

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

PARECER JURÍDICO

I. A CONSULTA

Consulta-nos **MOREIRA E SCHEGERIN ADVOGADOS**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 02.787.288/0001-11, com sede na ST SHIS QI 9 CONJUNTO 14, S/N, Casa 13, Brasília, Distrito Federal, CEP: 71.625-140, por seus sócios Flavio Schegerin Ribeiro e Alberto dos Santos Moreira, com pedido de elaboração de **PARECER JURÍDICO** sobre a constitucionalidade dos instrumentos da Política Nacional de Biocombustíveis (“RenovaBio”) instituída pela Lei nº 13.576/17 e regulamentada pelo Decreto nº 9.888/19 e por atos normativos da Agência Nacional do Petróleo (“ANP”), para cumprimento de metas obrigatórias de redução da emissão de gases de efeito estufa (“GEE”) assumidas pelo Brasil no Acordo de Paris, bem como sobre a compatibilidade da referida política com as normas de direito internacional.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Esclarece-nos a Consulente que o Plano Nacional de Biocombustíveis (“RenovaBio”) foi instituído pela Lei nº 13.576/2017 com a finalidade de dar cumprimento aos compromissos de redução da emissão dos gases de efeito estufa (“GEE”) assumidos pelo Brasil no Acordo de Paris. O Acordo é inequívoco ao estabelecer que, para a consecução de tais objetivos, as respectivas Partes devem atender a variados princípios, dentre eles a equidade, capacidade contributiva e cooperação mútua, sobretudo em relação aos instrumentos a serem adotados para a perseguição dos objetivos da norma convencional.

Para buscar a redução da emissão de GEE no país, a política do RenovaBio definiu instrumentos que visam ao incentivo e à promoção de maior participação de biocombustíveis na composição da matriz energética brasileira. Neste desiderato, foi instituída uma sistemática de compensação pecuniária, por meio da qual é exigida a aquisição, pelos distribuidores de combustíveis, de Créditos de Descarbonização (“CBIOS”), emitidos por produtores e importadores de biocombustíveis, cuja negociação corre em mercados organizados, como a B3, inclusive em leilões.

O Decreto nº 9.888/19 regulamentou a Lei nº 13.576/17 e estabeleceu os critérios de definição de metas anuais de redução de GEE. Nesse sentido, determinou que as metas individuais, por distribuidor, seriam fixadas na proporção da comercialização dos combustíveis fósseis do ano anterior, de acordo com valores comunicados pela Agência Nacional do Petróleo (“ANP”).

Os critérios para a definição das metas anuais individuais e os subsídios para o cálculo da participação de cada distribuidor no mercado foram previstos pela Resolução ANP nº 791/2019 e suas posteriores alterações. Na sequência, por intermédio dos Despachos nºs 585/2019, 263/2020, 797/2020, 790/2021, 374/2022 e 322/2023, a ANP estabeleceu o montante específico das metas gerais e individuais por distribuidor.

Referido dever é imposto de modo exclusivo aos distribuidores de combustíveis, com a exclusão de outros agentes econômicos causadores da emissão de GEE. Em adição, a mesma política não oferece alternativas aos distribuidores de combustíveis para o alcance de suas metas individuais, senão apenas pela aquisição compulsória dos CBIOS.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Em razão de diversos fatores que interferem na definição do preço dos CBIOS, sobretudo quanto à faculdade de emissão dos títulos por produtores e importadores de biocombustíveis e da contrapartida de obrigação de compra pelos distribuidores de combustíveis, o valor do CBIO, que iniciou em R\$20,00 (vinte reais) quando de sua colocação primária, alcançou patamares superiores a R\$209,00 (duzentos e nove reais).

A despeito dos objetivos declarados do programa, não se identifica na legislação federal ou nas normas regulamentares qualquer destinação vinculada do valor obtido pelos produtores e importadores de biocombustíveis com a emissão e venda dos CBIO a investimentos para expansão, desenvolvimento tecnológico e aumento de eficiência na produção daquela fonte energética.

Os distribuidores de combustíveis que não atenderem às metas individuais compulsórias de aquisição de CBIO estarão sujeitos à imposição de multa pecuniária, proporcional à quantidade de títulos cuja aquisição não tenha sido comprovada, com base na cotação máxima do ativo para o ano examinado. Em adição, a parcela desatendida da meta em determinado ano deverá ser acrescida à meta aplicável do ano seguinte.

A aplicação da multa ocorrerá sem prejuízo das demais sanções administrativas e pecuniárias previstas na Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999 (fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis), e de outras de natureza civil e penal cabíveis, tal como, dentre outras, a suspensão da atividade.

A legislação regente da multa pecuniária imposta aos distribuidores de combustíveis não estabelece a destinação dos valores recolhidos a este título à União, de modo que os montantes não estão vinculados a medidas de consecução dos objetivos da política do RenovaBio.

Houve reduzida adesão dos produtores ao programa para fins de emissão dos CBIO, haja vista que os biocombustíveis obtidos através de grãos, como etanol de milho e soja, não alcançam a mesma Nota de Eficiência Energético-Ambiental obtida pelos produtores de etanol proveniente da cana-de-açúcar. Referida nota determina, ao seu turno, a quantidade de títulos que podem ser emitidos pelo produtor, de modo a determinar a atratividade do sistema por parte dos produtores.

Isso ocorre por força dos critérios desenvolvidos pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMBRAPA para a identificação da Nota de Eficiência

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Energético-Ambiental, os quais beneficiam o etanol proveniente da cana-de-açúcar, de modo que apenas de 50% (cinquenta por cento) dos produtores de biodiesel optaram por participar do programa RenovaBio na qualidade de emissores dos títulos de carbono.

De acordo com a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustível – ANP, o Brasil perdeu, desde 2019 (ano de implementação do RenovaBio) até 2022, em produção de etanol, um volume superior a 6,6 (seis vírgula seis) bilhões de litros. Em paralelo, de acordo com estudos empreendidos pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, houve crescimento de 6,52% nas emissões de GEE entre o terceiro trimestre de 2021 e o mesmo período de 2022, em razão do aumento do consumo de óleos combustíveis leves e da maior participação da gasolina na matriz energética.

Diante do contexto narrado, o Consulente vislumbra evidente prejuízo à constitucionalidade dos instrumentos eleitos pela política do RenovaBio para a consecução de seus objetivos, bem como sobre sua compatibilidade com as diretrizes e compromissos assumidos pelo Brasil no Acordo de Paris.

Honra-nos, assim, com os seguintes questionamentos:

“a) O Acordo de Paris é recebido no ordenamento brasileiro, à luz da equiparação traçada no julgamento da ADPF 708, como norma constitucional?

b) Em caso afirmativo da questão acima, é possível dizer que a edição de normas que descumpram os dispositivos do Acordo de Paris poderá ensejar o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade?

c) Mais uma vez, em caso afirmativo das questões anteriores, é possível dizer que, diante (i) da inobservância da equidade de responsabilidade dos agentes envolvidos, (ii) do aumento do uso de combustíveis fósseis e da emissão de GEE, (iii) da ausência de vinculações de receita advindas dos créditos de carbono, para o fomento do setor de biocombustíveis, bem como de outras medidas de incentivo ao desenvolvimento de novas tecnologias, há uma afronta ao Acordo de Paris e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade do Programa?

d) É possível dizer que o Renovabio incorre, desde sua criação, em um erro de fundamentação, posto que, embora tenha sido utilizado como justificativa de implementação do Programa o atendimento às metas do

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Acordo de Paris, a modelagem do programa não apresentou medidas que, de fato, (i) incentivem o aumento da presença de combustíveis renováveis na matriz energética brasileira e (ii) financie o desenvolvimento de novas tecnologias para o setor, trazendo, no entanto, apenas medidas que privilegiam, através da transferência de recursos sem vinculação de uso, os produtores e importadores sucroalcooleiros?

e) Em caso afirmativo, o erro de fundamentação representaria uma ofensa constitucional capaz de ensejar o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade?

f) É possível dizer que, a partir dos resultados apresentados pela ANP e pela FGV, que atestam a completa ineficácia do Programa para redução da emissão de GEE, em razão das medidas inefetivas e assimétricas implementadas, há um desvio de finalidade do Programa Renovabio?

g) Em caso afirmativo, o desvio de finalidade representaria afronta constitucional capaz de ensejar o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade?

h) É possível dizer que há uma afronta ao Princípio Constitucional da Isonomia, presente no art. 7º, da Lei nº 13.576, de 26 de dezembro de 2017, diante da distribuição desigual de responsabilidades e oneração excessiva de um único agente em benefício de outros particulares, em decorrência da obrigação abrangente apenas aos distribuidores, sem que haja qualquer medida de obrigação aos demais agentes da cadeia de emissão de GEE, nem, ao menos, a obrigação de produção e certificação, por parte das produtoras e importadoras de biocombustíveis?

i) É possível dizer que há uma afronta aos Princípios Constitucionais de Livre Concorrência e Isonomia, diante da preponderância dos benefícios voltados à indústria sucroalcooleira, que gera o desincentivo às outras matérias-primas de biocombustíveis?

j) É possível dizer que há uma afronta ao Princípio Constitucional da Livre Concorrência, em razão da imposição de metas compulsórias de compra de CBIO às distribuidoras, desconsiderando a imprevisibilidade do mercado de créditos de carbono, em face do desequilíbrio entre a oferta e demanda dos ativos, criado pela própria legislação?

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

k) É possível dizer que a multa pelo descumprimento das metas compulsórias vai de encontro com o art. 150, inciso IV da Constituição, contraindo um caráter confiscatório, uma vez que, em regra, será equivalente ao valor que deveria ser destinado à compra do CBIO, ou seja, uma multa de 100% (cem por cento) do valor da obrigação, havendo a hipótese, no entanto, de se cobrar um montante mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), nos casos nos quais o valor do descumprimento seja menor que essa referência, o que, por si só, pode gerar uma penalização com valor superior a 100% (cem por cento) da obrigação?

l) Diante da concentração das obrigações em um agente único, em posição intermediária na cadeia de emissão de GEE, é possível dizer que restou inobservado o princípio do poluidor pagador, instituído no art. 225, § 1º e art. 170, VI, ambos da Constituição Federal?”

m) Nas multas não decorrentes de questões tributárias, também pode-se falar em não-confisco?

Descrito o contexto fático em que se insere a presente Consulta, passamos à exposição sobre elementos conceituais, teóricos e normativos, para responder, ao final e de modo objetivo, aos quesitos formulados.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

II. SUMÁRIO

I. A CONSULTA	1
II. SUMÁRIO	7
III. PARECER	8
1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO	8
2 O ACORDO DE PARIS NO CONTEXTO DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL	17
2.1 A força normativa do Acordo de Paris no ordenamento jurídico brasileiro e o controle de convencionalidade	33
3 A POLÍTICA NACIONAL DE BIOCOMBUSTÍVEIS (RENOVABIO): OBJETIVOS, ESTRUTURA E MECANISMOS	64
3.1 RenovaBio: contexto internacional e objetivos	69
3.2 Os instrumentos de implementação da política do RenovaBio	74
4 A NATUREZA JURÍDICA DO DEVER DE AQUISIÇÃO DE CBIO PELOS DISTRIBUIDORES DE COMBUSTÍVEIS COMO NORMA DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	80
4.1 Limites gerais à intervenção no domínio econômico	85
4.2 O dever dos distribuidores com natureza jurídica de contrato coativo	88
4.3 Ilegalidade e inconstitucionalidade do art. 7º da Lei nº 13.576/17 na condição de dever de contratar (contrato coativo)	94
5 OFENSA DO INSTRUMENTO INTERVENTOR DO RENOVABIO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA	114
6 LIMITES À IMPOSIÇÃO DE PENALIDADES: PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA	136
IV. RESPOSTAS AOS QUESITOS	144

III. PARECER

1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

A Política Nacional de Biocombustíveis (“RenovaBio”) instituída pela Lei nº 13.576/2017, em especial a disposição de seu art. 7º, que estabelece metas compulsórias anuais de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa para a comercialização de combustíveis, mediante a aquisição de Créditos de Descarbonização (“CBIO”) pelos distribuidores, deve ser examinada no contexto da realização dos objetivos do Estado brasileiro, bem assim da concretização do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e dos limites da intervenção do Estado no domínio econômico. A partir destas bases fundamentais será possível identificar a eventual dissonância do programa com as balizas constitucionais que definem os contornos da política pública em análise.

O Estado Democrático e Social de Direito brasileiro é, sem nenhuma dúvida, regido por uma *Constituição Social*, com autorização para o intervencionismo estatal, por meio de políticas públicas e prestações sociais, em setores deficientes e cruciais para a estrutura de uma sociedade justa e igualitária.

Isso fica evidente em diversas passagens, como por exemplo no Preâmbulo e nos arts. 1º, 3º e 170, que conclamam a realização de uma justiça social permanente, mediante erradicação da pobreza e desigualdades regionais, a afirmar a dignidade da pessoa humana e preservação de todas as liberdades econômicas, assim como dos direitos sociais que integram o mínimo vital.

As normas de fins ou de objetivos de valor constitucional são cogentes como todas as demais regras. Observado o conteúdo dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 170, 203, 205, 215, 217, 218, 225, 226 da CF, todas são vinculantes quanto aos fins a realizar.¹ A partir dos “fins” constitucionais do Estado surge a demanda da Constituição pelos “meios” para sua concretização. Nesse particular, a tributação confirma-se como meio permanente e controlável, pelos entes tributantes, para a contínua construção do Estado Democrático Social de Direito.

¹ MONTALIVET, Pierre de. *Les objectifs de valeur constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2006, p. 568.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Os objetivos fundamentais da redução de desigualdades regionais,² erradicação da pobreza e realização do desenvolvimento equilibrado e sustentável definem prioridades orçamentárias e devem ser efetivados segundo os fins constitucionais do Estado Democrático de Direito, como o bem-estar de todos e os princípios que moldam as ordens econômica e social.³

Destarte, a submissão do Estado a uma ordem constitucional garantidora de direitos fundamentais é base do conceito de Estado Democrático de Direito, enquanto instrumento de concretização dos seus valores e fundamentos. Sendo função precípua do Estado a realização do bem-estar do cidadão em setores tidos como prioritários e fundamentais, incumbe-lhe, para alcançar esse fim, também intervir nas relações intersubjetivas,⁴ como garantia de uma convivência social harmoniosa, nos termos do quanto autoriza a própria Constituição.⁵

² Sobre o federalismo e as regiões, ver: BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 337 et seq.

³ “A construção federal completa a ordem do estado de direito social pelos efeitos divisores de poder próprios dela. Neles, trata-se, em primeiro lugar, de uma coordenação dos poderes diferenciados, que está apontada à multiplicidade das iniciativas, exercício apropriado das tarefas estatais, colaboração e capacidade de prestação, ao mesmo tempo, todavia, procura impedir um abuso de poder por faculdades de cooperação e controle recíprocas, assegurar liberalidades e criar pressupostos de prevenção, dado o caso, de vencimento de conflitos (infra, número de margem 492 et seq.)” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 229). Cf. BOCKENFÖRDE, ErnstWolfgang. *Stato, costituzione, democrazia*. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale. Trad. Michele Nicoletti; Omar Brino. Milano: Giuffrè, 2006, v. 73, p. 666; VOGEL, Juan Joaquín. El régimen federal de la ley fundamental. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang (Org.). *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 613-675; FERRANDO BADIA, Juan. *El Estado unitario, el federal y el estado regional*. Madrid: Tecnos, 1978.

⁴ Como sintetiza Gustav Zagrebelsky: “En el concepto de ‘Estado social de derecho’ se expresa esta doble caracterización de la regulación constitucional de lo ‘económico’: constitucionalización de los derechos de propiedad y libre iniciativa (derechos-voluntad) y valoración por el Estado de exigencias de justicia, sea como protección de derechos de justicia, sea como afirmación inmediata de necesidades objetivas de alcance general.” ZAGREBELSKY, Gustav. *El derecho dúctil*. Valladolid: Trotta, 1999, p. 102.

⁵ Habermas está correto quando diz que: “A partir da esfera privada publicamente relevante da sociedade civil burguesa constituiu-se uma esfera social repolitizada, em que instituições estatais e sociais se sintetizam em um único complexo de funções que não é mais diferenciável.” HABERMAS, Jürgenº *Mudança estrutural da esfera pública*. RJ: Tempo Brasileiro, 1984, 177; HABERMAS, Jürgenº *La logica de las ciencias sociales*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2000, p. 506.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Mais do que a positivação, nossa Constituição afirma a força vinculante dos direitos fundamentais por normas de garantia, aplicação imediata e proteção contra restrições a seu conteúdo mínimo cogente.

Para a concretização destes objetivos, a Constituição de 1988 acentua a força dirigente do Estado por meio de normas expressas e implícitas de intervencionismo estatal. Como diz Seabra Fagundes, este constitui “*uma inelutável realidade no mundo hodierno*”.⁶

Como afirmado por Canaris, o direito é um sistema aberto de valores.⁷ Com efeito, a constitucionalização de valores e princípios da ordem social e econômica elevou ao patamar da Constituição formal o poder-dever do Estado de realizar a tarefa de justiça econômica e social,⁸ inclusive por meio de normas tributárias e de intervenções no domínio econômico.

Nesse sentido, o constitucionalismo contemporâneo consagra a normatividade dos direitos fundamentais sociais, como instrumento de atendimento das necessidades humanas básicas.

Todavia, mais do que a positivação, nossa Constituição afirma a força vinculante dos direitos fundamentais. Assim, a norma de direito fundamental desenvolve-se tanto sob o ângulo do particular, como direito oponível perante o Estado, de aplicabilidade e exigibilidade imediatas, quanto sob o ângulo da norma em si mesma, que abarca um comando, prescrevendo um dever de atuação do Estado.

Esse é um modelo de *intervencionismo* estatal (que não se confunde com a noção de intervenção enquanto medida de poder de polícia) fundado nos princípios mais caros do Estado Democrático e Social de Direito. Um modelo que pressupõe um *facere* por parte do Estado para alcançar o compromisso firmado de justiça social; que atenua a correspondência entre contribuição e benefício, cuja concessão

⁶ Cf. SEABRA FAGUNDES, Miguel. Da nova ordem econômica na nova Constituição. In: CAVALCANTI, Themístocles B. et al (Coord.). *Estudos sobre a Constituição de 1967 e sua Emenda n. 1*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1977, p. 168.

⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. CORDEIRO, A. Menezes (trad.). Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, 311p.

⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995, p. 99 e 101.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

se dá em virtude da necessidade e para a universalidade. E por isso obriga a participação estatal.

É o que Ingo W. Sarlet⁹ denomina como a “*dupla dimensão objetiva e subjetiva*” dos direitos fundamentais.

Em sua *dimensão subjetiva*, remete-se à noção de “direito subjetivo público”, originada do positivismo e liberalismo do século XIX, segunda o qual ao indivíduo é dado exigir direitos subjetivos do Estado e que, por outro lado, não se constitui como mero poder jurídico do cidadão em face do Estado em nível constitucional. É o reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos subjetivos e, conseqüentemente, sob o esqueleto de norma trilateral, formada entre o titular (*i*), o objeto (*ii*) e o destinatário do direito (*iii*). Isto significa que a norma do direito fundamental outorga ao seu titular exigibilidade do seu conteúdo, mesmo diante de ausência de regulamentação.

Na *dimensão objetiva*, de outra banda, importam as próprias normas que estabelecem os direitos fundamentais, possuidoras de conteúdo material em si mesmas e que, assim, transcendem a perspectiva subjetiva. Como aponta Ingo Sarlet,¹⁰ a função dos direitos fundamentais não se limita a serem direitos subjetivos, “*já que também representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam em todo o ordenamento jurídico. Em outras palavras, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se, no âmbito da ordem constitucional, como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais.*”

Como consequência, o novo padrão constitucional acolhe a força irradiante dos direitos sociais fundamentais e pelo dever do Estado na sua efetivação, que de outro lado preconiza a subordinação das práticas privadas à regulação Estatal por conta da relevância pública das ações e serviços na área social.

É neste contexto da Constituição *dirigente* e transformadora da realidade que se situa o *direito fundamental à proteção do meio ambiente*, que encontra seu

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 292-298.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 296.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

fundamento valorativo-jurídico na própria essencialidade do meio ambiente para a sobrevivência, o desenvolvimento e o progresso da humanidade.

O direito fundamental à proteção do meio ambiente é enunciado de modo expresso pelo art. 225 da Constituição Federal, que assim assegura, *verbis*:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

A enunciação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um *direito de todos* evidencia seu caráter *universal*, qualificado como *bem de uso comum do povo*. A par da universalidade, o Constituinte de 1988 fez consignar a *essencialidade* do meio ambiente ecologicamente equilibrado para a *qualidade de vida*, caracteres intrínsecos à *dignidade da pessoa humana*. Trata-se de disposição de densidade normativa própria dos direitos fundamentais, ao aliar os pressupostos éticos - densidade objetiva - às suas garantias jurídicas - densidade subjetiva, com projeção por todo o ordenamento jurídico, na medida em que guarda incontornável relação sistêmica e essencial com a concretização dos direitos fundamentais da dignidade, da liberdade da igualdade.

O direito a um meio ambiente equilibrado, portanto, é direito fundamental,¹¹ assegurado pela Constituição Federal e pela Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano realizada em 1972, e a prevenção¹² é o modo mais relevante para reduzir os danos ao meio ambiente.

¹¹ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Direitos fundamentais e meio ambiente. In: MIRANDA, Jorge (Coord.); SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.); PEREIRA, Ademar [et al.]. *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 1129-1136; SALES, Alessander Wilckson Cabral. O conceito de meio ambiente, a proteção ambiental como direito fundamental, o sistema brasileiro de proteção constitucional do meio ambiente. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.); LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). *Constituição, democracia, poder judiciário e desenvolvimento: estudos em homenagem a José Albuquerque Rocha*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 11-38.

¹² LANFREDI, Geraldo Ferreira. *Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 198; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 158.; LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 46.; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 70.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

No mesmo sentido, a Política Nacional do Meio Ambiente, estabelecida pela Lei nº 6.938/81, define o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, I), de modo que o considera como tudo aquilo que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas, sem se limitar, portanto, apenas à vida humana. A Lei estabelece ainda que a referida política tem por objetivo a “*preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida*”, com vistas a assegurar condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à “*proteção da dignidade da vida humana*”.

Dentre seus princípios, enumerados no art. 1º da referida Lei, encontram-se, em seu inciso I, a “*ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico*, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo” e, em seu inciso V, o “*controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras*”.

O art. 225 da CF contempla os deveres do poder público para *assegurar a efetividade* do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme a preservação e restauração (incisos I e II), proteção de espaços territoriais (inciso III), fiscalização e controle de atividades potencialmente poluidoras (incisos IV e V), educação ambiental (inciso VI), proteção da fauna e da flora (inciso VII) e incentivo a biocombustíveis (inciso VIII).

Dentre os deveres específicos do Poder Público, o caput do art. 225 da CF impõe o *dever de não degradar o meio ambiente*, expressamente dirigido ao Poder Público e à *coletividade*, implicando tanto condutas positivas como abstenções no desenvolvimento das atividades humanas, inclusive em relação ao uso e gozo da propriedade. A esse título, o alcance da função social da propriedade urbana com base no plano diretor (art. 182, §2º) e os requisitos de gozo da propriedade rural enunciados no art. 186, com destaque para a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, são deveres constitucionais que concretizam, dentro de seus programas normativos, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, de interesse social e coletivo.

Por tais razões, a doutrina não hesita em considerar o direito ao meio ambiente equilibrado na categoria de *terceira geração*, porque não se destina especificamente à proteção de interesses apenas individuais ou estatais; ao contrário, assume caráter difuso e universal, tendo por objeto os *bens de uso*

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

comum, de modo complementar aos direitos individuais enunciados nas gerações jurígenas precedentes.

A esse respeito é consagrada a lição de Paulo Bonavides, *verbis*:

*“Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.”*¹³

São numerosas as manifestações do Supremo Tribunal Federal (“STF”) pertinentes não apenas à natureza fundamental dos direitos insculpidos no art. 225 da Constituição, como também de sua pertença à terceira categoria geracional. Nesse aspecto, é digno de reprodução o voto do Ministro Celso de Mello, por ocasião de julgamento relativo à função social da propriedade rural, *verbis*:

“O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 481. Aquiesce Alexandre de Moraes: “Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade e fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos”. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.”¹⁴

O referido entendimento foi reafirmado de modo contundente, dentre outras oportunidades, por ocasião da análise de conformidade de alterações promovidas no Código Florestal, as quais abrandavam exigências para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, com o dever de conservação dos “espaços especialmente protegidos”, nos termos do art. 225, § 1º, III, da Constituição, conforme se verifica no voto condutor do julgamento, *verbis*:

“(…). Todos sabemos que os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem, na concreção de seu alcance, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas.

Essa prerrogativa, que se qualifica pelo seu caráter de metaindividualidade, consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal (RTJ 158/205-206, Rel. Min. CELSO DE MELLO), com apoio em douta lição expendida por CELSO LAFER (“A reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 131/132, 1988, Companhia das Letras), de um típico direito de terceira geração, que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação - que incumbe ao Estado e à própria coletividade - de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.164/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 30-10-1995, DJ 17-11-1995.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social. (...).

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível (...).”¹⁵

Por dever de coerência, a interpretação constitucional dos *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil, discriminados no art. 3º da Constituição, deve conduzir necessariamente à conclusão de que o exercício das competências comuns dos entes federativos discriminadas no art. 23 faz parte integrante e indissociável daqueles objetivos fundamentais. Em consonância com esta interpretação, assim se manifestou o Plenário do STF, *verbis*:

“Resolução CONAMA 458/2013. (...) Disciplina que conduz justamente à conformação do amálgama que busca adequar a proteção ambiental à justiça social, que, enquanto valor e fundamento da ordem econômica (CRFB, art. 170, caput) e da ordem social (CRFB, art. 193), protege, ao lado da defesa do meio ambiente, o valor social do trabalho, fundamento do Estado de Direito efetivamente democrático (art. 1º, IV, da CRFB), e os objetivos republicanos de ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ e ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’ (Art. 3º, I e III). Deve-se compreender o projeto de assentamento não como empreendimento em si potencialmente poluidor. Reserva-se às atividades a serem desenvolvidas pelos assentados a consideração acerca do potencial risco ambiental. Caberá aos órgãos de fiscalização e ao Ministério Público concretamente fiscalizar eventual

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540-1/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 01-09-2005.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

vulneração do meio ambiente, que não estará na norma abstrata, mas na sua aplicação, cabendo o recurso a outras vias de impugnação. (...) É assim que a resolução questionada não denota retrocesso inconstitucional, nem vulnera os princípios da prevenção e da precaução ou o princípio da proteção deficiente.”¹⁶

Destarte, o exame do art. 225 do texto constitucional orienta o intérprete à constatação inequívoca de que os direitos ali inscritos são fundamentais, possuem caráter transindividual e transgeracional – enquanto direitos de terceira geração – e se relacionam com o alcance dos objetivos da República, com força vinculante suficiente para orientar os três Poderes no sentido de sua máxima efetividade,¹⁷ ou seja, para o caráter deontológico dos princípios e das regras extraídas direta ou indiretamente da disciplina constitucional de proteção do meio ambiente.

2 O ACORDO DE PARIS NO CONTEXTO DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

A Organização das Nações Unidas (“ONU”) promoveu, em 1972, a primeira grande reunião internacional sobre o meio ambiente, conhecida como “Conferência de Estocolmo”. A “Declaração de Estocolmo”, emitida como resultado daquele encontro histórico, enunciou 26 (vinte e seis) princípios relacionados à preservação de um meio ambiente equilibrado, com a recomendação de critérios programáticos para sua salvaguarda. Ainda que com caráter apenas declarativo, o documento instituiu o que se considera, ao menos no plano internacional, os princípios básicos do direito ambiental, que direcionaram inúmeros encontros e tratados multilaterais e bilaterais sobre o meio ambiente.

Em sequência, no âmbito do direito ambiental internacional, um dos mais reconhecidos esforços multilaterais para o combate das mudanças climáticas está na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (CQNUMC), também conhecida como UNFCCC (do original em inglês *United Nations Framework Convention on Climate Change*), um tratado internacional

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. ADI 5.547, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 22-9-2020, DJE 6-10-2020.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2008, p. 286.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

resultante da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), informalmente conhecida como a Cúpula da Terra, realizada no Rio de Janeiro em 1992.

Promulgada no Brasil por intermédio do Decreto nº 2.652, de 01 de julho de 1998, a Convenção reconhece a preocupação comum da humanidade a respeito dos efeitos negativos da mudança do clima, sobretudo por força do aumento das concentrações de gases de efeito estufa. Com similaridade às disposições da “Declaração de Estocolmo”, a Convenção-Quadro aponta diretamente para a maior cooperação possível de todos os países e sua participação em uma resposta internacional efetiva e apropriada, conforme suas responsabilidades comuns e respectivas capacidades e condições sociais e econômicas.

O tratado tem como objetivo a estabilização da concentração de gases do efeito estufa (“GEE”) na atmosfera em níveis tais que evitem a interferência perigosa com o sistema climático, mas não estabelece, em sua gênese, limites obrigatórios para as emissões de GEE e respectivas disposições coercitivas. Em vez disso, o Tratado inclui disposições para atualizações (chamados “protocolos”), que devem criar limites obrigatórios de emissões. O principal deles é o Protocolo de Quioto, aprovado em 1997.

O Protocolo de Quioto deu maior ênfase às metas quantitativas como forma de minimizar os custos de mitigação em cada país. Com este objetivo também foram estabelecidos instrumentos como o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (“MDL”), que viabilizava tanto a diminuição de emissões em países então denominados “industrializados” quanto a transferência de recursos para os países em desenvolvimento.

O Brasil é signatário do Protocolo,¹⁸ promulgado pelo Decreto nº 5.445/05, pelo qual se comprometeu a: (i) implementar ou aprimorar políticas e medidas de acordo com suas circunstâncias nacionais, para pesquisa, a promoção, o desenvolvimento e o aumento do uso de formas novas e renováveis de energia, de tecnologias de sequestro de dióxido de carbono e de tecnologias ambientalmente seguras, que sejam avançadas e inovadoras e (ii) limitar ou reduzir de emissões de metano por meio de sua recuperação e utilização no tratamento de resíduos, bem como na produção, no transporte e na distribuição de energia.

¹⁸ GRAU NETO, Werner. *O protocolo de Quioto e o mecanismo de desenvolvimento limpo - MDL: uma análise crítica do instituto*. São Paulo: Fiuza, 2007. 238p.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Em maio de 2023, foram encerradas as revisões anuais das Partes para o segundo período de compromisso (2013–2020) do Protocolo de Quioto. Os resultados desse exercício mostram um esforço dos países desenvolvidos para reduzir suas emissões e serem transparentes sobre esses esforços, um empenho que começou quase 20 anos antes.

A revisão confirma que os países desenvolvidos que *ratificaram* o Protocolo de Quioto conseguiram, em conjunto, reduzir as emissões médias anuais em 17% em relação aos níveis de 1990, com a União Europeia reduzindo as emissões em 25% e países como a Alemanha em 30%.¹⁹ Os índices mostram que o protocolo foi bem-sucedido em reduzir as emissões dos países ratificantes em cerca de 7% abaixo das emissões esperadas em um cenário “Não-Quioto”, de modo a confirmar a importância de contabilizar o caráter coletivo do acordo.²⁰

Todavia, o Protocolo de Quioto falhou em equiparar as reduções de emissões com oportunidades econômicas, e alguns países passaram a ver a mitigação como uma punição custosa. Seguindo essa linha de raciocínio, o Senado dos Estados Unidos recusou-se a ratificar o Protocolo, citando como motivo possíveis danos à economia dos EUA, o que abriu um precedente para países como Canadá e Japão desistirem do acordo sem penalidades em 2011 e forneceu um sério revés na eficácia do acordo desde o início.

A crítica final ao Protocolo de Quioto é a de que as emissões *globais* estão aumentando em relação aos níveis de 1990 até a atualidade, e muito desse aumento é impulsionado pelos próprios países que foram excluídos das metas de redução do Protocolo.²¹

¹⁹ United Nations Climate Change (2023). *Kyoto Protocol Paves the Way for Greater Ambition under Paris Agreement*. Disponível em: <<https://unfccc.int/news/kyoto-protocol-paves-the-way-for-greater-ambition-under-paris-agreement#:~:text=UNFCCC%20Nav&text=The%20review%20results%20confirm%20that,like%20Germany%20by%2030%20percent>>. Acesso em: 24-07-2023.

²⁰ Maamoun, N. (2019). The Kyoto protocol: Empirical evidence of a hidden success. *Journal of Environmental Economics and Management*, N. 95, p. 227-256.

²¹ BASSETI, Francesco (2022). Success or failure? The Kyoto Protocol’s troubled legacy. *Foresight: The CMCC observatory on climate policies and futures*. Disponível em: <<https://www.climateforesight.eu/articles/success-or-failure-the-kyoto-protocols-troubled-legacy/>>. Acesso em: 24-07-2023.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Após múltiplos esforços internacionais, os compromissos de redução dos gases de efeito estufa foram rediscutidos e renovados a partir de bases científicas mais evidentes a respeito do aumento da temperatura global.

As rodadas redundaram no “Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima”, um tratado internacional juridicamente vinculativo sobre as alterações climáticas. Foi adotado por 196 Partes na Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (COP21) em Paris, França, em 12 de dezembro de 2015, e entrou em vigor em 4 de novembro de 2016.

Seu objetivo primordial é o de reduzir as emissões de gases de efeito estufa, e deste modo, manter “o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C acima dos níveis pré-industriais”, bem como buscar esforços “para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C acima dos níveis pré-industriais”. Nos últimos anos, líderes mundiais enfatizaram a necessidade de limitar o aquecimento global a 1,5°C até o final deste século, e para tanto, as emissões de gases de efeito estufa devem atingir o pico antes de 2025 e diminuir 43% até 2030.²²

O Acordo de Paris é um marco no processo multilateral de mudança climática porque, pela primeira vez, um acordo reúne um grupo substancial de nações para combater a mudança climática e se adaptar a seus efeitos.

Os compromissos assumidos partem do reconhecimento da necessidade de uma resposta *eficaz e progressiva* à ameaça urgente da mudança do clima, com base no melhor conhecimento científico disponível, bem como das necessidades específicas e as circunstâncias dos países em desenvolvimento, em especial aqueles particularmente vulneráveis aos efeitos negativos da mudança do clima.

O tratado foi firmado sob as bases dos seguintes princípios norteadores:

- (i) *Equidade* (arts. 2º, § 2º, 4º, § 1º e 14, §1º),²³ que deve guiar a implementação do Acordo, suas disposições operacionais e respectivas regras. É aplicável ao longo de todo Acordo, mas é especialmente relevante para as disposições operacionais

²² United Nations Climate Change. *The Paris Agreement* (2023). Disponível em: <<https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement>>. Acesso em: 24-07-2023.

²³ United Nations Climate Change. *Equity in the Paris Agreement regime - Are current NDCs built on equity?* Disponível em: <<https://unfccc.int/sites/default/files/resource/202210210914---Equity%20into%20the%20PA%20regime%20%281%29.pdf>>. Acesso em: 26-07-2023.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

concernentes ao balanço global de carbono. O conteúdo da equidade no âmbito do Acordo se desdobra em quatro dimensões: (i) *igualdade*, na qual cada ser humano deve tender para a exposição ao mesmo nível de emissões de gases de efeito estufa (GEE), no menor patamar possível; (ii) *responsabilidade* de cada país pela emissão história e presente de GEE; (iii) *capacidade*, ou seja, cada país deve contribuir ao máximo de acordo com seus limites; e (iv) *direito ao desenvolvimento sustentável*, ou seja, os povos pobres, de todos os países, devem ser atendidos em suas necessidades básicas, com prioridade;

- (ii) *Responsabilidades comuns, porém, diferenciadas e respectivas capacidades* (no inglês, “CBDR-RC”)²⁴ (arts. 2º, 3º, § 3º e 19). Partindo da premissa de que a mudança climática é uma preocupação comum da humanidade que requer a mais ampla cooperação de todos os países, o Acordo reconhece diferentes contribuições para danos ambientais (“causalidade”), bem como diferentes capacidades para adotar medidas de mitigação (“capacidade”). Consequentemente, o Acordo abordou a diferenciação não apenas consagrando a CBDR-RC nos seus princípios, mas também ao estabelecer normas mais exigentes e obrigações mais fortes para as partes explicitamente listadas em seus anexos. Todas as partes, tendo em conta as suas *responsabilidades comuns, mas diferenciadas* e suas prioridades específicas de desenvolvimento nacional e regional, objetivos e circunstâncias, têm a obrigação comum - nos termos do art. 4.1 do Acordo – de tomar medidas para abordar as emissões de GEE e facilitar a adaptação, conservar os sumidouros e reservatórios, bem como elaborar e atualizar inventários nacionais de GEE. Sob o Art. 4.2, as partes incluídas no Anexo I (países desenvolvidos e aqueles com economias em transição) devem adotar políticas e medidas para limitar as emissões e proteger e melhorar sumidouros e reservatórios; e sob o art. 4.3, os países desenvolvidos assumiram ainda a obrigação de fornecer financiamento e tecnologia para os países em

²⁴ VOIGT, Christina; FERREIRA, Felipe. ‘Dynamic Differentiation’: The Principles of CBDR-RC, Progression and Highest Possible Ambition in the Paris Agreement. *Transnational Environmental Law*, 5:2 (2016), pp. 285–303.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

desenvolvimento (complementado pelo art. 4.7, que estabelece uma relação entre o cumprimento dos compromissos dos países em desenvolvimento e as obrigações dos países desenvolvidos para fornecer financiamento e tecnologia);

- (iii) *Maior ambição possível*²⁵ (art. 4º, §§ 3º, 5º e 11, art. 6º, §1º e art. 8º, §8º, ‘a’). O equilíbrio entre a *autodeterminação do esforço* e o *compartilhamento equitativo do esforço* é, *inter alia*, fortalecido por estar cada Parte empenhada em empreender *esforços ambiciosos*, como definido nas disposições do Acordo. No que diz respeito à mitigação, esse dever é expandido para que as Partes adotem metas que reflitam sua "maior ambição possível", refletindo a CBDR-RC à luz de diferentes circunstâncias nacionais. Em suma, esta disposição reflete uma expectativa de que todas as Partes irão implantar seus melhores esforços na definição de suas metas nacionais de mitigação e na busca de medidas domésticas para alcançá-las. De modo complementar, o art. 4.3 reflete um padrão de cuidado que exige dos países esforços concretos por sua mais alta ambição possível, de uma maneira que seus esforços refletem suas responsabilidades comuns, respectivas capacidades e circunstâncias;
- (iv) *Progressão* (arts. 3º e 4º, §§ 3º e 4º): estabelece uma exigência de que os esforços de todas as Partes representarão uma progressão ao longo do tempo, o que significa que cada novo esforço irá além dos esforços anteriores. Está conectado com outro centro do Acordo: a lógica de preparar regularmente contribuições sucessivas, a partir dos resultados de uma avaliação coletiva do progresso em direção à meta do Acordo (nos termos do balanço global definido no art. 14); e
- (v) *Transparência* (arts. 4º, §§ 8º e 13 e 13), por meio da qual é dever das Partes, ao comunicar suas contribuições nacionalmente determinadas, fornecer as “*informações necessárias para fins de clareza*,

²⁵ VOIGT, Christina. The Paris Agreement: What Is the Standard of Conduct for Parties? (March 21, 2016). *QIL, Zoom-in* 26 (2016), 17-28. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3357468>. Acesso em: 27-07-2023.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

transparência e compreensão”, nos termos da Decisão 1/CP.21²⁶ (adoção do Acordo) e demais decisões pertinentes da Conferência das Partes realizadas sobre o Acordo. Adicionalmente, as Partes devem prestar contas de suas contribuições nacionalmente determinadas, promovendo a integridade ambiental, a transparência, a exatidão, a completude, a comparabilidade e a consistência das informações. Em paralelo, “*a fim de construir confiança mútua e promover uma implementação eficaz*”, o tratado cria uma estrutura fortalecida de transparência para ação e apoio, que tem como propósito propiciar uma compreensão clara da ação contra a mudança do clima à luz do objetivo da Convenção, incluindo maior clareza e acompanhamento do progresso obtido no alcance das contribuições nacionalmente determinadas individuais das Partes e suas ações de adaptação, ao abarcar boas práticas, prioridades, necessidades e lacunas, para subsidiar a avaliação global (prevista no art. 14). Os arranjos de transparência sob a Convenção, incluindo comunicações nacionais, relatórios bienais e relatórios de atualização bienais, avaliação e revisão internacionais e consulta e análise internacionais, deverão fazer parte da experiência a ser aproveitados para o desenvolvimento das modalidades, dos procedimentos e das diretrizes estabelecidos em Conferência das Partes. Sem prejuízo, cada Parte deve fornecer, em bases periódicas, (i) relatório do inventário nacional de emissões antrópicas por fontes e remoções por sumidouros de gases de efeito estufa; (ii) informações necessárias para acompanhar o progresso alcançado na implementação e consecução de sua contribuição nacionalmente determinada; e (iii) informações relacionadas aos impactos e à adaptação à mudança do clima.

