regime de utilização limitada ou protegidas por legislação específica. Esta regra geral, entretanto, somente é aplicável quando observadas as áreas de reserva legal mínimas definidas nos incisos I a IV⁹ do citado dispositivo, a saber:

Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:

I – oitenta por cento, na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal;

II – trinta e cinco por cento, na propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia Legal, sendo no mínimo vinte por cento na propriedade e quinze por cento na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada na mesma microbacia, e seja averbada nos termos do § 7º deste artigo;

III – vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País; e

IV – vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.

Dessa sorte, a reserva florestal legal – ou simplesmente reserva legal – corresponde ao percentual mínimo de uma propriedade, legalmente definido de acordo com o ecossistema ou região do País em que ela está situada, submetida a um regime próprio de utilização, no qual não é permitida, a princípio, a supressão de vegetação, sendo possível apenas a sua utilização em regime de manejo florestal sustentável (art. 16, § 2º do Código Florestal).

Sua localização, no interior de cada imóvel rural, será definida pelo órgão ambiental estadual ou, mediante convênio, pelo órgão municipal de meio ambiente ou outra instituição devidamente habilitada para tanto (art. 16, § 4º do Código Florestal).

⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 541.

O Código Florestal estabelece, ainda, a obrigação do proprietário rural averbar a reserva legal à margem da matrícula do imóvel, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão a qualquer título, de desmembramento e de retificação da área da propriedade (art. 16, § 8º do Código Florestal).

Nesse sentido, a obrigatoriedade de se respeitar os limites mínimos da reserva legal insere-se entre as disposições destinadas a conformar o exercício das faculdades inerentes ao domínio à sua função socioambiental. Com efeito, se a Constituição da República incluiu a propriedade no rol dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos (art. 5º, inciso XXII), condicionou seu exercício, porém, ao atendimento da sua função social (inciso XXIII do mesmo artigo). Verifica-se, portanto, que o próprio texto constitucional fez constar de diversos dispositivos a noção de função socioambiental da propriedade, merecendo destaque os arts. 170, inciso VI e 186, inciso II, citados alhures.

Resta claro, portanto, que o regime constitucional brasileiro consagrou o regime da “*utilização equilibrada*” dos recursos ambientais,¹⁰ no qual o exercício da livre iniciativa deve ter sempre como limite a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado no art. 225, *caput*, da Constituição como “*bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*”.

Por se tratar de uma obrigação decorrente do próprio conceito de propriedade rural, a Reserva Legal é classificada como uma obrigação *propter rem* (vinculada à propriedade), na qual em qualquer hipótese de imóveis rurais será devida por seu proprietário, mediante averbação em cartório de registro de imóveis. Por se tratar de uma obrigação *propter rem*, a priori, apenas seu titular efetivo possui legitimidade para cumpri-la.

Este é o entendimento pacífico da doutrina e jurisprudência. Assim leciona Paulo de Bessa Antunes¹¹:

¹⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 282.

¹¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 537-538.

A reserva legal é uma obrigação que recai diretamente sobre o proprietário do imóvel, independentemente de sua pessoa ou forma pela qual tenha adquirido a propriedade; desta forma, ela está umbilicalmente ligada à própria coisa, permanecendo aderida ao bem. O proprietário, para se desonerar da obrigação, necessita, apenas, renunciar ao direito real que possui, mediante a utilização de qualquer uma das formas legais aptas para transferir a propriedade. O Código Florestal, neste particular, não inovou em nosso Direito. Com efeito, o Código Civil brasileiro desde há muito reconhece obrigações de tal natureza. (...) Efetivamente, a reserva legal é uma característica da propriedade florestal que se assemelha a um ônus real que recai sobre o imóvel e que obriga o proprietário e todos aqueles que venham a adquirir tal condição, quaisquer que sejam as circunstâncias. Trata-se de uma obrigação “in rem”, “ob” ou “propter rem”, ou seja, uma obrigação real ou mista.

Neste mesmo sentido, em Acórdão paradigma, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim se manifestou – com menção expressa ao posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

Esta Câmara reconhece a imprescindibilidade de delimitação, demarcação, averbação e zelo permanente pela Reserva Legal, tudo a cargo do proprietário, que também é responsável pela tutela do meio ambiente. E, nesse ponto, alinha-se à melhor orientação do E. Superior Tribunal de Justiça, que é exemplo o V. Acórdão relatado pelo eminente Ministro JOÃO OTAVIO DE NORONHA “A legislação que determina a separação de parte das propriedades rurais para constituição da reserva legal advém de uma feliz e necessária consciência ecológica que vem tomando corpo na sociedade em razão dos efeitos dos desastres naturais ocorridos ao longo do tempo, resultado da degradação do meio ambiente efetuada sem limites pelo homem. Tais conseqüências nefastas, paulatinamente, levam à conscientização de que os recursos naturais devem ser utilizados com equilíbrio e preservados em intenção da boa qualidade de vida das gerações vindouras”.

A moderna visão do Direito Ambiental não colide com mais dogmático positivismo, pois a Reserva Legal tem a natureza de obrigação propter rem e adere ao domínio e ao título, desvinculando-se da função econômica por que optou o titular. É irrecusável, obrigatória, exigível sem qualquer tergiversação ou exceção. É uma obrigação que tem a mesma duração do direito real, ainda que

variem os titulares, pois a vida humana é frágil e efêmera. REsp 195 274-PR, j 4 2005

(...)

O segundo argumento da Ilustrada Procuradoria Geral da Justiça é de que existe e vige a obrigação de averbação da Reserva Legal. O Código Florestal a explicita. E não atribui ao Poder Público essa obrigação. Pois é ínsita à titularidade dominial. Só o dono quem registra, sabem até os jejunos em direito. E o registro pode não ser um ato simples, pois confere segurança jurídica, mas requer às vezes complexidade, justamente para garantir a higidez da propriedade ao seu titular.

(Câmara Especial de Meio Ambiente. TJ/SP Apelação Cível nº 402 646 5/7-00-São Carlos. Relator Des. Renato Nalini. Julgado em 29 de junho de 2006).

Inúmeros são os precedentes no mesmo sentido no E. STJ, indicando pela natureza *propter rem* (e conseqüente obrigação vinculada ao proprietário) de averbação de Reserva Legal. São eles:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. RESERVA LEGAL. NOVO PROPRIETÁRIO.

LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. Em se tratando de Reserva Legal, com limitação ao direito de propriedade imposta por lei (Código Florestal), o novo adquirente assume o ônus de manter a cobertura vegetal, tornando-se responsável pela sua recomposição, mesmo que não tenha contribuído para devastá-la, **pois se trata de obrigação propter rem.**

2. É pacífico o entendimento do STJ quanto à legitimidade passiva do novo proprietário para responder à Ação Civil Pública que visa a cobrar o reflorestamento de Reserva Legal.

(STJ. 2ª Turma. RESP. 453875 / PR. Ministro HERMAN BENJAMIN. DJE 11/11/2009)

No mesmo sentido:

A Reserva Legal é medida necessária à proteção do meio ambiente, e a sua averbação à margem da matrícula do imóvel constitui obrigação *propter rem*, independentemente de haver floresta ou outra vegetação nativa no local, nos termos dos arts. 16 e 44 da Lei 4.771/1965. Precedentes do STJ.

(STJ. 2ª Turma. RESP 105922/SP. Ministro HERMAN BENJAMIN. DJE 04/05/2009)

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, reforçando tal entendimento, já se manifestou inclusive no sentido de exigir a anuência de todos os proprietários condôminos de um mesmo imóvel, para averbação da RL em imóvel rural, declarando a impossibilidade de apenas um dos proprietários fazê-lo pretendendo a supressão da manifestação da vontade dos demais. Tal decisão evidencia a inflexibilidade da norma e a absoluta impossibilidade de qualquer um, que não o proprietário do imóvel rural, realizar a averbação de Reserva Legal na matrícula do imóvel.

Condomínio. Imóvel sob condomínio clássico. Pretensão de um dos condôminos, só por si, de averbação de área, para reserva legal. Impossibilidade. Necessário e imprescindível, a anuência dos demais condôminos, sob consenso unânime. Alcance da norma do artigo 628 do C.Civil. Sentença mantida. Apelos improvidos. Súmula: negaram provimento. (Proc. nº 1.0000.00.236297-8/000(1) Relator: ISALINO LISBÔA Data do Julgamento: 29/08/2002 Data da Publicação: 20/09/2002)

Ou seja, resta evidente que a averbação de Reserva Legal se trata de obrigação *propter rem*, oponível apenas e exclusivamente ao titular do imóvel rural – não possuindo qualquer terceiro, que não o titular efetivo da área, legitimidade para dar cumprimento à referida obrigação.

Desta forma, é possível afirmarmos que não se pode exigir de empreendedor mineral, quando da realização de atividade de pesquisa mineral em imóvel de terceiros, a obrigação de averbar Reserva Legal como condição para a concessão de licenças ou autorizações eventualmente necessárias, vez que tal obrigação recai exclusivamente sobre o proprietário do imóvel.

4.2 Da Reserva Legal na Posse e Espírito da Lei – § 10º do Art. 16 do Código Florestal

Quando da hipótese de posse, o Código Florestal previu igualmente a obrigatoriedade de constituição de Reserva Legal. Contudo, o próprio Código Florestal reconhece a impossibilidade de

averbação de tal Reserva por aquele que não é o titular efetivo da área, determinando que em tais hipóteses seja a Reserva Legal constituída mediante a celebração de “Termo de Ajustamento de Conduta”, conforme estabelecido no § 10º do art. 16, abaixo transcrito.

Art. 16. (...) § 10. Na posse, a reserva legal é assegurada por Termo de Ajustamento de Conduta, firmado pelo possuidor com o órgão ambiental estadual ou federal competente, com força de título executivo e contendo, no mínimo, a localização da reserva legal, as suas características ecológicas básicas e a proibição de supressão de sua vegetação, aplicando-se, no que couber, as mesmas disposições previstas neste Código para a propriedade rural.

E é com base no referido artigo que a Administração Pública Ambiental vem exigindo, de Pesquisadores Minerais, a constituição de Reserva Legal mediante a celebração de TAC como condição (ou condicionante) de licenças ambientais (ou demais autorizações correlatas) para a atividade de Pesquisa.

Neste sentido rememore-se que, conforme debatido, não há, nos casos de pesquisa mineral, o exercício da posse pelo empreendedor mineral. Todas as pesquisas são realizadas mediante mera permissão (administrativa ou judicial) ou tolerância, sendo a hipótese enquadrada no artigo 1.208 do Código Civil.

Não havendo o exercício da posse pelo pesquisador mineral, é possível afirmarmos que não se aplica à pesquisa mineral o disposto no § 10º do art. 16 do Código Florestal.

Desta forma, não se pode exigir a constituição de Reserva Legal pelo empreendedor mineral, seja em razão de tal obrigação ser *propter rem* – não podendo o empreendedor mineral averbar ou constituir obrigação permanente em face da propriedade de terceiros – seja em razão do não exercício da posse, não se aplicando o disposto no § 10º do art. 16 do Código Florestal.

De toda forma, mesmo que se pudesse falar no exercício da posse de imóvel pelo pesquisador mineral, a posse descrita no referido § 10º do art. 16 do Código Florestal não deve ser entendida como a posse precária e temporal (o que seria o caso dos empreendimentos de pesquisa mineral), mas sim, a posse “definitiva” com ânimo de proprietário por quem a exerce.

Tal afirmação é possível em análise do espírito da lei expresso no mencionado art. 16, e seus parágrafos, do Código Florestal.

Conforme analisado, a Reserva Legal é instituto de natureza perpétua. Neste sentido, dispôs expressamente o § 8º do já mencionado art. 16 do Código Florestal:

Art. 16. (...) § 8º. A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.

Deste modo, uma vez averbada a Reserva Legal, a mesma acompanhará perpetuamente o título do imóvel. E é neste contexto que deve ser interpretado o § 10º do art. 16 do Código Florestal.

Ao prever a necessidade de constituição de Reserva Legal em hipótese de posse, evidente que está a Lei tratando daquele possuidor com ânimo de proprietário, permanente. Trata daquela posse que pode ser entendida como “prévia à própria constituição da formal da propriedade” em favor do possuidor. Tal previsão é uma exceção à regra geral do exercício das prerrogativas do direito de propriedade e, conseqüentemente, da legitimação para oneração de imóveis e, por isso, deve ser analisada de forma excepcional e vinculada ao espírito do Código Florestal.

Seria o caso, por exemplo, do posseiro que em razão de questões fundiárias diversas, não possui o título definitivo do imóvel; do possuidor em processo de usucapião de imóvel; do posseiro de área invadida, em processo de regularização, dentre tantos outros exemplos que prevejam hipóteses de posse permanente, com perspectiva de consolidação da propriedade. Tal instituto, desta forma, prima a impedir que a ausência de título formal obste a consolidação da Reserva Legal como instrumento de política de preservação ambiental em face daqueles que exercem a posse com ânimo de propriedade.

E é neste sentido que qualquer hipótese de vinculação de Reserva Legal à posse precária contraria formalmente a exegese do art. 16 e o espírito da Lei relacionado à perpetuidade de tal instituto.

Ora. O possuidor precário não possui legitimidade para contrair obrigações permanentes em face da propriedade de terceiro, ainda mais aquela considerada “*propter rem*”; poderia o possuidor precário, exclusivamente, contrair obrigações limitadas à finalidade (e ao termo) da posse que exerce. No caso específico da pesquisa mineral, uma vez detendo o empreendedor mineral Alvará de Pesquisa, precário e provisório por natureza, e mesmo que se entendesse deter ele a “posse” do imóvel, evidente que tal posse seria exercida exclusivamente em área limitada pelo escopo de sua autorização (não necessariamente o imóvel como um todo) e pelo prazo de vigência atribuído por lei.

Ao se exigir a constituição de Reserva Legal mediante Termo de Ajustamento de Conduta nestes casos, em verdade estar-se-ia criando uma Reserva Legal precária, sem caráter de perpetuidade, o que naturalmente afronta os princípios e a natureza do instituto da Reserva Legal criado pelo Código Florestal.

Desta forma, podemos concluir que a posse mencionada no §10º do art. 16 do Código Florestal é a posse prévia à constituição formal da propriedade em face do possuidor, e não a posse precária ou provisória. E neste mesmo sentido, o referido §10º não se aplicaria à hipótese de pesquisa mineral.

O que se poderia exigir do possuidor precário, ou do pesquisador mineral, em caso de inexistência de Reserva Legal no imóvel objeto da posse ou pesquisa, seria o compromisso de não intervir naquele percentual destinado à Reserva Legal do imóvel, enquanto durar sua posse, o título ou permissão.

5. DA IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE AVERBAÇÃO DE RESERVA LEGAL PARA ATIVIDADES MINERAIS

Definida a inexistência da obrigação de o empreendedor mineral averbar ou constituir (mediante TAC) Reserva Legal em imóveis de terceiros, passemos à análise da questionada necessidade de comprovação da existência de Reserva Legal nos referidos imóveis, como condição para licenças ou autorizações diversas relacionadas à pesquisa mineral.

Conforme já mencionado, órgãos da Administração Pública (ambiental e mineral), quando não exigem a averbação ou constituição de Reserva Legal em imóveis de terceiros, exigem a comprovação de averbação de Reserva Legal por parte do pesquisador mineral, com fins de concessão de autorizações diversas para as atividades de pesquisa. Tal exigência teria com um de seus fundamentos o § 7º do artigo 7º da Resolução CONAMA nº 369/06, que conforme entendimento de tais órgãos, regulamentaria o licenciamento ambiental da atividade de pesquisa mineral.

Entretanto, ao contrário do que sustentam os órgãos ambientais, a Resolução CONAMA nº 369/06, conforme seu preâmbulo e comandos nela incertos, trata exclusivamente de “(...) *casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente – APP*”.

Prevê o artigo 1º de referida Resolução:

Art. 1º Esta Resolução define os casos excepcionais em que o órgão ambiental competente pode autorizar a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente – APP para a implantação de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social, ou para a realização de ações consideradas eventuais e de baixo impacto ambiental.

Objetivamente, portanto, a referida norma somente se aplica para casos de intervenção ou pedido de autorização de supressão em áreas de APP na hipótese de empreendimentos de utilidade pública ou interesse social. Neste mesmo sentido, quando de atividades minerais fora de áreas de APP, ou em casos em que não haja supressão de vegetação na pesquisa mineral, não há que se falar na aplicação da referida Resolução.

Especificamente quanto à pesquisa mineral, assim previu o § 7º do art. 7º da Resolução:

Art. 7º A intervenção ou supressão de vegetação em APP para a extração de substâncias minerais, observado o disposto na Seção I desta Resolução, fica sujeita à apresentação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental-EIA e respectivo Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente-RIMA no processo de licenciamento ambiental, bem como a outras exigências, entre as quais:

(...)

§ 7º No caso de atividades de pesquisa e extração de substâncias minerais, a comprovação da averbação da reserva legal, de que trata o art. 3º, somente será exigida nos casos em que:

I – o empreendedor seja o proprietário ou possuidor da área;

II – haja relação jurídica contratual onerosa entre o empreendedor e o proprietário ou possuidor, em decorrência do empreendimento minerário.

E o mencionado art. 3º da Resolução CONAMA nº 369/06 dispõe:

Art. 3º A intervenção ou supressão de vegetação em APP somente poderá ser autorizada quando o requerente, entre outras exigências, comprovar: (...)

III – averbação da Área de Reserva Legal;

Ou seja, o § 7º do art. 7º da Resolução CONAMA nº 369/06 trata exclusivamente de hipóteses de solicitação de intervenção ou autorização de supressão de vegetação em APP no curso da pesquisa mineral.

Não só. Mesmo quando aplicada (nas hipóteses de intervenção em APP), a obrigação constante do referido § 7º do art. 7º – necessidade de comprovação de averbação de Reserva Legal em imóvel de terceiros para fins de Pesquisa Mineral, somente será exigível quando o empreendedor mineral for proprietário ou possuidor da área, ou quando haja relação jurídica onerosa entre o empreendedor mineral e o proprietário superficiário (ou possuidor) em decorrência do empreendimento minerário.

Nestes casos, em hipótese de autorização de pesquisa pelo superficiário do imóvel por instrumento gratuito, ou no caso de permissão judicial, a Resolução CONAMA nº 369/06 não exige do empreendedor mineral a comprovação de regularidade do imóvel no que se refere a Reserva Legal.

Desta forma, é possível afirmarmos que a Resolução CONAMA nº 369/06 não se aplica a casos de Pesquisa Mineral, quando ausente supressão de vegetação ou intervenção em APP, não podendo o

órgão ambiental exigir do empreendedor mineral comprovação de existência de Reserva Legal para fins de autorizar qualquer atividade de pesquisa mineral fora de suas áreas de APP.

Neste mesmo sentido, mesmo quando aplicável, a referida Resolução limita sua incidência às hipóteses em que o empreendedor seja proprietário ou possuidor da área ou haja relação jurídica onerosa entre o empreendedor mineral e o proprietário (ou possuidor) em decorrência do empreendimento minerário.

6. DA IMPOSSIBILIDADE DE SE IMPEDIR O DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE DE UTILIDADE PÚBLICA

Por fim, independente da fundamentação legal da exigência por parte do órgão da Administração Pública, aspectos adicionais desautorizam a exigência de averbação da Reserva Legal, ou a comprovação de sua existência pelo empreendedor mineral, como condição para a concessão de autorizações ou licenças diversas para a atividade de pesquisa mineral – mesmo nos casos de hipótese de incidência da Resolução CONAMA nº 369/06. São eles: (i) o caráter de utilidade pública da atividade de mineração, exercida no interesse nacional, mediante autorização ou concessão da União, ii) a rigidez locacional do empreendimento minerário, e; iii) o alto risco econômico da atividade.

Quanto ao caráter de utilidade pública, a mineração constitui atividade essencial e indissociável a manutenção e ao desenvolvimento da sociedade moderna. Em vista dessa característica, o ordenamento contempla que a atividade de mineração será realizada no interesse nacional, nos termos do art. 176, §1º da Constituição Federal da República de 1988. Por sua vez, o art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, confere à atividade de mineração o caráter de utilidade pública. No mesmo sentido, o art. 1º, §2º, inciso IV, do Código Florestal c/c com o art. 2º, inciso I, alínea “c” da Resolução CONAMA nº 369/06, também contemplam a extração mineral como sendo atividade de utilidade pública.¹²

¹² (Código Florestal) “Art. 1º (...) § 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por: IV – utilidade pública (...) c) demais obras, planos, atividades ou

Por tratar-se de atividade essencial para o desenvolvimento da sociedade, a regulamentação da atividade de mineração, em especial o Decreto-Lei nº 227/67 (Código de Mineração) e o Decreto Federal nº 62.934/68, fomentam a exploração e o aproveitamento dos recursos minerais, assegurando ao minerador as garantias necessárias para a realização de sua atividade em prol do interesse nacional.

Quanto à rigidez locacional, a mesma resta configurada na evidente impossibilidade de o empreendedor/minerador escolher o local onde irá exercer a sua atividade produtiva / pesquisa mineral. A pesquisa, e a posterior lavra, necessariamente será realizada onde ocorre a jazida – ou seja, no local de sua ocorrência geológica natural. Em razão dessa peculiaridade, não é possível exigir alternativa locacional quanto ao local de exploração da jazida e tampouco exigir que o minerador escolha ou privilegie este ou aquele imóvel para realização da atividade, pois não há opção por parte do empreendedor quanto à área para implantação e operação da lavra.

Já em relação ao alto risco econômico da atividade, apesar dos recursos e das jazidas minerais pertencerem exclusivamente à União, todo o risco da atividade minerária recai sobre a iniciativa privada, que, desprovida de informações geológicas fornecidas pelo Estado que possam subsidiar ou otimizar o planejamento do aproveitamento destes recursos, deverá, por sua conta e risco, explorar e identificar as jazidas visando, oportunamente, a lavra. Ocorre que na maioria das vezes a pesquisa resulta na inexistência de jazida ou

projetos previstos em resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA.”

(Resolução CONAMA nº 369/06) Art. 2º O órgão ambiental competente somente poderá autorizar a intervenção ou supressão de vegetação em APP, devidamente caracterizada e motivada mediante procedimento administrativo autônomo e prévio, e atendidos os requisitos previstos nesta resolução e noutras normas federais, estaduais e municipais aplicáveis, bem como no Plano Diretor, Zoneamento Ecológico-Econômico e Plano de Manejo das Unidades de Conservação, se existentes, nos seguintes casos: I – utilidade pública: (...) c) as atividades de pesquisa e extração de substâncias minerais, outorgadas pela autoridade competente, exceto areia, argila, saibro e cascalho; II – interesse social: (...) d) as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente;

na sua inviabilidade econômica, o que confere à atividade um alto risco para o empreendedor que investe valores consideráveis para, muitas vezes, não obter nenhum retorno.

Prova do risco dessa atividade é que, segundo dados do próprio DNPM, a cada 100 (cem) requerimentos de pesquisa mineral menos de 3% (três por cento) tornam-se minas.¹³

Essas considerações são relevantes na medida em que a legislação mineral e ambiental não pode ser compreendida, interpretada e aplicada sem considerar essas características peculiares da mineração, que justificam o regramento diferenciado e demandam o tratamento especial em face das disposições genéricas contidas na legislação ambiental.

Ora, por se tratar de atividade de Utilidade Pública, exercida no interesse nacional, mediante autorização ou concessão da União, obstar a atividade de pesquisa mineral representa obstar o interesse da própria União de transformar a reserva mineral inerte em riqueza.

Ademais, em razão da inexistência de alternativa locacional aos empreendimentos minerários – até por se limitarem ao escopo do Alvará de Pesquisa conferido pelo DNPM, não é possível exigir que a pesquisa mineral somente seja realizada em imóveis “previamente escolhidos” com Reserva Legal averbada.

Não só, tem-se também que, conforme mencionado, o aproveitamento de jazidas corresponde a apenas 3% (três por cento) de toda as áreas objeto de alvarás de pesquisa. Desta forma, se exigir a realização de pesquisa apenas quando constituída / averbada Reserva Legal, seria como impedir a própria realização de pesquisa (de aproveitamento mínimo), quando se sabe que eventual regularização de Reserva Legal poderia ser feita quando do início das atividades de lavra efetiva da área.

Neste sentido, uma vez que a obrigação de averbar a Reserva Legal é exclusiva do proprietário do imóvel superficiário, negar eventual autorização para realização de pesquisa por conta da ine-

¹³ FREIRE, William. Características da Mineração e seus Reflexos no Direito Minerário”, *Estado de Minas* – 20/07/2009, disponível em <http://www.williamfreire.com.br/publicacoes/artigo.asp?cod=54>

xistência de Reserva Legal no imóvel seria negar o exercício do Interesse Público da União, em razão da inércia de terceiro.

Relembre-se que o Empreendedor mineral, quando da realização de Pesquisa, age em nome do interesse público para averiguar a existência e avaliar se a Jazida específica está apta à exploração mineral. O não cumprimento da obrigação legal atribuída ao proprietário superficiário deve ser exigido somente deste, por meio das medidas jurídicas próprias, não podendo eventual processo de autorização (licenciamento) ambiental servir como coação para que o empreendedor assuma obrigação legal que não é sua.

7. CONCLUSÕES

Diante do exposto, entendemos que não pode a Administração Pública exigir do empreendedor mineral a averbação, constituição mediante TAC ou comprovação de existência de Reserva Legal em imóveis de terceiros como condição para a emissão de licença/anuência ambiental ou administrativa para pesquisa mineral, uma vez que:

- a) A Reserva Legal é obrigação *propter rem*, inerente à propriedade, e por esta razão oponível exclusivamente ao titular do imóvel rural;
- b) Nos casos de “posse”, a Reserva Legal é assegurada mediante a elaboração de Termo de Ajustamento de Conduta (“TAC”) entre o possuidor e o órgão ambiental competente, nas formas do § 10º do art. 16 do Código Florestal. Contudo, uma vez não exercendo o empreendedor mineral a posse do imóvel objeto de pesquisa mineral, em razão do que prevê o art. 1.208 do Código Civil, o mencionado § 10º não será aplicável à hipótese, não se podendo falar em constituição de Reserva Legal mediante TAC;
- c) Mesmo que se falasse em posse do pesquisador mineral da área objeto da pesquisa mineral, o que se admite apenas em hipótese, a referida “posse” não se enquadraria naquela mencionada no § 10º do referido art. 16 do Código Florestal, que deve ser interpretada como a posse prévia à própria consti-

tuição do título de propriedade em face do possuidor, e não o uso, ou mesmo a posse precária ou provisória de uma fração da propriedade superficiária;

- d) A Resolução CONAMA nº 369/06 somente é aplicável para casos de intervenção em áreas de APP, e para casos de empreendimento mineral (o que não é o caso da Pesquisa Mineral, atividade de mera pesquisa geológica). Mesmo quando, e se aplicável, a comprovação de existência de Reserva Legal em imóvel de terceiros pelo Pesquisador Mineral somente seria exigível se o empreendedor fosse o proprietário ou possuidor da área, ou quando haja relação jurídica contratual onerosa entre o empreendedor e o proprietário ou possuidor, em decorrência do empreendimento mineral;
- e) Diante das características de Utilidade Pública e Rigidez Locacional da atividade mineral, não se pode obstar a realização de pesquisa mineral em razão de inadimplemento em averbar a Reserva Legal do proprietário superficiário do imóvel rural objeto da pesquisa.

Contratos de Construção: Alocação de Riscos e Integração entre Projeto e Contrato

Luis Gustavo Miranda de Oliveira¹

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em meio à crise em diversos países no mundo, o Brasil passa por um momento de prosperidade que incentiva a realização de investimentos e projetos em diferentes setores. A classificação do Brasil em grau de investimento pelas principais agências de classificação de riscos, a Copa do Mundo FIFA 2014, as Olimpíadas de 2016, são referências importantes, dentre tantas outras, que contribuem com essa percepção. O Estado está empreendendo com iniciativas geralmente voltadas para desenvolvimento de infraestrutura, sendo talvez o principal catalisador o Programa de Aceleração do Crescimento. Ao mesmo tempo, no setor privado, inúmeros anúncios de projetos de investimentos estão sendo veiculados nos meios de comunicação todos os dias, indo desde ampliações de instalações industriais, aquisição de novos equipamentos, até a construção de novas plantas industriais, usinas, unidades de geração de energia, entre outros.

Por serem instrumentos indissociáveis aos projetos, diversos contratos são firmados com objetivo de realização de obras, presta-

¹ Mestre em Administração de Empresas pela FEAD-MG e especialista em Direito da Economia e de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de pós-graduação na Fundação João Pinheiro e no Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC PUC Minas). Membro do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG).

ção de serviços, fornecimento de equipamentos, dentre tantos outros. O presente artigo tem como propósito geral relacionar a tecnologia dos contratos com a do gerenciamento de projetos de obras.

Não raro, observa-se um distanciamento entre o que é pensado, planejado e praticado pela equipe vinculada ao projeto e o que está previsto nos contratos a ele vinculados. O distanciamento acaba ocasionando desconformidades e descumprimentos contratuais até inesperados.

Por vezes, surgem conflitos e litígios que poderiam ser evitados, mas que acabam causando impactos em custos e/ou em cronograma, além de divergências entre as partes envolvidas. Em alguns casos, os conflitos em questões que poderiam ser consideradas secundárias em um projeto, serão resolvidos somente no Judiciário ou por meio da Arbitragem.

As razões que podem ser apontadas são diversas e podem ser mitigadas com algumas recomendações presentes neste artigo. O tema ganha relevância, se considerado o atual momento da economia brasileira, em que se observam inúmeros projetos de investimento, construção e infraestrutura.

De um lado, está o dono do projeto, seja ele um ente público ou privado, preocupado em realizar o investimento com determinadas especificações, entre as quais de qualidade, cronograma e de orçamento. De outro, estão construtores, fornecedores e prestadores de serviços que assumem o compromisso de realizar o projeto, considerando as especificações propostas, gerando resultados positivos (v.g. dividendos).

Se entre as partes ocorrem assimetrias de informações ou divergências ao longo do projeto, com impacto em custo, qualidade ou no cronograma, existem aspectos que precisam ser avaliados, sob pena de se evoluir para perdas e/ou litígio entre as partes. Apontado o problema que é digno de enfrentamento, é necessário avaliar que medidas podem ser adotadas.

Assim, o presente artigo tem por objetivo a realização de uma análise que integra e relaciona noções de contratos, projetos e gerenciamento de riscos. Não há pretensão de se esgotar ao tema, re-

presentando muito mais uma síntese de proposições que poderão ser adotadas em projetos, não somente de construção e engenharia.

Para tanto, o artigo se vale de conceitos do *Project Management Body of Knowledge* (“guia PMBOK”) do *Project Management Institute* (PMI), bem como de estudos realizados sobre contratos incompletos e da doutrina jurídica, além da experiência adquirida por meio da participação em diversos projetos.

2. DO FEIXE AOS CONTRATOS INCOMPLETOS

De forma tradicional, a definição de contrato é construída em torno da noção de acordo de vontades entre contratantes que produz efeitos jurídicos (cria, modifica ou extingue direitos e obrigações)². Seria uma espécie de negócio jurídico que exige a presença de pelo menos duas partes para estabelecer reciprocamente direitos e obrigações, em busca da satisfação de interesses que foram regulados³.

Tratando-se de execução de obra, a natureza do contrato deverá ser de empreitada. Em tal modalidade, existe a obrigação de promover e entregar uma obra encomendada. Não há vínculo de subordinação e sim um dever de se atender às especificações contratadas. A execução da obra aloca os riscos da execução no empreiteiro, podendo o objeto abranger, além de serviços, o fornecimento de materiais.

A empreitada diferencia-se da prestação de serviços que estabelece o exercício de uma determinada atividade (material, física ou intelectual), mantendo a supervisão do contratante e a subordinação do contratado. Na prestação de serviços os riscos da execução são por conta do contratante.

A visão tradicional dos contratos (especialmente os de empreitada) e do que está previsto na legislação, no entanto, é só um ponto de partida.

Voltando a atenção para as organizações, sejam elas privadas ou públicas, é pertinente partir da concepção de Ronald Coase⁴. Para

² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 22.

³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 10.

⁴ Ronald Coase (‘The nature of the firm’, 1937, e ‘The problem of social cost’, 1960, Prêmio Nobel de Economia, 1991): a firma, além de fonte de produção de

ele, a organização – ou, melhor dizendo, a firma – é vista enquanto feixe de contratos, coordenados pelo empresário, tanto em órbita interna, quanto externa.

Os contratos, considerando as diferentes abordagens dadas tanto no Direito quanto na Economia, tem como objetivo, para além de estabelecer direitos e obrigações recíprocos entre os contratantes: (i) buscar segurança (jurídica) entre as partes, (ii) prover a alocação eficiente de riscos, (iii) coordenar as transações, (iv) permitir o planejamento de longo prazo e (v) economizar custos de transação⁵.

A negociação de bens e serviços traduzida nos diferentes contratos firmados pelas organizações não depende somente do sistema de preços, mas também do sistema legal. O ambiente legal, agravado pela complexidade das operações, causa impacto nos custos de transação e influencia o comportamento dos agentes econômicos.

Nesse sentido:

“Os contratos são os instrumentos jurídicos que regulamentam a atividade empresarial, mas a atividade produtiva não pode nem deve ser estudada somente sob o aspecto do preço, mas também levando em consideração a alocação de recursos, com o que há que se abordar as leis e os mecanismos de sua aplicação presentes na realidade dos agentes econômicos”⁶.

Assim, os contratos não são considerados instrumentos completos e estáticos para regular a relação entre as partes. Contratos completos seriam aqueles capazes de especificar, em tese, todas as características físicas de uma transação para cada estado da natureza futuro, dispensando a verificação ou determinação adicional dos direitos e obrigações das partes ao longo de seu curso de execução. O

bens e serviços, é entendida como fonte de produção de contratos (ZYLBERSZTAJN, Décio. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005).

⁵ Nesse sentido, existem diversos estudos inspirados em MASTEM, S. E. *Contractual choice*. In: BOUKAERT, B.; GEEST, D. (Org.). *Encyclopedia of Law & Economics*. Edward Elgar Publishing and the University of Ghent, 1998.

⁶ GALLO, José Alberto Albeny. *Contratos incompletos*. 2009. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, p. 61.
GALLO, José Alberto Albeny. *Contratos incompletos*. 2009. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima.

instrumento do contrato teria a função de estabelecer todas as possibilidades de eventos futuros envolvidos no objeto da contratação.

Atualmente, parte-se da idéia de que os contratos tendem a ser incompletos⁷ o que se agrava à medida da complexidade das operações. Existe também um custo associado com a especificação das possíveis contingências futuras, definição de métodos de controle e de solução de disputas em um contrato aparentemente completo.

No entanto, existem meios de mitigar a incompletude dos contratos. Uma destas formas pode se dar com a integração dos conhecimentos de projetos – com especial destaque para o gerenciamento de riscos.

3. CARACTERIZAÇÃO DE PROJETO

Na definição de VARGAS (2003), projeto é o empreendimento não repetitivo, uma sequência lógica de eventos, com início, meio e fim, tendo objetivo claro e definido. O projeto deve conter parâmetros predefinidos de tempo, custo, recursos e qualidade.

O projeto demanda a interface e o relacionamento com diferentes áreas da organização, tais como a área de compras, suprimentos, financeiro, contábil, fiscal, engenharia, contratos, seguros, ambiental, recursos humanos e jurídico. Quanto maior a integração entre as áreas, menor é a tendência de ocorrer assimetrias.

O projeto requer uma atenção especial quando foge ao que é rotineiro na empresa. Se único e pouco familiar, é relevante que as atividades a ele inerentes sejam intensificadas, razão pela qual muitas empresas optam por diferenciar o projeto das demais atividades desempenhadas na organização⁸.

Alguns fatores, como o tamanho e a importância do empreendimento, a interdependência entre as diversas áreas da organização, a falta de familiaridade com o projeto, necessidade de compartilha-

⁷ GALLO, José Alberto Albeny. *Contratos incompletos*. 2009. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, p. 62.

⁸ No entanto, também se observa que algumas empresas estruturam cada um dos seus negócios inclusive os operacionais na forma de projetos.

mento de recursos, podem sugerir um tratamento diferenciado do projeto na organização.

A depender do tamanho e relevância, algumas empresas criam um escritório do projeto, concentrando recursos, atividades e pessoas, que passam a atuar de forma especializada, afastando-se o risco de competição de demandas da operação com as demandas do projeto.

O projeto demanda gerenciamento em diferentes áreas, tais como escopo, tempo, custos, qualidade, recursos humanos, comunicações, riscos e aquisições. Tais informações são muito úteis para o contratos ou o feixe de contratos que serão firmados ao longo do projeto. Ademais, como é de conhecimento, existem diversas questões jurídicas específicas relacionadas e que variam de projeto para projeto.

Desta forma, nada mais apropriado do que integrar o projeto e os contratos que serão a ele vinculados, para evitar assimetrias de informações e omissões nas contratações que serão realizadas. No entanto, o que pode parecer óbvio, na prática, revela distorções originadas por razões que não estão no objeto de análise do deste artigo.

Durante a fase de concepção e planejamento do projeto, já é possível antecipar qual será a estratégia de contratação e aquisições a ser adotada, considerando diferentes variáveis, por exemplo: tipo de empreendimento, *project finance*, planejamento tributário adotado, preço, cronograma, forma de pagamento, licenciamento, pacote de garantias, maior ou menor nível de especialização, fiscalização, controle e cooperação demandados. Tais variáveis podem exigir suporte de diferentes áreas jurídicas, tais como a contratual, tributária, societária, ambiental, regulatória, dentre outras.

A concepção e o planejamento miram-se no futuro. Os aspectos considerados como certos ou prováveis devem necessariamente ser contemplados pelo projeto e pelos contratos. No entanto, os aspectos considerados incertos podem ser tratados por meio das técnicas de gerenciamento de riscos visando a sua alocação mais eficiente. Aliás, a depender da alocação dos riscos, da necessidade de provisionamento e da contratação de seguros, os custos vinculados ao projeto poderão variar.

4. ALOCAÇÃO DOS RISCOS EM PROJETOS E CONTRATOS

Pela definição, risco tem como núcleo a incerteza. Em projetos, o risco é um evento incerto que pode ocasionar conseqüências positivas (oportunidades) ou negativas (perdas) aos objetivos almejados. É relevante que a empresa defina uma política de gestão de riscos, determinando os limites do que está disposta a correr no projeto.

Existem estudos que indicam que, em projetos de construção e engenharia, as principais conseqüências indesejadas estão associadas a:

- a) baixa eficiência na aplicação dos recursos;
- b) não atendimento do orçamento previsto;
- c) não atendimento do cronograma;
- d) imperfeições ou defeitos;
- e) autuações ou embargos pelo Poder Público;
- f) indenizações, perdas e danos;
- g) disputas ou litígios.

Identificadas de uma forma geral, as conseqüências indesejadas dos projetos de construção podem ser estabelecidos meios de sua alocação e/ou mitigação, valendo-se dos contratos.

Inúmeras questões legais são identificadas como incertezas que os gestores não conhecem ou que não sabem que não conhecem. Desta forma, verificam-se decisões tomadas nos projetos à revelia da participação de suas respectivas áreas de interesse, levando o projeto a toda sorte de conseqüências que poderiam ser mitigadas.

Uma vez identificados, os principais riscos do projeto devem quantificados e a equipe deve estabelecer como eles poderão ser alocados. A alocação de determinado risco do projeto pode ocorrer com a decisão de sua aceitação. Em conseqüência, a empresa pode definir por provisionar ou mesmo informar aos administradores e/ou estabelecer um plano de resposta ao risco. O risco também pode ser mitigado, buscando meios para alterar a probabilidade de sua ocorrência ou os seus impactos, caso ele ocorra. Há também possibilidade de transferi-lo para terceiros, por exemplo, com a contra-

tação de seguros. Por fim, o risco pode ser eliminado, geralmente, com a exclusão da sua causa.

Como se nota, tais situações exigem diferentes estratégias de alocação de riscos que podem influenciar diversos aspectos de um projeto, gerando diferentes conteúdos para as cláusulas contratuais, partindo-se de uma matriz de risco.

A metodologia de gerenciamento de riscos prevê a definição de planos de ação (de contingência e de contenção) para os principais riscos identificados. Tais planos de ação podem ser – e geralmente são – estabelecidos como obrigações contratuais.

Como exemplo, uma cláusula comum em contratos de obras com plano de ação é aquela que prevê procedimento específico para elaboração de defesa e acautelamento de valor, na hipótese de o dono da obra ser demandado em ação judicial por fato imputado pelo construtor.

Porém a análise não para por aqui e deve percorrer alguns pontos mais específicos em relação aos contratos de obras.

5. MÉTODOS DE CONCEPÇÃO DO PROJETO E CONTRATOS

A concepção e o planejamento do projeto podem invocar diferentes estratégias de contratação, gerando diferentes objetos e escopos de contratação em projetos de construção e engenharia.

Destacamos que as modalidades de concepção não são rígidas, podendo ou, melhor, devendo ser adaptadas às particularidades de cada projeto. Para tanto, há necessidade de se avaliar como serão distribuídas as responsabilidades pelos aspectos técnicos envolvidos. Vale dizer, as responsabilidades poderão ser assumidas em diferentes níveis pela equipe técnica do dono da obra ou poderão ser transferidas para uma ou mais contratadas.

Entre os principais aspectos técnicos envolvidos em projetos de obras, é possível relacionar:

- a) gerência do projeto;
- b) engenharia conceitual;

- c) elaboração do projeto básico;
- d) elaboração do projeto executivo;
- e) definição do cronograma básico;
- f) definição do cronograma executivo;
- g) responsabilidade pela compra de materiais;
- h) contratação de fornecimentos específicos;
- i) execução da construção;
- j) execução da montagem;
- k) realização de testes, comissionamento, start-up, operação assistida, treinamento e colocação em operação;
- l) realização da fiscalização (qualitativa e quantitativa);
- m) possibilidade de subcontratações;
- n) operação e manutenção.

Passamos a analisar as principais modalidades praticadas no mercado.

Uma primeira modalidade de concepção do projeto é o chamado Design and Build (DB), no qual o proprietário define projeto básico e contrata o construtor para definir o projeto executivo e executar a construção. O preço pode ser estabelecido de forma fixa e global. Promove-se sinergia ao concentrar projeto e execução, reduzindo os atritos que geralmente ocorrem quando são realizados por diferentes empresas. A redução da tensão e de divergências entre projeto e execução potencializa economia de tempo, porém requer atenção do proprietário quanto à definição da qualidade exigida.

Na modalidade Design, Build Operate (DBO), o contratado tem a responsabilidade total sobre o projeto, a construção, o comissionamento, os testes e a operação do empreendimento. Pode-se agregar também a responsabilidade pela manutenção ou mesmo a obrigação de transferência ao final de determinado prazo. No geral, é pensado na forma de preço fixo e global. Ela propicia sinergia ao concentrar projeto, execução e operação, reduzindo atritos. No entanto, o proprietário normalmente não fica com o controle dos detalhes da construção, prazos e operação.

Por meio do chamado EPC – Engineer, Procure & Construct, o contratado fica responsável pela engenharia detalhada, fixando as especificações técnicas, pelas aquisições de materiais e mão de obra necessários à execução do projeto, além da execução da construção civil e da montagem. Promove-se o fornecimento integral: projeto executivo, materiais, equipamentos e construção. Em geral, o preço é fixo e global. É muito adotado em projetos de grande porte, elevado custo, com utilização de novas tecnologias e garantia de melhor preço final.

No Turnkey, fica estabelecido o fornecimento integral, a saber, projeto executivo, materiais, equipamentos, construção, montagem até a colocação do empreendimento em operação. Há responsabilidade exclusiva e total de um contratado. O preço é fixo e global. Os riscos decorrentes da entrega no prazo, em funcionamento e com a performance são transferidos à contratada.

Existem também os chamados contratos de Aliança. Nesta modalidade, as partes estabelecem a engenharia detalhada, os suprimentos, a construção e a montagem de forma conjunta. O preço é aberto (open book), enquanto a gestão é coletiva, valendo-se de uma equipe do contratante e do contratado. Esta modalidade demanda cooperação e sinergia entre os envolvidos. A gestão de riscos acaba sendo compartilhada, podendo-se estabelecer sistema de bônus além de penalidades.

6. ESTRATÉGIAS DE PREÇOS

Além dos diferentes métodos de concepção do projeto que devem informar o objeto e o escopo do projeto e das contratações, é possível configurar diferentes estratégias de fixação de preços.

- Preço Fixo

Os contratos vinculados a projetos de construção e engenharia podem adotar o chamado preço fixo e global, abrangendo de forma certa, prévia e invariável, todos os custos relacionados com as atividades necessárias para a entrega da obra.

A precisão do preço no momento da contratação é possibilitada por meio do detalhamento fornecido pelo dono da obra. Fixada a

obra (resultado final), o cronograma e o preço, a equipe de fiscalização do dono da obra pode se voltar ao controle da evolução dos trabalhos, bem como do cumprimento das especificações da obra. Tende a ser uma equipe de fiscalização reduzida por demandar medições e aprovações de conteúdo mais simples, geralmente vinculadas com a evolução física da obra.

O risco do aumento de preços, imprecisões e omissões de itens necessários são do construtor, mas é possível estabelecer reajustes, conforme a variação dos índices pactuados.

Recomenda-se que o orçamento seja elaborado com base na existência de projetos e especificações mais detalhadas. No plano ideal, a contratação deve ser realizada com base nos projetos executivos, como forma de evitar discussões posteriores ocasionadas por assimetrias na análise ou mesmo com sucessivas alterações das especificações técnicas.

A apresentação de informações insuficientes no momento da cotação pode gerar distorções entre as propostas. Os concorrentes podem estabelecer o preço com base em detalhamento que podem não ser aceitos pelo contratante. Além disso, o contratado é obrigado a alocar no preço uma margem de risco em razão das imprecisões.

Novos serviços ou alterações dos projetos inauguram renegociações de preços e de cronograma, o que recomenda um tratamento específico no contrato.

- Preço Unitário

O contrato de empreitada pode estabelecer que o preço dos serviços será estabelecido por unidade ou medida. Nesse caso, o preço total da construção não é conhecido no momento da contratação, mas é possível estimar. O pagamento ao final da obra se dá pela quantidade executada, o que demanda maior esforço de medição e fiscalização.

Pela experiência, tal modalidade, exige constantes negociações para acerto de preço de cada serviço, porém possui maior facilidade para contratação de novos serviços. Geralmente é utilizado nas contratações em que não existem especificações suficientes para estabelecimento de um preço ou que se sabe que as especificações sofrerão significativas alterações.

Por outro lado, além de demandar maior nível de fiscalização para aprovação das medições, esta modalidade de preços gera dificuldades de controle de orçamento.

- Outras formas

Existem, no entanto, outras formas de estabelecimento do preço da contratação que geralmente são derivadas das modalidades já expostas. Como exemplo, pode-se estabelecer (i) limite de preço, com prêmio de performance caso a execução seja realizada com menor custo; (ii) open book (preço aberto), em que o dono da obra tem acesso aos custos e margens incorridos pelo construtor.

7. GESTÃO DO CONTRATO

A equipe de gestão deve se valer efetivamente do contrato firmado, como se fosse o termo de referência do projeto. Para tanto, o contrato deve estar de acordo com o que foi traçado para o projeto.

Por tal razão, a utilização de modelos de contratos deve ser considerada como um ponto de partida para não ocasionar dificuldades e inconformidades durante a gestão do projeto, especialmente nos momentos de tensão ou de conflitos entre as partes envolvidas.

Vale o registro, ainda são comuns as situações em que a equipe do projeto somente recorre ao contrato assinado nas situações de conflito, no momento em que se constatam alguns recursos que poderiam ser utilizados e que não o foram em momento adequado.

Em razão disso, a gestão do contrato deve zelar pelos documentos do projeto e pela aplicação do contrato, uma vez que eles serão utilizados para sanear eventuais dúvidas ou resolver litígios.

E zelar significa buscar que os documentos do projeto (projetos de engenharia, memoriais descritivos, diário de obras, atas de reunião, correspondências, notificações, acordos) estejam organizados e com o registro dos aspectos relevantes. Com isso, é possível resgatar a memória do projeto, facilitando a resolução de litígios, a cobertura por defeitos construtivos, bem como a realização de manutenção, acréscimo ou alterações futuras.

8. ALTERAÇÕES DE ESCOPO E CLAIMS

Em projetos a realização de alterações de escopo, bem como a contratação de serviços adicionais ou extraordinários, são causas frequentes de disputas e litígios. Chega-se a ponto de se pensar que há uma verdadeira indústria de “*claims*”⁹.

A legislação estabelece que o construtor contratado para executar uma obra planejada não tem direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações (por ele) no projeto. Porém, existe exceção à regra quando o dono da obra promove instruções (escritas) ou quando as alterações são realizadas e o dono da obra não podia ignorar o que se estava passando e nunca protestou.

Em razão disso, os contratos de obras devem estabelecer procedimento específico para regular as alterações ou acréscimos de escopo, proibindo a execução não autorizada. Sabe-se que, nem sempre, será possível iniciar a execução dos serviços adicionais depois de assinado o aditivo contratual que o estabelecer. Por isso, a alteração pode ser feita estabelecendo-se limites de alçada, considerando parâmetros de valores e de delegação de responsabilidade a quem poderá autorizar o início da execução de tais obras, enquanto pendente o respectivo aditivo contratual. No mínimo, recomenda-se estabelecer previamente que as partes formalizem o escopo adicional, o preço e o cronograma consolidado, para evitar discussões que geralmente ocorrem.

As principais causas dos *claims*, pleitos e reivindicações, são atribuídas a:

- a) falhas no planejamento;
- b) erros ou insuficiência dos projetos;
- c) não determinação de todas as condições do projeto;
- d) comunicação falha ou assimetrias de informação;
- e) baixo nível de controle;
- f) falha na documentação do projeto;

⁹ Também chamados de pleitos ou reivindicações.

- g) não cumprimento do cronograma de execução / pagamento;
- h) mudanças das condições contratuais;
- i) dificuldades financeiras;
- j) má-fé, premeditação aos *claims*.

Assim, há necessidade de se estabelecer em contrato o procedimento para análise, avaliação e solução de pleitos e reivindicações, dando-se atenção para a documentação e demonstração. De modo geral, as discussões envolverão desequilíbrio econômico-financeiro, enriquecimento de uma parte em face do prejuízo da outra, caso fortuito ou de força maior.

Como alternativa de solução de conflitos, além dos tradicionais meios (Judicial ou Arbitragem), é possível estabelecer métodos intermediários, tais como a junta de solução de conflitos, por meio da qual as partes vão procurar esgotar as discussões técnicas e comerciais, podendo-se conduzir a uma solução definitiva ou um acordo sem afastar a possibilidade de discussão judicial, mediação ou de arbitragem. Adicionalmente, pode-se estabelecer diferentes instâncias decisórias sucessivas entre os envolvidos, partindo das equipes técnicas até o nível de diretores. Caso determinada questão não seja resolvida pela equipe técnica, uma instância hierárquica superior é chamada para decidir. Ainda, como vantagem, há possibilidade de se produzir documentos técnicos que podem ser utilizados em eventual litígio, quando são esgotadas as possibilidades de resolução amigável.