²⁶ United Nations Climate Change. Framework Convention on Climate Change. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first session, held in Paris from 30 November to 13 December 2015 - Decision 1/CP.21*. Disponível em: <<https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf#page=2>>. Acesso em: 28-07-2023. O item 25 da aludida Decisão 1/CP.21 assim estatui: “*25. Decide que as Partes devem submeter ao secretariado suas contribuições determinadas nacionalmente referidas no art. 4.º do Acordo pelo menos 9 a 12 meses antes da sessão relevante da Conferência das Partes servindo como reunião das Partes para o Acordo de Paris com o objetivo de facilitar a clareza, transparência e compreensão dessas contribuições, inclusive por meio de um relatório de síntese elaborado pela secretaria*”.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

A implementação do Acordo de Paris requer transformação econômica e social, com base na melhor ciência disponível. O Acordo opera em um ciclo de cinco anos de ações climáticas cada vez mais ambiciosas realizadas pelos países.

Desde 2020, os países apresentam seus planos nacionais de ação climática, conhecidos como *contribuições nacionalmente determinadas* (NDC). Cada reporte de NDC sucessivo deve refletir um grau de ambição maior em comparação com a versão anterior.

A partir do reconhecimento de que é necessária uma ação acelerada para limitar o aquecimento global a 1,5°C, o tratado solicita às Partes que revisem e reforcem as metas de 2030 nas NDC para se alinharem com a meta de temperatura do Acordo de Paris até o final de 2023, levando em consideração as diferentes circunstâncias nacionais.

Em suas NDC, os países comunicam as ações que tomarão para reduzir suas emissões de gases de efeito estufa e atingir as metas do Acordo de Paris. Os países também comunicam em suas NDC as ações que tomarão para criar resiliência para se adaptar aos impactos das mudanças climáticas.²⁷

Para melhor enquadrar os esforços em direção ao objetivo de longo prazo, o Acordo de Paris conclama os países a formularem e apresentarem estratégias de desenvolvimento de longo prazo com baixas emissões de gases de efeito estufa (LT-LEDS). Estes planos fornecem o horizonte de longo prazo para os NDC, mas ao contrário destes, não são obrigatórios. No entanto, eles colocam as NDC no contexto das prioridades de planejamento e desenvolvimento de longo prazo dos países, ao fornecer uma visão e direção para o desenvolvimento futuro.

Embora a ação contra as mudanças climáticas precise ser intensificada para atingir as metas do Acordo de Paris, os anos desde sua entrada em vigor já geraram soluções de baixo carbono e novos mercados. Um número cada vez maior de países, regiões, cidades e empresas adotam metas de neutralidade de carbono. As soluções de carbono zero estão mais competitivas em setores econômicos que

²⁷ United Nations Climate Change. *Nationally Determined Contributions (NDCs)*. (2023). Disponível em: <<https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/nationally-determined-contributions-ndcs#Taking-stock-and-informing-the-preparation-of-successive-NDCs-->>. Acesso em: 24-07-2023.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

representam 25% das emissões. Essa tendência é mais perceptível nos setores de energia e transporte, e criou muitas oportunidades de negócios para os pioneiros.²⁸

Juntamente com as demais nações signatárias, o Brasil celebrou o acordo em 12 de dezembro de 2015, e o firmou em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Subsequentemente, em consonância com o devido processo legislativo para conceder força normativa ao Acordo nos planos jurídicos externo e interno, o Congresso Nacional o aprovou por meio do Decreto Legislativo nº 140, de 16 de agosto de 2016. Com isto, o Governo brasileiro depositou, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, em 21 de setembro de 2016, o instrumento de ratificação do Acordo, o qual entrou em vigor para a República Federativa do Brasil, no plano jurídico externo, em 4 de novembro de 2016.

Por derradeiro, o Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017, promulgou o Acordo, concedendo-lhe pleno vigor perante o ordenamento jurídico doméstico.

O art. 4º do Acordo bem enuncia o compromisso específico assumido pelas Partes, *verbis*:

“1. A fim de atingir a meta de longo prazo de temperatura definida no Art. 2º, as Partes visam a que as emissões globais de gases de efeito de estufa atinjam o ponto máximo o quanto antes, reconhecendo que as Partes países em desenvolvimento levarão mais tempo para alcançá-lo, e a partir de então realizar reduções rápidas das emissões de gases de efeito estufa, de acordo com o melhor conhecimento científico disponível, de modo a alcançar um equilíbrio entre as emissões antrópicas por fontes e remoções por sumidouros de gases de efeito estufa na segunda metade deste século, com base na equidade, e no contexto do desenvolvimento sustentável e dos esforços de erradicação da pobreza.”

Para tanto, o parágrafo 3º deste art. salienta que a contribuição nacionalmente determinada, como anteriormente descrita, deve atender às particularidades e *circunstâncias* de cada país signatário, *verbis*:

“3. A contribuição nacionalmente determinada sucessiva de cada Parte representará uma progressão em relação à contribuição nacionalmente determinada então vigente e refletirá sua maior ambição possível, tendo em

²⁸ United Nations Climate Change. *The Paris Agreement (2023)*. Disponível em: <<https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement>>. Acesso em: 24-07-2023.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

conta suas responsabilidades comuns porém diferenciadas e respectivas capacidades, à luz das diferentes circunstâncias nacionais.”

As medidas *específicas* a serem adotadas pelas Partes do Acordo para o alcance das metas e objetivos não foram diretamente discriminadas no tratado, pois cabe à NDC, elaborada e fornecida pelos países signatários em bases periódicas, discriminar as metas, políticas, setores e medidas a serem adotadas para o respectivo período, tendo em conta os princípios fundamentais acima descritos, com destaque para os princípios das *Responsabilidades comuns, porém, diferenciadas e respectivas capacidades, da maior ambição possível, da progressão e da transparência.*

Neste sentido, assim dispõe o art. 4º, § 2º, do Acordo, *verbis*:

“2. Cada Parte deve preparar, comunicar e manter sucessivas contribuições nacionalmente determinadas que pretende alcançar. As Partes devem adotar medidas de mitigação domésticas, com o fim de alcançar os objetivos daquelas contribuições.”

De acordo com este dispositivo convencional, observados os objetivos, compromissos vinculantes e princípios do Acordo, é preservada a soberania de cada Parte para a definição de suas contribuições sucessivas, bem assim das medidas de mitigação domésticas, que devem ser estabelecidas de acordo com as particularidades e *circunstâncias* de cada país signatário.

Além da vinculação das medidas domésticas de mitigação aos objetivos, compromissos vinculantes e princípios do Acordo, o tratado fornece outras balizas gerais para orientar a formulação das contribuições individuais e das políticas domésticas de mitigação e adaptação. De modo sintético, os principais parâmetros fornecidos pelo Acordo são estes:

- (i) **Conjunto da economia (“economic-wide”)** (art. 4º, § 4º): Os países em desenvolvimento deverão continuar a fortalecer seus esforços de mitigação, e são encorajados a progressivamente transitar para metas de redução ou de limitação de emissões **para o conjunto da economia (“economic-wide”)**, *à luz das diferentes circunstâncias nacionais.* Deste modo, cabe a cada Parte eleger os setores econômicos, planos de ação e políticas públicas atendendo ao *conjunto da economia*, compreendido como o *sistema econômico em sua integralidade*, com

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

o amplo envolvimento de todos os setores e agentes, mormente aqueles responsáveis pelas maiores emissões de GEE;

- (ii) ***Estratégias de longo prazo***: é dever das Partes envidar esforços para formular e comunicar *estratégias de longo prazo* para um desenvolvimento de baixa emissão de gases de efeito estufa, e tendo em conta as suas responsabilidades comuns, porém diferenciadas e respectivas capacidades, *à luz das diferentes circunstâncias nacionais*. Desta forma, a formulação das contribuições individuais e das políticas domésticas de mitigação e adaptação devem estar orientadas a planos sustentáveis de longo prazo, ainda que prevejam avaliações periódicas de resultados;
- (iii) ***Políticas de incentivos por resultados*** (art. 5º, § 2º), por meio das quais as Partes são encorajadas a adotar medidas para implementar e apoiar, inclusive por meio de *pagamentos por resultados*, o marco existente para abordagens de *políticas e incentivos positivos* para atividades relacionadas a redução de emissões por desmatamento e degradação florestal, e o papel da conservação, do manejo sustentável de florestas e aumento dos estoques de carbono florestal nos países em desenvolvimento; e abordagens de *políticas alternativas*, tais como enfoques conjuntos de mitigação e adaptação para o manejo integral e sustentável de florestas, reafirmando ao mesmo tempo a importância de *incentivar*, conforme o caso, os *benefícios não relacionados com carbono* associados a tais abordagens;
- (iv) ***Abordagens não relacionadas ao mercado*** (art. 6º, § 8º), que sejam *integradas, holísticas e equilibradas* e que lhes auxiliem na implementação das contribuições nacionalmente determinadas pelas Partes, no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza, de maneira coordenada e eficaz, inclusive por meio, *inter alia*, de mitigação, adaptação, financiamento, transferência de tecnologia e capacitação, conforme o caso. Essas abordagens devem ter como objetivos: (i) Promover ambição em mitigação e adaptação; (ii) Reforçar a participação dos setores público e privado na implementação de contribuições nacionalmente determinadas; e (iii) Propiciar oportunidades de coordenação entre instrumentos e arranjos institucionais relevantes;

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

- (v) ***Compromisso com o objetivo global para a adaptação participativa*** (art. 7º), que consiste em aumentar a capacidade de adaptação, fortalecer a resiliência e reduzir a vulnerabilidade à mudança do clima, com vistas a contribuir para o desenvolvimento sustentável e a assegurar uma resposta de adaptação adequada no contexto da meta de temperatura. Para tanto, as Partes reconhecem que *“as medidas de adaptação deverão seguir uma abordagem liderada pelos países, que responda a questões de gênero, seja participativa e plenamente transparente, levando em consideração grupos, comunidades e ecossistemas vulneráveis”*, e que as referidas medidas deverão basear-se e ser orientadas pelo melhor conhecimento científico disponível e, conforme o caso, pelos conhecimentos tradicionais, conhecimentos dos povos indígenas e sistemas de conhecimentos locais, com vistas a incorporar a adaptação às políticas e ações socioeconômicas e ambientais relevantes. Tais medidas exigem (art. 7º, § 9º) que cada Parte deve empreender processos de planejamento em adaptação e adotar medidas como o desenvolvimento ou fortalecimento de planos, políticas ou contribuições pertinentes, que podem incluir: (i) a implementação de medidas, iniciativas e/ou esforços de adaptação; (ii) processo para elaborar e implementar planos nacionais de adaptação; (iii) a avaliação dos impactos e da vulnerabilidade à mudança do clima, com vistas à formulação de ações prioritárias nacionalmente determinadas, levando em conta as populações, as localidades e os ecossistemas vulneráveis; (iv) o monitoramento, a avaliação e a aprendizagem a partir de planos, políticas, programas e medidas de adaptação; e (iv) o desenvolvimento da resiliência de sistemas socioeconômicos e ecológicos, incluindo por meio da diversificação econômica e da gestão sustentável de recursos naturais.

Pela análise dos objetivos, princípios e critérios gerais de formulação de medidas domésticas, é inconteste que o Acordo não previu, de modo expresso, exigência fiscal ou financeira para fins de cumprimento de Meta de Diminuição de Emissão de Gases de Efeito Estufa pelo Brasil. Para preservar a soberania das Partes, os compromissos assumidos estabelecem diretrizes gerais, que constituem limites e orientações, dentro das quais cabe aos Estados nacionais estabelecer suas metas, políticas, objetivos, ações e medidas para dar concretude aos termos da norma convencional. Em outras palavras, desde que tais balizas sejam observadas,

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

o planejamento em âmbito nacional deve ocorrer no conjunto e na particularidade de seus sistemas jurídico, social e econômico.²⁹

Pelas mesmas razões, o Acordo não estabeleceu que o compromisso de diminuição de emissão de gases de efeito estufa do Brasil seria promovido por setores econômicos específicos, nem tampouco por determinados agentes econômicos inseridos em certas cadeias produtivas ou de valor. E sequer poderia fazê-lo, por razões de direito internacional e doméstico.

Primeiro, porque determinação dessa natureza seria contraditória com os próprios desígnios e objetivos do Acordo, voltados à redução de gases de efeito estufa mediante planos e ações que se relacionem ao *conjunto da economia* (“*economic-wide*”) (art. 4º, § 4º), uma vez que, em alguma medida, a responsabilidade pela redução das emissões (e, portanto, da manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado) é *dever de todos*, e afeta o exercício de direitos humanos como a segurança alimentar e o emprego. Tal como afirmou o preâmbulo da norma convencional, *verbis*:

“Reconhecendo que a mudança do clima é uma preocupação comum da humanidade, as Partes deverão, ao adotar medidas para enfrentar a mudança do clima, respeitar, promover e considerar suas respectivas obrigações em matéria de direitos humanos, direito à saúde, direitos dos povos indígenas, comunidades locais, migrantes, crianças, pessoas com deficiência e pessoas em situação de vulnerabilidade e o direito ao desenvolvimento, bem como a igualdade de gênero, o empoderamento das mulheres e a equidade intergeracional.” (g.n.)

Deste modo, a individualização das ações nacionais a respeito da mudança climática deve abranger, tal como prescreve o Acordo, o cumprimento das obrigações em matéria de direitos humanos, o que contempla políticas multidisciplinares e multisetoriais pertinentes a todas as áreas impactadas por tais políticas, tanto nas ações *interventivas* (*positivas ou negativas*), como nas providências de *proteção e desenvolvimento* social e econômico.

²⁹ Sem prejuízo do apoio financeiro e tecnológico que deve ser fornecido pelos países desenvolvidos em favor dos países em desenvolvimento, nos termos dos arts. 9º, 10 e 11 do Acordo, reconhecendo-se para tanto que um aumento do apoio prestado às Partes em desenvolvimento permitirá maior ambição em suas ações.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

A eleição de certos setores econômicos ou de determinados agentes econômicos pelo Acordo como únicos responsáveis pela redução da emissão dos GEE seria contraditória com a própria escolha explícita da norma convencional por *abordagens não relacionadas ao mercado* (art. 6º, § 8º), as quais devem ser *integradas, holísticas e equilibradas* com as demais medidas, com função de auxiliar na implementação das contribuições nacionalmente determinadas pelas Partes, a garantir o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza, de maneira coordenada e eficaz, inclusive por meio, *inter alia*, de mitigação, adaptação, financiamento, transferência de tecnologia e capacitação.

Segundo, escolha desta ordem tenderia à *ineficácia dos compromissos assumidos e reduziria sobremaneira* a capacidade das Partes em alcançar os objetivos do Acordo, por representar limitação indevida na liberdade de cada signatário para definir suas próprias metas, setores e políticas, de acordo com suas *capacidades e circunstâncias nacionais*. Em tal situação, o Acordo não teria a necessária *adaptabilidade* às incontáveis realidades socioeconômicas e políticas dos países signatários, que demandam modelos próprios e definidos por sua própria autoridade. Por essas razões é que a norma convencional elege, em diversas oportunidades, compromissos e diretrizes que respeitam e privilegiam as realidades particulares das Partes para a definição de suas políticas domésticas, como se verifica, com maior relevo, no princípio das *responsabilidades comuns, porém, diferenciadas e respectivas capacidades*³⁰ (arts. 2º, 3º, § 3º e 19), que reconhece diferentes contribuições para danos ambientais (causalidade), bem como distintas potencialidades para adotar medidas de mitigação (capacidade), “à luz das diferentes circunstâncias nacionais”.

Com efeito, *o respeito à realidade local* é amplamente reconhecido no Acordo desde o preâmbulo,³¹ assim como condiciona a sua implementação (art. 2º, § 2º), orienta a definição das contribuições nacionalmente determinadas (art. 4º, §

³⁰ VOIGT, Christina; FERREIRA, Felipe. ‘Dynamic Differentiation’: The Principles of CBDR-RC, Progression and Highest Possible Ambition in the Paris Agreement. *Transnational Environmental Law*, 5:2 (2016), pp. 285–303.

³¹ “As Partes deste Acordo (...). Procurando atingir o objetivo da Convenção e guiadas por seus princípios, incluindo o princípio de equidade e responsabilidades comuns porém diferenciadas e respectivas capacidades, **à luz das diferentes circunstâncias nacionais**; (...). **Reconhecendo, igualmente, as necessidades específicas e as circunstâncias especiais das Partes países em desenvolvimento**, em especial aquelas particularmente vulneráveis aos efeitos negativos da mudança do clima, conforme previsto na Convenção.” (g.n.)

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

3º) e das metas de redução ou de limitação de emissões para o conjunto da economia (art. 4º, § 4º). Ademais, norteia a formulação e comunicação das estratégias de longo prazo para um desenvolvimento de baixa emissão de GEE (art. 4º, § 19), condiciona a estrutura de transparência (art. 13, § 3º), e faz parte necessária do mecanismo para facilitar a implementação e promover o cumprimento das disposições do Acordo (art. 15, § 2º).

Terceiro, porque a prévia escolha de setores ou agentes econômicos pelo Acordo poderia contrapor-se às ordens jurídicas nacionais, entrando em antinomia normativa com disposições domésticas pertinentes, por exemplo, à regulação dos setores eleitos, às normas relativas à intervenção do Estado na economia, a escolhas a respeito da igualdade e da ordem econômica, dentre as possibilidades.

Quarto, porque tais escolhas específicas poderiam representar indevida limitação aos princípios da soberania e da autodeterminação dos povos, sobretudo em face da ordem jurídica interna das Partes signatárias.

Mesmo com o reconhecimento de que a soberania admite limites claros, a escolha de setores ou agentes econômicos específicos para responder pela redução dos GEE poderia transbordar os limites gerais cabíveis na conformação da soberania, por representar ingerência injustificada aos poderes políticos de regulação e condução da ordem econômica nacional.

Estas razões se refletem no dever de transparência das Partes em comunicar suas contribuições nacionalmente determinadas, de modo detalhado, objetivo e passível de controle e acompanhamento, como se verifica na Decisão 1/CP.21³² (Conferência das Partes para adoção do Acordo), *verbis*:

“A Conferência das Partes (...).

27. Concorde que as informações a serem fornecidas pelas Partes que comunicam suas contribuições nacionalmente determinadas, a fim de facilitar a clareza, a transparência e a compreensão, podem incluir, conforme apropriado, inter alia, informações quantificáveis sobre o ponto de referência (incluindo, conforme apropriado, um ano base),

³² United Nations Climate Change. Framework Convention on Climate Change. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first session, held in Paris from 30 November to 13 December 2015 - Decision 1/CP.21*. Disponível em: <<https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf#page=2>>. Acesso em: 28-07-2023.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

cronogramas e/ou períodos para implementação, escopo e cobertura, processos de planejamento, premissas e abordagens metodológicas, incluindo aquelas para estimar e contabilizar emissões antrópicas de gases de efeito estufa e, conforme apropriado, remoções, e como a Parte considera que sua contribuição nacionalmente determinada é justa e ambiciosa, à luz de suas circunstâncias nacionais, e como contribui para alcançar o objetivo da Convenção conforme estabelecido em seu Art. 2; (...).” (g.n.)

Sob estes parâmetros o Brasil apresentou em 2015 sua pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada (NDC) ao Acordo de Paris, que se tornou compromisso internacional a partir de 4 de novembro de 2016, com o depósito do instrumento de ratificação do Acordo junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas. O documento original estabelecia que o Brasil deveria reduzir as suas emissões em 37% até 2025 e 43% até 2030, em relação às emissões de 2005, calculadas de acordo com o *Segundo Inventário Nacional*, produzido pelo Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI).

Em 2020, o governo brasileiro apresentou sua primeira revisão da NDC, na qual manteve como meta os mesmos índices previstos na redação original. Contudo, a contabilização de gases de efeito estufa que o Brasil emitiu em 2005 foi atualizada, com a publicação do Terceiro Inventário Nacional. Esse inventário aprimorou a metodologia de cálculo de emissões, o que resultou no aumento da contabilização de emissões para o ano-base de 2005. Se no segundo inventário a emissão em 2005 foi de 2,1 bilhões de toneladas de dióxido de carbono equivalente (GtCO_{2e}), no terceiro aumentou para 2,8 GtCO_{2e}. Na prática, a nova NDC permitiu que o Brasil emitisse uma quantidade maior de gases de efeito estufa do que anteriormente previsto, pois manteve a porcentagem da meta, apesar do aumento no valor absoluto de dióxido de carbono.

Em 07 de abril de 2022 o Brasil comunicou ao secretário do UNFCCC sua segunda atualização da NDC,³³ por meio da qual reafirmou seu compromisso com a redução de suas emissões de gases de efeito estufa em 2025 em 37%, em relação

³³ United Nations Climate Change. *Nationally Determined Contributions (NDCs)*. (2023). Disponível em: <<https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/nationally-determined-contributions-ndcs#Taking-stock-and-informing-the-preparation-of-successive-NDCs-->>. Acesso em: 24-07-2023.

a 2005. Além disso, se comprometeu a reduzir suas emissões em 2030 em 50%, em relação a 2005. Esta revisão, contudo, foi objeto de críticas, porque aumenta em 314 milhões de toneladas de CO₂e o nível de emissões permitido em 2025 e em 81 milhões de toneladas de CO₂e o nível de emissões permitido em 2030, ambos em relação à meta indicativa apresentada em 2016. Ademais, não incrementa a ambição climática do país nesta década, bem como não internaliza como vinculantes os compromissos assumidos na COP26 quanto a zerar o desmatamento e reduzir em 30% as emissões de metano até o fim da década.³⁴

2.1 A força normativa do Acordo de Paris no ordenamento jurídico brasileiro e o controle de convencionalidade

A força normativa dos acordos internacionais na ordem jurídica brasileira é objeto de constantes reflexões na doutrina e na jurisprudência, e o desenvolvimento do tema redundou na atual constatação de que a definição desta normatividade está subordinada não apenas ao conteúdo do acordo, como também ao processo legislativo adotado para sua internalização no país.

Antes mesmo do advento da Constituição de 1988, vozes doutrinárias defendiam que os tratados internacionais incorporados pelo Brasil na forma do adequado processo legislativo assumiam status constitucional, de modo que não caberia ao Estado recusar o cumprimento de obrigações convencionais sob alegação de prevalência do texto constitucional que lhe fosse precedente. Tal corrente se fundamentava no princípio da primazia do direito internacional, que reconhece os tratados e demais atos convencionais como uma das principais fontes positivas no âmbito internacional.

Nesta direção defendia Hildebrando Accioly, a partir do exame da força normativa dos tratados perante a ordem jurídica interna:

“Como compromissos assumidos pelo Estado em suas relações com outros Estados, eles devem ser colocados em plano superior ao das leis internas que os celebram. (...) eles revogam as leis anteriores, que lhe sejam contrárias; as leis posteriores não devem estar em contradição com as

³⁴ Unterstell & Martins, 2022. NDC do Brasil: *Avaliação da atualização submetida à UNFCCC em 2022*. Nota Técnica. Rio de Janeiro, Brasil. TALANOA, 2022. Disponível em: <www.institutotalanoa.org/documentos>. Acesso em: 26-07-2023.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

regras ou princípios por ele estabelecidos; e, finalmente, qualquer lei interna com eles relacionada deve ser interpretada, tanto quanto possível, de acordo com o direito convencional anterior.

Aliás, como consequência do princípio da primazia do direito internacional, a supremacia dos tratados até sobre as próprias Constituições já tem sido reconhecida na prática internacional, e até nas mais modernas Constituições (...). Georges Scelle indicou precisamente essa situação, ao dizer: ‘A prática internacional tende a admitir que o legislador interno, embora constitucional, não pode estabelecer regras contrárias ao direito internacional positivo; que, se há contradição entre as normas constitucionais e os tratados, as disposições constitucionais serão consideradas ipso facto como írritas e nulas; que, finalmente, é impossível invocar regras constitucionais anteriores para recusar aplicar um tratado’ (...).

*Assim, como acabamos de ver, um governo não se poderá prevalecer de seu estatuto constitucional para se recusar a executar as obrigações de um tratado, posterior ao dito estatuto. Ainda menos – segundo observou o referido mestre – poderia exonerá-lo das obrigações internacionais de um tratado qualquer modificação ou revisão constitucional posterior ao tratado”.*³⁵

Antes da ordem constitucional vigente, à míngua de disposição específica que concedesse aos tratados internacionais, de modo expresso, qualquer status superior à legislação ordinária, coube ao STF pronunciar que a vontade do legislador interno prevaleceria sobre os compromissos assumidos pela República no âmbito internacional, por meio dos tratados, caso houvesse conflito entre tais espécies normativas. Assim esclarece Francisco Rezek:

“Em 1977, o Supremo Tribunal Federal julgou, em plenário, o Recurso Extraordinário nº 80.004. Ficou definido, de modo duradouro, aquilo que, para vários observadores, era, até então, incerto: o Supremo Tribunal Federal estatuiu, na ocasião, que, sob a nossa ótica, na falta de uma norma constitucional que dê prevalência ao tratado internacional sobre a lei doméstica, em qualquer hipótese, o que juízes e tribunais estão obrigados

³⁵ ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 647-648.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

a fazer é valorizar a última palavra do Congresso Nacional. Se esta é a palavra probatória do tratado, nenhum problema existe: todo diploma anterior, de produção doméstica, está, com isso, revogado. Se, entretanto, o quadro cronológico inverte-se, se a última palavra do Congresso Nacional manifestou-se na edição de uma lei interna, conflitante com um tratado anterior, em pleno vigor, vinculando a República, cria-se, inevitavelmente, uma situação traumática: os poderes políticos do Estado, esquecidos do compromisso internacional, discutiram, votaram, sancionaram uma norma interna incompatível com aquele dever jurídico anterior. Dizia o Supremo Tribunal Federal na ocasião: 'Nós não temos, na Constituição do Brasil, aquela norma que existe na Constituição da França, da Alemanha, dos Países Baixos, da Venezuela, do Peru, de tantos outros países, dizendo que o tratado prevalece em qualquer hipótese. E se não a temos na Constituição, o Tribunal não pode inventá-la'''.³⁶

Esse entendimento foi reiterado pelo STF mesmo após o advento da Constituição de 1988, e, portanto, teve efeitos duradouros na jurisprudência daquele Tribunal.³⁷

A partir do mencionado julgamento do RE 80.004, os tratados internacionais passaram a assumir status de lei ordinária no âmbito do direito positivo brasileiro, independentemente da matéria que tratasse, desde que fosse submetido ao devido processo legislativo para sua integração à ordem jurídica interna. Esta posição, portanto, rechaçou a corrente doutrinária precedente, segundo a qual teriam os tratados a força normativa própria da Constituição, baseada no princípio da primazia do direito internacional.

Não obstante a orientação do STF se pautar em tal direção, em termos históricos, é preciso fazer o registro de que o tema mereceu importante contribuição na disciplina do direito tributário, em cujas bases se reconhece, desde o advento da codificação da matéria, a primazia das normas convencionais em relação à legislação interna.

³⁶ REZEK, José Francisco. Tratados e suas relações com o ordenamento jurídico interno: antinomia e norma de conflito. *Revista CEJ*, v. 1, n. 2, p. 54-59, 27 ago. 1997.

³⁷ Conforme se verifica, por exemplo, nos seguintes julgamentos: HC 72.131 / RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 23-11-1995, DJE 01-08-2003; e ADI 1.480-3 / DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 04-09-1997, DJE 15-09-1997.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Destarte, no direito tributário brasileiro, por força superioridade hierárquica que a Constituição atribui às *normas gerais em matéria de legislação tributária*, conforme o art. 146, III, da CF, vigora o princípio de prevalência de aplicabilidade das convenções internacionais.

Em paralelo, o direito positivo possui regra objetiva para determinar a eficácia dos acordos internacionais em matéria tributária, estampado no art. 98 do Código Tributário Nacional, o qual prescreve:

“Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

Duas são as funções deste art. 98 do CTN: i) *recepção* sistêmica das normas convencionais e, quanto à ii) *execução* destas, um comando destinado ao legislador ordinário, de veto a qualquer pretensão de alteração *in fieri*, por via unilateral, do quanto fora pactuado, nos termos do princípio *pacta sunt servanda intra pars* – o que confirma o princípio da *prevalência de aplicabilidade* das normas internacionais sobre o direito interno, como aplicação do art. 4º da CF.³⁸

Essa é uma regra de vetusta importância para garantir segurança jurídica aos não residentes, quanto à aplicação das convenções internacionais, na relação com normas infraconstitucionais do ordenamento interno.³⁹ Como são “princípios fundamentais” que regem a relação entre o Estado brasileiro e os demais Estados no conserto das nações, a eficácia de tais fundamentos ficaria prejudicada de modo severo caso aos tratados e convenções internacionais não fosse atribuída prevalência de aplicabilidade sobre o direito interno infraconstitucional.

De modo oportuno, quanto aos tratados em matéria tributária, a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal (STF) pacificou-se neste sentido, no julgamento do RE nº 229.096, a saber:

³⁸ ROCHA, Sergio André. Relação entre o direito doméstico e as convenções para evitar dupla tributação da renda no Brasil: O art. 98 do código tributário nacional. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord). *Direito tributário e ordem econômica: homenagem aos 60 anos da ABDF*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 713-74.

³⁹ Art. 4.º: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político”.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

“DIREITO TRIBUTÁRIO. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 DO ACORDO GERAL DE TARIFAS E COMÉRCIO. ISENÇÃO DE TRIBUTO ESTADUAL PREVISTA EM TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. ART. 151, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ART. 98 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ISENÇÃO HETERÔNOMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A isenção de tributos estaduais prevista no Acordo Geral de Tarifas e Comércio para as mercadorias importadas dos países signatários quando o similar nacional tiver o mesmo benefício foi recepcionada pela Constituição da República de 1988.

2. O art. 98 do Código Tributário Nacional "possui caráter nacional, com eficácia para a União, os Estados e os Municípios" (voto do eminente Ministro Ilmar Galvão).

3. No direito internacional apenas a República Federativa do Brasil tem competência para firmar tratados (art. 52, § 2º, da Constituição da República), dela não dispendo a União, os Estados-membros ou os Municípios. O Presidente da República não subscreve tratados como Chefe de Governo, mas como Chefe de Estado, o que descaracteriza a existência de uma isenção heterônoma, vedada pelo art. 151, inc. III, da Constituição.

4. Recurso extraordinário conhecido e provido.”⁴⁰

Portanto, em vista das disposições de direito constitucional, revela-se garantido no direito interno o efeito de prevalência de aplicabilidade que as convenções em matéria tributária sobre a legislação infraconstitucional, pelo que se encontra declarado no art. 98, do CTN, no papel de norma geral, como prescreve o art. 146, III, da CF, que reserva à Lei Complementar a tarefa de dispor sobre “legislação tributária”.

O tema voltou à baila por ocasião do julgamento de recurso paradigmático, no qual o STF foi instado a interpretar a Convenção Internacional para Evitar Dupla Tributação, pactuada entre a República Federativa do Brasil e o Reino da

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. RE 229096/RS, Relator Ministro Ilmar Galvão, Relatora para o Acórdão Ministra Carmen Lucia, Tribunal Pleno, j. 16.08.2007, DJe 065, 10.04.2008.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Suécia, referendada pelo Decreto Legislativo nº 93/1975 e pelo Decreto nº 77.053/1976, com foco em seu art. 24, que estipula a observância do princípio da não discriminação tributária, de modo que residentes no Brasil e na Suécia não poderiam, em idêntica situação, receber tratamentos jurídico-tributários distintos em ambos os países.

Expostas as controvérsias entre os Ministros integrantes da Corte a respeito da condição jurídica dos tratados internacionais em face de normas de direito interno, é valiosa a menção às conclusões do relator, Ministro Gilmar Mendes, ao revisitar o alcance do art. 98 do CTN sob a perspectiva internacional. Afirmou o Ministro, *in verbis*:

“(…) No caso específico dos tratados para evitar a dupla tributação – como o acordo internacional em comento –, o Professor Klaus Vogel ensina, em clássico estudo, que constituem meio pelo qual os Estados-partes se obrigam reciprocamente a não exigir, no todo ou em parte, tributos reservados ao outro Estado, criando verdadeira restrição ao direito tributário interno - Beschränkung des innerstaatlichen Steuerrechts – (VOGEL, Klaus. “Einleitung” Rz. 70/72 in VOGEL & LEHNER. Doppelbesteuerungsabkommen. 4ª ed. München: Beck, 2003. p. 137-138). Assim, tais acordos internacionais demandam um extenso e cuidadoso processo de negociação, com participação não só de diplomatas, mas de funcionários das respectivas administrações tributárias, de modo a conciliar interesses e a concluir instrumento que atinja os objetivos de cada Estado, com o menor custo possível para sua respectiva receita tributária. Essa complexa cooperação internacional é garantida essencialmente pelo pacta sunt servanda. (...)

Tanto quanto possível, o Estado Constitucional Cooperativo demanda a manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que em face da legislação infraconstitucional, principalmente quanto ao direito tributário, que envolve garantias fundamentais dos contribuintes e cujo descumprimento coloca em risco os benefícios de cooperação cuidadosamente articulada no cenário internacional. (...)

Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite às entidades federativas internas do Estado brasileiro o descumprimento unilateral de acordo internacional, vai de

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (...)

Portanto, parece evidente que a possibilidade de afastar a aplicação de normas internacionais tributárias por meio de legislação ordinária (treaty override), inclusive no âmbito estadual e municipal, está defasada com relação às exigências de cooperação, boa-fé e estabilidade do atual cenário internacional e, sem sombra de dúvidas, precisa ser refutada por esta Corte. (...)

Ora, se o texto constitucional dispõe sobre a criação de normas internacionais e prescinde de sua conversão em espécies normativas internas – na esteira do entendido no RE 71.154/PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, Pleno, DJ 25.8.1971 – deve o intérprete constitucional inevitavelmente concluir: (i) que os tratados internacionais constituem, por si sós, espécies normativas infraconstitucionais distintas e autônomas, que não se confundem com as normas federais, tais como decreto legislativo, decretos executivos, medidas provisórias, leis ordinárias ou leis complementares; e (ii) que a Carta Magna não respalda o paradigma dualista. (...)

Especificamente, os arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, repetidos com redação similar desde a Constituição de 1891 (respectivamente arts. 34, 12º; e 48, 16º da CF/1891), não demandam a paridade entre leis ordinárias e convenções internacionais. Ao contrário, indicam a existência de normas infraconstitucionais autônomas que não precisam ser perfiladas a outras espécies de atos normativos internos (...). Dessa forma, à luz dos atuais elementos de integração e abertura do Estado à cooperação internacional, tutelados no texto constitucional, o entendimento que privilegie a boa-fé e a segurança dos pactos internacionais revela-se mais fiel à Carta Magna”.⁴¹

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 460.320 / PR, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 05-08-2020, DJE 243, de 06-10-2020.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Como se extrai do trecho transcrito, os tratados internacionais em matéria tributária constituem uma espécie normativa distinta e autônoma no âmbito infraconstitucional, que não se confundem com as normas federais.

Ora, não é dado à legislação ordinária alterar o conteúdo dos tratados, em homenagem às balizas da cooperação internacional, da boa-fé e da segurança dos pactos internacionais.

Essa predominância foi reafirmada em julgamentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos quais se analisou a prevalência dos tratados internacionais em matéria tributária sobre as normas internas, no contexto de temas bilaterais para evitar a dupla tributação, tal como dos lucros auferidos por sociedades controladas no exterior. A ementa a seguir ilustra este posicionamento, *verbis*:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PREVALÊNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS TRIBUTÁRIOS SOBRE A NORMA DE DIREITO INTERNO. CONCEITO DE LUCRO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. EMPRESA COM SEDE NA FRANÇA E SEM ESTABELECIMENTO PERMANENTE INSTALADO NO BRASIL. CONVENÇÃO CELEBRADA ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A FRANÇA, PROMULGADA PELO DECRETO 70.506/1972. COBRANÇA DE TRIBUTO QUE DEVE SER EFETUADA NO PAÍS DE ORIGEM (FRANÇA). RECURSO ESPECIAL DA SOCIEDADE EMPRESARIAL PROVIDO.

- 1. A jurisprudência desta Corte Superior orienta que as disposições dos Tratados Internacionais Tributários prevalecem sobre as normas jurídicas de Direito Interno, em razão da sua especificidade, ressalvada a supremacia da Carta Magna. Inteligência do art. 98 do CTN. Precedentes: REsp. 1.272.897/PE, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 9.12.2015; REsp. 1.161.467/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 1.6.2012.*
- 2. A Convenção Brasil-França, objeto do Decreto 70.506/1972, dispõe que os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis neste mesmo Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado por meio de um estabelecimento permanente aí situado.*
- 3. O termo lucro da empresa estrangeira deve ser interpretado não como lucro real, mas como lucro operacional, como o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa*

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

jurídica, incluído, o rendimento pago como contrapartida de serviços prestados.