Havendo a solução de um litígio por meio de um acordo envolvendo concessões mútuas, é necessário que ela se dê na forma de transação, concedendo-se quitação ampla, para evitar a rediscussão de fatos já resolvidos pelas partes.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como objetivo promover uma conciliação entre as informações do projeto e o que será estabelecido no contrato ou no feixe de contratos vinculados ao projeto. Partiu de uma constatação de que é comum os profissionais de projetos não se aterem

ao estabelecido nos respectivos contratos, o que gera assimetrias, conflitos e perdas para as partes.

Entre os pontos que foram objeto de debate, ainda que de forma limitada aos propósitos do artigo, estão: os métodos de concepção de projetos de engenharia, fixação de preços, alocação de responsabilidade técnica, gestão do projeto (e dos contratos), alterações de escopo, *claims* e alternativas de resolução de conflitos.

Mais do que a recomendação de se integrar os conteúdos de projetos e dos contratos, existe a possibilidade de aplicação das técnicas de gerenciamento de riscos como forma de estabelecer uma matriz que deve orientar o tratamento que será dado ao risco pelos contratos.

Valendo-se de tal técnica, aproxima-se o direito da prática, buscando mitigar a incompletude dos contratos, o que recentemente passou a ser objeto de atenção de estudiosos e dos práticos em contratos. Mais do que um negócio jurídico firmado entre duas ou mais partes, o contrato é um meio para buscar a segurança e a estabilidade da relação firmada entre partes, obter alocação de riscos em busca de um objetivo por ele estabelecido. Com a clareza e precisão da relação firmada, pode-se ganhar em eficácia, reduzindo conflitos e potencializando a geração de resultados do projeto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

GALLO, José Alberto Albeny. *Contratos incompletos*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima.

GILSON, Ronald J. Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing. Stanford Law School. Law and Economics Program. *The Yale Law Journal*, v. 94, n. 2, 1984.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GUTIERREZ, Ruben Huamanchumo; SILVA, Augusto Sergio Mendes da; QUELHAS, Osvaldo Luiz Gonçalves. *Projetos indus-*

triais. Aspectos na contratação e implantação de unidades industriais na indústria do petróleo. In: ENEGEP, 26., 2006, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza, 2006.

MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. Provável confronto entre Alberto Asquini e Ronald Coase: uma análise dos perfis de empresa a partir da teoria da firma. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, São Paulo. *Anais...* São Paulo, 2010.

MASTEM, S. E.; Contratual choice. In: BOUKAERT, B.; GEEST, D. (Org.). *Encyclopedia of Law & Economics*. Edward Elgar Publishing and the University of Ghent, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VARGAS, Ricardo Viana. *Gerenciamento de projetos – estabelecendo diferenciais competitivos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2003.

ZYLBERSZTAJN, Décio. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Relacionando Parceria Público Privada e *Project Finance*

Luis Gustavo Miranda de Oliveira¹

Recentemente, o Governo Federal manifestou que a parceria público-privada é indispensável para o crescimento e desenvolvimento sustentável do país².

Passados alguns anos desde a edição da Lei Federal nº 11.079/04, que instituiu as normas gerais sobre licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública (“PPP”), bem como da edição de diversas leis estaduais sobre o mesmo tema, iniciaram-se os primeiros projetos de PPPs. Em consulta aos sítios dos Governos Federal e Estaduais, é possível elencar inúmeros projetos, em diferentes estágios de estruturação, estando alguns em plena operação. Outros, porém, foram suspensos ou, embora licitados, não chegaram a atrair interessados.

A Parceria Público-Privada é geralmente estruturada com base em *Project Finance*. De uma leitura da Lei 11.079/04, é possível identificar alguns elementos do *Project Finance*, o que pode não se mostrar

¹ Mestre em Administração de Empresas pela FEAD-MG e especialista em Direito da Economia e de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de pós-graduação na Fundação João Pinheiro e no Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC PUC Minas). Membro do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG).

² PARCERIA público-privada é a saída para enfrentar desafios do Brasil, diz Dilma. 11 maio 2011. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br>>. Acesso em: 04 out. 2011.

suficiente para identificar a gama de recursos que está à disposição dos possíveis parceiros públicos ou privados. Daí surgiu o propósito do presente artigo que tem por objetivo destacar os elementos do *Project Finance* disponíveis para as Parcerias Público-Privadas.

I. PROJECT FINANCE

O *Project Finance* tem como proposta a capacidade do projeto de gerar receitas que assegurem o pagamento do financiamento com um retorno para seus patrocinadores. Ele se estrutura sob a forma de uma parceria em sentido *lato*, um complexo de relações jurídicas de caráter obrigacional, com ou sem personalidade jurídica própria e solidariedade, que procura compor interesses aparentemente antagônicos de diversos agentes (*patrocinadores, investidores, vendedores de insumos, compradores de produção, etc*) de forma convergente³.

Esta parceria normalmente é constituída sob a modalidade de uma sociedade com propósito específico – SPE, a partir da composição de sócios com diferentes interesses. As partes se obrigam a contribuir com capital financeiro, humano ou tecnológico, para um empreendimento comum, participando, em alguma medida, do processo decisório.

Como objetivos comuns traçados pelo *Project Finance* pode-se citar a implementação de um projeto com capacidade geralmente não suportada por apenas um patrocinador, a redução da carga tributária, a preservação da capacidade de endividamento, a segregação do risco e a composição de parceria de gestão pelas diferentes partes envolvidas, através da sociedade de propósito específico, envolvendo entes públicos e privados.

A estrutura básica de um *Project Finance* criado para um projeto de infraestrutura no Brasil apresenta os seguintes participantes, conforme Faria e Borges (2002):

³ BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Project finance e infra-estrutura: descrição e críticas. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-122. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev905.pdf>.

- 1) **poder concedente**: órgão do poder público responsável pela concessão e acompanhamento do projeto, no âmbito público;
- 2) **acionistas (*sponsors*)**: têm interesse direto no projeto, que é uma oportunidade de negócio;
- 3) **compradores (*off-takers*)**: importantes para a minimização dos riscos, representando a demanda pelo projeto;
- 4) **sociedade de propósito específico (SPE)**;
- 5) **financiadores (*lenders*)**: representam as principais fontes de financiamento (bancos, agências bilaterais e multilaterais, ACEs, fundos de pensão, fundos de investimento etc);
- 6) **operadores (*operators*)**: minimizam os riscos relativos a não conclusão e operação do projeto;
- 7) **banco líder (*arranger*)**: é um dos bancos envolvidos no financiamento, que possui a missão de estruturar o financiamento, sendo o responsável pelos termos do empréstimo e pela documentação;
- 8) **fornecedores (*suppliers*)**: podem minimizar os riscos relativos a não conclusão e operação do projeto. Além disso, significa mais uma fonte de financiamento. Existem agências que concedem financiamento aos compradores de bens exportáveis pelos grandes fornecedores de equipamentos. São as chamadas Agências de Crédito ou de Fomento à Exportação;
- 9) **construtores (*constructors*)**: podem minimizar os riscos relativos a não conclusão e operação do projeto;
- 10) **seguradoras (*insurance companies*)**: compõem a matriz de riscos transferidos do projeto;
- 11) **conselheiro financeiro (*financial advisor*)**: é independente e tem o papel de instruir os acionistas quanto aos riscos envolvidos e quais seriam os instrumentos e fontes de financiamento que poderiam mitigá-las;
- 12) **engenheiro independente (*independent engineer*)**: assegura aos demais participante a viabilidade e as condições técnicas do projeto;
- 13) **assessoria jurídica (*legal advisor*)**: responsável pela análise e estruturação do negócio e sua complexa instrumentalização.

Assim, para o credor, o *Project Finance* é um financiamento suportado contratualmente pelo fluxo de caixa projetado. Para o patrocinador, é uma modalidade de parceria com contratos baseados na análise de crédito e quantificação de riscos. Para as demais partes envolvidas, são obrigações contratuais, que limitam a variação no fluxo de caixa e os ganhos em função do cumprimento de um modelo de engenharia financeira. Para o Estado, é uma relação jurídica de Direito Privado que pode abranger concessões e Parcerias Público-Privadas.

A seguir, analisamos os principais elementos do Project Finance, conforme Faria e Borges (2002).

1.1. Estrutura do Financiamento

As três principais formas de financiamento presentes no *Project Finance* se dão através de recursos próprios dos acionistas, recursos de terceiros, recursos híbridos (FARIA; BORGES, 2002):

- a) **Recursos dos Próprios Acionistas (equity)**: o *Project Finance* inicia-se com o aporte de capital por parte dos acionistas, em contrapartida ao direito à participação societária nos seus resultados. Usualmente, o acionista ou patrocinador procurará limitar a sua responsabilidade solidária (*non* ou *limited recourse*). O *equity* pode ser direito – investidores participam da administração ou da operação ou de ambos – ou passivo – investidores somente investem os seus recursos, delegando a administração aos demais acionistas.
- b) **Recursos de Terceiros (debt)**: os recursos de terceiros representam uma forma de financiamento isenta de participação direta no projeto. O atributo principal da dívida é especificamente o retorno sobre o investimento. Esse financiamento pode ser viabilizado no mercado de capitais. Os créditos concedidos por construtores contratados, fornecedores e compradores são mais uma forma de financiar as estruturas do *Project Finance*. O *leasing* também é uma opção para financiamento de máquinas e equipamentos. Há, ainda, agências governamentais que oferecem, diretamente ou através de repasses, financiamentos para compra de máquinas e equipamentos.

- c) **Recursos Híbridos (*quasi equity*)**: é uma modalidade na qual o financiamento tem a forma de recursos de terceiros, mas com algumas características de recursos próprios. São debêntures conversíveis, *commercial papers*, entre outros investimentos que possuem atributos de *equity* e *debt*. Caracterizam-se pelo fato de serem preferidos pelos demais credores em caso de quebra, só preferindo aos sócios⁴.

Todos os participantes assumem alguma forma de responsabilidade para o sucesso da implementação e operacionalização do projeto. As obrigações de cada qual são estabelecidas em contratos específicos, que representam garantias para o pleno desenvolvimento do projeto. Os mais relevantes são os seguintes:

1.2. Contratos Preparatórios e/ou de Financiamento:

1) **Contrato com bancos (conta centralizadora – *escrow account* / conta reserva)**: pelo qual o caixa da SPE é movimentado por contas vinculadas a uma conta centralizadora cujo objetivo é pagar aos financiadores, como, por exemplo, o BNDES. Os recursos que entram na conta centralizadora até certo montante são usados para cobrir parcelas de amortização durante um período estipulado. Essa conta pode estar no Brasil ou no exterior. Esse *escrow agreement* é firmado entre os financiadores e o *trustee* (no Brasil, o agente fiduciário é que se aproxima dessa figura anglo-saxã), encarregado da administração da conta.

2) **Contrato de financiamento entre a SPE e o financiador sênior (v.g., BNDES)**: constaria a exigência de seguro de garantia de construção. Normalmente, todos os bancos responsáveis pela conta centralizadora seriam intervenientes no contrato da SPE com o financiador sênior.

3) **Contrato de financiamento com outros *lenders***: quando existe mais de um financiador (geralmente, é a regra), deve haver

⁴ BORGES, Luiz Ferreira Xavier; FARIA, Viviana Cardoso de Sá. *Project Finance: considerações sobre a aplicação em infra-estrutura no Brasil*. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, 2002. Disponível em: < http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1808.pdf>, p. 264.

um acordo entre os credores com referência ao compartilhamento de garantias (evitar a sobreposição de garantias, o que dificulta o fechamento do projeto) e outros assuntos de interesse comum.

4) Acordo de acionistas e outros documentos sobre a relação societária: deve disciplinar os compromissos de aporte do capital próprio; a cobertura das possíveis variações nos custos orçados; direito de substituição do sócio que não acompanhar as necessidades de recursos próprios exigidos pelo empreendimento e outros compromissos de responsabilidade dos patrocinadores (*sponsors*); regras rígidas para distribuição de dividendos.

1.3. Contratos para Execução do Projeto:

1) Contrato para implantação do empreendimento: são de aliança da SPE com a firma de engenharia, construção e montagem do projeto e outros vinculados, julgados importantes, como compra de equipamentos, montagem, construção civil, assistência técnica etc. Tem o objetivo de comprometer os construtores e demais executores do projeto com o desenvolvimento correto do cronograma do empreendimento.

2) Contratos de off-take: contratos de venda garantida por um período longo. O relacionamento de longo prazo com o cliente é uma variável determinante da possibilidade de estruturação de um *Project Finance*. Através de exportações, podem ser assinados contratos de longo prazo no exterior, que têm maior atratividade para a obtenção de empréstimos externos, que teriam como garantia, se necessário, uma *escrow account* no exterior⁵.

1.4. Avaliação e Segregação dos Riscos do Project Finance

Para o dimensionamento do projeto, a ser desenvolvido na modalidade *Project Finance*, é imprescindível a avaliação dos possíveis riscos a que os participantes e o empreendimento estão sujeitos. O risco a que todo negócio está sujeito é previsível e pode (e

⁵ MONTEIRO FILHA, Dulce Côrrea. Project finance para a indústria: estruturação de financiamento. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 14, p. 107-124. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1404.pdf>, p. 116.

deve) ser mensurado no início do projeto, pois quanto maior o risco mais altos serão os juros.

A definição dos riscos existentes no projeto é bastante relevante pois irá impactar a composição das partes, o custo e as garantias que serão exigidas. O risco pode ser considerado como a possibilidade de ocorrência de um fator adverso em relação a um resultado desejado. Diferencia-se da incerteza que não pode ser dimensionada. Os riscos podem ser trabalhados no projeto de formas diferenciadas para serem controlados, compartilhados, financiados, reduzidos, evitados completamente ou alocados a um participante para ser coberto, absorvido ou assumido.

Entre os riscos normalmente considerados no projeto, citam-se riscos de construção, operação, de suprimento ou de matéria-prima, de tecnologia, de mercado, de regulação ou políticos, de caso fortuito ou força maior⁶.

Em contrapartida aos riscos, estão as garantias que podem ser reais, tais como hipoteca, penhor, alienação fiduciária, caução de ações, quotas da SPE, caução de direitos emergentes; pessoais, tais como a fiança ou aval dos patrocinadores e, ainda, a retenção de meios de pagamento, garantia de recebíveis, aporte de capital direcionado, restrição à distribuição de dividendos e seguros.

Pois bem, como o valor dos investimentos envolvidos no *Project Finance* costuma ser elevado, e ele é utilizado justamente para diluir e minimizar os riscos para os vários participantes, é preciso realizar uma minuciosa análise dos fatores que poderão afetar negativamente o projeto. Quanto melhor a avaliação de risco (determinado em qualidade e quantidade) menor serão as exigências feitas pelos investidores.

Tendo em vista que o *Project Finance* é calcado no fluxo de caixa do projeto, sua correta mensuração é que garante a segurança dos financiadores e demais participantes do empreendimento. Existem duas relevantes formas de apresentar um melhor fluxo de caixa para o negócio e segregar os riscos – por meio da criação de uma sociedade de propósito específico (SPE) e pela securitização dos recebíveis, senão vejamos:

⁶ Vide Anexo.

I.5. Sociedade de Propósito Especial – SPE

A criação de uma sociedade de propósito especial (SPE) ou *special purpose company* (“SPC”) é uma das particularidades do *Project Finance*. É o estabelecimento de uma pessoa jurídica com personalidade jurídica própria e distinta daquela dos sócios (que pode ser uma S/A ou uma LTDA.), que tem como objetivo a implantação do projeto e, portanto, tem tempo limitado de duração. Concentrará os ativos do projeto, visando segregar os riscos inerentes a esses tipos de investimentos. São criadas exclusivamente para dar existência legal a um projeto e ao seu fluxo de caixa. O risco dos investidores é limitado à qualidade dos créditos de que a SPE é titular⁷. Os administradores de uma SPE não podem assumir obrigações e direitos fora da finalidade para a qual ela foi constituída.

Assim, a sociedade de propósito específico é criada para dar personalidade jurídica ao projeto, concentrando todos os ativos, passivos, o fluxo de caixa, separando-se um patrimônio. A criação da SPE possibilita a desvinculação do projeto do grupo originário, afastando créditos privilegiados não pertinentes a ela, melhorando as demonstrações financeiras do grupo, reduzindo a necessidade de oferecimento de garantias reais ou pessoais. Na estruturação do financiamento, distribui-se os riscos entre as partes envolvidas, minimizando custos.

I.6. Securitização

Além da criação da SPE que deterá a propriedade dos ativos do projeto, outra forma eficiente para a segregação do risco do investimento é a securitização dos recebíveis (direitos creditórios originários de operações a prazo) do projeto. Securitização é forma de transformar créditos futuros em títulos mobiliários para serem colocados no mercado visando à captação dos recursos necessários ao financiamento do projeto. Essa receita futura pode ser efe-

⁷ BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Securitização como parte da segregação de risco. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 124-136, 1999. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1205.pdf>, p. 127.

tiva (crédito exigível), relativa (crédito existente, mas pendente de evento futuro) ou ténue (relação jurídica ainda não existente ou que pode ser cancelada sem ônus a qualquer tempo).

O objetivo é permitir que uma sociedade obtenha recursos através de receita futura, sem comprometer o seu limite de crédito com os credores e sem prejudicar os índices de endividamento do seu balanço. É também uma maneira de conseguir recursos sem a necessidade de intermediação bancária. Em artigo, Borges (1999) traz a estrutura genérica ideal de uma securitização. Há segregação de risco de crédito através de cessão a uma SPE, que será responsável pela colocação do título de captação dos recursos no mercado. O pagamento do investidor à SPE ficará condicionado à formalização da cessão de créditos:

- a) o início é na relação comercial entre a originadora das receitas e os seus clientes;
- b) o passo seguinte é a constituição de uma SPE, que segregue o risco da originadora;
- c) essa SPE compra os créditos de que a originadora é titular perante seus devedores;
- d) os pagamentos periódicos desses devedores passam a ser feitos à SPE, ou a um agente de cobrança autônomo, auditados por empresa independente, que emitirá relatórios, verificando a regularidade da cobrança dos créditos;
- e) a SPE contrata uma agência de classificação de risco para emitir um *rating* sobre ela própria e sobre os títulos de sua emissão, garantindo o seu acompanhamento. O *rating* é classificação de risco que indica a probabilidade de inadimplência, atribuída a partir de informações fornecidas pela própria empresa, principalmente as suas demonstrações financeiras. Ele depende da probabilidade de inadimplência da empresa e da proteção dada pelo contrato de empréstimo em caso de inadimplência;
- f) a SPE emite os títulos (*commercial papers* ou debêntures, normalmente) e escolhe um agente fiduciário que irá representar os detentores desses valores mobiliários, convocando

- assembléias, emitindo relatórios e, eventualmente, executando a SPE;
- g) os títulos são então colocados em caráter público ou privado, e adquiridos pelo mercado;
 - h) os recursos auferidos são transferidos diretamente à SPE ou a um *trustee* contratado, que cuidará de repassá-los à sociedade originadora;
 - i) com os pagamentos feitos pelos devedores originais, a SPE resgatará os títulos emitidos, fechando a operação. Se for o caso, o ciclo se repetirá.

Enfim, securitização é o termo utilizado para identificar as operações em que o valor mobiliário emitido, de alguma forma, está lastreado ou vinculado a um direito de crédito, também denominado direito creditório ou simplesmente recebível. Uma receita, que é uma expectativa de resultado, torna-se um recebível quando surge uma relação jurídica que lhe dê respaldo, originada de um contrato ou de um título de crédito⁸. O objetivo da securitização de recebíveis é permitir a uma empresa obter recursos através da venda de receita futura, sem comprometer o seu limite de crédito com credores e sem prejudicar os índices de endividamento do seu balanço.

1.7. Covenants e Garantias

Por fim, outro ponto que merece destaque é a constituição das garantias que necessariamente irão compor o projeto, que se fazem de forma direta e indireta, neste caso, constituindo obrigações contratuais acessórias, tais como as obrigações de fazer e de não fazer.

Os *covenants* são compromissos assumidos pelo mutuário, em caráter acessório ao contrato principal, nos quais são estipuladas obrigações de fazer e de não-fazer a serem cumpridas durante o contrato, com o objetivo de proteger os interesses do credor, assegurando o pagamento da dívida.

⁸ BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Securitização como parte da segregação de risco. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 124-136, 1999. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1205.pdf>, p. 125.

Os *covenants* têm sua origem no direito anglo-saxão, mas se adaptam perfeitamente ao direito romano-germânico utilizado pelo Brasil, pois equivalem às obrigações de fazer e não-fazer, cujas regras estão previstas no Código Civil.

Sua aplicação no *Project Finance* se justifica por diferentes razões. Como os projetos estruturados sob a modalidade de *Project Finance* envolvem elevado custo financeiro, v.g. setor de infraestrutura, as tradicionais garantias bancárias (pessoais e reais) estipuladas nos contratos nacionais não são suficientes para a garantia da dívida e têm estrutura de cobrança/execução bastante complexas e demoradas. Por isso, usam-se os *covenants* para exigir que a SPE mantenha determinados índices financeiros e se abstenha de, por exemplo, reduzir seu capital e realizar outras operações societárias.

Já nas garantias pessoais, tais como a fiança (tipo de contrato que garante outro contrato) e o aval (vinculado a um título de crédito), o foco está centrado no patrimônio do devedor, sem vincular um bem específico. Se o devedor se tornar insolvente, perder o seu patrimônio, a garantia de nada servirá. Outra dificuldade encontrada pelo credor no momento em que necessita cobrar seu crédito são a complexidade do processo judicial e a sua lentidão.

Por outro lado, as garantias reais vinculam um bem específico do devedor a um determinado contrato. As mais utilizadas são a hipoteca, o penhor e a alienação fiduciária. A primeira dá ao credor o privilégio na execução de um bem imóvel (e partes acrescidas). A segunda estabelece um privilégio na execução de um bem móvel. A última pode incidir sobre bens móveis e imóveis, ocasionando a transferência de propriedade do bem do devedor para o credor, enquanto perdurar a obrigação que garante. Todas dependem de formalidades específicas para a constituição do crédito e sua garantia que, se não observadas com rigor, tornam a garantia imprestável para a execução do crédito.

O principal inconveniente da constituição da hipoteca e do penhor como garantias de uma obrigação é o intrincado processo judicial o que está sujeito à demora que lhe é inerente. Além disso, em caso de falência do devedor, o credor terá que respeitar a ordem legal de pagamento dos credores do falido. Por outro lado, a alie-

nação fiduciária não apresenta nenhuma dessas desvantagens, pois o processo judicial se resume a uma busca e apreensão (ou seja, o bem rapidamente estará em poder do credor) e não está sujeita ao concurso de credores da falência, ma medida em que o bem garantido não pertence ao devedor e sim ao credor. Representa, portanto, um bom meio de garantia.

O segundo fator que caracteriza os *covenants* como ideais para o *Project Finance* é que nessa modalidade de financiamento o ponto crucial de toda a estrutura está no fluxo de caixa gerado pelo projeto. É preciso, então, garantir para os investidores uma margem segura de controle e/ou monitoramento do fluxo de caixa. Os *covenants* têm essa função.

De acordo com Borges (2002):

“a experiência internacional tem mostrado que o trabalho de recuperação de créditos deve trabalhar com três premissas básicas: negociação como alternativa à execução das garantias, identificação do ambiente de onde provém o risco e ênfase na geração de resultados operacionais. É interessante notar que a experiência ensina que a melhor garantia é o sucesso da operação apoiada e sua geração de receitas originalmente previstas^{9,10}.”

Dessa forma, o estabelecimento de garantias acessórias que assegurem uma variação prevista e segura do fluxo de caixa do *Project Finance* é forma de diminuição dos riscos do projeto e, conseqüentemente, dos custos do financiamento.

Conforme mencionado, as obrigações podem ser positivas (obrigações de fazer – *positive covenants*) quando estabelecem exigências relativas à observância de práticas determinadas de gestão, entendidas como indispensáveis à administração eficiente da empresa. São exemplos de tais obrigações o compromisso de manter certo nível de capital e de patrimônio líquido, prestar informações

⁹ Embora a lei de falências em vigor tenha elevado o crédito com garantia real, os bens da massa podem não ser suficientes para satisfazer tais créditos.

¹⁰ BORGES, Luiz Ferreira Xavier. *Covenants: instrumento de garantia em project finance*. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, p. 117-136, 2002. Disponível em: < http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1106.pdf>, p. 125.

periódicas ou eventuais por meio de balanços e outros relatórios que demonstrem a real situação econômico – financeira da empresa. Podem ser também negativas as obrigações estabelecidas no contrato (*negative covenants*, obrigações de não-fazer), o que ocorre quando existem determinados atos que a empresa deve se abster de praticar, tais como não onerar seus bens, não aumentar a taxa de endividamento em relação aos ativos, não arrendar bens acima de determinados limites, não distribuir dividendos acima de determinados limites. Enfim, as obrigações de fazer e não-fazer normalmente se referem à:

- limitação do grau de endividamento da empresa – impedimentos ou restrições negociais, acrescidos de um índice de endividamento previamente estabelecido;
- limitação ou impedimento para contrair novas obrigações – visa impedir a subordinação futura do direito do credor contratante;
- manutenção de capital de giro mínimo – estabelece-se um índice de liquidez corrente que deve ser mantido para proteger o credor contra uma significativa expansão de responsabilidades a curto prazo ou uma possível diminuição do nível de atividade negocial da empresa¹¹.

Finalmente, há ainda a estipulação da penalidade de vencimento antecipado das obrigações do devedor, em caso de não pagamento, pelo mutuário, dos juros e do principal a vencer ou o não cumprimento de qualquer outra obrigação estabelecida no contrato. Estabelece-se um prazo determinado para que o devedor supra a omissão ou sane o defeito no cumprimento do contrato, sob pena de se vencerem antecipadamente todas as demais obrigações por ele contraídas no contrato ou, eventualmente, também outras assumidas por empresas coligadas.

¹¹ BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Covenants: instrumento de garantia em project finance. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, p. 117-136, 2002. Disponível em: < http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1106.pdf>, p. 126.

Para que as partes envolvidas no *Project Finance* possam definir essas garantias e minimizar os riscos, é necessária a negociação das obrigações a serem assumidas pelo responsável pelo projeto, de acordo com o que é viável ser oferecido e garantido, e em conjunto com as garantias tradicionais se também for necessário e possível. Mas é importante que o devedor evite cláusulas que contenham restrições em excesso, que abranjam suas subsidiárias, contratos e atos necessários às suas atividades normais ou onerem excessivamente suas atividades futuras. Como todas as demais fases do *Project Finance* a estipulação dos *covenants* dependem de negociação e análise das estritas condições do projeto.

No exterior, é muito comum a constituição de um *trustee* para administrar recursos de terceiros e também o cumprimento das obrigações. No Brasil, o *trustee* se assemelha ao agente fiduciário, sendo comum para garantia de recebíveis através de uma conta corrente, que deverá recolher os créditos do devedor e efetuar o pagamento. Recebíveis, por sua vez, são os direitos de crédito originários de operações a prazo (já realizadas ou futuras), como venda de bens e serviços¹².

No *Project Finance* o agente fiduciário pode agir tanto na captação quanto na garantia de recebíveis, sendo a entidade que deverá receber os recursos captados pela securitização, liberando de acordo com as regras previstas no documento de oferta dos títulos. Outra forma de atuação do agente fiduciário seria como a entidade que deverá receber o fluxo de caixa gerado pelo empreendimento e aplica-lo de acordo com as instruções previamente recebidas.

2. PARCERIA PÚBLICO PRIVADA – PPP

A Parceria Público Privada – PPP pode ser considerada uma recente referência em matéria de contratos firmados pela Administração Pública, mas que possui marcos regulatórios em elaboração.

¹² BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Project finance e infra-estrutura: descrição e críticas. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-122. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev905.pdf>, p. 49.

Uma questão que, de início, deve ser apresentada é que a PPP deve proporcionar alguma economia mensurável ao setor público ou um ganho identificado de eficiência. Caso contrário corre o risco de se tornar mais uma forma de deslocar gastos presentes para uma necessidade de desembolsos futuros¹³.

O contrato de Parceria Público-Privada é o acordo firmado entre a Administração Pública e entes privados, que estabelece vínculo obrigacional para implantação ou gestão, no todo ou em parte, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público, em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento incumbem ao ente privado.

Na forma da Lei 11.079/04 a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. A norma estabelece que concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Já a concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A celebração do contrato de PPP é vedada quando: (i) o valor do contrato for inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); (ii) o período de prestação do serviço for inferior a 5 (cinco) anos; ou (iii) tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

¹³ PASIN, Jorge Antônio Bozote; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, p. 182-183, 2003. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2006.pdf, p. 183.

Além disso, são diretrizes da PPP estabelecidas na Lei 11.079/04, entre outros, a busca de eficiência, a indelegabilidade das funções típicas do Estado, a responsabilidade fiscal; a transparência dos procedimentos e das decisões; a repartição objetiva de riscos entre as partes; e a sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Os contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever (i) o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; (ii) as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas; (iii) a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; (iv) as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais; (v) os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia; (vi) os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado; (vii) a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites previstos na legislação; (viii) o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; (ix) a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

Os contratos de PPP poderão prever adicionalmente os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços

(step-in rights), não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Há também possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública. Além disso, os financiadores do projeto podem ter legitimidade para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, outros meios admitidos em lei. O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada. Porém, é facultado à Administração Pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível de serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

Um ponto da Lei 11.079/04 que vale destaque é o que trata das garantias. As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas por meio de vinculação de receitas, instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e/ou outros mecanismos admitidos em lei.

A lei 121.079/04 prevê a constituição de uma sociedade de propósito específico como veículo para implantar e gerir a parceria. Nesse caso, a SPE deverá obedecer a padrões de governança cor-

porativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas.

A contratação de PPP é precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada ao atendimento de determinados requisitos.

O contrato, por fim, poderá prever o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa.

Como se depreende, a proposta do Governo Federal possibilita configurar projetos de parceria que minimizem os riscos de inadimplência da administração pública e de instabilidades políticas.

De acordo com a legislação, o contrato administrativo poderá prever não só as penalidades aplicáveis como as garantias oferecidas para o cumprimento do contrato o que certamente irá facilitar o ressarcimento do parceiro privado na hipótese de inadimplemento pelo Estado.

Outro ponto que merece referência é a autorização da utilização da arbitragem, como alternativa de solução de conflitos o que pode reduzir o tempo e os custos envolvidos na solução de litígios.

O equilíbrio do contrato de parceria poderá ser buscado através do emprego das garantias, porém é nos projetos que envolvam atividades auto sustentáveis que ele poderá se mostrar mais atrativo para a iniciativa privada, justamente onde é indicado o emprego do *Project Finance*. A viabilidade econômica não decorreria propriamente do projeto, mas da atividade e sua viabilidade econômica autônoma.

De toda sorte, a Parceria Público-Privada se mostra como grande avanço, tornando-se uma interessante opção de fomento de investimento da iniciativa privada para suprir a falta do Estado em determinados setores.

3. CONCLUSÕES: PARCERIA PÚBLICO PRIVADA X PROJECT FINANCE

Como visto, o *Project Finance* é uma forma de engenharia financeira que tem um desenho voltado para a realização de um flu-

xo de caixa planejado, com base nos ativos gerados no próprio projeto, cabendo às partes identificar e mitigar os riscos previstos. A PPP, por sua vez, não necessariamente pressupõe a previsão de um fluxo de caixa que até poderá ser insuficiente não proporcionando autonomia ao projeto.

A Parceria Público-Privada exige a prevalência do interesse público sobre o particular, segundo as nossas normas de Direito Público. No entanto o *Project Finance* pressupõe a equivalência entre os participantes, seguindo as normas de Direito Privado. Daí, para evolução das PPPs deverão ser desenvolvidos modelos de negócios que possibilitem maior equilíbrio ou garantias para os participantes, especialmente para os financiadores.

Também deve ser levado em conta que nas PPPs, deverão os parceiros privados ficar responsáveis pela conclusão e operação do projeto, nos termos definidos pelo interesse público, independente das variações de mercado, sob pena de se interromper projetos posteriormente considerados inviáveis.

Embora o *Project Finance* encontre suas melhores condições de implantação e os menores custos quando o Estado transfere uma atividade auto-sustentável, viável ao particular, pode-se pensar na sua aplicação quando a atividade não tenha previsão de retorno suficiente, porquanto a atividade será garantida por meio de recursos públicos.

Não se pode deixar passar despercebido que o parceiro privado exigirá que lhe seja assegurado o retorno do capital investido. Assim, se as taxas de retorno não forem atrativas, o Estado poderá cobrir a diferença até torná-las competitivas com outras atividades. Porém, pelo que se depreende há preferência pelo fomento de projetos que não dependam propriamente de desembolso da Administração.

Condições para o sucesso das PPPs é a estabilidade macroeconômica e a segurança jurídica do projeto firmado com os parceiros privados. A credibilidade também é um fator indispensável para parceria. A estabilidade e o cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado, independente dos eventos políticos, também são elementos essenciais das parcerias. Por outro lado, os instrumentos de segregação de risco e de securitização serão o contrapeso para garantir a conclusão e operação do empreendimento.

Um dos caminhos para viabilizar a PPP é a utilização da sociedade de propósito específico que poderão ser *joint ventures*, inclusive, sem a participação estatal representativa. O Estado, em contra partida, poderá se valer de participação com *golden shares*, o que também pode levar ao enfraquecimento da parceria, pelo risco de utilização política, em detrimento dos critérios de mercado.

Entre os elementos mais relevantes das PPPs estão os instrumentos contratuais firmados entre as diversas partes, que envolvem aspectos técnicos, de acordo com a natureza do projeto. As cláusulas contratuais devem estabelecer os instrumentos de medição, exigindo a contratação de empresas especializadas para aferir o resultado estabelecido.

Borges e Pasim (2003) apontam alguns elementos essenciais para a tomada de decisão de um gestor público para aplicação de uma PPP¹⁴:

1. A existência de definição legal de objeto e metas pelo poder público, garantindo-lhe a primazia dos direitos;
2. A verificação da existência de resultados positivos para a comunidade, preferencialmente mensuráveis em comparação à atuação direta do Estado;
3. A necessidade de adoção de tarifas socialmente justas, embora não necessariamente geradores de auto-sustentação para o empreendimento;
4. A possibilidade de captação expressiva de recursos privados;
5. O comprometimento do parceiro privado com a implantação e a operação do empreendimento;
6. A possibilidade de comprometimento efetivo dos recursos públicos contratados prévia ou parceladamente durante o prazo do empreendimento;

¹⁴ PASIN, Jorge Antônio Bozote; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, p. 182-183, 2003. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2006.pdf>, p. 184.

7. A verificação de atratividade econômica ou financeira para o parceiro privado;
8. A possibilidade de condicionamento do pagamento pelo setor público ao parceiro privado, em função do cumprimento das metas definidas contratualmente e verificadas, preferencialmente, por agente independente;
9. A aceitação da operação do empreendimento sob a ótica privada e de direito privado, mas com regulação e fiscalização do ente público concedente ou não.

Para que sua aplicação seja bem sucedida, a Parceria Público Privada deve proporcionar ao setor público alguma economia mensurável de recursos, ganho de eficiência ou geração de relevante externalidade com a sua realização.

Casos típicos de PPP podem envolver projetos urgentes e essenciais, permitindo a antecipação de investimentos pelo parceiro privado e que exigiriam maior tempo para serem alocados pelo setor público. Também são fatores positivos à PPP o compartilhamento de risco com o setor privado e um menor grau de incerteza sobre a conclusão e redução do prazo esperado para implantação do empreendimento, considerando o comprometimento do parceiro privado com os resultados do projeto. Além disso, cabe considerar a estrutura fiscalizatória que deverá ser exercida pelo Estado e pelos investidores do projeto.

As formas de estruturação e de fornecimento de garantias devem ser suficientes para permitir a busca de colaboração financeira de bancos privados e públicos, nacionais e internacionais para os investimentos, exigindo-se o amadurecimento das instituições nacionais, inclusive para oferecer formas diferenciadas de seguros.

O principal desafio talvez continue sendo minimizar o risco político que provoca aumento de custos dos projetos e a exigência de garantias maiores pelas obrigações. Se a PPP puder contornar suas limitações de risco político quanto à credibilidade da garantia do uso dos recursos públicos como fonte essencial de projetos para assunção de riscos por dez, vinte ou mesmo trinta anos, poderá se tornar uma importante ferramenta do Estado em seu objetivo de retomar o crescimento econômico e social.

ANEXO

Estado	Leis sobre Parcerias Público-Privadas
Minas Gerais	Lei nº 14.868, 16 dezembro de 2003 – Programa de parcerias público-privadas no Estado de Minas Gerais. Lei nº 14.869, 16 dezembro de 2003 – Fundo de Parcerias Público-Privadas do Estado de Minas Gerais.
São Paulo	Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas PPP no Estado de São Paulo, e dá outras providências. Decreto nº 48.867, de 10 de agosto de 2004 Regulamenta a Lei que institui o Programa de Parcerias Público-Privadas PPP no Estado de São Paulo, e dá outras providências.
Paraíba	Lei nº 8.684, 07 de novembro de 2008 Institui o Programa de Parceria Público-Privada, dispondo sobre normas específicas para licitação e contratação, no âmbito do Estado da Paraíba, e dá outras providências.
Bahia	Lei nº 9.290 de 27 de dezembro de 2004 Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas – PPP do Estado da Bahia dá outras providências.
Pernambuco	Lei nº 12.765, de 27 de janeiro de 2005 Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública estadual. Lei nº 12.976, de 28 de dezembro de 2005. Institui o Fundo Estadual Garantidor das Parcerias Público-Privadas e introduz modificações nos artigos 4, 12 e 19 da Lei 12.765/2005. Lei nº 13.070, de 11 de julho de 2006 Inclui os projetos prioritários do Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas no PPA.
Sergipe	Lei 6.299 – 19 de dezembro de 2007 Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas de Sergipe – PROPPPSE.
Rio Grande do Sul	Lei nº 12.234, de 13 de janeiro de 2005. Dispõe sobre normas para licitação e contratação de parcerias público-privadas, institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Rio Grande do Sul – PPP/RS – e dá outras providências.

Relacionando Parceria Público Privada e *Project Finance*

Distrito Federal	Lei nº 3.792, de 02 de fevereiro de 2006 Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Distrito Federal e dá outras providências.
Ceará	Lei nº 13.557, de 30 de dezembro de 2004. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas – Programa PPP, no âmbito da Administração Pública do Estado do Ceará e dá outras providências.
Goiás	Lei nº 14.910, de 11 de agosto de 2004. Dispõe sobre a instituição do Programa de Parcerias Público-Privadas, da constituição da Companhia de Investimentos e Parcerias do Estado de Goiás e dá outras providências.
Piauí	Lei ordinária nº 5.494, de 19 de setembro de 2005 Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Piauí – PPP Piauí e dá outras providências.
Rio Grande do Norte	Lei complementar nº 307, de 11 de outubro de 2005 Dispõe sobre normas específicas para licitação e contratação de Parceria Público-Privada (PPP), no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, institui o Programa Estadual de PPP, na Administração Pública Estadual, e dá outras providências.
Santa Catarina	Lei nº 12.930, de 4 de fevereiro de 2004. Institui o marco regulatório dos programas de parcerias público-privada no âmbito do Estado de Santa Catarina, entre outras providências. Lei nº 13.335, de 28 de fevereiro de 2005 Autoriza o Poder Executivo a constituir empresa para os projetos de parcerias público-privadas e de concessões e estabelece outras providências. Lei nº 13.342, de 10 de março de 2005 Dispõe sobre o Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense – PRODEC – e do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Catarinense – FADESC – e estabelece outras providências.
Espírito Santo	Lei Complementar nº 492, de 10 de agosto de 2009 Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Espírito Santo e dá outras providências

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos César Borromeu de. *A captação de recursos pelas empresas no mercado internacional*. Rio de Janeiro: FGV, 2003. Apostila de Contratos Financeiros Internacionais.

BARBOSA, Alfredo Ruy. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: FGV, 2002. Apostila de Direito Regulatório.

BONOMI, Cláudio Augusto. *Project finance no Brasil: fundamentos e estudo de casos*. São Paulo: Atlas, 2002.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Covenants: instrumento de garantia em project finance. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, p. 117-136, 2002. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1106.pdf>.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Project finance e infra-estrutura: descrição e críticas. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-122. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev905.pdf>.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Securitização como parte da segregação de risco. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 124-136, 1999. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1205.pdf>.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier; FARIA, Viviana Cardoso de Sá. Project Finance: considerações sobre a aplicação em infra-estrutura no Brasil. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, 2002. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1808.pdf>.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance: financiamento com foco em empreendimentos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Agências de regulação no Brasil: regulação econômica e democracia*. Rio de Janeiro: FGV, 2002. Apostila de Direito Regulatório.

PINHEIRO, Armando Castelar. *A experiência brasileira de privatização: o que vem a seguir?*, Rio de Janeiro: BNDES, 2000. (Textos para Discussão, n. 87). Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/Td/Td-87.pdf>.

MONTEIRO FILHA, Dulce Côrrea. Project finance para a indústria: estruturação de financiamento. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 14, p. 107-124. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev1404.pdf>.

PARCERIA público-privada é a saída para enfrentar desafios do Brasil, diz Dilma. 11 maio 2011. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br>>. Acesso em: 04 out. 2011.

PASIN, Jorge Antônio Bozote; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 20, p. 182-183, 2003. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2006.pdf>.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na administração pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PIRES, José Cláudio Linhares. *Capacitação, eficiência e abordagens regulatórias contemporâneas no setor energético brasileiro: as experiências de ANEEL e da ANP*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999. (Ensaio BNDES, n. 11). Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/ensaio/ensaio11.pdf>>.

PIRES, José Cláudio Linhares. *Desafios da reestruturação do setor elétrico brasileiro*. Rio de Janeiro: BNDES, 2000. (Textos para Discussão, n. 76). Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/Td/Td-76.pdf>>.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação*. São Paulo: Lumen Juris, 2001.

A Inconstitucionalidade da Cobrança da Contribuição à Empresa Brasil de Comunicação Criada pela Lei n. 11.652/2008 das Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicação

Marciano Seabra de Godoi¹

Daniela Silveira Lara²

I. DA CRIAÇÃO DA EBC – EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO – E SUAS FONTES DE RECEITA

Em 10 de outubro de 2007, foi editada a Medida Provisória n. 398, que constituiu a Empresa Brasil de Comunicação – EBC – e instituiu os princípios e objetivos dos serviços de “radiodifusão pública” explorados pelo Poder Executivo ou outorgados a entidades de sua administração indireta.

¹ Consultor Interno do escritório RV&LC Advogados. Advogado e economista, doutor em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Complutense de Madri e mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Economia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) nos cursos de Graduação em Direito e de Mestrado/Doutorado em Direito Público. Fundador e diretor executivo do Instituto de Estudos Fiscais (IEFi).

² Pós-graduada em Direito de Empresa pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC PUC Minas). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). MBA em Finanças pelo IBMEC-MG. Diretora da Associação Brasileira de Estudos Tributários das Empresas de Telecomunicações (ABETEL). Ex-Gerente Tributária de empresa de grande porte na área de Telecomunicações.

De acordo com art. 11 da referida MP 398/07, os recursos da EBC seriam constituídos da receita proveniente de várias fontes, sem a criação de novos tributos.

Todavia, na conversão da MP n. 398/07 para a Lei n. 11.652, de 7 de abril de 2008, foi incluída como uma das fontes de receita da EBC o valor de no mínimo 75% da arrecadação de nova contribuição instituída pelo art. 32 da própria Lei:

“Art. 32. Fica instituída a Contribuição para o Fomento da Radiodifusão Pública, com o objetivo de propiciar meios para a melhoria dos serviços de radiodifusão pública e para a ampliação de sua penetração mediante a utilização de serviços de telecomunicações.

§ 1º A Contribuição é devida pelas prestadoras dos serviços constantes do Anexo desta Lei, e o seu fato gerador é a prestação deles.

§ 2º A Contribuição será paga, anualmente, até o dia 31 de março, em valores constantes do Anexo desta Lei”.

Por outro lado, o art. 33 da Lei n. 11.652/08 alterou o art. 8º da Lei n. 5070/66, para reduzir o valor da Taxa de Fiscalização e Funcionamento (TFF) devida ao FISTEL (Fundo de Fiscalização das Telecomunicações). Antes da Lei n. 11.652/08, a TFF correspondia a 50% do valor da TFI (Taxa de Fiscalização de Instalação). Com o advento do art. 33 da Lei n. 11.652/08, o valor da TFF foi reduzido para 45% do valor da TFI.

Essa redução no valor devido para a TFF equivale exatamente ao valor que passou a ser cobrado a título da nova contribuição à EBC, conforme Tabela Anexa à Lei n. 11.652/08. Ou seja, houve redução do valor de uma taxa e criação de uma nova contribuição exatamente no mesmo montante da redução da taxa.

Como contribuintes dessa nova contribuição, foram elencadas todas as prestadoras de serviços previstas no Anexo da Lei, inclusive as prestadoras de serviços de telecomunicação fixa e móvel.

Posteriormente, a MP n. 460, de 30 de março de 2009, alterou a Lei n. 11.652/08 para, além de determinar o pagamento da contribuição em 31 de maio de 2009, também determinar a inclusão dos §§ 7º a 11 ao art. 32 da Lei, para dispor que a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel – tem a responsabilidade de recolher,

fiscalizar e cobrar a referida contribuição e repassá-la à EBC, mediante uma remuneração percentual sobre o total recolhido.

Conforme será demonstrado adiante, a nova contribuição destinada a custear a EBC não se reveste das características necessárias à instituição válida de qualquer tributo previsto na Constituição Federal e, portanto, é inconstitucional.

Ademais, mesmo que tivesse natureza jurídica de alguma contribuição prevista constitucionalmente, ainda assim seria inconstitucional, pois sua base de cálculo não possui qualquer conexão com a materialidade de uma contribuição. Além disso, mesmo que fosse considerada válida a contribuição à EBC, não poderia ser cobrada das prestadoras de serviços de telecomunicação fixa e móvel, pois essas prestadoras não guardam qualquer vinculação ou referibilidade com a finalidade ou destinação da contribuição, requisito primordial para a instituição de qualquer contribuição, conforme já decidido pelos Tribunais do país.

Por fim, mesmo que pudesse ser cobrada das prestadoras de serviços de telecomunicação, a cobrança da contribuição à EBC, no próprio ano de 2009, como determinou a MP 460, violaria o princípio da anterioridade tributária previsto no art. 150, III, da CF, só podendo ser efetivamente cobrada em março de 2010, conforme restará explicitado a seguir.

II. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PARA A EBC

Para a aferição da constitucionalidade ou não da nova contribuição para a EBC, faz-se necessário, logo de início, indagar qual seria a natureza jurídica da referida contribuição e, conseqüentemente, as normas constitucionais aplicáveis à espécie tributária.

A doutrina pátria já consolidou entendimento no sentido de que, para se caracterizar a natureza jurídica tributária, a exação deve preencher os requisitos do art. 3º do Código Tributário Nacional:

“Art. 3º – Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

No julgamento da ADIN n. 2556, o Ministro Relator Moreira Alves deixou claro que basta a adequação ao art. 3º para se considerar uma exação como de natureza tributária³.

Em princípio, portanto, a contribuição à EBC preencheria todos os requisitos previstos no art. 3º do CTN.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que as espécies tributárias previstas na Constituição são: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições (contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais e econômicas).

Para a caracterização de cada espécie tributária, é necessário perquirir sobre a hipótese de incidência, base de cálculo e também sobre a sua finalidade e destinação.

No caso da hipótese de incidência da contribuição à EBC, a doutrina especializada assim esclarece:

“O “fato gerador” (aspecto material) da Contribuição à EBC é a prestação dos serviços constantes no Anexo da lei, serviços que podem ser consolidados nas espécies “radiodifusão sonora e de sons e imagens” e “serviços de telecomunicação em geral” (interesse coletivo e restrito, prestados no regime público ou privado), ambas espécies do gênero serviços de telecomunicações”⁴.

A Lei n. 11.652/2008 determina, como base de cálculo da exação, não uma unidade de valor pecuniário, mas a quantidade de estações/ terminais ou número de habitantes atendidos pelas estações, sendo a alíquota um valor fixo expresso monetariamente e referente a cada unidade prevista.

Por outro lado, sua arrecadação tem como finalidade, conforme o caput do art. 32 da Lei, “propiciar meios para a melhoria dos ser-

³ “A primeira questão que se coloca, é a de saber se elas são, ou não, exações tributárias. A meu ver, nesse exame sumário, são ambas exações tributárias pela adequação delas ao conceito que se encontra no art. 3º do Código Tributário Nacional”. (ADI 2556, DJ de 08.08.2003, Relator Min. Moreira Alves).

⁴ Aldo de Paula Júnior. “A Natureza e (In)validade da Contribuição para Fomento da Radiodifusão Pública instituída pela Lei Federal n. 11.652/2008”. V Congresso Nacional de Estudos Tributários. IBET. Noesis. 2008. p. 45.

viços de radiodifusão pública e para a ampliação de sua penetração mediante a utilização de serviços de telecomunicações”.

Pela análise de seu fato gerador, base de cálculo e finalidade, verifica-se que a contribuição à EBC não pode ser considerada como taxa. Apesar de possuir a mesma estrutura quantitativa da Taxa de Fiscalização e Funcionamento – TFF (base de cálculo e alíquota), não possui na composição de sua hipótese de incidência uma atuação estatal específica e divisível vinculada ao contribuinte.

Por não financiar obra pública, nem ter como fato gerador a valorização de imóvel, fica afastada sua caracterização como contribuição de melhoria.

Por não ter previsão de restituição do valor arrecadado, também não pode ser considerada um empréstimo compulsório.

Caso fosse um imposto válido, a figura ora examinada deveria ter sido instituída por Lei Complementar (art. 154, I da CF/88) e não poderia a lei que a instituiu vincular sua arrecadação a um órgão como a EBC (art. 167, IV, da CF/88).

Resta analisar, portanto, se a contribuição à EBC pode ser considerada como contribuição de alguma espécie.

O art. 149 da Constituição Federal menciona três espécies de contribuições:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo”. (grifamos).

Na sempre lembrada classificação feita pelo Min. Carlos Velloso no RE n. 138.284, as contribuições previstas na Constituição podem ser: a) contribuições sociais (de seguridade social e gerais), de intervenção no domínio econômico e corporativas.

Quanto à novel contribuição inserida no ordenamento jurídico pela EC n. 39/2002 no art. 149-A da CF (contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública), obviamente nada tem a ver com a contribuição à EBC.