4. *Parecer do MPF pelo conhecimento e provimento do recurso.*

5. *Recurso Especial da ALCATEL-LUCETN SUBMARINE NETWORKS S.A. provido para assegurar o direito da recorrente de não sofrer a retenção de imposto de renda sobre a remuneração por ela percebida, nos termos que dispõe a Convenção firmada entre a República Federativa do Brasil e o França”.*⁴²

A força normativa dos tratados que não versam sobre temas tributários, a despeito de não ser informada pelo art. 98 do CTN, também passou a ser pautada, na doutrina e na jurisprudência, de acordo com a relevância temática de suas disposições, à luz das normas constitucionais e dos paradigmas convencionais aplicáveis à espécie.

Mesmo após o advento da ordem constitucional de 1988, Francisco Rezek esclarece que, *exceto se de modo diverso for estabelecido pelo sistema jurídico de determinado Estado*, os tratados devem integrar a estrutura interna com a mesma força normativa da lei nacional, na esteira do entendimento sufragado no STF.

Anota o eminente jurista:

“Desde o momento próprio - idealmente, aquele em que coincidam a entrada em vigor no plano internacional e idêntico fenômeno nas ordens jurídicas interiores às partes -, o tratado passa a integrar cada uma dessas ordens. Terá ele a estatura hierárquica de uma lei nacional, ou mais que isto, conforme o Estado de que se cuide, qual será visto mais tarde. Importa que se retenha desde logo a noção de que o tratado, embora produzido em foro diverso das fontes legislativas domésticas, não se distingue, enquanto norma jurídica, dos diplomas legais de produção interna. Custa-se a entender, por isso, a tão repetida dúvida sobre produzirem, ou não, os tratados, efeitos sobre os indivíduos e sobre as pessoas jurídicas de direito privado. Sua idoneidade, para tanto, não é menor que a das leis internas,

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.618.897 / RJ, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 19-05-2020, DJE de 26-05-2020.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

tudo se resumindo em buscar no teor de cada um daqueles, como de cada uma destas, o exato perfil de seus destinatários.”⁴³

O constituinte originário de 1988, por sua vez, definiu de modo específico o caráter de fonte normativa internacional dos tratados promulgados pelo Brasil em matéria de direitos fundamentais. Para tanto, fez incluir, no rol dos direitos fundamentais discriminados no art. 5º, aqueles que *decorram dos tratados internacionais em que a República seja parte*, conforme a disposição do §2º daquele dispositivo.⁴⁴ A aludida norma constitucional estabeleceu de modo expresse, portanto, que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e sujeitos ao devido processo legal para sua internalização constituem também fonte de direitos fundamentais, de modo não excludente com aqueles já estabelecidos na Constituição e outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Isto significa considerar que o rol dos direitos fundamentais estabelecido na Constituição é não exaustivo, porque integrado com aqueles definidos em normas convencionais, desde que internalizados na ordem jurídica doméstica, e outros decorrentes do regime e dos princípios extraídos do texto constitucional.

Dentre os aludidos direitos fundamentais decorrentes de tratados, incluem-se aqueles destinados a garantir a realização dos direitos humanos, cujo conteúdo, sobretudo em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada na Organização das Nações Unidas em 1948, em grande medida abrange os direitos e garantias fundamentais assegurados pelo constituinte de 1988.

Ao elevar os tratados internacionais como fonte normativa de direitos fundamentais na ordem jurídica interna, o constituinte reconhece que a proteção dos direitos humanos não se deve restringir à competência ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque representa legítimo interesse internacional. Esta inovação da ordem constitucional vigente provoca uma revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a ser interpretada com a admissão de intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos

⁴³ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 15ª ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2014, p. 55.

⁴⁴ “Art. 5º. (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

humanos, bem assim, do reconhecimento da noção de que o indivíduo possui direitos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito.

Por estas razões fundamentais, parte da doutrina não hesita em interpretar a disposição do art. 5º, §2º da CF como uma abertura e uma opção do constituinte em atribuir, aos tratados internacionais sobre direitos humanos, o status próprio de norma constitucional, haja vista que tais disposições convencionais devem, segundo o próprio texto, conviver com os direitos fundamentais discriminados na mesma Carta. A reforçar esta interpretação, o próprio regime e os princípios adotados pelo constituinte na proteção dos direitos e garantias decorrentes ou relacionados com a dignidade humana reclamam, por sua natureza, a integração material ao texto constitucional, de forma a lhes assegurar não apenas prevalência à legislação infraconstitucional, como também, para que possam servir de parâmetro legal aos controles difuso e concentrado de constitucionalidade.

As palavras de Flavia Piovesan bem ilustram esta corrente de pensamento:

“O valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1.º, III, da CF/1988 – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

E neste contexto que há de se interpretar o disposto no art. 5.º, § 2.º, da CF/1988, que, de forma inédita, tece a interação entre o Direito Brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos. Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo art. 5.º, da CF/1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.

Esta conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A este raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Esta conclusão decorre ainda do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional – abertura que resulta na ampliação do “bloco de constitucionalidade”, que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais.”⁴⁵

O tema recebeu contornos adicionais quando do advento da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, que incluiu o par. 3º ao art. 5º da Constituição, para o fim de prever o rito especial das emendas constitucionais à incorporação de normas convencionais de direitos humanos. De acordo com tal dispositivo, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A primeira interpretação deste dispositivo permite afirmar que, a partir da promulgação da EC 45, os tratados sobre direitos humanos somente passam a adquirir força própria da Constituição se incorporados no ordenamento nacional de acordo com o rito estabelecido para as emendas constitucionais, mediante aprovação, em cada Casa legislativa, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Por decorrência, ainda que versem sobre direitos humanos, os tratados internalizados na ordem jurídica brasileira sem a observância do rito

⁴⁵ PIOVESAN, Flavia. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 23, 1998, abr-jun/1998, p. 83.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

previsto no art. 5º, §3º da CF/88 não assumem a natureza de norma constitucional, o que demanda perquirir qual seria sua força normativa em tal hipótese.

Para a doutrina que já considerava, antes mesmo do advento da EC 45, a natureza constitucional das normas convencionais de direitos humanos nos termos do art. 5º, §2º da CF, a conclusão é a de que os tratados desta matéria adotados pelo Brasil antes da promulgação da EC 45 manteriam seu status constitucional (tal como os tratados firmados antes da ordem constitucional vigente, que teriam sido recepcionados com o mesmo status pelo mencionado art. 5º, §2º), ao passo que as normas convencionais de direitos humanos internalizadas após a vigência daquela Emenda Constitucional somente assumiriam o nível da Lei Maior se fossem submetidas ao processo legislativo do art. 5º, §3º.

Esta é a posição defendida por Celso Lafer, *verbis*:

“O § 2º do art. 5º suscitou controvérsias, pois arguiu-se que, a ser aplicado literalmente, ensejaria mudança constitucional por maioria simples, que é a maioria requerida para a aprovação de decreto legislativo que recepciona um tratado na ordem jurídica interna. Destarte, não se cumprindo os requisitos da votação da emenda constitucional (CF, art. 60, §2º), os tratados internacionais de direitos humanos não poderiam ter a validade de normas constitucionais.

Foi por conta desta controvérsia que a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, também adicionou ao art. 5º, em consonância com o art. 60, §2º, da CF, o novo §3º, que (...) pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo §2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente. (...).

Este me parece ser o caso do novo §3º do art. 5º. Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo §2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

por ele adotados. Neste sentido, aponto que a referência aos princípios pressupõe, como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva 'ex parte civium' dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao 'iter' previsto no novo §3º do art. 5º.

Há, no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: a dos muitos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 45, seguindo a política jurídica exterior determinada pela 'vis directiva' do inc. II do art. 4º. Entre estes tratados estão o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais; e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Penso que os dispositivos destes e de outros tratados recepcionados pela ordem jurídica nacional sem o 'quorum' de uma emenda constitucional não podem ser encarados como tendo apenas a mera hierarquia de leis ordinárias. E é neste ponto que a controvérsia se colocará em novos termos, para voltar ao ensinamento de Paul Roubier, acima referido.

*Explico-me, observando que entendo, por força do §2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental”.*⁴⁶

Este entendimento foi encampado por voto proferido pelo Ministro Celso de Mello por ocasião de julgamento paradigmático, no qual se debateu a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel à luz dos limites estabelecidos no Pacto de São José da Costa Rica. O voto do Ministro, que terminou superado pela maioria do plenário do STF, assim concluiu:

⁴⁶ LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, p. 15-18.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

“Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 - RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais:

(1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);

(2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o "iter" procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e

(3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é ‘a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados’).”⁴⁷

A despeito da defesa empreendida pelo voto do Ministro Celso de Mello, outra foi a orientação adotada pela jurisprudência do STF acerca do status normativos dos tratados internacionais de direitos humanos não submetidos ao iter estabelecido no art. 5º, §3º. De acordo com a jurisprudência reiterada daquela Corte, estes tratados possuem, no Brasil, caráter *supralegal*, vale afirmar, estão

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. HC 87.585-8 / TO, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 03-12-2008, Dje 26-06-2009.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

dotados de força normativa situada apenas abaixo das normas constitucionais, mas em nível superior à legislação infraconstitucional que verse sobre o mesmo tema.

Referido entendimento foi sedimentado em 2008 no julgamento do RE nº 466.343, com repercussão geral, no qual o STF, ao interpretar o art. 5º, §2º da CF, afirmou que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, como, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), o Protocolo de San Salvador (1988) e os tratados do sistema global da ONU, são dotados do status normativo *supralegal*, exceto se submetidos ao processo legislativo previsto no art. 5º, §3º da CF.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, condutor deste entendimento, assim consignou:

Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto no §2º do art. 5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (...)

A discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional nº 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do §3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: ‘Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.’

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro - em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quorum especial nas duas Casas do Congresso Nacional -, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1o.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. (...)

Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante ‘pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado’.

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (...)

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.”⁴⁸

Deveras, para o STF, os tratados internacionais de direitos humanos vigentes na ordem interna brasileira ostentam força normativa de *supralegalidade*, exceto se submetidos ao rito legislativo definido pelo art. 5º, §3º, caso em que assumem natureza de norma constitucional.

Este entendimento foi reafirmado pelo Plenário do STF em diversos julgamentos posteriores, que podem ser exemplificados pelo voto do Ministro Luiz Fux, durante o reexame do status normativo interno do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH), *verbis*:

“Esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira - porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo art. 5º, § 3º, da CF/1988 - foi reafirmado pela edição da Súmula Vinculante 25, segundo a qual “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Tal verbete sumular consolidou o entendimento deste Tribunal de que o art. 7º, item 7, da CADH teria ingressado no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à CF/1988, mas superior à legislação interna, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel. Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação.”⁴⁹

À guisa de exemplo, três convenções internacionais firmadas pelo Brasil foram internalizadas na ordem jurídica doméstica com caráter constitucional, porque aprovadas no Congresso de acordo com o rito do art. 5º, §3º da CF. São elas: a *Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância*, firmada na Guatemala, em 5 de junho de 2013

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. RE 466.343-1 / SP, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 03-12-2008, Dje 11-12-2008.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. ADI nº 5.240, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 20-8-2015, DJe 18, de 01-02-2016.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

(conforme Decreto Legislativo n.º 1, de 18-02-2021, e Decreto n.º 10.932, de 10-01-2022); o *Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso*, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013 (conforme Decreto Legislativo n.º 261, de 25-11-2015, e Decreto n.º 9.522, de 08-10-2018); e a *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 (conforme Decreto Legislativo n.º 186, de 09-07-2008, e Decreto n.º 6.949, de 25-08-2009).

Trazidas estas premissas para o Acordo de Paris, tem-se, *prima facie*, a constatação de sua plena vigência nos âmbitos externo e interno da ordem jurídica brasileira, pois submetido aos ritos legislativos adequados, na forma dos arts. 49, I e 84, IV e VIII da CF.

Poder-se-ia considerar que, nesta qualidade, o Acordo de Paris possui a força normativa *equivalente à legislação federal*, tal como ocorre, de modo geral, com os tratados ratificados e promulgados pelo Estado brasileiro na forma da Constituição Federal, que não versem sobre direitos fundamentais ou humanos.

Entretanto, é preciso salientar que os direitos que visam assegurar um meio ambiente equilibrado, tais como aqueles insertos no art. 225 da Constituição Federal, devem ser considerados, materialmente, como *direitos humanos*, natureza que afeta o status normativo dos tratados que versam sobre tais matérias no plano jurídico interno.

A interrelação entre os direitos ambientais e os direitos humanos é umbilical e condicionante. Um meio ambiente equilibrado é premissa para a assegurar a todos existência digna, exercício da liberdade e a própria proteção da vida, esferas de direitos fundamentais com caráter de direitos humanos. Sem dúvida, o ordenamento jurídico brasileiro confere aos direitos ambientais, enquanto indispensáveis para uma sociedade sustentável, tutela com igual força jurídica àquela prestada aos demais direitos humanos arrolados no texto constitucional e em tratados internacionais firmados pelo Brasil.

E a via contrária é igualmente verdadeira: a proteção e o pleno exercício dos direitos ambientais dependem do exercício amplo de outros direitos humanos, com destaque para o direito à liberdade de expressão, à tutela jurisdicional e à participação política dos cidadãos.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

A Declaração de Estocolmo – que antecedeu o Acordo de Paris e lhe abriu caminho - bem enuncia estas correlações, ao destacar que um meio ambiente equilibrado ecologicamente é condição vital para o gozo dos direitos humanos. A proclamação inaugural da conferência enuncia, de modo contundente, *verbis*:

“1. O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma.” (g.n.)

Fundado nas mesmas premissas, o princípio 1 da Declaração qualifica o direito humano ao meio ambiente equilibrado como imprescindível para o exercício dos direitos humanos da liberdade e da igualdade, *verbis*:

“Princípio 1. O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.”

De modo igualmente incisivo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por intermédio da Opinião Consultiva nº 23/17,⁵⁰ estabeleceu que o direito a um meio ambiente saudável é “um interesse universal” e “um direito fundamental para a existência da humanidade”. De forma semelhante, no primeiro caso contencioso sobre o tema - Comunidades Indígenas *Miembros de La Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*⁵¹ - a mesma Corte internacional asseverou que os Estados possuem o dever de “respeito”, “garantia” e “prevenção” de danos

⁵⁰ Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf>. Acesso em: 26-07-2023.

⁵¹ Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf>. Acesso em: 26-07-2023.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

ao meio ambiente, cabendo-lhes assegurar os direitos de todos à segurança alimentar e ao acesso à água.

Na mesma linha interpretativa, a Resolução A/76/L.75 da Assembleia Geral da ONU,⁵² de 26 de julho de 2022, *reconheceu, de modo expresso, que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui um direito humano*. Ao reafirmar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração de Estocolmo, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e os tratados internacionais de direitos humanos relevantes – bem como “que todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados” -, o documento sentencia:

“A assembleia geral, guiada pelos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas (...).

1. Reconhece o direito a um meio ambiente limpo, saudável e sustentável como um direito humano;

2. Observa que o direito a um meio ambiente limpo, saudável e sustentável é relacionado com outros direitos e com o direito internacional existente;

3. Afirma que a promoção do direito humano a um meio ambiente limpo, saudável e sustentável requer a plena implementação dos acordos ambientais multilaterais sob os princípios do direito ambiental internacional;

4. Convida os Estados, organizações internacionais, empresas e outras partes interessadas relevantes para adotar políticas, para melhorar a cooperação internacional, fortalecer a capacitação e continuar a compartilhar boas práticas para ampliar esforços para garantir um ambiente limpo, saudável e sustentável para todos.”

No plano interno, o mesmo caminho foi seguido pelo STF por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708.⁵³

⁵² Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/3982508?ln=en>>. Acesso em: 26-07-2023.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. ADPF 708 / DF. Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 04-07-2022, DJe 28-09-2022. Não se olvida, no entanto, que pronunciamentos anteriores do STF já sinalizavam o mesmo caminho. Por exemplo, no

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Os autores da ação aduziram que a União manteve o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (“Fundo Clima”) inoperante durante os anos de 2019 e 2020, deixando de destinar vultosos recursos para o enfrentamento das mudanças climáticas, e pleiteavam (i) a retomada do funcionamento do Fundo, (ii) a decretação do dever da União de alocação de tais recursos e a determinação de que se abstinhasse de novas omissões, e (iii) a vedação ao contingenciamento de tais valores, com base no direito constitucional ao meio ambiente saudável.

A fundamentação da decisão constante do voto-relator do ministro Luís Roberto Barroso e do voto-vogal do ministro Luiz Edson Fachin consolida e fortalece orientação jurisprudencial já presente em outros julgados do STF, ao promover um diálogo próximo com a jurisprudência recente da Corte Interamericana de Direitos Humanos (“CIDH”) em matéria ambiental, acima mencionada. Além disso, os votos em questão reconhecem, de modo expresso, que *os tratados internacionais firmados pelo Brasil em matéria ambiental se enquadram na categoria de tratados sobre direitos humanos, na forma do art. 5º, § 2º da Constituição Federal*, e, portanto, estão dotados de força normativa supralegal. Assim aduziu o voto do Relator, *verbis*:

“Em virtude disso, idealizou-se um regime jurídico transnacional para o enfrentamento das mudanças climáticas, assentado sobre três pilares: (i) a Convenção Quadro, que entrou em vigor em 1994, foi ratificada por 197 países e estabeleceu princípios abrangentes, obrigações de caráter geral e processos de negociação a serem detalhados em conferências posteriores entre as partes; (ii) o Protocolo de Kyoto, que entrou em vigor em 1997, conta atualmente com a ratificação de 192 países e instituiu metas específicas de redução da emissão de gases de efeito estufa para 36 países industrializados e a União Europeia. Os países em desenvolvimento ficaram de fora dessa obrigação específica; (iii) o Acordo de Paris, que entrou em vigor em 2016 e conta com a adesão de 185 países. Diferentemente do Protocolo de Kyoto, em lugar de fixar limites vinculantes de emissão, previu que cada país apresentaria, voluntariamente, sua ‘contribuição nacionalmente determinada’. O acordo

juízo da ADI nº 4.066, em 2017, em decisão sobre a constitucionalidade de legislação que proibiu o uso de amianto, a Ministra Rosa Weber atribuiu o status supralegal à Convenção da Basiléia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito (1989), equiparando-a aos tratados internacionais de direitos humanos.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

não distingue entre os papéis de países desenvolvidos e em desenvolvimento. (...).

*17. Na mesma linha, a Constituição reconhece o caráter supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil faz parte, nos termos do seu art. 5º, § 2º. E não há dúvida de que a matéria ambiental se enquadra na hipótese. Como bem lembrado pela representante do PNUMA no Brasil, durante a audiência pública: “Não existem direitos humanos em um planeta morto ou doente” (p. 171). **Tratados sobre direito ambiental constituem espécie do gênero tratados de direitos humanos e desfrutam, por essa razão, de status supranacional.** Assim, não há uma opção juridicamente válida no sentido de simplesmente omitir-se no combate às mudanças climáticas.”*

O voto-vogal, a seu turno, ao referenciar a precedentes da Corte em igual sentido, assim decretou:

*“(…). Por ocasião do julgamento das ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937, de Relatoria do e. Min. Luiz Fux, tive oportunidade de constar que a melhor interpretação a ser conferida ao art. 225 da CRFB é aquela que identifica o direito ao meio ambiente como verdadeiro direito fundamental, **a fazer atrair, por exemplo, o disposto no art. 5º, § 2º, da CRFB.**” (g.n.)*

Isto significa não apenas que as disposições do Acordo de Paris, enquanto tratado internacional de direitos ambientais, integrantes da categoria dos direitos humanos, não podem ser alteradas pela legislação infraconstitucional, como também que *“operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação”*, nas palavras do Ministro Luiz Fux.

Em síntese, nos termos da jurisprudência consolidada do STF, tem-se que:

- a) Os tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil e internalizados na ordem jurídica doméstica nos termos dos arts. 49, I e 84, IV e VIII da CF (celebração pelo Poder Executivo, referendo do Congresso Nacional e promulgação por ato executivo) possuem força normativa de *lei ordinária*, caso não versem sobre direitos humanos;
- b) Os tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil em *matéria de direitos humanos* e internalizados na ordem jurídica doméstica nos termos dos arts. 49, I e 84, IV e VIII possuem status

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

normativo de *supralegalidade*, ou seja, são hierarquicamente superiores à legislação infraconstitucional e inferiores ao texto constitucional, na interpretação atribuída ao art. 5º, §2º da CF. Este é o caso do Acordo de Paris; e

- c) Os tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil em *matéria de direitos humanos* e internalizados na ordem jurídica doméstica de acordo com o rito próprio das emendas constitucionais, nos termos do art. 5º, §3º, são equivalentes a *normas constitucionais*, dos pontos de vista formal e material.

As hipóteses de supralegalidade ou de status constitucional dos tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil em matéria de direitos humanos, nos termos da jurisprudência do STF, permitem examinar a possibilidade de os órgãos do Poder Judiciário promoverem o chamado *controle de convencionalidade*, em forma difusa ou concentrada.

Destarte, uma vez definida a posição hierárquica dos tratados dentre as espécies normativas integrantes do direito positivo, é franqueada à jurisdição estatal, *no plano interno*,⁵⁴ a prerrogativa de examinar e estabelecer a congruência material da legislação infraconstitucional às normas convencionais em matéria de direitos humanos. Trata-se de uma *dupla compatibilidade vertical material*, haja vista que a legislação infraconstitucional deve ser compatível com a CF, assim como com os tratados de direitos humanos promulgados pelo Brasil. A norma

⁵⁴ Sem prejuízo de tal controle ser realizado no *plano externo*, por meio do qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH examina a compatibilidade de qualquer norma (inclusive constitucional) de um Estado Parte da Convenção Americana de Direitos Humanos com as disposições da mencionada Convenção. Como sentenciou aquela Corte internacional: “*Cuando un Estado es Parte en la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aun cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. La Corte es así mismo competente para decidir si cualquier norma de derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad*”. COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia, Excepciones Preliminares*, j. 04-02-2000, parágrafo 32. Vide: CANTOR, Ernesto Rey. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. Mexico, D.F.: Editorial Porrúa, 2008.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

superior, constitucional ou convencional, irradia uma espécie de "eficácia paralisante" da norma inferior, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes.⁵⁵

Em relação aos tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil em matéria de direitos humanos e internalizados na ordem jurídica doméstica sem passar pelo iter do art. 5º, §3º (dotados, portanto, de caráter *supralegal*), o controle de convencionalidade ocorre a partir do exame de compatibilidade de qualquer norma infraconstitucional com as disposições do tratado ou convenção. Via de consequência, tal controle se dá na forma *difusa*, haja vista que a qualquer órgão do Poder Judiciário é permitido reconhecer a incongruência de uma lei ou de ato normativo do Poder Público com as normas que lhe são hierarquicamente superiores, desde que o façam na resolução de um caso *concreto* e de modo *incidental*, com efeitos apenas *inter partes*.⁵⁶

Trata-se, desta forma, do *controle difuso de convencionalidade*, empreendido pelo Poder Judiciário de modo incidental para resolução de um litígio, sempre que tal tarefa demandar a análise de congruência normativa entre qualquer lei ou ato normativo do Poder Público com tratados de direitos humanos dotados de força *supralegal*.

De outra banda, os tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil em matéria de direitos humanos e internalizados na ordem jurídica doméstica de acordo com o iter do art. 5º, §3º assumem caráter *constitucional*, tanto formal como material, e deste modo, podem ser utilizados para fins de *controle concentrado de convencionalidade* pelo STF, ou seja, de paradigma de controle *abstrato* de compatibilidade entre qualquer lei ou ato normativo do Poder Público com as normas convencionais, com os efeitos *erga omnes* próprios das ações de controle concentrado.

Ao *controle concentrado de convencionalidade* se utilizam os mesmos remédios constitucionais destinados ao controle concentrado de *constitucionalidade* dotados ao STF, haja vista que as disposições internacionais

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. RE 466.343-1 / SP, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 03-12-2008, Dje 11-12-2008.

⁵⁶ Respeitado, quanto aos Tribunais, no exame de *inconstitucionalidade* de leis e atos normativos do Poder Público, o princípio da reserva de plenário, estabelecido no art. 97 da CF e regulamentado nos arts. 948 e seguintes do CPC (incidente de arguição de inconstitucionalidade).

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

em questão assumem, perante o ordenamento jurídico interno, o status de norma constitucional, para todos os fins formais e materiais pertinentes.

Convivem no STF, portanto, dois controles concentrados de higidez normativa: o de *constitucionalidade*, quanto à hierarquia à Constituição; e o de *convencionalidade*, quanto à hierarquia aos tratados de direitos humanos internalizados na forma do art. 5º, §3º.

Em igual sentido se posiciona Valerio Mazzuoli:

“Para realizar o controle de convencionalidade das leis os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, onde qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais - estando tais tratados em vigor no plano internacional - podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país. Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem. Mas, também, pode ainda existir o controle de convencionalidade concentrado no Supremo Tribunal Federal, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente estes) aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º da Constituição.

Tal demonstra que, de agora em diante, os parâmetros de controle concentrado (de constitucionalidade/convencionalidade) no Brasil são a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. Assim, é bom deixar claro que o controle de convencionalidade difuso existe entre nós desde a promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após esse período, não obstante jamais qualquer doutrina no Brasil ter feito referência a esta terminologia. Já o controle de convencionalidade concentrado, este sim,

HELENO TAVEIRA TÓRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

*nascera apenas em 8 de dezembro de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional no 45.*⁵⁷

A jurisprudência do STF confirma esta orientação. Depois de assegurar o status supralegal de tratados de direitos humanos internalizados sem o rito próprio do art. 5º, §3º, aquela Corte adotou o controle difuso de convencionalidade em diversos julgados, nos quais a compatibilidade do ato normativo impugnado com a norma convencional se dava de modo apenas incidental.

Isso ocorreu inclusive no âmbito de ações de controle concentrado de constitucionalidade, sobre a compatibilidade de leis com convenções internacionais de status supralegal, o que foi utilizado como *reforço argumentativo* e compôs a *ratio decidendi* dos julgados.

Exemplo deste expediente está no julgamento da ADI 3937, na qual se questionava a constitucionalidade da Lei nº 9.055/95 (relativa ao uso do amianto em processos industriais), à vista dos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado, bem como a compatibilidade da aludida lei com as Convenções 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia, todas dotadas de caráter supralegal. O voto da Ministra Rosa Weber (componente da maioria dos votos vencedores) assim consignou:

*“Diante das determinações constitucionais direcionadas ao legislador, tenho por evidenciado que a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente, **tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos, especialmente as Convenções nºs 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia, sendo caso de inconstitucionalidade por proteção insuficiente, em face dos arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da Constituição Federal.** (...)*

Ao dispor sobre a proibição do uso do amianto, a Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo está alinhada às obrigações assumidas pelo Estado

⁵⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 181, jan./mar. 2009, p. 129-130.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

brasileiro ao adotar as Convenções nºs 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia. Porque veiculadoras de regimes protetivos de direitos fundamentais, as Convenções nº 139 e 162 da OIT, bem como a Convenção de Basileia, assumem, no nosso ordenamento jurídico, status de supralegalidade, tal como já fora observado pelo Ministro Ayres Britto, no voto que proferiu ao julgamento da ADI 3.357/RS (...).”⁵⁸ (g.n.)

Conforme se verifica do julgamento, ainda que se tratasse de ação de controle concentrado de constitucionalidade, foi realizado controle difuso de convencionalidade em razão do caráter supralegal das normas internacionais aplicáveis à espécie, cujas conclusões compuseram a *ratio decidendi* do julgado.

Em outra oportunidade, o STF promoveu controle concentrado de constitucionalidade e, em conjunto, valeu-se de controle difuso de convencionalidade para reforço da incongruência da lei impugnada com o texto constitucional. O voto do Relator, Ministro Ayres Britto, tratou de examinar a lei combatida à luz da Convenção nº 162 da OIT, de caráter supralegal, mediante o posicionamento daquele diploma internacional no rol de fontes normativas do art. 59 da CF, nos termos seguintes:

“Ora bem, este Supremo Tribunal Federal já firmou a tese de que essa convenção da OIT, pelo menos quando dispõe sobre a proteção da saúde dos trabalhadores (direitos humanos), tem status de norma supralegal. Norma supralegal – é o que penso – não porque a lei retire dela mesma seu fundamento mais qualificado de validade, mas porque a própria Constituição Federal lhe deu primazia. Explico: o art. 59 da Constituição Federal lista os atos que inovam primariamente a ordem jurídica. Inovam primariamente porque o fazem logo abaixo da Constituição; isto é, colocam-se imediatamente entre a Magna Carta e a população que constitui seu público-alvo. Acontece que o rol do mencionado art. 59 não é exauriente. Como demonstram os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, os tratados internacionais são também veículos primários de direitos e deveres. Veículos que têm força, ora de emenda constitucional (§ 3º do art. 5º da CF), ora de lei ordinária (demais casos). Repetindo o juízo:

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. ADI 3.937 / SP, Relator Ministro Marco Aurélio, Redator do Acórdão Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 24-08-2017, Dje 01-02-2019.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

os tratados internacionais não são lei ou emenda, mas apenas têm força de lei ou de emenda, conforme o caso. E os que versam sobre direitos humanos têm primazia na ordem jurídica interna, mesmo os não aprovados “em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”. Neste caso, a supralegalidade decorre da prevalência que o inciso II do art. 4º da Constituição Federal confere aos direitos humanos (“prevalência dos direitos humanos” é a dicção do inciso II do art. 4º da nossa Constituição Federal) (...).

Nesse fluxo de ideias, não tenho dúvida de que o amianto – em quaisquer de suas variedades – é normativamente qualificado como nocivo à saúde e põe em situação de fragilidade o meio ambiente. Esse reconhecimento explícito está na Convenção nº 162 da OIT e na própria lei federal versante sobre a matéria (...).

Ora, com semelhante (e insólita) disposição, o propósito da lei já não é atenuar gradativamente a sua eficácia. Pelo contrário, busca se definitizar como norma de sobrevida do amianto. O que nulifica a proibição de seu art. 1º (norma central) e bate de frente com a letra e o espírito da Convenção nº 162 da OIT”⁵⁹

Apenas a título de reforço, menciona-se o controle difuso de convencionalidade realizado pelo STF por ocasião de controle concentrado de constitucionalidade de ato normativo do Poder Público relativo à audiência de custódia, e a compatibilidade do ato com o art. 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, tomada pela Corte com status de supralegalidade devido à matéria que disciplina. Naquela oportunidade, o controle de convencionalidade foi central no julgamento e conduziu a argumentação da maioria vencedora, conforme se infere do voto do Relator, Ministro Luiz Fux:

“De plano, anoto que o art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao dispor que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, sustou os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Isso se deve ao caráter supralegal que os tratados sobre direitos humanos possuem no ordenamento jurídico brasileiro, como ficou assentado pelo

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. ADI 3.357 / RS, Relator Ministro Ayres Britto, Redator do Acórdão Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 30-11-2017, Dje 01-02-2019.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 349.703, relator para acórdão o Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJe de 05/06/2009 (...).

Esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira – porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal - foi reafirmado pela edição da Súmula Vinculante 25, segundo a qual “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Tal verbete sumular consolidou o entendimento deste tribunal de que o art. 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos teria ingressado no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel. Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação (...).

Destarte, também o item 5 do art. 7º da referida convenção deve ser tido por norma supralegal, sendo imperioso passar em revista a legislação ordinária à luz do seu conteúdo normativo. (...) Em outras palavras, o direito convencional a uma audiência de custódia deflagra o procedimento legal de habeas corpus perante a Autoridade Judicial”.⁶⁰(g.n.)

As mencionadas decisões foram espelhadas na Recomendação do Conselho Nacional de Justiça nº 123, de 07 de janeiro de 2022, a qual exorta os órgãos do Poder Judiciário a observarem os tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil, bem como a utilizarem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e a promoverem o devido

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. ADI 5.240 / SP, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 20-08-2015, DJe 01-02-2016. Em igual sentido, quanto ao controle difuso de convencionalidade realizado no bojo de ações de controle concentrado de constitucionalidade, vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. ADPF 496 / DF, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 22-06-2020, DJe 24-09-2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. ADI 3.470 / RJ, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 29-11-2017, DJe 01-02-2019.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

controle de convencionalidade das leis internas.⁶¹

Uma vez que o Acordo de Paris disciplina matéria pertinente a direitos humanos, conforme reconhecido de modo expresso pela ONU e pelo STF, e sua incorporação no plano jurídico interno foi realizada sem a observância do processo legislativo previsto no art. 5º, §3º da CF, deve possuir caráter suprallegal, de modo a servir de parâmetro para que os órgãos do Poder Judiciário realizem o controle difuso de convencionalidade das leis e atos normativos do Poder Público.

Em contrapartida, por não possuir status de norma constitucional, o Acordo de Paris não pode ser utilizado como paradigma para controle concentrado de convencionalidade (e, portanto, de constitucionalidade), haja vista que tal Acordo não foi internalizado no sistema jurídico nacional na forma do art. 5º, §3º.

Deveras, como se verificou nos precedentes examinados do STF, é recorrente naquela Corte a utilização do controle difuso de convencionalidade no bojo de ações de controle concentrado de constitucionalidade, de modo que a eventual incompatibilidade da norma ou ato impugnado com a Constituição é demonstrada, em conjunto, pela desconformidade com a disciplina convencional da matéria, de caráter suprallegal.

⁶¹ “O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais, RESOLVE: Art. 1º Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário: I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas. II – a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral.”

3 A POLÍTICA NACIONAL DE BIOCOMBUSTÍVEIS (RENOVABIO): OBJETIVOS, ESTRUTURA E MECANISMOS

A análise estrutural dos instrumentos interventivos do RenovaBio demanda uma abordagem jurídica da política pública subjacente, a fim de estabelecer sua posição no direito positivo e abrir caminho para o exame crítico acerca de sua constitucionalidade e legalidade.

Neste tocante, Maria Paula Dallari Bucci conceitua política pública nos seguintes termos, *verbis*:

*“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processos eleitoral, de planejamento, de governo, orçamentário, legislativo, administrativo e judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”*⁶²

A definição proposta contém os termos principais: “programa” corresponde ao delineamento geral da política pública, que abrange objetivos concretos da política nas suas camadas internas (elementos operacionais e de avaliação) e externas (elementos instrumentais e procedimentais, bem como arranjos político-administrativos, meios financeiros e outros recursos); “ação” corresponde à busca pelo atingimento de objetivos sociais mensuráveis em certo espaço de tempo; e “processo” conota uma sequência de atos concatenados.⁶³

Esta perspectiva permite organizar método estruturado de abordagem *jurídico-institucional* das políticas públicas, como qualificativa de um quadro de

⁶² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari. (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 39.

⁶³ Afirma Bucci: “*Nesse debate, delinea-se como linha de trabalho mais fecunda a da admissão das políticas públicas como programas de ação destinadas a realizar, sejam os direitos ou prestações, diretamente, sejam a organização, normas e procedimentos necessários para tanto. As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico.*” (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari. (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 31).

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

referência, com destaque para a **organização** do programa de ação (elementos da política e como se relacionam), **papéis institucionais** - o funcionamento do programa passa a depender do cumprimento dos deveres e obrigações previstos nas normas, servindo às finalidades objeto do programa – e a **finalidade** pretendida, no sentido político e social, aspecto mais abstrato da aplicação do institucionalismo ao estudo das políticas públicas, que diz respeito ao sucesso da agregação de interesses operada com a criação e implementação do programa.⁶⁴

A partir desta metodologia, o exame jurídico-institucional do RenovaBio deve iniciar por seu *posicionamento* no âmbito das macropolíticas públicas de caráter nacional estabelecidas em matéria climática e energética, e de que modo se relacionam para conformar o sistema de regulação econômica deste campo de vital importância estratégica.

Neste corte metodológico, destacam-se duas políticas com caráter *abrangente* e *programático*, que estabelecem bases e diretrizes para a formulação de outras ações e programas sob sua coordenação e direção específicas.

A primeira é a política energética nacional (“PEN”), alicerçada na Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, a qual estatui *os objetivos gerais para todas as políticas nacionais* que visem ao aproveitamento racional das fontes de energia.⁶⁵ Com essa amplitude, os princípios enunciados no art. 1º da mencionada lei devem orientar as políticas públicas de caráter nacional estabelecidas com fundamento explícito ou implícito naquele diploma, dentre quais se podem destacar os seguintes, *verbis*:

“(…). II - **promover o desenvolvimento**, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos energéticos;

III - **proteger os interesses do consumidor** quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;

IV - **proteger o meio ambiente** e promover a conservação de energia;” (...)

⁶⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de referência de uma política pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: *O direito na fronteira das políticas públicas* [S.l.: s.n.], 2015, p. 3.

⁶⁵ Nesse sentido estabelece o art. 1º da mencionada Lei n.º 9.478/97: “As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos: (...)”

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

IX - promover a livre concorrência; (...)

XII - incrementar, em bases econômicas, sociais e ambientais, a participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional;

XIII - garantir o fornecimento de biocombustíveis em todo o território nacional; (...)

XVI - atrair investimentos em infraestrutura para transporte e estocagem de biocombustíveis; (...)

“XVIII - mitigar as emissões de gases causadores de efeito estufa e de poluentes nos setores de energia e de transportes, inclusive com o uso de biocombustíveis.” (g.n.)

Como se verifica dos princípios orientadores da PEN, o planejamento e a execução de políticas nacionais pertinentes ao aproveitamento racional das fontes de energia deve se subordinar a parâmetros cogentes mínimos, os quais visam equilibrar o *desenvolvimento nacional* e a *proteção do meio ambiente*, em conjunto considerados como os pilares do *princípio do desenvolvimento sustentável*.⁶⁶

Não por outra razão é que o mencionado diploma condiciona as políticas energéticas à *“proteção dos interesses do consumidor e à promoção da livre concorrência”*, tal como já se encontra expressamente assegurado pelos princípios básicos da Ordem Econômica delineados no art. 170 da Constituição Federal.

Posteriormente, a Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima (“PNMC”), cujas ações dos entes políticos e dos órgãos da administração pública observarão os princípios da *precaução*, da *prevenção*, da *participação cidadã*, do *desenvolvimento sustentável* e o das *responsabilidades comuns, porém diferenciadas*, este último no âmbito internacional (tal como adotado, posteriormente, no Acordo de Paris).

⁶⁶ A legislação ambiental brasileira apresenta o conceito de desenvolvimento sustentável na Política Nacional de Meio Ambiente, organizada pela Lei 6.938/81, cujo art. 2º dispõe: “A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”. E o art. 4º, I complementa: “A Política Nacional do Meio Ambiente visará: I – à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.”

HELENO TAVEIRA TÓRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

O art. 3º da PNMC reconhece que *todos* têm o dever de atuar, em benefício da presente e das futuras gerações, para a redução dos impactos decorrentes das interferências antrópicas sobre o sistema climático. A partir desta premissa, o mesmo dispositivo determina que as medidas tomadas devem considerar os diferentes contextos socioeconômicos de sua aplicação, bem assim, “*distribuem os ônus e encargos decorrentes entre os setores econômicos e as populações e comunidades interessadas de modo equitativo e equilibrado e sopesem as responsabilidades individuais quanto à origem das fontes emissoras e dos efeitos ocasionados sobre o clima*”.

A política possui múltiplas *diretrizes*, com destaque para os compromissos assumidos pelo Brasil na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, no Protocolo de Quioto *e nos demais documentos sobre mudança do clima dos quais vier a ser signatário*, no qual se inclui o Acordo de Paris.

A PNMC busca criar *harmonia e unidade sistêmica* às políticas ambientais atuais e futuras pertinentes a mudanças climáticas adotadas pelas três esferas federativas, ao determinar o seguinte, *verbis*:

“Art. 3º. (...). V - *as ações de âmbito nacional para o enfrentamento das alterações climáticas, atuais, presentes e futuras, devem considerar e integrar as ações promovidas no âmbito estadual e municipal por entidades públicas e privadas;*”

Art. 5º *São diretrizes da Política Nacional sobre Mudança do Clima: (...).*

V - *o estímulo e o apoio à participação dos governos federal, estadual, distrital e municipal, assim como do setor produtivo, do meio acadêmico e da sociedade civil organizada, no desenvolvimento e na execução de políticas, planos, programas e ações relacionados à mudança do clima; (...).*

VIII - *a identificação, e sua articulação com a Política prevista nesta Lei, de instrumentos de ação governamental já estabelecidos aptos a contribuir para proteger o sistema climático;*

IX - *o apoio e o fomento às atividades que efetivamente reduzam as emissões ou promovam as remoções por sumidouros de gases de efeito estufa; (...).”*

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Como se verifica dos dispositivos mencionados, a PNMC visa coordenar os esforços públicos e privados concernentes às mudanças climáticas, e para tanto, estabelece princípios, diretrizes e objetivos comuns a todas as ações públicas desta natureza. A vinculação direta com as demais políticas é determinada, em especial, a partir da necessária identificação (e sua articulação com a PNMC) de instrumentos de ação governamental já estabelecidos, aptos a contribuir para proteger o sistema climático (art. 5º, VIII).

De modo ainda mais específico, a PNMC vincula, como seus instrumentos próprios, as medidas existentes *e aquelas a serem criadas* no campo da redução de emissão dos GEE. Para tanto, o art. 6º, XII, da lei assim estabelece, *verbis*:

*“Art. 6º. São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima:
(...).*

XII – as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos; (...).” (g.n.)

Por derradeiro, a unicidade e coordenação da atuação estatal em matéria de políticas públicas sobre o clima foi determinada pelo art. 11 da Lei nº 12.187/09 (“PNMC”), *verbis*:

“Art. 11. Os princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos das políticas públicas e programas governamentais deverão compatibilizar-se com os princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos desta Política Nacional sobre Mudança do Clima.”

Este dispositivo é inequívoco ao elevar a PNMC à categoria de macropolítica pública sobre mudanças climáticas, atribuindo a seus princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos um caráter vinculativo para a atuação estatal (políticas e programas governamentais) que, de algum modo, contemplem ações voltadas ao meio ambiente sustentável e equilibrado em matéria climática.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

É neste contexto de macropolíticas públicas que deve ser inserido e interpretado o *RenovaBio*, cuja estrutura, interpretação e aplicação estão diretamente subordinados aos princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos da PNMC, enquanto política destinada ao controle das interferências antrópicas sobre o sistema climático, e à política energética nacional (“PEN”), enquanto política que visa ao aproveitamento racional das fontes de energia. Vejamos.

3.1 **RenovaBio: contexto internacional e objetivos**

Os compromissos assumidos no Acordo de Paris motivaram diversas Partes a adotar ou fortalecer políticas públicas de regulação ou intervenção econômica para promover a redução da emissão de gases de efeito estufa, inclusive mediante a expansão dos biocombustíveis em suas matrizes energéticas, tal como previsto nas NDC’s submetidas à ONU. Haja vista que determinados programas desta natureza, instituídos por outros países, serviram de incentivo ou inspiração para o *RenovaBio*, é recomendável mencioná-los de antemão para, na sequência, promover uma análise pormenorizada da estrutura do programa em exame.

Nos Estados Unidos, a política pertinente aos combustíveis renováveis foi instituída de modo mais organizado em 2005, por meio do *Renewable Fuel Standard Program* (“RFS”), que adotou um modelo de metas volumétricas e Créditos de carbono específicos (“RIN”).⁶⁷

No ano seguinte, a Argentina editou a Lei nº 26.093/06,⁶⁸ denominada de “Lei de incentivo à produção sustentável de biocombustíveis”, a qual instituiu um regime de regulação e promoção para a produção e uso sustentáveis de biocombustíveis, bem como adotou um modelo de incentivos fiscais relacionados à mistura obrigatória de biocombustíveis aos combustíveis fósseis.

⁶⁷ United States Environmental Protection Agency - EPA. *Renewable Fuel Standard Program*. Disponível em: <<https://www.epa.gov/renewable-fuel-standard-program>>. Acesso em: 30-07-2023.

⁶⁸ Disponível em: <<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26093-116299/texto>>. Acesso em: 30-07-2023.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

No mesmo ano, a Indonésia iniciou sua política de biocombustíveis, a partir de sua participação crescente no mercado internacional, por meio de uma diretriz de mistura obrigatória de biodiesel ao óleo diesel.⁶⁹

Em 2009, a União Europeia - maior mercado mundial de biodiesel - criou o conhecido *Renewable Energy Directive* (“RED”), um modelo de metas de participação de combustíveis renováveis na matriz energética, com a criação de créditos de carbono não específicos para o setor de transporte, que podem ser negociados no *European Union Emissions Trading System – ETS*. Trata-se do “Regime Comunitário de Licenças de Emissão da União Europeia” ou apenas “Comércio Europeu de Licenças de Emissão”, o primeiro instrumento regulado de comércio internacional de emissões de gases do efeito estufa.⁷⁰

No ano de 2011, o Estado da Califórnia estabeleceu a política denominada *Low Carbon Fuel Standard* (“CARB-LCFS”), a partir de um modelo de metas de participação de combustíveis renováveis na matriz energética, com a instituição de créditos de carbono específicos do programa.⁷¹

A política brasileira do RenovaBio ingressou no espaço internacional das ações relacionadas aos biocombustíveis em 2017, por intermédio da Lei nº 13.576/2017.

Por fim, merece menção o programa canadense instituído em 2022, denominado *Clean Fuels Standard* (“CFS”), uma regra de emissões projetada para reduzir a intensidade média de carbono dos combustíveis de transporte, em comparação com os combustíveis convencionais de petróleo, como gasolina e diesel. No programa, os métodos se concentram no fornecimento de eletricidade para veículos elétricos, o fornecimento de combustível de hidrogênio para veículos

⁶⁹ A. Halimatussadiyah, D. Nainggolan, S. Yui, F.R. Moeis, A.A. Siregar. Progressive biodiesel policy in Indonesia: Does the Government's economic proposition hold?, *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, Volume 150, 2021.

⁷⁰ European Commission. *Renewable Energy Directive*. Disponível em: <https://energy.ec.europa.eu/topics/renewable-energy/renewable-energy-directive-targets-and-rules/renewable-energy-directive_en>. Acesso em: 30-07-2023.

⁷¹ California Air Resources Board. *Low Carbon Fuel Standard*. Disponível em: <<https://ww2.arb.ca.gov/our-work/programs/low-carbon-fuel-standard/about>>. Acesso em: 30-07-2023.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

com célula de combustível e a mistura de biocombustíveis como etanol, biodiesel, diesel renovável e gás natural em combustíveis fósseis.⁷²

Com o objetivo declarado de auxiliar no alcance dos compromissos do Acordo de Paris, o governo brasileiro resolveu explorar, de modo mais específico, as ações pertinentes à expansão da produção e do uso de biocombustíveis na matriz energética nacional, de modo integrado à política energética nacional ordenada pela citada Lei nº 9.478/97. Para tanto, a Lei nº 13.576, de 26 de dezembro de 2017, instituiu a Política Nacional de Biocombustíveis (“RenovaBio”), cujo art. 1º enuncia seus propósitos, *verbis*:

“Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio), parte integrante da política energética nacional de que trata o art. 1º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, com os seguintes objetivos:

I - contribuir para o atendimento aos compromissos do País no âmbito do Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima;

II - contribuir com a adequada relação de eficiência energética e de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa na produção, na comercialização e no uso de biocombustíveis, inclusive com mecanismos de avaliação de ciclo de vida;

III - promover a adequada expansão da produção e do uso de biocombustíveis na matriz energética nacional, com ênfase na regularidade do abastecimento de combustíveis; e

IV - contribuir com previsibilidade para a participação competitiva dos diversos biocombustíveis no mercado nacional de combustíveis.” (g.n.)

As bases da política estão sedimentadas em fundamentos explícitos (art. 2º), que visam à contribuição dos biocombustíveis para a segurança do abastecimento nacional de combustíveis, da preservação ambiental e para a promoção do desenvolvimento e da inclusão econômica e social; a promoção da livre concorrência no mercado de biocombustíveis; a importância da agregação de valor

⁷² Government of Canada. *What are the Clean Fuel Regulations?* Disponível em: <<https://www.canada.ca/en/environment-climate-change/services/managing-pollution/energy-production/fuel-regulations/clean-fuel-regulations/about.html>>. Acesso em: 30-07-2023.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

à biomassa brasileira; e o papel estratégico dos biocombustíveis na matriz energética nacional.

O programa propõe-se como um meio para o aumento da capacidade de produção de biocombustíveis (etanol e biodiesel). Como consequência direta dos compromissos ambientais internacionais estabelecidos no âmbito do Acordo de Paris, o programa busca fomentar o desenvolvimento de energias limpas, de modo que está estruturado para reconhecer a capacidade energética de cada combustível, naquilo referente à redução de emissões de carbono. Consequência do Acordo de Paris, tem por meta fortalecer a economia verde e o uso de biocombustíveis como forma de reduzir a produção e a emissão de GEE, por meio de uma política de desenvolvimento sustentável.

Numa síntese, o Brasil tem o dever de privilegiar a matriz energética dos biocombustíveis. Nesse sentido, é oportuna a adoção de medidas que tenham o propósito de (i) contribuir para o cumprimento dos compromissos assumidos com o Acordo de Paris, (ii) promover o aumento do uso de biocombustíveis, bem como sua produção, além de (iii) assegurar a previsibilidade do mercado de combustíveis e da eficiência energética, notadamente no caso do biodiesel e do *Etanol Anidro*.

Com essas premissas, o objetivo central do RenovaBio é o de *viabilizar a oferta de energia cada vez mais sustentável, competitiva e segura*, observados os seguintes princípios:

- (i) **Previsibilidade** para a participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional, com ênfase na *sustentabilidade da indústria de biocombustíveis* e na segurança do abastecimento;
- (ii) **Proteção dos interesses do consumidor** quanto a preço, qualidade e oferta de produtos, tal como já exigia a política energética nacional, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.478/97;
- (iii) **Mitigação efetiva de emissões de gases causadores do efeito estufa** e de poluentes locais, por meio da contribuição de eficácia dos biocombustíveis;
- (iv) **Desenvolvimento socioeconômico** a partir do potencial de contribuição do mercado de biocombustíveis para a geração de emprego e de renda e para o desenvolvimento regional, bem como para a promoção de cadeias de valor relacionadas à bioeconomia sustentável;

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

- (v) ***Eficiência energética*** com o uso de biocombustíveis em veículos, máquinas e equipamentos; e
- (vi) ***Impulso ao desenvolvimento tecnológico e à inovação***, destinado a consolidar a base tecnológica, a aumentar a competitividade dos biocombustíveis na matriz energética nacional e a acelerar o desenvolvimento e a inserção comercial de biocombustíveis avançados e de novos biocombustíveis.

Como afirmado anteriormente, o RenovaBio deve ser inserido e interpretado, por um lado, a partir dos princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos da PNMC, enquanto macropolítica vinculativa destinada ao controle das interferências antrópicas sobre o sistema climático, nos termos expressos do citado art. 11 da Lei nº 12.187/09; e, de outro lado, pelas diretrizes da política energética nacional (“PEN”), que trata do aproveitamento racional das fontes de energia, à qual a legislação do RenovaBio, inclusive, faz referência expressa.

Para o alcance dos objetivos, fundamentos e princípios do RenovaBio, conforme acima descritos, é preciso considerar a *integralidade da indústria do petróleo*, gás natural e outros hidrocarbonetos, uma vez que todos os elos da cadeia produtiva são absolutamente indispensáveis para que os instrumentos da política de expansão dos biocombustíveis na matriz energética alcancem os resultados pretendidos, em especial para concretizar os compromissos de redução de gases de efeito estufa assumidos pelo país no âmbito do Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.

Tal é a exigência do art. 3º, III da PNMC, nos seguintes termos, *verbis*:

“Art. 3º. A PNMC e as ações dela decorrentes, executadas sob a responsabilidade dos entes políticos e dos órgãos da administração pública, observarão os princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, este último no âmbito internacional, e, quanto às medidas a serem adotadas na sua execução, será considerado o seguinte:

(...).

III - as medidas tomadas devem levar em consideração os diferentes contextos socioeconômicos de sua aplicação, distribuir os ônus e encargos decorrentes entre os setores econômicos e as populações e comunidades

interessadas de modo equitativo e equilibrado e sopesar as responsabilidades individuais quanto à origem das fontes emissoras e dos efeitos ocasionados sobre o clima; (...).” (g.n.)

Este dispositivo apenas consagra, no nível das medidas concretas da atuação estatal, a aplicação dos princípios da *precaução*, da *prevenção* e o das *responsabilidades comuns, porém diferenciadas*, este último adotado no Acordo de Paris, *de caráter supralegal* na ordem jurídica brasileira, conforme visto acima.

Cabe salientar que, nos termos do art. 6º, inciso XIX, da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (política energética nacional), também vinculante ao RenovaBio, considera-se como a indústria do petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos o “conjunto de atividades econômicas relacionadas com a exploração, desenvolvimento, produção, refino, processamento, transporte, importação e exportação de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos e seus derivados”, de modo que todos os agentes econômicos desta cadeia de valor participam, a seu modo, dos resultados causados pela emissão dos gases de efeito estufa decorrentes do uso de combustíveis de origem fóssil.

3.2 Os instrumentos de implementação da política do RenovaBio

A política do RenovaBio se sustenta sobre 6 (seis) instrumentos de implementação, a saber:

- (i) Metas de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa na matriz de combustíveis;
- (ii) Créditos de Descarbonização (“CBIO”);
- (iii) Certificação de Biocombustíveis;
- (iv) Adições compulsórias de biocombustíveis aos combustíveis fósseis;
- (v) Incentivos fiscais, financeiros e creditícios; e
- (vi) Ações no âmbito do Acordo de Paris.

Somente os três primeiros instrumentos foram disciplinados de modo expresso pela Lei nº 13.576/17, os quais serão examinados a partir de sua estrutura e funcionamento.

O primeiro instrumento, referente às metas compulsórias anuais de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa, está restrito à atividade

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

econômica de *comercialização de combustíveis*, cujas metas, definidas em regulamento, reclamam melhoria da intensidade de carbono da matriz brasileira de combustíveis ao longo do tempo, para um período mínimo de dez anos.

Deste modo, as metas de redução de emissões de GEE na matriz de combustíveis, instituída no RenovaBio, *recaem de modo exclusivo sobre os distribuidores de combustíveis*, sem abranger os demais agentes econômicos da cadeia produtiva da indústria do petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos, tal como definida no inciso XIX da mencionada Lei nº 9.478/97, nem tampouco sobre quaisquer outras atividades econômicas emissoras de GEE.

O poder regulamentar, por seu turno, deve observar diretrizes essenciais para a definição das metas anuais de redução, a partir dos seguintes *parâmetros vinculantes*: (i) a proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta de combustíveis; (ii) a disponibilidade de oferta de biocombustíveis por produtores e por importadores detentores do Certificado da Produção Eficiente de Biocombustíveis; (iii) a valorização dos recursos energéticos; (iv) a evolução do consumo nacional de combustíveis e das importações; (v) os compromissos internacionais de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa assumidos pelo Brasil e ações setoriais no âmbito desses compromissos; e (vi) o impacto de preços de combustíveis em índices de inflação.

A definição das metas considerará ainda as diretrizes da PNMC, bem como a proporcionalidade do esforço de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa nos diversos setores da economia.⁷³

A meta compulsória anual acima referida será desdobrada, para cada ano corrente, em *metas individuais*, aplicadas a todos os *distribuidores de combustíveis*, de modo *proporcional* à respectiva participação de mercado na comercialização de combustíveis fósseis no ano anterior (art. 7º, Lei nº 13.576/17).

A única forma de os distribuidores de combustíveis comprovarem o atendimento às suas metas compulsórias individuais de redução da emissão de GEE é a *aquisição da propriedade de Créditos de Descarbonização*, nas datas

⁷³ Conforme remissão expressa do art. 2º, parágrafo único do Decreto n.º 9.888/19 (regulamento do RenovaBio): “A *definição das metas de que trata o caput considerará as diretrizes da Política Nacional sobre Mudança do Clima, instituída pela Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, e a proporcionalidade do esforço de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa nos diversos setores da economia.*”

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

estabelecidas pelo regulamento. Cada distribuidor de combustíveis comprovará ter alcançado sua meta individual de acordo com sua estratégia, sem prejuízo às adições volumétricas previstas em lei específica, como de etanol à gasolina e de biodiesel ao óleo diesel.⁷⁴

Via de consequência, a política em questão contempla a *aquisição compulsória de Créditos de Descarbonização pelos distribuidores de combustíveis*, em quantidade mínima equivalente às suas metas compulsórias individuais de redução da emissão de GEE.⁷⁵

Não sobram dúvidas, portanto, de que a exigência de aquisição de CBIO imposta pelo art. 7º da Lei nº 13.576/17 aos distribuidores de combustíveis reveste a natureza jurídica de *dever*, que limita a autonomia da vontade de seus destinatários, e, portanto, ostenta caráter de compulsoriedade e de sujeição a sanções no caso de descumprimento, em atendimento a um interesse alheio, qual seja, da tutela do meio ambiente como bem de uso comum.

O descumprimento do dever legal de aquisição compulsória dos Créditos de Descarbonização pelos distribuidores de combustíveis poderá sujeitá-los à imposição de multa, proporcional à quantidade de Crédito de Descarbonização que deixou de ser comprovada, que poderá variar, nos termos do regulamento, entre R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

A aplicação da multa ocorrerá sem prejuízo das demais sanções administrativas e pecuniárias previstas na Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999 (fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis), e de outras de natureza civil e penal cabíveis.

Não há na legislação de regência do RenovaBio qualquer disposição pertinente à destinação dos recursos arrecadados com a imposição das penalidades

⁷⁴ Até 15% (quinze por cento) da meta individual de um ano poderá ser comprovada pelo distribuidor de combustíveis no ano subsequente, desde que tenha comprovado cumprimento integral da meta no ano anterior.

⁷⁵ Para a definição das metas compulsórias anuais de redução, bem assim dos critérios, diretrizes e parâmetros para o credenciamento de firmas inspetoras e a Certificação de Biocombustíveis, e ainda, dos requisitos para a regulação técnica e econômica do Crédito de Descarbonização, deve ser realizado um *monitoramento do abastecimento nacional de biocombustíveis*, na forma estabelecida em regulamento.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

pecuniárias, nem tampouco vinculação de tais valores com as finalidades interventoras da referida política.

Doravante, o Crédito de Descarbonização (“CBIO”) é o instrumento registrado sob a forma escritural, para fins de comprovação da meta individual do distribuidor de combustíveis. Tem como emissores primários somente dois agentes econômicos: o *importador de biocombustível*, autorizado pela ANP para exercer esta atividade; e o *produtor de biocombustível*, autorizado pela ANP nos termos do art. 68-A da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, desde que estejam devidamente habilitados para a emissão do instrumento.

Cada unidade de Crédito de Descarbonização corresponderá a uma tonelada de gás carbônico equivalente, calculada a partir da diferença entre as emissões de gases de efeito estufa no ciclo de vida de um biocombustível e as emissões de seu combustível fóssil substituto, estabelecida conforme regulamentação (art. 3º, § 2º, Decreto nº 9.888/19).⁷⁶

Com a finalidade de obter a aludida habilitação para emitir os créditos, o produtor ou importador de biocombustível deve cumprir as seguintes etapas:

- (i) Contratar uma *firma inspetora*, ou seja, o organismo credenciado para conduzir o processo de *Certificação de Biocombustíveis*, emitir o *Certificado da Produção Eficiente de Biocombustíveis* e atestar a *Nota de Eficiência Energético-Ambiental*, conforme a seguir descritos;
- (ii) Durante o processo de *Certificação de Biocombustíveis*, a firma inspetora avalia a conformidade da mensuração de aspectos relativos à produção ou à importação de biocombustíveis, em função da eficiência energética e das emissões de gases do efeito estufa, com base em avaliação do ciclo de vida;
- (iii) Como resultado do processo de *Certificação de Biocombustíveis*, a firma inspetora emite o *Certificado da Produção Eficiente de*

⁷⁶ “Art. 3º Os valores das metas compulsórias anuais de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa e dos respectivos intervalos de tolerância serão estabelecidos em unidades de Créditos de Descarbonização. (...) §2º. Cada unidade de Crédito de Descarbonização corresponderá a uma tonelada de gás carbônico equivalente, calculada a partir da diferença entre as emissões de gases de efeito estufa no ciclo de vida de um biocombustível e as emissões de seu combustível fóssil substituto, estabelecida conforme regulamentação.”

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Biocombustíveis, o qual conterà a *Nota de Eficiência Energético-Ambiental* aplicável ao produtor ou importador. A Nota corresponderá ao valor atribuído, individualmente, por emissor primário, que representa a diferença entre a intensidade de carbono de seu combustível fóssil substituto e sua intensidade de carbono estabelecida no processo de certificação. Para a emissão do Certificado da Produção Eficiente de Biocombustíveis, poderão ser exigidos garantias, seguro e capital mínimo integralizado, para o fiel cumprimento de suas obrigações.

A certificação da produção ou importação de biocombustíveis deve ter como prioridade o aumento da eficiência, com base em avaliação do ciclo de vida, em termos de conteúdo energético com menor emissão de gases causadores do efeito estufa em comparação às emissões auferidas pelo combustível fóssil.

De acordo com os *termos literais* da legislação, obtida a certificação, o emissor primário **poderá** solicitar a emissão de CBIO em quantidade proporcional ao volume de biocombustível produzido ou importado e comercializado, relativamente à sua Nota de Eficiência Energético-Ambiental. Não há qualquer exigência legal *expressa* para que o produtor ou importador de biocombustíveis promova a emissão do instrumento, permanecendo tal providência, *na perspectiva do legislador*, como mera *faculdade*, ou seja, no campo de sua discricionariedade e *autoridade para decidir*, com plena autonomia da vontade em realizar ou não o ato jurídico, ainda que, caso o faça, tenha que observar os procedimentos legalmente estabelecidos.⁷⁷

Entretanto, na medida em que os emissores de CBIO (i) pertencem ao domínio econômico que constitui o objeto da *indução positiva*, materializada na expansão e desenvolvimento de biocombustíveis, no contexto da política do RenovaBio; (ii) são essenciais para o alcance dos objetivos da política interventora, alicerçados no alcance das metas de redução de GEE assumidas pelo Brasil no Acordo de Paris e na diversificação da matriz energética brasileira; (iii) são os *únicos agentes* habilitados pela legislação a emitir os títulos ambientais em

⁷⁷ Nesse sentido está redigido o art. 3º, §3º do Decreto nº 9.888/19: “O direito à emissão primária de Créditos de Descarbonização de que trata o § 2º do art. 13 da Lei nº 13.576, de 2017, poderá ser exercido para operações de venda de biocombustíveis ocorridas a partir de 24 de dezembro de 2019.”

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

questão; e, ainda, é *compulsório* o dever de distribuidores de combustíveis de adquirir os CBIOS como *única forma* de comprovação de suas metas individuais de redução da emissão de GEE, sob pena de imposição de pesadas penalidades, é necessário concluir que, em verdade, pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, constitui *dever* do emissor a emissão dos certificados, a fim de viabilizar todo o funcionamento da política do RenovaBio.

Conclusão diversa redundaria não apenas na possibilidade de os emissores interferirem de modo direto na eficácia e eficiência da política, a ponto de torná-la imprestável, como também, de ingerir no equilíbrio da oferta e da demanda dos certificados, em benefício próprio e em desfavor dos distribuidores de combustíveis.

A emissão primária do CBIO será efetuada, sob a forma escritural, nos livros ou registros do escriturador, qual seja, o banco ou a instituição financeira contratada pelo produtor ou pelo importador de biocombustível responsável pela emissão dos créditos escriturais em nome do emissor primário, em quantidade proporcional ao volume de biocombustível produzido, importado e comercializado.

A negociação dos CBIO é realizada em mercados organizados, inclusive em leilões, sendo o escriturador responsável pela manutenção do registro da cadeia de negócios ocorridos no período em que os títulos estiverem registrados.⁷⁸

A natureza do jurídica do CBIO é de *ativo financeiro ambiental*, enquadrado na categoria de “crédito de carbono”, assim definido pelo art. 2º, inciso I do Decreto nº 11.075, de 19 de maio de 2022 (que estabelece os procedimentos para a elaboração dos Planos Setoriais de Mitigação das Mudanças Climáticas a que se refere a PNMC), *verbis*:

“Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se:

I - crédito de carbono - ativo financeiro, ambiental, transferível e representativo de redução ou remoção de uma tonelada de dióxido de carbono equivalente, que tenha sido reconhecido e emitido como crédito no mercado voluntário ou regulado; (...).”

⁷⁸ O art. 14 da Lei nº 13.576/17 enumera as informações que devem estar contidas nos certificados, similares aos de ativos financeiros de crédito.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

O CBIO, a seu turno, constitui título de natureza ambiental, com caráter transferível, representativo de redução ou remoção de uma tonelada de dióxido de carbono equivalente (conforme art. 3º, § 2º do Decreto nº 9.888/19), reconhecido e emitido como crédito no mercado regulado, nos termos da Lei nº 13.576/17.

A reforçar este entendimento, o mesmo Decreto nº 11.075/22 também institui o Sistema Nacional de Redução de Emissões de Gases de Efeito Estufa – Sinare, cuja finalidade é a de servir de central única de registro de emissões, remoções, reduções e compensações de gases de efeito estufa e de atos de comércio, de transferências, de transações e de aposentadoria de créditos certificados de redução de emissões. O Sinare constitui, portanto, um ambiente centralizado de registro das emissões do CBIO, dentre outros ativos. De modo combinado, o art. 2º, III, do aludido Decreto define como “*crédito certificado de redução de emissões*” os *créditos de carbono* que tenham sido registrados no Sinare, de modo a reforçar a natureza do CBIO como *crédito de carbono*, dentro da categoria de ativo financeiro ambiental.

4 A NATUREZA JURÍDICA DO DEVER DE AQUISIÇÃO DE CBIO PELOS DISTRIBUIDORES DE COMBUSTÍVEIS COMO NORMA DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Uma vez fixado o arquétipo jurídico-institucional da política do RenovaBio, desde o direito ambiental internacional até sua posição na ordem constitucional vigente, abre-se caminho para o exame da natureza jurídica específica do dever instituído pelo art. 7º da Lei nº 13.576/17, pelo qual os distribuidores de combustíveis estão compulsoriamente compelidos a adquirir CBIO para comprovar as metas individuais de redução de GEE, impostas pela legislação.

É possível afirmar que o dever instituído pelo art. 7º da Lei nº 13.576/17 encerra verdadeira intervenção do estado no domínio econômico, na modalidade de *direção*, haja vista que pretende cumprir um programa constitucional de proteção ao meio ambiente, enquanto direito fundamental e de interesse social, com política e ações do Estado na ordem econômica, de modo a reduzir a liberdade da atividade empresarial mediante deveres e estímulos positivos.

Constitui, portanto, norma de ordem pública que instrumentaliza políticas públicas, cuja concretização não envolve apenas a preservação da paz social, mas

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

a perseguição de determinados fins, mediante intromissão na atividade econômica exercida por particulares, conforme os ditames da Constituição Econômica.

Destarte, a Constituição Econômica consiste no sistema de normas constitucionais que tem por objeto os valores que orientam a estrutura econômica, pela integração jurídica entre a atuação dos particulares e do Estado na economia.⁷⁹ Dito de outro modo, esse subsistema da constituição total, diferenciado como Constituição Econômica, define os valores e princípios que norteiam a direção das condutas que interferem com a atividade econômica dos particulares ou dos entes estatais, mediante intervenção, regulação e outros modelos.⁸⁰

Por Constituição Econômica, entenda-se, na lição de Vital Moreira, *verbis*:

*“O conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta.”*⁸¹

Vital Moreira admite a expansão do seu conteúdo para a “economia na sua amplitude sistemática” ou “a ordem fundamental do conjunto da economia”, diferentemente daqueles que a reduzem ao *intervencionismo estatal* na economia,

⁷⁹ CF. SANTOS, Antonio Carlos dos; GONCALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. 616p. ver ainda: CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1. 1152p.

⁸⁰ *“In quanto è il risultato di una decisione politica, la Costituzione economica implica essenzialmente l'assunzione da parte dello Stato di una funzione non semplicemente integrativa e correttiva, ma propulsiva e direttiva del processo economico, la quale assoggetta i comportamenti individuali e di gruppo a un vincolo immanente di destinazione a finalità sopraindividuali inerenti alla Costituzione economica che si vuole realizzare.”* BIANCO, Giovanni. *Costituzione economica e ordine pubblico economico*. Torino: UTET, 2008, p. 11.

⁸¹ MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 41; Cf. MORAES, Filomeno. A Constituição econômica no Brasil: da subcomissão do Itamarati à Constituição Federal de 1988. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2011, v.10, n.12, n.567-94.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

ao gosto dos mais liberais (i); e dos que somente a concebem como *ordenação dos mecanismos de mercado* (ii). O seu objeto é a própria estrutura econômica.⁸²

Ordem econômica é um sistema de valores e fins. Por isso, as regras e valores contemplados pela Constituição Econômica não a esgotam, até porque novos princípios podem ser introduzidos (art. 5º, § 2º e 3º), persistem os princípios implícitos e o legislador sempre pode inovar, a partir das transformações da realidade, inclusive com medidas intervencionistas ou dirigentes.

A Constituição Econômica de 1988 ordena a estrutura da economia, nesta incluída a intervenção do Estado, e seu universo de regras e princípios não se limita ao capítulo da “Ordem Econômica”, ao manter relações de interconstitucionalidade com as Constituição Financeira e as Constituições Tributária, Político-Federativa e Social.

Uma aplicação da Constituição conforme os princípios e fins do Estado, portanto, tem como função promover todos os meios necessários à plena e inarredável missão de desenvolvimento econômico⁸³ e de bem-estar coletivo no âmbito nacional, segundo aqueles objetivos designados pela Constituição, numa perspectiva transformadora da realidade social e econômica em favor das gerações futuras, pelo compromisso intergeracional que se impõe a realizar.

A constitucionalização de valores e princípios da ordem social e econômica elevou ao patamar da Constituição formal o poder-dever do Estado de realizar a

⁸² MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 42-56 e 73; ver: ROMAGNOLI, Umberto. Il sistema economico nella Costituzione. In: GALGANO, Francesco. *Tratatto di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’economia - La costituzione economica*. Padova: CEDAM, 1977, p. 139-184; SOLA, Juan Vicente. *Constitución y economía*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004, 901 p.; POGGIOLI, Marcello. *Indicatori di forza economica e prelievo confiscatorio*. Padova: CEDAM, 2012. CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, 716p.

⁸³ Cf. FONSECA, Pedro Cesar Dutra. Gênese e precursores do desenvolvimentismo no Brasil. BASTOS, Pedro Paulo Zahluth; FONSECA, Pedro Cesar Dutra (Org.). *A Era Vargas - Desenvolvimentismo, Economia e Sociedade*. São Paulo: Ed. Unesp, 2012, p. 21-50.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

tarefa de justiça econômica e social,⁸⁴ mormente pela impessoalidade das sociedades complexas.

Assim, a Constituição, ao atribuir a função intervencionista ao Estado, exige dos seus agentes o múnus de cumprir a tarefa de concretização da *justiça distributiva*, segundo os critérios e meios disponíveis, mas sempre em conformidade com aqueles fins designados no texto constitucional.

Esta é uma realidade decorrente das mudanças operadas no Estado moderno, com sua definição voltada à promoção efetiva da *função social* do mercado, na medida que se define como o encontro entre o exercício da vontade individual (mediante negócios) e os direitos de propriedade e de igualdade. Supera-se o liberalismo clássico, baseado no individualismo.

O Estado passa a ser, na ordem econômica, da qual ele é parte integrante, também, agente de controle e de vigilância das respectivas atividades, para os fins de planejamento, com vistas ao estímulo ou mesmo à contenção de certas circunstâncias indesejáveis ao que fora planejado.

Por *domínio econômico*, a seu turno, compreende-se qualquer porção da ordem econômica, com atuação preponderante de agentes privados, cuja intervenção (do latim: *intervenire*, meter-se entre, colocar-se entre) deve ter função excepcional de fiscalização, controle, planejamento ou estímulo.⁸⁵

Fora de questionamentos que os modos de atuação do Estado na ordem

⁸⁴ Também nesse sentido: “*La realización de los principios de justicia establecidos por la Constitución corresponde, obviamente, al Estado y sus políticas. Los particulares son los destinatarios de tales políticas*”. E, tanto mais neste século, ao tempo que a política busca resgatar seu lugar na condução da economia, como observa o Autor: “*El siglo xx es, por el contrario, el siglo del intento (a subrayar: sólo del intento) de apropiación (o de reapropiación) de lo económico por parte de lo político. Por usar la misma imagen, la estructura que se quiere que sostenga la sociedad ya no es lo económico, sino lo político.*” ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995, p. 99 e 101.

⁸⁵ Como bem menciona Yone Dolácio, “As atividades de estímulo e apoio às empresas privadas constituem dever do Estado. Estímulo e apoio envolvem medidas de fomento ou técnicas de encorajamento na expressão de Bobbio”, para induzir comportamentos em favor das empresas privadas. Obviamente, diante dessa valoração expressa, dentro dessas medidas estimuladoras jamais poderia ser admitida uma medida de intervenção no domínio econômico das empresas privadas. Se o propósito desejado é o de apoiar, fomentar, estimular, seria incoerência, ao mesmo tempo, autorizar intervenção limitadora da ação dos agentes privados da economia” OLIVEIRA, Yonne Dolácio de. *Contribuições para intervenção no domínio econômico no direito tributário brasileiro*. São Paulo, 1988, Tese (Livre Docência), p. 17-110.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

econômica ocorrem pelo uso dos meios estatais, diretamente (art. 173), por *absorção* de atividade econômica; e mediante regras de controle específicas (tabelamentos etc.), por *direção* (art. 174). Na primeira hipótese – absorção -, o Estado exerce a *exploração direta* de atividade econômica, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

De outra banda, a intervenção por *direção* (também chamada de *regulação*), que contempla também a *indução* (estímulo ou desestímulo de atividades), é um instrumento utilizado para assegurar a livre concorrência, assim como para proteger os direitos fundamentais, à luz de políticas públicas previamente planejadas.

Intervenção em “domínio econômico” não é o mesmo que atuação na “ordem econômica”. Naquela, presentes os motivos, o Estado opera sobre segmentos delimitados, agindo quando necessário e conveniente ao bom funcionamento da ordem econômica como um todo; nesta, o Estado permanece, com órgãos próprios, em constante operar, mediante controle e fiscalização, a evitar perturbações da macroeconomia, como se vê nos casos dos setores cambial, financeiro, de consumo e concorrência, dentre outros (concentrações de empresas, preços, desaquecimentos, desempregos, desenvolvimento tecnológico etc.).

Quanto aos instrumentos interventivos de natureza tributária – enquadrados na modalidade de intervenção por direção -, isso poderá ser feito: (i) visando a criar condições favoráveis de expansão e crescimento, como é o caso da utilização das várias modalidades de incentivos fiscais (art. 150, § 6º; art. 151, I; art. 165, § 6º, CF etc.); ou ao (ii) desestímulo, mediante aumento de tributos que se possam aplicar na hipótese (ex.: art. 150, § 1º, CF) ou cobrança da CIDE, podendo esta ser cobrada cumulativamente com o tributo aumentado. E nada impede que para equilibrar forças no mercado, possa, o Estado, usar (iii) medidas de contenção sobre um grupo, para aplicação dos recursos arrecadados no incentivo e estímulo daquele grupo que eventualmente encontrava-se em dificuldades, como se vê na CIDE-petróleo, em favor dos programas de álcool.

Destarte, quando aplicada com o fim de desestímulo de atuação num dado setor econômico, o grupo de contribuintes deverá manter inequívoca atuação no segmento; quando planejada para os efeitos de estímulo mediante aplicação da receita arrecadada, deve-se verificar a efetiva relação entre o meio (a contribuição) e o fim (intervenção no domínio econômico), tendo o grupo dos contribuintes de algum modo vinculado aos destinatários dos benefícios.

4.1 Limites gerais à intervenção no domínio econômico

Os limites e a legitimidade da intervenção estatal na economia não dependem da vontade patrocinada pelo Estado ou da vontade ideológica dos governantes que o conduzem num dado episódio da sua evolução histórica; dependem, isso sim, da Constituição vigente e dos valores que esta alberga. Daí não ser possível ao Estado criar limites estranhos ao quanto lhe compete na regulação da economia, os quais somente podem ser praticados sobre aqueles interesses que afetem aspectos coletivos e com a finalidade de garantir os princípios constitucionais maiores, como os dos arts. 1º, 5º e 170, da Constituição.

A intervenção do Estado na economia, embora admitida, deve respeitar o limite da livre iniciativa, segundo as regras constitucionais. A esse respeito, são contudentes das palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, *verbis*:

*“Veja-se: o parágrafo único do art. 170 começa por dizer que ‘é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica’. Ao, se qualquer atividade econômica é exercitável por todos, segue-se, indubitavelmente, que o Estado não pode restringir apenas a uns ou a alguns (noção antiética a ‘todos’) o exercício de tal ou qual atividade econômica (noção antiética a ‘qualquer’), pois seja qual for a atividade, é insuscetível de ser excluída do âmbito de ação dos particulares. Deste universo só são arrendadas as atividades econômicas que a própria Constituição, no art. 177, colocou sob o monopólio estatal.”*⁸⁶

Ora, quando o parágrafo único do art. 170 prescreve que “*é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*”, não quer dizer que a lei possa restringir o direito e liberdade ali consagrados e impor barreiras que não tenham plena justificativa e consonância com fundamento constitucional suficiente para a intervenção.⁸⁷

A regulamentação da atividade econômica, embora permitida, está restrita

⁸⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 786.

⁸⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 787.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

à legalidade e jamais pode representar um obstáculo a livre iniciativa ou à livre concorrência. É de meridiana suposição que o *Estado Democrático de Direito* responde pela necessária proteção aos indivíduos contra o arbítrio, vinculado que é a regras previamente estabelecidas, cuja coerência sistêmica não lhe permite uma ilimitada discricionariedade de ação.

Por conseguinte, todo e qualquer ato estatal deve ter um *motivo* previamente delimitado pelo ordenamento, em lei ou na própria Constituição, a depender do tipo de ato jurídico de direito público: legislativo, judicial ou administrativo. É o princípio da submissão do Estado à ordem jurídica.⁸⁸ Com efeito, a discricionariedade do legislador é limitada, pela consagração da vinculação do ato legislativo às normas e fins (materiais) da Constituição, para efeito da compatibilidade e congruência vertical do sistema de normas jurídicas em nosso sistema. É a aplicabilidade do princípio da *proporcionalidade*, ou da *vedação do excesso de poder*.