Inicialmente, descarta-se facilmente que a contribuição à EBC se caracterize como “contribuição corporativa”, pois não se destina ao interesse de categoria profissional ou econômica. Tampouco pode ser classificada como “contribuição social de seguridade social”, pois sua arrecadação não é destinada a custear a Seguridade Social, que engloba ações de previdência social, assistência social e saúde.

Desta forma, restam ser analisadas as espécies tributárias “contribuição social geral” e “contribuição de intervenção no domínio econômico”, para verificar se a contribuição à EBC pode ser caracterizada como uma dessas espécies.

Ao classificar as contribuições, o STF, no RE 138.284, acima mencionado, tendo como relator o Min. Carlos Velloso, afirmou que as “contribuições sociais gerais” previstas no próprio texto constitucional seriam o salário-educação, (art. 212, § 5º da CF/88), o FGTS, as contribuições do SESI, SENAI, SENAC (art. 240).

Posteriormente, quando do julgamento das ADIN’s ns. 2.556 e 2.568, que tratavam das exações criadas pela Lei Complementar n. 110/01, o STF entendeu que referidas contribuições teriam natureza jurídica de “contribuição social geral” pelo fato de que possuíam “finalidade social”, no sentido de atender ao “direito social” do art. 7º, inciso III, da CF/88:

“De outra parte, sendo exações tributárias que também se destinam ao Fundo de Garantia por tempo de Serviço, enquadram-se elas no disposto no artigo 217, IV e V, do Código Tributário Nacional, o qual alude a contribuição destinada a ele e admite a criação por Lei de outras de fins sociais. E, tendo ambas as exações tributárias ora impugnadas inequívoca finalidade social (atender ao direito social referido no inciso III do artigo 7º da Constituição de 1988), são contribuições sociais gerais.

[...]

E, assim sendo, pelo menos em exame compatível com a apreciação do pedido liminar, enquadram-se as duas contribuições sociais instituídas pela Lei Complementar n. 110/2001 na sub-espécie contribuições sociais gerais, que se submetem à regência do artigo 149 da Constituição, e não à do artigo 195 da Carta Magna”.
– grifamos.

Portanto, o que emana da jurisprudência do STF é que as contribuições sociais gerais ou são as previstas no próprio texto constitucional (como no art. 212, § 5º, e no art. 240 da CF) ou então são as criadas pelo legislador infraconstitucional para atender a um dos “direitos sociais” previstos no capítulo II, do Título II da Constituição (arts. 6º a 11).

Esses são os “direitos sociais” que foram considerados pelo STF como passíveis de serem atendidos pela instituição de uma “contribuição social geral”.

A “radiodifusão pública” é prevista no Capítulo da Constituição Federal que trata da “Comunicação Social” (Título VIII, Capítulo V) e não pode ser considerada como um “direito social” propriamente dito.

Além disso, caso se considere a comunicação social como “direito social” passível de financiamento específico por contribuição social geral, então todo e qualquer tema tratado nos capítulos da “Ordem Social” da CF de 1988 (como cultura, desporto, ciência e tecnologia, etc.) poderia ser base para a criação de nova contribuição social. Nesse cenário, os impostos perderiam seu caráter básico de fonte de custeio das despesas públicas gerais, pois poderiam ser criadas tantas contribuições sociais gerais quantas fossem as atividades federais nos setores mencionados.

Por outro lado, vejamos se a contribuição à EBC pode caracterizar-se como contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE), como forma específica de intervenção do Estado na “Ordem Econômica”.

A “Ordem Econômica” é definida na Constituição Federal em seu Título VII (“Da Ordem Econômica e Financeira”), sendo que seu art. 170 delimita seus princípios fundamentais:

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

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

- III – função social da propriedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII – busca do pleno emprego;
- IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

Desta forma, analisando cada um dos pilares da intervenção no domínio econômico, resta claro que a atividade de exploração da radiodifusão pública é estranha aos princípios da Ordem Econômica previstos constitucionalmente.

As intervenções no domínio econômico aptas a servir de finalidade para instituição de contribuição estão previstas nos artigos 170 a 181 da CF, e em nenhum caso há indicação de algo que possa levar à radiodifusão pública.

Ademais, a intervenção para fins de CIDE só poderá ocorrer de forma direta, como um tributo extrafiscal com seus recursos aplicados diretamente na finalidade que causou sua instituição.

Esta é a conclusão da melhor doutrina, conforme esclarecido por Hugo de Brito Machado Segundo⁵:

“A mera utilização da contribuição como fonte de custeio de um órgão interventor não é possível em face do disposto no próprio artigo 149 da Constituição que assevera serem as contribuições nele referidas o próprio instrumento de atuação da União Federal nas respectivas áreas.

⁵ Hugo de Brito Machado Segundo. “*Perfil Constitucional das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico*”. “Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico”. Coordenador: Marco Aurélio Greco. Dialética. São Paulo. 2001. p.116.

[...]

E o produto da sua arrecadação deve, também, ter aplicação vinculada à finalidade da contribuição, para que essa finalidade seja inteira e exclusivamente, a de intervir na economia, e não outra. Isso não significa que a contribuição deve necessariamente custear um órgão interventor como o CADE, mas sim que deve ter seus recursos destinados ao custeio de uma atividade estatal que tenha por fim desestimular, diminuir ou mitigar o fato que ensejou a intervenção.

Em síntese, tanto a contribuição deve, em si mesma, possuir essencialmente uma função extrafiscal interventiva, como o produto de sua arrecadação deve ser aplicado na consecução de atividades vinculadas a essa mesma finalidade”.

No caso da contribuição à EBC, conforme já explicitado, sua finalidade declarada é propiciar meios para a melhoria dos serviços de radiodifusão pública, e no mínimo 75% do produto de sua arrecadação é destinado à “Empresa Brasil de Comunicação”, criada pela Lei n. 11.652/2008 e que tem por objetivo a prestação de serviços de radiodifusão pública e serviços conexos (art. 6º da Lei 11.652/08).

A “radiodifusão pública” de “sons e imagens” é tratada na Constituição Federal no Capítulo da “Comunicação Social”, que está inserido no Título VIII que trata da “Ordem Social”, ou seja, sem nenhuma ligação efetiva com temas relacionados à “Ordem Econômica”, que possa ensejar uma finalidade de intervenção econômica.

Ademais, além de não haver intervenção no domínio econômico propriamente dito, não há, na criação dessa contribuição, qualquer atividade interventiva do Estado no sentido de estimular ou desestimular qualquer conduta econômica ou produtiva por parte dos agentes privados.

Desta forma, resta claro que a contribuição à EBC criada pela Lei n. 11.652/08 também não possui natureza de contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE).

Em suma, passando em revista todas as espécies tributárias existentes no Direito brasileiro, verifica-se que em nenhuma delas se encaixa validamente a contribuição à EBC, sendo imperiosa a sua declaração de inconstitucionalidade.

II.1. Da falta de conexão da base de cálculo da contribuição à EBC com sua própria materialidade

Caso se entenda que a contribuição à EBC possui característica de contribuição social geral ou de intervenção no domínio econômico, ainda assim a contribuição se mostrará inválida.

Conforme demonstrado, o art. 149 da Constituição Federal outorga à União Federal a competência para instituir contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico e contribuições de interesse das categorias profissionais.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001, foi acrescido ao aludido artigo 149 o seu parágrafo 2º, o qual prevê algumas hipóteses de não-incidência (imunidade tributária), bem como os critérios para o aspecto quantitativo das contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico. Quanto ao aspecto quantitativo das contribuições, foram estabelecidas, para os casos de alíquotas ad valorem, as bases tributáveis das referidas contribuições, quais sejam, faturamento, receita bruta, valor da operação e valor aduaneiro (para os casos de importação):

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I – não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II – incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços;

III – poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

Ou seja, o Poder Constituinte Derivado determinou que, quando se tratar de instituição de uma das espécies de contribuições acima mencionadas, quais sejam, contribuições sociais e contribuições de intervenção no domínio econômico, as alíquotas ad valorem serão estabelecidas sobre as bases tributáveis previamente determinadas, quais sejam, faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro.

É justamente nesse sentido o entendimento apresentado pelo r. doutrinador e julgador Leandro Paulsen, relator do voto vencedor no julgamento do Recurso de Apelação nº 2005.71.11.002947-3/RS, proferido pela 2ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao apreciar a questão da constitucionalidade da contribuição ao INCRA, que apesar de ser considerada como CIDE, possui base de cálculo diversa da prevista pelo art. 149, § 2º, III, “a” da CF/88:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. NATUREZA JURÍDICA. REFERIBILIDADE. 1. A contribuição ao INCRA, conforme orientação do STJ, configura contribuição de intervenção no domínio econômico, não tendo sido revogada pelas Leis nº 7.789/89 e 8.212/91.

2. Contudo, não foi recepcionada pela EC nº 33/01. Efetivamente, a EC 33/01, ao acrescentar o § 2º ao art. 149 da CF, especificou o regime das contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, estabelecendo critérios para o aspecto quantitativo de tais contribuições, quando fossem ad valorem, dizendo as bases tributáveis (faturamento, receita bruta ou valor da operação). No caso da contribuição ao INCRA, incidindo sobre a folha de salários, é incompatível com o art. 149, § 2º, “a”, da CF, a.

3. A amplitude do pólo passivo depende da verificação da referibilidade, traço inerente às contribuições. A intervenção para fiscalizar e fazer com que os imóveis rurais cumpram sua função social só diz respeito ao mundo rural. Incabível, pois, de qualquer modo, a cobrança da contribuição de empresa urbana, que não mantém nenhum nexos com a atividade interventiva do INCRA.

(Apelação Cível 2005.71.11.002947-3/RS – Relator Leandro Paulsen – Segunda Turma do TRF 4ª Região – Decisão de 19/06/2007)

De todo modo, para ser uma contribuição válida, a base de cálculo da contribuição à EBC deveria ser apta a mensurar algum aspecto de sua hipótese de incidência.

Contudo, no caso da contribuição à EBC, a base de cálculo estipulada é típica e própria de taxa, pois foi retirada do texto do Anexo da Lei do Fistel (Lei 5.070/66) que apresenta uma tabela específica preparada para servir de parâmetro para a cobrança das Taxas de Fis-

calização de Instalação e de Fiscalização e Funcionamento das Estações de Radiofrequência, alterando apenas o seu valor unitário. Ora, a determinação do montante de uma taxa devida pela Fiscalização de estações base, móvel, repetidora em valor fixo multiplicado pelo número de estações de cada espécie de serviço de telecomunicação obviamente não se presta a funcionar como base de cálculo para uma contribuição, seja “social geral”, seja de “intervenção no domínio econômico”. A finalidade da contribuição não guarda qualquer relação com o número de estações ou a área atendida por determinada empresa prestadora de serviços de telecomunicação.

Definir quanto cada contribuinte irá pagar com base no número de estações/terminais só faz sentido em se tratando de um tributo cujo fato gerador é o serviço de fiscalização dessas mesmas estações/terminais. Mas no caso da contribuição à EBC não é esse o fato gerador dos tributos. Faz sentido diferenciar os contribuintes pelo número de estações/terminais em se tratando de uma taxa, tributo vinculado a uma atuação estatal específica (fiscalização das próprias estações/terminais). Mas diferenciar os contribuintes da contribuição à EBC (que não é uma taxa) com base simplesmente no número de estações/terminais é instituir tratamento desigual com base em parâmetro arbitrário e inapropriado, posto que relativo a outra espécie tributária.

Se nunca se admitiria a criação de imposto novo tomando como base de cálculo as normas próprias de uma taxa, porque isso seria admitido em se tratando de uma contribuição?

Os princípios da igualdade (art. 150, II da CF) e da capacidade contributiva (art. 145, § 1º da CF) não operam da mesma maneira nas taxas e nas contribuições e, por essa razão, a instituição de uma contribuição com a base de cálculo de uma taxa constitui violação desses dois princípios.

Desta forma, resta demonstrado que, mesmo que se lhe reconheça a natureza jurídica de contribuição social geral ou de intervenção no domínio econômico, a contribuição à EBC é inconstitucional, pois além de ferir os ditames do art. 149, § 2º, da CF, possui base de cálculo e hipótese de incidência emprestadas de uma legislação de taxa e incompatíveis com a finalidade da contribuição.

II.2. Da falta de referibilidade entre o objetivo da contribuição e as atividades das prestadoras de serviços de telecomunicação

Mesmo considerando que a contribuição à EBC tivesse natureza de contribuição, seria inconstitucional pelo menos a sua cobrança com relação às prestadoras de serviços de telecomunicação.

Conforme acima explicitado, as prestadoras de serviços de telecomunicação são as Empresas de Telefonia Fixa e de Serviço Móvel Celular elencadas como sujeitos passivos da referida contribuição por força do art. 32, § 1º da Lei n. 11.652/08 e Tabela Anexa à Lei.

As contribuições, ao contrário de impostos e taxas, só podem ser cobradas de contribuintes relacionados à atuação que será custeada por meio da contribuição. Ou seja, nas palavras de Marco Aurélio Greco: “paga-se contribuição porque o contribuinte faz parte de algum grupo, de alguma classe, de alguma categoria identificada a partir de certa finalidade qualificada constitucionalmente, e assim por diante. Alguém ‘faz parte’, alguém ‘participa de’ uma determinada coletividade, encontrando-se em situação diferenciada, sendo que, desta participação, pode haurir, eventualmente (não necessariamente), determinada vantagem. O critério apóia-se numa qualidade (=fazer parte) e não numa essência (=fato determinado) ou utilidade (=benefício/vantagem)”⁶.

Considerando que a finalidade da contribuição à EBC é custear parcialmente a atividade estatal de radiodifusão pública, por meio da criação da EBC, pode-se afirmar que o objetivo protegido está relacionado à “Comunicação Social”, prevista na Constituição Federal no Título da “Ordem Social”.

Sendo assim, podemos afirmar que só podem ser contribuintes desta exação, as entidades que prestam serviço de comunicação social, e não todas as prestadoras de serviços de telecomunicação, sob pena de desvio de finalidade e de relação entre a atuação do Estado na respectiva área (art. 149, CF/88) e fonte de custeio⁷.

⁶ GRECO, Marco Aurélio, ob. Citada, p. 83.

⁷ Aldo de Paula Júnior, ob. Citada, p. 57.

Aliás, as prestadoras de serviços de telecomunicação móvel e fixo só estão elencadas na Lista Anexa à Lei porque possuem estações de radiofrequências fiscalizadas pela Anatel e que constituem base de cálculo de taxas, mas não exercem atividade de comunicação social, diretamente ligada à finalidade da contribuição à EBC.

E não há que se falar que o STF já teria alargado ou rejeitado o conceito de referibilidade para as contribuições, sejam sociais ou de intervenção no domínio econômico, pois nos casos analisados pela Corte, sempre foi caracterizada a figura de um grupo diretamente relacionado à contribuição:

ADIN 3105/DF – constitucionalidade da contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos

Relator Min. Cezar Peluso

“O sujeito passivo não se define como tal na relação jurídico tributária da contribuição por manifestar capacidade contributiva, como se dá nos impostos, nem por auferir benefício ou contraprestação do Estado, como se passa com as taxas, mas apenas por pertencer a um determinado grupo social ou econômico, identificável em função da finalidade constitucional específica do tributo de que se cuide”.

Desta forma, seja por não ter natureza jurídica de qualquer tributo previsto constitucionalmente, seja por possuir base de cálculo sem conexão com a materialidade de qualquer contribuição, a contribuição à EBC é inconstitucional.

No entanto, mesmo que seja considerada constitucional, a contribuição à EBC é inconstitucional ao menos com relação às prestadoras de serviços de telecomunicação fixa e móvel, por não haver qualquer referibilidade entre esses sujeitos passivos e a finalidade da contribuição.

II.3. Da impossibilidade de cobrança da contribuição à EBC no ano de 2009 por ferimento ao Princípio da Anterioridade

A Lei n. 11.652/08 determina, no § 2º, do art. 32, que “a contribuição será paga, anualmente, até 31 de março, em valores constantes do Anexo desta Lei” e a MP 460/09, determinou que, em 2009, o pagamento deve ser efetuado no dia 31 de maio.

Ou seja, a lei não determinou o momento exato de ocorrência do fato gerador, delimitando apenas o momento do pagamento da exação – até 31 de março de cada ano.

A determinação legal do momento de ocorrência do fato gerador é imprescindível para o cômputo do número exato de estações dos contribuintes da contribuição, considerando que este número se altera muito rapidamente, pois consideram-se, por exemplo, a quantidade de estações móveis (aparelhos celulares) e base (ERB's). Somente esta falta de previsão legal do momento de ocorrência do fato gerador bastaria para concluir pela inconstitucionalidade do tributo.

Considerando, para efeito de análise do princípio da anterioridade, que a contribuição à EBC tem natureza de contribuição social geral ou de intervenção no domínio econômico, aplica-se a anterioridade mista, prevista no art. 150, III, “b” e “c” da Constituição Federal, com sua exigência apenas no exercício seguinte ao da publicação da lei que a instituiu, respeitando-se o limite mínimo de 90 (noventa) dias.

Desta forma, considerando que a Lei n. 11.652/08 foi editada em abril de 2008 e que o princípio da anterioridade mista determina que o momento de sua incidência só pode ser considerado no ano posterior, respeitado o limite mínimo de 90 dias, pode-se afirmar que o fato gerador da contribuição à EBC só poderá ocorrer a partir de 01.01.09.

Considerando ainda que não foi previsto na Lei n. 11.652/08 e nem na MP 460 o momento exato da ocorrência do fato gerador da contribuição à EBC e que, por expressa disposição do art. 32, § 3º, aplica-se “*subsidiariamente e no que couber as disposições da legislação do imposto de renda*”, pode-se inferir que o momento de incidência da contribuição à EBC é o mesmo do imposto de renda, ou seja, 31 de dezembro de cada ano.

Da mesma forma, considerando a legislação do FISTEL (TFF e TFI) para determinar o momento de ocorrência do fato gerador da contribuição à EBC, a conclusão será a mesma, pois o art. 12 da Lei n. 5.070/66 determina que “*o valor da TFF incidirá sobre a totalidade das estações licenciadas até 31 de dezembro do ano anterior*”.

Sendo assim, considerando a aplicação subsidiária da legislação do imposto de renda ou do FISTEL (TFF), tem-se que o fato gerador da contribuição à EBC só poderá ocorrer no dia 31 de dezembro de cada ano.

Com efeito, para respeitar o princípio da anterioridade, tem-se que o momento da ocorrência do primeiro fato gerador da contribuição à EBC somente pode se dar em 31 de dezembro de 2009, ou seja, no ano posterior à edição da Lei que a instituiu e, sendo assim, sua cobrança só poderá ocorrer em 31 de março de 2010.

III. CONCLUSÃO

1. A contribuição à EBC, criada pela Lei n. 11.652/2008 para custear a Empresa Brasil de Comunicação, não se reveste das características de qualquer espécie tributária constitucionalmente prevista: imposto, taxa, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório, contribuição corporativa, contribuição social ou contribuição de intervenção do domínio econômico;
2. Referida contribuição não pode ser classificada como “contribuição social geral” por não estar prevista expressamente no texto constitucional (como ocorre nos casos do art. 212, § 5º e do art. 240 da CF) e também por não ter sido criada pelo legislador infraconstitucional para atender a algum dos “direitos sociais” previstos constitucionalmente, posto não ser a “radiodifusão pública” um direito social propriamente dito;
3. A contribuição à EBC também não pode ser considerada como “contribuição de intervenção ao domínio, pois a atividade de exploração da radiodifusão pública é estranha aos princípios da Ordem Econômica previstos constitucionalmente e às intervenções no domínio econômico aptas a servir de finalidade para instituição deste tipo de contribuição (arts. 170 a 181 da CF/88);
4. Mesmo que a contribuição à EBC tivesse natureza jurídica de alguma contribuição prevista constitucionalmente, ainda assim seria inconstitucional, pois sua base de cálculo é

característica de taxa e não possui qualquer conexão com a materialidade de uma contribuição;

5. Ademais, mesmo que fosse considerada válida, a contribuição à EBC não poderia ser cobrada das prestadoras de serviços de telecomunicação fixa e móvel, pois a atividade dessas prestadoras não guarda qualquer vinculação ou referibilidade com a finalidade ou destinação da contribuição, requisito primordial para a instituição de qualquer contribuição válida;
6. Mesmo que pudesse ser cobrada das prestadoras de serviços de telecomunicação, a cobrança da contribuição à EBC, no ano de 2009, como determinou a MP 460, viola o princípio da anterioridade tributária previsto no art. 150, III, da CF, só podendo ser efetivamente cobrada em março de 2010.

Energy Services and Trade Liberalization: the Limits of the WTO General Agreement on Trade in Services – GATS

Maria João C. P. Rolim¹
Gilberto Ayres Moreira²

SUMMARY

1 Introduction. 2 Trade Liberalisation and the Specifics of Energy. 2.1 The Energy Industry. 2.2 Liberalisation Processes and the Emergence

¹ Sócia do escritório RV&LC Advogados. Pesquisadora/doutoranda pelo Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy (CEPMLP) da Universidade de Dundee, Escócia. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e LLM pela London School of Economics (LSE), com concentração em regulação do mercado europeu de energia. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos e em Economia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professora do curso de Regulação do Setor Elétrico da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e do curso Regulação da Energia Elétrica da Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (ABDIB). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo (IBRAC), do Instituto Brasileiro de Direito da Energia (IBDE) e do Instituto de Advogados de Minas Gerais (IAMG).

² Sócio do escritório RV&LC Advogados. ITP pela Harvard Law School e pós-graduado em Direito Tributário pelo IBET/IBDT (USP). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Tributação e Comércio Internacional, é Alumnus do Programa de Capacitação em Política e Comércio da Embaixada do Brasil em Washington. Professor de Direito Tributário Internacional da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Membro da American Bar Association (ABA), da Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF), da International Fiscal Association (IFA) e do Instituto de Analistas Brasileiros de Comércio Internacional (ABCI). Membro efetivo da Comissão de Direito Tributário da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP).

of New Services. 3 Applying the Gats to the Energy Services Sector: Prospects and Limits. 3.1 The GATS General Framework. 3.1.1 Scope and Modes of Supply. 3.1.2 Annexes and Protocols: a Sector-specific Approach. 3.2 The classification System. 4 Balancing Values within the GATS. 4.1 Public Service Concerns and the Electricity Markets. 4.1.1 The Public Service Concept. 4.1.2 Accommodating Public Services within the GATS. 4.2 Ensuring Security of Supply and Environmental Goals in the Electricity Markets. 4.3 A 'Reference Paper' for Energy: Developing a Sector-specific Approach. 5 Brazilian Power Sector Reform: where to go next and how the GATS can Contribute. 6 Conclusion. Bibliography.

I. INTRODUCTION

Energy is a vital issue with significant economic, political and social impacts. With an estimated value of US\$ 6 trillion a year (about a tenth of the world's economic output)³ and close links to social welfare and development, the regulation of the energy industry has been made largely at national levels rather than at a global one. As a crucial, strategic issue, energy policies have been closely linked to the establishment of States' identities. Therefore, energy has been regulated within national spheres as a special issue without specific international focus. Over the last two decades, however, energy markets all over the world have undergone several changes in the way they are organised and the respective services that are delivered. These changes are gradually creating a significant level of international trade in energy which pushes for the adoption of open and competitive markets with consequent domestic regulatory reforms. This global process of liberalisation as well as new challenging issues, such as security of supply and sustainability, have put energy onto the international agenda, and led to calls for the development of co-operative regulatory instruments worldwide.

Being the main driving force of all economies, the efficient use of energy resources is imperative for all countries. Developing countries need to modernise their existing facilities, thus demanding a massive inflow of capital, technology and know how. For

³ WTO S/C/W/311 – Energy Services – background Note by the Secretariat – 12 January 2010.

industrialised countries, developing energy co-operation is also crucial to improve the diversification of their energy flows, and so reducing dependency upon one particular region⁴. Globally, environmental issues are a challenge for all regulatory efforts. Notwithstanding this increasingly international demand for co-operation and the development of international multilateral rules, energy is still very much regulated at the national level. Internationally, the issue is sparsely regulated, especially in relation to energy services, and there is currently a debate as to what would be the most suitable path to develop international co-operation while still preserving the essential national autonomy over such a sensitive area.

The process of liberalisation within energy markets, initiated more than a decade ago, remains incomplete and most markets still present significant structural impediments to the development of an international trade environment. A recent report⁵ reflecting an extensive inquiry into the European energy market has concluded that market concentration is a major concern for the success of the liberalisation process. Accordingly, “*the market power of pre-liberalisation monopolies has not yet been eroded*”. Taking an emerging economy as another example, the liberalisation process initiated in Brazil one decade ago through the privatisation of the former public electricity monopolies has been paralysed, creating a structural competitive imbalance between private and public companies operating in an incomplete regulatory framework, not yet fully prepared to deal with this mixed market.

A particular fear widely shared in developing countries as well as in emerging economies is that multilateral trade rules may erode their regulatory autonomy over crucial social policy decisions. Whereas it is widely accepted that liberalisation of the energy markets and introduction of competition may bring about potential social benefits for consumers, these promises, however, do not come without the fear that full liberalisation might erode the public ser-

⁴ For a more extensive development of the reasons for international co-operation in Energy: The Energy Charter Treaty – A Reader’s Guide. 8.

⁵ Financial Times – “Brussels raises heat on Energy companies” Friday, January 5 2007 See also Commission Report SEC (2006) 1724.

vice mission which is inherent in energy services with particularly disastrous impacts in those countries. Additionally, in the energy industry, competition also bears some limits which are not always properly considered in the liberalisation processes.

At international level, energy services have been included as part of the WTO services negotiations initiated in 2000⁶ which are still ongoing. The current scenario raises questions as to what extent the development of multilateral international rules can be relevant to a progressive and sustainable development of a global energy policy. What role, if any, is reserved for international agreements in the sector? Concentrating on the energy services sector, this paper tries to answer these questions with a particular focus on the potential role for the WTO General Agreement on Trade in Services – the GATS – and its impact on the specific challenges faced by developing countries. In view of this, however, it is important to say that the multilateral energy negotiations transcend the GATS. The construction of an international regulatory framework for the energy sector involves other WTO agreements in areas such as subsidies and anti-dumping as well as other international organisations, and bilateral and regional agreements⁷. Therefore, any conclusions and suggestions must be seen in the light of this broader context.

Focusing on the energy services sector, and taking into account the limitations outlined above, it will be argued that although the

⁶ Services negotiations started officially in January 2000 under the Council for Trade in Services.

⁷ Although this paper focuses on the analysis of the GATS agreement, and it is beyond its scope to address other international regulatory forums, it is important to note that the global architecture of energy markets regulation involves different international organizations focused on different regulatory aspects, as well as bilateral and regional trade agreements. As to the international organizations, apart from the WTO, it is important to mention the ECT – The Energy Charter Treaty – which plays a relevant role in the development of energy investment and transit rules, and also the International Energy Agency (IEA) which has a prominent role in dealing with broader energy policy issues. The United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), which addresses the threat of global climate change, having adopted the Kyoto Protocol which entered in force on 16 February 2005 is also relevant. For a complete overview of this architecture, see Selivanova, Y. (forthcoming 2007).

GATS does potentially apply to the sector and offers the broad framework required to break down structural bottlenecks, boosting the liberalisation process, it is not suitable to accommodate sectoral social goals. The analysis suggests that while commitments in the sector have been limited, a globally uneven competitive process for capital is eroding the social dimension of the sector. Issues of public service, the environment and security of supply might be overlooked within the liberalisation processes, and as a result, sustainability is at stake. The discussion indicates that the GATS is ill-designed to address these crucial concerns as it lacks the necessary flexibility and specificity to encompass the particulars of the sector. Notwithstanding this conclusion, this paper holds the view that multilateral rules are crucial elements to adequately regulate energy issues. With this view, it will be suggested that a more specific approach through the development of an Energy ‘Reference Paper’ annex to the GATS agreement could greatly contribute to the improvement of global energy trade while ensuring the protection of other equally important values which may be more suitably defined at local and national level.

This paper is structured in six sections, including this introduction (section 1) and a final conclusion (section 6). **Section 2** gives an overview of the energy industry and its specificities and examines how a global liberalisation trend has impacted the sector. **Section 3** analyses the GATS agreement itself, its structure and general framework. Additionally, it examines the relevance of the discussion over the classification issue. The central **Section 4** looks at the GATS’ mechanisms for balancing trade values and other policy objectives. Particularly, it focuses on how public service considerations and other policy objectives specific for the power sector, such as security of supply and environmental goals, fit within the agreement. Most importantly, this section analyses how the GATS has affected these values. A suggestion for the development of a sector specific approach closes the section. **Section 5** then illustrates the points discussed by reviewing the ongoing reform process in the Brazilian Power Sector and how the GATS could contribute to undoing the knots with which it is currently bound.

2. TRADE LIBERALISATION AND THE SPECIFICS OF ENERGY

2.1 The Energy Industry

The production and consumption of energy is a complex issue. The energy industry encompasses the sectors of coal, petroleum, electricity, gas, nuclear energy and renewable energies⁸, each of which has their own particular specificities. This paper concentrates mainly on the electricity sector⁹, although some considerations may apply to the energy industry as a whole since all the sectors encompass some common characteristics. A first relevant question in this context is why energy is particularly special?¹⁰

As an infrastructure industry, energy has a crucial importance to the development of other sectors and has a direct impact on social development. Economically speaking, in general, energy production and distribution is marked by the presence of high sunk costs potentially working as barriers to entry; high levels of investment risk due to the gap between formation and supply; and the interdependence of the different stages in the production chain. The power sector, particularly, has a number of characteristics which are specific to it and require a specially designed regulatory regime. It is characterised by ¹¹: (i) particularly large sunk costs, (ii) vertical stages of production (generation, transmission, distribution and retailing) interlinked and with different optimal scales, and, (iii) a non-storable good delivered via a network which requires an instantaneous physical balance of supply and demand at all nodes. In addition to these features, Cameron¹²

⁸ Classification according to World Trade Organisation (1998) WTO S/C/W/52- 1-7.

⁹ It is important to emphasise that although the exploration and production of natural gas is closely linked to the exploration and production of oil, the gas transmission and distribution sectors present characteristics different from oil and more similar to electricity. WTO S/C/W/52. 5.

¹⁰ See Cameron, P. (2007) 21-36, for a complete analysis of this question with a particular emphasis on the EU market.

¹¹ Jamasb, T. and Pollitt, M. (2005) .12.

¹² Cameron, P. (2007) 23.

highlights that in electricity markets, due to these specific features, abuse of market power is easy and therefore likely to happen, thus demanding strong competition regulatory policies. Additionally and mainly, electricity is special as a result of its close link to social welfare. As will be further elaborated throughout this paper, all these characteristics make the sector particularly challenging to market-opening policies and justify a regulatory approach designed specifically to the industry.

2.2 Liberalisation processes and the emergence of new services

Despite the particular characteristics of each country, electricity markets were traditionally organised as natural monopolies, confined by national networks, structured as a vertically integrated industry, often with no distinction between generation, transmission, distribution and retail, owned or tightly controlled by the State. Seen as an integral part of national security policy, the industry was developed as part of the State identity itself and it has always been related to socio-economic national objectives. In order to respond to these objectives, for long time, the States were directly involved in production and distribution of public utilities and, in many cases, measures such as tax subsidies, cross-subsidisation and enforcement of price controls were established to address social objectives. From the mid-1980s, however, this development pattern started to show signs of fatigue and the State-led model was seen as a major cause for the infrastructure crisis which followed. The monopolistic structure and the absence of actual and potential competition were appointed as the main causes for the low levels of efficiency and the consequent public deficits. In the 1990's, pressures for change emerged and calls for reforms become louder.

Among industrial countries, the changes were motivated by “*a shift in government attitudes towards regulation stemming from the poor performance of state-owned energy companies, growing subsidy burdens, and regulatory incentive structures that stimulated costly over-investment*”¹³. In developing countries, “*debt*

¹³ Evans (2003) 168.

*crisis and severe capital shortages*¹⁴ created additional pressure for change. Reforms based on privatisation, competition and liberalisation were thus seen as a way to attract private sector investment, improve efficiency and boost overall economic performance. Moves to liberalise energy markets have, since then, been widely embraced. Major privatizations have occurred, supported by wide de-regulatory and re-regulatory processes. Particularly in the power markets, opportunities have been introduced for domestic and foreign firms leading to a surge in power projects developed and financed by independent power producers (IPPs). In the retail sector, competition has been introduced by opening up opportunities for direct sales of gas and electricity and by creating the institutional and regulatory environment for competitive pools and direct bilateral contracting¹⁵. The whole process has resulted in the emergence of a range of new energy services which were previously seen as an integral part of the final supply. In the electricity supply, services such as the construction of power stations, trading bulk electricity (nationally and internationally), supplying and metering and, in particular, those associated with expanding, operating and maintaining transmission and distribution networks have emerged as new and autonomous services, provided by different suppliers at different levels of the value added chain, for which demand continuously increases.¹⁶

In parallel and as a requisite for thriving liberalisation, the need for the establishment of new regulatory structures able to respond to the new challenges has also emerged. As emphasised by Profs. Jamasb and Pollitt¹⁷, successful liberalisation of electricity markets requires: (i) vertical unbundling of generation and transmission; (ii) introduction of competition in wholesale generation and retail supply, (iii) independent regulation able to ensure effective non-discriminatory access to transmission and distribution networks and to establish clear rules minimising regulatory uncertainty, and,

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ WTO S/C/W/52 (1998) 18.

¹⁷ Jamasb and Pollitt (2005) 13.

(iv) privatisation allowing new actors to participate in the market¹⁸. Efforts to meet these liberalisation requisites significantly impact on the national regulatory environments which need to adapt to the newly competitive markets. In this context, regulatory measures can both boost and limit liberalisation. Measures aimed at the opening up of the markets can positively affect overall economic growth and consequently increase the demand for international trade in energy services¹⁹. The domestic regulatory environments, however, can also potentially act as a restriction to the expansion of international energy trade. As examples of regulatory barriers which can hinder the expansion of international trade, Evans indicates the existence of restrictions such as those associated with foreign ownership²⁰ and those imposed on the entry of skilled technicians.

A specific cause of concern is that an opaque or discriminatory regulatory decision-making process in the host country can put the foreign firms in a particularly disadvantaged position. As emphasised by the same author²¹, it is especially worryingly because most energy projects and associated services depend on extensive licensing or permitting processes. Thus, regulatory uncertainty and a lack of transparency can undermine effective competition and raise the cost of international trade in energy services. Lack of structural reforms is also highlighted as the “*largest barrier facing international trade in service*”²² especially for network-based industries, such as

¹⁸ Although privatisation is perceived as a way to boost liberalisation processes, Jamasb and Pollitt (2005) clearly emphasise that: “privatisation is not a prerequisite for liberalization. In theory, competition and incentive regulation can be applied to publicly owned enterprises (e.g. Norway)”.

¹⁹ Evans (2003) 169. The International Energy Agency (IEA) expects total world oil demand to grow more than 25 percent over the current decade, expanding the drilling activities. Similar expansion could occur in services associated with gas and power sectors.

²⁰ Ibid. 170. “Firms seeking to retain full ownership of their operations may be barred from establishing a local presence unless they join with a local joint-venture partner”.

²¹ Ibid. 170.

²² Ibid.

electricity, as a mixed private-state environment can increase the uncertainties of the regulation.

Generally, there is strong support for the idea that much could be gained by opening energy markets to greater competition²³ through the elimination of barriers to trade, the establishment of adequate regulatory frameworks and the conclusion of ongoing structural reforms. Indeed, while it can be agreed that competition and regulatory improvements could boost international trade with overall benefits, the analysis carried out in this paper indicates that, in the energy sector, the opening up of the markets for competition also has some limits and, moreover, requires special consideration of other equally relevant values. Specific regulatory arrangements are needed to meet social aims. Some of those, however, may have a negative impact on new foreign entrants. For example, specific subsidies and even cross-subsidies can be used to allow determined incumbent to meet certain social goals. In a specific study for the water sector, Prof. Lang²⁴ clearly captures the broader debate about regulatory schemes aimed at providing basic public services and the possible conflicts with the GATS regime. Referring to the UN report on “*Liberalization of Trade in Services and Human Rights*”, Prof. Lang highlights the “... *clear concern that some useful forms of regulation may be viewed as discriminatory, or as unduly burdensome, or as effective barriers to market access for foreign services providers*”. In the electricity sector this polemic is even more acute. As it has been shown, the sector encompasses very peculiar characteristics and liberalisation processes have created very distinctive national regulatory schemes.

The GATS agreement, although broadly applicable to the sector, does not seem to provide the mechanisms to reach the required balance between trade liberalisation and essential social objectives in the energy sector. Furthermore, it can be argued that increasing market access equally will not be sufficient to foster sustainable liberalisation in the sector as more flexibility and additional specific

²³ See Commission Report Sec (2006) 1724.4.

²⁴ Lang, A. (2004) 802.

measures are needed to properly include all the specific concerns of such a complex industry. As clearly stressed by Selivanova²⁵:

“Specific features of the energy sector require special rules related to the energy trade. The issues of security of supply, public service obligations, environmental and development goals have to be reconciled with private profitability and efficiency. Private investments are needed in order to build energy transportation networks and contribute to security of supply and development goals. Some regulatory solution needs to be found in order to both encourage investment and ensure attainment of public policy objectives”.

3. APPLYING THE GATS TO THE ENERGY SERVICES SECTOR: PROSPECTS AND LIMITS

Expanding international trade in the energy services sector is perceived as having the potential to yield significant benefits in terms of lower prices, greater innovation, and a cleaner and more efficient energy supply²⁶. Notwithstanding these potential benefits, WTO members have undertaken only limited commitments in the area of energy services, consequently most energy services are only subjected to the general obligations of the WTO’s GATS and are thus excluded from additional measures that countries could negotiate to enhance trade and competition. The existence of significant restrictions on market access and several domestic regulatory barriers are seen as major obstacles to progress in trade liberalisation in the sector²⁷. The GATS’ framework, in this context, is regarded as a potential mechanism for countries to dismantle these barriers; however, it is currently an incomplete instrument which needs to be tailored to the special characteristics of the energy markets²⁸. Specific measures to clarify the existing GATS classification system and the development of additional commitments relevant to the sector, particularly those aimed at

²⁵ Selivanova (forthcoming 2007) 3.

²⁶ Evans, P. (2003) 167.

²⁷ For an illustrative example of such barriers see Evans (2003) 169.

²⁸ Evans (2003) 168.

increasing competition, transparency and independent regulation, are accepted as being the most urgent improvements needed to boost international trade in the energy services sector²⁹. It will be argued, however, that although the improvement measures are needed and potentially bring benefits, increasing market access is not sufficient to allow a sustainable and balanced progress of trade liberalisation as envisaged by the agreement³⁰. Indeed, the GATS lacks the flexibility to properly consider specific aspects such as the public service issues related to the energy services sector. As will be seen, although the agreement acknowledges the right of governments to pursue legitimate public policy objectives, and it is considered by some as flexible enough to encompass such issues³¹, the excessive broad scope combined with the GATS' horizontal approach aimed at addressing all sectors regardless their specificities limit the member's autonomy in terms of establishing energy policies adequate to their needs. Even, more worryingly, the GATS might be having a negative impact on the concept of public service itself which has been deteriorating over time.

Additionally, this paper maintains that enhancing competition in the sector, although required, also has its limits which need to be properly considered, particularly in relation to developing countries. Paving the way for a full discussion of these arguments in Section 4, this section offers an overview of the GATS agreement as it applies to the energy sector and discusses the relevance of the ongoing discussions regarding the classification of energy services under the agreement, concluding that, although there is a need for a more appropriated classification, other relevant constraints need to be addressed in order to achieve the sustainable liberalisation of the sector.

²⁹ Ibid.

³⁰ The GATS preamble calls for progressive liberalization giving due respect to national policy objectives.

³¹ On this position see Adlung, R. (2006). Accordingly, despite the gaps and definitional uncertainties, "*the agreement's flexibility allows for a wide range of customized solutions, sector-by-sector and mode-by-mode.*" 485 and Adlung, R. (2006) "Services Negotiations in the Doha Round: Lost in Flexibility?".

3.1 The GATS general framework

3.1.1 Scope and modes of supply

As part of the Uruguay Round³², the GATS came into force on 1st of January 1995, providing binding rules and disciplines to promote liberalisation of services trade and investment. The aim was to establish a multilateral framework of principles and rules applicable to measures that affect trade in services with a view to achieving the progressive and sustainable liberalisation of the services sector as a means of promoting economic growth amongst all trading partners. The GATS is contained within the annex 1B to the WTO agreement and, although it is an “*independent and individual regime for the trade in services*”³³, it contains a set of rules which are structurally similar to GATT. The main components of the GATS are:

- (i) A framework agreement covering general provisions, rules and principles, and;
- (ii) National schedules listing specific commitments made by individual countries on access to their domestic market by foreign suppliers, called schedules of commitments.

After setting out its purposes and aims, **Part I** of GATS defines the scope of the agreement. Accordingly, it applies to “*measures by Members affecting trade in services*”³⁴. In principle, the agreement covers all services in all sectors except those supplied “*in the exercise of governmental authority*”³⁵ which are regarded as those supplied “*neither on a commercial basis, nor in competition*”³⁶. The exclusion is of central relevance to the assessment of the interaction between the GATS regime and the provision of public services

³² For the controversy surrounding the inclusion of trade in services in the negotiations at the Uruguay Round see Stoll, P-T and Shorkopf, F. (2006) 182.

³³ Stoll and Shorkopf (2006) 183.

³⁴ The GATS. Art. I.

³⁵ Ibid. Art I, 3 (b).

³⁶ Ibid. 3 (c).

such as electricity supply. As will be further discussed, so far, the exception has been interpreted to mean that only services that are supplied on a non-profit basis by a public monopoly supplier are excluded from the scope of the GATS, a narrow idea which does not adequately reflect the public service dimension of the electricity markets as they are presently structured. The term “service” is not positively defined; however, trade in services is characterised as the supply of a service through one of the “modes of supply” referred to as: (i) Cross-border supply (mode1); (ii) Consumption Abroad (mode2); (iii) Commercial Presence (mode3); and, (iv) Presence of Natural Persons (mode4).

Energy services are mainly supplied through commercial presence, cross-boarder trade and the movement of natural persons. Mode 1 includes trading and brokering services and this mode also covers services related to the cross-boarder transmission of electricity and gas through pipelines and interconnected grids³⁷. The presence of the natural persons mode covers the temporary entry and stay of those providing energy services, for example for the construction and upgrading of facilities and grids³⁸. Particularly relevant to the electricity sector is the commercial presence mode. It covers all forms of foreign commercial presence which require effective establishment in the host Member such as the transportation and distribution of electricity and, in particular, the BOT and IPP³⁹.

The GATS’s scope is a broader one as it provides for almost all possibilities of trade in services and, as stressed by Stoll and Shorkopf⁴⁰, as a consequence of these broad rules “*GATS also covers transactions which take place entirely within the territory and economic order of a single Member*”. This far-reaching scope heavily affects the national regulatory powers of the Members. The

³⁷ Zarrilli (2003) 42.

³⁸ Ibid.

³⁹ “In the BOT (built, operate, transfer) system, a government invites the contractor to finance a power facility, build and operate it, and sell the output to the national system over a period of time.” Zarrilli. (Ibid.) “In the IPP (Independent Power Producer) system, a generating plant sells its output to the system and operates in compliance with the system, but is not owned by the system.” (Ibid.).

⁴⁰ Ibid.

regulation of each of the above modes of supply can involve measures which may work as trade barriers. Analysing this aspect, Zarilli⁴¹ identifies some of those regulations which are specific to the delivery of energy services. Accordingly, Mode 1 can include limited access to the transmission grid, limited transit rights and unfair or non-transparent regulations on transmission fees. For Mode 3, limitations can, similarly, occur given existing restrictions on accessing transmission and distribution networks at competitive prices due to pre-existing exclusive rights and monopolies. Additionally, the existence of long term contracts and excessive concentration of the markets can also impede the development of international trade in energy⁴². For mode 4, visas and work permitting regulations can work as barriers to trade, such as by preventing the transfer of qualified workers to operate energy plants. Some of those limiting regulations may, however, serve useful purposes such as the pursuit of public service goals or other specific policy objectives. In this context, the GATS can limit the scope of national regulatory autonomy.

Following the scope of the agreement set out in **Part I**, **Part II** of the GATS contains the ‘general obligations and disciplines’ and **Part III** the ‘specific commitments’ especially in relation to market access and national treatment. Subject to certain exceptions⁴³, the general obligations apply to measures affecting all services sectors, whereas the applicability of the Part III obligations depends on the Member specific commitments on certain sectors. Among the general obligations, two of the most important are the most-favoured-nation obligation (Article II), which works as a non-discrimination principle, and the general obligation of transparency (III). Relevant also are the general conditions to establish domestic regulation affecting trade in services (Article VI) and the obligations concerning the operation of monopoly and exclusive suppliers (Article III). Equally significant for the energy industry, as singled out by Evans⁴⁴, is that no general provision addresses third-party access to networks, an essential instrument to ensure

⁴¹ Ibid. 43.

⁴² In this particular see the Commission Report SEC (2006) 1724.

⁴³ GATS Article XIV.

⁴⁴ Evans (2003) 173.

effective competition in electricity markets. The GATS provisions for specific commitments, set out in **Part III**, include those for market access (Article XVI) and national treatment (Article XVII), specific disciplines which only apply when a country has positively committed certain sector, the so-called “*positive list approach*”⁴⁵. This division between general and specific applicability is a special feature of the GATS and is seen by some as evidence of the agreement’s flexibility to pursue the gradual liberalisation of the services sector⁴⁶. Such flexibility, however, has not been sufficient to address the specific concerns related to the energy services and to strengthening the member’s commitments in the sector.

3.1.2 Annexes and Protocols: a sector-specific approach

In addition to the core agreement, the GATS contains eight annexes which form part of the agreement and four additional protocols. These contain further rules and procedures for specific key sectors. Currently, the GATS encompasses specific sectoral rules for Air Transport Services, Financial Services, Maritime Transport Services and Telecommunications⁴⁷. Energy, however, has been discussed under the main agreement with no particular specific sectoral approach; instead, negotiation efforts have been placed on the clarification of definition and classification issues.

3.2 The classification System

WTO members have undertaken limited commitments in the area of energy services⁴⁸. The ambiguity and uncertainties relating to the classification of energy services has been seen as a major obstacle to strengthening the Member’s commitments in the sector. The services

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ See on this position, for instance, Evans (2003) 174, who considers that the GATS “provides members with significant latitude to make exceptions and limitations on specific commitments”.

⁴⁷ For a detailed discussion on the Telecommunications Annexes, see Krajewski (2003) Chapter 6.

⁴⁸ Selivanova (2007) 4. For an overview of the GATS commitments in energy-specific services sector, see Evans (2003)174. For analysis of specific countries commitments see Zarrilli (2003) 63-69.

classification system is based on a list, the WTO “Services Sectoral Classification List”– (W/120)⁴⁹ which works as a base for the GATS signatories’ schedule commitments. This document is based on the Provisional Central Product Classification (CPC) of the United Nations of 1991 and is divided broadly into sectors and correspondent sub-sectors. Neither document particularly addresses energy services⁵⁰, and, although of a non-binding legal nature, they have been used in 90% of the schedules containing sectoral commitments⁵¹. Given this important practical use, much of the discussion has been focused on how to improve this classification gap. Overcoming this obstacle is regarded as being essential to strengthen the Members’ commitments in the sector and, consequently, improve market access. In this context, several proposals on how to address the sector have been under discussion⁵².

In short, the main issue has been the difficulties in finding a suitable classification for the energy services within the existing list terminology. The W/120 list does not include a separate entry for energy services⁵³, instead, the sector is addressed in three specific sub-categories, identified as part of a potential “energy services” sector⁵⁴, that is “services incidental to mining”, “services incidental to energy distribution” included in the “Business service” sector, and “pipeline transportation” in the “transports services” sector. In addition, some energy-related activities, but not exclusive to the sector, are also sparsely included in other sections such as cons-

⁴⁹ World Trade Organisation (1991) MTN.GNS/W/120.

⁵⁰ Although neither the W/120 nor the CPC contain a separate section for energy services, energy related activities are covered by these classification instruments. In the W/120, three sub-sectors refer explicitly to energy. For more details see S/C/W/311 p.11 12 January 2010.

⁵¹ For a complete discussion on the problems associated with the classification see: Tacoa-Vielma (2003).

⁵² For analysis of proposals on energy services under the GATS see Menezes, J. et al (2003).

⁵³ As noted by Evans (2003) 174: “Energy services were not identified as a separate division when the classification system was devised. At the time, state-owned monopolies operating within national or regional markets dominated the energy sector”.

⁵⁴ Tacoa-Vielma (2003) 74.

truction and consulting. The fragmented and non-exhaustive nature of this classification has been associated with several practical problems in terms of market access⁵⁵. Mainly, it is seen as a cause for unpredictability which undermines potential commitments in the sector.

Establishing a specific classification, however, is not a simple task. As stressed by Selivanova⁵⁶, there are several problems associated with the creation of a special section on energy services. There is a risk of imbalance vis-à-vis other services, there is also a problem of delimiting the scope for energy services, as some energy products can be either a good or a service (e.g. electricity)⁵⁷, and additionally, there is a difficulty in defining core and non-core services in such a chain-interrelated activity. This division has been proposed as the bottom line to discuss a new classification. The problem, however, seems to rest on the difficulty of establishing where to draw the line between the essential and non-essential parts of the energy production process⁵⁸. The discussions have, therefore, evolved around these subjects and despite the controversies, as put by Selivanova⁵⁹, broadly speaking, the negotiations seem to agree on some issues:

“Firstly, the ownership of natural resources should not be questioned. Second, the right of governments to regulate should be retained in order to ensure security of supply, establish performance and quality controls, maintain public service obligations, protect consumer interests and environment, and promote conservation of natural resources”.

Indeed, whilst it seems clear that a better classification would bring benefits, there is also some consensus that alone, it may be insufficient to address the broad concerns involved. Improving commitments and market access may not lead to sustainable and progressive liberalisation. The agreement, as it stands and as it has

⁵⁵ For a detailed analysis of such problems, see: Tacoa-Vielma (2003) 47.

⁵⁶ Selivanova (2007) 25.

⁵⁷ Discussion on UNCTAD (2001) – TD/B/COM.1./EM.16/2.

⁵⁸ Selivanova (2007) 25.

⁵⁹ Ibid. 26.

been interpreted, lacks effective instruments to reconcile liberalisation and the other legitimate concerns related to the sector, namely, public services concerns, security of supply and environmental goals. In the energy sector, liberalising markets has some limitations. Understanding and addressing these limitations in a specific way is crucial to the progress of negotiations, in particular for developing countries and emerging economies which face additional pressures given their need for attracting foreign investment to the sector. The next section will focus on the analysis of these limits.