Ao lado da legalidade, dentre os princípios que melhor evidenciam as novas funções da segurança jurídica, certamente o da *proporcionalidade* é o mais representativo. E, no âmbito deste, a *proibição de excesso* comparece como medida de vedação ao arbítrio ou aos excessos perpetrados nos atos de aplicação das normas jurídicas. A este também o Poder Executivo está jungido, para evitar regulamentações que tragam afetações à proporcionalidade das medidas.

Como observa Canotilho⁸⁹, o princípio de *proibição de excesso* aplica-se às *leis restritivas* de direito, liberdades e garantias, de modo que qualquer limitação criada por lei deve vir sempre de forma *adequada* (apropriada), *necessária* (exigível) e *proporcional* (com justa medida).

Ou seja, o uso de medida de restrição deve ser apropriado para atingir aos fins pretendidos, sem carga excessiva ou desmedida. E assim, fins e meios devem

⁸⁸ Ver: GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*, 3ª ed., Milano: Giuffrè, 1993, II v., 859 p.; GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires: Macchi, 1982, v. I; GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Perspectivas do direito público*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 307-35; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. *RDP*, 90/57-69; STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Athenas: LGDJ, 1973, 315 p.

⁸⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 259.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

servir ao valor pretendido, mas sem prejudicar o *núcleo do direito protegido*, que no resultado da ponderação constitui aquela parte que prevalece em qualquer colisão de princípios (conteúdo dos direitos fundamentais).

Outorga-se, unicamente, ao legislador, o poder de restringir direitos, garantias e liberdades, mas isso deve ser feito dentro de *limites* (limites à imposição de limites), a partir de uma concordância prática justificada pela defesa de outros valores do ordenamento, cuja ponderação permita essa hipótese. É o princípio de mínima intervenção na vida privada.

Conforme Canotilho⁹⁰, a partir das construções de Friedrich Müller,⁹¹ limitações a direitos fundamentais – tal como a livre iniciativa - devem vir amparadas por um procedimento metódico que permite verificar se se trata de efetiva restrição do *âmbito de proteção* do direito ou liberdade (*i*), se existe autorização constitucional para tal restrição (*ii*), se é necessária (a restrição) a salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (*iii*) e, por fim, se a lei observou os requisitos de necessidade, proporcionalidade, generalidade, abstração, não retroatividade e garantia do núcleo essencial (*iv*). Destarte, nesse procedimento, primeiro, cumpre delimitar o âmbito de proteção da *norma*; em seguida, averiguar o tipo, natureza e finalidade da *restrição*; e, por fim, observar os limites que a Constituição consagra para edição de leis restritivas (limites a limitações), para evitar que com tais recursos o núcleo do direito sofra redução não admitida pela Constituição ou mesmo seu aniquilamento.

A prestigiar estes limites, o STF possui pronunciamentos contundentes a respeito das fronteiras intransponíveis impostas ao poder estatal de intervenção no domínio econômico. Nesse sentido, assim decidiu aquela Corte:

“A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o poder público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ex parte principis, a inaceitável adoção de medidas de

⁹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 410.

⁹¹ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. SP: RT, 2005; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 27-80.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

caráter normativo – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) – não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade.”⁹²

Confirma-se que o dever instituído pelo art. 7º da Lei nº 13.576/17, segundo o qual os distribuidores de combustíveis estão compulsoriamente compelidos a adquirir CBIO para fins de comprovação das metas individuais de redução de GEE, impostas pela mesma legislação, constitui intervenção do estado no domínio econômico na modalidade de *direção*, pois serve de instrumento de políticas públicas e ações do Estado cuja concretização não envolve apenas a preservação da paz social, mas a perseguição de determinados fins, mediante intromissão na atividade econômica exercida por particulares.

Nesta qualidade, cumpre investigar se a legislação interventiva, instituidora do dever atribuído aos distribuidores de combustíveis, está em consonância com as limitações legais e constitucionais pertinentes à *intervenção específica* e aos seus *motivos*, ou se apresenta vícios que infirmam sua validade. Para tanto, o dever instituído pelo art. 7º da Lei nº 13.576/17 será posicionado no âmbito da intervenção do Estado no domínio econômico por *direção*, na qualidade de *contrato coativo*, que reduz a livre iniciativa e a liberdade de contratar.

4.2 O dever dos distribuidores com natureza jurídica de contrato coativo

É cediço que nosso ordenamento jurídico se pauta pela liberdade e garante a livre iniciativa dos particulares. A Constituição Federal assegura o direito ao livre exercício de atividade econômica, o direito à propriedade e incentiva a lucratividade como resultado do trabalho e do exercício de atividade empresarial (arts. 1º, 3º, 5º, caput e XII, e 170, CF). A autonomia privada e a livre iniciativa são princípios que devem ser balanceados com a dignidade da pessoa humana e a justiça social, por força do art. 170 da Constituição Federal:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. RE 205.193-4 / RS, relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, j. 25-02-1997, DJ 06-06-1997.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

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; (...).

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (g.n.)

Como se constata, o princípio da ordem econômica abarca também a defesa do meio ambiente, ao contemplar, de modo expresso, a necessidade de diferenciar o tratamento político-normativo de acordo com o impacto ambiental dos produtos e serviços. Constitui princípio impositivo, que orienta a ordem econômica de modo coordenado com os fundamentos enunciados no *caput* do mesmo artigo.

O meio ambiente é campo profícuo para modalidades diversas de intervenção econômica, por sua posição como princípio impositivo conformador da ordem econômica. A leitura conjugada dos arts. 170, 173, 174 e 225 do texto constitucional não deixa margens a dúvidas quanto ao poder estatal de intervir nos domínios econômicos relacionados ao meio ambiente, sobretudo quando o motivo da intervenção encontra supedâneo em políticas públicas que visem dar concretude e efetividade ao conteúdo normativo do princípio.

Na intervenção por direção, como ora se examina, a atuação estatal comumente atinge o regime dos contratos. Sem prejuízo da proteção constitucional dos valores fundamentais da *propriedade privada dos bens de produção* e da *liberdade de contratar*, é inevitável reconhecer que intervenções estatais na propriedade privada impactam, quase sempre, o regime jurídico dos contratos, a partir dos quais se assentam as relações sociais e econômicas relativas à proteção da propriedade.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Superado o modelo ideal de liberalismo econômico, a admissão constitucional expressa de intervenção estatal no domínio econômico em razão objetivos sociais abriu caminho para adoção de mecanismos capazes de condicionar e direcionar o exercício da liberdade contratual, sem tolhê-la completamente. Do voluntarismo próprio do liberalismo clássico, passou-se ao dirigismo contratual, característico de ordens jurídicas organizadas sob o Estado Democrático de Direito.

Neste particular, como observado por Miguel Reale,⁹³ “*em casos excepcionais, assiste ao legislador o direito de interferir na economia interna dos contratos, deve fazê-lo com obediência ao princípio de isonomia, sob pena de inconstitucionalidade*”.

Em vista disso, da perspectiva material, pode-se reclamar os pressupostos do art. 170, a regular os princípios da ordem econômica, tanto para afirmar a indução *positiva* quanto a *negativa*, porquanto a *União poderá intervir em algum domínio econômico dès que visando a assegurar: livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. Mas não só. Poderá vir como forma de atuação nas atividades de transportes, desenvolvimento urbano, seguros, atuação do sistema financeiro nacional, dentre outros. Eis a União que intervém na respectiva área econômica, no espaço autorizado pela Constituição.*

Com tal amplitude, o dirigismo contratual afeta de modo direto a conformação das relações contratuais de mercado, e esta, a seu turno, molda o exercício da própria atividade econômica. Esta posição estratégica dos contratos – em especial dos contratos empresariais⁹⁴ – termina por servir de forte instrumento interventivo, uma vez que ao contrato passa ser exigido não apenas a concretização dos interesses das partes envolvidas, mas também, na medida em que interessa à política interventiva, dos fins da ordem econômica almejados com a intervenção.

⁹³ REALE, Miguel. *Temas de direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 17.

⁹⁴ Cf. FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais. Teoria geral e aplicação*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

O dirigismo contratual oriundo de intervenções no domínio econômico por direção limita a liberdade de contratar em três aspectos: *liberdade de concluir*, *liberdade de determinar o conteúdo* e *liberdade de escolha do tipo de contrato*.⁹⁵

A liberdade de conclusão permite às partes escolher, livremente, com quem contratar, onde contratar e quando contratar.⁹⁶

Quanto à liberdade de determinar o conteúdo ou de escolher o tipo de contrato, são diversos os exemplos de dirigismo contratual oriundo de intervenções no domínio econômico por direção.

Desde contratos sujeitos a aprovação e registro de órgãos públicos, até instrumentos padronizados estabelecidos pela legislação⁹⁷, em todos os casos, com objetivo de assegurar algum dos fundamentos da ordem econômica.

Interessa-nos, no presente exame, a intervenção econômica por direção, na modalidade de dirigismo contratual, que afeta a *liberdade de concluir o contrato*. Baseado na classificação de Larenz, Eros Grau aponta duas categorias de limitação de tal natureza: “*limitações imanentes ao próprio instituto contratual*” e “*limitações derivadas de princípio de economia dirigida*”.⁹⁸

No primeiro, tem-se a obrigação de contratar *em razão da natureza própria do contrato*, marcada por características que limitam a prerrogativa de uma das partes em concluir o negócio jurídico, como se verifica na obrigação de contratar dos concessionários de serviços públicos (decorrente do dever de fornecer os serviços à comunidade) e a do monopólio, que não pode se recusar a prestar serviços ou bens a um possível competidor, a fim de coibir a concorrência desleal.

⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Dirigismo contratual. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v.14, n.52, São Paulo, abr./jun., p. 68. Vide tb.: BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v.3, Curitiba, 2005, p. 171-183.

⁹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Dirigismo contratual. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v.14, n.52, São Paulo, abr./jun., p. 69.

⁹⁷A título de exemplo, tem-se as “disposições aplicáveis aos contratos do BNDES”, incluindo a obrigatoriedade de adoção de inúmeras cláusulas contratuais por parte dos agentes repassadores, nos termos da Resolução BNDES n.º 660/87, conforme alterada.

⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 93.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

A segunda categoria de limitação à liberdade de concluir o contrato, e que interessa ao presente parecer, é aquela que deriva dos princípios de economia dirigida, como instrumento de intervenção estatal no domínio econômico, como examinado antes. Neste caso tem-se os denominados *contratos coativos* (também chamados *necessários* ou *obrigatórios*), negócios jurídicos cuja conclusão é obrigatória por uma das partes, em razão de política de intervenção no domínio econômico com suporte em princípios da ordem econômica extraídos do texto constitucional.

A técnica dos contratos coativos decorrentes de intervenção econômica não significa a absoluta supressão da vontade das partes, ou sua substituição integral pela vontade do legislador. Em tais contratos, como adverte Eros Grau, apenas uma das partes é vinculada, cabendo à outra optar por contratar ou não.⁹⁹ Nem por tal razão perde o negócio a característica de contrato, pois nele, o contratante é alcançado pelo *dever de assumir a obrigação perante terceiro*, que se reveste, em sua natureza, de situação obrigacional, uma vez assumida.

Esta é a hipótese do dever estatuído pelo art. 7º da Lei nº 13.576/17, segundo o qual os distribuidores de combustíveis estão compulsoriamente compelidos a adquirir CBIO para fins de comprovação das metas individuais de redução de GEE, impostas pela mesma legislação. Trata-se de *dever de contratar*, na forma de *contratos coativos*, na medida em que:

- (i) A norma em questão impõe aos distribuidores de combustíveis o *dever de contratar* a aquisição de CBIO (limitação da liberdade de contratar dos distribuidores);
- (ii) A colocação dos CBIO no mercado para fins de venda a terceiros (de acordo com a legislação) constitui, *na ótica do legislador*, mera faculdade de seus emissores primários (liberdade de dar azo à contratação por parte dos importadores e produtores de biocombustível);
- (iii) O dever de contratar foi estabelecido para fins de comprovação das metas individuais de redução de GEE, impostas pela mesma legislação aos distribuidores (dimensão objetiva do contrato coativo); e

⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 95.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

- (iv) A imposição de metas individuais de redução de GEE aos distribuidores de combustíveis *decorre de política pública* (RenovaBio) de caráter interventor no domínio econômico, alicerçada, a seu turno, no princípio de proteção ao meio ambiente assegurado no art. 225 da Constituição Federal, também eleito como princípio impositivo da ordem econômica (art. 170, VI).

É preciso considerar, de outro turno, que os contratos coativos devem ser instituídos e interpretados em regime de excepcionalidade, pois ainda imperam no ordenamento positivo, como valores constitucionalmente protegidos, a livre iniciativa, a proteção da propriedade privada e a liberdade de contratar. Considerar que tais princípios não ostentam caráter absoluto não significa reconhecer, por outro lado, que a intervenção no domínio econômico por dirigismo contratual não encontra limites claros e definidos pela ordem constitucional.

Tal advertência foi aposta, com rigor, por Orlando Gomes, ao examinar o fenômeno dos contratos obrigatórios, *verbis*:

*“A extrema latitude desse critério constitui obstáculo à sua aceitação. A obrigação de contratar é exceção à regra geral da liberdade contratual, violenta restrição à autonomia privada. Não se deve, por conseguinte, alargar o setor em que se apresenta como técnica estritamente indispensável à subordinação do interesse particular ao interesse geral.”*¹⁰⁰

O apontamento em epígrafe pode ser conjugado com as demais limitações impostas à intervenção do Estado no domínio econômico anteriormente examinadas, com relevo para a plena justificativa e consonância com fundamento constitucional suficiente para a intervenção, bastante para apoiar uma limitação à livre iniciativa. Uma vez que a discricionariedade do legislador é limitada pelas normas e fins (materiais) da Constituição, para efeito da compatibilidade e congruência vertical do sistema de normas jurídicas, como decorrência da aplicabilidade do princípio da *proporcionalidade*, é preciso examinar se os contratos coativos impostos aos distribuidores de combustíveis atendem a tais critérios elementares.

¹⁰⁰ GOMES, Orlando. Obrigação de contratar. *Revista de Informação Legislativa*, jan./mar. 1968, p. 23.

4.3 Ilegalidade e inconstitucionalidade do art. 7º da Lei nº 13.576/17 na condição de dever de contratar (contrato coativo)

Em que pese a sustentação do dever de contratar insculpido no art. 7º da Lei nº 13.576/17 pela política pública do RenovaBio, a qual, por sua vez, atende ao dever estatal de proteção do meio ambiente estatuído no art. 225 da Constituição, o programa interventor no domínio econômico em exame está em confronto direto com disposições constitucionais e supraleais, além de não observar as macropolíticas públicas nacionais em matéria de mudanças climáticas e de uso racional de fontes energéticas.

A política do RenovaBio elegeu, como seu principal instrumento interventor, a definição de metas compulsórias anuais de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa. Todavia, a imposição de tais metas está restrita à atividade econômica de comercialização de combustíveis.

Deveras, *a política de redução da emissão de GEE recai exclusivamente sobre os distribuidores de combustíveis*, sem abranger os demais agentes econômicos da cadeia produtiva da indústria do petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos, tal como definida no inciso XIX da mencionada Lei nº 9.478/97 (tais como exploração, desenvolvimento, produção, refino, processamento, importação e exportação de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos e seus derivados), bem como outras atividades econômicas responsáveis para emissão de GEE na atmosfera.

De acordo com a mesma política, o único modo de os distribuidores de combustíveis comprovarem o atendimento às suas metas compulsórias individuais de redução da emissão de GEE é a aquisição de Créditos de Descarbonização, na forma de contratos coativos.

A eleição de apenas um grupo de agentes econômicos dentre toda a cadeia produtiva de combustíveis fósseis, que possuem alto percentual de hidrocarbonetos, tais como das cadeias produtivas de petróleo e carvão, é manifestamente contrária a princípios elementares do direito ambiental, previstos na Constituição Federal, em tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, bem como na legislação doméstica a respeito de combate às mudanças climáticas e ao uso de fontes de energia.

Num primeiro plano, a restrição dos deveres de redução de GEE do RenovaBio apenas aos distribuidores está em confronto direto com o princípio

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

basilar do poluidor pagador, mundialmente adotado como uma das balizas essenciais da ordenação jurídica e política da proteção ao meio ambiente.

Este princípio é diretamente extraído dos deveres de cautela, prevenção e reparação exigidos de todos que desenvolvam atividades poluidoras, nos termos do art. 225 da Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
(...).

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (...).

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

O princípio em questão objetiva a internalização dos custos externos (externalidades negativas) de deterioração ambiental, causados por qualquer atividade poluidora, independentemente da efetiva ocorrência de danos ao meio ambiente, as quais ficam sujeitas à responsabilização pertinente. A efetivação deste princípio coloca aos agentes econômicos a maior cautela possível em relação ao potencial poluidor da produção, a fim de que todos possam contribuir para o alcance do meio ambiente equilibrado.

Não cabe olvidar que a Política Nacional do Meio Ambiente, além de estabelecer as responsabilidades civil e penal do poluidor a respeito de danos causados a terceiros e ao meio ambiente,¹⁰¹ deixa suficientemente claro que, como

¹⁰¹ “A regra econômica de decisão é produzir até que o custo marginal coincida com a receita marginal. A regra social de decisão é o PPP [Princípio do Poluidor pagador]. (...). Há, por isso, que proceder ao controlo da poluição e promover a qualidade ambiental recorrendo a

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

poluidor, deve ser considerado todo aquele que pratica atividade causadora de degradação ambiental. Esta é a definição fornecida pelo art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/1981, *verbis*:

“Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:(...).

V - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;”

Disto decorre a necessária compreensão de que o princípio do poluidor pagador não é propriamente um princípio de responsabilidade civil, porque abrange a imputação econômica das externalidades negativas sobre o meio ambiente aos agentes que as produzem, transbordando sobremaneira as fronteiras da mera identificação de causadores de dano ambiental e de sua responsabilização. Amplia seu campo para a prevenção e a precaução de degradações ambientais, contemplando a distribuição e a internalização dos respectivos custos da poluição.

A síntese de Cristiane Derani é precisa, *verbis*:

“Pela aplicação deste princípio, impõe-se ao ‘sujeito econômico’ (produtor, consumidor, transportador), que nesta relação pode causar um problema ambiental, arcar com os custos da diminuição ou afastamento do dano. Durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas ‘externalidades negativas’. São chamadas externalidades porque, embora resultante da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor privado. (...). Pelo princípio do poluidor pagador, arca o causador da poluição com os custos necessários à diminuição, eliminação ou neutralização desse dano.”¹⁰²

O princípio em discussão apresenta, portanto, uma explícita vocação redistributiva, pois os custos advindos do processo de produção devem ser internalizados, ou seja, os efeitos são considerados como um dos fatores a serem observados na elaboração e cálculo dos custos de produção. Há uma

mecanismos que permitam que o resultado final a que ambas as regras conduzem seja o mesmo.” (SOARES, Claudia Alexandra Dias. *O Imposto Ecológico: Contributo para o estudo dos instrumentos econômicos de defesa do ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 103).

¹⁰² DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

preponderância do aspecto econômico na conformação do conteúdo do princípio, haja vista que a atuação está ligada ao princípio da contabilização dos custos, através do qual deve arcar com os gastos aquele que, pelo uso (ainda que regular), provoca a deterioração dos recursos naturais.

A primeira referência oficial ao princípio do poluidor pagador é observada na Recomendação C(72)128, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 28 de maio de 1972, *verbis*:

“O princípio a ser utilizado para alocação dos custos da prevenção da poluição e medidas de controle para estimular o uso racional de recursos ambientais escassos e evitar distorções no comércio e investimentos internacionais é o princípio do poluidor pagador. Este princípio significa que o poluidor deve suportar as despesas para cumprir as medidas acima mencionadas, determinadas pelas autoridades públicas para assegurar que o meio ambiente esteja em um estado aceitável. Em outras palavras, o custo dessas medidas deve ser refletido no custo dos bens e serviços responsáveis pela poluição na produção e consumo. Tais medidas não devem ser acompanhadas de subsídios que criariam significativas distorções no comércio e investimentos internacionais.”¹⁰³

Cabe ao Estado, amparado no princípio do poluidor pagador, conduzir esse processo de internalização das externalidades ambientais, mediante a elaboração e aplicação de normas que determinem aos agentes a obrigação de adotar, às suas expensas, as medidas de prevenção e reparação de danos ambientais.

Pela amplitude do princípio do poluidor pagador e sua íntima relação com os objetivos descritos no *caput* do art. 225 da Constituição Federal, que atribui a todos o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, as políticas públicas concernentes a intervenções no domínio econômico destinadas à prevenção de danos ambientais devem selecionar os agentes econômicos que sejam responsáveis pelas externalidades negativas identificadas em cada uma das políticas, de modo a estabelecer os instrumentos adequados a

¹⁰³ OECD Legal Instruments (2023). *Recommendation of the Council on Guiding Principles concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*. Disponível em: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0102>>. Acesso em: 02-08-2023.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

cada um destes agentes e o modo pelo qual estarão sujeitos à internalização dos custos externos produzidos por suas atividades.

Uma vez identificado pelo Estado (i) o *motivo* da intervenção (baseado na necessidade de proteção do meio ambiente), (ii) o *domínio econômico* que será objeto de interferência estatal e (iii) os *agentes econômicos* que concorrem para alcançar os objetivos da política (ou seja, aqueles cujas atividades produzem externalidades negativas ao meio ambiente), são definidos os *instrumentos* de intervenção adequados para atingir aqueles objetivos jurídico-políticos.

O que não se admite, todavia, em atenção ao princípio do poluidor pagador, é a identificação de um motivo constitucional de intervenção na ordem econômica calcada na proteção do meio ambiente, com a identificação do domínio econômico específico e dos agentes econômicos que produzem externalidades negativas, e a escolha apenas de um destes agentes para suportar a internalização de seus custos externos e dos custos provocados pelos demais agentes, deixando todos os demais atores daquele domínio econômico livres da respectiva política. Tal medida afronta de modo direto e incontroverso o princípio em questão, na medida em que exclui deliberadamente da política interventiva os agentes essenciais para o alcance de seus objetivos, além de constituir diferenciação injustificada entre os poluidores pertencentes ao mesmo segmento econômico que sofre a intervenção, sem qualquer justificativa constitucional.

No caso, a política do RenovaBio partiu da necessidade de redução da emissão dos GEE, imposta pelos compromissos assumidos pelo Brasil no Acordo de Paris, tais como expressados nas NDC's enviadas pelo país à ONU. A mesma exigência já decorria das políticas públicas nacionais, com destaque para a PNMC. O conjunto destas exigências constituiu a *mens legis* da política do RenovaBio: alcançar as metas de redução de GEE de acordo com os compromissos assumidos nos planos externo e interno.

Passo seguinte, a política decidiu pela intervenção no domínio econômico por direção, concernente ao setor de biocombustíveis, cujos produtores e importadores recebem incentivo destinado à expansão e desenvolvimento de suas atividades, a fim de ampliar a participação destas fontes na matriz energética nacional. Tal objetivo apresentaria, sob a ótica do legislador, potencial relevante para reduzir a emissão total de GEE do país. A apresentação do Projeto de Lei nº 9.086/2017, posteriormente convertido na Lei nº 13.576/17, assim declara, *verbis*:

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

“O Brasil é o segundo maior produtor mundial de biocombustíveis, gerando 27 bilhões de litros de etanol e 4,2 bilhões de litros de biodiesel em 2017. O etanol é utilizado em mistura com a gasolina na proporção de 27% em volume em todo o país, e como combustível único na forma de etanol hidratado pela frota flex, que representa mais de 65% da frota atual de veículos leves. O biodiesel é adicionado ao diesel fóssil na proporção de 8%, e já foi aprovada elevação dessa mistura para 10% a partir de março de 2018. Existe ainda um potencial considerável de crescimento da produção de biocombustíveis não apenas através do etanol e do biodiesel, mas também através do biogás e do biometano (biogás purificado) e do bioquerosene. (...) Apesar desta posição de destaque, ainda não foram criadas as bases para o desenvolvimento sustentado dessa atividade. Investimentos para a expansão da produção de biocombustíveis encontram-se paralisados pela falta de objetivos claros sobre a sua participação na matriz de combustíveis, e o reconhecimento de suas vantagens ambientais e de promoção de desenvolvimento sustentável.”

Com o fim de *suportar os custos da intervenção*, é identificado o setor de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos - “conjunto de atividades econômicas relacionadas com a exploração, desenvolvimento, produção, refino, processamento, **transporte**, importação e exportação de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos e seus derivados” (art. 6º, XIX, Lei nº 9.478/97) -, cujos agentes são importantes emissores de GEE.

Entretanto, ao definir os *instrumentos* da intervenção, o RenovaBio impôs deveres exclusivamente a um dos agentes integrantes do setor de custeio escolhido, ao selecionar apenas os distribuidores de combustíveis como o alvo para a redução dos GEE, ainda que as demais atividades da indústria, incluindo exploração, desenvolvimento, produção, refino, processamento, importação e exportação, contemplem a emissão de GEE e pertençam ao mesmo domínio.

Por decorrência, todo o fardo econômico inerente à internalização de custos externos ocasionados pela emissão de GEE do setor de energia fóssil foi imposto aos distribuidores de combustíveis, sem que os demais elos da cadeia de valor – responsáveis direta e indiretamente por emissões da mesma natureza – sofressem qualquer espécie de intervenção.

Em síntese, de acordo com os instrumentos da política, *cabe exclusivamente aos distribuidores o financiamento da expansão da produção de biocombustíveis*,

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

ou da importação destes produtos, o que ocorre mediante a aquisição compulsória de CBIO, emitidos, nos termos literais da lei, de modo voluntário por aqueles agentes, sem qualquer ônus. Isto significa afirmar que *as atividades econômicas de exploração, desenvolvimento, produção, refino, processamento, importação e exportação de combustíveis fósseis não apenas não possuem qualquer meta compulsória de redução de GEE, como também não são obrigadas a internalizar seus custos externos e despende qualquer montante para o financiamento da expansão da produção de biocombustíveis, ou da importação destes produtos.*

Trata-se de desigualdade que afronta diretamente o princípio do poluidor pagador, ao não impor quaisquer deveres e responsabilidades sobre agentes econômicos emissores de GEE no âmbito da política interventiva do RenovaBio, *mesmo que integrantes da mesma cadeia econômica que sofre a intromissão estatal, na forma de custeio da política pública.*

É necessário ainda salientar que *todo o setor econômico de energia*, apesar de responder por uma parcela da emissão de GEE, está posicionado apenas em terceiro lugar no total de emissões do Brasil. Conforme os dados mais atualizados disponíveis do Sistema de Estimativas de Emissões e Remoções de Gases de Efeito Estufa (“SEEG”) do Observatório do Clima (2021), a atividade de resíduos respondeu por 3,8% das emissões, seguida dos processos industriais (4,5%), energia (17,9%), agropecuária (24,8%) e da mudança de uso da terra e florestas, que responde por quase a metade do total das emissões de GEE (49%).¹⁰⁴

Desse modo, o RenovaBio se restringiu a intervir apenas *em um segmento* (transporte de combustíveis) de todo o setor de energia para reduzir a emissão de GEE, apesar do setor energético responder, em sua totalidade, apenas por 19,9% do total das emissões. Os dados confirmam, portanto, que a seleção exclusiva da atividade de *transporte de combustíveis* para suportar, com exclusividade, o financiamento da expansão dos biocombustíveis não encontra fundamento sequer nos níveis de emissão de GEE de todo o segmento de energia.

O *exame de proporcionalidade* do dever estatuído no art. 7º da Lei nº 13.576/17 evidencia que a seleção exclusiva dos distribuidores de combustíveis para suportar as metas de redução de GEE e financiar a expansão dos biocombustíveis na matriz energética transborda os limites da *proibição de*

¹⁰⁴ Disponível em: <https://plataforma.seeg.eco.br/total_emission>. Acesso em: 02-08-2023.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

excesso, pois assume medida de verdadeiro arbítrio ou, ao menos, de clara exorbitância perpetrada nos atos de aplicação das normas jurídicas.

Como dito, o princípio de *proibição de excesso* aplica-se às *leis restritivas* de direito, liberdades e garantias, de modo que qualquer limitação criada por lei deve vir sempre de forma *adequada* (apropriada), *necessária* (exigível) e *proporcional* (com justa medida).

A partir destes parâmetros, constata-se que a medida de restrição à atividade econômica e livre iniciativa dos distribuidores é *desmedida* e *desapropriada* para alcançar os fins pretendidos, representando carga excessiva, visto que concentra todos os esforços da política pública sobre os ombros dos distribuidores. Em consequência, os fins e meios eleitos pelo legislador não servem de modo adequado ao valor pretendido, de modo que afetam o núcleo do direito protegido, pois fazem colidir os princípios da proteção ao meio ambiente e o da livre iniciativa, mediante a restrição exacerbada do núcleo mínimo deste último.

É de clareza meridiana a ausência de proporcionalidade dos instrumentos interventores do RenovaBio, haja vista que a política intervém na cadeia produtiva de combustíveis fósseis, motivada pela necessidade de redução de GEE e impulso à indústria de biocombustíveis, mas ignora por completo a responsabilidade de todos os agentes econômicos desta cadeia, à exceção dos distribuidores, no que lhes atribui coativamente toda a responsabilidade para alcançar os diversos objetivos da política. A ausência de proporcionalidade, como se constata, é consequência direta da inobservância frontal do princípio do poluidor pagador, causada pela desconsideração das responsabilidades ambientais da grande maioria dos poluidores integrantes do domínio econômico objeto da intervenção.

Por razões semelhantes, a restrição do RenovaBio aos distribuidores para suportar as metas de redução de GEE e o financiamento da expansão da indústria de biocombustíveis configura claro confronto com as macropolíticas públicas nacionais pertinentes ao controle das mudanças climáticas e ao uso racional de energia, às quais o RenovaBio se encontra expressamente vinculado.

A PNMC, nos moldes da Lei nº 12.187/09, determina que as medidas tomadas em relação às alterações climáticas, inclusive aquelas decorrentes da emissão de GEE, devem (i) considerar os diferentes contextos socioeconômicos de sua aplicação, (ii) *distribuir os ônus e encargos decorrentes entre os setores econômicos e as populações e comunidades interessadas de modo equitativo e*

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

equilibrado e (iii) sopesar as responsabilidades individuais quanto à origem das fontes emissoras e dos efeitos ocasionados sobre o clima (art. 3º). São disposições que, à evidência, buscam dar concretude aos aspectos distributivos do princípio do poluidor pagador.

A PNMC vincula, como seus instrumentos próprios, tanto as medidas existentes à data de sua instituição, como *aquelas a serem criadas* no campo da redução de emissão dos GEE.

Para tanto, o art. 6º, XII, da lei assim estabelece, *verbis*:

“Art. 6º. São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima:

(...)

XII – as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos; (...).” (g.n.)

Por essa razão, as diretrizes da PNMC acima mencionadas são plenamente aplicáveis e vinculantes à política do RenovaBio, ainda que seja esta posterior, porquanto contempla medidas que estimulam o desenvolvimento de processos e tecnologias que visam contribuir para a redução de emissões e remoções de GEE (expansão da indústria de biocombustíveis), às quais alude o art. 6º, XII, da PNMC.

Ocorre que a seleção exclusiva dos distribuidores para suportar as metas de redução de GEE e o financiamento da expansão da indústria de biocombustíveis, como realizada pelo RenovaBio, desatende por completo às diretrizes da PNMC, na medida em que (i) desconsidera os diferentes contextos socioeconômicos de sua aplicação, (ii) não promove qualquer distribuição dos ônus e encargos decorrentes entre os diversos setores econômicos de modo equitativo e equilibrado, e (iii) no âmbito do setor econômico escolhido para o custeio da política (externalidades negativas), não sopesa as responsabilidades individuais quanto à origem das fontes emissoras e dos efeitos ocasionados sobre o clima.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

A eleição dos distribuidores como único agente de toda a cadeia de hidrocarbonetos para suportar isoladamente as metas de redução dos GEE e arcar com os custos financeiros da expansão da indústria de biocombustíveis é também antagônica com os compromissos assumidos pelo Brasil no Acordo de Paris.

A contrariedade ocorre sobretudo em relação aos parâmetros definidos no tratado para orientar a formulação das contribuições individuais e das políticas domésticas de mitigação e adaptação, com destaque para a necessidade de as Partes observarem, na criação de instrumentos interventivos, o *conjunto da economia* (“*economic-wide*”) (art. 4º, § 4º), que estabelece, *verbis*:

“Art. 4º. 1. A fim de atingir a meta de longo prazo de temperatura definida no Art. 2º, as Partes visam a que as emissões globais de gases de efeito de estufa atinjam o ponto máximo o quanto antes, reconhecendo que as Partes países em desenvolvimento levarão mais tempo para alcançá-lo, e a partir de então realizar reduções rápidas das emissões de gases de efeito estufa, de acordo com o melhor conhecimento científico disponível, de modo a alcançar um equilíbrio entre as emissões antrópicas por fontes e remoções por sumidouros de gases de efeito estufa na segunda metade deste século, com base na equidade, e no contexto do desenvolvimento sustentável e dos esforços de erradicação da pobreza. (...)

4. As Partes países desenvolvidos deverão continuar a assumir a dianteira, adotando metas de redução de emissões absolutas para o conjunto da economia. As Partes países em desenvolvimento deverão continuar a fortalecer seus esforços de mitigação, e são encorajadas a progressivamente transitar para metas de redução ou de limitação de emissões para o conjunto da economia, à luz das diferentes circunstâncias nacionais.” (g.n.)

De acordo com a norma convencional, os países em desenvolvimento deverão continuar a fortalecer seus esforços de mitigação, e são encorajados a progressivamente transitar para metas de redução ou de limitação de emissões **para o conjunto da economia (“economic-wide”)**, à luz das diferentes circunstâncias nacionais. Cabe a cada Parte eleger os setores econômicos, planos de ação e políticas públicas atendendo ao *conjunto da economia*, compreendido como o *sistema econômico em sua integralidade*, com o amplo envolvimento de todos os setores e agentes, mormente aqueles responsáveis pelas maiores emissões de GEE.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

A individualização das ações nacionais a respeito da mudança climática deve abarcar, tal como prescreve o Acordo, o cumprimento das obrigações em matéria de direitos humanos, o que contempla políticas multidisciplinares e multisetoriais pertinentes a todas as áreas impactadas por tais políticas, tanto nas ações *interventivas (positivas ou negativas)*, como nas providências de *proteção e desenvolvimento* social e econômico.

A eleição de certos setores econômicos ou de determinados agentes econômicos pelo Acordo como únicos responsáveis pela redução da emissão dos GEE é contraditória com a própria escolha explícita da norma convencional por *abordagens não relacionadas ao mercado* (art. 6º, § 8º), as quais devem ser *integradas, holísticas e equilibradas* com as demais medidas, com função de auxiliar na implementação das contribuições nacionalmente determinadas pelas Partes, no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza, de maneira coordenada e eficaz, inclusive por meio, *inter alia*, de mitigação, adaptação, financiamento, transferência de tecnologia e capacitação.

É de se considerar, ainda, que a intervenção promovida pelo RenovaBio apenas sobre os distribuidores de combustíveis tende à *ineficácia dos compromissos assumidos e reduz, sobremaneira* a eficiência do país em alcançar os objetivos do Acordo, por representar limitação indevida às *capacidades e circunstâncias nacionais*. Por essas razões é que a norma convencional elege, em diversas oportunidades, compromissos e diretrizes pertinentes à observância do princípio das *responsabilidades comuns, porém, diferenciadas e respectivas capacidades*¹⁰⁵ (arts. 2º, 3º, § 3º e 19), que reconhece diferentes contribuições para danos ambientais (causalidade), bem como distintas capacidades para adotar medidas de mitigação, “à luz das diferentes circunstâncias nacionais”.

De acordo com o mencionado princípio, é dever de cada Parte não apenas assumir suas responsabilidades comuns na mitigação das mudanças climáticas causadas pela emissão dos GEE, como também, adotar todas as medidas proporcionais às suas capacidades para alcançar os compromissos assumidos. Tal não se pode verificar na política do RenovaBio, que está muito aquém das capacidades do país em reduzir suas emissões de GEE, uma vez que possui

¹⁰⁵ VOIGT, Christina; FERREIRA, Felipe. ‘Dynamic Differentiation’: The Principles of CBDR-RC, Progression and Highest Possible Ambition in the Paris Agreement. *Transnational Environmental Law*, 5:2 (2016), pp. 285–303.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

abrangência bastante limitada e *não alcança os agentes econômicos mais responsáveis pela propagação daqueles gases*, tais como os setores da indústria, do agronegócio e do manejo indevido de terras e florestas, como se verifica dos dados anteriormente examinados.

Não por outra razão que, em 2022, as *emissões de gases do efeito estufa no Brasil atingiram a maior alta dos últimos 19 anos*, conforme informações divulgadas pelo Observatório do Clima, uma rede que reúne 77 organizações da sociedade civil dedicada a discutir mudanças climáticas no Brasil.¹⁰⁶ De acordo com o relatório, a aceleração é mais do que duas vezes superior à média mundial estimada para o mesmo ano.

A alta do desmatamento, sobretudo na Amazônia, foi a principal responsável pelo aumento de emissões. Em 2021, a poluição climática causada pelas mudanças de uso da terra subiu 18,5%. Naquele ano, apenas a destruição dos biomas brasileiros emitiu 1,19 bilhão de toneladas brutas de CO₂ equivalente (GtCO₂ e), contra 1 bilhão de toneladas em 2020.

Estudo empreendido pelo Observatório do Conhecimento e Inovação em Bioeconomia da Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV EESP) confirma estas análises. De acordo com aquela instituição, houve um crescimento de 6,52% nas emissões de GEE na matriz de combustíveis leves, na comparação do terceiro trimestre de 2022 com igual período de 2021. Esse crescimento decorreu do incremento do consumo de combustíveis leves e da maior participação da gasolina na matriz, em detrimento de outras fontes de energia.

Aponta o estudo que o aumento da participação da gasolina na matriz no terceiro trimestre de 2022 foi ocasionado pela *perda de competitividade do biocombustível* e pela *menor oferta de cana-de-açúcar* para moagem até o período avaliado.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Disponível em: <<https://www.oc.eco.br/wp-content/uploads/2023/03/SEEG-10-anos-v4.pdf>>. Acesso em: 03-08-2023.

¹⁰⁷ Observatório de Conhecimento e Inovação em Bioeconomia. Fundação Getúlio Vargas (FGV). *Descarbonização da matriz de combustíveis (2023)*. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOWRlMUY1NzctZWJmZi00MWJiLTlhZDIiOTdiOGE3ODQ3OWRhIiwidCI6ImRlNGNlMThjLTUyMTQtNDA2OS04MTg4LTFiOGZiNDJlM2NjZSJ9>. Acesso em: 05-10-23.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Estas evidências demonstram que os recursos obtidos pelos produtores e importadores de biocombustíveis com a emissão e venda dos CBIO não geraram uma expansão de tais fontes energéticas na matriz brasileira, em comparação com combustíveis leves, seja porque a legislação não impõe a estes agentes o emprego dos recursos auferidos no alcance das finalidades da política pública, seja em razão da indevida limitação do programa apenas aos distribuidores.

Os estudos técnicos examinados escancaram, portanto, o desacerto dos instrumentos eleitos no programa RenovaBio para o alcance de seu principal objetivo, qual seja, de promover a adequada expansão da produção e do uso de biocombustíveis na matriz energética nacional (conforme art. 2º da Lei nº 13.576/17).

A ausência do emprego dos recursos obtidos com a venda dos CBIO por parte dos emissores (produtores e importadores de biocombustíveis) na expansão de suas atividades constitui uma evidência adicional e contundente a respeito da ilegalidade e do *desvio de finalidade* da intervenção estatal.

Em se tratando de intervenção com *indução positiva*, quando a simples interferência não tem outra finalidade senão estimular determinado segmento, o que se pretende é ver a aplicação dos recursos arrecadados nesse orbe econômico.

A intervenção econômica realizada pela política do RenovaBio teve como interesse explícito a *indução positiva*, consistente no desenvolvimento e expansão da indústria de biocombustíveis, para ampliar a participação destes na matriz energética brasileira e, como resultado, reduzir os níveis de emissão de GEE no total da economia nacional.

Esta finalidade de indução positiva foi declarada não apenas no Projeto de Lei nº 9.086/2017 (convertido na Lei nº 13.576/17), como também nos debates parlamentares e, de modo ainda mais explícito e formal, no art. 1º da mencionada Lei, que enumerou, entre os objetivos do RenovaBio, “*promover a adequada expansão da produção e do uso de biocombustíveis na matriz energética nacional, com ênfase na regularidade do abastecimento de combustíveis*”, bem como “*contribuir com previsibilidade para a participação competitiva dos diversos biocombustíveis no mercado nacional de combustíveis*” (incisos III e IV).

Por essa razão que os produtores e importadores de biocombustíveis foram eleitos como os alvos da indução positiva, para o fim de serem beneficiários dos

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

valores pagos pelos distribuidores de combustíveis na aquisição dos CBIO emitidos pelos primeiros.

Por se tratar de indução positiva que canaliza recursos diretamente aos produtores e importadores de biocombustíveis para o alcance dos objetivos interventores da política, cabe aos beneficiários aplicarem os recursos recebidos na consecução daqueles objetivos, tal como se daria caso os recursos fossem inicialmente arrecadados pela União, na forma de tributos, e utilizados para a indução almejada.

Com efeito, a atuação da União em tal hipótese poderia dar-se mediante por meio do órgão competente ou de fundo, ou ainda, pela aplicação de determinado percentual, nunca inferior ao montante arrecadado, dos recursos do orçamento geral do Estado. Poderia, ainda, ser empregado por meio de benefícios creditícios ou financeiros, largamente utilizados no desenvolvimento e na expansão de empreendimentos econômicos.

Os benefícios creditícios são aqueles que compreendem a concessão de crédito com taxas de juros subsidiadas, ou seja, inferiores aos custos de captação do Estado, destinadas a fundos e programas de desenvolvimento, de forma que o spread negativo passa a ser uma despesa pública. A título de ilustração, cabe mencionar os empréstimos da União ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (“BNDES”), que, de modo geral, são remunerados à Taxa de Juros de Longo Prazo (“TJLP”), inferior às taxas de juros pagas pelos títulos da dívida pública emitidos pelo Tesouro Nacional para lastrear essas operações.

Os benefícios financeiros correspondem aos efetivos desembolsos caracterizados por meio das subvenções econômicas, tal como regidas pelos arts. 12 e 16 a 19 da Lei nº 4.320/64. Na definição do Ministério da Economia, os benefícios financeiros “*se referem a desembolsos efetivos realizados por meio de subvenções econômicas, assim como assunção de dívidas pela União e, em geral, impactam o resultado primário por serem, em sua grande maioria, despesas primárias*”.¹⁰⁸ Desse modo, são transferências correntes ou desembolsos efetivos realizados pelo governo federal com caráter de subvenção social, subvenção econômica ou auxílio, considerados como benefícios explícitos porque constam

¹⁰⁸ Conforme o “3º Orçamento de Subsídios da União”. Disponível em: <<http://www.economia.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/relatorios-e-boletins/2019/3o-orcamento-subsidios-da-uniao.pdf>>. Acesso em: 19-09-2019, p. 7.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

como gastos no próprio orçamento e representam efetivo desembolso do governo relacionado ao programa ou fundo a que se destina.

Em ambas as hipóteses, aquele que recebe os benefícios creditícios ou financeiros tem obrigações legais e contratuais de destinação específica dos recursos, para que sejam adequadamente empregados no cumprimento de compromissos físico-financeiros de desenvolvimento tecnológico, expansão ou desenvolvimento de suas atividades econômicas, contratualmente estabelecidos, através de *contratos padronizados*, típicos de intervenção econômica por direção.

Por dever de coerência com os objetivos da política do RenovaBio, ainda que os recursos diretamente repassados aos produtores e importadores de biocombustíveis não assumam integralmente o caráter de benefícios creditícios ou financeiros, é forçoso considerar que aqueles agentes econômicos têm o dever de contribuir com a consecução da política, mediante o adequado emprego dos recursos recebidos na “expansão da produção e do uso de biocombustíveis na matriz energética nacional, com ênfase na regularidade do abastecimento de combustíveis”, a fim de “contribuir com previsibilidade para a participação competitiva dos diversos biocombustíveis no mercado nacional de combustíveis”.

Isto porque tais agentes econômicos foram eleitos pela norma indutora como estratégicos para a consecução do principal objetivo da política, qual seja, a redução da emissão dos GEE de acordo com os compromissos contraídos no Acordo de Paris. Adiciona-se a esta eleição o recebimento de recursos oriundos de *dever jurídico* imposto aos distribuidores de combustíveis, bem como o dever de todos em defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, conforme o caput do art. 225 da Constituição.

Estas constatações deixam ainda mais clara a contrariedade da política do RenovaBio com os compromissos e diretrizes do Acordo de Paris, haja vista que a política não alcança os verdadeiros responsáveis pela emissão de GEE, sequer dentro do domínio econômico da indústria de combustíveis fósseis, ao restringir de modo imprudente as políticas de incentivo aos biocombustíveis apenas a metas compulsórias e dispêndios financeiros impostos aos distribuidores. Em adição, não há dever legal de os beneficiários da política agirem para o alcance das finalidades interventoras, o que se reflete no *aumento* da emissão de GEE nos últimos anos.

Perpetua-se assim a caracterização de um “*estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental*”, tal como reconhecido pelo STF em diversas

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

oportunidades, derivado das inúmeras falhas estruturais nas políticas ambientais, as quais conformam, nas palavras da ministra Cármen Lucia, um “*quadro estrutural de ofensa massiva, generalizada e sistemática dos direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, do direito à saúde componente inarredável do direito à vida digna*”.¹⁰⁹

Em relevante decisão sobre a matéria, reconheceu o STF que as políticas públicas em matéria ambiental não estão sujeitas à plena discricionariedade do poder público, porquanto estão relacionadas à concretização de direitos fundamentais e submetidas ao postulado da proporcionalidade, seja na proibição de excesso da intervenção estatal, seja na insuficiência da tutela concedida ao tema.

Foi decidido por aquela Corte por ocasião da omissão inconstitucional da União quanto à implementação das prestações normativas e materiais de proteção da área compreendida como Amazônia Legal, em cujo âmbito ganharam relevo a aplicação da Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC e da normatividade internacional, devidamente ratificada e promulgada pelo Estado brasileiro, com destaque para o Acordo de Paris. Assim decidiu o STF, *verbis*:

“1. A controvérsia constitucional objeto da deliberação do Supremo Tribunal Federal é um dos temas jurídicos e sociais mais relevantes da atualidade, tanto na perspectiva nacional quanto internacional. A questão subjacente à controvérsia assume caráter humanitário, cultural e econômico de abrangente impacto na tessitura social e na estrutura constitucional, notadamente no núcleo normativo do art. 225, caput, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal.

2. O comportamento omissivo de desrespeito à Constituição por parte dos Poderes Públicos, seja legislador, administrador ou jurisdicional, produz como resultado quadro de inexistência de tutela dos direitos fundamentais e do arcabouço normativo constitucional ou de insuficiência no adimplemento dos deveres fundamentais de proteção.

¹⁰⁹ ADPF 760 (Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia — PPCDAm), ADPF 735 (Operação Verde Brasil 2 e uso das Forças Armadas em ações contra delitos ambientais), ADPF 651 (Fundo Nacional do Meio Ambiente), ADO 54 (omissão do Governo Federal no combate ao desmatamento), ADO 59 (Fundo Amazônia), ADI 6.148 (Resolução Conama 491/2018 sobre padrões de qualidade do ar) e ADI 6.808 (Medida Provisória 1.040/2021, convertida na Lei 14.195/2021, sobre concessão automática de licença ambiental).

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

3. O como concretizar os direitos fundamentais integra o espaço de conformação prática dos Poderes Públicos, em especial do Legislativo e do Executivo. Todavia, a liberdade decisória inerente à formulação da política normativa tem como vetor de atuação o dever de tutela dos direitos fundamentais. A proteção não é discricionária, mas sim as formas de sua implementação, desde que observado o postulado da proporcionalidade em sua dupla face proibitiva: do excesso da intervenção na esfera de proteção de direitos fundamentais e da insuficiência de sua tutela. (...)

6. O quadro normativo e fático da Amazônia Legal traduz a realidade de um autêntico estado de coisas inconstitucional na Amazônia Legal, a revelar um cenário de tutela insuficiente e deficiente dos biomas patrimônios nacionais por parte do Estado brasileiro.

7. O retrato contemporâneo da Amazônia Legal não responde aos deveres de tutela assumidos pelo Estado constitucional brasileiro, expressamente desenhado no art. 225 da Constituição e na arquitetura legislativa, como prescreve a Lei n. 12.187/2009, que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC. Tampouco responde à normativa internacional, devidamente ratificada e promulgada pelo Estado brasileiro, a demonstrar seu comprometimento político e jurídico com a centralidade e importância da tutela do meio ambiente, em particular a proteção contra o desmatamento e as mudanças climáticas, a saber a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas de 1992 (Decreto n. 2.652 de 01 de julho de 1998); o Protocolo de Kyoto, de 2005 (Decreto n. 5.445 de 12 de maio de 2015); e o Acordo de Paris, aprovado no final de 2015 e em vigor desde 2016 (Decreto n. 9.073, de 05 de junho de 2017). (...)

10. Da leitura e interpretação do art. 225 da Constituição Federal, fundamento normativo do Estado de Direito e da governança ambiental, infere-se estrutura jurídica complexa decomposta em duas direções normativas. A primeira, voltada ao direito fundamental, e a segunda relacionada aos deveres de proteção de responsabilidade dos poderes constituídos, atores públicos e da sociedade civil.

11. A omissão inconstitucional configurada reside no comportamento comissivo do administrador, que instaurou marco normativo desestruturante do antecedente, sem as salvaguardas jurídicas necessárias

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

para a manutenção de um quadro mínimo de adimplemento dos deveres de proteção ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, mais especificamente de proteção dos patrimônios nacionais, tal como categorizados pelo art. §4º do art. 225 da Constituição Federal, e de cumprimento das obrigações climáticas firmadas.”¹¹⁰(g.n.)

Em linha com as premissas assentadas na decisão transcrita, a política do RenovaBio desatende de modo claro ao postulado da proporcionalidade, em sua dupla face proibitiva, porque, ao limitar o fardo da intervenção econômica apenas aos distribuidores de combustíveis, caracterizou o excesso da interferência na esfera de proteção de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, a insuficiência da tutela estatal, causada pela exclusão dos verdadeiros emissores de GEE, conforme demonstram os resultados concretos da política antes examinados.

De igual modo, a decisão do STF firmou de modo inequívoco a necessidade de observância, pelos atos do Poder Público, da arquitetura legislativa pertinente à proteção do meio ambiente, como prescreve a Lei nº 12.187/09, que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC, e os tratados internacionais promulgados pelo Brasil em matéria ambiental, em especial o Acordo de Paris.

Referidas fontes normativas foram afrontadas pela política do RenovaBio, como se examinou. De um lado, a eleição restrita dos distribuidores de combustíveis dentro de todo o espectro de agentes econômicos causadores da emissão de GEE contraria de modo direto o art. 3º, III da Lei nº 12.187/09 (PNMC), segundo o qual as medidas ambientais tomadas devem “*distribuir os ônus e encargos decorrentes entre os setores econômicos e as populações e comunidades interessadas de modo equitativo e equilibrado e sopesar as responsabilidades individuais quanto à origem das fontes emissoras e dos efeitos ocasionados sobre o clima*”. De outra banda, a mesma restrição interventiva está contrária ao princípio basilar do Acordo de Paris, concernente às responsabilidades comuns, porém, diferenciadas e respectivas capacidades (no inglês, “CBDR-RC”), nos termos dos arts. 2º, 3º, § 3º e 19 daquela convenção.

Esta perspectiva foi também adotada pelo STF por ocasião da análise de legitimidade dos atos administrativos praticados sem a observância das devidas

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. ADO 59. Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 03-11-2022, DJe 16-08-2023.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

evidências científicas, sobretudo na proteção dos direitos fundamentais da saúde e do meio ambiente, *verbis*:

“1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.”¹¹¹

O próprio legislador está consciente da absoluta insuficiência da política do RenovaBio para o alcance das metas assumidas no Acordo de Paris, e assume de modo expresso a necessidade de identificar de forma adequada a responsabilidade de todos os emissores de GEE de imputar-lhes os respectivos ônus, em atenção aos princípios da proporcionalidade e do poluidor pagador.

Destarte, a Comissão de Meio Ambiente do Senado aprovou de modo unânime o Projeto de Lei nº 412/2022, que cria o Sistema Brasileiro do Comércio de Emissões (SBCE) e regulamenta o mercado de carbono no país. O SBCE é um sistema de precificação do carbono a ser criado para contribuir com o alcance dos compromissos de redução de emissões de gases de efeito estufa assumidos nos âmbitos internacional e doméstico.

De acordo com o art. 3º do projeto, o SBCE “terá por finalidade dar cumprimento à PNMC e aos compromissos assumidos sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, mediante definição de compromissos ambientais e disciplina financeira de negociação de ativos”. Para tanto, deverá

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. ADI nº 6241, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 21-05-2020. Registre-se, neste ponto, que, consoante a jurisprudência do STF, “o Estado Brasileiro ratificou sua adesão ao Princípio da Precaução, ao assinar a Declaração do Rio” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. RE nº 835.558, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 07-08-2017).

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

observar as seguintes características, dentre outras: “*promoção da redução dos custos de mitigação de gases de efeito estufa para o conjunto da sociedade; e estabelecimento de critérios transparentes para definição das atividades emissoras de gases de efeito estufa associadas a fontes reguladas*”.

São todos critérios que, se aprovados, estarão em consonância com a realização do direito fundamental ao meio ambiente e dos postulados essenciais do poluidor pagador, da razoabilidade e das responsabilidades comuns, porém diferenciadas e respectivas capacidades. Será também buscado um efetivo cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo país no Acordo de Paris, sobretudo na responsabilização de *todos* os causadores de emissão de GEE pela internalização de seus custos sociais.

Em contrapartida, a iniciativa do legislador escancara não apenas as deficiências do RenovaBio, como também, e sobretudo, suas ilegalidades e inconstitucionalidades, decorrentes da eleição de apenas um grupo de agentes econômicos (distribuidores de combustíveis) para suportar todo o fardo das metas de redução de GEE para o conjunto da economia brasileira.

A contrariedade do RenovaBio com os princípios e diretrizes do Acordo de Paris pode ser objeto de *controle de convencionalidade*, haja vista que, como visto anteriormente, a mencionada convenção tem natureza de tratado de direitos humanos, dotado de força normativa *supralegal*, na esteira da jurisprudência do STF. Isto significa não apenas que as disposições do Acordo de Paris não podem ser alteradas pela legislação infraconstitucional, como também, que derrogam quaisquer disposições normativas infraconstitucionais que lhe sejam contrárias, pois “*operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação.*”¹¹²

Em síntese, à luz da Constituição Econômica, o dever de contratar insculpido no art. 7º da Lei nº 13.576/17 no âmbito da política pública do RenovaBio, com caráter de contrato coativo, é inconstitucional, porque ofende de modo direto o princípio do poluidor pagador, extraído do art. 225 da Constituição Federal, bem como não atende aos critérios de proporcionalidade da intervenção no domínio econômico, dado que transborda os limites de proibição do excesso e adota medida injusta e discriminatória em face de seus destinatários.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. ADPF nº 70, de 01 de julho de 2022; e ADI 5.240, voto do rel. min. Luiz Fux, j. 20-8-2015, DJE 18, de 01-02-2016.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Em adição, referido dever de contratar desatende de modo direto as diretrizes da PNMC, às quais o RenovaBio está diretamente vinculado, especialmente quanto à necessidade de distribuição dos ônus e encargos decorrentes entre os diversos setores econômicos de modo equitativo e equilibrado, bem como, no âmbito do domínio econômico objeto da intervenção, de sopesar as responsabilidades individuais quanto à origem das fontes emissoras e dos efeitos ocasionados sobre o clima.

Por derradeiro, tal dever de contratar imposto às distribuidoras desatende de modo declarado os objetivos, princípios e diretrizes do Acordo de Paris, com caráter *supralegal* no ordenamento jurídico doméstico, na medida em que ignora o compromisso de atuação no conjunto da economia e, de modo mais direto, desatende ao princípio explícito das responsabilidades comuns, porém, diferenciadas e respectivas capacidades de cada Parte signatária.

5 OFENSA DO INSTRUMENTO INTERVENTOR DO RENOVABIO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA

O princípio da isonomia obriga que seja dado tratamento jurídico idêntico a todos aqueles que se encontrem na mesma situação.¹¹³ A isonomia, na Constituição de 1988, é princípio sobranceiro. Como diz Geraldo Ataliba, “*firmou-se a isonomia, no direito constitucional moderno, como direito público subjetivo a tratamento igual de todos os cidadãos pelo Estado*”.¹¹⁴

A efetividade do princípio da igualdade pressupõe a utilização de referenciais justificáveis, de tal modo que aqueles que se encontrem em situações comparáveis – relativamente a um determinado referencial – deverão receber o mesmo tratamento jurídico.

¹¹³ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Lejus, 2002, pp. 444-445.

¹¹⁴ ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 158-159. Cf. GONÇALVES, J. A. Lima. *Isonomia na norma tributária*. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 75.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

O tratamento discriminatório é vedado pela Constituição Federal, se o critério discriminante não mantiver correlação lógica com os interesses e fins do sistema constitucional.¹¹⁵

Por isso, a aplicação concreta do princípio da igualdade pressupõe a utilização de referenciais justificáveis, relativamente aos quais deverá ser feito o juízo de igualdade, de tal modo que aqueles que se encontrem em situações comparáveis – relativamente a um determinado referencial – deverão receber o mesmo tratamento jurídico.¹¹⁶

Os referenciais a partir dos quais será feito o juízo de igualdade, impõem, ainda, a observância ao princípio da proporcionalidade, de modo que é necessária uma apuração coerente entre o *discrimen* eleito por determinada norma e a finalidade normativa, afinal, o princípio da proporcionalidade postula uma racionalidade da relação entre os meios utilizados e os fins perseguidos.¹¹⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello, com expressiva clareza, expõe os critérios objetivos para a aplicação do princípio da isonomia:

“Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: A) A primeira diz

¹¹⁵ TIPKE, Klaus. Princípio de igualdade e ideia de sistema no direito tributário. *Direito Tributário. Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. Tradução Brandão Machado. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 526.

¹¹⁶ “Se generalidades ou diferenças entre grupos a serem comparados são relevantes, depende de imediato do *critério de comparação (tertium comparationis)*, que é introduzido no confronto de grupos. A regra de igualdade é uma carta branca na medida em que não oferece o próprio critério de comparação. O critério de comparação deve ser *exato*, isto é, uma *avaliação de justiça* reconhecida pela comunidade jurídica”. TIPKE, Klaus *et al.* *Direito tributário*. Trad. port. de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: 2008, p. 195. “A concorrência como princípio, deve ser assegurada, inclusiva, para garantir o interesse coletivo na existência e na viabilidade do mercado interno, patrimônio nacional segundo o art. 219 da constituição de 1988. O mercado interno não é sinônimo de economia de mercado, como pretendem alguns. A sua inclusão no texto constitucional, como parte integrante do patrimônio nacional, significa a valorização do mercado interno como centro dinâmico do desenvolvimento brasileiro, inclusive no sentido de garantir melhores condições sociais de vida para a população e a autonomia tecnológica do país.” BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. A concorrência livre na Constituição de 1988. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (coord.). *Filosofia e teoria geral do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p.468.

¹¹⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 315; TIPKE, Klaus *et al.* *Direito tributário*. Trad. port. de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: 2008, p. 270.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

com o elemento tomado como fator de desigualação; B) A segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fato erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; C) A terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.”¹¹⁸

Como bem assentou o C. STF, o princípio fundamental da isonomia tem autoaplicabilidade plena e subordina todos os atos emanados do Poder Público, de forma a constituir um anteparo intransponível ao tratamento desigual promovido pela lei que possa caracterizar qualquer espécie de privilégio.

Tanto na elaboração de atos normativos quanto na sua efetiva aplicação, a isonomia tem objetividade vinculante.

Nesse sentido, a Corte assentou, *verbis*:

“O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do poder público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador

¹¹⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 27.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.”¹¹⁹

Segundo o STF, a inconstitucionalidade de lei contrária a isonomia tem como cerne o tratamento desigual atribuído pelo legislador a situações equivalentes, nas quais o critério de discriminação não encontra respaldo suficiente no texto constitucional.

Em síntese, a igualdade horizontal se afigura insuficiente, a demandar uma equalização vertical, apenas na medida em que seja identificada, no caso concreto, uma desigualdade que demanda tratamento diferenciado pelo legislador.

As palavras do Ministro Gilmar Mendes a este respeito são esclarecedoras:

“O conceito de isonomia é relacional por definição. O postulado da igualdade pressupõe pelo menos duas situações, que se encontram numa relação de comparação. Essa relatividade do postulado da isonomia leva segundo Maurer a uma inconstitucionalidade relativa (relative Verfassungswisrigkeit) não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma A ou B, mas a disciplina diferenciada (die Unterschiedlichkeit der Regelung).

*A análise exige, por isso, modelos de comparação e de justificação”.*¹²⁰

Como bem aduz Celso Antônio Bandeira de Mello, há ofensa ao princípio constitucional da isonomia quando *“a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas ou pessoa futura e determinada”*.¹²¹ É exatamente o que passa com os distribuidores de combustíveis, tanto no segmento da indústria brasileira do petróleo, como em relação a todos os demais agentes econômicos que desenvolvem atividades emissoras de GEE e contribuem, por esse motivo, para as mudanças climáticas.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. MI 58 / DF. Relator Ministro Carlos Velloso, Redator do Acórdão Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 14-12-1990, DJ 19-04-1991.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. RE 453.740-1 / RJ. Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 28-03-97, DJ 24-08-2007.

¹²¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 10.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Com efeito, não se perde de vista que os objetivos declarados do RenovaBio estão expressos no art. 1º da Lei n.º 13.576/17, com destaque para o de “contribuir para o atendimento aos compromissos do País no âmbito do Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima”.

Referidos compromissos aludem à redução da emissão de GEE na atmosfera, uma vez que tais gases competem para as mudanças climáticas e para todas as suas consequências ambientais, sociais e econômicas.

Ocorre que a política interventora do RenovaBio, também conforme demonstrado, colheu apenas *uma* das inúmeras atividades detentoras de instalação ou fonte associada a alguma atividade emissora de gases de efeito estufa, em detrimento de todas as demais, como *foco exclusivo* de seu principal instrumento, qual seja, o dever de aquisição de CBIO como único modo de compensar a emissão de GEE decorrente de sua atividade regular.

Os distribuidores de combustíveis, portanto, receberam tratamento legal específico e exclusivo da Lei n.º 13.576/17 em comparação com aquele dispensado a todos os demais elos da cadeia produtiva do petróleo, composta por agentes econômicos que desenvolvem atividades emissoras de gases de efeito estufa em monta significativa.

Houve, de modo cristalino, uma discriminação de tratamento legal aos distribuidores de combustíveis, aos quais foi imposto o dever de aquisição de créditos de carbono para compensar a suas emissões de GEE, em comparação com todos os outros emissores destes gases na atmosfera na mesma cadeia produtiva do petróleo e seus derivados, aos quais não foi imposta qualquer exigência similar.

À luz dos objetivos declarados no programa do RenovaBio e dos compromissos assumidos pelo Brasil no Acordo de Paris, somente considera-se isonômico o tratamento que inclua todas as atividades que tenham participação no total de emissões de GEE no objeto da intervenção estatal, de acordo com suas responsabilidades comuns, porém diferenciadas e respectivas capacidades.

Via de consequência, a restrição de toda a política a apenas uma atividade emissora de GEE deve estar baseada em *discrímen* suficiente para discriminação de tal magnitude, capaz de justificar não apenas a imposição de todo o fardo de alcance dos compromissos legais e internacionais a apenas uma atividade empresarial, como também a exclusão de incontáveis outras atividades poluidoras

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

do meio ambiente que se encontram em **situação idêntica**, qual seja, a emissão de GEE na atmosfera.

Ocorre que não se identifica, na legislação doméstica e nas normas internacionais, por nenhum meio interpretativo, qualquer critério discriminador válido para o tratamento desigual atribuído aos distribuidores de combustíveis, em comparação com aquele concedido a todas as demais atividades econômicas que sejam emissoras de GEE.

Ao contrário, o direito positivo interno e as normas convencionais convergem para o sentido oposto, ao determinar, de modo expresso, que as políticas públicas referentes à redução de GEE devem contemplar o *conjunto da economia*, de modo a atribuir a cada emissor suas responsabilidades comuns, com a devida individualização de suas capacidades para contribuir com as finalidades da intervenção estatal.

Como visto, o art. 3º, III da Lei nº 12.187/09 (PNMC), determina que as medidas ambientais tomadas devem “*distribuir os ônus e encargos decorrentes entre os setores econômicos e as populações e comunidades interessadas de modo equitativo e equilibrado e sopesar as responsabilidades individuais quanto à origem das fontes emissoras e dos efeitos ocasionados sobre o clima*”.

A mesma disposição constitui princípio basilar do Acordo de Paris, concernente às responsabilidades comuns, porém, diferenciadas e respectivas capacidades, nos termos dos arts. 2º, 3º, § 3º e 19 daquela convenção. De acordo com a norma convencional, os países em desenvolvimento deverão continuar a fortalecer seus esforços de mitigação, e são encorajados a progressivamente transitar para metas de redução ou de limitação de emissões **para o conjunto da economia (“economic-wide”)**, à luz das diferentes circunstâncias nacionais. Deste modo, cabe a cada Parte eleger os setores econômicos, planos de ação e políticas públicas atendendo ao *conjunto da economia*, compreendido como o *sistema econômico em sua integralidade*, com o amplo envolvimento de todos os setores e agentes, mormente aqueles responsáveis pelas maiores emissões de GEE.

Conclui-se, por conseguinte, que o tratamento desigual atribuído aos distribuidores de combustíveis pelo RenovaBio em comparação com todas as demais atividades econômicas emissoras de GEE é diretamente contrário ao princípio da isonomia, não apenas pela absoluta ausência de critério discriminador

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

válido e suficiente, como também, pela orientação da legislação doméstica e das normas internacionais específicas sobre o tema em sentido oposto.

Os números relativos aos principais emissores de GEE no país apenas confirmam a ofensa à isonomia em desfavor dos distribuidores de combustíveis. Como se examinou antes, a atividade de resíduos respondeu por 3,8% das emissões, seguida dos processos industriais (4,5%), energia (17,9%), agropecuária (24,8%) e da mudança de uso da terra e florestas, que responde por quase a metade do total das emissões de GEE (49%), o que evidencia a absoluta *inversão de prioridades* do RenovaBio na eleição dos destinatários de sua política interventora.¹²²

Esse tratamento anti-isonômico se confirma a partir do exame da proporcionalidade da intervenção estatal, uma vez que o *discrimen* utilizado pelo legislador está em absoluto descompasso com a finalidade normativa, haja vista que um ÚNICO agente da cadeia produtiva de combustíveis fósseis, qual seja, o distribuidor, jamais será suficiente para o alcance da totalidade dos compromissos assumidos pelo Brasil no Acordo de Paris.

Em outros termos, não há racionalidade da relação entre os meios utilizados pelo RenovaBio e os fins perseguidos, tudo a evidenciar a desproporção da norma, por sua evidente inadequação.

Não se pode olvidar que, de acordo com o postulado da isonomia, pessoas em situação equivalente deverão ter o mesmo tratamento jurídico, *inclusive no âmbito da livre iniciativa e da livre concorrência*, assumidos pelo constituinte como pilares fundamentais da ordem econômica. Causaria indubitosa e grave distorção à livre concorrência submeter determinados agentes de mercado a normas de funcionamento diferentes, sem fundamento na isonomia.

O princípio da livre concorrência assume condição basilar da isonomia no âmbito empresarial, nos termos do art. 170, IV, da CF, como um dos princípios fundamentais que estrutura a Constituição Econômica.

Ora, quando o parágrafo único do art. 170 prescreve que “*é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*”, quer dizer que

¹²² Disponível em: <https://plataforma.seeg.eco.br/total_emission>. Acesso em: 02-08-2023.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

a lei não pode restringir o direito e liberdade ali consagrados para o fim de impor barreiras discriminatórias, sem a devida justificativa constitucional para suportar a *finalidade* do tratamento desigual.¹²³

Do princípio da livre concorrência deriva, em consequência, o dever de observância do princípio da neutralidade concorrencial, o que impede a intervenção do Estado na economia, inclusive por regulação, sempre que resultar em distúrbios concorrenciais¹²⁴. Ou seja, relativamente a concorrentes, deve o Estado se manter imparcial.¹²⁵

Destarte, nas relações de direito privado impera a autonomia privada. A livre iniciativa e a livre concorrência autorizam a ampla liberdade entre os particulares para estabelecer os preços de seus produtos e serviços. Os preços entre partes independentes são pautados pelas oscilações do mercado.

Por tais razões, a regulação da atividade econômica tem como função precípua assegurar a concorrência e garantir a existência de condições de competição, de forma a preservar e estimular a livre iniciativa com vistas a introduzir, na medida do possível, maior eficiência no funcionamento dos mercados. Ao decantar os contornos fundamentais do princípio da livre iniciativa, o ministro Luís Roberto Barroso assim o especifica:

“O princípio da livre iniciativa, por sua vez, pode ser decomposto em alguns elementos que lhe dão conteúdo, todos eles desdobrados no texto constitucional. Pressupõe ele, em primeiro lugar, a existência de

¹²³ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 787.

¹²⁴ “Como é sabido, a concorrência é uma questão de grau: ela pode ser mais perfeita, menos perfeita ou, até mesmo, inexistir totalmente, como nos casos de monopólio. E o grau concorrencial será tanto mais elevado quanto maior o número de operadores e mais homogêneo o produto comercializado, pois, aí, não apenas o mercado será amplo como pouco compartimentado, permitindo uma maior liberdade de circulação e de escolha aos mesmos operadores. É sabido, também, que a concorrência pura ou perfeita não existe concretamente. Ela não passa de um modelo teórico utilizado pelos economistas clássicos para explicar o funcionamento do mercado e a sua capacidade de exercer um controle efetivo sobre o processo decisório econômico.” NUSDEO, Fábio. A principiologia da ordem econômica constitucional. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 394.

¹²⁵ BOMFIM, Diego Marcel. Reconsiderações sobre a neutralidade tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 197. São Paulo: Dialética, 2012, pp. 32-33.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

propriedade privada, isto é, de apropriação particular dos bens e dos meios de produção (CF, arts. 5º, XXII e 170, II).

De parte isto, integra, igualmente, o núcleo da ideia de livre iniciativa a liberdade de empresa, conceito materializado no parágrafo único do art. 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei. Em terceiro lugar situa-se a livre concorrência, lastro para a faculdade de o empreendedor estabelecer os seus preços, que não de ser determinados pelo mercado, em ambiente competitivo (CF, art. 170, IV). Por fim, é da essência do regime de livre iniciativa a liberdade de contratar, decorrência lógica do princípio da legalidade, fundamento das demais liberdades, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II).”¹²⁶

A livre iniciativa compreende, deste modo, a proteção da propriedade (em sua função social), o exercício da atividade econômica sem restrições capazes de alcançar o *núcleo essencial da liberdade*, e a autonomia contratual, que traduz os arranjos econômicos estruturados para realizar os fins da empresa. Sustentada em tais pilares, a enunciação do princípio da livre iniciativa compreende reconhecer a decisão do constituinte por uma ordem econômica centrada na atividade privada, o que se traduz não apenas na absoluta excepcionalidade da atuação direta do Estado na economia (conforme requisitos de “necessidade aos imperativos da segurança nacional” ou de “relevante interesse coletivo” previstos no art. 173), como também, na clara delimitação do papel fiscalizador e de incentivo atribuído ao Estado no exercício de sua função normativa (art. 174).

A amplitude da livre iniciativa assegurada pelo Constituinte é deste modo examinada por André Ramos Tavares:

“A liberdade de iniciativa garantida constitucionalmente não se restringe à liberdade de iniciativa econômica, sendo esta apenas uma de suas dimensões. A livre iniciativa de que fala a Constituição há de ser, realmente, entendida em seu sentido amplo, compreendendo não apenas a liberdade econômica, ou liberdade de desenvolvimento da empresa, mas englobando e assumindo todas as demais formas de organização

¹²⁶ BARROSO, L. R. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 226, 2001, p. 189-190.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

econômicas, individuais ou coletivas, como a cooperativa (art. 5º, XVIII, e art. 174, §§3º e 4º), e a própria liberdade contratual e comercial. (...)

O postulado da livre iniciativa, portanto, tem uma conotação normativa positivada, significando a liberdade garantida de qualquer cidadão, e uma outra conotação que assume viés negativo, impondo a não-intervenção estatal, que só pode se configurar mediante atividade legislativa que, acrescentando-se, há de respeitar os demais postulados constitucionais e não poderá anular ou inutilizar o conteúdo mínimo da livre iniciativa”.¹²⁷

Qualquer intervenção estatal na livre iniciativa, portanto, encontra barreira intransponível no *núcleo essencial* do princípio, traduzido na liberdade de auto-organização da atividade econômica e na liberdade contratual.

Na correta leitura do art. 174 da CF, portanto, o poder normativo do Estado não pode representar uma imposição de ônus aos particulares a ponto de *transferir* a estes a realização dos princípios da ordem econômica, tarefa que pertence de forma primordial ao próprio Estado.

A função social da empresa é alcançada pelo exercício regular e lícito da atividade empresarial, o qual promove a geração de empregos, a distribuição de riquezas e *contribui* para os objetivos da ordem econômica, numa posição de *solidariedade*, e não de mera *substituição* do Poder Público.

Nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso:

“Como se pode singelamente constatar, o regular exercício de suas atividades pelas empresas privadas - como tal entendido o que observa os princípios de funcionamento da ordem econômica - já viabiliza uma parte importante do bem-estar social. O que o Estado não pode pretender, sob pena de subverter os papéis, é que a empresa privada, em lugar de buscar o lucro, oriente sua atividade para a consecução dos princípios-fins da ordem econômica como um todo, com sacrifício da livre-iniciativa. Isto seria dirigismo, uma opção por um modelo historicamente superado. O Poder Público não pode supor, e.g., que uma empresa esteja obrigada a admitir um número x de empregados, independentemente de suas

¹²⁷ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006, p. 239-240.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

necessidades, apenas para promover o pleno emprego. Ou ainda que o setor privado deva compulsoriamente doar produtos para aqueles que não têm condições de adquiri-los, ou que se instalem fábricas obrigatoriamente em determinadas regiões do País, de modo a impulsionar seu desenvolvimento.

*Ao Estado, e não à iniciativa privada, cabe desenvolver ou estimular práticas redistributivistas ou assistencialistas. É do Poder Público a responsabilidade primária. Poderá desincumbir-se dela por iniciativa própria ou estimulando comportamentos da iniciativa privada que conduzam a esses resultados, oferecendo vantagens fiscais, financiamentos, melhores condições de exercício de determinadas atividades, dentre outras formas de fomento”.*¹²⁸

É cediço que o Estado tem poder para intervenção na economia, e esta intervenção pode ser realizada direta ou indiretamente, por direção ou poder de polícia.¹²⁹ A regulamentação da atividade econômica, no entanto, embora permitida, está restrita à legalidade e jamais pode representar um obstáculo a livre iniciativa, de acordo com o conteúdo mínimo antes examinado.

A este respeito, transcrevemos as considerações de Monica Herman Salem Caggiano¹³⁰, sobre a intervenção do Estado na econômica perante a Constituição Federal de 1988:

“Nos novos moldes, portanto, a intervenção do Estado é autorizada com escopo fiscalizatório, no sentido de ajustar os comportamentos econômicos visando assegurar operacionalidade, de forma harmoniosa e engrenada, aos elementos elencados no referido art. 170 (soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; ...). Procurou o Constituinte, pois, evitar distorções.

¹²⁸ BARROSO, L. R. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 226, 2001, p. 189-190

¹²⁹ Cf. TAVARES, André Ramos. A intervenção do Estado no domínio econômico. In: Cardozo, Jose Eduardo Martins, QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Marcia Walquíria Batista. *Curso de direito Administrativo econômico, II*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 173 e ss.

¹³⁰ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Controle do mercado por via de tabelamento. *Revista de Direito Público*, SP: Malheiros, n.100, out.-dez., p.41-44.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

De fato, como aliás já assinalamos, os contornos do econômico fotografados pelo Estatuto Político de 1988 foram idealizados com base no regime da economia de mercado, uma economia descentralizada, pautada na livre concorrência e na livre iniciativa, fatores que se afiguram incompatíveis com um sistema de controle que opere via tabelamento, ou seja, mediante a prefixação de preços decorrente de plano”.

No caso, o dever imposto aos distribuidores de combustíveis na aquisição compulsória de créditos de carbono destinada a compensar a emissão de GEE se manifesta contrário ao conteúdo mínimo da livre iniciativa, haja vista que apresenta restrição irresistível ao direito de *auto-organização empresarial*, o qual faz parte do núcleo essencial do mencionado princípio.

Com efeito, não se pode conceber intervenções estatais, ainda que sob o pretexto de realizar objetivos da ordem econômica, capazes de *eliminar* a liberdade do agente privado na tomada de decisões empresariais lícitas, incluindo a escolha das melhores alternativas disponíveis para o alcance de seus objetivos sociais. Restrição desta natureza termina por impor inaceitável limite à liberdade de contratar, em seu núcleo mínimo, haja vista que os arranjos contratuais se destinam a realizar os atos empresariais em sua configuração jurídica e econômica.