4. BALANCING VALUES WITHIN THE GATS

A particularly sensitive issue in relation to the liberalisation of energy markets is how to reach a balance between the trade objectives and the necessary regulation to meet other legitimate objectives such as the pursuit of public service and environmental goals. In this section, after broadly examining the concept of public service and the nature of these other values in the energy services sector, the analysis will focus on how these aspects are treated within the GATS as it has been currently interpreted. Two main routes will be examined: firstly, the possibility of applying the exemption of Article I:3 (b) (c), which refers to “*services supplied in the exercise of governmental authority*”, to the notion of public service in the energy sector and more specifically in the power sector; and, secondly, in a broader perspective, this paper analyses how other “legitimate policy goals”⁶⁰ associated with the sector, such as security of supply and environmental issues, fit within the agreement’s goals. Although the GATS is a recent agreement, and consequently still has relatively few specific cases, the analysis indicates that its broad scope, in conjunction with its limited room to accommodate objectives other than those related to trade may render the agreement unsuitable for dealing with the social dimensions intrinsically

⁶⁰ Krajewski (2007) 25. Accordingly, the author expresses preference for the terminology “other legitimate policy goals”, instead of using “trade and non-trade” terminology as the former avoids the implicitly conflicting relation existent in the latter. In this paper, both terms are used without distinction to indicate objectives not directly related to the opening up of the markets.

linked to the supply of energy services. Taking the example of the power sector, it is argued that the gap is likely to be even more severe when it comes to the situation of the developing countries⁶¹ where significant parts of the population are still deprived of access to basic services such as a reliable electricity supply. The risk is, therefore, that the application of the GATS without the development of a more sector-specific approach and supplementary rules may undermine the social dimension of the energy services sector.

4.1 Public service concerns and the electricity markets

4.1.1 The public service concept

‘*Public service*’ is a dynamic concept with no precise legal meaning which has evolved over time to encompass the requirements of the society in any given period. In this context, the term refers to an evolving concept which can be identified with “changing visions of the proper relationship between state and the individual⁶²”. Notwithstanding this dynamic characteristic, some core common elements can be identified as inherent in the concept from its outset. In this aspect, particularly useful, as put by Krajewski⁶³, is to base the concept of public services on a “*broader political understanding of services in the common or general interest*”. Central to the general interest feature is the pursuit of a ‘public interest’ reason understood as something necessary to secure “the cohesion or development of the Community⁶⁴”. Within this approach, the notion covers services which, by their special nature or societal function, impact the public at large and, therefore, require and justify the application of a special regime, based on non-discriminatory, universal, qualitative, continuous and affordable access, independently of whether

⁶¹ “Around one billion people in the industrialized countries consume nearly 60 per cent of the total energy supply, whereas the five billion people living in developing countries consume the remaining 40 per cent. At least two billion people, mainly in the rural area of poor countries, lack access to electricity.” Zarrilli (2003) 23.

⁶² Feintuck (2004) 37.

⁶³ Krajewski (2003a) 1.

⁶⁴ Feintuck (2004) 39.

they are supplied by private or public actors⁶⁵. Based on this broad idea of public service, Krajewski⁶⁶ emphasises the local dimension of the concept. That is to say that the public interest concept depends on a particular society's judgment of what is deemed to be an essential value, given a certain historical, social and economic context. Therefore, the concept carries a strong local preference dimension which cannot be properly addressed in an international multilateral arena, such as the WTO forum, without adequate deference to national choices as expressed through national regulatory policies. This aspect poses an initial challenge when it comes to reconciling the GATS' trade objectives with public service considerations.

In addition to this local dimension, however, the public service concept also carries an equally important and more universal dimension linked to the idea of human rights which reflects how public services essentially contribute to the "*establishment of social conditions under which individual persons are able to build a life which is in consonance with the dignity of the human being*"⁶⁷. In the International Trade sphere, this dimension was explored in the UN Report on "*Liberalization of trade in services and human rights*"⁶⁸ which emphasises the close relationship existing between some basic services and human rights. The Report draws special attention to the right to health, including the right to drinking water, the right to education and the right to development; however, despite the specific focus, the report's analysis can clearly be extended to the right to access a secure and affordable electricity service as an essential "*basic need necessary to lead a life in dignity*"⁶⁹. The report stresses the importance of securing these rights within the trade liberalisation agenda, emphasising states' responsibility for guaranteeing, directly or indirectly, the "availability, accessibility, acceptability and adaptability of essential services including their supply, espe-

⁶⁵ A similar approach can be found in Krajewski (2003a) 2, referring to the need of special regulations concerning non-discriminatory access and reasonable pricing.

⁶⁶ Krajewski (2003a) 3.

⁶⁷ Feintuck (2004) 39.

⁶⁸ UNCTAD (2002) E/CN.4/Sub.2/2002/9.

⁶⁹ Ibid. 6.

cially to the poor, vulnerable and marginalized”⁷⁰, ensuring, in particular, that these entitlements are not reduced to “*mere privileges or luxuries or left subject to the whim of markets*”⁷¹. The report draws attention to the fact that international agreements on trade liberalisation, such as of the GATS, should not disproportionately reduce states’ capacity to set and implement national development policies and to ensure the universal accessibility of certain basic services. In this context, the report highlights the important role that cross-subsidisation mechanisms have played in ensuring the delivery of public services and calls attention to the need to evaluate whether, and in what circumstances, these mechanisms should still be applied within a liberalised competitive services sector as a way to ensure the protection of public service considerations.

In the power sector, more specifically, the concept of public service includes both a local and universal dimension. In a modern society, access to an adequate electricity service is central to achieving social, economic and environmental aims. As clearly put by Zarrilli⁷², access to reliable, affordable commercial energy, in general, and more specifically with regard to electricity, “*determines the quality of our daily lives and is one of the most important drivers of economic development. The provision of adequate, affordable energy is essential for eradicating poverty, improving human welfare and raising living standards worldwide*”. She also goes on to emphasise the link between access to energy and environmental issues, pointing out that the lack of access to modern and sustainable energy, such as electricity services, is a major cause of environmental degradation, particularly in the developing world, and it works as a major impediment to sustainable development. Given this importance, and the progressive liberalisation of the power market, the achievement of a secure, reliable and affordable electricity supply demands specific economic and social regulatory policies to both address market failures, as in the case of network regulation, and meet public service obligations. The extent to which

⁷⁰ Ibid. Summary.

⁷¹ Ibid. 5.

⁷² Zarrilli (2003) 23.

the GATS can accommodate such regulatory measures and aims is uncertain. Understanding how the GATS framework interacts with and provides for these specific needs is essential to progress in the ongoing negotiations to foster liberalisation of the services sector. It seems crucial, in this aspect, to accept the limits of the agreement and work in a more sector-specific approach.

4.1.2 Accommodating public services within the GATS

Understanding the GATS's scope and exemptions is an important issue in considering how to accommodate public service concerns within the agreement. As has been shown, the GATS's scope is a broad one. It encompasses virtually all service sectors throughout the agreement modes of supply. Article I, 3(b) (c), however, provides for a specific exemption from the GATS obligations, namely, in reference to the services supplied in the exercise of governmental authority, understood as those supplied neither on a commercial basis nor in competition. There has been intense debate around the meaning of this exclusion. Particularly relevant has been the discussion concerning whether such an exclusion could work as a shelter for excluding public services from the GATS' general obligations, especially the most favoured nation principle, which is a non-discriminatory obligation expressed in Article II and which works as a central pillar for the trade regime in the sector. The analysis indicates that, in principle, the newly liberalised power sectors around the world may not fit within the scope of the exemption. As a result, the application of the GATS to the sector, without the design of a more specific approach, may have a negative impact on the inherent provision of public service obligations.

The relationship between this GATS' exemption and public services was examined by Krajewski⁷³ in a 2003 paper where the author raised several questions regarding the impact of the GATS on public services. Firstly, he points out that GATS does not specifically define either the term 'service' or 'public services'. Instead, it

⁷³ Krajewski (2003a).

refers to ‘services supplied in the exercise of governmental authority’ as something that could be used to exclude some activities regarded as public services but not all of them as they are understood nowadays. The terminology used, however, has brought more confusion than clarity. Based on the Vienna Convention provisions on the interpretation of international agreements, the author explores both narrow and broad interpretations of the term. Accordingly, ‘authority’ implies a notion of command and control which can be distinguished from the activities of the government as an economic actor. Consequently, the interpretation of services supplied in the exercise of governmental authority would be too narrow to encompass the idea of services supplied in the public interest when the government acts as an economic actor.

The definition would be even more blurred if one considers the qualification of the exemption which links ‘governmental authority’ with the idea of services supplied neither on a commercial basis nor in competition. This qualification, as stressed by the author, eliminates the possibility of a broader interpretation of the exclusion and adds uncertainty regarding whether it could cover some sectoral public services as they stand today in liberalised markets. Whether or not the meaning of ‘on commercial basis’ solely covers profit-seeking activities; and whether ‘in competition’ requires an exam of ‘like services’ or rather one based on a ‘directly competitive and substitutable products’ criteria⁷⁴ are examples of unanswered questions. He goes on to assert that “*Article I:3(c) defines governmental authority with reference to the economic basis and circumstances of the supply and not in respect to the public interest of a service*”⁷⁵. With this view, it becomes difficult to exclude an activity based on its nature as a governmental function; instead, the important aspect to which the exemption should apply becomes the economic modus adopted to supply a certain service, that is to say,

⁷⁴ The idea of ‘directly, competitive and substitutable products’ was explored by the Appellate Body in *Japan- alcoholic Taxes case* applying the GATT. Accordingly, two products are directly competitive or substitutable if they have common end-uses. Krajewski (2003 a) 6.

⁷⁵ Ibid. 7.

a service supplied neither ‘*on a commercial basis*’ nor ‘*in competition*’. Krajewski then concludes that the exemption is likely be “interpreted narrowly and that, consequently, most public services will fall within the sectoral scope of the GATS”⁷⁶, an aspect which may have a negative impact on the Member’s regulatory autonomy to enforce policies to meet public service goals.

Applying his conclusions to the power sector indicates that their impact here is likely to be even stronger within developing countries. In a competitive power sector, submitting the intrinsic public service dimension to the GATS obligations might lead to the shrinking of the concept. As seen, the sector has going through several changes in the way the services are delivered. The markets have been liberalised and political and technological changes have determined new economic arrangements in the supply of electricity services. Free-market disciplines and commercial criteria are combined with forms of monopoly and heavy regulatory environments, making it difficult to clearly draw a line between the public and the private spheres. Crucially, the question of how public services are to be delivered in these new competitive environments has not been properly addressed. The traditional system which gave responsibility to the state to deliver such services has been replaced by new arrangements that have no clear definition of what remains a public service obligation, who will be responsible for delivering it, and, most importantly, how to finance it. The GATS framework provides no mechanisms to address this key aspect of the energy services. Instead, the vagueness of the agreement provisions trickily places the developing countries, in particular, in the difficult position of having to compete for investment in an international arena without the previous definition and discussion of these questions. This problem was already anticipated by a 2001 UNCTAD document⁷⁷ which stressed that several governments consider electricity as a public service and, while, they see in the liberalisation of their power markets a way to tackle the inadequacy of electrical supply, in a globally competitive environment, they are also reluctant to set high standards in terms of public service

⁷⁶ Ibid. 1.

⁷⁷ UNCTAD. (2001). TD/B/COM.1/EM.16/2 – 19.

obligations. The document illustrates the difficulty faced by the developing countries in the following terms:

“...members may consider including a clear reference to the provision of public services when private actors are in charge of supplying electricity. Qualifications to market access commitments under the GATS could focus on measures aimed at ensuring equity, such as maximum prices for consumers, uniform fees charged across all regions regardless of costs, and provisions of energy supply to remote rural areas even if unprofitable. However, if developing countries compete among themselves to attract private investment in the power sector, companies may be reluctant to accept public service obligations because of developing countries’ weak capacity for including public service obligations in their investments agreements and deregulation policies”.⁷⁸

The effect derived from competition among regulatory environments in the power sector is the deterioration of the concept of public service. The GATS, it is argued, does not offer suitable mechanisms to deal with this negative side-effect of liberalisation. On the contrary, by submitting public services to its scope, without providing for specific exemption, the GATS actually promotes regulatory competition⁷⁹ among the countries which is likely to be done at the expense of public service obligations as countries are likely to lower their requirements. A more specific approach could tackle this situation by levelling the playing field at international level, while still accepting the required degree of national autonomy to allow states to decide independently on the appropriate level of social protection.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ In international law, regulatory competition encompasses a behaviour called ‘Forum Shopping’. Firms shop around to determine what regulatory regime will be most beneficial, including political, social and economic conditions. These conditions include the regulatory environment (the type of authority and rule) that best corresponds to their needs. “the competitive process that takes place is not necessarily positive for all people in society. As they try to improve the offer made to undertakings, states will often lower social protection as well as the level of service that is generally made available to their citizens”. Nihoul, P. in Cosmo, G. and Smith, F. (2004) 114.

4.2 Ensuring security of supply and environmental goals in the electricity markets

Apart from public service considerations, ensuring security of supply and environmental goals are equally important sectoral values which require targeted regulatory measures to be met. How those measures fit within the GATS framework seems to be an additional point which requires a more precise approach.

A series of power emergencies⁸⁰ occurred in Chile (1998-1999), in California (2000-2001) and, more recently, developments in Russia Federation over gas supply have raised the question of security of supply, which can be defined as “*uninterrupted availability at an affordable price while respecting environmental concerns*”⁸¹. As summarised by Majluf and Zarrilli⁸², some important lessons can be learnt from these experiences: “*Partial deregulation may create problems; electricity liberalization should be accompanied by carefully planned regulatory structures and by a dynamic regulatory process where institutions must be flexible enough to introduce changes as circumstances require...*”. The crises have exposed the need for expanding the capacity of networks and diversifying the sources of energy while managing environmental issues.

Electricity supply results from an interrelated chain of activities which includes generation, transmission and distribution. The sector is, therefore, heavily dependent on interconnections linking the generation sources to the end-users. In network dependent industries, economic theory and experience has shown that improving market access is not sufficient to ensure free-trade. Additional measures are required to ensure an effective and non-discriminatory access to the network (Third-Part Access – TPA) and also to guarantee a competitive environment able to allow the establishment of new entrants. In the newly liberalised markets, competition has been introduced at the generation and supply le-

⁸⁰ It is beyond the scope of this paper to analyse the causes of these crises. For detailed analysis see Majluf and Zarrilli (2007) and Talus and Wälde (2007).

⁸¹ Talus and Wälde (2007) 24.

⁸² Majluf and Zarrilli (2007) 26.

vels, while transmission and distribution remain natural monopolies⁸³ over established geographical areas. Effective competition, thus, depends not only on access to the grid but ultimately on the actual existence of sufficient network links. In liberalised markets, therefore, attracting sufficient investment to maintain adequate networks and interconnections becomes a great challenge in ensuring security of supply. The liberalisation of the European – EU electricity market provides a patent example of these requirements.

Initiated in the mid 1990's, the liberalisation of the EU electricity market sought to establish common rules to the internal market for energy, focusing on improving regulatory national environments, establishing no-discriminatory TPA and opening-up markets for cross border transactions. Recently, following a sectoral inquiry into the EU gas and electricity sectors, the Commission released a report⁸⁴ concluding that although progress had been made in terms of regulatory environments, cross-border trade was still insignificant mainly due to the lack of effective competition. According to the report the high level of concentration in the market, with vertically integrated incumbents able to foreclose competition through the use of anti-competitive practices and the establishment of long-term contracts, a lack of transparency and, crucially, “*insufficient interconnector capacity and a lack of adequate incentives to invest in additional capacity to eliminate long established bottlenecks*”⁸⁵ are the main causes preventing the development of cross- border trade. As a suggestion of remedies to tackle these findings, the Commission threatened to enforce stricter competition rules, including the requirement of ownership unbundling and

⁸³ The idea of natural monopoly assumes that it is not economically viable and desirable to have competing networks. However, as pointed out by Wälde and Gunst (2003, 126) this concept may change as technology and perceptions evolve. “In natural gas transport, for example, competing pipelines have been built and this can change the face of an industry in the direction of greater competition”.

⁸⁴ Commission Report, SEC (2006) 1724.

⁸⁵ Ibid. 6.

the elimination of long-term contracts⁸⁶. Whether these remedies will work is still an open question to be assessed with the newly implemented Third package of Legislation.⁸⁷

At international level, a lesson to be learnt from the EU example is to realize that the opening-up of the market by itself can be ineffective in achieving trade objectives when not followed by complementary rules able to create competitive environment and to ensure adequate levels of investment. In addition, the most important lesson that needs to be learned is how to ensure investment in liberalised competitive markets, particularly for developing countries, and whether or not the GATS can play a role in encouraging it.

Free-trade in energy over interconnections is said to offer several benefits including relevant ones in terms of security. As Wälde and Gunst highlight, energy liberalisation promises cheaper energy, greater competitiveness of national economies and better utilization of national comparative advantage. In terms of security of supply, competitive markets offer more options in case of “*emergency exchanges of capacity or exchanges of spinning reserves*”⁸⁸. Notwithstanding its undeniable benefits, the competitive model also bears some limits in terms of attracting essential and costly investment to expand network capacity. Sacrificing competition can be a useful tool to ensure such investment. Measures such as the establishment of long-term contractual commitments, with take-or-pay elements and even some assured quasi-monopoly preferences for the sponsors can be crucial to finding investment as such conditions work as guarantees for the investor in an area considered to be highly risk. Vertically integrated incumbents can

⁸⁶ See ECJ Case C-17/03 [2005] concerning preferential access right to electricity connector based on long – term contracts. The judgment confirmed that rights deriving from pre-liberalisation era may not be compatible with the regulation on EU energy internal market.

⁸⁷ Directive 2009/72/EC of European Parliament and of the Council concerning common rules for internal market in electricity OJ L211/55, 14.8.2009 and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas OJ L211/94, 14.8.2009.

⁸⁸ Wälde and Gunst (2003) 119.

also help ensure scale and raise the funds needed to invest in often more costly environmental sources. Moreover, specific public funding may also have to play a relevant role in tackling the lack of capacity. Most importantly, state planning and coordination is essential. As pointed out by Talus and Wälde⁸⁹, a problem with the liberalisation reforms is that “*while the previously existing state coordination of construction of electricity and gas networks and new generation capacity has been abandoned, no new policy approach have been adopted*”⁹⁰.

The lack of a complete new strategic model for the sector is even more problematic for the developing countries. The challenges faced by the developing countries to attract investment are emphasised by Wälde and Gunst⁹¹:

“Attracting investment in the energy sector would be very much in the interest of the developing countries; however, apart from clear energy trade rules, though has to be given to stable investment frameworks and investment guarantees for a not yet fully developed energy infrastructure that need to be formulated. In addition, some limited exclusivity and long-term contract arrangements may be necessary in order to attract pioneer investors where desirable infrastructure (interconnectors, transmission grids and pipelines) would otherwise not be bankable”⁹².

The authors thus stress the need for developing countries to improve their regulatory environments with more transparent, better-formulated rules able to offer a more predictable regime for energy trade. In fact, while there is little doubt that developing countries do have to improve their regulatory environments and create specific rules to attract investment, it can be argued that the most needed improvement is to clearly define a strategic model for the sector which is able to accommodate tradable and non tradable goals in a

⁸⁹ Talus and Wälde (2007) 18. See also Glacahnt, Jean-Michel, Finon, Dominique and Hauteclouque, Adrian de (eds) *Competition, Contracts and Electricity Markets. A new perspective*. Edward Elgar Publishing Limited.2011, Cheltenham, UK.

⁹⁰ Ibid. 21.

⁹¹ Wälde and Gunst (2003) 162-3.

⁹² Ibid. 161.

way suitable to their needs. Having to compete for capital inflows, developing countries are placed in a disadvantageous position in the international arena, with a serious negative impact on their development models.. Regulatory structures, instead of being coherently planned, become a set of disintegrated rules formulated with the unique aim of attracting the available investment. In this context, above all, developing countries and emerging economies need to formulate a comprehensive and integrated policy for the sector able to ensure a sustainable liberalisation process. The potential role for the GATS within this process is an important question. As with the discussion developed above concerning the issue of public service, it can be argued that, as it currently stands, GATS provisions are likely to be insufficient and too unspecific to tackle this situation.

In the power sector, most of the international trade in services is made through the commercial presence mode and this is why national regulatory environments are so relevant. As seen, the lifting of market access barriers alone is not sufficient to ensure the development of trade; supplementary conditions are also needed in terms of competition as well as special conditions for investment. The GATS contains limited provisions to deal with this challenge. In terms of competition regulation, in a generic way, the GATS states that Members have a duty to cooperate among themselves with a view to eliminating business practices which may restrain competition (Art IX). In addition, Art. VIII requires that Members ensure that any monopoly supplier acts in a manner compatible with GATS obligations and does not abuse its monopoly position. These provisions are too generic to encompass the specific needs of the sector as discussed above, or, moreover, to offer the required degree of certainty to the strengthening of any commitments. It is unclear, for example, how sometimes useful mechanisms of cross-subsidisation between monopolistic and competitive related activities, or between profit and non-profit activities, with the aim of achieving public service, security or environmental goals would be treated under those provisions. As discussed by Trebilock and

Howse⁹³, the area of subsidies has proved to be a very difficult one and “*no substantive debate has yet taken place on issues such as the definition of subsidies in the pursuit of public policy objectives and the need for developing countries*”⁹⁴ in the services sector. There is a need for a more delimited scope for these articles (Art IX and VIII) in order that they encompass the specifics of an energy sector which is increasingly characterised by mixed private/public arrangements to the delivery of the services provisions, issues concerning ‘networks’ and public goods and oligopolistic competition.

Equally relevant to the sector, especially to developing countries, is the right to regulate the service to meet specific public policy goals such as those concerning the environment. Whereas the agreement clearly recognises the right of Members to regulate services to meet national policy objectives, and even acknowledges the special condition of developing countries⁹⁵, it is unclear what would be considered a legitimate objective to pursue and how much deference to national autonomy GATS interpretations would give. Moreover, so far, the interpretation of the agreement has indicated that domestic regulations may be submitted to a kind of proportionality test to infer whether or not they are more “trade restrictive” than necessary. This is a very disputable test which may classify non-trade related objectives as secondary aims⁹⁶. There is no clear indication whether and how the same test would be applied to analyse measures specific to the energy sector, such as those aimed at ensuring security of supply or the achievement of environmental goals.

Finally, the GATS provides a list of national measures sheltered by *the general exceptions clause* (Art XIV). Interpreting this

⁹³ Trebilock and House (2005) 375.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ GATS Preamble.

⁹⁶ This point is made in the UNCTAD Report (2002). Accordingly, while “necessity tests” do not stop governments from regulating services, they subordinate human rights obligations (and other legitimate policy objectives) to trade rules, as secondary objectives.

clause, in terms of balancing trade and other legitimate goals, Krajewski⁹⁷ concludes “*that there is no consensus on what these values are and how they can be approached*” and that “human rights” and “social policies” are items missed from the agreement’s list of exemptions. By analysing the GATT jurisprudence on the term “*necessary*” and more specifically the US-Gambling and betting case, Krajewski concludes that Article XIV has the potential to be used for ‘*weighting-and-balancing*’⁹⁸ exercises within the GATS and even to include objectives which are not explicitly listed. In the Gambling case the Appellate body determined that the balancing exercise shall consider⁹⁹ (i) the relative importance of the interests and values involved, (ii) the contribution of the measure to the aim pursuit, and, (iii) the trade restrictiveness of the measure in comparison with other reasonably available measures. Importantly, the Appellate body, in the exercise, even considers the possibility of a complete restriction on trade and holds that an alternative measure has also to be reasonably available in the light of the specifics of the Member involved. In other words, if the burden becomes “*undue*”, a measure cannot be considered reasonably available. Although the interpretation can represent progress in terms of preserving national regulatory autonomy, it may only have limited value to the energy sector without the precious development of a sector-specific approach aimed at formulating rules able to address the energy specificities and, in particular, including security, environmental and public service obligations conceived in a comprehensive way. In this sense, although many studies have observed that multilateral trade rules are primarily designed to ensure market access and are neither intended to promote security, environment or social welfare goals nor to consolidate regulatory reforms¹⁰⁰, market access rules in such a specific sector as energy may mean little without supplementary and specific rules. In this context, the development of a sector ‘Reference Paper’ could improve the significance of the agreement to the energy sector.

⁹⁷ Krajewski (2007) 25.

⁹⁸ Ibid. 41.

⁹⁹ Ibid. 35.

¹⁰⁰ Evans (2003) 182.

4.3 A ‘Reference Paper’ for energy: developing a sector-specific approach

A sector-specific ‘Reference Paper’ could make energy services more feasible at international level while protecting inherent social values, ensuring sustainable progress and accommodating the particular needs of developing countries. This section briefly discusses this alternative, taking the telecommunications approach as a reference. Important to say, however, is that: (i) first, the development of a ‘Reference Paper’ to energy cannot be seen as an isolated alternative. The aim of such a specific approach would be to offer an opportunity to both clarify and specify the relevant provisions with regard to the main agreement and also to negotiate additional commitments regarding common aspects of the energy sector, and, thus, provide a level playing field for the Members; (ii) second, although the telecoms reference paper could work as a basis for an energy approach, the sectors have important differences which demand distinct rules. Energy regulation is more complex and would require an approach involving pro-competitive rules regarding third-party access and transit; regulatory rules regarding transparency and independence, public service and environmental principles; as well investment rules aimed at tackling problems of security of supply. Despite the differences, however, energy and telecommunications services have important common aspects. Both are regarded as essential and “*play a dual role as economic activity and as infrastructure requirement for other economic activities*”¹⁰¹. In both sectors, political and technological changes have motivated major processes of liberalisation based on the insertion of competition and regulatory reforms and both encompass characteristics of general interest.

The GATS Annex on Telecommunications and the ‘Reference paper on Basic Telecommunications’ set out the basic rules for the specialised sector, especially in relation to transparency and market access. Those instruments also specifically deal with rules on

¹⁰¹ Ibid. 164.

the privatisation of state monopolies, access to their telecommunication networks and pro-competitive regulation. As stressed by Krajewski¹⁰², the Annexes supplement the GATS agreement in areas where commitments have been undertaken and also submit the sector as a whole, independently of commitments, to international disciplines. Most importantly, the Annexes create room for WTO members to define the kind of universal service obligation it wishes to maintain, provided, however, that such universal obligations are administered “in a transparent, non-discriminatory and competitively neutral manner and are not more burdensome than necessary for the kind of universal service defined by Member States”¹⁰³. The specific approach also allows Members to impose conditions on access to and use of public telecommunications transport networks and services, if they are necessary to “*safeguard the public service responsibilities of suppliers of public telecommunications transport networks and services, in particular their ability to make their networks or services available to the public generally*”¹⁰⁴.

The recognition of the right to impose constraints on telecommunications access based on public service considerations is evidence of the importance of preserving some regulatory autonomy and, it can be argued, could work as a reference to develop a similar approach within the energy sector, despite the particularities of each service¹⁰⁵. On the other hand, however, the idea of subjecting the exercise of national regulatory autonomy in the field to a form of proportionality test can have the side-effect of unduly reducing the broader concept of public service to one of universal access, and thus insufficient to encompass the social needs at stake. As previously discussed, this distortion is already affecting national

¹⁰² Ibid. 167-171.

¹⁰³ Reference Paper on Telecommunications. Item 3. **Universal service**.

¹⁰⁴ See GATS Annex on Telecommunications, 5(e) (i). See also Krajewski’s analysis (2003).

¹⁰⁵ According to Selivanova (2007) 28: Although the idea of the development of a reference paper in the energy sector is pertinent, there are important differences between telecoms and energy that need to be considered. “The energy sector requires more sophisticated regulation due to possible impacts on the environment or issues related to security of supply and energy efficiency”.

social policies, particularly in developing countries. The enforcement of the GATS as it stands may worsen this distortion, and so the negotiation of a reference paper could, therefore, offer an avenue through which to discuss a broader idea of public service that could allow space for national governments to define the level of protection that they regard as adequate. It is important to say, nevertheless, that, despite the caution and adjustments required, this paper holds the view that the adoption of a sectoral paper on energy, similar to that adopted in the telecommunications sector, could enhance the relevance of the regime to the sustainable liberalisation of energy services. Currently, there is no similar regime for energy. In 2000, the United States and Norway proposed to develop a ‘Reference Paper’ for energy services¹⁰⁶ as a separate, sector-specific document, covering rules similar to those in the telecom paper. The aim was to address common barriers such as discriminatory and anti-competitive practices and transparency requirements and also to develop sector-specific rules such as “*access rights to transmission networks and consumer freedom of choice to select power suppliers*”¹⁰⁷. The negotiations associated with the paper could, moreover, have opened an opportunity to address questions of public service and environmental obligations, offering a very positive chance to add flexibility to the core GATS agreement. The opportunity was missed, however, as the negotiations did not receive sufficient support; instead, as seen, discussions have focused on how to improve the classification list.

5. BRAZILIAN POWER SECTOR REFORM

This last section provides an overview of Brazilian power sector reform highlighting the challenges facing the country in the coming years. Despite the differences among distinct developing countries¹⁰⁸, the Brazilian example illustrates the major common

¹⁰⁶ Selivanova (2007) 27 with reference to Communication from United States, Energy Services, of May 18, 2000.

¹⁰⁷ WTO (2000) Communication from United States.S/CSS/W/27, 22.

¹⁰⁸ Naidu (2003) for implications on India.

difficulties faced by those countries in advancing ongoing structural reforms. As discussed in this paper, a main issue is how to reconcile their need to attract capital with still unmet social targets. Incomplete structural reforms, difficulties in effectively establishing a competitive environment and adequate regulatory structures all stand as common obstacles to progress. As put by Wälde and Gunst¹⁰⁹, a frequent obstacle for liberalisation is “*the purely formal adoption of contemporary models – privatisation, liberalisation, independent regulator – without the real relations changing very much*”. Consequently, the authors stress: “*Legal and regulatory systems, administration, established business practices, culture and linkages will often favour for a long time the established national companies*”¹¹⁰. Brazil’s case seems to prove this argument. After ten years of reforms, though results only recently began to be assessed¹¹¹, liberalisation seems unable to completely fulfil its potential. Lack of real changes in the market power relations, absence of effective competition and the inadequacy of regulatory structures are to be blamed. Without denying any of those aspects, it can be argued, however, that the crucial, real challenge for developing countries is to rethink their overall policies regarding the sector, with a comprehensive view encompassing all the aspects at stake: economic, social and environmental targets. How international institutions such as the GATS could play a part in this aspect is a crucial point. In this regard, it is argued that a major contribution could be the creation of room to redefine this needed comprehensive view of the sector, levelling the global competition in the sector, while ensuring the full consideration of the social and environmental dimensions. Additionally, through mutual learning and cooperative mechanisms, international institutions could indirectly have a positive impact on national regulatory environments gradually building up a fertile common ground for a worldwide, rational and sustainable development of the sector.

¹⁰⁹ Wälde & Gunst (2003) 139.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ For assessments see: Pinheiro (2003), Oliveira (2003) and World Bank (2004 and 2006).

Following the global trend, in 1995 Brazil's power sector reform was initiated, based on the traditional recipe: vertical unbundling and privatisation, competition where it is possible, regulation where it is needed. More than a decade on, the structural reform remains incomplete as the privatisation plan has been paralysed, the regulatory framework faces stringent challenges in terms of independence and stability and competition is not a reality in a market which is highly concentrated with around 58% of national generating capacity remaining in the hands of a few groups dominated by previous incumbents¹¹².

With the particularity of being heavily based on hydroelectric power, around 90% of the generation portfolio¹¹³, the development of the Brazilian electricity system was based on state planning, investment and management, shared between federal and local states. The former owned generation and transmission assets, while the later owned almost all distribution companies with some vertically integrated companies operating also in transmission and generation¹¹⁴. The basic infrastructure, essential for development, and particularly dependent on network linkage given its hydro-source based characteristics, was largely constructed during the period between 1951-1980 when generation capacity expanded at an average 9.8% p.a.¹¹⁵. Financing conditions were then a crucial element. As Pinheiro notes¹¹⁶: “*substantial expansion in the electricity sector in 1951-1980 owed much to the availability of reliable and stable resources of finance at a cost compatible with the returns offered by electricity tariffs*”. The financing scheme was based on a tripartite system¹¹⁷: one-third from earmarked taxes, such as the IUEE, a specific tax on energy consumption, and other sectoral funds and

¹¹² The World Bank (2004) 291.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ In 1995, the local state companies controlled 38% of the power generation capacity. Pinheiro (2003) 9.

¹¹⁵ Ibid. 7.

¹¹⁶ Ibid. 13.

¹¹⁷ For a detailed analysis of the financing aspects of the sector see, in particular, Oliveira (2003).

compulsory loans; one-third from retained earnings; and one-third from loans with sovereign guarantees, such as those from multilateral development banks and other mainly international sources. Additionally, there was political momentum to develop a strong, centralised power sector, which, despite critics of overinvestment and excessive focus on hydro power, played an important part as an essential planning motor for the sector. In the early 1980's, however, the system started to show signs of fatigue with significant falls in investment and a capacity growth (4.1% p.a.) lagging behind the growth in consumption (5.3% p.a.) during the period between 1981 and 1993¹¹⁸. Changes in the international financial context with consequent rises in the interest rates, political interference, inefficient regulatory support dominated by complete lack of independence from the government and poor productive and financial performance of the state companies, together with the constraints imposed by fiscal adjustment, were to be blamed for the crisis¹¹⁹. Despite its evident exhaustion, however, the model was artificially maintained by political reasons until early the 1990's, worsening the crisis. Without an adequate level of investment and a coherent tariff policy in a scenario of growing consumption and rising marginal cost of expanding output capacity, the system broke down. Investment was crucial and the state was then unable to meet this demand. In mid-1992, the need for reforming the sector and attracting private capital were explicit, the reform itself, however, was only formally initiated in 1995 with the approval of the Concession Law¹²⁰.

In 1988, changes were already envisaged with the political reforms embodied in the new constitution. As described by Oliveira¹²¹, the efforts included “*the abrogation of the specific sectoral tax formerly destined to finance the power companies and the requirement that public service concessions be licensed through public auctions in an effort to make the industry more responsive to market forces*”.

¹¹⁸ Pinheiro (2003) 7.

¹¹⁹ Ibid. 1.

¹²⁰ Ibid. 7.

¹²¹ Oliveira (2003) 23.

In 1995, first steps towards privatisation in the energy sector in general were taken. In addition to the approval of the Concession Law, Constitutional amendments broke down the state company legal monopoly of the hydrocarbons market and eliminated the restrictions on foreign ownership over hydropower plants. In 1996, the National Electric Energy Agency – ANEEL was created. Conceived as an independent regulator, it began to operate in 1997. In 1998 the Energy Wholesale Market – the MAE, today CCEE, and the National System Operator were created. The institutional regulatory framework intended to support the reform, to be based on the privatisation and introduction of competition, has been summarised by Pinheiro¹²² as a process concerned with the establishment of a competitive market structure, where the ANEEL set limits on market concentration and established a timeframe to allow an increasing number of consumers to freely choose from which company to buy electricity. Additionally, it was expected that generators and distributors would benefit from an increasing degree of contractual flexibility.

The Brazilian Privatization Program (PND) was formally launched in 1990 and, although initially attached to a more comprehensive stabilization program¹²³, it gradually became “*the main driving process pushing the reform forward*”¹²⁴. Given the complexity of the sector, the idea was to first privatise the distribution system, followed by the generation and then distribution. Privatisation, however, became an end in itself, aimed at raising resources disconnected from a broader strategic plan for the sector and preceding the full development of the regulatory framework with disastrous consequences, as noted by Pinheiro¹²⁵:

¹²² Pinheiro (2003) 8.

¹²³ “The main objectives were to strengthen the private sector, limit the creation of new SOEs and, close or transfer to the private sector the SOEs whose control by the public sector was no longer necessary or justifiable either on economic terms or by national security concerns.” Pinheiro, Bonelli and Schneider, (2004) 18.

¹²⁴ Ibid. 9.

¹²⁵ Ibid.

“The quality of sector regulation suffered from these sequencing problems, with slow progress in establishing regulatory rules and institutions, compromising the credibility and clout of the regulatory agency to operate and limiting its prestige in the eyes of the public at large. It also helped to make regulation more ad hoc”.

A power shortage crisis in 2001 definitely buried plans to push privatisation forward. Though drought had played a part in the crisis, a lack of investment in expanding capacity, resulting from the lack of correct incentives to invest, as well as regulatory deficiencies, were appointed as the main causes for the crisis. The situation triggered an ideological debate over the strategy. For some, the crisis was a result of a misconceived strategy, for others, a clear problem of implementation. Privatisation started then to lose support and the implementation of the new regulatory model was left incomplete, leaving the sector in an *“awkward position between a centralised state-controlled sector and a privatised competitive market”*¹²⁶.

In 2004, in the middle of an ideological debate over the sector and with a new government having recently come to power (2003), the federal state owned companies, controlling around 78% of the national generating capacity, were definitely excluded from privatisation plans. In the same year, 2004, a proposal for a new institutional model followed a plan of revitalisation to control the shortage crisis.

The so-called ‘new model’ for the electricity sector was approved through Statute 10.848/04, aimed at increasing security of supply, attracting investment and promoting universal access at affordable cost. The basic institutions, such as the regulator and the system operator, were preserved, while new institutional bodies were created to redefine a central strategy for the sector. It is beyond the aim of this work to analyse all the measures of this policy, however, some aspects relevant to this analysis are worthy of mention. The new-model divided the sector into two main segments: (i) a regulated one operated by a single-buyer through auc-

¹²⁶ World Bank (2004) 290.

tion procedures destined for supplying captive consumers; and, (ii) a competitive segment to supply free consumers. Competitive bidding procedures will apply to expand new capacity and consumers will gradually be allowed to choose which supplier to buy from. Although called the new-model, the assumptions, nevertheless, remain the same: competition and regulation aimed at attracting private investment, though, in this case, in a hybrid market structure: half privatised, half state-owned, and thus a more challenging situation. So far, preliminary analyses indicate that the adjusted model has not blossomed yet. It requires the establishment of strong and effective regulatory measures and has been perceived as highly interventionist. The competitive wholesale market has not in fact flourished, attracting investment remains a great challenge in a regulatory environment perceived as too artificially coordinated and crucial uncertainties have not been answered.

Currently there is a clear perception that reforms did not deliver the expected results¹²⁷. Although some efficiency was obtained¹²⁸, it basically came from initial improvements in management over pre existing infrastructure. *“Investment and growth remain low, and income distribution and poverty levels changed little”*¹²⁹. There is still a crucial need for new investment, expansion of social targets and efficiency improvements. Where to go next and, as the focus of this study, how international multilateral rules could be relevant, are open questions. The Brazilian example illustrates the dead-locked situation governments have reached over ongoing reforms: a desperate need for new investment without having clearly de-

¹²⁷ See, Pinheiro et al. (2004) to a more complete analysis involving other areas of market reform.

¹²⁸ As attested by Pinheiro (2003) 8, evidence suggests that regulatory reform and privatization have succeeded in improving the quality and efficiency by lowering losses in the distribution network and reducing overstaffing- and in raising investment. However, these investments have been mostly geared to the rehabilitation of the existing network and the efficiencies based on better management of pre-existing structures. In terms of attracting new investment to expansion, the outcome so far has been insignificant.

¹²⁹ Ibid. 46.

financed development strategies. As Pinheiro¹³⁰ stresses: “[If] further privatization is politically unfeasible in the current environment, by the same token, the alternative of returning to a state-led model is equally unfeasible,” given persistent fiscal restrictions faced by the public sector worldwide. Notwithstanding this situation, studies¹³¹ overall indicate that the best choice for the sector would still be to complete the unfinished reforms, reduce state intervention and strengthen the protection of property rights, push forward competition and improve the quality of regulation, not only in the infrastructure itself, but also in important related areas such as the capital market. Without disagreeing with any of these suggestions, this paper sustains that the situation essentially and most urgently requires developing countries to redefine their sectoral policies in a more comprehensive and coherent way. Lack of any comprehensive, coordinated and integrated sectoral plan structurally jeopardises any market initiatives. What is at stake is not short-term improvements but rather sustainability. In the case of the Brazilian power sector, as discussed in previous points of this paper, a clear shortcoming of the energy strategy is the lack of a comprehensive sustainable policy which clearly defines social targets to the sector. Available data confirms this assumption. A World Bank study on Brazil¹³² shows that, although improvements have been made, still 22% of rural families still lack adequate access to electricity in addition to the lack of other essential basic service, such as water supply and sanitation. Apart from the rural areas, the report also highlights the increasing number of ‘urban poor’ who do not have access to basic services such as an affordable supply of electricity and water. Long-term objectives must prioritise the full coverage of equitable and adequate access to infrastructure services at an affordable price. This, however, depends on comprehensive policies able to encompass adequate financing instruments as well as effective social regulatory measures which may, in some cases, be incompatible with trade liberalisation aims.

¹³⁰ Pinheiro (2003) 12.

¹³¹ See Pinheiro (2003), Pinheiro et al. (2004) and World Bank (2006).

¹³² World Bank (2006) 28.

In Brazil, the supply of energy is regarded as a constitutionally defined public service. In this context, although there is no obligation of being directly provided by the state, a satisfactory provision remains as a state responsibility even when the service is supplied by a private incumbent. The concept, however, has been gradually missed in the ongoing liberalisation market reforms. Although all the sectoral models established have made reference to the ideas of universal access, the right to energy and its essential link to development, the emphasis on mechanisms to attract investment and insert competition have weakened the significance of the concept. Currently, universal access is vaguely defined and inadequately addressed in legislation¹³³. An essential and still uncertain question is how to finance public service obligations. Resources from a sectoral fund, '*Conta de desenvolvimento energético*' (CDE), are destined to this end, though not exclusively. However, how these resources are prioritised and administered seems rather unclear. More worryingly, there is no clear idea of whether or not they are sufficient to fulfil the mission.

In fact, as seen, traditionally, in many countries, including Brazil, the funding of public service obligations used to be coordinated and maintained by the state itself through both direct subsidies and competition exception mechanisms, such as the granting of monopolies and cross-subsidisation schemes. This development model, despite the criticisms and the exhaustion, constructed the social dimension of the sector. In the liberalisation processes no substitutive model has been comprehensively thought out: as a result, there is a clear reduction in the significance of social obligations, which have been sacrificed to accommodate the global competition for capital. Multilateral rules addressing this crucial question would be desirable. In the case of the energy sector service, a more specific approach under the GATS agreement could, although not as an isolated initiative, open space to level global competition by ensuring a certain level of social and environmental obligation.

The need for regulatory improvements is also an area frequently mentioned as crucial to advance in the sector. In this field, the un-

¹³³ Mainly on Art.13, Statute 10.438/02.

finished reform in Brazil has established a challenging situation. Privatisation, although largely regarded as desirable, cannot be said to be the only possibility. Hybrid competitive environments can perform well. However, mixed-environments put additional pressure on regulatory schemes and can be highly costly, especially in the presence of significant dominant players. The Brazilian power sector, as has been seen, remains a mix of the state-led model and a liberalised one where the state companies have substantial market power in both generation and transmission. This situation places additional challenges for regulation. As put by Pinheiro¹³⁴:

“The dominant position of SOEs in generation complicates regulation by keeping the state as both regulator and concessionaire, creating conflicts of interest that increase regulatory risks from private investor’s point of view”.

In this perspective, although the root of regulatory problems in Brazil seems to be structural, a sectoral approach through a GATS sector specific reference paper could facilitate the consolidation and development of good regulatory practices such as independence, transparency and accountability as it similarly has done in the telecom sector.

Finally, it is worth mentioning that although our analysis has focused on the Brazilian power sector, and despite undeniable distinctions, the considerations apply to other sectoral reforms in different countries which face similar challenges in terms of how to proceed in their reform processes, frequently left incompleting in some aspect. As a rule and bearing the risk of being excessively general, they all need to redefine their central strategic plans for the sector, giving special thought to the social dimension. In this aspect, the development of suitable international rules can play a very relevant role.

6. CONCLUSION

Institutionally, developing a global market is a complex mission which requires the establishment of adequate governance struc-

¹³⁴ Pinheiro (2003) 10.

tures, effective rules of exchange and clear definitions of property rights in both international and national dimensions. The implications of the intersection of the global and national structures are various and interconnected. In the energy sector, so far, the task has proved to be particularly challenging. The sector is marked by distinctive characteristics which pose an additional challenge for the regulation of world trade. In the energy services segment, the development of an adequate strategy of progressive liberalisation has faced specific obstacles which, at international level, demand a comprehensive view and a cooperative strategy involving different approaches and organisations. At the domestic level, clear strategic definitions and consistent policies are required. Currently, energy trade is a reality and a necessity. As it has been argued in this paper, despite the limits and difficulties, the development of an adequate set of multilateral rules is desirable and important to establish structures able to pursue a sustainable and balanced global trade. Particularly concerning the GATS agreement provisions, and its relevance to the liberalisation of the energy services sector, our analysis indicates that, although applicable to the sector, it is ill-designed to encompass the specifics and sensitiveness inherent in the supply of energy services. Therefore, its contribution to the construction of a world trade dimension is likely to be weak. The GATS general framework lacks both the flexibility and the specificity to address the particulars of the sector, in particular, with regard to the consideration of social policies, environmental concerns and measures aimed at enhancing the security of supply. Notwithstanding these problems and although disputable whether WTO rules should adopt any approach customized to a particular sector, the analysis carried out in this paper indicates that a more sector-specific view could have a desirable positive effect by levelling the competition playfield and creating room to encompass values other than those associated with trade, ensuring a more sustainable and balanced progress. The contribution would be particularly relevant to developing countries and emerging economies which, as illustrated by examining the Brazilian power sector case, as a rule, are facing significant bottlenecks within their ongoing sectoral liberalisation processes. In this context, without prejudicing other equally

relevant initiatives, this paper suggests that the development of a GATS's annex 'Reference Paper for Energy', similar to that adopted for the telecom sector, could be a feasible alternative to create a more positive forum for discussion, balancing the distinct interests of the parties involved, and, consequently, more suitable to reaching the envisaged progressive, mutually advantageous and sustainable liberalisation. Lastly, rather than offer undisputable suggestions, this paper, by drawing attention to the challenges faced by developing countries and the negative social impacts of the current regime, aims to add a voice to those who support the development of a more equitable world trade policy, especially in such a relevant sector as energy.

BIBLIOGRAPHY

Adlung, R. (2006) "Public Services and the GATS". *Journal of International Economic Law* 9(2) Oxford University Press. 455-85.

_____ (2006a) "Services Negotiations in the Doha Round: Lost in Flexibility?". *Journal of International Economic Law*. 9(4) Oxford University Press. 865-93.

AMCHAM-SP (2006) *Relatório sobre a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel*. Available at www.amcham.com.br. Accessed at 30/06/07.

Cameron, P. (2007) 2nd ed. *Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union*. Oxford University Press.

Commission Report (EU) SEC (2006) 1724. DG Competition Report on Energy Sector Inquiry of 10 January 2007.

Cosmo, G. and Smith, F. eds. (2004) *Competition, Regulation and New Economy*. HART Publishing. Oxford and Portland Oregon.

Directive 2009/72/EC of European Parliament and of the Council concerning common rules for internal market in electricity OJ L211/55, 14.8.2009.

Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas OJ L211/94, 14.8.2009.

ECJ – Case C-17/03, VEMW and others [2005] E.C.R. I-4983. Judgment of the Full Court of 7 June 2005.

Energy Charter Secretariat. “The Energy Charter Treaty – A Reader’s Guide”. Available at www.wcharter.org . Accessed at 30/06/07.

Evans, P.C. (2003) “Strengthening WTO Member Commitments in Energy Services: Problems and Prospects” in Mattoo, A. and Sauvé, P. *Domestic Regulation and Service trade Liberalization*. Washington, D.C.: World Bank: Oxford University Press.167-90.

Feintuck, M. (2004) *The Public Interest’ in Regulation*. Oxford University Press.

Financial Times. “Brussels raises heat on Energy Companies”. Friday, January 5, 2007.

Gibbs, M. (2003) “Energy Services, energy policies and the Doha Agenda” in *Energy and Environmental Services: Negotiating Objectives and Developing Priorities*. UNCTAD. United Nations. New York and Geneva.3-22.

Glacahnt, Jean-Michel, Finon, Dominique and Hauteclouque, Adrian de (eds) *Competition, Contracts and Electricity Markets. A new perspective*. Edward Elgar Publishing Limited. 2011, Cheltenham, UK.

Krajewski, M. (2003) *National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*. Kluwer Law International. Hague, The Netherlands.

_____ (2003a) “Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework”. *Journal of International Economic Law*. 6 Oxford University Press. 341-68.

_____ (2007) “Balancing Trade and Non-Trade Policy Objectives in GATS: Potentials and Limits of Article XIV” in Ortino, F. and Ripinsky, S. *WTO Law and Process: The proceedings of the 2005 and 2006 Annual WTO Conferences*. British Institute of International and Comparative Law. London, UK.22-41.

Lang, A. (2004) “The GATS and Regulatory Autonomy: A Case Study to Social Regulation of the Water Industry”. *Journal of International Economic Law*. 7(4) Oxford University Press. 801-38.

Majluf, L.A. and Zarrilli, S. (2007) “Challenging Conventional Wisdom: Development Implications of Trade in Services Liberalization”. *Trade, Poverty and Cross-cutting Development Issues Study Series* n. 2. UNCTAD. New York and Geneva.

Melly, C. (2003) “Electric power and gas market reform and international trade in services” in *Energy and Environmental Services: Negotiating Objectives and Developing Priorities*. UNCTAD. United Nations. New York and Geneva. 164-177.

Menezes, J. et al. (2003) “An overview of the negotiating proposals on energy services under the GATS negotiations: Canada, Chile, European Communities, Japan, Norway, United States, Venezuela” in *Energy and Environmental Services: Negotiating Objectives and Developing Priorities*. UNCTAD. United Nations. New York and Geneva. 84-117.

Ministério de Minas e Energia – MME (2007) Modelo Institucional do Setor Elétrico. Brasília. Available at www.MME.gov.br. Accessed at 30/06/07.

Musselli, I. and Zarrilli, S. (2005) “Oil and Gas Services: Market Liberalization and the Ongoing GATS negotiations”. *Journal of International Economic Law*. 8(2) Oxford University Press. 551-81.

Naidu, B.S.K. (2003) “Energy Services: Implications for India” in *Energy and Environmental Services: Negotiating Objectives and Developing Priorities*. UNCTAD. United Nations. New York and Geneva. 262-174.

Oliveira, A. (2003) “The Political Economy of the Brazilian Power Industry Reform”. Working Paper 2. Paper presented at *The Political Economy of Power Market Reform Conference*, Program on Energy and Sustainable Development – PESD. Stanford University. 19-20 February 2003. Available at <http://pesd.stanford.edu>. Accessed at 30/06/07.

Pinheiro, A. (2003) “Regulatory Reform in Brazilian Infrastructure: Where do we stand?”. *Discussion Paper* 964. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Available at www.ipea.gov.br. Accessed at 30/06/07.