A intromissão indevida na auto-organização empresarial se revela, na política do RenovaBio, na imposição do dever aquisição de créditos de carbono como *única e exclusiva* forma de compensação dos GEE emitidos pela atividade de distribuição de combustíveis. Ainda que tal atividade apresente externalidades negativas ao meio-ambiente, sendo cabível cogitar a exigência legal de sua internalização (na esteira do princípio do poluidor pagador), *deve o empresário ter nível razoável de liberdade para determinar o modo pelo qual suportará os custos de suas externalidades.*

O que não se afigura possível, à luz do conteúdo mínimo da livre iniciativa, é exigir do agente econômico a internalização de seus custos sociais e, ao mesmo tempo, impor-lhe apenas uma única possibilidade para alcançar tal objetivo, mediante a aquisição compulsória de créditos de carbono emitidos de modo voluntário por terceiros, com os quais não guarda o distribuidor qualquer relação econômica ou jurídica.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Isso importa intromissão severa na liberdade de iniciativa empresarial, porque retira do agente econômico inúmeras outras formas de alcançar o objetivo da política interventora (redução da emissão de GEE), as quais poderiam apresentar maior vantagem empresarial, tais como custos menores, segurança, previsibilidade, eficiência econômica, inovação tecnológica e diversos outros.¹³¹

A redução desproporcional da livre iniciativa promovida pelo RenovaBio se torna mais evidente quando se examina a imposição de severos custos aos distribuidores de combustíveis na aquisição do CBIO, cujos valores oscilam de acordo com as regras de oferta e demanda e podem alcançar somas elevadíssimas.

Como se constatou antes, a flutuação da oferta de CBIO se encontra sob controle ao menos parcial dos emissores (produtores e importadores de biocombustível), em razão da capacidade de interferência na oferta, frente a uma demanda determinada por lei (metas de descarbonização).

A significativa e abrupta flutuação no preço de negociação dos CBIO foge integralmente do controle ou da previsibilidade dos distribuidores de combustíveis, como se verificou em dados da B3, na qual os títulos são negociados. Foram identificadas oscilações no preço médio dos CBIO que chegaram a 96% em apenas um dia, em conjunto com outros episódios de alterações diárias que variaram entre 9% e 70%. Em adição, os títulos alcançaram a exorbitante máxima de R\$ 209,50 em 30/06/2022, com preço médio negociado de R\$ 162,00 naquele mês, e de R\$ 196,00 no mês subsequente.

Em sentido semelhante, o Relatório de Auditoria a respeito do RenovaBio elaborado pelo TCU identificou o risco de que a meta definida superestime capacidade de geração de créditos de carbono, o que provocará um cenário de provável excesso de demanda, com conseqüente reflexo nos preços de aquisição pelos distribuidores, além de prováveis sanções punitivas para aqueles que não conseguirem adquirir a quantidade determinada, o que provocará, muito provavelmente, uma disparada do preço do ativo.

¹³¹ De acordo com a norma regulamentar (art. 7º do Decreto nº 9.888/19), a única alternativa franqueada aos distribuidores está na *autorização discricionária* do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) de redução da meta individual, mediante a comprovação da aquisição de biocombustíveis por meio de contrato de fornecimento de longo prazo, e *sempre limitada a 20% da meta estabelecida*.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Isto significa considerar que a única opção do distribuidor para provar o cumprimento de suas metas de redução de GEE é a aquisição de títulos que possuem precificação na qual o distribuidor *não tem qualquer intervenção* (uma vez que os títulos são negociados em mercado aberto, como a B3), estão sujeitos a toda sorte de *interferências externas*, tem valor *imprevisível* e, portanto, geram *insegurança jurídica, incerteza* e comprometem de modo significativo o planejamento empresarial.

Essas notas características são contrárias ao núcleo essencial da livre iniciativa, que compreende o direito de auto-organização empresarial e, portanto, a liberdade de contratar, com a definição de preços e demais condições, dentro do necessário *planejamento empresarial* assegurado ao setor privado de modo expresso pelo art. 174 da CF.

Retirar do distribuidor de combustíveis qualquer alternativa empresarial para cumprimento de suas metas de redução de GEE, e de modo simultâneo, exigir-lhe a internalização de custos sociais através de gastos *obrigatórios*, cujo valor está imune a qualquer negociação por parte do empresário e inviabiliza o planejamento empresarial devido à oscilação, imprevisibilidade e alta monta dos gastos, é uma evidente afronta à livre iniciativa, em seus aspectos mais elementares, bem como confronta a garantia da estabilidade do planejamento empresarial, nos termos dos arts. 170 e 174 da CF.

Não se olvide, neste aspecto, que o planejamento público é apenas *indicativo* ao setor privado, de forma que fica assegurado, ao particular, determinar a própria organização da empresa, tendo em vista todo o espectro da liberdade de empreendimento.

As contribuições de Celso Antônio Bandeira de Mello são precisas a este respeito:

“(...) com o advento da Constituição de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico - feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles - pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado com todas as letras, no art. 174. (...)

Em suma: a dicção categórica do art. deixa explícito que, a título de planejar, o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, mas apenas incentivar,

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

atrair os particulares, mediante planejamento indicativo que se apresente como sedutor para condicionar a atuação da iniciativa privada.

Demais disso, a inclusão ‘livre concorrência’ como princípio da ordem econômica, pressupõe a disputa franca entre os empreendedores de negócios congêneres e avaliza o entendimento de que é disto que resultará, pelo incentivo à criatividade de cada qual e pela competição no respeitante a preços, o melhor atendimento aos consumidores, ao mercado, na medida em que dessarte engendra melhoria na qualidade do produto e custos menos elevados. Logo, sua adoção incompatibiliza-se visceralmente com tentativas do Poder Público de anular tais empenhos, de equalizar o comportamento dos agentes econômicos, de forçá-los à adoção de pautas – alheias à defesa ou salvaguarda de interesses coletivos – que lhes refreiem a inventividade e lhes coartem a liberdade constitucionalmente deferida e prestigiada”.¹³²

Em igual sentido, reafirmou o STF que a ordem econômica está pautada pela livre iniciativa, de modo que as intervenções necessitam da adequada justificativa constitucional, sob pena de incorrerem em danos aos particulares:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. FIXAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO DOS PREÇOS DOS PRODUTOS DERIVADOS DA CANA-DE-AÇÚCAR ABAIXO DO PREÇO DE CUSTO. DANO MATERIAL. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. 1. A intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos é consagrada pela Carta Magna de 1988. 2. Deveras, a intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CF/1988). Nesse sentido, confira-se abalizada doutrina: *As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, da livre concorrência e do livre jogo dos**

¹³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Liberdade de iniciativa. Intromissão estatal indevida no domínio econômico. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* n° 1, 1999, p. 178-179.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

mercados. Essa ordem, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos. Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em consequência, os mercados e, de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e o aperfeiçoamento. Em suma, desafiam o próprio Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados, e para manter constante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganho ou lucro com o interesse social. A intervenção está, substancialmente, consagrada na Constituição Federal nos arts. 173 e 174. Nesse sentido ensina Duciran Van Marsen Farena (RPGE, 32:71) que "O instituto da intervenção, em todas suas modalidades encontra previsão abstrata nos arts. 173 e 174, da Lei Maior. O primeiro desses dispositivos permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o poder para exercer, na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o privado". Pela intervenção o Estado, com o fito de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social (art. 170 da CF), pode restringir, condicionar ou mesmo suprimir a iniciativa privada em certa área da atividade econômica. Não obstante, os atos e medidas que consubstanciam a intervenção hão de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito, consignado expressamente em nossa Lei Maior, como é o princípio da livre iniciativa. Lúcia Valle Figueiredo, sempre precisa, alerta a esse respeito que "As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" (DIÓGENES GASPARI, in Curso de Direito Administrativo, 8ª Edição, Ed. Saraiva, págs. 629/630, cit., p. 64). 3. O Supremo Tribunal Federal firmou a orientação no sentido de que "a

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

desobediência aos próprios termos da política econômica estadual desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes econômicos envolvidos, são fatores que acarretam insegurança e instabilidade, desfavoráveis à coletividade e, em última análise, ao próprio consumidor.” (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 24/03/2006). 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: ADMINISTRATIVO. LEI 4.870/1965. SETOR SUCROALCOOLEIRO. FIXAÇÃO DE PREÇOS PELO INSTITUTO DO AÇÚCAR E DO ALCOOL – IAA. LEVANTAMENTO DE CUSTOS, CONSIDERANDO-SE A PRODUTIVIDADE MÍNIMA. PARECER DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. DIFERENÇA ENTRE PREÇOS E CUSTOS. 1. Ressalvado o entendimento deste Relator sobre a matéria, a jurisprudência do STJ se firmou no sentido de ser devida a indenização, pelo Estado, decorrente de intervenção nos preços praticados pelas empresas do setor sucroalcooleiro. 2. Recurso Especial provido. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.”¹³³

A violação à livre iniciativa, no caso vertente, é ainda acompanhada de inobservância à garantia da livre concorrência, igualmente definida como princípio da ordem econômica no art. 170, IV da CF.¹³⁴

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. RE 648.622 AgR / DF, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 20-12-2012, DJe 22-02-2013.

¹³⁴ CARVALHO, Antônio Augusto Silva Pereira de. Tributação, sonegação e livre concorrência. In: SILVA, Ademir Ramos da. *Estudos em homenagem a José Eduardo Monteiro de Barros: direito tributário*. São Paulo: MP Editora, 2010, pp. 115-148; SANTIAGO, Igor Mauler. 2: Free competition: How tax evasion and tax competition distort markets. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (coord.). *Separação de Poderes e Efetividade do Sistema Tributário: XIV Congresso Internacional de Direito Tributário da Associação Brasileira de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pp. 311-324; _____. A evasão fiscal e a concorrência tributária como fatores de distorção do livre mercado. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito tributário e ordem econômica: homenagem aos 60 anos da ABDF*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 351-364; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Práticas tributárias e abuso de poder econômico. *Revista de Direito da Concorrência*, SP: RT, n. 9, jan.-mar., 2006, pp. 125-138; FERRAZ, Roberto. Intervenção do estado na economia por meio da tributação – a proteção da empresa e a livre concorrência. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 10B. Curitiba, 2006, pp. 627-641; NUSDEO, Fábio. A principiologia da ordem econômica constitucional. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005, pp. 389-402; BRAGANÇA, Marcel. Efeitos da tributação sobre o direito concorrencial: uma visão harmônica do ordenamento.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Jose Luís Ribeiro Brazuna, ao analisar a livre concorrência, aponta duas finalidades inerentes ao princípio: (i) a autonomia privada, que garante a liberdade de exercício de atividade econômica e (ii) a vedação à concorrência desleal, como garantia de isonomia:

*“O Estado assume um papel redistributivo e garantidor da igualdade de condições nas relações econômicas, assegurando: (i) a liberdade de comércio e de indústria, que consiste na faculdade de os agentes econômicos criarem e explorarem uma atividade econômica e não se sujeitarem a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei; e (ii) a liberdade de concorrência, compreendendo não só a liberdade de os agentes conquistarem a sua clientela, exceto por meio de concorrência desleal, mas também na proibição de comportamentos que impeçam a concorrência e neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, garantindo-se igualdade de condições aos concorrentes.”*¹³⁵

Para dar eficácia aos desdobramentos do princípio da livre concorrência, o Estado pode usar de intervenção direta ou indiretamente, por regulamentação, monopólios ou poder de polícia.¹³⁶ Esta intervenção, porém, deve sempre observar o limite da livre iniciativa, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello, porquanto *“o Estado não pode restringir apenas a uns ou a alguns (noção antiética a ‘todos’) o exercício de tal ou qual atividade econômica (noção antiética a ‘qualquer’), pois seja qual for a atividade, é insuscetível de ser excluída do âmbito de ação dos particulares.”*¹³⁷

Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 40, n. 121, jan.-mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 121-147.

¹³⁵ BRAZUNA, Jose Luis Ribeiro. Defesa da concorrência tributária. São Paulo: IBDT – Instituto Brasileiro de Direito Tributário Quartier Latin, [2009], p. 238, g.n..

¹³⁶ Cf. TAVARES, André Ramos. A intervenção do Estado no domínio econômico. In: CARDOZO, Jose Eduardo Martins, QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Marcia Walquíria Batista. *Curso de direito Administrativo econômico, II*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 173 e ss.

¹³⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 786.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Por isso, as normas do direito econômico são dinâmicas para atender a necessidade de regulação vis-à-vis a flexibilidade típica da livre iniciativa no mercado, como afirma Geraldo de Camargo Vidigal.¹³⁸

Assim, o princípio em questão admite a diferenciação entre os particulares, mas *impede a criação de privilégios para determinados concorrentes*, em detrimento de outros, como alude Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

“Contudo, mesmo se uma medida contém um fator discriminante, este é aceitável em termos de neutralidade concorrencial, desde que a razão do discrimen se localize ou na diversidade do objeto (o mercado, pelo produto, não é o mesmo) ou na do sujeito (embora atuando no mesmo mercado, uns são produtores, outros consumidores) ou na da proporção entre ambos (as diferenças fáticas entre as capacidades competitivas dos concorrentes são de tal monta que faz sentido eximir alguns de um ônus que lhes será, proporcionalmente, excessivo).”¹³⁹

Como bem esclarece Tércio Sampaio, o critério discriminador entre concorrentes será aceitável sempre que respeitar as “capacidades competitivas” individuais, caso em que se mostra cabível a exclusão de alguns do ônus que poderão lhes ser *proporcionalmente excessivos*.

Esta é a hipótese em comento, na qual a imposição indiscriminada, a todos os distribuidores de combustíveis, do dever de aquisição de créditos de carbono para cumprir metas de redução de gases de GEE acarreta desequilíbrio concorrencial indevido, porque impõe a determinados concorrentes deveres econômicos desproporcionais à sua capacidade financeira, sem qualquer medida de equalização ou de individualização.

Com efeito, na medida em que as metas compulsórias de aquisição de CBIO se baseiam de modo único na participação de cada empresa no mercado de distribuição de combustíveis do ano anterior, não há uma adequação proporcional do ônus econômico decorrente da aquisição de CBIO à capacidade financeira de cada concorrente. Não se pode afirmar, sob qualquer ângulo, que a mera fatia no

¹³⁸ VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 109.

¹³⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Obrigação tributária acessória e limites de imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado. In: FERRAZ, Roberto. *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 735.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

mercado de distribuição representa, *ipso facto*, a capacidade financeira de cada distribuidor em adquirir os créditos de carbono correspondentes às suas emissões de GEE.

Primeiro, porque a participação de mercado (“*market share*”) não tem relação direta com a *lucratividade*, de modo que não reflete de modo necessário as forças financeiras de cada agente em internalizar seus custos sociais mediante a aquisição compulsória de CBIO, em montante correspondente à sua participação no total de combustível comercializado.

Segundo, porque o preço do CBIO não é fixo ou pré-determinado, haja vista que referido título é negociado em mercado aberto (B3), cujo valor está sujeito às regras de oferta e demanda, sem qualquer interferência ou possibilidade de negociação por parte dos distribuidores.

Terceiro, porque as abruptas oscilações dos preços do CBIO, bem como seu aumento a patamares elevadíssimos, alcançam a todos os distribuidores de modo indistinto, independentemente de suas capacidades financeiras para arcar com os gastos de aquisição compulsória.

Estes fatores demonstram que o dever imposto aos distribuidores na aquisição dos créditos de carbono provoca efeitos econômicos muito diversos em cada agente econômico. Tais repercussões estão sujeitas a fatores como lucratividade, meta compulsória, capacidade de endividamento e outros parâmetros empresariais próprios de cada distribuidor.

É forçoso reconhecer, em tal cenário, que os distribuidores com menor capacidade financeira terminam por suportar um fardo proporcionalmente maior em relação a seus concorrentes de maior porte, os quais possuem, em geral, melhores alternativas para fazer frente à compra compulsória dos créditos de carbono, sem comprometer de modo severo a sua lucratividade, seja com recursos próprios, seja mediante acesso a crédito. Na medida em que o preço dos títulos aumenta sem qualquer limite ou previsibilidade, afeta de modo mais gravoso as empresas com menor margem de adaptação a cenários financeiros adversos.

Deveras, isso não ocorreria se o preço do CBIO fosse pré-definido ou submetido a algum teto, casos em que a relação entre o valor despendido por cada distribuidor e suas capacidades financeiras não ultrapassaria um fator que pudesse comprometer a própria viabilidade do negócio. No entanto, por não haver tais medidas, é possível que a aquisição compulsória dos títulos represente um

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

fardo financeiro desproporcional para os distribuidores com menores capacidades, ao ponto de inviabilizar a própria atividade empresarial.

Ainda que possam os distribuidores repassar os custos de aquisição do CBIO no preço do combustível comercializado, as diferentes capacidades financeiras de cada concorrente em internalizar parte destes gastos representará preços diversos ao consumidor, de modo a tornar ainda menos competitivas as empresas que não tenham esta alternativa por absoluta impossibilidade econômica.

Este cenário de desproporção entre as metas compulsórias de cada distribuidor e a capacidade financeira destes para suportar o peso de aquisição do CBIO, reforçado pelo aumento bruto e expressivo do preço dos títulos, representa uma quebra importante na livre concorrência, porque afeta a neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial e, ao mesmo tempo, constrange a igualdade de condições aos concorrentes, como decorrência direta da intervenção estatal na ordem econômica.

Não se pode perder de vista que as regras brasileiras de defesa da concorrência têm como objetivo principal evitar abusos do poder econômico tendentes à dominação do mercado, à eliminação da concorrência ou que resultem no aumento arbitrário de lucros, em conformidade com os valores da proteção da *livre concorrência e da livre iniciativa*.¹⁴⁰

As práticas de *abuso de posição dominante* correspondem ao objeto do direito antitruste, cabendo o necessário controle sobre a atividade dos agentes econômicos para evitar que este interfira na construção de uma ordem econômica fundada naqueles valores.

Como se assinalou antes, foi verificada nos anos de 2020 a 2022 uma reconcentração da concorrência no setor de distribuição de combustíveis, em favor das empresas líderes Vibra, Raízen e Ipiranga, principalmente pelo seu porte no respectivo mercado e escalada de preços do CBIO, o que dificulta o alcance das metas pelas distribuidoras regionais e fortalece as distribuidoras mais capitalizadas. As grandes distribuidoras mencionadas representaram 67,4% da

¹⁴⁰ Nessa linha, dispôs a CF, no § 4º do art. 173, que “*a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”, e, no parágrafo único do art. 170, assegurado “*a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.*”

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

meta total de redução de GEE de 2022, de forma a evidenciar a alta concentração em reduzido número de empresas.

A *administração ordenadora*¹⁴¹ é a atividade interventiva da Administração Pública a ser exercida nos termos da lei e observados os direitos fundamentais, disposta para condicionar ou restringir o exercício de liberdades ou de direitos, propriedade ou atuações individuais em favor do interesse público, mediante regulação ou atos executivos próprios. Por isso mesmo, o poder de direção não se pode converter no poder de destruir. Ele existe para *preservar e manter*.

Cabível a ação extrema de proibição ao desempenho de atividades econômicas, de destruição de patrimônio, de perdimento de bens ou semelhantes unicamente quando a conduta ilícita a justifique e a finalidade não possa ser alcançada de modo diverso.

Não é este o caso em análise, no qual não se perquire a respeito da responsabilização dos distribuidores por qualquer ato ilícito, mas apenas da internalização de suas respectivas externalidades negativas, em atenção à adequada compreensão do princípio do poluidor pagador.

Deveras, as características do instrumento interventivo do RenovaBio provocam um desequilíbrio concorrencial inaceitável, em desfavor dos distribuidores de combustíveis mais expostos a oscilações de gastos obrigatórios, de modo a contribuir para a concentração de mercado e o fortalecimento o poder econômico de determinados agentes.

¹⁴¹Assim, GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, t. 2, p. v-1 a v-28; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 19.

6 LIMITES À IMPOSIÇÃO DE PENALIDADES: PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA

Pelo art. 9º da Lei nº 13.576/17, o não atendimento à meta individual sujeitará o distribuidor de combustíveis a multa, proporcional à quantidade de Crédito de Descarbonização que deixou de ser comprovada, sem prejuízo das demais sanções administrativas e pecuniárias previstas no mesmo diploma e na Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, e de outras de natureza civil e penal cabíveis. Referida penalidade poderá variar, nos termos do regulamento, entre R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

O Regulamento do RenovaBio (Decreto nº 9.888/19), em seu art. 6º, esclarece que a mencionada penalidade será equivalente ao valor dos Créditos de Descarbonização não adquiridos, considerada a maior média mensal das cotações do Crédito de Descarbonização no exercício do descumprimento, observados os valores mínimo e máximo estabelecidos pela lei, conforme acima mencionados.

No âmbito administrativo, os seguintes requisitos devem ser observados para a aplicação de sanções: (i) o administrado deve estar, por lei, sujeito ao adimplemento de dever administrativo certo e determinado; (ii) o administrado deve ter deixado de atender à comando normativo administrativo, ocasionando descumprimento, por ação ou omissão, de dever administrativo certo e determinado imposto por ato normativo; e (iii) esse descumprimento deve compor a hipótese da norma sancionadora, por disposição legal expressa. Nota-se, portanto, que os princípios penais “*nullum crimen sine legis*” e “*nulla poena sine lege*” também orientam o direito repressivo.¹⁴²

Na capitulação das sanções compete à administração pública seguir o princípio da legalidade e tipicidade e, na qualificação da infração, deve ser respeitado o princípio da proteção da confiança e da boa-fé, da razoabilidade e da

¹⁴² NOGUEIRA, Ruy Barbosa. O Poder de Fiscalizar – Ilícito Tributário: Direito Tributário Penal (Infrações Fiscais – Sanções Administrativas) – Direito Penal Tributário – (Delitos Fiscais – Sanções Judiciárias) – Classificação das Infrações – Tipos de Sanções Fiscais. *Revista dos Tribunais*, v. 269, 1958, p. 30.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

proporcionalidade,¹⁴³ que impedem a imposição de mais de uma sanção para um único ilícito (*non bis in idem*) e igualmente o *excesso*.¹⁴⁴ Não por outra razão que, em processos administrativos no âmbito da administração pública federal, deve a autoridade se submeter aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e segurança jurídica, dentre outros, conforme disposto no art. 2º da Lei n.º 9.784/99.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade impede atos arbitrários do poder público e obriga que os atos praticados pela administração sejam adequados a suas finalidades. É verdadeira garantia constitucional aos indivíduos¹⁴⁵, que estabelece limitações finalísticas à atuação da administração pública¹⁴⁶, ao lado da moralidade administrativa.

As sanções administrativas devem ainda ser graduadas de acordo com os princípios da individualização da pena,¹⁴⁷ preservada a moderação, conforme a gravidade das condutas, portanto.

Para a aplicação de qualquer multa, deve-se, antes de tudo, identificar o fato ilícito.¹⁴⁸ Neste desiderato, deve-se promover necessária análise da conduta do sujeito, de sorte a legitimar a projeção de consequências jurídicas sancionatórias

¹⁴³ Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 560 p; ZORNOZA PEREZ, Juan J. *El sistema de infracciones y sanciones tributarias: los principios constitucionales del derecho sancionador*. Madrid: Civitas, 1992. 305p.; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. 114p.; DOMÍNGUEZ VILA, Antonio. *Constitución y derecho sancionador administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1997. 382p; NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2002. 532p.; PRATES, Marcelo Madureira . *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005. 251 p; LOZANO, Blanca. *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*. Madrid: Marcial Pons, 1990. 245 p. e González, Luis Manuel Alonso. *Fraude y delito fiscal en el IVA: Fraude carrusel, truchas y otras tramas*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

¹⁴⁵ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. 883p. (Colección Estudios Constitucionales).

¹⁴⁶ RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. p. 35.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

sobre sua esfera jurídica. Feito isso, o “fato” será o resultado linguístico alcançado pela cadeia dos indícios, colhidos como eventos no mundo das coisas de forma objetiva. Não quer dizer, porém, que se possa excluir dessa apreciação um exame de *culpabilidade*.

Esta gradação da penalidade de acordo com a culpabilidade do sujeito apenado está também prevista no art. 4º da Lei nº 9.847/99, a qual dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis (incluindo a distribuição), bem como estabelece sanções administrativas. Assim estabelece o dispositivo mencionado:

“Art. 4º A pena de multa será graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida, a condição econômica do infrator e os seus antecedentes.”

É preciso registrar, desde logo, que as disposições da Lei nº 9.847/99 são aplicáveis às sanções impostas no âmbito do RenovaBio, por determinação expressa do art. 29 da Lei nº 13.576/17.

A disposição legislativa em questão atende à necessária utilização da proporcionalidade e da razoabilidade na imposição de penalidades de natureza ambiental, em cujo âmbito o sopesamento da conduta do agente e dos interesses coletivos protegidos é fundamental para que a sanção não recaia na *proibição de excesso*, em relação ao particular, ou na *deficiência de proteção*, no tocante aos interesses sociais em jogo.

A aplicação destas balizas à multa estatuída no art. 9º da Lei nº 13.576/17 revela a insuficiência dos critérios eleitos pelo legislador para a penalização dos distribuidores de combustíveis.

De acordo com o aludido dispositivo, a sanção poderá variar, nos termos do regulamento, entre R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), mas em qualquer caso, *deverá* ser correspondente à quantidade de Crédito de Descarbonização que deixou de ser comprovada.

O singelo critério de sancionamento do distribuidor de combustíveis no valor equivalente à meta de descarbonização não alcançada não observa as exigências mínimas da proporcionalidade e da razoabilidade, e, portanto, a imposição da penalidade não pode se basear apenas em tal parâmetro, sob risco de patente inconstitucionalidade.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Em relação à proporcionalidade, para que não se incorra na *proibição de excesso*, a penalidade deverá ser (i) *adequada*, mediante o exame de pertinência entre meios e fins; e (ii) *necessária*, para que se verifique, dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, se há outro meio menos restritivo do direito fundamental afetado.

Em adição, *de modo estrito*, é preciso ter-se em conta que “*as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas*”, de sorte a realizar a menor ingerência possível e justa medida, nas precisas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁴⁹

Como complementa Hely Lopes Meirelles, “*a proporcionalidade entre a restrição imposta pela Administração e o benefício social que se tem vista, sim, constitui requisito específico para validade do ato de polícia, como também a correspondência entre a infração cometida e a sanção aplicada, quando se tratar de medida preventiva*”.¹⁵⁰

Na hipótese da multa estatuída no art. 9º da Lei nº 13.576/17, para além do critério de quantificação do montante de descarbonização que deixou de ser alcançado pelo distribuidor, é necessário perquirir a respeito *proporcionalidade em sentido estrito*, qual seja, examinar se a intensidade da multa é proporcional ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.

Neste aspecto, não se pode considerar proporcional a multa correspondente a *todo o montante de descarbonização* não alcançado pelo distribuidor. Num primeiro plano, trata-se de valor equivalente à *integralidade* do dever descumprido, ou seja, a multa corresponde a 100% do montante total de créditos de carbono não adquiridos para o alcance da meta.

¹⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros, 2007, p. 107.

¹⁵⁰ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 119.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Trata-se de sanção de extrema gravidade, cujo percentual, equivalente à integralidade do dever inadimplido, transborda o objetivo de apenas *desestimular* a conduta, de modo a caracterizar verdadeira restrição à atividade econômica e caracterizar *excesso* da administração, sobretudo quando comparado ao ato praticado pelo agente sancionado.

Em segundo lugar, a multa não deve possuir caráter *indenizatório*, nem tampouco visar *substituir* os créditos de carbono não adquiridos, mesmo porque os recursos arrecadados com a multa não possuem destinação especificada na legislação, e deste modo, não precisam ser empregados para a consecução das finalidades da intervenção econômica.

Qualquer exercício de *prudência administrativa* indica para a inadequação da multa equivalente à totalidade de um dever inadimplido, porque o correto discernimento dos objetivos da sanção e das finalidades da multa indica o excesso de uma penalidade desta magnitude.

Da perspectiva da razoabilidade, o único critério de sancionamento adotado pelo art. 9º da Lei nº 13.576/17 desconsidera por completo as características subjetivas do agente, a conduta praticada, suas circunstâncias e a individualização da culpabilidade. A penalidade imposta de modo indiscriminado a todos os distribuidores de combustíveis, sobretudo no âmbito de uma política interventora na ordem econômica, se mostra irrazoável porque não perquire as razões pelas quais o dever foi inadimplido, nem tampouco atribui qualquer importância ao comportamento atual e pregresso do sancionado.

A sanção administrativa prevista no art. 9º da Lei nº 13.576/17, portanto, na medida em que não é graduada de acordo com os princípios da individualização da pena, recai em evidente imoderação, porque desconsidera a gravidade das condutas e faz recair a multa sobre a totalidade do dever inadimplido.

A tornar ainda mais evidente a ausência de proporcionalidade e razoabilidade no critério adotado pelo legislador na aplicação da multa em questão, o art. 6º, §2º do Decreto nº 9.888/19 determina que, se o montante de Créditos de Descarbonização não adquiridos for inferior a R\$100.000,00 (cem mil reais) (valor que constitui o *piso* da penalidade previsto no art. 9º, parágrafo único da Lei nº 13.576/17), aplicar-se-á aquele valor de multa. Em tal situação, *a penalidade*

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

poderá exceder a mais de 100% dos créditos não adquiridos, ou seja, ser maior do que o valor do próprio dever inadimplido pelo distribuidor.

A orientação sedimentada na jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça (STJ) também subordina a gradação das penalidades aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, *inclusive com permissão para que as multas sejam exigidas aquém do patamar mínimo fixado por lei*, quando contrárias àqueles postulados. A decisão a seguir ementada assim procedeu, em relação a penalidade imposta pela Agência Nacional do Petróleo – ANP (à qual cabe a imposição de multas no âmbito do RenovaBio):

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MULTA ADMINISTRATIVA. VALOR. REDUÇÃO JUDICIAL PARA MONTANTE AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. OFENSA AO PODER DE POLÍCIA. INOCORRÊNCIA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. 1. "O Poder Judiciário, no exercício de sua competência constitucional (ex vi do art. 5º, XXXV, da CF/88), pode examinar os atos praticados pela Administração Pública, notadamente no que tange à legalidade ou a sua legitimidade, não havendo que se falar em invasão do mérito administrativo quando o magistrado reduz o valor da multa, com fulcro nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade." (AgInt no AREsp 1.067.401/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 9/8/2018).

2. No caso, a empresa autora, ora recorrida, ajuizou ação de procedimento ordinário objetivando, entre outras providências, a redução do valor de multa a ela imposta pela ANP, em virtude da constatação de não observância de normas legais na disposição de recipientes de gás.

3. A Corte regional, por sua vez, confirmou a sentença apelada, no que esta reduziu o valor da sanção pecuniária, invocando, para tanto, critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, em conformidade com entendimento deste Superior Tribunal de Justiça.

4. Não há falar em ofensa ao poder de polícia da ANP, como aventado nas razões recursais, senão que, atento às peculiaridades do caso concreto, o julgador, pela perspectiva da razoabilidade e da proporcionalidade, não vislumbrou compatibilidade entre a infração glosada pela autoridade

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

*fiscalizadora e o elevado quantum da multa aplicada. 5. Recurso especial não provido.*¹⁵¹

Ainda que não seja aplicável, à espécie, a disposição do art. 150, IV da CF, que veda a utilização de tributo com efeito de confisco (haja vista não se tratar, *in casu*, de imposição tributária), a mesma *finalidade* desta vedação se deduz da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade às multas administrativas, sobretudo quanto à *proibição do excesso* que faz parte do núcleo essencial daqueles princípios.

Verificado excesso da administração na imposição da penalidade, sobretudo por sua falta de razoabilidade quanto à individualização da pena e da identificação da culpabilidade, terá a multa o efeito de *confisco* do patrimônio do sujeito apenado, porque seu valor excederá aquele razoável para sancionar o ato ilícito, de modo a avançar no patrimônio privado ao arripio da permissão legal.

Em adição, a penalidade desproporcional que invade o patrimônio do sancionado é atentatória ao direito fundamental à propriedade, assegurado pelo *caput* e inciso XXII do art. 5º e pelo inciso II do art. 170, todos da CF, cujo conteúdo mínimo impede a prática de qualquer ato pelo Poder Público que tenha natureza confiscatória sem o devido suporte constitucional.

Destarte, qualquer limitação a direito fundamental deve ter apoio no texto constitucional, tal como ocorre na exigência de uso da propriedade a partir de sua função social (arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, §2º e 186). Mesmo em tais casos, a limitação ao direito fundamental da propriedade deve encontrar inequívoco fundamento superior, tanto por meio de previsão expressa no texto constitucional, como a partir da própria proteção atribuída pelo constituinte a outro bem jurídico, desde que demonstrada de modo iniludível face ao caso concreto.

Não por outras razões que a expropriação e o confisco de bens são circunstâncias excepcionais, assim tratadas pelo texto constitucional diante de hipóteses fáticas que justificam a medida, por força do relevante interesse social envolvido e dos danos causados aos bens jurídicos protegidos.

Assim se enquadram os casos estabelecidos no art. 243 da CF, que permitem a expropriação de propriedades rurais e urbanas onde forem localizadas culturas

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp nº 1.766.116 / RS, Relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 06-04-2021, DJe 04-05-2021.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo, bem assim, o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo.

Em síntese, nas multas não decorrentes do inadimplemento de obrigações tributárias, é aplicável de modo pleno a vedação ao confisco, como decorrência direta do direito fundamental da propriedade e dos limites dos atos do Poder Público, com destaque para a razoabilidade, a proporcionalidade e a proibição do excesso. A imposição de penalidade que transpor qualquer destas barreiras estará maculada pela inconstitucionalidade, de modo a ser objeto de controle administrativo ou judicial.

Destarte, somente se afigurará não confiscatória a penalidade que atenda a todos estes parâmetros, sobretudo que promova adequada individualização da conduta praticada pelo agente e que não incorra em qualquer excesso, sob a influência das balizas intransponíveis da razoabilidade e da proporcionalidade.

IV. RESPOSTAS AOS QUESITOS

a) O Acordo de Paris é recebido no ordenamento brasileiro, à luz da equiparação traçada no julgamento da ADPF 708, como norma constitucional?

Resposta: De acordo com a jurisprudência consolidada do STF, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, como, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), o Protocolo de San Salvador (1988) e os tratados do sistema global da ONU, são dotados do status normativo *supralegal* na ordem jurídica brasileira, ou seja, são hierarquicamente superiores à legislação infraconstitucional e inferiores ao texto constitucional, na interpretação atribuída pelo STF ao art. 5º, §2º da CF.

Para tanto, urge que os referidos tratados sejam internalizados na ordem jurídica doméstica de acordo com o devido processo legislativo, nos termos dos arts. 49, I e 84, IV e VIII da CF.

Por ocasião do julgamento da ADPF 708, o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima foi considerado, pelo STF, como tratado de direitos humanos, e nesta qualidade, foi-lhe atribuído o status normativo de *supralegalidade*, pois que integrado à ordem jurídica interna de acordo com o devido processo legislativo.

Sem prejuízo, é possível que os tratados de direitos humanos assumam natureza de norma constitucional, tanto formal como material, desde que sejam submetidos ao rito próprio das emendas constitucionais, na forma do art. 5º, §3º da CF, incluído pela EC nº 45/04.

Isto significa não apenas que as disposições do Acordo de Paris, enquanto tratado internacional de direitos ambientais integrantes da categoria dos direitos humanos, com caráter *supralegal*, não podem ser alteradas pela legislação infraconstitucional, como também operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

b) Em caso afirmativo da questão acima, é possível dizer que a edição de normas que descumpram os dispositivos do Acordo de Paris poderá ensejar o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade?

Resposta: As hipóteses de supralegalidade ou de status constitucional dos tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil em matéria de direitos humanos, nos termos da jurisprudência do STF, permitem examinar a possibilidade de os órgãos do Poder Judiciário promoverem o chamado *controle de convencionalidade*, em forma difusa ou concentrada.

Trata-se de um controle da *dupla compatibilidade vertical material*, haja vista que a legislação infraconstitucional deve ser compatível com a CF, assim como com os tratados de direitos humanos vigentes na ordem jurídica interna.

Em relação aos tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil em matéria de direitos humanos e internalizados na ordem jurídica doméstica sem passar pelo iter do art. 5º, §3º (dotados, portanto, de caráter *supralegal*), o controle de convencionalidade ocorre a partir do exame de compatibilidade de qualquer norma infraconstitucional com as disposições do tratado ou convenção.

Por consequência, este controle dá-se na forma *difusa*, haja vista que a qualquer órgão do Poder Judiciário é permitido reconhecer a incongruência de uma lei ou de ato normativo do Poder Público com as normas que lhe são hierarquicamente superiores, desde que o façam na resolução de um caso *concreto* e de modo *incidental*, com efeitos apenas *inter partes*.

De outra banda, os tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil em matéria de direitos humanos e internalizados na ordem jurídica doméstica de acordo com o iter do art. 5º, §3º assumem caráter *constitucional*, tanto formal como material, e deste modo, podem ser utilizados para fins de *controle concentrado de convencionalidade* pelo STF, ou seja, de paradigma de controle *abstrato* de compatibilidade entre qualquer lei ou ato normativo do Poder Público com as normas convencionais, com os efeitos *erga omnes* próprios das ações de controle concentrado.

Uma vez que o Acordo de Paris possui força normativa *supralegal*, pode servir de parâmetro para o controle *difuso* de convencionalidade, a ser realizado, portanto, de modo incidental e à vista de um caso concreto.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Por não terem sido internalizadas na ordem jurídica doméstica de acordo com o iter do art. 5º, §3º da CF, as disposições deste acordo não podem servir de parâmetro para o controle concentrado de constitucionalidade, por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

Sem prejuízo, como se verificou nos precedentes examinados do STF, é recorrente naquela Corte a utilização do controle difuso de convencionalidade no bojo de ações de controle concentrado de constitucionalidade, de modo que a eventual incompatibilidade da norma ou ato impugnado com a Constituição é demonstrada, *em conjunto*, pela desconformidade com a disciplina convencional da matéria, de caráter supralegal, cujo exame compõe a *ratio decidendi* dos julgamentos examinados.

c) Mais uma vez, em caso afirmativo das questões anteriores, é possível dizer que, diante (i) da inobservância da equidade de responsabilidade dos agentes envolvidos, (ii) do aumento do uso de combustíveis fósseis e da emissão de GEE, (iii) da ausência de vinculações de receita advindas dos créditos de carbono, para o fomento do setor de biocombustíveis, bem como de outras medidas de incentivo ao desenvolvimento de novas tecnologias, há uma afronta ao Acordo de Paris e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade do Programa?

Resposta: A política do RenovaBio elegeu, como seu principal instrumento interventor, a definição de metas compulsórias anuais de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa. Todavia, a imposição de tais metas está restrita à atividade econômica de comercialização de combustíveis, e deste modo, *a política de redução da emissão de GEE recai exclusivamente sobre os distribuidores de combustíveis*, sem abranger os demais agentes econômicos da cadeia produtiva da indústria do petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos, tal como definida no inciso XIX da mencionada Lei nº 9.478/97, bem como outras atividades econômicas responsáveis para emissão de GEE na atmosfera.