_____, Bonelli, R. and Schneider, B. (2004) “Pragmatic Policy in Brazil: The Political Economy of Incomplete Market Reform”. *Discussion Paper* 1035. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Available at www.ipea.gov.br. Accessed at 30/06/07.

Pollitt, M. and Jamasb, T. (2005) “Electricity Market Reform in the European Union: Review of Progress toward Liberalization & Integration”. *26 Energy Journal*. 11-41.

Selivanova, Y. (forthcoming 2007) “Transition to a Sustainable Energy Future: The WTO Rules and Agreements and their Relevance to the Energy Sector”. *Trade and Sustainable Energy Series*. ICTSD. Available at www.ICTSD.org. Accessed at 30.06.07.

Stoll, P. and Shorkopf, F. (2006) *WTO – World Economic Order, World Trade Law*. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden/Boston.

Tacoa-Vielma, J. (2003) “Defining Energy Services for the GATS: An issue under discussion” in *Energy and Environmental Services: Negotiating Objectives and Developing Priorities*. UNCTAD. United Nations. New York and Geneva. 70-83.

Talus, K. and Wälde, T. (2007) “Electricity interconnectors in EU law: Energy security, Long-term infrastructure contracts and competition law”. *European Law Review*. 32(1). 125-137.

Trebilcock, J. and Howse, R. (2005) *The Regulation of International Trade*, 3rd ed. Routledge. London and New York.

UNCTAD (2001) “Energy Services in International Trade: Development Implications”. Note by the secretariat. TD/B/COM.1/EM.16/2 .Geneva.

_____. (2002) “Liberalization of Trade in Services and Human Rights”. Report of the High Commissioner, 25 June 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/9.

_____. (2003) “Human Rights, Trade and Investment”. Report of the High Commissioner, 2 July 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/9.

Wälde, T and Gunst, A. (2003) “International energy trade and access to energy networks” in *Energy and Environmental Services: Negotiating Objectives and Developing Priorities*. UNCTAD. United Nations. New York and Geneva. 118-163.

World Bank (2006) *A more Equitable, Sustainable and Competitive Brazil – Country Assistance Strategy Fy2004-2007*. Country Assistance Progress Report n° 36116-BR of May, 8. Available at www.worldbank.org. Accessed at 06/08/07.

_____ (2004) *Brazil; Equitable. Competitive. Sustainable-Contributions for Debate*. The World Bank. Washington, D.C.,USA.

World Trade Organisation – WTO (1991) Services Sectoral Classification List. MTN.GNS/W/120 10 July 1991. Available at www.wto.org . Accessed at 30/06/07.

_____ (1998) Energy services, Background Note by the WTO secretariat, S/C/W/52, September 9, 1998. Available at www.wto.org. Accessed at 30/06/07.

_____ (2000) The Communication of the United States to the Committee on Specific Commitments, S/CSC/W/27 May, 18, 2000. Available at www.wto.org. Accessed at 30/06/07.

_____ (2005) *The Legal Texts: The Results of The Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*. Cambridge University Press.

WTO S/C/W/311 – Energy Services – background Note by the Secretariat – 12 January 2010.

Zarrilli, S. (2003) “International Trade in Energy Services and Developing Countries” in *Energy and Environmental Services: Negotiating Objectives and Developing Priorities*. UNCTAD. United Nations. New York and Geneva. 23-69.

A Adoção da *Poison Pill* Estatutária no Brasil – os Riscos da Importação do Modelo Americano

Natália Miranda Sadi¹

Deliana Salomão de Castro²

Mariana Belisário dos Santos³

I. INTRODUÇÃO

Embora a pulverização de capital e a dispersão acionária estejam em fase embrionária no Brasil, nos últimos anos diversas companhias brasileiras vêm adotando, em seus estatutos sociais, mecanismos de defesa contra as chamadas aquisições hostile (*takeovers*), ou seja, aquelas que independem do consentimento dos controladores minoritários da companhia ou realizadas em companhias com capital pulverizado.

¹ Pós-graduada em Direito de Empresa pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC PUC Minas). Graduada em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Membro da Comissão de Direito Societário da OAB-MG.

² Pós-graduada em Finanças pelo IBMEC. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Sete Lagoas (FADISETE). Graduanda em Ciências Econômicas pelo Instituto Vianna Júnior. Membro da Comissão de Direito Societário da OAB-MG.

³ Pós-graduada em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Detém certificado de especialização na OMC, conferido pelo Institute of International Economic Law (IIEL), e LLM em Direito Econômico Internacional pelo Georgetown University Law Center, Washington, D.C., EUA. Membro do ABCI Institute (Analistas Brasileiros de Comércio Internacional), sediado em Washington, D.C., EUA, e apoiado pela Embaixada Brasileira. Membro da Comissão de Direito Societário da OAB-MG.

Tais previsões estatutárias, conhecidas como *poison pills*, ou pílulas de veneno, obrigam o investidor adquirente de determinado percentual das ações em circulação a realizar uma oferta pública para aquisição das ações remanescentes. Em alguns casos, as *poison pills* chegam a limitar o exercício de voto dos acionistas, já que impõem ônus àqueles que votarem pela sua supressão ou alteração, visando à preservação da dispersão acionária.

Trata-se, por assim dizer, de um mecanismo jurídico adotado pelas companhias com o objetivo de evitar a aquisição direta⁴, ou seja, sem o conhecimento do controlador da companhia, com menos de 50% do capital votante, de percentuais elevados de participação, impedindo que o controle seja abruptamente modificado.

Em outras palavras, a intenção das companhias que adotam este instrumento de defesa é impedir o aumento da participação de determinados acionistas além dos níveis considerados seguros, pelo controlador detentor de menos de 50% do capital votante, para garantia de sua manutenção no poder⁵.

Todavia, essas cláusulas estatutárias de proteção à dispersão acionária, importadas do direito norte-americano, vêm sendo alvo de questionamentos pelo mercado de capitais brasileiro.

⁴ No que diz respeito aos objetivos das *poison pills*, vale citar as lições de Modesto Carvalhosa que nos ensina que “as cláusulas de *poison pills* têm por objetivo: (i) desestimular a compra em bolsa de percentual de relevante participação por não controladores, assegurando, com esse desestímulo, um número ideal de ações em circulação no mercado e sua liquidez; (ii) preservar a estabilidade do controle pelos controladores com menos de 50% do capital votante, considerando que, por isso, as ações adquiridas em bloco no mercado podem dar a um grupo agressivo de investidores o poder de controle da companhia.” (CARVALHOSA, 2009, p. 23)

⁵ Nas palavras de José Luis de Salles Freire e Ana Carolina de Salles Freire “as cláusulas de *poison pill* brasileiras objetivam desestimular a aquisição de ações que ameacem a cômoda posição dos acionistas controladores e manter certa liquidez das ações no mercado. Assim, o mercado brasileiro familiarizou-se com cláusulas de *poison pill* que obrigam o comprador de determinado percentual do capital de uma companhia, geralmente 20%, a realizar uma oferta pública de ações (OPA) dirigida a todos os acionistas da companhia com prêmio elevado.” (Disponível em: < http://www.capitalaberto.com.br/ler_artigo.php?pag=2&i=2298&sec=56>)

Assim sendo, este artigo tem como objetivo discutir a eficácia e aplicabilidade das *poison pills* no Brasil e os riscos decorrentes da “importação” pura e simples de modelos utilizados no mercado de capitais norte-americano.

2. PODER DE CONTROLE

Primeiramente, faz-se necessária uma breve análise do conceito de poder de controle, visto que é ele que os acionistas visam resguardar, ao inserir cláusulas de *poison pills* nos estatutos sociais.

A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“Lei das Sociedades por Ações”) conceitua o poder de controle em seu artigo 116⁶. Do conceito legal, depreende-se que atualmente o controle não se fundamenta apenas no princípio majoritário, vale dizer, não é correto afirmar que o acionista detentor da maior participação no capital social é necessariamente o controlador da sociedade.

Para que haja a configuração do controle, na forma da Lei 6.404/76, há necessidade de cumulação de dois requisitos indispensáveis: (i) que o acionista seja titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e (ii) que use efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

⁶ Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Nesse contexto, o acionista controlador pode ser conceituado como aquele que detém um determinado percentual de ações com direito a voto que lhe permite, de modo permanente, conduzir a companhia ou designar quem irá conduzi-la, e que efetivamente usa seu poder para dirigir as atividades sociais⁷.

Note-se que o poder de controle pode ser individual, ou seja, exercido por uma única pessoa ou ente, ou conjunto, sendo este exercido por mais de uma pessoa ou ente por meio de acordo de acionistas⁸.

O regulamento do Novo Mercado da Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (BM&FBOVESPA), ao definir poder de controle, afirma que:

“Significa o poder efetivamente utilizado de dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da Companhia, de forma direta ou indireta, de fato ou de direito, independentemente da participação acionária detida. Há presunção relativa de titularidade do controle em relação à pessoa ou ao grupo de pessoas vinculado por acordo de acionistas ou sob controle comum (‘grupo de controle’) que seja titular de ações que lhe tenham assegurado a maioria absoluta dos votos dos acionistas presentes nas três últimas assembleias gerais da Companhia, ainda que não seja titular das ações que lhe assegurem a maioria absoluta do capital votante.”

⁷ Para Modesto Carvalhosa, “Controle societário pode ser entendido como o poder de dirigir as atividades sociais. Essa noção tem um sentido material ou substancial e não apenas formal. Assim, o controle é o poder efetivo de direção dos negócios sociais. Não se trata de um poder potencial, eventual, simbólico ou diferido. É controlador aquele que exerce, na realidade, o poder. Internamente, mediante o prevailecimento dos votos. Externamente, por outros fatores extra-societários. Controlar uma companhia, portanto, é o poder de impor a vontade nos atos sociais e, via de consequência, de dirigir o processo empresarial, que é o seu objeto”. (CARVALHOSA, 2003, p. 486)

⁸ A diferença entre essas duas modalidades de controle é elucidada por Roberta Nioac Prado, que sustenta: “O poder de controle individual não requer maiores comentários. É o poder de controle, direto ou indireto, exercido individualmente, por pessoa física ou jurídica, fundo ou universalidade de direitos, detentor de participação acionária votante, de emissão da companhia aberta, majoritária ou minoritária. O poder de controle conjunto é aquele exercido por mais de um acionista, pessoa física ou jurídica, por meio de um acordo de acionistas, acordo esse que pode ou não ter a forma prevista no artigo 118 da LSA de 1976”. (PRADO, 2005, p. 158-159)

O conceito empregado pelo regulamento do novo mercado da BM&FBOVESPA revela que o acionista detentor da maioria absoluta dos votos em assembleias, pode ser considerado controlador, ainda que seja titular de menos da metade das ações com direito a voto da companhia.

Ressalte-se, por fim, que para ser considerado controlador, não basta que o acionista seja apenas titular de direitos de sócio que lhe permitam dirigir ou eleger quem irá dirigir a companhia; ele deve efetivamente dirigi-la, participando das assembleias da companhia e fazendo preponderar a sua vontade por meio de seu voto.

3. FORMAS DE AQUISIÇÃO DE CONTROLE

A aquisição ou tomada de controle acionário pode ser classificada como hostil (*hostile takeover*) ou amigável (*friendly takeover*) conforme o modo como seja conduzida pelas partes.

A aquisição hostil é aquela realizada mediante compra de ações no mercado de valores mobiliários, sem prévia negociação entre o acionista controlador (titular de menos de 50% do capital votante) da companhia alvo e o adquirente. A aquisição hostil somente é possível se a companhia tiver o seu capital diluído no mercado; caso contrário, será impossível que o adquirente consiga alcançar um percentual significativo de ações que lhe permita eleger a maioria dos administradores da companhia e dirigir as atividades sociais, sem negociar diretamente com o controlador da sociedade.

Já a aquisição amigável ocorre quando o acionista controlador participa da negociação com o adquirente, ou seja, quando há um acordo envolvendo o controlador, normalmente com o conhecimento dos administradores e, em alguns casos, com a participação dos demais acionistas da companhia, para concretização do negócio⁹.

⁹ Neste sentido, leciona Plínio José Lopes Shiguematsu: Diz-se que uma oferta é amigável quando ela é bem recebida e negociada entre as duas empresas. Posteriormente à negociação, são anunciados os seus termos e condições ao mercado e aos demais acionistas da sociedade [...]. Não é raro que detalhes das negociações não sejam divulgados e alguns acionistas só fiquem sabendo após as negociações já estarem encerradas. Oferta hostil é aquela oferta não solicitada e na qual a admi-

Logo, a oferta hostil é a forma mais invasiva de aquisição do controle, pois envolve comunicação a todos acionistas da companhia alvo, simultaneamente sem negociação prévia entre as partes envolvidas.

Já a oferta amigável é a espécie menos agressiva e mais comum de aquisição do controle no Brasil, na qual o acionista controlador da companhia recebe a proposta e, considerando-a vantajosa, prossegue no negócio.

4. OS PRÓS E CONTRAS DA ADOÇÃO DAS POISON PILLS NO BRASIL

Modesto Carvalhosa discorre sobre o conceito de *poison pill*¹⁰ e ensina que:

“De forma geral, a *poison pill* pode ser compreendida como um instrumento jurídico adotado pela companhia com o intuito de dificultar a aquisição do poder de controle oriunda de uma oferta hostil – diretamente endereçada aos acionistas da companhia, sem consulta prévia à sua administração.” (CARVALHOSA, 2009, p. 22)

Plínio José Lopes Shiguematsu, por seu turno, informa o seguinte:

“As chamadas *poison pills*, que, numa tradução literal e não muito adequada, chamaríamos de **pílulas de veneno**, são direitos conferidos aos acionistas de uma companhia com o intuito de (i) dificultar ou desestimular a aquisição do controle por terceiros interessados ou pelos próprios acionistas que não detenham o controle

nistração e, não raras vezes, os acionistas resistem e se opõem à oferta realizada. Normalmente nessa disputa, utilizam-se diversas formas de mídia para cobrir cada passo ou etapa da aquisição. (SHIGUEMATSU, 2009, p. 391).

¹⁰ Vale notar que a *Poison Pill* não se confunde com a obrigação de realização de oferta pública de ações imposta pelo artigo 254-A da Lei 6.404/76, denominada *tag along* (ou direito de saída conjunta). O *tag along* é o direito de os acionistas minoritários participarem da transferência de controle com a oportunidade de venderem as suas ações ao novo controlador, ou seja, é um instrumento de proteção aos acionistas minoritários, que lhes garante o direito de vender suas ações por meio de oferta pública, no caso de transferência de controle da companhia, e receber por elas, no mínimo, 80% do valor pago aos acionistas controladores da empresa.

acionário e de (ii) criar mecanismos que protejam os acionistas, estabelecendo procedimentos ou direitos que permitam um maior prazo de resposta pela companhia, ganhando um prazo para a análise adequada ou mais aprofundada da oferta formulada. O objetivo das *poison pills* não é e nem poderia ser impedir a venda ou a transferência do controle da companhia, mas maximizar o valor pago aos acionistas pelos valores mobiliários que confirmam direito a voto na companhia.” (SHIGUEMATSU, 2009, p. 398)

Destes conceitos, extrai-se que a utilização da *poison pill* somente é viável e necessária em mercados de capitais nos quais o poder de controle se encontra diluído nas mãos de um número significativo de acionistas, ou seja, nos quais há grande pulverização das ações com direito a voto, porquanto somente neste tipo de mercado as ofertas hostis são factíveis.

Com o aperfeiçoamento do mercado de capitais brasileiro, diversas companhias têm aberto seus capitais e aderido ao mais elevado grau de regras de governança corporativa da BM&FBOVESPA, denominado Novo Mercado. O Novo Mercado é um segmento de listagem especial da BM&FBOVESPA que reúne companhias que se comprometem, voluntariamente, a adotar boas práticas de governança corporativa que suplantam as obrigações legais.

Uma das exigências do Novo Mercado é a manutenção em circulação de uma parcela mínima de ações, representando 25% (vinte e cinco por cento) do capital social da companhia, ou seja, a obrigatoriedade de dispersão de pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) do capital¹¹.

Neste contexto, recentemente tem-se notado o surgimento da tendência, ainda que bastante sutil, de pulverização do capital pelas companhias, dando espaço ao surgimento das tomadas hostis de controle.

¹¹ Nos termos do Regulamento do Novo Mercado “*Percentual Mínimo de Ações em Circulação*” significa as Ações em Circulação que a Companhia deve ter para ser admitida no Novo Mercado, percentual esse que deve ser mantido durante todo o período em que os valores mobiliários por ela emitidos permaneçam registrados para negociação no Novo Mercado, as quais devem totalizar pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) do total do capital social da Companhia.

É neste cenário que as *poison pills* foram transportadas do direito norte-americano para o direito brasileiro, porém de maneira contestável, porquanto o intuito para o qual elas foram criadas nos Estados Unidos em nada se aproxima dos objetivos para os quais elas vêm sendo utilizadas no Brasil.

Enquanto nos Estados Unidos o instrumento nasceu em decorrência da necessidade de se afastar e/ou coibir as tomadas hostis, deflagradas em compasso acelerado a partir de 1980¹², no Brasil as *poison pills* surgiram não para remediar uma situação já existente, mas para, preventivamente, proteger o poder de controle do acionista titular de menos de 50% do capital votante, contra as tomadas hostis.

No mercado americano, o grau de pulverização das companhias normalmente é tão elevado que a dispersão acionária chega a atingir o controle, impossibilitando a identificação da figura do acionista controlador. Nesse sentido, pode-se afirmar que a pulverização do controle acionário ou a ausência de um acionista majoritário é uma realidade cultural no mercado de valores mobiliários dos Estados Unidos¹³.

Por isso mesmo, as tomadas hostis são uma constante no mercado norte-americano, donde surgiu a necessidade de criação de mecanismos jurídicos aptos a proteger os acionistas, dificultando e tornando mais custosa a aquisição do controle por terceiros interessados.

¹² Conforme nos informam Ricardo Barretto Ferreira da Silva e Priscila Guglielme Guidi: “Nos anos 80, o mercado de capitais dos Estados Unidos foi palco da explosão das chamadas “aquisições hostis” (hostile takeovers), nas quais o controle das empresas-alvo era adquirido através do mercado, algumas vezes contra a vontade de seus controladores. [...] A primeira geração de “poison pills” foi criada por Marty Lipton em 1982. Tratava-se da distribuição de uma espécie de “ação preferencial” aos acionistas, a título de dividendos. No caso de uma incorporação da companhia em outra, devido à aquisição, cada ação preferencial seria convertida em quarenta ações da incorporadora, fazendo, com isso, que a participação do adquirente na companhia fosse diluída.” (Disponível em: <<http://www.original123.com.br/wp/?p=507>>)

¹³ “Num ambiente de alto grau de dispersão de ações, como o Norte-Americano, no qual os maiores acionistas detêm participação inferior a 1% do capital social, verifica-se que há grande dificuldade de se estruturar e manter blocos de controle. Conseqüentemente, os acionistas são identificados, em sua maior parte, como aplicadores de capital, apenas buscando a satisfação econômica do recebimento de dividendos e pelo valor de mercado de suas ações, deixando a condução dos negócios sociais a cargo da administração” (LAMY FILHO; PEDREIRA, 1997, p. 67-68).

No Brasil, de forma totalmente diversa, ainda é forte a figura do “dono” da companhia, ou seja, a existência de um único acionista controlador. É comum que uma companhia pertença a um só acionista, ou, em determinados casos, a um pequeno grupo de controle, normalmente familiar. De fato, pode-se afirmar que a grande maioria das companhias brasileiras ainda adota este sistema, possuindo um controle pré-definido.

Em vista desse cenário, a dispersão da base acionária nas companhias brasileiras somente começou a ser notada recentemente, e de forma bastante acanhada. Logo, ainda são raras as aquisições hostis no mercado brasileiro, ao contrário do que se tem notado em outros países.

Como se vê, as *poison pills* são mecanismos jurídicos criados pelo mercado para reduzir o risco das companhias pulverizadas. Quanto maior a pulverização do capital, maior a possibilidade de aquisição hostil do poder de controle. Então, qual seria o sentido de companhias com capital concentrado, e portanto não sujeitas a aquisições hostis, inserirem em seus estatutos sociais dispositivos tendentes a dificultar aquisições de participações significativas via mercado? Será que a cópia pura e simples do modelo norte americano é adequada para a realidade brasileira? Será que as *poison pills* são aplicáveis ao direito brasileiro?

Conforme constatado pela pesquisadora Érika Gorga, da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), em pesquisa realizada no ano de 2008, envolvendo 71 (setenta e uma) companhias que integram o Nível 2 e o Novo Mercado, diversas companhias brasileiras adotam as *poison pills* em seus estatutos sociais desnecessariamente, já que são controladas por um único acionista, não estando sujeitas às tomadas de controle.

Isto significa dizer que, de fato, diversas companhias que adotam a *poison pill* no Brasil, vêm utilizando este mecanismo inutilmente, importando o modelo americano sem prévia reflexão sobre sua real utilidade e objetivos¹⁴.

¹⁴ Aproximadamente 60% das companhias que entraram no mercado entre os anos de 2004 e 2007 adotaram as cláusulas *poison pills*.

As cláusulas de *poison pill* são também frequentemente utilizadas para evitar a perda do controle exercido por acionista titular de menos de 50% do capital votante. Para ilustrar a situação, imaginemos uma companhia, em que um determinado grupo de acionistas detém 100% do capital votante. Visando maximizar os lucros, estes acionistas decidem abrir o capital da companhia, vendendo um número significativo de ações no mercado, de forma pulverizada, passando a deter 30% do capital votante. Ainda que o percentual de ações detidas pelo grupo seja suficiente para assegurar o controle, os controladores decidem inserir a cláusula de *poison pill* no Estatuto Social da companhia, para evitar que um terceiro adquira parte significativa da participação alienada no mercado (35%, por exemplo), dos demais acionistas, e obtenha o controle.

A modalidade mais adotada de *poison pill* no Brasil é aquela que impõe a obrigatoriedade de realização, pelo acionista ou terceiro adquirente de determinado percentual das ações em circulação, de Oferta Pública de Aquisição das Ações (OPA)¹⁵, para a aquisição das ações remanescentes, a um valor pré-fixado geralmente excessivamente elevado, de modo a desestimular e/ou tornar mais onerosa a tomada de controle da companhia, e, em última análise, inviabilizar a concretização da operação¹⁶.

No geral, a obrigatoriedade de realização da OPA é prevista nos estatutos das companhias listadas no Novo Mercado nos exatos termos do item 8.1. do regulamento do Novo Mercado da

¹⁵ Conforme lições de Roberta Nioac Prado: “OPA é a sigla utilizada para designar qualquer “oferta pública de aquisição de ações”, ações estas que podem ou não consubstanciar o poder de controle de determinada companhia aberta. Duas são atualmente as modalidades de OPA previstas pela LSA de 1976, que respeitam as transferências onerosas de controle de companhia aberta: a OPA voluntária de tomada hostil de controle societário (art. 257 e seguintes); a OPA obrigatória decorrente da alienação de controle de companhia aberta (art. 254-A). [...] A OPA prevista no art. 257 e seguintes da LSA de 1976, por sua vez, é doravante também designada de OPA *a priori*, em vista de ser o instrumento utilizado para a tomada de controle de determinada companhia e, portanto, antecedê-la.” (PRADO, 2005, p. 43-44).

¹⁶ Em regra, no Brasil, a *poison pill* estabelece a obrigatoriedade de realização de OPA por aquisição de participação relevante.

BM&FBOVESPA, que estabelece que “a Alienação de Controle, tanto por meio de uma única operação, como por meio de operações sucessivas, deverá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o Adquirente se obrigue a efetivar oferta pública de aquisição das ações dos demais acionistas da Companhia, observando as condições e os prazos previstos na legislação vigente e no regulamento do Novo Mercado, de forma a lhes assegurar tratamento igualitário àquele dado ao Acionista Controlador Alienante”. Há previsão, também, de que a oferta deve ser dirigida indistintamente a todos os acionistas da Companhia.

O percentual de ações a ensejar a obrigatoriedade de realização de OPA (“gatilho”) normalmente varia entre 10% (dez por cento) e 30% (trinta por cento). Tanto (i) o percentual que deflagrará a necessidade da OPA quanto (ii) o preço que deverá ser pago pelo adquirente das ações integrantes do bloco de controle, pelas ações remanescentes, são previstos no estatuto social. Normalmente, os preços fixados pelos estatutos são altos, com vistas a cumprir a missão de tornar desinteressante a tomada hostil do controle.

Conforme levantamento realizado em junho de 2011, a maior parte das companhias listadas no Novo Mercado adotam o gatilho de 20% (vinte por cento). A título exemplificativo citamos as seguintes: (i) Brasil Brokers Participações S/A, (ii) Magazine Luiza S/A, (iii) Minerva S/A, (iv) Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, (v) T4F Entretenimento S/A, (vi) B2W – Companhia Global do Varejo, (vii) Brasilagro – Companhia Brasileira de Propriedades Agrícolas, (viii) Brasil Insurance Participações e Administração S/A, (ix) Viver Incorporadora e Construtora S/A e (x) Totvs S/A.

Como exceção, podemos citar a (i) BHG S/A – Brasil Hospitality Group (gatilho de 35%), (ii) BM&FBOVESPA S/A – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (gatilho de 30%), (iii) Bematech S/A (gatilho de 25%), e (iv) Anhanguera Educacional Participações S/A (gatilho de 15%). No que diz respeito ao preço, também há variação, podendo haver ou não previsão de prêmio sobre o valor da ação.

Também é comum que as cláusulas *poison pills* estejam acompanhadas de cláusulas acessórias, impondo penalidade àqueles

acionistas que as descumprirem, o que já foi objeto de um Parecer de Orientação da CVM, conforme será visto no item 5, abaixo.

Aqueles que questionam a conveniência da adoção das *poison pills* sob o ponto de vista da governança corporativa afirmam que em várias situações essas cláusulas acabam por não atingir seus reais objetivos já que, no lugar de impedirem a tomada hostil do controle, que seria lesiva aos controladores minoritários, acabam barrando uma troca de controle que poderia ser benéfica, proveitosa e favorável tanto para companhia quanto para seus investidores, desestimulando o fechamento de negócios vantajosos¹⁷.

As *poison pills* são também utilizadas indevidamente pelos acionistas controladores titulares de menos de 50% do capital votante, com o intuito de receberem o “prêmio de controle” duas vezes: uma quando alienarem efetivamente o controle na Oferta Pública Inicial (“IPO”) e outra quando o terceiro adquirente fizer uma proposta hostil de tomada do controle. Para que o terceiro adquirente seja bem sucedido em sua tentativa de tomada hostil do controle, ele deverá pagar o incremento de preço previsto no Estatuto.

Logo, vê-se que as *poison pills* são, muitas vezes, mal utilizadas por alguns acionistas, os quais lançam mão deste mecanismo com o intuito de barrar uma troca de administração que poderia resultar em uma gestão mais competente e eficiente que a vigente e, em última análise, mais lucrativa para a companhia. Em outras palavras, esses acionistas deixam de agir no interesse da companhia para agirem em seu próprio interesse, desrespeitando seus deveres de fidedignidade e lealdade.

Sobre o tema, Renato Ventura Ribeiro sustenta:

“As *poison pills* trazem, no mínimo, dois paradoxos. Tentam evitar prejuízos aos acionistas, impedindo ou dificultando a assunção de controlador indesejado. Mas ao dificultar a venda do controle causam prejuízos aos acionistas, por diminuir o valor de venda

¹⁷ “Um dos efeitos perversos do uso das *poison pills* é o de engessar negociações de aquisição de controle que poderiam ocorrer pela via do mercado. Outra crítica que se faz ao uso da ferramenta é o poder excessivo que pode dar à diretoria e ao Conselho de Administração das companhias.” (Disponível em: <<http://www.financialweb.com.br/noticias/index.asp?cod=53007>>)

da empresa. Sem contar o fato de que uma mudança de controle e assunção de controlador com recursos e idéias novas pode gerar mais lucros aos acionistas. Nem sempre a aquisição de controle é prejudicial.” (RIBEIRO, 2009, p. 50)

Note-se, portanto, que em muitas situações a *poison pill* pode acabar provocando o efeito contrário, impedindo o crescimento da companhia, gerando ineficiência operacional, incentivando a manutenção de uma administração ineficaz e, portanto, deixando de cumprir o seu papel de mecanismo de defesa e passando a ser prejudicial à companhia, e, por conseguinte, aos demais acionistas.

Todo este imbróglio é resultado da importação por vezes impensada de uma estrutura contratual americana, ou seja, da inserção de um instrumento jurídico incompatível com a realidade do mercado de capitais brasileiro.

Deste modo, é imprescindível que seja feita uma ponderação prévia das estruturas societárias adotadas no direito americano, antes de recepcioná-las no Brasil.

Registre-se que a BMF&BOVESPA recentemente manifestou a intenção de adequar as normas relativas às *poison pills* à realidade brasileira. Em Audiência Restrita realizada em 2010 no âmbito do processo de **revisão dos** Regulamentos de Listagem do Novo Mercado, Níveis 1 e 2 de Governança Corporativa, foi apresentada proposta para que as companhias listadas no novo mercado substituíssem as pílulas de veneno por cláusulas que impusessem a realização de OPA em caso de Atingimento de Participação Acionária Relevante.

Nos termos da proposta, em substituição às *poison pills*, as companhias passariam a adotar a OPA por Atingimento de Participação Acionária Relevante, o que significa a aquisição de ações de emissão da Companhia correspondentes a, no mínimo, 30% (trinta por cento) do seu capital social. O valor seria o maior preço pago pelo adquirente nos últimos 12 (doze) meses. Caso a OPA por Atingimento de Participação Relevante fosse aprovada, as companhias listadas no Novo Mercado poderiam permanecer com as cláusulas de *poison pills* constantes em seus estatutos sociais até a data de entrada em vigor do novo Regulamento, quando deveriam

ser substituídas pelas cláusulas obrigando a realização de OPA por Atingimento de Participação Acionária Relevante.

Vale ressaltar que a OPA por Atingimento de Participação Acionária Relevante não se confunde com as *poison pills*, visto que, ao contrário destas, não impõem o pagamento de prêmio ao valor das ações adquiridas no âmbito da oferta pública. Diferentemente das *poison pill*, que pretendem inviabilizar alterações de controle mediante a pré-fixação de preços das ações acima do valor de mercado, acrescidos de prêmios, a OPA por Atingimento de Participação Acionária Relevante visa apenas resguardar os acionistas de uma companhia sem controlador definido ou com controlador minoritário, que tenha seu controle adquirido.

Ao ser submetida à Audiência Restrita, a proposta de regulamentação de aquisição de participação relevante foi reprovada pelas companhias listadas no Novo Mercado, com 60 (sessenta) votos contrários à aprovação, em um universo de 105 (cento e cinco) companhias consultadas.

A reprovação da proposta indica que mesmo com as experiências negativas, há uma resistência por parte das companhias em abdicarem definitivamente deste mecanismo, mediante aprovação de obrigatoriedade de sua remoção dos estatutos.

5. PARECER DE ORIENTAÇÃO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Em decorrência das transformações vividas pelo mercado de capitais brasileiro, o crescimento do número de companhias com capital pulverizado e a prática cada vez mais comum de adoção de cláusulas tendentes a desestimular as tomadas hostis por companhias brasileiras, a CVM editou no dia 26 de junho de 2009, o Parecer de Orientação nº 36/2009, que trata das cláusulas *poison pills*.

O Parecer nº 36/2009 surgiu a partir da necessidade de manifestação de opinião, pela CVM, acerca das cláusulas estatutárias que vinham impondo a exigência de que o acionista que votasse pela supressão de cláusula de *poison pill*¹⁸ realizasse, por sua conta,

¹⁸ Nos termos do artigo 12 da Lei 6.404/76, a *poison pill* somente pode ser removida por decisão dos acionistas, já que compete privativamente à assembléia geral

uma oferta pública para aquisição de todas as ações da companhia, numa flagrante restrição ao exercício de voto dos acionistas em assembléias.

De modo geral, a *poison pill* pode ser suprimida do estatuto social da companhia caso haja aprovação dos acionistas em assembléia. Todavia, ela vinha sendo protegida pela existência de uma cláusula acessória que tinha como objetivo dificultar ou até impossibilitar a supressão das *poison pills* do estatuto social da companhia, sendo denominada “cláusula pétrea”, uma vez que objetiva resguardar as pílulas de veneno de qualquer alteração ou eliminação.

Nos termos do Parecer nº 36/2009, esses comandos que obstam a supressão ou transformação das regras de dispersão, denominados “disposições acessórias”, violam diversos princípios e normas da legislação societária em vigor, tais como o exercício, pelo acionista, do seu direito de voto no interesse da companhia, e a competência privada da assembléia geral para tomada de decisões que ensejem a reforma do estatuto social.

O entendimento da CVM é acolhido por Modesto Carvalhosa, que sustenta:

“As *poison pills* são cláusulas estatutárias de relativa ou completa ilegalidade. São ilegais a partir do momento em que adquirem feições de cláusulas “pétreas”, quando, na verdade, trata-se de normas jurídicas de caráter parassocial. Nesse sentido, as cláusulas *poison pills*, quando têm o caráter de perpetuidade, a partir de seu aspecto punitivo da obrigatoriedade de realização de oferta pública por parte do acionista que votar no sentido de alterá-la ou excluí-la do estatuto social, demonstram claramente a intenção ilegítima e antijurídica de perpetuar a administração da companhia, ainda que esta seja eleita por um controlador minoritário.” (CARVALHOSA, 2009, p. 29)

Por tais motivos a CVM decidiu não aplicar penalidades, em processos administrativos sancionadores, aos acionistas que, nos termos da legislação em vigor, votarem pela remoção ou alteração

reformular o estatuto social da companhia, não sendo permitido ao conselho de administração o afastamento da aplicação da cláusula.

da cláusula de proteção à dispersão acionária, ainda que não realizem a oferta pública prevista na disposição acessória.

A CVM fundamentou o seu entendimento nos artigos 115¹⁹, 121²⁰, 122, I²¹ e 129²² da Lei 6.404/76, concluindo que a aplicação concreta das cláusulas pétreas de *poison pills* é incompatível com os referidos dispositivos legais.

A disposição acessória vai de encontro ao artigo 115 ao não permitir que o acionista exerça seu direito de voto no interesse da companhia, na medida em que tal disposição impede o voto a favor da alteração ou supressão das cláusulas de dispersão acionária.

A cláusula também conflita com o artigo 121, pois restringe a soberania da assembleia geral de acionistas para deliberar sobre os negócios relativos ao objeto social da companhia.

Da mesma forma, a disposição acessória colide com o artigo 122, inciso I, pois limita os poderes conferidos à assembleia geral de acionistas para alterar o estatuto social, na medida em que impede a modificação das *poison pills*.

E, por fim, a cláusula acessória que demanda unanimidade ou quorum mais elevado do que o previsto em lei para supressão da cláusula *poison pill* em assembleia geral de acionistas é inconciliável com o artigo 129, § 1º, sendo desconsiderada pela CVM, para fins de aplicação de penalidades eventualmente previstas em razão de seu descumprimento.

¹⁹ Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. [...]

²⁰ Art. 121. A assembleia-geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento.

²¹ Art. 122. Compete privativamente à assembleia-geral: I – reformar o estatuto social [...]

²² Art. 129. As deliberações da assembleia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco.

§ 1º O estatuto da companhia fechada pode aumentar o quorum exigido para certas deliberações, desde que especifique as matérias. [...]

Acatando as orientações da CVM apresentadas no Parecer nº 36/2009, a BMF&BOVESPA propôs, no processo de **revisão dos** Regulamentos de Listagem do Novo Mercado, Níveis 1 e 2 de Governança Corporativa, mencionado no item 4, a inserção de dispositivos vedando a inclusão, nos estatutos sociais das companhias, de cláusulas com o potencial de restringir as deliberações dos acionistas.

Apesar da aprovação das propostas pelas companhias listadas no Novo Mercado, Níveis 1 e 2 de Governança Corporativa, as disposições transitórias do Novo Regulamento de Listagem permitem que as companhias já listadas nos níveis diferenciados de governança corporativa mantenham as cláusulas de limitação de voto desde que já previstas em seus estatutos sociais. Contudo, referidas cláusulas não poderão ser objeto de alteração, podendo apenas ser excluídas para adequação ao Novo Regulamento de Listagem.

Desta forma, embora o Novo Regulamento de Listagem vede a inclusão de cláusulas que limitem o voto dos acionistas, as exceções previstas nas Disposições Transitórias do Novo Regulamento de Listagem demonstram que as companhias brasileiras ainda não estão preparadas para a supressão de cláusulas desta natureza.

6. CONCLUSÃO

Conforme visto, a adoção das *poison pills* no Brasil é um fenômeno contemporâneo, haja vista que somente nos últimos anos o mercado brasileiro tem se desenvolvido e sofisticado seus mecanismos de proteção aos acionistas não controladores. Em princípio, trata-se de um dispositivo eficaz, pois estimula a conservação de patamares elevados de ações em circulação, gerando liquidez às ações da companhia, além de impedir aquisições hostis a preços baixos. Contudo, as pílulas de veneno vêm sendo amplamente questionadas no âmbito das boas práticas de governança corporativa, sendo certo que a adoção destes instrumentos também pode gerar diversas consequências negativas, como a conferência de uma imutabilidade indesejável à administração da companhia, que pode impedir o seu crescimento e desenvolvimento econômico. Pode, ainda, impedir que os demais acionistas negociem suas ações em condições vantajosas.

Em muitos casos as *poison pills* vêm sendo utilizadas não para resguardarem os acionistas, mas para garantirem a manutenção do controle gerencial e/ou do poder de acionistas controladores titulares de menos de 50% do capital votante. Ademais, ao dificultarem a transferência do controle, essas cláusulas acabam causando prejuízos aos seus acionistas/investidores, porquanto diminuem o valor das ações da companhia, gerando efeito inverso ao inicialmente proposto.

Por tais motivos, a adoção injustificada da pílula de veneno se mostra prejudicial à companhia, pois além de não surtir os efeitos positivos esperados, pode suscitar resultados negativos tais como (i) estabilidade nociva para a gestão da companhia e (ii) impedimento de realização de operações que poderiam ser vantajosas e eficientes para a companhia e os demais acionistas.

Recentemente, inclusive, muito se tem discutido sobre as pílulas de veneno, no âmbito da revisão dos regulamentos do Novo Mercado, sendo aventada a possibilidade de que as companhias que adotem as *poison pills* sejam compelidas a remover o mecanismo de seus estatutos.

O processo de revisão reflete a evolução e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro. Afinal, novidades advindas de outros ordenamentos jurídicos nem sempre são adequadas.

Portanto, a importação pura e simples dos mecanismos jurídicos adotados pelo mercado norte-americano nem sempre é vantajosa para o mercado brasileiro, o que é o caso das *poison pills*, sendo imperioso que algumas adaptações sejam feitas para que a sua adoção seja profícua e proveitosa, sob pena de afronta às práticas de boa governança corporativa.

REFERÊNCIAS

BOLSA DE VALORES, MERCADORIAS E FUTUROS. *Regulamento do novo mercado*. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/empresas/download/RegulamentoNMercado.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2011.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, 17 dez. 1976.

CARVALHOSA, Modesto. As poison pills estatutárias na prática brasileira – alguns aspectos de sua legalidade. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito Societário: desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 19-29.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Parecer de Orientação nº 36, de 23 de junho de 2009. Dispõe sobre disposições estatutárias que impõem ônus a acionistas que votarem favoravelmente à supressão de cláusula de proteção à dispersão acionária. Disponível em: <www.cvm.gov.br>. Acesso em: 30 mai. 2011.

FREIRE, José Luis de Salles; FREIRE, Ana Carolina de Salles. *Livres das poison pills*. Disponível em: <http://www.capitalaberto.com.br/ler_artigo.php?pag=2&i=2298&sec=56>. Acesso em: 30 mai. 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código de melhores práticas de governança corporativa*. 4. ed. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/CodigoMelhoresPraticas.aspx>>. Acesso em: 30 mai. 2011.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MONTEIRO, Marco Antonio Papera. *Um estudo sobre a utilização de “poison pills” no Brasil*. 2008. Dissertação (Mestrado em Economia Empresarial) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro.

PRADO, Roberta Nioac. *Oferta pública de ações obrigatória nas S.A.: tag along*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Direito de voto nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, Ricardo Barretto Ferreira da; GUIDI, Priscila Guglielme. *Poison Pill: mecanismo de defesa contra aquisições hostis ou mecanismo de proteção de dispersão acionária?* Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/juridico/noticias-e-entrevistas/Noticias/060711NotA.asp>>. Acesso em: 30 mai. 2011.

SHIGUEMATSU, Plínio José Lopes. Mecanismos de proteção e estratégia de defesa em tomadas hostis de controle. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito Societário: desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 390-439.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Poison pill: modismo ou solução? In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coord.). *Direito Societário: desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 158-174.

Sigilo Bancário: uma Abordagem Atual

Rafael Santiago Costa¹

Experimenta-se, na atualidade, a dupla face da abundância de caminhos que permitem, de um lado, o acesso fácil e nem sempre desejável dos dados sobre as pessoas, suas vidas, suas preferências, seus atos, seus patrimônios, o que deixa a descoberto ou põe sob risco o direito à privacidade; de outro lado, tem-se a operosidade dos que transgridem a ordem jurídica em detrimento da sociedade e não desejam dar à luz os seus atos e desatinos sem cujo conhecimento o Estado não pode agir no sentido de conter e punir as irregularidades e ilegalidades havidas em contrariedade ao quanto exigido das pessoas pela ordem jurídica. (ROCHA, 2003, p. 382)

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O preâmbulo acima se mostra pertinente não apenas por resumir de forma didática e completa o principal dilema que gravita em torno da discussão acerca do sigilo bancário, mas por decorrer de estudo elaborado pela Ministra Cármen Lúcia em momento anterior à assunção de uma das cadeiras do Supremo Tribunal Federal (STF), aonde vem tendo a oportunidade de revisitar o tema em diversas ocasiões.

Com efeito, o direito à privacidade e o poder de fiscalização do Poder Público vêm sendo há muito contrapostos e reciprocamente relativizados, sendo que a questão ganhou novas diretrizes com o advento da Constituição Federal de 1988, que erigiu como direitos fundamentais aqueles relacionados à inviolabilidade da intimidade

¹ Graduado em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Associado do Instituto de Estudos Fiscais (IEFi).

e da vida privada, bem como do sigilo da correspondência e das mais diversas modalidades de comunicação (artigo 5º, X e XII²).

Não se trata de debate novo, mas merece ser enfrentado nessa oportunidade não apenas em face da relevância do tema, mas, principalmente, por ter sido objeto, ao final de 2010, de relevantes reflexões pelo STF, quando do julgamento da Ação Cautelar (AC) nº 33 e do Recurso Extraordinário (RE) nº 389.808 (diretamente relacionados, como se verá).

2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O DEBATE

Como visto, o enfrentamento do tema do sigilo bancário passa necessariamente pela análise dos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal, que se não fazem expressa menção ao referido sigilo, indicam especial tutela constitucional ao sigilo de correspondência e comunicações, e, de forma mais ampla, à intimidade e à vida privada.

Embora não se trate de questão essencial à evolução da análise, registramos nossa opinião de que a questão pode se restringir ao inciso X, uma vez que o inciso XII se refere à correspondência e à comunicação em diversas de suas formas. Ou seja, não trata dos dados ou informações em si, mas de sua circulação, da passagem da informação do emissor para o receptor, que passará a compartilhar daquela informação.

No caso do sigilo bancário, não se analisa, em regra, a transferência de dados entre o detentor originário e a instituição financeira, mas os dados propriamente ditos, em momento posterior àquela transferência, o que justifica a opinião apresentada acima, com o respaldo de Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 121-122) em comen-

² X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

tários ao Acórdão proferido pelo STF no Mandado de Segurança (MS) nº 21.729, que será abordado adiante:

É possível também perceber algumas dificuldades de fundamentação nos votos que pretendem incluir o sigilo bancário na garantia constitucional do direito à privacidade. Em geral recorrem eles ao inciso XII, e não ao inciso X, do art. 5º da constituição. Isso porque no inciso XII haveria a menção ao “sigilo de dados”. O recurso ao inciso XII, a partir de um modelo amplo de suporte fático, seria ao mesmo tempo problemático e desnecessário. *Problemático* porque há fortes argumentos que sustentam que a proteção do inciso XII se refere apenas ao sigilo *da comunicação* de dados. E *desnecessário* porque, a partir do paradigma de um suporte amplo, o sigilo bancário, por proteger – sempre ou excepcionalmente – esferas da vida privada dos indivíduos, deve ser inserido, sem qualquer dúvidas, no âmbito de proteção do direito à privacidade do inciso X. Nesse sentido, o art. 5º, X, seria suficiente para a proteção *prima facie* do sigilo bancário.

Não obstante referida proteção constitucional à privacidade, não há dúvida, como é a regra no que se refere às liberdades individuais, que não se trata de um direito absoluto, que não possa ser superado ou relativizado em determinadas situações, em especial quando considerado presente o interesse público. Nesse sentido, aliás, o seguinte precedente do STF:

[...]. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. PROCEDIMENTO LEGAL. [...]. 2. O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI nº 655.298 AgR, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, julgado em 04.09.2007)

A celeuma principal existente em torno do sigilo bancário, portanto, não se refere à possibilidade ou não de sua quebra em situações específicas e devidamente justificadas, mas se é imprescindível a intervenção do Poder Judiciário para a decretação da medida.

Referida ponderação antecede em muito o advento da Constituição Federal de 1988, sendo possível identificar precedentes do

STF que abordavam o tema já na década de 50³, como se constata, por exemplo, do julgamento verificado no MS nº 2.172 (Rel. Min. Nelson Hungria, 1ª Turma, julgado em 10.07.1953), de cujo voto condutor se extrai o seguinte trecho:

É certo que, atualmente, é pacífico em doutrina e jurisprudência, que os banqueiros são “confidentes necessários” e, como tais, obrigados a sigilo sobre tudo quanto sabem a respeito de seus clientes, em virtude da relação contratual que com estes mantêm; mas tal obrigação não pode ser invocada quando se trata de prestar esclarecimentos exigidos pela Justiça.

Era mesmo de se esperar manifestações mais antigas pelo STF, haja vista se tratar de vetusto instituto, cuja origem já foi assim apontada pela doutrina (SALGADO, 2001, p. 149):

O sigilo bancário caracteriza-se como instituto de adoção necessária, nas operações dessa natureza. Sua origem, entre nós, parece que “remonta ao alvará de 16 de dezembro de 1756, do reino português, no qual se proclama que o ‘segredo é a alma do negócio’, visto que, na dicção de *Bedárride*, ‘é o segredo para o comerciante, a alma de suas operações’.” Tratado, inicialmente, no conceito amplo de segredo profissional, o sigilo bancário passou a ser disciplinado especificamente na Lei n. 4.595, de 31.12.64 [...]

De fato, o art. 38 da Lei nº 4.595/64⁴ se referia especificamente ao sigilo bancário a ser conservado pelas instituições financeiras

³ No voto proferido no MS nº 21.729, o Ministro Maurício Corrêa afirma que o primeiro precedente da Corte sobre o tema localizado em pesquisa por ele realizada estaria no RMS nº 1.047-SP, julgado em 06.09.1949, com relatoria do Min. Ribeiro da Costa e a seguinte ementa:

SIGILO BANCÁRIO – ACEPÇÃO E EXTENSÃO – MANDADO DE SEGURANÇA.

Os bancos não se podem eximir de ministrar informações, no interesse público, para o esclarecimento da verdade, essenciais e indispensáveis ao julgamento e desenlace das demandas submetidas ao Poder Judiciário.

⁴ Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. § 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as

(caput), confirmando a possibilidade de sua quebra pelo Judiciário (§1º) e pela solicitação direta do Legislativo (§2º), inclusive no âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI (§3º). O dispositivo sugeria igual possibilidade em relação ao Fisco, indicando a necessidade de processo previamente instaurado (§§5º e 6º), deixando certa dúvida acerca da natureza desse processo (judicial ou administrativo).

Referido dispositivo foi revogado pela Lei Complementar nº 105/01 (LC 105/01), que reavivou a discussão acerca do tema, já que seu art. 6º tornou inequívoca a intenção do legislador de possibilitar a quebra do sigilo bancário mediante solicitação direta da Fiscalização Tributária às instituições financeiras, exigindo-se somente a tramitação de processo administrativo ou procedimento fiscal:

partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação ([art. 53 da Constituição Federal](#) e [Lei nº 1579, de 18 de março de 1952](#)), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

E não foi só. Seu art. 5º estabeleceu possibilidade de quebra de sigilo mais ampla, contínua e genérica, fixando a obrigação das instituições financeiras manterem o Fisco atualizado sobre as movimentações financeiras de todos os seus clientes, indicando apenas os valores globais referentes a cada um, de modo a viabilizar ao Fisco meios para selecionar casos suspeitos e que pudessem justificar a instauração de procedimento fiscal específico em relação a determinado contribuinte e a solicitação prevista no art. 6º.

Leandro Paulsen assim analisa a complementaridade entre os dois dispositivos mencionados (2010, p. 1.257):

No art. 5º da LC 105/1, está previsto que as instituições financeiras [...] informarão à administração tributária as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços, identificando os titulares e os montantes globais mensalmente movimentados. Criou-se, pois, com isso, uma espécie de monitoramento mensal da atividade financeira dos contribuintes (ainda que sem a identificação da origem e natureza dos gastos) de modo a ensejar a revelação de situações em que seja ela incompatível com as informações pelo mesmo prestadas à Receita e com os tributos por ele recolhidos. O art. 6º da LC 105, por sua vez, estabelece a possibilidade de, num segundo momento, já identificados os contribuintes suspeitos e instaurado o procedimento fiscal, ocorrer o exame de documentos, livros e registros das instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósito e aplicações financeiras, com vista ao indispensável aprofundamento da análise das operações financeiras do contribuinte.

No que se refere ao poder concedido à CPI (reiterado no art. 4º, § 1º da LC nº 105/01), não houve muita dúvida acerca da legitimidade do dispositivo. Afinal, é a própria Constituição de 1988

que, em seu art. 58, § 3º, atribui às referidas comissões legislativas “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”. Sendo possível ao Poder Judiciário a determinação de quebra do sigilo, o mesmo seria verificado em relação à CPI, o que foi confirmado pelo STF⁵, como se constata da seguinte decisão exemplificativa:

[...]. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS DETERMINADA POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DE ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. RECUSA DE SEU CUMPRIMENTO PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. Potencial conflito federativo (cf. ACO 730-QO). Federação. Inteligência. Observância obrigatória, pelos estados-membros, de aspectos fundamentais decorrentes do princípio da separação de poderes previsto na Constituição federal de 1988. Função fiscalizadora exercida pelo Poder Legislativo. Mecanismo essencial do sistema de checks-and-counterchecks adotado pela Constituição federal de 1988. Vedação da utilização desse mecanismo de controle pelos órgãos legislativos dos estados-membros. Impossibilidade. Violação do equilíbrio federativo e da separação de Poderes. Poderes de CPI estadual: ainda que seja omissa a Lei Complementar 105/2001, podem essas comissões estaduais requerer quebra de sigilo de dados bancários, com base no art. 58, § 3º, da Constituição. Mandado de segurança conhecido e parcialmente provido. (ACO 730, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 22.09.2004)

O embate maior se firmou em torno da possibilidade de igual solicitação direta da quebra de sigilo bancário por parte do Ministério Público e pela Fiscalização Tributária. Até porque, o Código Tribunal Nacional, em seu art. 197, I, indicou expressamente que as instituições financeiras, mediante intimação escrita, estariam obrigadas “a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros”.

⁵ Evidente que o STF não negou a possibilidade do exercício dessa prerrogativa pelas comissões parlamentares ser questionado em casos concretos perante o Poder Judiciário, evitando-se abusos por parte daquele órgão legislativo. Nesse sentido: MS nº 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16.09.1999.

A jurisprudência firmada em torno dessa questão será analisada adiante, sendo que nesse momento apontaremos, ainda que de forma sucinta, posições doutrinárias que emergiram contra e a favor da possibilidade de quebra do sigilo bancário sem intervenção judicial, ao menos no que se refere à Fiscalização Tributária.

Os defensores da medida e, em especial, da constitucionalidade do regramento trazido pela LC n° 105/01, costumam apresentar como esteio de seu posicionamento o art. 145, § 1° da Constituição Federal, *in verbis*:

§ 1° – Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Referido dispositivo alberga o princípio da capacidade contributiva, sendo invocado pelos defensores da quebra do sigilo pela Autoridade Fiscal justamente por exigir que a tributação ocorra sempre de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, que deve ser auferida de forma plena e efetiva. Dessa forma, a Constituição estaria concedendo permissão ao legislador infraconstitucional para assegurar à Fiscalização os meios necessários para identificar “o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

Recorremos a um dos grandes estudiosos do tema para representar a corrente que defende essa conclusão (SARAIVA FILHO, 2011, p. 46):

[...] mostra-se defensável e razoável a tese da constitucionalidade dos arts. 5° e 6° da Lei Complementar n° 105/2001, sob o principal argumento de que o § 1° do art. 145 da Constituição Federal de 1988 teria criado outra exceção ao direito à privacidade e à inviolabilidade da comunicação de dados, dando autorização para a transferência direta de dados bancários da instituição financeira para a Administração Tributária.

Igualmente robustos se apresentam outros argumentos apresentados por Saraiva Filho (2011, p. 27; 34; 42):

Todo o conteúdo da vida econômica dos contribuintes, guardado nos bancos, deve ter sido declarado pelos próprios contribuintes, quando do cumprimento de suas próprias obrigações acessórias, estipuladas pela legislação tributária, no interesse da arrecadação e da fiscalização dos tributos, de modo que não se pode, juridicamente, entender que os dados e informes bancários sejam tidos como sigilos para o Fisco, em nome da proteção da vida privada e da comunicação de dados informáticos, embora sejam sigilosos para terceiros que não tenham autorização legal nem justo motivo para ter acesso a eles.

[...]

Posição radical em sentido contrário, exigindo-se prévia autorização judicial, para que a Administração Tributária simplesmente exerça a sua função exclusiva de fiscalizar os tributos, na prática, inviabilizaria a fiscalização eficiente do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza: a cada fiscalização demandaria um pedido específico ao Poder Judiciário, que já exaurido de demandas, certamente atrasaria a investigação e a pesquisa, contribuindo para a decadência do crédito fiscal, ou mesmo inviabilizaria a necessária fiscalização tributária, sendo esta indispensável para o real cumprimento dos princípios constitucionais da legalidade, da eficiência administrativa, da pessoalidade do imposto de renda, da igualdade tributária, da capacidade contributiva e da livre e justa concorrência.

[...]

Na realidade, além do direito/dever de ter a Administração Tributária maior eficiência na sua missão de fiscalização e controle (CF, art. 37, *caput*), está na balança, de outro lado, o direito fundamental dos contribuintes honestos, que são a maioria dos domiciliados no país – os que sofrem tributação na fonte, os que não têm como fugir da tributação -, de ter uma carga tributária suportada com igualdade e justiça por todos os que estão, por lei, sujeitos às mesmas incidências tributárias, o direito que têm o cidadão e o contribuinte de que todos paguem tributo de acordo com a respectiva capacidade contributiva. Estes sim são direitos fundamentais, que devemos estar atentos e dar integral prevalência. Mesmo porque até mesmo o mais ingênuo dos estudantes de direito já dever ter aprendido, certamente, que o Direito não pode ser aplicado para proteger torpeza ou “irregularidades” de quem quer que seja. O Direito não ampara nunca, não dá refúgio a quaisquer ilicitudes.

Não foram poucos os que advogaram de imediato contra a possibilidade de o sigilo bancário ser afastado diretamente pelo Fisco. Hamilton Dias de Souza foi um deles (2011, p. 722-723):

Oportuna é a lembrança da luta que se confunde com a história do Direito Constitucional para que se assegurem direitos aos indivíduos em face do Estado. Foi para impedir que este, enquanto detentor do poder, dele abusasse, que foram construídas idéias fundamentais, dentre as quais a de Montesquieu, para o qual somente o poder detém o poder. Se a quebra do sigilo bancário é feita pelo mesmo órgão que investiga e que acusa, há uma concentração de poder nas mãos de um, sem que tal seja contrastado por outro poder, como o Judiciário. Quando a um direito do Estado, que se pretende fazer valer pelo Poder Executivo, se opõe outro direito, do indivíduo, deve a questão ser submetida ao Judiciário (outro Poder) que, com imparcialidade, analise e decida. Só assim os lindes que foram expostos quanto à possibilidade de quebra do sigilo poderão ser corretamente definidos, sem que o mero interesse de um – o Estado – implique na retirada de liberdade dos outros- os indivíduos.

Na mesma linha se posicionou Ives Gandra, seguindo abaixo manifestação apresentada em momento anterior ao advento da LC nº 105/01 (2011, p. 736-737):

Ora, por ser a norma tributária norma de rejeição social, de vez que o Estado retira da sociedade mais do que o necessário para a devolução em serviços públicos, é que a sonegação é, muitas vezes, arma de que o contribuinte se utiliza, sempre que o fardo se torna demasiadamente pesado.

Por esta razão, o combate à sonegação é tanto mais pesado quanto mais injusta a política tributária, por maior a incidência de evasão tributária.

A melhor forma, pois, de combater a sonegação seria adoção de política tributária justa, repartida pela sociedade, que reduzisse, sensivelmente, a sonegação e enquadrasse apenas os casos patológicos e de conduta delituosa configurados.

Para estas hipóteses, a quebra do sigilo bancário poderia até se justificar, mas nunca pelo livre arbítrio do agente fiscal.

É, neste particular, que me parece absolutamente correta a postura do legislador e da jurisprudência em preservar o sigilo bancário do

arbitrio e admitir sua quebra sempre que houver autorização judicial. A autorização judicial que exterioriza o exame imparcial da licitude do pedido só deve ocorrer na hipótese em que o interesse público assim o esteja exigindo e de que o sigilo esteja acobertando casos de sonegação evidente e não de mero palpite por parte da fiscalização.

Delineado o debate, vejamos agora a evolução do entendimento de nossos Tribunais Superiores acerca do tema.

3. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Indicou-se que nossos Tribunais, em especial o STF, têm dirimido controvérsias em torno do sigilo bancário há muito tempo, não sendo possível e nem justificável revisitar aqui toda a produção jurisprudencial. Entretanto, não podemos nos furtar a apresentar e analisar o julgado do STF considerado paradigmático sobre a questão.

Trata-se do MS nº 21.729, apreciado de forma conclusiva pelo Plenário do STF em 05.10.1995. No caso, o Banco do Brasil impetrara o *writ* em face do Procurador-Geral da República questionando solicitação feita pelo Ministério Público de fornecimento de lista dos beneficiários de recursos públicos liberados ao setor sucroalcooleiro, com indicação da situação de adimplência de cada um deles e a natureza das operações. Invocava o impetrante o sigilo bancário, então preconizado no art. 38 da Lei nº 4.595/64.

O Ministério Público invocou a favor da legitimidade de sua solicitação o art. 129, VI da Constituição Federal⁶, além do art. 8º, II e IV, e § 2º da Lei Complementar nº 75/93⁷ e, segundo consta do

⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

⁷ Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

[...]

II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

[...]

relatório elaborado pelo Ministro Marco Aurélio, assim sintetizou a controvérsia a ser definida pelo STF: “a única questão jurídica a ser dirimida consiste em saber se ao Ministério Público é dado negar informações requisitadas no ‘estrito cumprimento de suas atribuições constitucionais, opondo-se a exceção do sigilo’”.

Assim restou formalizada a ementa desse julgado:

Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público – art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se com-

IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas;

[...]

§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

prometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido.

Não obstante a relevância das manifestações de todos os Ministros nesse julgado (em especial o voto do Ministro Maurício Corrêa, que apresentou detalhada pesquisa sobre a evolução do instituto do sigilo bancário em nosso ordenamento), nossos comentários se restringem aos votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio, Néri da Silveira e Celso de Mello. O primeiro por ser o Relator e por ter influenciado de forma determinante em novo julgamento paradigmático sobre o tema realizado mais de quinze anos depois (RE nº 389.808), como se verá adiante. O segundo por ter capitaneado a corrente vencedora e o terceiro por ainda integrar o STF, também participando da análise do RE nº 389.808.

O voto do Ministro Marco Aurélio foi sucinto e pode ser resumido na seguinte conclusão:

Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob a proteção do disposto nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. Entendo que somente é possível afastá-lo por ordem judicial. Assim, tenho o disposto no § 2º do artigo 8º da Lei Complementar nº 75, de 1993, como inconstitucional.

O Ministro Celso de Mello defendeu entendimento semelhante (destaques originais):

Em tema de ruptura do sigilo bancário, **somente** os órgãos do Poder Judiciário dispõem do poder de decretar essa medida extraordinária, sob pena de a autoridade administrativa interferir **indevidamente** na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. **Apenas o Judiciário** pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário.

Após instaurada a divergência pelo Ministro Francisco Rezek, que defendeu entendimento totalmente oposto aos Ministros que o antecederam na manifestação, os Ministros Octavio Galotti e Néri da Silveira chamaram a atenção para o fato de que não estariam diante de uma ação direta de inconstitucionalidade, mas de um caso concreto, de modo que o contexto fático não poderia ser desconsi-

derado, não sendo nem mesmo necessário aprofundar na análise do *status* do sigilo bancário para dirimir aquela demanda específica.

O fato de a atuação do Banco do Brasil no caso não ser considerada como comercial, mas como intermediária de política de investimento do Governo Federal, foi determinante para a conclusão a que chegaram os dois Ministros, sendo que apresentamos os trechos mais relevantes do voto tido por vencedor:

Pois bem, no caso, não se examina esta matéria no âmbito de uma ação direta de inconstitucionalidade, desvinculada dos fatos concretos, em que apenas é julgada a norma de direito em abstrato. Aprecia-se um mandado de segurança, impetrado pelo Banco do Brasil S.A., que entende ter direito a não completar informações que lhe foram solicitadas pelo Ministério Público Federal.

[...]

Para dirimir a controvérsia, com a devida vênia, não vejo necessidade de examinar, em profundidade, o problema do sigilo bancário e da extensão de sua proteção.

[...]

Ora, entendo que não cabe chegar ao ponto de afirmar que mera referência ao nome de quem teria sido beneficiado ou contratante, em um determinado empréstimo subsidiado pelo erário federal, em razão de um plano de Governo, constituiria matéria encoberta pelo sigilo bancário.

Em primeiro lugar, se se trata de operação em que há dinheiro público, a publicidade deve ser nota característica dessa operação. Não há razão, portanto, para o Banco não dizer quem são os beneficiados por esses empréstimos. Se o Governo Federal está atuando, por intermédio do Banco do Brasil, na execução de um plano de amparo a um setor de produção, compreendo que, acerca dessas operações do Banco, com recursos do Tesouro Nacional, não pode lograr procedência a negativa das informações, com a invocação do sigilo bancário.

Com efeito, o sigilo bancário não pode englobar esse tipo de informação, em se cuidando da aplicação de recursos públicos.

Essa linha foi acompanhada, ainda, pelos Ministros Sidney Sanches, Moreira Alves e Sepúlveda Pertence. Ou seja, por maio-

ria mínima, o STF definiu naquela oportunidade a possibilidade de o Ministério Público obter informações bancárias sem intervenção judicial. Mas é essencial que se frise que, com exceção do Ministro Francisco Rezek, todos os demais que sustentaram a linha prevalente destacaram o fato de que a aplicação de dinheiro público impediria a invocação do sigilo bancário, dada a necessária publicidade dos atos públicos.

Confirmando essa assertiva, confira-se trecho de voto de desempate proferido pelo então Presidente do STF, Ministro Sepúlveda Pertence:

Há pois, como objeto das indagações do Procurador-Geral ao Banco do Brasil, não operações bancárias comuns, mas atos de gestão de dinheiros públicos. Ora, em matéria de gestão de dinheiro público, não há sigilo privado, seja ele de status constitucional ou meramente legal, a opor-se ao princípio basilar da publicidade da administração republicana.

Dessa forma, embora se trate de julgamento histórico e paradigmático, não se pode afirmar que o STF analisou de forma definitiva no MS nº 21.729, em todas as suas nuances, a possibilidade de o *parquet* obter a quebra do sigilo bancário sem a intervenção judicial.

Na verdade, pode-se afirmar que nossa Corte Suprema definiu, *a contrario sensu*, que, ressalvadas as hipóteses de envolvimento de dinheiro público, quando deve prevalecer a publicidade (art. 37 da Constituição), deve a quebra do sigilo bancário ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, sendo que alguns Ministros deixaram claro que essa conclusão seria aplicável não apenas em relação ao Ministério Público, mas também à Fiscalização Tributária.

E essa tendência, ao menos no que se refere ao Ministério Público, foi sendo confirmada pelo STF em outros julgados, como indicam os seguintes exemplos:

1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Instituições Financeiras. Sigilo bancário. Quebra. Requisição. Ilegitimidade do Ministério Público. Necessidade de autorização judicial. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regi-

mental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. [...]. (RE nº 318.136, AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, julgado em 12.09.2006)

CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C.F., art. 129, VIII. I. – A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II. – R.E. não conhecido. (RE nº 215.301, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, julgado em 13.04.1999)

Como era de se esperar, esse entendimento foi estendido a outros órgãos, tais como os Tribunais de Conta e o Banco Central, senão vejamos:

Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. Operações financeiras. Sigilo. 1. A Lei Complementar nº 105, de 10/1/01, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/96 – TCU – 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº 54/97 – TCU – Plenário. (MS nº 22.801, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2007)

SIGILO DE DADOS – ATUAÇÃO FISCALIZADORA DO BANCO CENTRAL – AFASTAMENTO – INVIABILIDADE. A

atuação fiscalizadora do Banco Central do Brasil não encerra a possibilidade de, no campo administrativo, alcançar dados bancários de correntistas, afastando o sigilo previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. (RE nº 461.366, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 03.08.2007)

No que se refere especificamente à possibilidade de quebra do sigilo bancário a pedido da Fiscalização Tributária sem a intermediação do Judiciário, atualmente prevista na LC 105/01, o STF demorou um pouco mais para firmar posição, vindo a fazê-lo somente ao final de 2010, ao julgar a AC nº 33 e, logo em seguida, o RE nº 389.808.

Vários são os exemplos que confirmam que a matéria continuava em aberto. A começar pela seguinte decisão:

Agravo regimental em recurso extraordinário. Possibilidade de quebra de sigilo bancário pela autoridade administrativa sem prévia autorização do Judiciário. 2. Recurso extraordinário provido monocraticamente para afastar a Aplicação do art. 8º da Lei nº 8.021/1990 (“Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.”) e restabelecer a sentença de primeira instância. 3. Aplicação de dispositivo anterior em detrimento de norma superveniente, por fundamentos extraídos da Constituição, equivale à declaração de sua inconstitucionalidade. Precedentes. 4. Agravo regimental provido, por maioria de votos, para anular a decisão monocrática e remeter o recurso extraordinário para julgamento do Plenário. (RE nº 261.278 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 01.04.2008)

Na oportunidade, tratava-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida pelo Ministro Relator Carlos Velloso dando provimento a recurso de contribuinte que questionava a quebra de sigilo meramente por solicitação da Fiscalização Tributária (em momento anterior do advento da LC nº 105/01, e com base no art. 8º da Lei nº 8.021/90, transcrito na ementa). O Relator considerou ser pacífico na Corte a necessidade do crivo judicial, chegando a fazer a seguinte comparação: “Ora, se se nega ao Ministério Público, instituição de maior respeitabilidade, quebrar, sem a interfe-

rência da autoridade judiciária, o sigilo bancário de alguém, o que dizer-se quando quem deseja efetivar essa quebra é a autoridade administrativa.”

Entretanto, prevaleceu o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, para quem a matéria ainda deveria ser mais bem apreciada pelo Plenário, extraindo-se de seu voto o seguinte trecho:

Com efeito, a questão em apreço é bastante controvertida e pressupõe o exame da constitucionalidade do art. 8º da Lei nº 8.021/1990, sobre a qual o Plenário deste STF ainda não se manifestou.

[...]

Assim, a manifestação do Plenário desta Corte é essencial para pacificar a viabilidade do abrandamento excepcional da reserva de jurisdição para autoridades fiscais quanto ao sigilo bancário, com amparo no art. 145, § 1º, da Constituição Federal.

A análise da demanda pelo Plenário acabou não ocorrendo, haja vista que a parte acabou requerendo a desistência do recurso antes de sua efetiva apreciação.

Por outro lado, diversas foram as ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas, já no ano de 2001, contra dispositivos da LC nº 105/01, dentre as quais as nº's 2.390, 2.859, 2.386 e 2.397. Todas essas ações se encontram conclusas ao Ministro Dias Toffoli, ainda sem apreciação até mesmo das liminares requeridas. Em 2008, a OAB ajuizou a ADI nº 4.010, também questionando a constitucionalidade do art. 5º da LC 105/01, sendo que essa ação igualmente aguarda análise, estando os autos conclusos à Ministra Ellen Gracie.

Há que se destacar, ainda, o RE nº 601.314, no qual foi reconhecida a repercussão geral do tema, por meio de decisão que recebeu a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DE CONTRIBUÍNTES, PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DIRETAMENTE AO FISCO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI COMPLEMENTAR 105/2001). POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 10.174/2001 PARA

APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22.10.2009)

Assim constou do voto do Relator ao defender o reconhecimento da repercussão geral:

Com efeito, o tema apresenta relevância do ponto de vista jurídico, uma vez que a definição sobre a constitucionalidade do envio de informações sobre movimentações financeiras diretamente ao Fisco, sem autorização judicial, bem como a definição sobre possibilidade de aplicação de normas nesse sentido à fiscalização de tributos referentes a exercícios anteriores à sua vigência, norteará o julgamento de inúmeros processos similares, que tramitam neste e nos demais tribunais brasileiros

Diante do exposto, ainda que o STF possa ter indicado algumas tendências sobre a matéria, principalmente a partir do julgamento do MS nº 21.729, não se pode afirmar que tivesse, até o julgamento da AC nº 33 e do RE nº 389.808, definido categoricamente a possibilidade ou não de o Fisco requerer informações bancárias diretamente às instituições financeiras.

O mesmo não se pode afirmar em relação ao STJ, que proferiu julgamento, em sede de recurso repetitivo, confirmando a legitimidade da sistemática prevista na LC nº 105/01 (mesmo após a decisão de repercussão geral verificada no RE nº 601.314):

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

2. O § 1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.

3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64.

4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002).

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que: “[...]”

8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então

vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, caput, do CTN).

9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato imponível, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

10. Conseqüentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos imponíveis a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: [...]).

11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.

[...]

19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.” (REsp nº 1.134.665/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, julgado em 25.11.2009, DJe 18.12.2009)

Conforme antecipado, embora tramitem na Corte diversas ADI’s sobre o tema, bem como processo no qual foi reconhecida a repercussão geral, o Plenário do STF veio enfrentar a questão, ao final de 2010, no RE nº 389.808, cuja análise foi antecedida pelo julgamento da AC nº 33, na qual se buscava a concessão de efeito suspensivo àquele recurso.

O relator dos feitos, Ministro Marco Aurélio, havia concedido, em meados de 2003, a liminar pleiteada na cautelar, quando destacou que “chega a esta Corte o tema relativo à quebra do sigilo bancário pelo Fisco, a merecer reflexão maior ante o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal”. Na oportunidade, o Relator não aprofundou na análise, indicando apenas que a liminar seria necessária para “se preservar campo propício a possível decisão favorável à requerente e, portanto, ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal”.

Ao apresentar sua decisão para referendo do Plenário, em 24.09.2003, o Ministro relembrou no relatório que o Plenário havia analisado a questão no MS nº 21.729 diante de contexto fático muito peculiar, conforme analisado nesse trabalho. E sustentou a manutenção da liminar sem novamente realizar qualquer análise mais profunda.

O julgamento foi suspenso em face de pedido de vista formulado pelo Ministro Joaquim Barbosa, que apresentou seu voto divergente ainda no ano de 2003. A divergência se pautou muito mais em questão processual, relacionada à impossibilidade de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto em processo no qual a segurança fora denegada nas duas instâncias anteriores e

pela ausência, na opinião do Ministro, de verossimilhança (aspecto em que destacou a pendência de apreciação da matéria de mérito pelo STF nas diversas ADIN's já mencionadas) e perigo na demora (havia transcorrido quase dois anos entre a prolação da sentença desfavorável ao recorrente e a interposição do recurso extraordinário e da cautelar). Inclusive, consignou-se expressamente que não estava “assumindo qualquer posição acerca do mérito e, por consequência, a respeito das ações diretas de inconstitucionalidade que ainda serão apreciadas”.

Seu posicionamento foi acompanhado integralmente pelo Ministro Carlos Ayres Britto na mesma sessão, sendo o julgamento suspenso pelo pedido de vista do Ministro Cezar Peluso, que veio a apresentar seu voto em 04.02.2004, acompanhando o Relator por entender presentes os requisitos da tutela de urgência. Assim se manifestou sobre a probabilidade de êxito no recurso extraordinário (destaques presentes no original):

Esta matéria, embora não diretamente, já foi ventilada por esta Corte, pelo menos, nos seguintes julgamentos: **MS nº 21.729-4**, **MS nº 23.851**, **PET nº 2790 AgR** e **RE nº 215.301**. Em todos, assentou-se que a proteção aos dados bancários configura manifestação do direito à intimidade e ao sigilo de dados, previsto nos incs. X e XII do art. 5º da Constituição Federal, só podendo cair à força de ordem **judicial** ou **decisão** de Comissão Parlamentar de Inquérito, ambas com suficiente fundamentação. A exceção deu-se no julgamento do **MS nº 21.729**, em que se admitiu que o Ministério Público obtivesse diretamente os dados, por tratar-se de empresa com participação do erário (patrimônio e interesse público).

[...]

Tais precedentes demonstram, de forma clara, não a certeza, senão a probabilidade (mais que a verossimilhança) da existência do direito constitucional, apta a fundar a tutela de urgência.

Esse voto foi sucedido pelo do Ministro Gilmar Mendes, apresentado apenas em 18.12.2009 (mais de cinco anos após seu pedido de vista), quando acompanhou a divergência alegando não ser patente ou evidente a inconstitucionalidade dos dispositivos legais questionados, haja vista o teor do art. 145, § 1º da Constituição Federal.

Na mesma sessão, a divergência foi reforçada pela Ministra Carmén Lúcia, ao passo que o Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o Relator, incluindo aos argumentos dessa corrente os seguintes:

Eu tenho expressado a minha preocupação no sentido de que a cada semana, praticamente, vemos os mais diferentes órgãos desejando a quebra do sigilo de dados cobertos exatamente por essa proteção constitucional sem a intermediação do Poder Judiciário.

Penso que é hora de fortalecermos o Poder Judiciário. O Judiciário, que tem dezesseis mil magistrados em todas as suas instâncias, está disponível, a qualquer momento, se as circunstâncias e o caso assim autorizarem, a determinar a quebra do sigilo.

O Ministro Dias Toffoli também apresentou seu voto na mesma ocasião, seguindo a divergência por entender que os dispositivos analisados não resultam em quebra de sigilo, mas na “transferência de dados sigilosos de um determinado portador desses dados, que tem o dever de sigilo, para um outro, que manterá a obrigação desse sigilo”.

Nesse ponto, entendemos pertinente justificar o grau de detalhamento com que estamos analisando os votos proferidos nessa ação cautelar, já que o mérito deveria ser efetivamente enfrentado no julgamento do RE nº 389.808, como de fato o foi. Mas se percebe que vários Ministros anteciparam seu posicionamento, ou ao menos algumas tendências, o que nos permitirá uma análise apenas complementar em relação aos votos proferidos no julgamento do recurso extraordinário.

Trata-se de observação que se apresenta em consonância com alerta feito pela Ministra Ellen Gracie ao apresentar, em 24.11.2010, seu voto vista:

A matéria vem sendo decidida sob a perspectiva da verossimilhança, porquanto se trata de referendo de liminar. Descabe dar-se à decisão aqui tomada efeitos de repercussão geral. De qualquer modo, o tema é de extrema relevância e acaba por indicar a tendência de posicionamento deste tribunal. Daí o cuidado que devemos ter na sua apreciação.

E sua análise girou em torno do mesmo aspecto frisado pelo Ministro Dias Toffoli: “O que ocorre não é propriamente a que-

bra de sigilo, mas a “transferência de sigilo” dos bancos ao Fisco. Os dados, até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal”. A Ministra fez, ainda, interessante equiparação entre o conhecimento de dados bancários pelo Poder Público e outras formas de limitação das liberdades individuais, como as verificadas em *blitz* policial, revista de malas e pessoas em aeroportos, submissão a portas eletrônicas e outros dispositivos semelhantes etc. Para ela, seriam “circunstâncias da vida em que o bem coletivo, a segurança de todos, a prevenção e a repressão das infrações prevalecem sobre a conveniência individual, guardados critérios de necessidade, moderação e respeito”.

E assim confirma seu posicionamento:

A inviolabilidade da vida privada e o sigilo de dados devem ser preservados, porque constitucionalmente assegurados, mas não como empecilho a uma tributação capaz de concretizar os princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva, tampouco como escudo para o descumprimento do dever, também fundamental e constitucional, de pagar tributos.

A Constituição, em seu art. 145, § 1º, é expressa ao facultar à Administração Tributária a identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas dos contribuintes, especialmente para conferir efetividade a tais objetivos.

Ellen Gracie também chama atenção ao fato de que as movimentações bancárias de uma empresa (caso dos autos) devem espelhar lançamentos e registros já constantes de seus livros fiscais, evidentemente disponíveis ao Fisco. Defendeu, ainda, que o sigilo de dados deve ceder perante a “possibilidade de uma melhor distribuição da carga tributária e à efetiva concretização dos princípios da capacidade contributiva (art. 145, § 1º), da isonomia (art. 150, II) e da livre concorrência (art. 170, IV), que envolvem valores caros a toda a sociedade”.

Por fim, asseverou que a Constituição Federal somente determinaria reserva de jurisdição (necessidade de ordem judicial) no que se refere à busca domiciliar (art. 5º, XI), interceptação telefônica (art. 5º, XII) e prisão (art. 5º, LXI), possibilitando acesso pelo Fisco aos dados bancários mediante autorização legal, sem prejuízo de controle jurisdicional sobre eventuais abusos.

E o julgamento da AC nº 33 foi finalmente concluído, na própria sessão de 24.11.2010, com a prolação de extenso e fundamentado voto do Ministro Celso de Mello (muito semelhante ao que apresentara no MS nº 21.729), que acompanhou o Ministro Marco Aurélio afirmando a plausibilidade da tese jurídica sustentada no RE nº 389.808. Especialmente por considerar que cabe ao Judiciário, e não à Fiscalização, a quebra do sigilo bancário. De seu voto é retirado o seguinte trecho (destaques originais):

Tenho enfatizado, por isso mesmo, **que a quebra** do sigilo bancário – **ato que se reveste de extrema gravidade jurídica** – **só** deve ser decretada, **e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade**, quando existentes **fundados** elementos que justifiquem, **a partir** de um critério essencialmente apoiado na prevalência do interesse público, **a necessidade** da revelação dos dados **pertinentes** às operações financeiras ativas e passivas **resultantes** da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias.

A relevância do direito ao sigilo bancário **impõe**, por isso mesmo, **cautela e prudência** ao Poder Judiciário na determinação **da ruptura** da esfera de privacidade individual que o ordenamento jurídico, **em norma de salvaguarda**, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X)

[...]

A exigência de preservação do sigilo bancário – **enquanto** meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade – **impõe ao Estado o dever** de respeitar a esfera jurídica de cada pessoa. **A ruptura** desse círculo de imunidade só se **justificará** desde que ordenada por órgão estatal **investido**, nos termos de nosso estatuto constitucional, **de competência jurídica** para suspender, **excepcional e motivadamente**, **a eficácia** do princípio da reserva das informações bancárias.

Dessa forma, por seis votos (Ministros Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Ellen Gracie) a quatro (Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello), o Plenário do STF não referendou liminar que afastava a possibilidade de a Fiscalização Tributária requerer diretamente às instituições bancárias a quebra do sigilo de determinada empresa.

Como se viu, não obstante se tratar de uma ação cautelar, o mérito da demanda principal foi detidamente analisado pela maior parte dos Ministros, o que seria um indicativo de que o mesmo posicionamento seria adotado quando do julgamento do processo principal.

Entretanto, não foi isso que se verificou quando, em 15.12.2010, o RE nº 389.808 foi levado a julgamento no Plenário da Corte e prevaleceu aquele posicionamento sustentado pelo Ministro Marco Aurélio desde, pelo menos, 1995, quando vencido no MS nº 21.729:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

O Relator proferiu voto nos mesmos termos de suas manifestações apresentadas em outros casos correlatos e indicou ressalva, inclusive inserida na ementa, no mínimo polêmica: “Então, apenas se permite o afastamento do sigilo mediante ato do Estado-juiz, que não figura a relação jurídica a envolver interesses, e, mesmo assim, para efeito de persecução criminal”.

Ou seja, no entendimento firmado pelo Relator, a quebra do sigilo bancário somente poderia ser determinada pelo Judiciário em face de efetiva investigação criminal, o que inviabilizaria o Fisco até mesmo de solicitar ao Judiciário a quebra com a finalidade de mera instrução de levantamento fiscal⁸. Entretanto, essa questão não chegou ser analisada de forma detida nem mesmo pelos Ministros que acompanharam o Relator, embora alguns tenham suge-

⁸ Esse entendimento do Ministro Marco Aurélio ficou claro ao se manifestar durante a prolação do voto do Ministro Gilmar Mendes: “Surge um problema, no tocante à jurisdição, a reserva diz respeito a um objeto, à persecução criminal, e, no caso concreto, o objeto é outro, é a cobrança de tributo”.

rido entendimento contrário quanto a esse aspecto, como se verá adiante⁹.

O Ministro Dias Toffoli abriu a divergência e manteve o entendimento que sustentara na AC nº 33, reiterando que não ocorreria quebra de sigilo, mas sua transferência ao Fisco, bem como que a lei estaria de acordo com o art. 145, § 1º da Constituição, principalmente pelo fato de reputar como criminosa a disponibilidade dos dados pelo Fisco a terceiros (respeitando os direitos individuais). Chamou atenção ao fato de que a Receita Federal já recebe administrativamente a declaração de bens dos contribuintes anualmente: “Se a Receita Federal tem acesso ao conjunto maior, como ela não pode ter acesso ao conjunto menor?”. Concluiu sugerindo que há risco igual ou maior de que um funcionário da instituição financeira quebre o sigilo bancário do que um servidor da Administração.

Na mesma linha, reiterando manifestações anteriores, a Ministra Carmén Lúcia negou provimento ao recurso extraordinário, considerando inexistir afronta ao direito de privacidade. Já o Ministro Ricardo Lewandowski, também sem maiores comentários, manteve posicionamento manifestado na AC nº 33 e acompanhou o Relator. O Ministro Ayres Britto, embora não tivesse apresentado efetiva manifestação de mérito na AC nº 33, confirmou seu posicionamento contrário ao do Ministro Marco Aurélio. Dessa vez consignou:

Então me parece que a conjugação do inciso XII com o inciso X da Constituição abona a tese de que o que se proíbe não é o acesso a dados, mas a quebra do sigilo, é o vazamento do conteúdo de dados. É o vazamento, é a divulgação. E, no caso, as leis de regência, ao falar das transferências de dados sigilosos, é evidente

⁹ Deve-se registrar que, em 08.06.2011, a Fazenda Nacional opôs Embargos de Declaração em face do Acórdão em questão, não chegando ao nosso conhecimento, até a conclusão desse trabalho, o teor e razões desse recurso. Ademais, em determinado momento dos debates, o Ministro Marco Aurélio assim se manifestou: “Não, não acompanha integralmente, porque não está em discussão a extensão da atuação do Judiciário. Está em jogo apenas a possibilidade de a Receita substituir-se ao Judiciário. Então não há divergência, inclusive quanto ao fundamento. Eu próprio disse que não me comprometia com a limitação em relação à atividade do Judiciário”.

que elas impõem ao órgão destinatário desses dados a cláusula da confidencialidade, cuja quebra implica a tipificação ou o cometimento de crime.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, ao menos em termos genéricos, alterou a conclusão a que chegara na AC nº 33. Se naquela oportunidade sustentou que, diante do art. 145, § 1º da Constituição, não se poderia afirmar ser patente a inconstitucionalidade dos dispositivos da LC nº 105/01, no julgamento do RE nº 389.808 optou por acompanhar o Ministro Marco Aurélio, mas fez importante ressalva, em face de questão para a qual chamamos atenção acima: “Portanto, Presidente, eu me manifesto nesse sentido, já com a ressalva, quer dizer, entendo que aqui está presente a necessidade de reserva de jurisdição, mas não a necessidade de que haja uma investigação de índole criminal”.

Questão que merece grande destaque foi a discussão travada em seguida à prolação do voto do Ministro Gilmar Mendes, uma vez que a Ministra Ellen Gracie apresentou pedido de vista com o declarado intuito de permitir a presença do Ministro Joaquim Barbosa para conclusão do julgamento, haja vista sua ausência na sessão de 15.12.2010, e o posicionamento que adotara no julgamento da AC nº 33¹⁰.

Diante da proposta do Ministro Marco Aurélio que sucedeu ao seu pedido de vista, no sentido de que fosse atribuído efeito suspensivo ao recurso enquanto não concluído o julgamento¹¹, a Ministra

¹⁰ Tal assertiva se confirma no seguinte trecho do Acórdão:

Neste momento do julgamento, mesmo computando o voto do Ministro Gilmar Mendes, nós temos três votos, inclusive o do Relator num sentido; o voto do Ministro Tofolli, da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Ayres Britto, outros três, em sentido contrário. De modo que eu não me sinto confortável para prosseguir, ainda mais diante da ausência de um Colega cuja posição é conhecida; Vossa Excelência sabe muito bem que eu peço vista destes autos apenas para permitir a presença do Colega ao Julgamento. Para que o Tribunal não tenha resultados diferentes conforme sua composição eventual.

¹¹ Assim justificou o Ministro sua proposta:

Reconheço que o Tribunal cassou – e continuo perplexo com essa cassação – a liminar que implementara. Mas, a esta altura, temos um, dois, três votos a favor do provimento do recurso e três contrários, havendo votos sinalizados do Minis-

Ellen Gracie considerou que a questão do efeito suspensivo já havia sido definitivamente tratada na AC nº 33 e que a proposta, acatada por alguns de seus pares, representava indevido cerceamento de seu direito à vista. Por tal razão, optou por retirar o pedido e proferir seu voto simplesmente com reiteração do que afirmara no julgamento da ação cautelar, registrando que a lide estava sendo solucionada com um quórum inadequado.

E como era de se esperar, os Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso mantiveram o posicionamento que adotaram na AC nº 33, sendo que o primeiro apresentou novamente o detalhado voto utilizado naquela ocasião, do qual se extrai trecho que confirma que, embora conste da ementa do julgado a restrição da possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas se motivada pela persecução penal (como expressamente defendido pelo Ministro Marco Aurélio e questionado pelo Ministro Gilmar Mendes), parece claro não se tratar do entendimento da maioria, mesmo que considerados apenas os votos que aderiram a corrente vencedora nesse julgado (destaques constantes do voto):

A tutela do valor **pertinente** ao sigilo bancário **não significa** qualquer restrição ao poder de investigar **e/ou** de fiscalizar do Estado, **eis que** o Ministério Público, as corporações policiais **e os órgãos incumbidos da administração tributária** e previdenciária do Poder Público **sempre poderão requerer aos juízes e Tribunais** que ordenem às instituições financeiras **o fornecimento** das informações reputadas essenciais à apuração dos fatos.

Ressalva semelhante foi feita na sucinta manifestação do Ministro Peluso:

Não me parece caso de reeditar os amplos argumentos já brilhante e exaustivamente deduzidos, só lembrando que a postura adotada

tro Celso de Mello e de Vossa Excelência no sentido do provimento do recurso. Por isso, permito-me, sem a menor desconsideração para com a óptica anterior do Colegiado, ante o início do julgamento e para que o recurso extraordinário não perca o objeto – com o cumprimento imediato da decisão do Regional –, propor que o Tribunal, excepcionalmente, implemente uma medida acauteladora para aguardar-se, e não se tornar inócuo o início da apreciação desse recurso extraordinário, a conclusão dessa mesma apreciação.

em nada prejudica a administração pública, que pode, fundamentadamente, requerer ao Poder Judiciário, que lhe franqueará acesso aos dados de que precise.

Dessa forma, diante da alteração do posicionamento do Ministro Gilmar Mendes (devendo ser reconhecido que no primeiro caso ele não chegou a aprofundar na análise de mérito), bem como da ausência do Ministro Joaquim Barbosa na sessão de julgamento, o Plenário do STF acabou por alterar o consignado na AC nº 33, passando a entender como indispensável o crivo do Judiciário na pretensão do Fisco de quebrar o sigilo bancário dos contribuintes.

Importante frisar que decisões monocráticas já têm sido proferidas no STF com reiteração nesse sentido, inclusive de lavra de Ministros que restaram vencidos, como se verifica do RE nº 387.604, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia (julgado em 23.02.2011).

4. CONCLUSÕES A PARTIR DO JULGAMENTO DO RE Nº 389.808

Diante dos debates travados nos julgamentos da AC nº 33 e RE nº 389.808, bem como na jurisprudência pretérita do STF, pode-se chegar a algumas conclusões de relevo:

- i) O sigilo bancário se encontra inserido dentre o direito à privacidade e à intimidade, bem como na inviolabilidade de correspondências e dados, insculpidos no artigo 5º, incisos X e XII da Constituição, embora existam argumentos contrários à consideração desse último;
- ii) A jurisprudência do STF já se encontra pacificada no que se refere à impossibilidade de quebra de sigilo bancário sem intermediação do Judiciário no que se refere a órgãos como o Ministério Público, Tribunais de Conta e Banco Central;
- iii) Nos casos em que a instituição financeira não atua comercialmente, mas como intermediária do Poder Público, participando de investimentos envolvendo dinheiro público, permite-se a prestação de informações diretamente ao Ministério Público, haja vista a prevalência do princípio da

- publicidade (art. 37 da Constituição), conforme definido no paradigmático MS nº 21.729;
- iv) Embora tramitem há anos no Supremo inúmeras ADI's questionando especificamente dispositivos legais que versam sobre a quebra de sigilo pelo Fisco, em especial alguns constantes da LC nº 105/01, bem como processo no qual foi reconhecida sua repercussão geral (RE nº 601.314), a matéria veio a ser enfrentada somente em 2010, em controle difuso de constitucionalidade, no julgamento da AC nº 33 e do RE nº 389.808;
 - v) Por incrível que pareça, no intervalo de um mês e em processos conexos, foram proferidas decisões conflitantes, em função da ausência de um dos Ministros da Corte no segundo julgamento e da alteração do posicionamento de outro;
 - vi) Prevaleceu no RE nº 389.808 o entendimento sustentado pelo Ministro Marco Aurélio ainda em 1995, quando do julgamento do MS 21.729, no sentido de que a quebra do sigilo bancário sempre deve ser antecedida por análise judicial, mesmo quando pretendida pelo Fisco;
 - vii) Ainda que conste da ementa do julgado, não se apresenta correto afirmar que prevaleceu o posicionamento do Relator segundo o qual a possibilidade de autorização judicial ficaria adstrita a casos envolvendo persecução criminal, sendo verificadas manifestações de três Ministros em sentido contrário e que o acompanharam em linhas gerais (Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Celso de Mello);
 - viii) Por fim, apresenta-se precipitado afirmar que a questão está solucionada em definitivo no STF, haja vista ainda se encontram pendente de apreciação as ADI's mencionadas e o RE nº 601.314, sendo que a participação dos Ministros Joaquim Barbosa e Luiz Fux no julgamento de qualquer desses processos pode provocar nova reviravolta no posicionamento da Corte;
 - ix) No caso do primeiro, em face da direta divergência que instaurou no julgamento da AC nº 33; no caso do segundo, por ter sido ele o Relator do REsp nº 1.134.665, no qual se demonstrou que o STJ, seguindo o rito de recurso repetitivo,

entendeu legítima a quebra do sigilo bancário pelo Fisco, ocasião em que o Ministro Fux recorreu à razoabilidade, ao art. 145, § 1º, e à afirmação de que a Constituição não encobriria ilícitos (argumentos eminentemente constitucionais);

- x) Tal fato indica a insegurança jurídica ainda existente em torno de questão de tamanha relevância e de debate tão antigo, embora já se identifique decisões monocráticas de Ministros vencidos acompanhando a tese prevalecente no RE nº 389.808 (vide decisão proferida, em 23.02.2011, pela Ministra Cármen Lúcia no RE nº 387.604).

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2011.

BRASIL. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2011.

BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo Bancário em Matéria Fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo Pereira de (Org.). *Direito Tributário: outros tributos, temas atuais e direito tributário internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 725-739. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6).

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional à luz da doutrina e da jurisprudência*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Direito à privacidade e sigilo fiscal e bancário. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). *Direito Público moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 323-383.

SALGADO, Plínio. *Comissões Parlamentares de Inquérito: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARAIWA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Segredos bancário e fiscal relacionados com a administração tributária e o Ministério Público. In: SARAIWA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). *Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-83.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Hamilton Dias de. Sigilo bancário e o direito à liberdade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo Pereira de (Org.). *Direito Tributário: outros tributos, temas atuais e direito tributário internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 715-723. (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 6).

Repercussão Penal da Inadimplência Tributária: Tratamento Legal e Jurisprudencial

Rafael Santiago Costa¹
Raphael Silva Rodrigues²

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ainda que se trate de política questionável, atualmente não há mais dúvidas de que o Direito Penal foi invocado como forma de garantia à arrecadação tributária. Inúmeras condutas relacionadas ao descumprimento de obrigações tributárias se encontram tipificadas na legislação penal esparsa (a Lei nº 8.137/90 se apresenta como maior exemplo) e no próprio Código Penal (como se percebe dos artigos 168-A e 337-A). E tem sido intenso o uso de referida legislação, sendo verificada uma atuação muitas vezes abusiva e com o claro intuito de coagir contribuintes e empresários a nem mesmo discutirem se o crédito tributário é realmente devido. Cada vez mais, o mero inadimplemento tributário é tratado como crime pela Administração Tributária.

Entretanto, a jurisprudência pátria tem se preocupado em colocar certos limites a essa tendência. E isso se verifica de forma

¹ Graduado em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Associado do Instituto de Estudos Fiscais (IEFi).

² Especialista em Direito Tributário pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC PUC Minas). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Belo Horizonte (UNI-BH). Professor de Direito Tributário no Curso de Pós-graduação Lato Sensu da Faculdade Estácio de Sá em Belo Horizonte. Associado do Instituto de Estudos Fiscais (IEFi) e do Instituto de Ciências Criminais (ICP).

direta, quando se encontram em análise ações penais ou *habeas corpus*, por exemplo, ou indireta, quando se limita a responsabilidade pessoal do representante legal das empresas inadimplentes. E aqui nos referimos, por exemplo, à evolução da interpretação do artigo 135 do Código Tributário Nacional (CTN), bem como da análise de dispositivos legais por meio dos quais também se pretendeu a regulamentação do tema (destaque para a declaração de inconstitucionalidade do art. 13 da Lei nº 8.620/93 pelo Supremo Tribunal Federal – STF³). Afastada a responsabilidade pessoal em determinado caso concreto, muito menos viável será a persecução penal.

Se alguns aspectos sobre o tema já se encontram bem delineados, tais como a necessidade de encerramento do processo administrativo para configuração da justa causa para a ação penal (Súmula Vinculante nº 24) e a extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário⁴, outras discussões correlatas ainda se mostram incipientes. Como exemplo, pode-se mencionar a aplicação do princípio da insignificância, a consideração do estado de necessidade ou da inexigibilidade de conduta diversa, a possibilidade de suspensão da punibilidade com o ajuizamento de ações judiciais tributárias, a questão das denúncias genéricas, além da possibilidade de continuidade da ação penal em relação a crimes correlatos (formação de quadrilha, falsidade documental etc), bem como para permitir a conclusão da atividade fiscal.

Trata-se, portanto, de tema que repercute diretamente na gestão empresarial e que se encontra em constante evolução, merecendo contínuo e atento acompanhamento, sendo que o presente trabalho pretende abordar discussões e tendências jurisprudenciais acerca dos temas acima indicados.

³ Recurso Extraordinário nº 562.276, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 03.11.2010.

⁴ Nesse sentido, merece destaque o julgamento realizado pela Corte Especial do STJ em face da Ação Penal nº 459 (Relator Min. Luiz Fux, em 01.12.2010), bem como aquele verificado na Segunda Turma do STF quando da análise do Habeas Corpus nº 89.794 (Rel. Min. Gilmar Mendes, em 19.06.2007), além do *leading case* representado pelo julgamento do HC nº 81.611 (Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 12.12.2003).

2. SÚMULA VINCULANTE Nº 24 E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO

Não obstante se encontrar pacificado na jurisprudência a necessidade do encerramento do processo administrativo tributário para configuração da justa causa que permite a persecução criminal (é o que se encontra consignado na Súmula Vinculante nº 24), bem como que essa pretensão punitiva mostra-se definitivamente obstada sempre que verificado o pagamento integral do crédito tributário relacionado ao suposto delito, são ainda pertinentes algumas observações acerca desses temas.

Em relação à mencionada causa extintiva da punibilidade, vale lembrar que a jurisprudência foi firmada em torno do art. 9º da Lei nº 10.684/03⁵, segundo o qual a pretensão punitiva restaria suspensa caso o crédito tributário fosse objeto de parcelamento, e extinta na hipótese de o pagamento integral do crédito. Em ambos os casos, o fato impeditivo da persecução criminal poderia ocorrer a qualquer momento da ação penal, sendo irrelevante se a denúncia já fora recebida.

Ocorre que recente alteração legislativa modificou sensivelmente a sistemática então vigente. Trata-se da reformulação do art. 83 da Lei nº 9.430/96, pela Lei nº 12.382/11, passando a vigorar com a seguinte redação:

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848,

⁵ Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

§ 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento.

§ 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.

Como se percebe do §2º acima transcrito, a suspensão da pretensão punitiva em face de eventual parcelamento ocorrerá somente se tal medida for adotada antes do recebimento da denúncia, e não a qualquer momento, como se verificava sob a égide do art. 9º da Lei nº 10.684/03.

Entretanto, referida limitação temporal não foi verificada na hipótese de pagamento integral do crédito tributário, que ainda pode ocorrer a qualquer tempo e com a mesma consequência de extinção da punibilidade, já que o novel §4º do art. 83 da Lei nº 9.430/96 versa apenas sobre parcelamento, gerando uma interpretação dúbia

que deve ser resolvida de forma mais favorável ao acusado, não se constatando a revogação expressa ou tácita do § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/03, que ainda pode ser invocado nos casos de pagamento à vista e integral do crédito tributário.

Ou seja, o acusado de crime tributário que apresenta condições de quitar o crédito tributário de forma integral e à vista se apresenta em condição mais favorável que aquele com piores condições econômicas, que deve recorrer a parcelamento do crédito tributário, mas que deverá fazer isso de forma célere, antes do recebimento da denúncia.

Parece-nos se tratar de diferenciação não razoável e anti-isonômica, confirmando o intuito utilitarista da regulação penal dos ilícitos tributários. Afinal, ou o contribuinte abre mão rapidamente da discussão acerca da efetiva exigibilidade do crédito tributário e recorre ao parcelamento antes do recebimento da denúncia, ou desconsidera referido termo final, devendo levantar numerário suficiente para efetuar o pagamento à vista do crédito tributário em momento posterior, sob pena de sofrer a persecução penal após o encerramento do PTA.

Como se vê, trata-se de questão que gera dúvidas e que ainda se encontra pendente de apreciação pelo Judiciário.

Já no que se refere à necessidade de verificação do lançamento definitivo do crédito tributário para ser promovida a ação penal, a Súmula Vinculante nº 24 não esgotou todas as controvérsias. Na verdade, acabou por trazer tormentosas dúvidas. Vejamos sua redação: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

Como se vê, é feita menção expressa apenas aos crimes tributários tipificados no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, sugerindo que a tipicidade dos crimes previstos no inciso V daquele dispositivo, bem como dos previstos no art. 2º e, por exemplo, os preconizados nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, não se sujeitam à exigência sumular.

Embora o *caput* do art. 83 da Lei nº 9.430/96 estabeleça que a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes previstos

nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, e 168-A e 337-A do Código Penal, será encaminhada ao Ministério Público somente depois de proferida a decisão final na esfera administrativa, vale lembrar que o STF, no julgamento da ADI nº 1.571⁶, entendeu que os destinatários da norma são os agentes fiscais, não vinculando a atuação do Ministério Público, que teria autonomia para ofertar a denúncia sem recebimento de representação fiscal.

Antes que se evolua nessa análise, torna-se necessário firmar a distinção entre crime material e crime formal, para o que recorremos à didática doutrina (MASSON, 2010, p. 177):

Crimes materiais ou causais: são aqueles em que o tipo penal aloja em seu interior uma conduta e um resultado naturalístico, sendo a ocorrência deste último necessária para a consumação. É o caso do homicídio (CP, art. 121). A conduta é “matar alguém”, e o resultado naturalístico ocorre com o falecimento da vítima, operando-se a consumação.

Crimes formais [...]: são aqueles nos quais o tipo penal contém em seu bojo uma conduta e um resultado naturalístico, mas este último é desnecessário para a consumação. Em síntese, malgrado possa se produzir o resultado naturalístico, o crime estará consumado com a mera prática da conduta.

[...]

Crimes de mera conduta [...]: são aqueles em que o tipo penal se limita a descrever uma conduta, ou seja, não contém resultado naturalístico, razão pela qual ele jamais poderá ser verificado. É o caso do ato obsceno (CP, art. 233)

Segundo tal classificação, apenas nos crimes materiais se exige a verificação do resultado previsto no tipo penal para que o crime reste configurado, sendo nessa modalidade que se enquadram as hipóteses previstas no artigo 1º da Lei nº 8.137/90, ao menos em seus quatro primeiros incisos, cujo núcleo central fixa-se na expressão suprimir ou reduzir tributo. Assim, o crime se consuma com a efetiva supressão ou redução do tributo.

Parece claro que o mesmo se verifica em relação às condutas tipificadas no art. 337-A do Código Penal. Afinal, seu *caput* exige

⁶ Pleno, Min. Rel. Gilmar Mendes, Julgada em 10.12.2003.

o resultado de supressão ou redução das contribuições previdenciárias, o que ocorrerá mediante as condutas arroladas em seus incisos. A simples verificação das condutas não é o bastante, exigindo-se, também, o resultado.

À igual conclusão se chega quando analisado o art. 168-A do Código Penal, haja vista que a conduta definida como delituosa está relacionada à ausência do repasse à previdência social das contribuições retidas em face dos contribuintes (*caput*), também se exigindo resultado semelhante em seus incisos. Até porque, “deixar de repassar” e “deixar de recolher” são condutas muito próximas, quicá idênticas, a “suprimir ou reduzir”.

Segue precedente do STF que confirma a aplicabilidade da Súmula Vinculante nº 24 ao crime previsto no art. 168-A do Código Penal:

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA – CRIME – ESPÉCIE. A apropriação indébita disciplinada no artigo 168-A do Código Penal consubstancia crime omissivo material e não simplesmente formal. INQUÉRITO – SONEGAÇÃO FISCAL – PROCESSO ADMINISTRATIVO. Estando em curso processo administrativo mediante o qual questionada a exigibilidade do tributo, ficam afastadas a persecução criminal e – ante o princípio da não-contradição, o princípio da razão suficiente – a manutenção de inquérito, ainda que sobrestado. (Inq. nº 2.537 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10.03.2008)

Recente precedente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região confirma o alcance da Súmula Vinculante nº 24 às condutas previstas no Código Penal, senão vejamos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – [...] – TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL – SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL – AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE – PRECEDENTES DO STF, DO STJ E DO TRF/1ª REGIÃO – ORDEM CONCEDIDA. I – [...]. II – Hipótese em que os débitos relativos aos Autos de Infração 37.155.471-3, 37.155.472-1 e 37.155.473-0 foram impugnados pelo contribuinte, na via administrativa, quanto à incidência de contribuição previ-

denciária sobre a produção rural própria, [...], estando a impugnação pendente de julgamento. [...]. III – A ausência de constituição definitiva do crédito tributário obsta a persecução penal dos crimes materiais contra a ordem tributária (Lei 8.137/90). [...], entendimento hoje consubstanciado na Súmula Vinculante nº 24, do STF. IV – O colendo STF, no julgamento de Agravo Regimental no Inquérito 2.537-2/GO, entendeu que o delito de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, CP) consubstancia crime omissivo material, e não simplesmente formal, fazendo-se necessária a constituição definitiva do crédito tributário para que se dê início à persecução criminal e mesmo ao Inquérito Policial [...]. V – O egrégio STJ também tem entendido que, como delito material, o crime do art. 337-A do Código Penal exige a constituição definitiva do crédito tributário para início da persecução criminal: “Na mesma linha, o Pleno da Suprema Corte entendeu ser necessário também, em relação ao crime de apropriação indébita previdenciária, art. 168-A do Código Penal, a constituição definitiva do crédito tributário para que se dê início a persecução criminal, raciocínio que também pode ser aplicado quanto ao delito de sonegação de contribuição previdenciária.” (STJ, RHC 17702/MT, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª Turma, unânime, DJe de 04/05/2009). VI – [...]. VII – As elementares constantes do caput do art. 337-A (suprimir ou reduzir) do Código Penal permitem concluir que o fato típico, ali descrito, traduz crime material, para cuja consumação é indispensável que, além da fraude à fiscalização tributária, da conduta resulte efetiva supressão ou redução de tributo, mediante o lançamento definitivo do crédito tributário, como justa causa para a instauração do Inquérito Policial. VIII – [...]. IX – Ordem concedida, para trancar o Inquérito Policial [...]. (HC nº 0019768-92.2010.4.01.0000/MG, Rel. Des. Federal Assusete Magalhães, 3ª Turma, e-DJF1 p.1657 de 17.12.2010)

Em sentido contrário, segue recente julgado dos TRF da 2ª Região⁷:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDEBÍTA PREVIDENCIÁRIA. REQUISIÇÃO, POR PARTE DO PROCURADOR DA REPÚBLICA, DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNE-

⁷ No mesmo sentido, cite-se acórdão do TRF da 5ª Região: HC nº 2008.05.00.043434-7, Des. Federal Marcelo Navarro, 4ª Turma, 18.08.2008.

CESSIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL NÃO ACOLHIDO. ORDEM DENEGADA. 1. O trancamento do inquérito policial pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. 2. Os pacientes são investigados por infração ao artigo 168-A do Código Penal, que não se trata de crime contra a ordem tributária. Uma vez que basta a omissão para a consumação, é prescindível o esgotamento da via administrativa, por não se submeter a existência do crime, de natureza jurídica formal, à existência mesma do débito previdenciário constituído. [...]. 5. Ordem denegada. (HC nº 2010.03.00.016852-2, Rel. Juiz Henrique Herkenhoff, 2ª Turma, e-DJF3, p. 383, de 19.08.2010)

De todo modo, a dúvida maior gira em torno dos crimes previstos no art. 2º da Lei nº 8.137/90, uma vez que, com exceção de seu inciso II, reputa como crimes meras condutas, pouco importando o resultado delas decorrentes. Trata-se, portanto, de crimes de mera conduta ou formais, não mencionados expressamente na Súmula Vinculante nº 24. Seria aplicável a conclusão nela contida em face desses crimes? Tal indagação ganha maior relevo quando se leva em consideração o seguinte precedente do STF⁸:

Embargos de declaração. Efeitos infringentes. Admissibilidade excepcional. Necessidade de intimação da parte embargada para contra-razões. Art. 2º, inc. I, da Lei nº 8.137/90. Crime formal. Desnecessidade de conclusão do procedimento administrativo para a persecução penal.

Visando os embargos declaratórios à modificação do provimento embargado, impõe-se, considerado o devido processo legal e a ampla defesa, a ciência da parte contrária para, querendo, apresentar contra-razões.

O tipo penal previsto no artigo 2º, inc. I, da Lei 8.137/90, é crime formal e, portanto, independe da consumação do resultado naturalístico correspondente à auferição de vantagem ilícita em desfavor do Fisco, bastando a omissão de informações ou a prestação de

⁸ Adotando o mesmo posicionamento: TRF 4ª Região, HC nº 2005.04.01.052610-7, Rel. Artur César de Souza, 7ª Turma, 22.02.2006.

declaração falsa, não demandando a efetiva percepção material do ardil aplicado. Dispensável, por conseguinte, a conclusão de procedimento administrativo para configurar a justa causa legitimadora da persecução. Embargos declaratórios providos. (EDcl. no RHC n.º 90.532, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 06.11.2009)

Diante desses precedentes, a súmula vinculante não seria aplicável, por exemplo, ao crime de declaração falsa ou omissão de rendimentos (art. 2º, I da Lei nº 8.137/90). Entretanto, algumas ressalvas devem ser feitas em relação a essa conclusão, sendo necessário que o STF aprofunde na análise da questão, evitando situações inusitadas, senão absurdas.

Tome-se como exemplo situação rotineira verificada nos casos de lançamento de contribuições previdenciárias. Ao constatar que uma empresa não incluiu na base de cálculo determinada verba entregue aos funcionários, o Fisco costuma lavrar duas autuações distintas. Uma referente à constituição do crédito tributário considerado não recolhido, e outra para aplicação de penalidade prevista pela ausência de declaração de todos os fatos geradores⁹.

Dois crimes poderiam ser considerados como cometidos no presente caso (oriundos de cada autuação). No que se refere à suposta supressão de recolhimento, a tipicidade poderia girar em torno do art. 1º da Lei nº 8.137/90 ou do art. 337-A do Código Penal. E, no que tange à correlata omissão em GFIP, poderia ser invocado o art. 2º, I da Lei nº 8.137/90.

Nos termos da Súmula Vinculante nº 24 e do último precedente mencionado, a persecução penal restaria suspensa até o encerramento do processo administrativo apenas em relação àquela primeira autuação. A ação penal poderia ser intentada em relação à segunda. Mas caso seja cancelado o primeiro lançamento, a con-

⁹ A tendência é que essa situação não mais seja verificada dentro de alguns anos, haja vista as alterações trazidas à Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 11.941/09, acompanhada do entendimento fiscal segundo o qual a punição pela ausência de declaração de fato gerador em GFIP também se encontra inserido no art. 44, I da Lei nº 9.430/96 (multa de ofício de 75%), contra o que já tivemos a oportunidade de nos manifestar (COSTA, 2010).

clusão óbvia não será a de que não houve omissão de declaração? Essa infração penal está diretamente relacionada à primeira!

No exemplo dado, e caso prevaleça a tese de que os crimes previdenciários são de natureza material, uma resposta mais simples pode ser dada a todas essas indagações. Afinal, o inciso III do art. 337-A do Código Penal faz expressa referência à supressão de contribuição previdenciária mediante omissão de fatos geradores. Ou seja, por se tratar de norma específica, possível afirmar que ambas as condutas tipificadas de forma genérica na Lei nº 8.137/90 estão alcançadas pelo art. 337-A, sendo-lhes aplicável a Súmula Vinculante nº 24.

Mas a dúvida persiste em relação a outros tributos, como no caso do ICMS e do Imposto de Renda. Enquanto não encerrado processo administrativo tendente a apurar valores considerados devidos, não há como se afirmar que houve omissão de declaração de fatos geradores. Esse possível segundo crime está diretamente relacionado ao primeiro, não sendo razoável permitir a persecução criminal enquanto permanece suspensa igual pretensão no que tange à primeira conduta.

E no caso de pagamento integral do crédito tributário? Ora, extinta a punibilidade em relação ao crime de supressão de tributo, não nos parece razoável defender que a mesma permanece incólume em relação ao crime de mera conduta, meio utilizado para se alcançar aquele fim maior e mais gravoso. O que se dirá se nem mesmo a ausência de recolhimento foi verificada, mas apenas a simples conduta tida por delituosa? Afinal, qual das duas é a mais grave? Se não há possibilidade de punição pela ausência de recolhimento, também não há como se pretender punir qualquer conduta menos gravosa, principalmente quando não tenha gerado qualquer resultado.

Nesse contexto, pertinentes se apresentam as conclusões de Hugo de Brito Machado, que recorre, em parte, à lição prévia de Antônio Cláudio Mariz de Oliveira (2005, p. 387):

É certo que a Lei nº 8.137/90 define também crime formal, ou de mera conduta. Mesmo neste, porém, é imprescindível a existência de um tributo *devido*, sem o qual o dolo específico não é possível. “Como a conduta material tem por escopo a supressão ou a redu-

ção de tributos, se no âmbito administrativo for declarada a inexistência do mesmo, não se poderá falar em crime, pois, qualquer ação do agente objetivando atingir os tributos será inócua, pois estes inexistem.

[...]

A cada dia parece-nos mais evidente que nos tipos penais, tanto o do art. 1º, como os do art. 2º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, a existência de *tributo devido* é elementar.

[...]

Já nos tipos do art. 2º, incisos I e II, também está presente o elemento *tributo devido*, porque nos mesmos se exige o dolo específico. No tipo do art. 2º, inciso I, porque a ação criminosa é desenvolvida “para eximir-se total ou parcialmente do pagamento de tributo”. Tributo que seja devido, certamente. E no tipo do art. 2º, inciso II, porque a omissão ou falta de recolhimento deve ser de um tributo devido, evidentemente, sem o que o tipo penal não está configurado.

Portanto, mesmo em relação à matéria versada na Súmula Vinculante nº 24 e aquela relacionada à extinção da punibilidade em face do pagamento do crédito tributário, há necessidade de maiores reflexões pelos operadores do Direito.

3. RELATIVIZAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 24

Questão correlata, porém com posição jurisprudencial mais consolidada diz respeito às situações nas quais a autoridade acusatória indica a configuração, além dos crimes tributários, de outros delitos previstos no Código Penal.

Com efeito, a peça acusatória pode narrar circunstância ou conter expressa acusação que gere o enquadramento de determinada (s) conduta (s) em mais de um crime. Simultaneamente aos crimes tributários, podem ser invocados, por exemplo, aqueles relacionados à falsidade documental, formação de quadrilha e/ou descaminho.

A título de exemplo, cite-se, desde já, relevante precedente do STF:

HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO POR INFRAÇÃO AO ART. 1º, INCISO II, DA LEI Nº 8.137/90 E ART. 288

DO CP. ALEGADA NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA PARA INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL, SEM O QUE NÃO ESTARIA COMPROVADA A REDUÇÃO OU SUPRESSÃO DO TRIBUTO E, POR CONSEQUENTE, TAMBÉM REVELARIA A INSUBSISTÊNCIA DO DELITO DE QUADRILHA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DO PROCESSO. [...]. Assim, é de se aplicar o entendimento do Plenário, trancando-se a ação penal no tocante ao delito do art. 1º da Lei nº 8.137/90, por falta de justa causa, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia (ou aditamento da já existente) após o exaurimento da via administrativa. Ficando, naturalmente, suspenso o curso da prescrição. Denúncia, entretanto, que não se limita à hipótese comum de crime contra a ordem tributária, imputando aos denunciados a criação de uma organização, especificamente voltada para a sonegação fiscal, narrando fatos outros como a criação de empresas fantasmas, utilização de “laranjas”, declaração de endereços inexistentes ou indicação de endereços iguais para firmas diversas, alterações frequentes na constituição social das empresas, inclusive com sucessões em firmas estrangeiras, nos chamados “paraísos fiscais” (supostamente para dificultar a localização de seus responsáveis legais), emissão de notas fiscais e faturas para fornecer aparência de legalidade, entre outras coisas. Fatos que, se comprovados, configuram, entre outras, a conduta descrita no delito de quadrilha, que aí não poderia ser considerada meio necessário para a prática do crime tributário, a ponto de estar absorvida por ele, mesmo porque a consumação daquele delito independe da prática dos crimes que levaram os agentes a se associarem. Impossibilidade de trancamento da ação penal quanto ao crime tipificado no art. 288 do CP, tampouco quanto a outros delitos formais e autônomos que eventualmente se possa extrair dos fatos narrados na denúncia, dos quais foi possível aos acusados se defenderem. Habeas corpus deferido em parte. (HC nº 84.423, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, julgado em 24.08.2004)

No caso em questão, os crimes tributários vinham sendo cometidos por meio de “empresas fantasmas”, utilização de “sócios laranjas” e endereços inexistentes, levando o Relator a atribuir maior relevância ao crime de formação de quadrilha, que certamente não apresenta qualquer relação com a Súmula Vinculante nº 24, sem prejuízo de ter sido determinado o trancamento da ação penal em relação às condutas tipificadas no art. 1º da Lei nº 8.137/90¹⁰.

¹⁰ Também nesse sentido, ainda com base nos detalhes do caso concreto: STF, HC nº 91.542, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, julgado em 18.09.07.

Referido julgado faz ressalva relevante, haja vista que, diante do caso concreto, considerou não ser viável se falar em absorção do crime de formação de quadrilha pelo crime principal contra a ordem tributária. Entretanto, em interpretação do julgado a *contrario sensu*, conclui-se que nem sempre se pode admitir o prosseguimento da ação penal com base na alegação de que a conduta se refere a outro crime, que não apenas o de natureza tributária, sob pena de tornar a Súmula Vinculante nº 24 do STF letra morta com a simples classificação da circunstância em tipo penal diverso daqueles nela previsto.

Há de se verificar em cada caso se o (s) outro (s) crime (s) indicado (s) na peça acusatória não seriam acessórios e instrumentais àquele cuja pretensão punitiva se encontra suspensa pela discussão da existência do crédito tributário, ocasião em que nem mesmo se pode aceitar a existência de concurso de crimes, haja vista a absorção do secundário.

Nesse sentido, segue notícia de julgado do STF (Informativo nº 601), cujo acórdão ainda não foi publicado (HC nº 101.900, 2ª Turma, Rel. Min Celso de Mello, 21.09.2010):

Ao aplicar a Súmula Vinculante 24 [...], a Turma deferiu *habeas corpus* para determinar, por ausência de tipicidade penal, a extinção do procedimento investigatório instaurado para apurar suposta prática de crimes de falsidade ideológica e contra a ordem tributária. Na espécie, o paciente, domiciliado no Estado de São Paulo, teria obtido o licenciamento de seu veículo no Estado do Paraná de modo supostamente fraudulento — indicação de endereço falso —, com o fim de pagar menos tributo, haja vista que a alíquota do IPVA seria menor. [...]. Aquela Corte reconhecera configurada, em contexto idêntico ao dos autos do *writ* em exame, a ocorrência de delito contra a ordem tributária (Lei 8.137/90), em virtude da supressão ou redução de tributo, afastada a caracterização do crime de falsidade ideológica (CP, art. 299). Reputou-se claro que o delito alegadamente praticado seria aquele definido no art. 1º da Lei 8.137/90, tendo em conta que o *crimen falsi* teria constituído meio para o cometimento do delito-fim, resolvendo-se o conflito aparente de normas pela aplicação do postulado da consunção, de tal modo que a vinculação entre a falsidade ideológica e a sonegação fiscal permitiria reconhecer, em referido contexto, a preponderância do delito contra a ordem tributária.

Igual entendimento tem sido sustentado no STJ, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA E CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. FALSO PRATICADO EXCLUSIVAMENTE COM A FINALIDADE DE REDUZIR O TRIBUTO A SER RECOLHIDO. CRIME-MEIO ABSORVIDO PELO CRIME-FIM. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO TRIBUTÁRIO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1 – Caracterizado que a redução do imposto a ser recolhido era o objetivo pretendido pelos pacientes, sendo a declaração falsa o meio empregado à consumação do delito, constituindo, assim, fase obrigatória e necessária do iter criminis, deve a falsidade ser absorvida pelo crime contra a ordem tributária.

[...]

3 – Ordem concedida para trancar a ação penal em relação aos pacientes, estendendo-se, de ofício, os efeitos da decisão ao corréu Valério Binazzi, nos termos do art. 580 do CPP. (HC nº 120.551/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Des. Conv. do TJ/CE), 6ª Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 08.09.2009)

Outra circunstância que acaba por ensejar a relativização da Súmula Vinculante nº 24 é aquela na qual o inquérito policial é tido como indispensável ao próprio trabalho de levantamento de dados pela Fiscalização com o intuito de constituição do crédito tributário e, até mesmo, apuração do ilícito penal. Situação como essa foi enfrentada pela 2ª Turma do STF no HC nº 95.443, recebendo o acórdão a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL ANTES DO ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL. POSSIBILIDADE QUANDO SE MOSTRAR IMPRESCINDÍVEL PARA VIABILIZAR A FISCALIZAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. A questão posta no presente writ diz respeito à possibilidade de instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária, antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal. 2. O tema relacionado à necessidade do prévio encerramento do procedimento administra-

tivo-fiscal para configuração dos crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, já foi objeto de aceso debate perante esta Corte, sendo o precedente mais conhecido o HC nº 81.611 (Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julg. 10.12.2003). 3. A orientação que prevaleceu foi exatamente a de considerar a necessidade do exaurimento do processo administrativo-fiscal para a caracterização do crime contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90, art. 1º). [...]. 4. Entretanto, o caso concreto apresenta uma particularidade que afasta a aplicação dos precedentes mencionados. 5. Diante da recusa da empresa em fornecer documentos indispensáveis à fiscalização da Fazenda estadual, tornou-se necessária a instauração de inquérito policial para formalizar e instrumentalizar o pedido de quebra do sigilo bancário, diligência imprescindível para a conclusão da fiscalização e, conseqüentemente, para a apuração de eventual débito tributário. 6. Deste modo, entendo possível a instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária, antes do encerramento do processo administrativo-fiscal, quando for imprescindível para viabilizar a fiscalização. 7. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. (Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado em 02.02.2010)

No caso, a Fiscalização havia intimado os contribuintes a prestarem esclarecimentos sobre determinada conta bancária. Diante da omissão dos notificados e da imprescindibilidade dos dados bancários para melhor definição da existência do crédito tributário, restou à Fiscalização o pedido de instauração de inquérito policial para viabilizar a quebra do sigilo bancário. Merece destaque o seguinte trecho do voto proferido pela Ministra Ellen Gracie:

Não consigo enxergar, com a devida vênia, constrangimento ilegal com a instauração de inquérito policial, para pacientes que se negaram a fornecer documentos solicitados pela Fazenda durante processo de fiscalização que visava apurar eventual sonegação de tributo.

Ao meu sentir, considerar ilegal, na presente hipótese, a instauração de inquérito policial, que era imprescindível para possibilitar uma completa fiscalização da empresa, equivale a assegurar a impunidade da sonegação fiscal.

Adotar o entendimento de que o inquérito policial somente deveria ser instaurado após a constituição definitiva do crédito tributário, no presente caso, significaria impedir a fiscalização por parte da Fazenda estadual, visto que os pacientes se negaram a fornecer os

documentos necessários justamente para verificação da existência de eventual débito por parte da empresa.

Conclui-se, portanto, que, se por um lado a Súmula Vinculante nº 24 não poder ser driblada facilmente com a simples alteração da tipificação da conduta tida por criminosa, sendo necessário confirmar se os crimes tributários previstos na Lei nº 8.137/90, em especial no art. 1º, não absorvem alguma conduta considerada na denúncia como crime específico, por outro, não pode o entendimento sumular ser utilizado como salvo conduto para que os contribuintes atuem como quadrilhas criminosas ou soneguem informações relevantes.

4. CRIMES SOCIETÁRIOS E DENÚNCIA GENÉRICA

No que se refere à repercussão penal da inadimplência tributária, questão de grande relevo diz respeito às denúncias genéricas comumente apresentadas pelo Ministério Público quando o pretense crime tributário envolve sociedades empresariais. Principalmente no que se refere às contribuições previdenciárias, campo no qual se tem verificado largo e abusivo uso do conceito de grupo econômico para se buscar o maior número de responsáveis possível¹¹.

Diante da dificuldade em se identificar os atos praticados por cada um e até mesmo o gestor efetivamente envolvido com o delito tributário, é comum a denúncia ser dirigida a todos os dirigentes e/ou sócios ou contra alguns deles de forma aleatória, já que muitas vezes os acusados não possuem sequer conhecimento dos fatos ou das circunstâncias que levaram ao suposto inadimplemento.

Ocorre que no âmbito criminal a responsabilidade é subjetiva, razão pela qual deve ser atribuída de forma estritamente pessoal. Cada infrator deve ser responsabilizado por sua conduta, na medida de sua culpabilidade. Até porque, não há que se falar na figura do crime tributário culposos.

¹¹ O STJ tem repellido reiteradamente esse uso abusivo da responsabilidade solidária entre empresas do mesmo grupo. Nesse sentido: AgRg nos Ag's nº's 1.288.247 (Rel. Min. Teori Zavascki, em 21.10.2010), 1.163.381 (Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, em 21.09.10) e 1.055.860 (Rel. Min. Denise Arruda, em 17.02.09), todos da 1ª Turma.

É cediço que a individualização das condutas faz parte da exposição do fato criminoso e se relaciona com os princípios da responsabilidade penal singular e da individualização da pena, sob pena de ofensa ao direito constitucional da ampla defesa e do contraditório, bem como ao princípio da presunção da inocência.

Embora o STF venha proferindo decisões mais complacentes com a denúncia genérica nos crimes de natureza societária¹², prevendo a imputação de um fato a várias pessoas, sem descrever pormenorizadamente a conduta de cada uma, consideramos equívocado tal entendimento, vez que propicia a responsabilidade, ou ao menos a acusação (invertendo o ônus da prova e trazendo consigo as graves consequências de uma ação penal), de sujeito que não concorreu para o contexto da acusação. Nessa hipótese, a acusação estaria motivada apenas na condição de sócio ou dirigente que determinada pessoa ostenta.

Evidente que também quanto a esse aspecto, como é inerente a todo o Direito Penal, torna-se necessária uma análise diante de cada caso concreto, mas chamamos atenção para decisão monocrática liminar proferida pelo Ministro Celso de Mello ao apreciar, em 05.11.2010, o HC nº 105.953. Analisando a íntegra da decisão, torna-se possível apontar as seguintes premissas a serem observadas na denúncia envolvendo empresas, sob pena de ser inepta: a) deve descrever, de modo objetivo e individualizado, a conduta delituosa atribuída aos sócios e/ou administradores; b) a simples condição

¹² Como exemplo significativo, cite-se o seguinte julgado do Tribunal Pleno: INQUÉRITO. CRIME COMUM. [...]. INICIAL ACUSATÓRIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. [...]. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. [...]. 5. É de ser recebida a denúncia que atende aos requisitos constantes do art. 41 do Código de Processo Penal, sem incidir nas hipóteses de rejeição do art. 395 do mesmo diploma, principalmente quando a inicial acusatória aponta com precisão o momento da ação criminosa e individualiza, no tempo, a responsabilidade dos sócios quanto à gestão da empresa. A jurisprudência do STF é de que não se tolera peça de acusação totalmente genérica, mas se admite denúncia mais ou menos genérica, porque, em se tratando de delitos societários, se faz extremamente difícil individualizar condutas que são concebidas e quase sempre executadas a portas fechadas. 6. Denúncia recebida.” (Inq. nº 2.584, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 07.05.2009).

de sócio ou dirigente não pode justificar a formulação de qualquer juízo acusatório, sendo inaceitável a presunção de culpa; c) a denúncia genérica acaba por sustentar a inexistente responsabilidade penal objetiva.

Dentre as lições doutrinárias e jurisprudenciais apresentadas, merece destaque trecho selecionado pelo Relator de voto proferido pelo então Ministro Assis Toledo em discussão correlata: “Ser acionista ou membro do conselho consultivo da empresa não é crime. Logo, a invocação dessa condição, sem a descrição de condutas específicas que vinculem cada diretor ao evento criminoso, não basta para viabilizar a denúncia”.

O STJ tem se mostrado mais cauteloso no que se refere às denúncias genéricas¹³:

HABEAS CORPUS. CRIME SOCIETÁRIO. RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS. DENÚNCIA. INÉPCIA. NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAR MINIMAMENTE A CONDUTA PRATICADA PELOS ACUSADOS. EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Segunda operosa jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a descrição das condutas dos acusados na denúncia dos denominados crimes societários não necessita cumprir todos os rigores do art. 41 do CPP, devendo-se firmar pelas particularidades da atividade coletiva da empresa.

2. Isso não significa que se deva aceitar descrição genérica baseada exclusivamente na posição hierárquica dos envolvidos no comando da empresa, porquanto a responsabilização por infrações penais deve levar em conta, qualquer que seja a natureza delituosa, sempre a subjetivação do ato e do agente do crime.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal, por inépcia formal da denúncia, sem prejuízo de que outra seja elaborada com o cumprimento dos ditames legais. (HC n.º 65.463/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJ 25.05.2009)

Portanto, consideramos que nosso ordenamento jurídico exige que a denúncia contenha a exposição do fato criminoso, com todas

¹³ E ainda: (HC n.º 69.240/MS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 10.09.2007).

as suas circunstâncias e a adequada indicação da conduta ilícita imputada a cada acusado, de modo a propiciá-lo pleno exercício do direito de defesa. Caso contrário, estará maculada pela inépcia.

5. ESTADO DE NECESSIDADE E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Questão que também tem sido analisada pela doutrina e pela jurisprudência diz respeito ao reconhecimento, nos crimes contra a ordem tributária, do estado de necessidade e da inexigibilidade de conduta diversa como causas excludentes da ilicitude e da culpabilidade.

Segundo o art. 22 do Código Penal¹⁴, existem duas situações que têm o condão de romper a ideia do vínculo jurídico referente à “exigibilidade de conduta diversa”, quais sejam: coação moral irresistível e obediência hierárquica. Ocorre que a doutrina já consagrou a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal da culpabilidade, podendo estar presente em outras situações não expressamente previstas. Nesse sentido (JESUS, 2001, p. 484):

Por mais previdente que seja o legislador, não pode prever todos os casos em que a inexigibilidade de outra conduta deve excluir a culpabilidade. Assim, é possível a existência de um fato, não previsto pelo legislador como causa de exclusão da culpabilidade, que apresente todos os requisitos do princípio da não-exigibilidade de comportamento lícito.

Já o art. 23, I do Código Penal dispõe que aquele que agir em estado de necessidade não praticará ato ilícito, embora tipificado na legislação de regência. E, nos termos do art. 24, “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

¹⁴ Art. 22 – Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Trata-se de previsão consentânea com a necessidade, na maioria das condutas tipificadas, de constatação do dolo (ao menos eventual) para se configurar a efetiva prática do crime, não sendo diverso em relação ao crime tributário. Afinal, se restar comprovado que o contribuinte, em face de um assalto, por exemplo, ficou impossibilitado de efetuar o recolhimento dos tributos devidos, como se pode afirmar ser sua intenção cometer crime tributário?

Não se sugere aqui que basta ao contribuinte alegar dificuldades financeiras para honrar seus compromissos tributários para que a culpabilidade seja excluída. Mas, novamente mediante o caso concreto, deve sim ser verificado se o contribuinte agiu com dolo, suprimindo tributo quando tinha todas as condições de efetuar o recolhimento.

E a jurisprudência tem se firmado nesse sentido:

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (INCISO I DO § 1º DO ART. 168-A E INCISO III DO ART. 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). [...]. PRECÁRIA CONDIÇÃO FINANCEIRA DA EMPRESA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO-COMPROVAÇÃO. INAPLICABILIDADE AO DELITO DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. [...]. 1. [...]. 8. No âmbito dos crimes contra a ordem tributária, tem-se admitido, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, como causa supralegal de exclusão de culpabilidade a precária condição financeira da empresa, extrema ao ponto de não restar alternativa socialmente menos danosa que não a falta do não-recolhimento do tributo devido. Configuração a ser aferida pelo julgador, conforme um critério valorativo de razoabilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos, cabendo a quem alega tal condição o ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. Deve o julgador, também, sob outro aspecto, aferir o elemento subjetivo do comportamento, pois a boa-fé é requisito indispensável para que se confira conteúdo ético a tal comportamento. 9. Não é possível a aplicação da referida excludente de culpabilidade ao delito do art. 337-A do Código Penal, porque a supressão ou redução da contribuição social e quaisquer acessórios são implementadas por meio de condutas fraudulentas – incompatíveis com a boa-fé – ins-

trumentais à evasão, descritas nos incisos do caput da norma incriminadora. 10. Hipótese em que o conjunto probatório não revela, em absoluto, a precária condição financeira da empresa. Nítida é a deficiência da prova de tal condição, não havendo nos autos um só documento que permita concluir por modo diverso. De mais a mais, a posterior autuação da empresa, referente ao período de setembro de 2002 a abril 2004, demonstra a plena continuidade dos seus negócios, de maneira a patentear que os elementos de convicção constantes dos autos caminham em sentido contrário à tese defensiva. [...] (STF, AP nº 516, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 27.09.2010)

Consideramos pertinente a ressalva feita no julgado acima, no sentido de que as excludentes de culpabilidade em análise não seriam aplicáveis à conduta tipificada no art. 337-A do Código Penal. Afinal, os incisos que o complementam indicam as condutas de que deve ter se valido o contribuinte para a supressão da contribuição previdenciária, condutas essas que indicariam o intuito fraudulento no lançamento de informações em folha de pagamento ou declarações correlatas. Ou seja, o crime não se configura pelo mero inadimplemento, mas por tal conduta ser acompanhada de ato praticado com o intuito de omissão da ocorrência do fato gerador.

Entretanto, a mera dificuldade financeira, períodos de crise econômica e existência de títulos protestados contra o contribuinte não têm sido aceitos como argumentos suficientes à configuração da excludente de culpabilidade, sendo consideradas situações inerentes à atividade empresarial¹⁵.

Hipótese diversa é aquela na qual o contribuinte consegue demonstrar que deixou de efetuar o recolhimento de tributos por ser a única forma de manter capital em caixa para fins de cumprimento de suas obrigações trabalhistas. Segue interessante e didático precedente nesse sentido, que deve ser analisado *a contrario sensu*:

PENAL – PROCESSUAL PENAL – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/90)

¹⁵ Nesse sentido: TRF 1ª Região, ACR 2002.38.00.037234-7, Juiz Federal César Cintra Fonseca, 3ª Turma, DJ 25.04.2008; TRF 3ª Região, ACR nº 98.03.04.9952-1, Luiz Stefanini, 1ª Turma, DJ 18.09.2007.

– [...] – INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – DIFICULDADES FINANCEIRAS SUPORTADAS PELA EMPRESA – NÃO PROVADA PELA DEFESA DO RÉU – [...]. 1. [...]. 16. Não houve prova de que o réu não possuía outra alternativa, senão deixar de recolher os tributos. Deveria provar, por exemplo, que, ou pagava salários, ou o tributo. Assim, a alegação feita pelo acusado em seu interrogatório judicial (fls. 295/296) de que a empresa passava por uma crise financeira não tem o condão de justificar, por si só, o não recolhimento dos tributos que devia, que, diga-se de passagem, não lhe pertencia. 17. Não ficou comprovado pela defesa que o dinheiro arrecadado e não repassado ao Fisco foi efetivamente utilizado para o pagamento de salários dos funcionários da empresa, ou tampouco que houve algum sacrifício do patrimônio pessoal do apelante na época dos fatos descritos na denúncia, com o escopo de saldar dívidas e salvar a empresa. 18. [...]. 20. E somente se o réu comprovasse a total insolvência no âmbito empresarial é que se poderia cogitar configurada a aludida exculpante, desde que a insolvência fosse contemporânea ao não recolhimento dos tributos devidos. 21. Note-se que a existência de débitos, títulos protestados e execuções fiscais (fls. 322/325) contra a empresa tanto pode indicar que ela passava por dificuldades, como pode demonstrar que seu administrador era mau pagador. 22. Assim, nada há, nos autos, a autorizar qualquer interpretação que assegure a existência dos elementos necessários para a configuração da inexigibilidade de conduta diversa ou do estado de necessidade, não prosperando a argumentação deduzida pela defesa do apelante. 23. [...]. 26. A aludida dificuldade financeira poderia ter sido facilmente demonstrada pela defesa, bastando, para tanto, que juntasse aos autos balanços patrimoniais relativos aos exercícios financeiros aludidos na inicial acusatória, ou seja, da época em que ocorreu a conduta criminosa. Ora, não tendo adotado tal providência, apesar de ter plenas condições de fazê-lo, não pode o réu ser beneficiado por uma situação que, a final, não foi por ele demonstrada. 27. [...]. (TRF 3ª Região, ACR nº 2008.61.25.000679-0, Juíza Ramza Tartuce, 5ª Turma, 15.03.2011)

Neste contexto, deve ser aceita com ressalvas a admissão das teses que buscam a demonstração da presença de causas excludentes da ilicitude ou culpabilidade, sendo necessário que a alegação esteja acompanhada de prova cabal confirmando a situação absolutamente adversa vivida pela empresa no momento em que deixou de recolher aos cofres públicos as importâncias supostamente devidas.

6. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES FISCAIS

Tem sido cada vez mais frequente a invocação do princípio da insignificância no julgamento de matéria penal, evitando-se a condenação de acusados que tenham cometido delitos de diminuto potencial ofensivo. São notórios os casos de ações penais relacionadas a furto de chocolates¹⁶, roupas usadas¹⁷, outros alimentos¹⁸ etc.

Pertinente, portanto, analisar se referido princípio tem aplicabilidade diante de crimes tributários envolvendo pequenos valores sonegados, destacando que o reconhecimento da insignificância da conduta resulta em sua atipicidade (GOMES, 2007, p. 325).

Vale lembrar que o art. 20 da Lei nº 10.522/02 influencia diretamente nessa análise, já que prevê o arquivamento das execuções fiscais promovidas pela Fazenda Nacional que se refiram a créditos com valor consolidado igual ou inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais).

Ora, se nem mesmo serão tomadas providências para cobrança do crédito tributário constituído em valor inferior àquele montante, haveria justificativa para o Estado promover a persecução penal? O Direito Penal não apresenta caráter fragmentário, tutelando apenas aqueles valores mais caros à sociedade? Se o titular do crédito tributário não irá cobrá-lo pelos meios próprios, menos razões haverá para buscar a condenação penal do inadimplente.

Trata-se de posicionamento já firmado no STJ, inclusive, em sede de recurso repetitivo, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 105, III, A E C DA CF/88. PENAL. ART. 334, § 1º, ALÍNEAS C E D, DO CÓDIGO PENAL. DESCAMINHO. TIPICIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

I – Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso – 1ª e 2ª Turmas – incide o princípio da insignificância aos débitos

¹⁶ STJ, HC nº 185.453, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 11.05.2011.

¹⁷ STF, HC nº 92.411, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJe 08.05.2008.

¹⁸ STJ, HC nº 197.073, Rel. Min. Celso Limongi (Des. Conv. TJ/SP), 6ª Turma, DJe 19.04.2011.

tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02.

II – Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte.

Recurso especial desprovido. (REsp 1112748/TO, Rel. Min. Felix Fischer, 3ª Seção, julgado em 09.09.2009, DJe 13.10.2009)

Dentre os precedentes do STF, destaque-se:

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. DÉBITO TRIBUTÁRIO INFERIOR AO VALOR PREVISTO NO ART. 20 DA LEI Nº 10.522/02. ARQUIVAMENTO. CONDUTA IRRELEVANTE PARA A ADMINISTRAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. Crime de descaminho. O arquivamento das execuções fiscais cujo valor seja igual ou inferior ao previsto no artigo 20 da Lei n. 10.522/02 é dever-poder do Procurador da Fazenda Nacional, independentemente de qualquer juízo de conveniência e oportunidade. 2. É inadmissível que a conduta seja irrelevante para a Administração Fazendária e não para o direito penal. O Estado, vinculado pelo princípio de sua intervenção mínima em direito penal, somente deve ocupar-se das condutas que impliquem grave violação ao bem juridicamente tutelado. Neste caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância. Ordem concedida. (HC 95.749, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, julgado em 23.09.2008)

Não se trata de posicionamento unânime nos Tribunais Superiores, como consta da própria ementa do precedente do STJ acima mencionado, de modo que se apresenta temerário afirmar se encontrar o tema definido. Confirmando tal assertiva, segue precedente unânime da 1ª Turma do STF, *no qual se apreciava crédito tributário no valor de R\$ 2.020,00*:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. BEM JURÍDICO TUTELADO. PATRIMÔNIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CARÁTER SUPRAINDIVIDUAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. ORDEM DENEGADA.

I – A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

II – No caso sob exame, não há falar em reduzido grau de reprovabilidade da conduta, uma vez que o delito em comento atinge bem jurídico de caráter supraindividual, qual seja, o patrimônio da previdência social ou a sua subsistência financeira. Precedente.

III – Segundo relatório do Tribunal de Contas da União, o déficit registrado nas contas da previdência no ano de 2009 já supera os quarenta bilhões de reais.

IV – Nesse contexto, inviável reconhecer a atipicidade material da conduta do paciente, que contribui para agravar o quadro deficitário da previdência social.

V – Ordem denegada. (HC n.º 98.021, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 12.08.2010)

Como se percebe, trata-se de questão a ser ainda mais bem definida pelo STF, mas já é possível concluir que discussões envolvendo valores superiores a R\$ 10.000,00 não se coadunam com o princípio da insignificância. Há que se destacar existência de precedentes nos Tribunais de Justiça que também se referem ao valor previsto na Lei n.º 10.522/02 como divisor entre a aplicabilidade ou não do princípio da insignificância nos casos em que se envolve tributo estadual ou municipal¹⁹.

7. EXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO JUDICIAL ACERCA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Demonstrou-se que uma das questões mais pacíficas quanto aos crimes tributários, ao menos no que se refere àqueles considerados materiais, é a necessidade de se aguardar o encerramento de eventual

¹⁹ Vide, como exemplo, acórdão proferido pelo 1º Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao apreciar, em 13.03.2006, a Revisão Criminal n.º 1.0000.05.428347-8/000.

processo administrativo no qual se discute o crédito tributário para restar configurada a justa causa que viabiliza a persecução penal.

Ocorre que, como se sabe, os julgamentos realizados nas instâncias administrativas nem sempre são totalmente imparciais, seja pelo fato de as decisões de primeira instância serem, normalmente, proferidas pelo próprio órgão autuante, seja pelo voto de desempate nos conselhos de segunda instância caber, em regra, a um representante do Fisco, ou, até mesmo, em decorrência de os órgãos administrativos não poderem declarar a inconstitucionalidade de normas legais, cuja observância lhes é imposta.

Justamente por tais razões, não é incomum que crédito tributário definitivamente constituído na seara administrativa venha a ser desconstituído pelo Poder Judiciário mediante provocação do contribuinte.

Sendo assim, seria salutar que a persecução penal ficasse vinculada também à demanda judicial. Afinal, trata-se da continuidade da discussão da efetiva exigibilidade do crédito tributário, lembrando que a nossa Constituição Federal não permite que seja excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A tramitação de uma ação penal contra o contribuinte, principalmente aquele de boa-fé e com boas chances de êxito na discussão travada judicialmente, certamente funciona como um elemento de intimidação e coerção ao pagamento do tributo (causa extintiva de punibilidade expressamente reconhecida pela legislação). Nesse ponto, vale lembrar que as Súmulas 70, 323 e 547, todas do STF, vedam a apreensão de mercadorias, a interdição de estabelecimentos e outros atos que impeçam o desenvolvimento das atividades do contribuinte como forma de coerção ao pagamento do tributo devido.

Se assim é, o que deve ser dito da utilização da persecução criminal, principalmente quando a lei convida o contribuinte a efetuar o pagamento do crédito tributário e assegurar a extinção da punibilidade? Não deveria se assegurar ao contribuinte a possibilidade de demonstrar na seara própria (certamente não é o Juízo Criminal) que o tributo exigido não é efetivamente devido?

Ainda que se entenda que a justa causa para a apresentação da inicial acusatória já esteja presente com a constituição definitiva do

crédito tributário, entendemos que a regra a ser seguida pelo Juízo Criminal seria aquela preconizada no artigo 93 do Código de Processo Penal (CPP), segundo a qual o processo poderá ser suspenso nos casos de difícil solução e se a existência do delito depender de decisão a ser proferida pelo Juízo Cível em ação correlata.

Não se sugere aqui a adoção de medida protelatória, mas que assegure ao contribuinte a possibilidade efetiva de demonstrar a inexistência do crédito tributário e que isso seja feito no campo mais apropriado e sem o risco da sanção penal o rondando, acompanhado da tranquilizadora (mas, coercitiva) possibilidade de pagamento do crédito que lhe é exigido.

Cabe ao Estado assegurar a tramitação célere dos processos, especialmente em casos como esse, de nítida e prejudicial vinculação entre dois feitos, sendo que o § 3º do art. 93 do CPP já determina a intervenção imediata do Ministério Público na causa cível para assegurar seu rápido andamento. Se ações nessa situação tiverem tramitação prioritária (ou até mesmo um rito próprio), certamente todos os interesses restariam tutelados.

Reforçando que o intuito de nossa proposta não é motivar a sonegação tributária e a impunidade criminal, apresentamos duas situações claramente injustas e não raras.

O Conselho de Contribuintes de Minas Gerais (CC/MG), por exemplo, tem entendimento pacífico no sentido de que o prazo decadencial do ICMS é regido pela regra contida no art. 173, I do CTN (cinco anos contados do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador), ainda que o contribuinte tenha recolhido parte do imposto devido²⁰. O STJ, entretanto, definiu, via recurso repetitivo, que, em situações como essa, o prazo decadencial deve ser apurado com base no art. 150, § 4º do CTN (cinco anos a contar do fato gerador)²¹.

Ou seja, não são poucos os casos em que o crédito não restaria definitivamente constituído se o CC/MG e outros órgãos de julgamento administrativos seguissem a orientação firmada no STJ. Mas, como assim ainda não se verifica, resta ao contribuinte de-

²⁰ Acórdão nº 3.680/11/CE (PTA nº 01.000153716-52, D.O 07.05.2011).

²¹ REsp nº 973.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 18.09.2009.

monstrar perante o Judiciário o equívoco daquele entendimento, com enormes chances de êxito. E ação penal deverá prosseguir porque já existe justa causa para tanto?

Outros exemplos podem ser invocados em relação às contribuições previdenciárias. A Receita Federal continua a exigir a inclusão de verbas sem natureza remuneratória na base de cálculo das contribuições, tais como o aviso prévio indenizado. Prevalecendo o entendimento da Fiscalização em âmbito administrativo, mas sendo a discussão totalmente favorável ao contribuinte na esfera judicial, não lhe deveria ser assegurada a tranquilidade de deduzir seu direito em Juízo, afastando a incorreta constituição definitiva do crédito?

Por esses e diversos outros exemplos que se defende maior cuidado em se permitir a tramitação simultânea de ações penais e tributárias, lembrando que no Direito Penal, e muitas vezes no Tributário (nos termos do art. 112 do CTN), a dúvida não privilegia o Estado.

Felizmente, o STJ começa a se sensibilizar para essa questão, senão vejamos:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA EM AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO PENAL. SUSPENSÃO DO CURSO DO PROCESSO ATÉ JULGAMENTO NA ESFERA CÍVEL. POSSIBILIDADE.

1. Nos crimes contra a ordem tributária, a constituição definitiva do crédito tributário e consequente reconhecimento de sua exigibilidade configura condição necessária para o início da persecução criminal. Inteligência da Súmula Vinculante nº 24.

2. Havendo a discussão quanto à constituição definitiva do crédito tributário em Ação Declaratória c/c Anulatória de Débito Tributário com a concessão de pedido de antecipação de tutela, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário, é prudente que se determine a suspensão do processo, nos termos do art. 93 do Código de Processo Penal, até o julgamento definitivo na esfera cível.

3. Recurso a que se dá provimento a fim de suspender o processo criminal em trâmite perante o Juízo de Direito da Comarca

de Jaguariúna, até o julgamento final da ação anulatória. (RHC nº 24.540/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª Turma, julgado em 19.10.2010, DJe 17.12.2010)

Entretanto, o entendimento atualmente prevalente é o que consta no seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SOBRESTAMENTO DA AÇÃO PENAL ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DE AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL QUE OBJETIVA A DIMINUIÇÃO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CÍVEL E PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. O indeferimento de pedido de sobrestamento de ação penal instaurada contra os Pacientes pela eventual prática de crime contra a ordem tributária, diante do ajuizamento, na esfera cível, de Ação Anulatória de Crédito Tributário, que objetiva a diminuição de débito tributário, não constitui constrangimento ilegal.

2. A teor do art. 93 do Código de Processo Penal, a suspensão do curso do processo-crime é uma faculdade do Magistrado, nos casos em que entenda ser a questão de difícil solução e dependa, somente, do deslinde cível para a sua conclusão. Na situação em tela, a denúncia foi precedida de procedimento administrativo-fiscal no qual houve oportunidade de defesa.

3. A Ação Anulatória de Crédito Tributário não pode ser considerada condição de procedibilidade para o processo-crime, em razão da independência das esferas cível e criminal. Precedentes deste STJ.

4. Ordem denegada. (HC 90.395/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 02.03.2010, DJe 26.04.2010)

Consideramos de extrema importância que essa questão específica seja mais bem debatida no Poder Judiciário. Especialmente em um País como o nosso, no qual a ânsia arrecadatória do Estado, pródigo em autuações fiscais indevidas, é notória. Até porque, não há dúvidas que a procedência de eventual ação judicial resultará na anulação da constituição definitiva do crédito tributário e, por conseguinte, na justa causa para a persecução penal²².

²² Confirmando tal assertiva: STJ, HC nº 78.428, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª Turma, julgado em 05.03.2009.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Planalto. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 maio 2011.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de Direito Tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Planalto. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 maio 2011.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 maio 2011.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1991. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 maio 2011.

COSTA, Rafael Santiago. A retroatividade benéfica da Medida Provisória nº 449/08 (Lei nº 11.941/09) em relação às penalidades vinculadas às contribuições de que trata a Lei nº 8.212/91 e as ilegalidades da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14/09. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 178, p. 107-19, jul. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. Sanções penais tributárias. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *Sanções penais tributárias*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2005.

MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado*. São Paulo: Método, 2010.

Panorama do Setor Aeroportuário no Brasil

Ricardo Alvarenga¹

A Organização de Aviação Civil Internacional (OACI ou ICAO – International Civil Aviation Organization) definiu aeródromo como “determinada área de terra ou de água (que inclui todas suas edificações, instalações e equipamentos) destinada, total ou parcialmente, à chegada, partida, movimento e serviço de aeronaves” (ICAO, “definitions”, 1949).

Portanto, pode-se entender que aeródromo é gênero, de que são espécies o militar e o civil (art. 28), o público e o privado (art. 29), o doméstico e o internacional (arts. 22 e 32, parágrafo único, todos do mesmo Código Brasileiro de Aeronáutica – C.B.Aer.).

Os aeródromos públicos denominam-se aeroportos (art. 31, I) ou heliportos (art. 31, III, C.B.Aer.), porquanto, segundo a defini-

¹ Associado do escritório RV&LC Advogados. Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Dom Cabral. Graduado em Direito e em Letras pelas Faculdades de Direito e de Ciências e Letras, ambas da Fundação de Ensino e Pesquisa do Sul de Minas. Detém certificado em Prática Jurídica Norte-Americana pela Universidade McGill, em Montreal, Canadá. Especialista em Direito Aeronáutico pela Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial (SBDA), tendo exercido o cargo de professor de Concessões e Autorizações para Exploração de Serviços Públicos de Transporte Aéreo no curso de especialização da entidade. Integrou a comissão de juristas da SBDA que revisou o Código Brasileiro de Aeronáutica. Membro do Conselho Deliberativo da Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (CAMARB), integra a Lista de Árbitros em exercício dessa instituição. Membro do Núcleo de Logística da American Chamber of Commerce (AmCham) em Belo Horizonte; da International Bar Association (IBA), em Londres, Inglaterra; da Associação Brasileira de Direito Aeroespacial, no Rio de Janeiro; e do Instituto de Estudos Fiscais (IEFi), em Belo Horizonte.

ção da OACI, constitui aeroporto o aeródromo provido de instalações acessíveis ao público, para o estacionamento, manobra, operação ou reparo de aeronaves e para o embarque ou desembarque de passageiros ou carga. São estas as lições de JOSÉ DA SILVA PACHECO em seus Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica, 1ª. edição, Rio de Janeiro : Forense, 1990, p. 93.

Os aeroportos brasileiros, com poucas exceções, são considerados patrimônios públicos da União Federal, ou universalidades, definidos como tal no vigente Código Brasileiro de Aeronáutica – art. 38².

A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero é uma empresa pública criada através da Lei n. 5.862, de 12 de dezembro de 1972.

Entretanto, a Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), prevê o estabelecimento de um modelo de concessão da infraestrutura aeroportuária. No art. 8º., inciso XXIV, assevera-se, com todas as letras, que a ANAC “[...] concede ou autoriza a exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte.”

Mais recentemente, ou seja, no dia 21 de março de 2011, a Medida Provisória n. 527, editada pela Presidente da República, alterou a redação do art. 2º da Lei n. 5.862/72 para estabelecer que, “desta data em diante, a Infraero terá por finalidade implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeroportuária, que lhe for atribuída pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.”

² “Art. 38. Os aeroportos constituem universalidades, equiparadas a bens públicos federais, enquanto mantida a sua destinação específica, embora não tenha a União a propriedade de todos os imóveis em que se situam.

§ 1º Os Estados, Municípios, entidades da Administração Indireta ou particulares poderão contribuir com imóveis ou bens para a construção de aeroportos, mediante a constituição de patrimônio autônomo que será considerado como universalidade.

§ 2º Quando a União vier a desativar o aeroporto por se tornar desnecessário, o uso dos bens referidos no parágrafo anterior será restituído ao proprietário, com as respectivas acessões.”

Em outras palavras, isto significa que a Infraero não mais exerce o monopólio de exploração da infraestrutura aeroportuária em nome da União Federal. Admite-se que outros entes da administração pública o façam, inclusive empresas privadas, através de concessões e parcerias público privadas, conforme prevêem as Leis 8.987/95 (Lei de Concessões), cujas regras foram mitigadas pela Lei n. 11.196/2005, e pela Lei 11.079/04³ (Lei de Parcerias Públicos Privadas).

Como se disse, a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero, pessoa jurídica de direito público, porquanto uma estatal pura, com 100% de capital da União Federal, foi primordialmente incumbida pela legislação de gerir os aeroportos.

Ao longo do tempo, sua atuação vem sendo muito criticada pela forma que exerce esse encargo legal. A crise na infraestrutura do País, como é propalada pela imprensa, atinge níveis de verdadeira calamidade se forem consideradas apenas as deficiências observadas no setor aeroportuário, principalmente nos aeroportos mais importantes ou movimentados como são os de Brasília, Guarulhos e Congonhas, em São Paulo, e Galeão e Santos Dumont, no Rio de Janeiro, para não se mencionarem outros como o Tancredo Neves, em Belo Horizonte, situado no Município de Confins, e o Afonso Pena, em São José dos Pinhais, nos arredores de Curitiba.

Quem viaja com certa frequência pode observar que as instalações e os serviços aeroportuários deixam muito a desejar e não há termos de comparação entre esses aeroportos e outros situados em países do chamado primeiro mundo.

Os investimentos que precisam ser realizados para a permanente modernização dos aeroportos são relegados a segundo plano, seja por carência de recursos ou incúria administrativa. E quem sofre na pele todas as consequências da inação estatal somos nós, os cidadãos contribuintes, que nos transformamos em queixosos passageiros. Tanto assim que já foram criados juizados especiais de conciliação nos principais aeroportos do País, tendo em vista a fal-

³ Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

ta de solução dos inúmeros problemas enfrentados pelos usuários dos serviços aéreos e aeroportuários.

É claro que os aeroportos não são apenas salas de visitas pelas quais passamos em operações de embarque e desembarque das aeronaves. Há neles equipamentos importantíssimos que se relacionam muito mais com a segurança do que com o próprio bem estar dos passageiros. E segurança possui um sentido duplo, tendo na língua inglesa dois vocábulos com grafias e acepções diferentes: “safety” e “security”. Para aqueles familiarizados com o idioma estrangeiro, não há necessidade de muita explicação: “safety” tem a ver com a segurança das pessoas no que concerne a sua integridade física, a sua higidez corporal e, por que não dizer, mental.

“Security” diz respeito a segurança no sentido de prevenção contra atos ilícitos. É muito claro, no entanto, que o pouco cuidado com normas de segurança contra atos ilícitos poderá implicar em prejuízos consideráveis para a indenidade ou segurança física de todas as pessoas que transitam pelos aeroportos, sejam passageiros ou não.

E por que mencionar a questão da segurança, tanto traduzida como “safety” tanto como “security”, quando se trata de aspectos jurídicos da concessão de aeroportos?

Ocorre que, muitas vezes, a atuação da Infraero, como gestora dos principais aeroportos do País, tem negligenciado a questão de segurança, em prol de maior ênfase em outros aspectos do patrimônio aeroportuário. A transformação de alguns aeroportos em quase “shopping centers”, com a priorização das áreas comerciais em relação às áreas operacionais, tem sido uma constatação e uma preocupação principalmente para os operadores de aeronaves, dentre eles as empresas concessionárias de transporte aéreo regular, permissionárias de táxi aéreo e operadores de aeronaves corporativas. Deveria ser também a preocupação maior de todos nós cidadãos e habituais usuários dos aeroportos brasileiros.

ALGUNS ASPECTOS DO INSTITUTO DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Quando a Administração Pública executa seus próprios serviços, age na qualidade de titular deles; quando os transfere a outrem,

pode transferir-lhes a titularidade ou simplesmente a execução. A transferência da titularidade do serviço é outorgada por lei e só através de lei pode ser retirada ou alterada. Já na transferência da execução do serviço, a delegação é realizada através de ato administrativo (bilateral ou unilateral) e pela mesma maneira pode ser retirada ou alterada. No Brasil, a outorga de serviço público ou de utilidade pública é feita a autarquias, fundações públicas e às entidades paraestatais, haja vista que a própria lei que as cria já lhes transfere a titularidade dos respectivos serviços.

Foi o que ocorreu no setor aeroportuário. A União Federal transferiu à Infraero a competência prevista no art. 21⁴, inciso XII, letra “c”, 2ª parte, da Constituição Federal de 1988. Ulteriormente, incumbiu a Agência Nacional de Aviação Civil e, mais recentemente, a Secretaria Nacional de Aviação Civil de delegar a terceiros a execução das tarefas de implantar, administrar, operar e explorar a infraestrutura aeroportuária, através de concessões a empresas privadas.

No que concerne à delegação para simples execução de serviço público ao particular, que não implica em transferência de titularidade, o Poder Público, temporariamente, abdica de fazê-lo por si próprio, como ocorre com as concessões administrativas para exploração da navegação aérea, na forma prevista pela primeira parte do mesmo art. 21, XII, letra “c”, da Constituição Federal. Portanto, as empresas de transporte aéreo já são um claro exemplo de que é possível, para não dizer recomendável, que o Poder Público, representado pela União Federal, transfira à iniciativa privada a incumbência constitucional de gestão de determinados aeroportos, a despeito da existência da Infraero. Alguém imagina que a União Federal pudesse ter uma empresa com direito exclusivo de executar os serviços de transporte aéreo no País? Impensável, mormente considerando as tristes experiências de um passado nem tão remoto, quando vimos sucumbir várias empresas do gênero.

⁴ Art. 21. Compete à União:
XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

JOSÉ DA SILVA PACHECO, certamente o maior jurista no campo do direito aeronáutico brasileiro, explica que “Concessão é a transferência, temporária ou resolúvel, por uma pessoa coletiva de direito público, do exercício de atribuições que lhe competem, para outra pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, a fim de que esta execute os serviços por sua conta e risco, mas no interesse geral.” (“apud” obra citada, p. 321, em escólio ao art. 180 do C.B.Aer.)

O Código Brasileiro de Aeronáutica, lei promulgada em 1986, portanto antes da Constituição Federal que se encontra vigente, já estabelecia que é possível a concessão ou autorização para a construção, manutenção e exploração dos aeródromos públicos. Esta é a regra do art. 36, inciso IV, do Código Brasileiro de Aeronáutica. Aliás, a própria Constituição Federal, em seu art. 175⁵, determina que os serviços públicos possam ser prestados através de concessões.

Portanto, pode-se afirmar que existe base jurídica para que os aeroportos, ou alguns deles, sejam transferidos mediante contratos de concessão para a iniciativa privada, de modo que esta execute a contento as atividades de melhoria no sistema aeroportuário em questão. E isto sem se entrar no mérito desse aparente paradoxo entre as leis de criação da Infraero, de 1972, e de criação da ANAC, de 2005, pois, afinal, não se sabe quem, em nome da União Federal, exerceria o monopólio sobre a infraestrutura aeroportuária, nos termos da Constituição Federal. Teria a Infraero perdido sua competência de ação a partir da existência da ANAC? E quanto à Secretaria Nacional de Aviação Civil, criada nos albores de 2011? Como sugestão de resposta a estas indagações, pode-se depreender que os dois últimos entes públicos passaram a deter a titularidade

⁵ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

do direito constitucional conferido à União Federal, “ex vi legis”, enquanto à primeira resta apenas o direito de execução dos serviços aeroportuários quando não for o caso de delegação a particulares.

Aliás, a outorga de parcelas do patrimônio aeroportuário a particulares não é novidade alguma, porquanto diversas empresas já são concessionárias de áreas aeroportuárias, tanto para a exploração comercial como para fins operacionais. Para a primeira hipótese, são exemplos os inumeráveis estabelecimentos comerciais, desde lojas, cinemas, hotéis e outros do gênero, instalados nos principais aeroportos brasileiros. Para a segunda, os diversos hangares e escritórios que abrigam empresas de linhas aéreas, de táxi aéreo e outras que têm como escopo a exploração de serviços aéreos. Em todos esses casos, a Infraero, como representante legal da União Federal, outorga aos empresários o direito de utilizar determinadas áreas aeroportuárias pagando-se o preço correspondente, negociado entre as partes interessadas.

FORMA DE OUTORGA DAS CONCESSÕES

A partir da edição da Lei de Concessões, em 1995, a Lei 8.987, deu-se sequência à disposição programática do art. 175 da Constituição Federal, regulamentando-se a forma de outorga do Poder Público ao particular para a prestação de serviços públicos. Padecendo de certa rigidez, somente em 2005 ocorreria a suavização dessas normas mais estritas através da Lei n. 11.196. Nela estabeleceu-se que pode haver a inversão da ordem de habilitação e apresentação de propostas pelos licitantes interessados na outorga, com o oferecimento de lances sucessivos, ou seja, através de leilão. De qualquer modo, as licitações públicas devem obedecer as normas gerais da Lei n. 8.666, de 1993, guardadas as peculiaridades da Lei de Concessões (8.987/95). Com base nessa legislação, a União Federal já poderia, há muito tempo, ter obtido o concurso dos empreendedores para aprimorar a infraestrutura aeroportuária. Mas isso não ocorreu.

Outra hipótese prevista na legislação, principalmente para a solução do elevado déficit nas contas da Infraero em inúmeros aeroportos, teria sido a aplicação da Lei Federal de Parcerias Público

Privadas, a Lei n. 11.079, de 2004, possibilitando empreendimentos de construção, reforma, recuperação, melhoramento, ampliação de obras e instalações aeroportuárias, bem como de prestação de serviços que atendessem às condições previstas na Lei, com o escopo de se aprimorar a situação aeroportuária coetânea.

Aliás, como ocorre no Estado de Minas Gerais, onde a parceria entre a administração estadual e empreendedores privados, como prevista na Lei mineira nº 18.038, de 12 de janeiro de 2009, definindo as regras e diretrizes para a formalização de contratos ou convênios entre o Estado e a iniciativa particular, foi pensada como forma de se realizar empreendimentos para o desenvolvimento econômico do Estado, através da construção ou reforma de aeroportos já existentes. Mas esta é uma lei mais recente, de âmbito regional, que tampouco foi aplicada até o momento, pelo que se tem notícia.

PARTICIPAÇÃO ESTRANGEIRA

Compulsando-se a legislação vigente, não foi encontrado qualquer óbice a que a construção ou a exploração de aeroportos fosse outorgada a empresas de capital estrangeiro ou controladas por pessoas físicas ou jurídicas estabelecidas no exterior.

Na verdade, como ocorre em outros países, seria até mesmo desejável, para fins de ampliação do quadro de interessados, que os editais de licitação para a concessão de aeroportos brasileiros pudessem prever a participação de empresas especializadas de origem estrangeira, inclusive através de consórcios com empresários brasileiros. É evidente que a disputa ganharia muito mais competitividade, ampliando as vantagens econômicas oferecidas pelos disputantes, inclusive no que concerne à qualidade dos serviços oferecidos, baseados em critérios de excelência desenvolvidos e aceitos no plano internacional.

CONCLUSÕES

Os aeroportos brasileiros se encontram em condições de conservação e funcionalidade muito precárias. A Infraero vem se mostrando pouco eficiente em administrar esse enorme e importante patrimônio

público. A urgência de se implantarem melhorias é evidente, pois o País, brevemente, sediará dois importantes eventos desportivos que aumentarão sobremaneira o afluxo de turistas e expandirá exponencialmente o público usuário dos aeroportos, que não são apenas os passageiros. Já se sabe que, a despeito da ojeriza que a palavra privatização causa aos atuais titulares do Governo Federal, existem algumas idéias neste sentido que já se encontram em curso. Notícias publicadas na imprensa dão conta que algumas empreiteiras estudam, em parceria e com o beneplácito do Governo Federal, construir um novo aeroporto internacional nos arredores da cidade de São Paulo. O Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, nos arredores de Natal, também é uma possibilidade de intervenção da iniciativa privada que conta com a aprovação do Governo Federal, tendo sido este objeto do primeiro edital de concorrência pública para a exploração do setor aeroportuário já divulgado pela União.

A par de tudo isso, não se pode recomendar que a sociedade brasileira continue a assistir passivamente a ampliação do número de passageiros de aviões, que hoje é quase maior do que os de ônibus, com média de tarifas bastante próximas, sem que nada seja feito pelas autoridades para proporcionar maior conforto e segurança. O mínimo que se pode fazer é a abertura de oportunidades para investimentos privados para contrabalançar a carência de recursos financeiros da Infraero, seja através de concessões para a exploração de terminais aeroportuários, seja através de parcerias público privadas.

As experiências já realizadas em outros países são muito bem sucedidas. É o que ocorre com o Aeroporto Internacional de Copenhagen, cuja administração e exploração foram privatizadas no ano de 1994, por determinação do Parlamento dinamarquês. A eficiência da gestão privada se mostrou muito maior a ponto de elevar as receitas e tornar o negócio lucrativo ou superavitário em poucos anos. Ademais, os índices de pontualidade dos pousos e decolagens nesse aeródromo chegam a 95%, enquanto os de Congonhas, por exemplo, não ultrapassam 45% (dados do ano passado). Em 2007 o Aeroporto Internacional de Copenhagen teve movimento de 22 milhões de passageiros, com projeção de aumento para 30

milhões em 2015. As reclamações apresentadas pelos usuários de suas bonitas e funcionais instalações são reduzidas, pelo que se tem notícia.

Outro exemplo emblemático é o do Aeroporto Internacional de Lima, no Peru, cuja administração foi transferida ao grupo privado Fraport AG – Frankfurt Airport Services Worldwide, de origem alemã, que também administra os Aeroportos de Frankfurt, Lima, Cairo e Dacar. Considerado, hodiernamente, o melhor aeroporto da América Latina, nem de longe lembra o acanhado terminal de passageiros que foi assumido pelos empresários germânicos, em 2001, através de concessão outorgada pelas autoridades peruanas. Formalmente, a empresa Lima Airport Partners possui o direito de operação e exploração do Aeroporto Internacional Jorge Chavez, através de concessão outorgada pelo Ministério dos Transportes e Comunicações do Peru. Tal concessão é válida até 2.031, com renovação automática até 2.041, sendo a metade da receita bruta auferida com a exploração das instalações e facilidades aeroportuárias compartilhada com a autoridade concedente.

Para encerrar, deve ser observado que a agência internacional Fitch Ratings, no ano de 2011, classificou os aeroportos mais movimentados do planeta nas categorias “AA” ou superior; “A” e “BBB”, como perfis de permanência em grau de investimento. Entre os avaliados, 13% figuraram na primeira categoria (“AA”); 70% na segunda (“A”) e 14% na terceira categoria (“BBB”); 3% ficaram abaixo das 3 categorias ou abaixo do chamado grau de investimento, sem classificação. Exemplificativamente, mereceram classificação “AA” os Aeroportos Internacionais de Los Angeles, Orlando e África do Sul; “A” os de Paris (Charles De Gaulle), Londres (Heathrow) e Miami. Na categoria “BBB” figuraram os Aeroportos Internacionais de Aruba, Lima (Peru), Londres (Gatwick) e Sidney (Austrália). Nenhum aeroporto brasileiro pôde ser avaliado positivamente.

* * *

Natureza e Efeitos da Confissão e Renúncia em Matéria Tributária

Tathiana de Souza Pedrosa¹
Paulo Honório de Castro Junior²

I. INTRODUÇÃO

A confissão, no direito tributário, realiza-se sob diferentes formas, ocorrendo mais corriqueiramente por meio dos termos de declaração produzidos pelo próprio contribuinte, como, por exemplo, a DCTF (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais) e a GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social), ou, ainda, pelos parcelamentos fiscais, os quais desempenham relevante papel na realização da gestão fiscal responsável, nos termos do art. 58³ da Lei Complementar nº 101/2000.

O enfoque desse artigo se volta para as legislações que regem os parcelamentos tributários, as quais trazem consigo exigências para que o contribuinte possa fazer jus ao benefício concedido pelo Fisco, dentre elas, a confissão irretratável e irrevogável do débito tributário objeto do pedido de parcelamento e a renúncia ao direito de resistir à pretensão fiscal.

¹ Pós-graduada MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduada em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC).

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

³ Art. 58. A prestação de contas evidenciará o desempenho da arrecadação em relação à previsão, destacando as providências adotadas no âmbito da fiscalização das receitas e combate à sonegação, as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial, bem como as demais medidas para incremento das receitas tributárias e de contribuições.

A problemática surge, inicialmente, em virtude da expressão “confissão irretratável e irrevogável”. Tal questão se torna relevante, uma vez que, se admitidas tais condições, se estará afirmando que o contribuinte, uma vez optado pelo parcelamento, jamais poderia questioná-lo, administrativa ou judicialmente, independentemente da motivação para tal.

Por outro lado, as exigências de “renúncia às alegações de direito”, ao “direito à jurisdição”, ou “ao direito sobre o qual se funda a ação”, requerem sérias ponderações por parte da doutrina, sobretudo na hipótese de inclusão de crédito tributário ilegal ou inconstitucional em parcelamento tributário. Quais os efeitos dessas espécies de renúncia?

Em torno dessa discussão, relevante não só na doutrina, mas também perante os Tribunais Superiores, girará o presente artigo.

2. NATUREZA JURÍDICA E OS EFEITOS DA CONFISSÃO

No Direito Civil, a confissão pode criar obrigação para aquele que confessa. Assim, apesar de tal obrigação advir da lei, há necessariamente que ocorrer com manifestação válida da vontade daquele que a ela se vincula.

Em relação ao direito tributário, a obrigação nasce independentemente da manifestação da vontade, sendo necessária a existência de norma definidora da hipótese abstrata que, se e quando ocorrer no plano fático, fará surgir a obrigação tributária, a qual vincula tanto o sujeito passivo como o sujeito ativo, obrigando-o a lançar e a cobrar o tributo respectivo.

A respeito da obrigação tributária, leciona Paulo de Barros de Carvalho (2009, p. 493):

Daí dizer-se que a incidência da regra faz nascer o vínculo entre sujeitos de direito, por força da imputação normativa. E a norma tributária não refoge desse quadro de atuação, que é universal, valendo para todo o espaço e para todo o tempo histórico.

Como decorrência do acontecimento do evento previsto hipoteticamente na norma tributária, instala-se o fato, constituído pela linguagem competente, irradiando-se o efeito jurídico próprio, qual

seja, o liame abstrato, mediante o qual uma pessoa na qualidade de sujeito ativo, ficará investida do direito subjetivo de exigir de outra, chamada de sujeito passivo, o cumprimento de determinada prestação pecuniária.

Assim, o requisito da vontade, exigido para constituir a confissão como obrigação no direito civil, é irrelevante quando aplicado no direito tributário, visto que a obrigação tributária decorre de lei, conforme estabelecido pelo próprio Código Tributário Nacional, em seu art. 3º.

Nesse contexto, no entendimento de Hugo de Brito Machado, a confissão tem natureza jurídica de meio de prova e possui apenas o efeito de inverter o *onus probandi*. Consequentemente, não há que se falar na sua irretratabilidade, entendida como a impossibilidade de o contribuinte vir a manifestar arrependimento, deixando de pagar a dívida confessada (MACHADO, 2008, p. 34). A confissão pura e simples é sempre retratável.

Ainda na visão do professor Hugo de Brito Machado (2008, p. 35) sobre a confissão, verifica-se que esta diz respeito a fatos, ou seja, o sujeito apenas tem o poder de confessar fatos, e fatos apenas, estes desprovidos de conteúdo jurídico:

Na confissão é afirmada a existência, a inexistência ou o modo de ser de um fato. É um meio de prova e não um elemento constitutivo de um direito. O elemento constitutivo de direito é o fato. Não a prova deste. Por isso mesmo a confissão pura e simples é sempre retratável, porque a existência, a inexistência ou o modo de ser do fato pode sempre ser provado por outros meios, e a verdadeira existência, ou inexistência, ou modo de ser do fato é que importa na formação do direito.

Assim, no que diz respeito à obrigação tributária, que decorre da concretização de fatos descritos como hipóteses de incidência na lei, é razoável admitir-se que as partes têm sempre o direito de averiguar se realmente ocorreram os fatos descritos, em vista da possibilidade de ter ocorrido algum erro.

Dessa forma, verifica-se que a confissão não se refere à obrigação tributária, sendo que esta decorre da lei, mas, ao incidir a norma sobre o fato, constituindo o crédito tributário, iguala-se, assim, a confissão às declarações tributárias contidas em GFIP, GIA, DCTF e etc.

O crédito tributário constituído pode ser revisto por força do art. 145, III, do CTN, desde que observados os requisitos do art. 149, do mesmo diploma, o qual prescreve em seu inciso IV que se “*comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória*”

A confissão, nesse caso, trata-se de uma imposição legal, de um ato vinculado, de modo que a revisão deve ser feita também nos casos em que dela resultar efeitos benéficos ao contribuinte, ou seja, redução do tributo devido. O contribuinte tem o direito de retificar e ver retificada pela Fiscalização a informação fornecida com erro, mesmo quando dessa retificação resultar a redução do tributo devido.

Nesse sentido, a confissão não possui efeitos de irretratabilidade, como quis o legislador ao instituir as leis de parcelamento atualmente em vigor no ordenamento jurídico. Ao contrário, verifica-se que a confissão pura e simples é sempre retratável.

Entretanto, entende Amaral Santos (1981, p. 415) que a confissão só pode ser retratável se houver erro de fato, mas não por ter ocorrido erro de direito:

O erro de direito não constitui fundamento para a revogação da confissão. Considerando que esta reconhece a verdade dos fatos, não do direito, a doutrina repele a sua revogabilidade por erro referente a este precisamente por nada ter a confissão com as afirmações jurídicas.

Haverá erro de direito nas hipóteses em que o tributo cobrado não possuir suporte de validade em lei formalmente editada pelo Poder Legislativo; ou quando, em que pese existir lei formal que aparentemente confira legitimidade ao tributo, seja esta inconstitucional; ou, ainda, pela errônea valoração dos fatos à norma legal aplicável. Em relação ao erro de fato, este ocorrerá quando o contexto fático subjacente à incidência tributária for equivocadamente apurado e declarado pelo contribuinte (ao proceder ao chamado auto-lançamento), bem como quando a Autoridade Fiscal, ao lançar o tributo, partir de premissas fáticas incompatíveis com os eventos efetivamente ocorridos.

Assim, não se admite no ordenamento jurídico a irretratabilidade absoluta da confissão, porque desta, quando feita com erro

quanto aos fatos, pode resultar uma obrigação que não nasceu do fato gerador respectivo, mas da confissão.

A confissão recai tão somente sobre fatos e, por essa razão, a sua revogação somente poderá ocorrer quando recair sobre a existência de erro de fato. Nesse sentido, verifica-se o entendimento do Ministro Mauro Campbell Marques, do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.133.027:

Por esta outra ótica, agora sim aplicável a jurisprudência da Primeira Turma invocada pelo Relator Ministro Luiz Fux, no sentido de que a matéria de fato constante de confissão de dívida pode ser invalidada quando presente defeito causador de nulidade do ato jurídico (v.g. erro, dolo, simulação ou fraude).

[...]

Desta forma, em homenagem ao princípio da verdade material e, por vislumbrar na hipótese a existência de defeito acusador de nulidade do ato jurídico – qual seja: erro de fato, entendo que a confissão deve ser invalidada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.133.027/SP. Rel. Ministro Luiz Fux. Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Julgado em 13/10/2010. DJe, 16 mar. 2011)

A confissão em direito tributário, ao constituir o suposto crédito, advindo da norma geral e abstrata contida na hipótese de incidência (obrigação tributária) é retratável, sendo possível a sua revogação em virtude da prova da existência de erro de fato, consistente na incongruência verificada entre o teor da confissão e os eventos efetivamente ocorridos.

3. NATUREZA E EFEITOS DA RENÚNCIA A DIREITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

As leis instituidoras de parcelamentos tributários exigem do contribuinte, ao aderir à anistia, a confissão irrevogável e irretroatável de dívida, bem como a determinação de renúncia ao direito sobre o qual se funda o processo judicial ou administrativo ou às alegações de direito suscitadas no feito respectivo. Desse modo, mostra-se pertinente tecer alguns comentários sobre os efeitos da

renúncia a tais direitos, principalmente em face das seguintes indagações:

- i) Existem diferenças entre renunciar às alegações de direito suscitadas no curso da ação e renunciar ao próprio direito material em que esta se funda? Quais as diferenças e seus respectivos efeitos?
- ii) É possível a rediscussão judicial do débito a cujo respeito se tenha renunciado às alegações de direito suscitadas anteriormente ou mesmo ao próprio direito material? Em quais hipóteses?

Confissão e renúncia não se confundem, posto que a confissão, como o reconhecimento de uma verdade, se dá apenas com relação aos fatos, sujeitos à valoração pelo direito, que determinará suas consequências. Ou seja, a confissão é categoria de prova, a qual deve ser valorada juridicamente pelo magistrado ou pela Administração Fazendária. Portanto, confessar fato não se confunde com renunciar a direito. Tanto é assim que a prova consistente na confissão pode ser revogada com base em erro de fato, como consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, mas nunca com base em erro de direito.

A respeito do direito, quando disponível, é facultado à parte a ele renunciar, nunca confessá-lo, uma vez que não cabe ao contribuinte, no curso de ação judicial, dizer o direito aplicável a determinado fato. A valoração jurídica do fato cabe aos Poderes Executivo e Judiciário. Ao Executivo apenas quando promove controle interno de legalidade por meio do processo administrativo, até que se consolide definitivamente o crédito tributário. Depois, cumpre exclusivamente ao Poder Judiciário valorar os fatos, atribuindo-lhes suas consequências. Como bem salienta Hugo de Brito Machado (2008, p. 35): “*A confissão reside no mundo dos fatos, enquanto a renúncia reside no mundo do direito, onde os fatos já estão juridicamente qualificados*”.

Portanto, sendo incontroversos os fatos na demanda e havendo manifestação do contribuinte anuindo com a incidência de tributo em face da ocorrência do respectivo fato gerador (subsunção do fato à norma), não está ele emitindo confissão, mas, sim, verdadeira renúncia à sua pretensão jurídica.

Estabelecidas as diferenças entre confissão e renúncia, cumpro-nos distinguir esta em três espécies, segundo os objetivos do presente trabalho: ao direito de ação; às alegações de direito; e ao próprio direito material. O elemento comum a todas é a renúncia a direitos. Contudo, cada espécie de renúncia possui diferentes abrangências, sendo imprescindível conhecê-las para melhor compreender a qual direito efetivamente corresponde cada espécie de renúncia.

As leis que instituem parcelamentos tributários, com anistia de juros e multa, estabelecem exigências de desistência da ação, confissão irretratável e irrevogável e renúncias (por vezes ao próprio direito material, noutras às alegações suscitadas na ação) e, implicitamente, ao próprio direito a rediscutir o débito anistiado. Este último aspecto se justifica, uma vez que, caso fosse exigido que o contribuinte apenas desistisse do feito judicial, seria esse extinto sem resolução do mérito, tornando possível a propositura de outra ação com o mesmo objeto, com base nos arts. 267, VIII, e 268 do CPC:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

[...]

VIII – quando o autor desistir da ação;

Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

Parágrafo único. Se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no nº III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito

Dessa forma, a posterior discussão do crédito tributário incluído em parcelamento fiscal é coibida por meio da renúncia às alegações de direito sobre as quais se fundam as ações ou ao próprio direito material subjacente, atraindo a incidência do disposto no art. 269, V, do CPC e, conseqüentemente, a formação da coisa julgada material:

Art. 269. Haverá resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

[...]

V – quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Caso o contribuinte que aderisse ao parcelamento, renunciando ao direito material, ajuizasse nova ação com mesmo pedido e causa de pedir, objetivando a anulação do crédito tributário, bastaria à Fazenda arguir preliminar de coisa julgada em sua contestação para que a nova ação fosse extinta sem resolução do mérito (art. 267, V, do CPC). Mostra-se razoável e legítimo o interesse fiscal em obter do contribuinte o compromisso de não mais discutir o crédito anistiado, sob pena de se comprometer a estabilidade do programa de parcelamento e, em consequência, jogar por terra a confiança na sua efetividade.

O Superior Tribunal de Justiça atribui a esta renúncia, conforme firmado no EREsp n.º 356.915/RS, o efeito de extinguir o feito com resolução do mérito, impossibilitando o ajuizamento de nova demanda que vise a rediscussão do débito, ao contrário do que se opera mediante a simples desistência da ação:

a renúncia ao direito é o ato unilateral com que o autor dispõe do direito subjetivo material que afirmara ter, importando a extinção da própria relação de direito material que dava causa à execução forçada, consubstanciando instituto bem mais amplo que a desistência da ação, que opera tão-somente a extinção do processo sem resolução do mérito, permanecendo íntegro o direito material, que poderá ser objeto de nova ação a posteriori. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 356.915/RS. Rel. Ministro Luiz Fux. Primeira Seção. Julgado em 22/04/2009. **DJe**, 11 maio 2009)

Em contrapartida, não se pode admitir que o Fisco venha a se locupletar ilicitamente, exigindo do contribuinte que tenha aderido ao parcelamento o recolhimento de tributo ilegal ou inconstitucional, a pretexto da sua presumível legitimidade. Isso se justifica por dois motivos: o primeiro, por estar a Administração Pública adstrita

aos princípios da legalidade e moralidade, vide art. 37 da CF/88⁴; e, segundo, dada a própria natureza da obrigação tributária, *ex lege*, razão pela qual não se pode exigir tributo inexistente, posto que instituído, majorado ou exigido em desacordo com o ordenamento jurídico vigente. A renúncia do contribuinte ao seu direito de resistir à pretensão fiscal não tem o condão de legitimar a incidência de tributo ao qual a própria lei não foi capaz de atribuir validade.

Nessa hipótese, abre-se ao contribuinte a possibilidade de re-discutir o débito em juízo, seja por meio de ação anulatória de ato jurídico ou ação rescisória, por ser irrenunciável o direito à jurisdição, que figura como cláusula pétrea da Magna Carta, estabelecido no art. 5º, XXXIV e XXXV:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Nesse sentido, valiosa a lição de Hugo de Brito Machado (2008, p. 36):

Em outras palavras, é inadmissível a exigência de expressa e irretroatável renúncia, pelo contribuinte, do direito de questionar judicialmente qualquer exigência fiscal. Se a lei não pode excluir da apreciação do

⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, com mais razão não se pode operar essa exclusão por renúncia do contribuinte.

O direito à jurisdição é inerente ao Estado Democrático de Direito, haja vista que, nesse sistema, compete em última instância ao Poder Judiciário interpretar as normas editadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, inclusive mediante a promoção do último e definitivo controle de legalidade e constitucionalidade dos seus respectivos atos. Vedar o acesso ao Poder Judiciário é subverter a sistemática prevista pelo Constituinte para o controle de todo o ordenamento jurídico, o que não se pode admitir.

Desse modo, a renúncia às alegações de direito ou mesmo ao direito material cuja titularidade se discuta em determinado processo, do qual se tenha desistido para aderir à anistia, somente possuirão validade caso o crédito tributário (ou a parcela deste em discussão, decorrente, por exemplo, de majoração de alíquota, alargamento da base de cálculo, e etc.) tenha sido também validamente instituído. Como dito anteriormente, esse fato decorre tanto dos princípios que emanam do art. 37 da CF/88, como da natureza *ex lege* da obrigação tributária. Regras estas que não são passíveis de serem suprimidas a pretexto da disponibilidade do direito patrimonial do contribuinte.

A respeito da disponibilidade do direito do contribuinte em matéria fiscal, faz-se necessária a diferenciação entre a renúncia “a quaisquer alegações de direito” sobre as quais se fundam o processo administrativo ou judicial e a renúncia ao “direito sobre o qual se funda a ação”. Observe-se que renunciar às alegações de direito não significa renunciar ao próprio direito material. Significa, tão somente, deixar de resistir à pretensão fiscal, aceitando a incidência tributária, com o fim específico de adesão a um programa de parcelamento tributário.

Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça atribui à renúncia às alegações de direito o significado de reconhecimento da obrigação tributária, vide o julgamento do REsp n.º 1.166.842/BA, do qual destacamos o seguinte trecho:

A mencionada renúncia ao direito de discutir a questão de fundo (cobrança do crédito tributário), portanto, equipara-se ao reconhe-

cimento judicial do débito. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1166842/BA. Rel. Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 23/03/2010. **DJe**, 08 abr. 2010)

Ocorre que, na hipótese de renúncia “a quaisquer alegações de direito” sobre as quais se fundam o processo administrativo ou judicial, o direito a que se está renunciando é apenas o de se defender da imposição fiscal, a qual é presumidamente legítima, em razão do princípio da presunção da constitucionalidade das leis ou mesmo da correição do procedimento fiscal, do qual é exemplo a presunção de certeza e liquidez da Certidão da Dívida Ativa (art. 204 do CTN).

O direito material tributário é irrenunciável, seja seu titular a Fazenda Pública ou o contribuinte, uma vez que, em última instância, trata-se sempre de direito subjetivo público. O fato de o contribuinte não resistir à pretensão fiscal, em razão da disponibilidade do seu patrimônio, não torna legítimo tributo que, em essência, legítimo não é, por vício de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. Oportuna a lição de Ives Gandra da Silva Martins e Fátima F. Rodrigues de Souza (2010, p. 133-134):

A constituição da obrigação tributária por lei válida, ou seja, compatível com a Constituição, é um direito subjetivo público, que não é suscetível de renúncia.

O que pode o contribuinte é, de livre vontade, tendo em vista que o pagamento de tributo envolve um direito patrimonial, deixar de oferecer resistência à pretensão fiscal, quando isso se lhe apresente como oportuno e conveniente.

[...] a atuação do Estado segundo os ditames constitucionais na instituição de tributos é direito subjetivo público, irrenunciável, de que o direito material do contribuinte é reflexo.

Como conclusão do exposto, tem-se que a renúncia ao próprio direito material subjacente ao crédito tributário é, na verdade, impossível de operar-se, por tal direito ser irrenunciável. Frise-se que o fato de o contribuinte dispor do seu direito patrimonial e, como conseqüente lógico, poder optar por não resistir à exigência fiscal, não faz com que o tributo incidente, se inconstitucional ou ilegal, pelo simples ato da renúncia, ganhe contornos de constitucionalidade ou de legalidade.

Evidentemente, o ato do contribuinte não tem o condão de suprir vício existente na lei que instituiu o tributo. E isso ocorre porque a obrigação tributária tem origem na lei, nunca em atos do sujeito ativo ou passivo da obrigação. Como bem ensinam Diogo Leite de Campos e Mônica Leite de Campos (2003, p. 349):

Em virtude do princípio da legalidade as normas tributárias, as normas que prevêm factos jurídicos têm de estar inseridas em leis da Assembleia da República. Nesta medida, referimos oportunamente que a obrigação tributária é legal, tem origem numa lei.

A respeito da valoração do ato inconstitucional, o sistema brasileiro, seguindo o norte-americano, adota como regra a nulidade absoluta, que é tão somente declarada, jamais constituída. Em decorrência disso, são inválidos todos os efeitos do ato inconstitucional, desde sua origem, que assim é declarado com efeitos *ex tunc*. Veja-se, a respeito, a doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004, p. 62):

A jurisprudência dos tribunais brasileiros e a que importa, a do Supremo Tribunal Federal, não diverge da lição doutrinária. É constante nos acórdãos desse Tribunal a tese de que o ato inconstitucional é nulo e írrito. Assim, tal inconstitucionalidade é meramente declarada e disto decorre apenas caber desfazer retroativamente os seus efeitos (*ex tunc*).

Corroborar a lição acima o seguinte trecho, extraído do voto proferido pelo Exmo. Min. Celso de Mello no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 582.280/RJ:

A declaração de inconstitucionalidade reverte-se, ordinariamente, de eficácia “*ex tunc*” (RTJ 146/461-462 – RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no AI 582.280/RJ. Rel. Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 12/09/2006. **DJ**, 06 nov. 2006)

A exceção à regra, no que se refere ao controle de constitucionalidade judicial repressivo, consiste na possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, desde que fundada na preservação da segurança jurídica ou em excepcional interesse social.

Feitas essas considerações sobre o valor dado ao ato inconstitucional no sistema jurídico brasileiro, não há dúvida que, em regra, a rediscussão do crédito tributário a respeito do qual se tenha renunciado às alegações de direito, se fundado em norma inconstitucional, é sobremaneira viabilizada em razão deste se revestir de nulidade absoluta, ou seja, desde a origem. E não há que se cogitar, sequer, que o contribuinte somente poderia rediscutir o débito após a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade pelos Tribunais Superiores. Como visto, tais vícios são meramente declarados, nunca constituídos pela decisão judicial. O que significa dizer que sempre existiram, viabilizando que o pleito seja proposto pelo próprio contribuinte que tenha aderido ao parcelamento, já que a adesão à anistia, na hipótese analisada, é mero efeito de ato editado com inconstitucionalidade e, como efeito que é, deve ser desconstituído juntamente com o ato que lhe deu origem.

Admitir-se que apenas o contribuinte que não tenha optado por incluir determinado débito inconstitucional ou ilegal em parcelamento tenha legitimidade para pleitear a sua desconstituição em juízo, em razão da inexistência de renúncia às alegações de direito, fere também a igualdade tributária (art. 150, II, da CF/88).

Sendo o ato inconstitucional, em regra, reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro como nulo desde a origem e, assim, declarado pelo Judiciário, tal entendimento mostra-se claramente anti-isonômico ao retirar do contribuinte lesado pelos efeitos da renúncia o direito de suscitar, ele próprio, o respectivo incidente de inconstitucionalidade.

Ante todo o exposto, conclui-se serem irrenunciáveis os direitos à jurisdição e ao próprio direito material tributário, dado o seu caráter subjetivo público, sem que tal constatação negue aplicação ao entendimento firmado pelas Cortes Superiores no sentido de ser legítima a disponibilidade do direito patrimonial do contribuinte, refletida na renúncia de resistir à pretensão fiscal. Tais constatações não afastam, muito pelo contrário, a possibilidade de posterior rediscussão do crédito tributário flagrantemente ilegal ou inconstitucional, visto que a renúncia do contribuinte não tem o condão de autorizar o Estado a se locupletar ilicitamente, tampouco de legitimar tributo ao qual sequer a lei foi capaz de conferir validade.

4. MEIOS PROCESSUAIS PARA REDISCUTIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO ILEGAL OU INCONSTITUCIONAL INCLUÍDO EM PARCELAMENTO FISCAL

Em relação aos meios processuais para se discutir o crédito tributário incluído em parcelamento fiscal, há três situações a serem analisadas, principalmente, a depender do tipo da sentença que transitou em julgado em razão da adesão do contribuinte ao parcelamento fiscal.

A primeira consiste em que a adesão ao parcelamento fiscal seria fato superveniente ao ajuizamento da ação, apto a atrair a aplicação do art. 462 do CPC, que assim dispõe:

Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Desse modo, a superveniência da adesão ao parcelamento (especialmente na hipótese de ainda não ter sido prolatada sentença de mérito) implicaria a perda do objeto da ação, por falta de interesse de agir, ensejando a extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

[...]

VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, na hipótese de adesão do contribuinte a parcelamento fiscal, o feito somente pode ser sentenciado com base no supratranscrito art. 267, VI, do CPC nos casos em que inexistir nos autos a sua renúncia “*ao direito sobre o qual se funda a ação*”:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL IN-

TERPOSTO PELA FAZENDA NACIONAL. ADESÃO DA EMPRESA RECORRIDA À PROGRAMA DE PARCELAMENTO. AUSÊNCIA DE RENÚNCIA EXPRESSA AO DIREITO SOBRE O QUAL SE FUNDA A AÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PRECEDENTE REGIDO PELA SISTEMÁTICA DO ART.

[...]

2. Ao informar que a empresa havia aderido ao programa, o Fisco pleiteou a extinção do feito com resolução do mérito, na forma do art. 269, V, do CPC, pedido esse que foi indeferido em razão do entendimento desta Corte, adotado em sede de recurso repetitivo (REsp n. 1.124.420/MG), no sentido da necessidade de manifestação expressa da autora quanto à renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação. Dessa forma, inexistindo tal renúncia expressa, não há que se falar em extinção do feito com resolução do mérito. Contudo, é de se reconhecer que subsiste o interesse recursal do Fisco no caso, visto que, se o recurso especial apenas for considerado prejudicado, operar-se-á o trânsito em julgado do acórdão proferido pelo Tribunal Regional cuja conclusão foi desfavorável à pretensão fazendária.

3. Considerando-se que a adesão da empresa ao programa de parcelamento é fato incontroverso nos autos, é de se extinguir o presente feito sem resolução de mérito, medida que se impõe em face da ausência de interesse processual da empresa autora do mandado de segurança do qual se originou o presente recurso. Registre-se que, por se tratar de mandado de segurança, não há que se falar em condenação em honorários advocatícios (Súmula n. 105/STJ).

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para extinguir o feito sem resolução de mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no REsp 1041985/RS. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 28/09/2010. **DJe**, 15 out. 2010)

Nessa primeira situação, portanto, não se verifica a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória, devendo o contribuinte pleitear a anulação do crédito tributário por meio da ação anulatória, já que não há qualquer óbice a novo intento judicial do pleito, pelas razões expostas anteriormente.

Na segunda situação, verifica-se que, além da confissão de dívida e pedido de desistência, há a renúncia às alegações de direito suscitadas no curso da ação ou ao direito sobre o qual esta se funda, extinguindo-se o processo com resolução do mérito, por força do art. 269, V, do CPC:

Art. 269. Haverá resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

[...]

V – quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Nessa hipótese, a doutrina se divide em duas correntes, sendo que o posicionamento majoritário tem admitido que a adesão a parcelamento fiscal consista em transação tributária, conforme art. 171 do CTN⁵. Desse modo, no caso de extinção da ação com resolução do mérito, em razão da renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, se apresentaria adequada a sua desconstituição por ação rescisória, ajuizada com base no art. 485, VIII, do CPC:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

Assim, caso a sentença tenha incorporado a composição como se fosse solução dada ao feito pelo Juízo, mostra-se cabível a ação rescisória, com base no art. 485, VIII, do CPC, uma vez que efetivamente analisado o mérito da contenda pelo magistrado.

Por outro lado, caso a sentença tenha se limitado tão somente a declarar homologada a transação celebrada, seria aplicável ao caso o art. 486 do mesmo diploma, que assim dispõe:

⁵ Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.

Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

A sentença meramente homologatória, como os demais atos jurídicos processuais, assim como os atos jurídicos em geral, rescinde-se via ação anulatória e, nesse caso, a ação anulatória se dirige ao conteúdo do ato homologado.

Nesse sentido, confira-se o julgado abaixo do Superior Tribunal de Justiça:

Direito Processual Civil. Transação homologada. Desconstituição do negócio jurídico. CPC, art. 486.

I. É cabível a ação do art. 486 do Código de Processo Civil quando a parte, alegando vícios que invalidariam os atos jurídicos em geral, procura desconstituir o próprio ato homologado, não a sentença homologatória. No caso concreto, a sentença é simplesmente homologatória de transação, não a prevista no art. 485, VIII, do CPC, que regula a desconstituição de decisão cujas conclusões se baseiam em transação.

II. Recurso especial conhecido e provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 151.870/SP. Rel. Ministro Antônio De Pádua Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em 19 maio 2005. DJ, 13 jun. 2005, p. 287)

O Supremo Tribunal Federal já chegou a se posicionar sob a matéria em análise, sendo que em face das restrições de admissibilidade de recursos extraordinários que versem sobre o tema, atualmente inexistem novos julgamentos a respeito:

ACÇÃO OBJETIVANDO A ANULAÇÃO DE TRANSAÇÃO HOMOLOGADA JUDICIALMENTE. APLICAÇÃO DO ART. 486 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO VINGA A ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS ARTS. 269, INC. III E 485, INC. VIII, DO INVOCADO DIPLOMA. A SENTENÇA SIMPLEMENTE HOMOLOGATORIA DE TRANSAÇÃO, APENAS FORMALIZA O ATO RESULTANTE DA VONTADE DAS PARTES. NA ESPÉCIE, A AÇÃO NÃO É CONTRA A SENTENÇA, QUE SE RESTRINGE A HOMOLOGAÇÃO, EM QUE NÃO HÁ UM CONTEUDO DECISÓRIO PRÓPRIO DO JUIZ. INSURGE-SE

A AUTORA CONTRA O QUE FOI OBJETO DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DAS PARTES, A PRÓPRIA TRANSAÇÃO, ALEGANDO VÍCIO DE COAÇÃO. QUANDO A SENTENÇA NÃO APRECIA O MÉRITO DO NEGÓCIO JURÍDICO DE DIREITO MATERIAL, E SIMPLEMENTE HOMOLOGATORIA, NÃO ENSEJANDO A AÇÃO RESCISÓRIA. A AÇÃO PARA DESCONSTITUIR-SE A TRANSAÇÃO HOMOLOGADA E A COMUM, DE NULIDADE OU ANULATÓRIA (ART. 486 DO CÓDIGO PROC. CIVIL). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO, NOS TERMOS DA SÚMULA 291. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 101303. Relator(a): Min. Djaci Falcão. Segunda Turma. Julgado em 11/06/1985. **DJ**, 28 fev. 1986)

Por fim, importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça tem julgado extintas sem resolução de mérito, por ausência de nexo lógico entre o pedido e a causa de pedir, as ações rescisórias ajuizadas com base na declaração de inconstitucionalidade de norma pelo Supremo Tribunal Federal, valendo-se do permissivo do art. 485, VIII, do CPC:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO QUE HOMOLOGA RENÚNCIA AO DIREITO SOB O QUAL SE FUNDA A AÇÃO. SUPERVENIENTE ENTENDIMENTO DO STF AO DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/1998 . AUSÊNCIA DE NEXO LÓGICO ENTRE O QUE SE PEDE E A CAUSA DE PEDIR. INÉPCIA DA INICIAL.

1. A Primeira Seção do STJ firmou entendimento de que é de ser reconhecida a inépcia da petição inicial, com a extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 295, I, c/c o parágrafo único, II, do CPC), quando evidenciada a ausência de nexo lógico entre o pedido (rescisão da decisão homologatória da renúncia ao direito sob o qual se funda a ação) e a causa de pedir (inconstitucionalidade da alteração da base de cálculo da Cofins/PIS).

2. Agravo Regimental não provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1151417/RJ. Rel. Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 06/10/2009. **DJe**, 05 nov. 2009)

Entretanto, conforme se depreende da fundamentação de tais decisões, o entendimento decorre de ter se limitado o Juízo, ao cancelar a renúncia ao direito, a simples homologação da transação, não contendo qualquer elemento concernente ao direito material subjacente ao crédito tributário passível de ser atacado pela via rescisória.

5. CONCLUSÃO

A exigência de confissão de dívida, constante nas leis que instituem os parcelamentos tributários, é sempre retratável, haja vista a sua natureza de meio de prova. Como ato da vontade, a confissão não faz surgir a obrigação tributária, que tem origem apenas na lei. Assim, pode ser revogada em virtude da prova da existência de erro de fato.

São irrenunciáveis os direitos à jurisdição e ao próprio direito material tributário, dado o seu caráter subjetivo público, o que não confronta, de modo algum, o entendimento firmado pelas Cortes Superiores no sentido de ser legítima a disponibilidade do direito patrimonial do contribuinte, refletida na renúncia de resistir à pretensão fiscal.

Tais constatações demonstram a efetiva possibilidade de ser revista a inclusão do crédito tributário sem fato gerador correspondente, flagrantemente ilegal ou inconstitucional nos programas de parcelamento tributário, uma vez que a confissão de dívida (sempre retratável) e a renúncia do contribuinte não possuem o condão de autorizar o Estado a se locupletar ilicitamente, tampouco de legitimar tributo cujo fato gerador não tenha ocorrido, ou a respeito do qual sequer a lei foi capaz de conferir validade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 maio 2011.

BRASIL. Lei nº 5.172/1966. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 maio 2011.

BRASIL. Lei nº 5.869/1972. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 maio 2011.

BRASIL. Lei Complementar nº 101/2000. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no AI 582.280/RJ. Rel. Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 12/09/2006. *DJ*, 06 nov. 2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 29 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 101303. Rel. Min. Djaci Falcao. Segunda Turma. Julgado em 11/06/1985. *DJ*, 28 fev. 1986. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 29 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.133.027/SP. Rel. Ministro Luiz Fux. Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Julgado em 13/10/2010. *DJe*, 16 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 29 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 356.915/RS. Rel. Ministro Luiz Fux. Primeira Seção. Julgado em 22/04/2009. *DJe*, 11 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 29 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1166842/BA. Rel. Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 23/03/2010. *DJe*, 08 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 29 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no REsp 1041985/RS. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 28/09/2010. *DJe*, 15 out. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 29 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 151.870/SP. Rel. Ministro Antônio De Pádua Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em 19/05/2005. *DJ*, 13 jun. 2005, p. 287. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 29 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1151417/RJ. Rel. Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 06/10/2009. *DJe*, 05 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 29 maio 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário linguagem e método*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Noeses, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 76, p. 59-71, 2004.

LEITE DE CAMPOS, Diogo; LEITE DE CAMPOS, Mônica H. N. *Direito Tributário*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. Confissão e transação no Direito Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 159, p. 31-40, dez. 2008.

MARTINS, Ives Gandra S.; SOUZA, Fátima F. R. Aspectos controvertidos na adesão do programa do parcelamento especial com vistas à obtenção de regularidade fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 178, p. 130-150, jul. 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 2.

Impresso em dezembro de 2011