A eleição de apenas um grupo de agentes econômicos dentre toda a cadeia produtiva de combustíveis fósseis, que possuem alto percentual de hidrocarbonetos, tais como das cadeias produtivas de petróleo e carvão, é contrária a princípios elementares do direito ambiental, previstos na Constituição Federal, em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, bem como na legislação

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

doméstica a respeito de combate às mudanças climáticas e ao uso de fontes de energia, com destaque para o princípio do poluidor pagador.

De igual modo, a seleção exclusiva dos distribuidores para suportar as metas de redução de GEE e o financiamento da expansão da indústria de biocombustíveis, tal como realizada pelo RenovaBio, desatende por completo às diretrizes da Política Nacional de Mudanças Climáticas (PNMC), estabelecidas no art. 3º, III da Lei nº 12.187/09, na medida em que (i) desconsidera os diferentes contextos socioeconômicos de sua aplicação, (ii) não promove qualquer distribuição dos ônus e encargos decorrentes entre os diversos setores econômicos de modo equitativo e equilibrado, e (iii) no âmbito do setor econômico escolhido para o custeio da política (externalidades negativas), não sopesa as responsabilidades individuais quanto à origem das fontes emissoras e dos efeitos ocasionados sobre o clima.

O exame de proporcionalidade do dever estatuído no art. 7º da Lei nº 13.576/17 evidencia que a seleção exclusiva dos distribuidores de combustíveis para suportar as metas de redução de GEE e financiar a expansão dos biocombustíveis na matriz energética transborda os limites da *proibição de excesso*, pois assume medida de verdadeiro arbítrio ou, ao menos, de clara exorbitância perpetrada nos atos de criação e aplicação das normas jurídicas. Isto se evidencia pelo fato de que a política do RenovaBio ignora por completo a responsabilidade de todos os agentes econômicos emissores de GEE, à exceção dos distribuidores, no que lhes atribui coativamente toda a responsabilidade para alcançar os diversos objetivos da política.

Em paralelo, foi constatado que, em 2022, as emissões de gases do efeito estufa no Brasil atingiram a maior alta dos últimos 19 anos, sendo mais do que duas vezes superior à média mundial estimada para o mesmo ano. Houve ainda um crescimento de 6,52% nas emissões de GEE na matriz de combustíveis leves, na comparação do terceiro trimestre de 2022 com igual período de 2021, em razão do incremento do consumo de combustíveis leves e da maior participação da gasolina na matriz, em detrimento de outras fontes de energia, sobretudo por força da perda de competitividade do biocombustível e pela menor oferta de cana-de-açúcar para moagem no período em questão.

Estas evidências demonstram que os recursos obtidos pelos produtores e importadores de biocombustíveis com a emissão e venda dos CBIO não geraram uma expansão de tais fontes energéticas na matriz brasileira, em comparação com

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

combustíveis leves, seja porque a legislação não impõe a estes agentes o emprego dos recursos auferidos no alcance das finalidades da política pública, seja em razão da indevida limitação do programa apenas aos distribuidores.

A eleição dos distribuidores como único agente de toda a cadeia de hidrocarbonetos para suportar isoladamente as metas de redução dos GEE e arcar com os custos financeiros da expansão da indústria de biocombustíveis é antagônica com os compromissos assumidos pelo Brasil no Acordo de Paris. A contrariedade ocorre sobretudo em relação aos parâmetros definidos no tratado para orientar a formulação das contribuições individuais e das políticas domésticas de mitigação e adaptação, com destaque para a necessidade de as Partes observarem, na criação de instrumentos interventivos, o *conjunto da economia* (“*economic-wide*”) (art. 4º, § 4º). Nos termos da norma convencional, portanto, é dever de cada Parte eleger os setores econômicos, planos de ação e políticas públicas em relação ao sistema econômico em sua integralidade, com o amplo envolvimento de todos os agentes responsáveis pelas maiores emissões de GEE.

De modo mais abrangente, a contrariedade do RenovaBio ao Acordo de Paris se manifesta pela clara insuficiência dos instrumentos adotados na política interventiva para o cumprimento dos compromissos assumidos pelo Brasil na redução de GEE. A intervenção apenas sobre os distribuidores de combustíveis tende à ineficácia dos compromissos assumidos e reduz sobremaneira a eficiência do país em alcançar os objetivos do Acordo, por representar limitação indevida às capacidades e circunstâncias nacionais. Por essas razões é que a norma convencional elege, em diversas oportunidades, compromissos e diretrizes pertinentes à observância do princípio das responsabilidades comuns, porém, diferenciadas e respectivas capacidades (arts. 2º, 3º, § 3º e 19), que reconhece diferentes contribuições para danos ambientais (causalidade), bem como distintas capacidades para adotar medidas de mitigação, “à luz das diferentes circunstâncias nacionais”.

A contrariedade das disposições do RenovaBio, veiculadas na Lei n.º 13.576/17, com o Acordo de Paris podem ser objeto de controle difuso de convencionalidade, dado o caráter supralegal daquela norma internacional no ordenamento jurídico pátrio, de modo que as normas infraconstitucionais contrárias ao Acordo de Paris têm seus efeitos suprimidos naquilo em que se contrapõem à plena efetivação da norma convencional.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Este controle de convencionalidade pode ser realizado no bojo de ação de controle concentrado de constitucionalidade, na qual seja demonstrada, *pari passu*, a incompatibilidade das normas no RenovaBio com a Constituição, em especial pela inobservância do princípio do poluidor pagador, nos termos do art. 225, e da *tutela insuficiente e deficiente em matéria ambiental*, a caracterizar um estado de coisas inconstitucional, na esteira da jurisprudência do STF.

d) É possível dizer que o Renovabio incorre, desde sua criação, em um erro de fundamentação, posto que, embora tenha sido utilizado como justificativa de implementação do Programa o atendimento às metas do Acordo de Paris, a modelagem do programa não apresentou medidas que, de fato, (i) incentivem o aumento da presença de combustíveis renováveis na matriz energética brasileira e (ii) financie o desenvolvimento de novas tecnologias para o setor, trazendo, no entanto, apenas medidas que privilegiam, através da transferência de recursos sem vinculação de uso, os produtores e importadores sucroalcooleiros?

Resposta: Sim. A política do RenovaBio apresenta deficiências estruturais para alcançar os objetivos descritos no art. 1º da Lei nº 13.576/17, sobretudo quanto ao alcance dos compromissos assumidos pelo Brasil no Acordo de Paris (art. 1º, I) e à contribuição para a adequada relação de eficiência energética e de redução de emissões de GEE na produção, na comercialização e no uso de biocombustíveis.

Estas deficiências caracterizam-se em razão da inadequada limitação da política apenas aos distribuidores de combustíveis, com a exclusão de todas as demais atividades econômicas emissoras de GEE, em especial aquelas que apresentam as maiores quantidades de emissões, o que compromete a capacidade da política em observar não apenas seus próprios objetivos, como também as diretrizes da política nacional de mudanças climáticas e do Acordo de Paris.

Em adição, as deficiências se manifestam na inexistência de qualquer obrigação legal expressa, por parte dos produtores e importadores de biocombustível, de emitir os Créditos de Descarbonização, nem tampouco de utilizar os recursos obtidos com a venda destes créditos nas finalidades da intervenção econômica.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

As evidências empíricas demonstram que os recursos obtidos pelos produtores e importadores de biocombustíveis com a emissão e venda dos CBIO não geraram uma expansão de tais fontes energéticas na matriz brasileira, em comparação com combustíveis leves, de modo a confirmar os efeitos das falhas estruturais apontadas.

e) Em caso afirmativo, o erro de fundamentação representaria uma ofensa constitucional capaz de ensejar o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade?

Resposta: Sim. Conforme as respostas dos quesitos anteriores, há fundamento sólido e suficiente para o manejo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, em razão da incompatibilidade das normas no RenovaBio com a Constituição, em especial pela inobservância do princípio do poluidor pagador, nos termos do art. 225, e da *tutela insuficiente e deficiente em matéria ambiental*, a caracterizar um estado de coisas inconstitucional.

Ao mais, a política interventora do RenovaBio não atende ao princípio da proporcionalidade, haja vista que a política intervém na cadeia produtiva de combustíveis fósseis, motivada pela necessidade de redução de GEE e impulso à indústria de biocombustíveis, mas ignora por completo a responsabilidade de todos os agentes econômicos desta cadeia, à exceção dos distribuidores, no que lhes atribui coativamente toda a responsabilidade para alcançar os diversos objetivos da política. A ausência de proporcionalidade, como se constata, é consequência direta da inobservância frontal do princípio do poluidor pagador, causada pela desconsideração das responsabilidades ambientais da grande maioria dos poluidores integrantes do mesmo domínio econômico, bem como dos demais agentes emissores de GEE.

Por decorrência, os fins e meios eleitos pelo legislador não servem adequadamente ao valor social eleito, de modo que afetam o núcleo do direito protegido, pois fazem colidir os princípios da proteção ao meio ambiente e o da livre iniciativa, mediante a restrição exacerbada do núcleo mínimo deste último.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

f) É possível dizer que, a partir dos resultados apresentados pela ANP e pela FGV, que atestam a completa ineficácia do Programa para redução da emissão de GEE, em razão das medidas inefetivas e assimétricas implementadas, há um desvio de finalidade do Programa Renovabio?

Resposta: Sim. A ausência do emprego dos recursos obtidos com a venda dos CBIO por parte dos emissores (produtores e importadores de biocombustíveis) na expansão de suas atividades constitui uma evidência contundente a respeito do *desvio de finalidade da intervenção estatal*.

Por se tratar de intervenção com *indução positiva*, quando a simples interferência não tem outra finalidade senão estimular determinado segmento, o que se pretende é ver a aplicação dos recursos arrecadados nesse orbe econômico.

Esta finalidade de indução positiva foi declarada não apenas no Projeto de Lei nº 9.086/2017 (convertido na Lei nº 13.576/17), como também nos debates parlamentares e, de modo ainda mais explícito e formal, no art. 1º da mencionada Lei, que enumerou, entre os objetivos do RenovaBio, “*promover a adequada expansão da produção e do uso de biocombustíveis na matriz energética nacional, com ênfase na regularidade do abastecimento de combustíveis*”, bem como “*contribuir com previsibilidade para a participação competitiva dos diversos biocombustíveis no mercado nacional de combustíveis*” (incisos III e IV).

Por essa razão que os produtores e importadores de biocombustíveis foram eleitos como os alvos da indução positiva, para o fim de serem beneficiários dos valores pagos pelos distribuidores de combustíveis na aquisição dos CBIO emitidos pelos primeiros.

Entretanto, conforme foi identificado, houve um crescimento de 6,52% nas emissões de GEE na matriz de combustíveis leves, na comparação do terceiro trimestre de 2022 com igual período de 2021. Esse crescimento decorreu do incremento do consumo de combustíveis leves e da maior participação da gasolina na matriz, em detrimento de outras fontes de energia. O aumento da participação da gasolina na matriz no terceiro trimestre de 2022 foi ocasionado pela perda de competitividade do biocombustível e pela menor oferta de cana-de-açúcar para moagem até o período avaliado.

Estas evidências demonstram que os recursos obtidos pelos produtores e importadores de biocombustíveis com a emissão e venda dos CBIO não geraram uma expansão de tais fontes energéticas na matriz brasileira, em comparação com

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

combustíveis leves, seja porque a legislação não impõe a estes agentes o emprego dos recursos auferidos no alcance das finalidades da política pública, seja em razão da indevida limitação do programa apenas aos distribuidores.

Os estudos examinados revelam, portanto, o desacerto dos instrumentos eleitos no programa RenovaBio para o alcance de seu principal objetivo, qual seja, de promover a adequada expansão da produção e do uso de biocombustíveis na matriz energética nacional (conforme art. 2º da Lei nº 13.576/17).

As deficiências estruturais para alcançar os objetivos descritos no art. 1º da Lei nº 13.576/17, portanto, demonstram que a intervenção no domínio econômico tende à ineficácia, uma vez que os recursos transferidos em favor dos produtores e importadores de biocombustíveis não resultam na “*adequada expansão da produção e do uso de biocombustíveis na matriz energética nacional*”, por razões atribuíveis às falhas estruturais da própria política. Estes fatores, somados à contrariedade do RenovaBio com a Constituição e o Acordo de Paris, evidenciam a falta de proporcionalidade e razoabilidade da política pública e, em consequência, o desvio de finalidade da intervenção estatal no domínio econômico.

Referido desvio de finalidade acarreta, por consequência, no transbordamento dos poderes de intervenção na ordem econômica assegurados ao Estado nos arts. 170 e 174 da CF, os quais não autorizam a interferência nos arranjos econômicos privados sem que os meios eleitos sejam adequados, necessários, proporcionais e razoáveis para alcançar os fins da intervenção.

g) Em caso afirmativo, o desvio de finalidade representaria afronta constitucional capaz de ensejar o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade?

Resposta: Sim. Conforme resposta ao quesito anterior, o desvio de finalidade da intervenção estatal no domínio econômico, por intermédio do RenovaBio, acarreta, por consequência, no transbordamento dos poderes de intervenção na ordem econômica assegurados ao Estado nos arts. 170 e 174 da CF, os quais não autorizam a interferência nos arranjos econômicos privados sem que os meios eleitos sejam adequados, necessários, proporcionais e razoáveis para alcançar os fins da intervenção.

Em consequência, as normas do RenovaBio concernentes à intervenção no domínio econômico estão em confronto com o conteúdo normativo dos arts. 170 e

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

174, em cujo âmbito não há permissão para que o Estado invada a esfera privada dos agentes econômicos de modo desproporcional e irrazoável.

h) É possível dizer que há uma afronta ao Princípio Constitucional da Isonomia, presente no art. 7º, da Lei nº 13.576, de 26 de dezembro de 2017, diante da distribuição desigual de responsabilidades e oneração excessiva de um único agente em benefício de outros particulares, em decorrência da obrigação abrangente apenas aos distribuidores, sem que haja qualquer medida de obrigação aos demais agentes da cadeia de emissão de GEE, nem, ao menos, a obrigação de produção e certificação, por parte das produtoras e importadoras de biocombustíveis?

Resposta: Sim. Os objetivos declarados do RenovaBio estão expressos no art. 1º da Lei n.º 13.576/17, com destaque para o de “contribuir para o atendimento aos compromissos do País no âmbito do Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima”. Referidos compromissos, como examinado com profundidade, se referem à redução da emissão de GEE na atmosfera, uma vez que tais gases competem para as mudanças climáticas e para todas as suas consequências ambientais, sociais e econômicas.

Ocorre que a política interventora do RenovaBio, também conforme demonstrado, colheu apenas **uma** das inúmeras atividades detentoras de instalação ou fonte associada a alguma atividade emissora de gases de efeito estufa, em detrimento de todas as demais, como foco exclusivo de seu principal instrumento, qual seja, o dever de aquisição de CBIO como único modo de compensar a emissão de GEE decorrente de sua atividade regular.

Os distribuidores de combustíveis, portanto, receberam tratamento legal específico e exclusivo da Lei n.º 13.576/17 em comparação com aquele dispensado a todos os demais elos da cadeia produtiva do petróleo, bem como a todos os demais agentes econômicos que desenvolvam qualquer atividade emissora de gases de efeito estufa. Houve, de modo cristalino, uma discriminação de tratamento legal aos distribuidores de combustíveis, aos quais foi imposto o dever de aquisição de créditos de carbono para compensar a suas emissões de GEE, em comparação com todos os outros emissores dos mesmos gases na atmosfera, aos quais não foi imposta qualquer exigência similar.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Diante dos objetivos declarados no programa do RenovaBio e dos compromissos assumidos pelo Brasil no Acordo de Paris, somente se pode considerar isonômico o tratamento que inclua todas as atividades que tenham participação no total de emissões de GEE no objeto da intervenção estatal, de acordo com suas responsabilidades comuns, porém diferenciadas e respectivas capacidades.

Deveras, a restrição de toda a política a apenas uma atividade emissora de GEE deve estar baseada em *discrímen* suficiente para esta discriminação, capaz de justificar não apenas a imposição de todo o fardo de alcance dos compromissos legais e internacionais a apenas uma atividade empresarial, como também a exclusão de incontáveis outras atividades poluidoras do meio ambiente que se encontram em **situação idêntica**, qual seja, a emissão de GEE na atmosfera.

Ocorre que não se identifica, na legislação doméstica e nas normas internacionais, por nenhum meio interpretativo, qualquer critério discriminador válido para o tratamento desigual atribuído aos distribuidores de combustíveis, em comparação com aquele concedido a todas as demais atividades econômicas que sejam emissoras de GEE.

Ao contrário, o direito positivo interno e as normas convencionais convergem para o sentido oposto, ao determinar, de modo expreso, que as políticas públicas referentes à redução de GEE devem contemplar o *conjunto da economia*, de modo a atribuir a cada emissor suas responsabilidades comuns, com a devida individualização de suas capacidades para contribuir com as finalidades da intervenção estatal.

Destarte, o art. 3º, III da Lei nº 12.187/09 (PNMC), determina que as medidas ambientais tomadas devem “*distribuir os ônus e encargos decorrentes entre os setores econômicos e as populações e comunidades interessadas de modo equitativo e equilibrado e sopesar as responsabilidades individuais quanto à origem das fontes emissoras e dos efeitos ocasionados sobre o clima*”.

A mesma disposição constitui princípio basilar do Acordo de Paris, concernente às responsabilidades comuns, porém, diferenciadas e respectivas capacidades, nos termos dos arts. 2º, 3º, § 3º e 19 daquela convenção. De acordo com a norma convencional, os países em desenvolvimento deverão continuar a fortalecer seus esforços de mitigação, e são encorajados a progressivamente transitar para metas de redução ou de limitação de emissões *para o conjunto da*

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

economia (“economic-wide”), à luz das diferentes circunstâncias nacionais. Deste modo, cabe a cada Parte eleger os setores econômicos, planos de ação e políticas públicas atendendo ao conjunto da economia, compreendido como o sistema econômico em sua integralidade, com o amplo envolvimento de todos os setores e agentes, mormente aqueles responsáveis pelas maiores emissões de GEE.

Conclui-se, por conseguinte, que o tratamento desigual atribuído aos distribuidores de combustíveis pelo RenovaBio em comparação com todas as demais atividades econômicas emissoras de GEE é diretamente contrário ao princípio da isonomia, estatuído no *caput* do art. 5º da CF, não apenas pela absoluta ausência de critério discriminador válido e suficiente, como também, pela orientação da legislação doméstica e das normas internacionais específicas sobre o tema em sentido oposto.

i) É possível dizer que há uma afronta aos Princípios Constitucionais de Livre Concorrência e Isonomia, diante da preponderância dos benefícios voltados à indústria sucroalcooleira, que gera o desincentivo às outras matérias-primas de biocombustíveis?

O tratamento discriminatório é vedado pela Constituição Federal, se o critério discriminante não mantiver correlação lógica com os interesses e fins do sistema constitucional. Por isso, a aplicação concreta do princípio da igualdade pressupõe a utilização de referenciais justificáveis, relativamente aos quais deverá ser feito o juízo de igualdade, de tal modo que aqueles que se encontrem em situações comparáveis – relativamente a um determinado referencial – deverão receber o mesmo tratamento jurídico.

No caso vertente, o referencial de exame do tratamento deve abarcar todos os produtores e importadores de biocombustível, os quais necessitam receber a mesma disciplina na criação e aplicação das leis relativas à certificação para fins de emissão de CBIO, no contexto do programa do RenovaBio. Não apenas porque devem ter igualdade de oportunidades para se integrar à política interventora, como também, porque qualquer tratamento discriminatório seria contrário, de modo cristalino, aos postulados da igualdade e da livre concorrência, de modo a posicionar determinados agentes econômicos em situação de vantagem indevida perante seus concorrentes no mercado de biocombustíveis.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

De acordo com os dados oficiais da ANP, do total de processos certificados por biocombustível, detentores de Certificado da Produção Eficiente de Combustíveis e habilitação para solicitar a emissão de Crédito de Descarbonização, 55,9% se referem a usinas de etanol anidro e hidratado, 30,75% tratam de usinas de etanol hidratado, 11,8% são pertinentes a biodiesel e o restante, de 1,55%, se referem a biometano.¹⁵²

Verifica-se, pois, a alta concentração das usinas de etanol anidro e etanol hidratado no total das empresas certificadas para a emissão de CBIO, como mais de 85% dos processos certificados no setor de biocombustível, em comparação com outras fontes produtivas, como biodiesel e biometano.

Na hipótese desta alta concentração decorrer de tratamento discriminatório realizado na aplicação da legislação pertinente ao RenovaBio, incluindo a forma e critérios de certificação de processos e de cálculo da Nota de Eficiência Energética para cada fonte de biocombustível, haverá evidente afronta aos princípios da isonomia e da livre concorrência, por haver discrimen sem suporte constitucional válido, que coloca as usinas de etanol anidro e etanol hidratado em situação de *privilégio* em relação às demais fontes de produção ou importação de biocombustíveis.

Em situação desta natureza, todos os atos do Poder Público que contribuam para a criação do privilégio odioso serão inconstitucionais, por ofensa direta aos arts. 5º e 170 da CF.

j) É possível dizer que há uma afronta ao Princípio Constitucional da Livre Concorrência, em razão da imposição de metas compulsórias de compra de CBIO às distribuidoras, desconsiderando a imprevisibilidade do mercado de créditos de carbono, em face do desequilíbrio entre a oferta e demanda dos ativos, criado pela própria legislação?

Resposta: Sim. A imposição indiscriminada, a todos os distribuidores de combustíveis, do dever de aquisição de créditos de carbono para cumprir metas de

¹⁵² Conforme o Painel Dinâmico RenovaBio da Agência Nacional do Petróleo – ANP. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmY2MDIiOTgtNWRhNy00YmQ4LTk3ZTI0NTNINGNjZjBhNDVhIiwidCI6IjQ0OTlmNGZmLTl0YTYtNGI0Mi1iN2VmLTEyNGFmY2FkYzkyMyJ9>. Acesso em: 11-10-2023.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

redução de gases de GEE acarreta desequilíbrio concorrencial indevido, porque impõe a determinados concorrentes deveres econômicos desproporcionais à sua capacidade financeira, sem qualquer medida de equalização ou de individualização.

Dado que as metas compulsórias de aquisição de CBIO baseiam-se de modo único na participação de cada empresa no mercado de distribuição de combustíveis do ano anterior, não há uma adequação proporcional do ônus econômico decorrente da aquisição de CBIO à capacidade financeira de cada concorrente. Não se pode afirmar, sob qualquer ângulo, que a mera fatia no mercado de distribuição representa, *ipso facto*, a capacidade financeira de cada distribuidor em adquirir os créditos de carbono correspondentes às suas emissões de GEE.

Primeiro, porque a participação de mercado (“*market share*”) não tem relação direta com a *lucratividade*, de modo que não reflete de modo necessário as forças financeiras de cada agente em internalizar seus custos sociais mediante a aquisição compulsória de CBIO, em montante correspondente à sua participação no total de combustível comercializado.

Segundo, porque o preço do CBIO não é fixo ou pré-determinado, haja vista que referido título é negociado em mercado aberto (B3), cujo valor está sujeito às regras de oferta e demanda, sem qualquer interferência ou possibilidade de negociação por parte dos distribuidores.

Terceiro, porque as abruptas oscilações dos preços do CBIO, bem como seu aumento a patamares elevadíssimos, alcançam a todos os distribuidores de modo indistinto, independentemente de suas capacidades financeiras para arcar com os gastos de aquisição compulsória.

Tais fatores demonstram que o dever imposto aos distribuidores na aquisição dos créditos de carbono provoca efeitos econômicos muito diversos em cada agente econômico. Tais repercussões estão sujeitas a fatores como lucratividade, meta compulsória, capacidade de endividamento e outros parâmetros empresariais próprios de cada distribuidor.

É forçoso reconhecer, em tal cenário, que os distribuidores com menor capacidade financeira terminam por suportar um fardo proporcionalmente maior em relação a seus concorrentes de maior porte, os quais possuem, em geral, melhores alternativas para fazer frente à compra compulsória dos créditos de carbono, sem comprometer de modo severo a sua lucratividade, seja com recursos

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

próprios, seja mediante acesso a crédito. Na medida em que o preço dos títulos aumenta sem qualquer limite ou previsibilidade, afeta de modo mais gravoso as empresas com menor margem de adaptação a cenários financeiros adversos.

Tal não ocorreria se o preço do CBIO fosse pré-definido ou submetido a algum teto, casos em que a relação entre o valor despendido por cada distribuidor e suas capacidades financeiras não ultrapassaria um fator que pudesse comprometer a própria viabilidade do negócio. No entanto, por não haver tais medidas, é possível que a aquisição compulsória dos títulos represente um fardo financeiro desproporcional para os distribuidores com menores capacidades, ao ponto de inviabilizar a própria atividade empresarial.

Ainda que possam os distribuidores repassar os custos de aquisição do CBIO no preço do combustível comercializado, as diferentes capacidades financeiras de cada concorrente em internalizar parte destes gastos representará preços diversos ao consumidor, de modo a tornar ainda menos competitivas as empresas que não tenham esta alternativa por absoluta impossibilidade econômica.

Este cenário de desproporção entre as metas compulsórias de cada distribuidor e a capacidade financeira destes para suportar o peso de aquisição do CBIO, reforçado pelo aumento bruto e expressivo do preço dos títulos, representa uma quebra importante na livre concorrência, porque afeta a neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial e, ao mesmo tempo, constrange a igualdade de condições aos concorrentes, como decorrência direta da intervenção estatal na ordem econômica.

A violação à livre iniciativa, portanto, é acompanhada de desatendimento à garantia da livre concorrência, igualmente definida como princípio da ordem econômica no art. 170, IV da CF.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

k) É possível dizer que a multa pelo descumprimento das metas compulsórias vai de encontro com o art. 150, inciso IV da Constituição, contraindo um caráter confiscatório, uma vez que, em regra, será equivalente ao valor que deveria ser destinado à compra do CBIO, ou seja, uma multa de 100% (cem por cento) do valor da obrigação, havendo a hipótese, no entanto, de se cobrar um montante mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), nos casos nos quais o valor do descumprimento seja menor que essa referência, o que, por si só, pode gerar uma penalização com valor superior a 100% (cem por cento) da obrigação?

Resposta: No âmbito administrativo, os seguintes requisitos devem ser observados para a aplicação de sanções: (i) o administrado deve estar, por lei, sujeito ao adimplemento de dever administrativo certo e determinado; (ii) o administrado deve ter deixado de atender à comando normativo administrativo, ocasionando descumprimento, por ação ou omissão, de dever administrativo certo e determinado imposto por ato normativo; e (iii) esse descumprimento deve compor a hipótese da norma sancionadora, por disposição legal expressa. Nota-se, portanto, que os princípios penais “*nullum crimen sine legis*” e “*nulla poena sine lege*” também orientam o direito repressivo.

Na capitulação das sanções compete à administração pública seguir o princípio da legalidade e tipicidade e, na qualificação da infração, deve ser respeitado o princípio da proteção da confiança e da boa-fé, da razoabilidade e da proporcionalidade, que impedem a imposição de mais de uma sanção para um único ilícito (*non bis in idem*) e igualmente o *excesso*. Não por outra razão que, em processos administrativos no âmbito da administração pública federal, deve a autoridade se submeter aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e segurança jurídica, dentre outros, conforme disposto no art. 2º da Lei n.º 9.784/99.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade impede atos arbitrários do poder público e obriga que os atos praticados pela administração sejam adequados a suas finalidades. É verdadeira garantia constitucional aos indivíduos, que estabelece limitações finalísticas à atuação da administração pública, ao lado da moralidade administrativa.

As sanções administrativas devem ainda ser graduadas de acordo com os princípios da individualização da pena, preservada a moderação, conforme a gravidade das condutas, portanto.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Para a aplicação de qualquer multa, deve-se, antes de tudo, identificar o fato ilícito. Neste desiderato, deve-se promover necessária análise da conduta do sujeito, de sorte a legitimar a projeção de consequências jurídicas sancionatórias sobre sua esfera jurídica. Feito isso, o “fato” será o resultado linguístico alcançado pela cadeia dos indícios, colhidos como eventos no mundo das coisas de forma objetiva. Não quer dizer, porém, que se possa excluir dessa apreciação um exame de *culpabilidade*.

Segundo o art. 9º da Lei nº 13.576/17, o não atendimento à meta individual sujeitará o distribuidor de combustíveis a multa, proporcional à quantidade de Crédito de Descarboxinação que deixou de ser comprovada, sem prejuízo das demais sanções administrativas e pecuniárias previstas no mesmo diploma e na Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, e de outras de natureza civil e penal cabíveis. Referida penalidade poderá variar, nos termos do regulamento, entre R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

O singelo critério de sancionamento do distribuidor de combustíveis no valor equivalente à meta de descarbonização não alcançada não observa as exigências mínimas da proporcionalidade e da razoabilidade, e, portanto, a imposição da penalidade não pode se basear apenas em tal parâmetro, sob risco de patente inconstitucionalidade.

Na hipótese da multa estatuída no art. 9º da Lei nº 13.576/17, para além do critério de quantificação do montante de descarbonização que deixou de ser alcançado pelo distribuidor, é necessário perquirir a respeito *proporcionalidade em sentido estrito*, qual seja, examinar se a intensidade da multa é proporcional ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que está atrelada.

Neste aspecto, não se pode considerar proporcional a multa correspondente a *todo o montante de descarbonização* não alcançado pelo distribuidor. Num primeiro plano, trata-se de valor equivalente à *integralidade* do dever descumprido, ou seja, a multa corresponde a 100% do montante total de créditos de carbono não adquiridos para o alcance da meta. Trata-se de sanção de extrema gravidade, cujo percentual, equivalente à integralidade do dever inadimplido, transborda o objetivo de apenas *desestimular* a conduta, de modo a caracterizar verdadeira restrição à atividade econômica e caracterizar *excesso* da administração, sobretudo quando comparado ao ato praticado pelo agente.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Em segundo lugar, a multa não deve possuir caráter *indenizatório*, nem tampouco visar *substituir* os créditos de carbono não adquiridos, mesmo porque os recursos arrecadados com a multa não possuem destinação especificada na legislação, e deste modo, não precisam ser empregados para a consecução das finalidades da intervenção econômica. Qualquer exercício de *prudência administrativa* indica para a inadequação da multa equivalente à totalidade de um dever inadimplido, porque o correto discernimento dos objetivos da sanção e das finalidades da multa indica o excesso de uma penalidade desta magnitude.

Da perspectiva da razoabilidade, o único critério de sancionamento adotado pelo art. 9º da Lei nº 13.576/17 desconsidera por completo as características subjetivas do agente, a conduta praticada, suas circunstâncias e a individualização da culpabilidade. A penalidade imposta de modo indiscriminado a todos os distribuidores de combustíveis, sobretudo no âmbito de uma política interventora na ordem econômica, se mostra irrazoável porque não perquire as razões pelas quais o dever foi inadimplido, nem tampouco atribui qualquer importância ao comportamento atual e progresso do sancionado.

A sanção administrativa prevista no art. 9º da Lei nº 13.576/17, portanto, na medida em que não é graduada de acordo com os princípios da individualização da pena, recai em evidente imoderação, porque desconsidera a gravidade das condutas e faz recair a multa sobre a totalidade do dever inadimplido.

A tornar ainda mais evidente a ausência de proporcionalidade e razoabilidade no critério adotado pelo legislador na aplicação da multa em questão, o art. 6º, §2º do Decreto nº 9.888/19 determina que, se o montante de Créditos de Descarbonização não adquiridos for inferior a R\$100.000,00 (cem mil reais) (valor que constitui o *piso* da penalidade previsto no art. 9º, parágrafo único da Lei nº 13.576/17), aplicar-se-á aquele valor de multa. Em tal situação, *a penalidade poderá exceder a mais de 100% dos créditos não adquiridos*, ou seja, ser maior do que o valor do próprio dever inadimplido pelo distribuidor.

Ainda que não seja aplicável, à espécie, a disposição do art. 150, IV da CF, que veda a utilização de tributo com efeito de confisco (haja vista não se tratar, *in casu*, de imposição tributária), a mesma *finalidade* desta vedação se deduz da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade às multas administrativas, sobretudo quanto à *proibição do excesso* que faz parte do núcleo

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

essencial daqueles princípios. Verificado excesso da administração na imposição da penalidade, sobretudo por sua falta de razoabilidade quanto à individualização da pena e da identificação da culpabilidade, terá a multa o efeito de *confisco* do patrimônio do sujeito apenado, porque seu valor excederá aquele razoável para sancionar o ato ilícito, de modo a avançar no patrimônio privado ao arrepio da permissão legal que faz parte do núcleo essencial daqueles princípios. Verificado excesso da administração na imposição da penalidade, sobretudo por sua falta de razoabilidade quanto à individualização da pena e da identificação da culpabilidade, terá a multa o efeito de *confisco* do patrimônio do sujeito apenado, porque seu valor excederá aquele razoável para sancionar o ato ilícito, de modo a avançar no patrimônio privado ao arrepio da permissão legal.

Por estas razões, somente se afigurará não confiscatória a penalidade que atenda a todos estes parâmetros, sobretudo que promova adequada individualização da conduta praticada pelo agente e que não incorra em qualquer excesso, sob a influência das balizas intransponíveis da razoabilidade e da proporcionalidade.

l) Diante da concentração das obrigações em um agente único, em posição intermediária na cadeia de emissão de GEE, é possível dizer que restou inobservado o princípio do poluidor pagador, instituído no art. 225, § 1º e art. 170, VI, ambos da Constituição Federal?"

Resposta: Sim. Pela amplitude do princípio do poluidor pagador e sua íntima relação com os objetivos descritos no *caput* do art. 225 da Constituição Federal, que atribui a todos o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, as políticas públicas concernentes a intervenções no domínio econômico destinadas à prevenção de danos ambientais devem selecionar os agentes econômicos que sejam responsáveis pelas externalidades negativas identificadas em cada uma das políticas, de modo a estabelecer os instrumentos adequados a cada um destes agentes e o modo pelo qual estarão sujeitos à internalização dos custos externos produzidos por suas atividades.

Uma vez identificado pelo Estado (i) o *motivo* da intervenção (baseado na necessidade de proteção do meio ambiente), (ii) o *domínio econômico* que será objeto de interferência estatal e (iii) os *agentes econômicos* que concorrem para alcançar os objetivos da política (ou seja, aqueles cujas atividades produzem

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

externalidades negativas ao meio ambiente), são definidos os *instrumentos* de intervenção adequados para atingir aqueles objetivos jurídico-políticos.

O que não se admite, todavia, em atenção ao princípio do poluidor pagador, é a identificação de um motivo constitucional de intervenção na ordem econômica calcada na proteção do meio ambiente, com a identificação do domínio econômico específico e dos agentes econômicos que produzem externalidades negativas, e a escolha apenas de um destes agentes para suportar a internalização de seus custos externos e dos custos provocados pelos demais agentes, deixando todos os demais atores daquele domínio econômico livres da respectiva política. Tal medida afronta de modo direto e incontroverso o princípio em questão, na medida em que exclui deliberadamente da política interventiva os agentes essenciais para o alcance de seus objetivos, além de constituir diferenciação injustificada entre os poluidores pertencentes ao mesmo segmento econômico que sofre a intervenção, sem qualquer justificativa constitucional.

No caso vertente, a política do RenovaBio partiu da necessidade de redução da emissão dos GEE, imposta pelos compromissos assumidos pelo Brasil no Acordo de Paris, tais como expressados nas NDC's enviadas pelo país à ONU. A mesma exigência já decorria das políticas públicas nacionais, com destaque para a PNMC. O conjunto destas exigências constituiu a *mens legis* da política do RenovaBio: alcançar as metas de redução de GEE de acordo com os compromissos internacional e nacionalmente assumidos.

Passo seguinte, a política decidiu pela intervenção no domínio econômico por direção, concernente ao setor de biocombustíveis, cujos produtores e importadores recebem incentivo destinado à expansão e desenvolvimento de suas atividades, a fim de ampliar a participação destas fontes na matriz energética nacional. Tal objetivo apresentaria, sob a ótica do legislador, potencial relevante para reduzir a emissão total de GEE do país.

Entretanto, ao definir os *instrumentos* da intervenção, o RenovaBio impôs deveres exclusivamente a um dos agentes integrantes do setor de custeio escolhido, ao selecionar apenas os distribuidores de combustíveis como o alvo para a redução dos GEE, ainda que as demais atividades da indústria, incluindo exploração, desenvolvimento, produção, refino, processamento, importação e exportação, contemplem a emissão de GEE e pertençam ao mesmo domínio.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Por decorrência, todo o fardo econômico inerente à internalização de custos externos ocasionados pela emissão de GEE do setor de energia fóssil foi imposto aos distribuidores de combustíveis, sem que os demais elos da cadeia de valor – responsáveis direta e indiretamente por emissões da mesma natureza – sofressem qualquer espécie de intervenção.

Trata-se de desigualdade que afronta diretamente o princípio do poluidor pagador, ao não impor quaisquer deveres e responsabilidades sobre agentes econômicos emissores de GEE no âmbito da política interventiva do RenovaBio, mesmo que integrantes da mesma cadeia econômica que sofre a intromissão estatal, na forma de custeio da política pública.

Em consequência, diante da concentração das obrigações em um agente único, em posição intermediária na cadeia de emissão de GEE, é possível afirmar que restou inobservado o princípio do poluidor pagador, instituído no art. 225, §1º e art. 170, VI, ambos da CF.

m) Nas multas não decorrentes de questões tributárias, também pode-se falar em não-confisco?

Resposta: Sim. Conforme a resposta ao quesito “k”, ainda que não seja aplicável, à espécie, a disposição do art. 150, IV da CF, que veda a utilização de tributo com efeito de confisco (haja vista não se tratar, *in casu*, de imposição tributária), a mesma *finalidade* desta vedação se desdobre da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade às multas administrativas, sobretudo quanto à *proibição do excesso* que faz parte do núcleo essencial daqueles princípios. Verificado excesso da administração na imposição da penalidade, sobretudo por sua falta de razoabilidade quanto à individualização da pena e da identificação da culpabilidade, terá a multa o efeito de *confisco* do patrimônio do sujeito apenado, porque seu valor excederá aquele razoável para sancionar o ato ilícito, de modo a avançar no patrimônio privado ao arripio da permissão legal.

Em adição, a penalidade desproporcional que invade o patrimônio do sancionado é atentatória ao direito fundamental à propriedade, assegurado pelo *caput* e inciso XXII do art. 5º e pelo inciso II do art. 170, todos da CF, cujo conteúdo mínimo impede a prática de qualquer ato pelo Poder Público que tenha natureza confiscatória sem o devido suporte constitucional.

HELENO TAVEIRA TÔRRES

Professor Titular de Direito Financeiro e Livre-Docente de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ADVOGADO

Destarte, qualquer limitação a direito fundamental deve ter apoio no texto constitucional, tal como ocorre na exigência de uso da propriedade a partir de sua função social (arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, §2º e 186). Mesmo em tais casos, a limitação ao direito fundamental da propriedade deve encontrar inequívoco fundamento superior, tanto por meio de previsão expressa no texto constitucional, como a partir da própria proteção atribuída pelo constituinte a outro bem jurídico, desde que demonstrada de modo iniludível face ao caso concreto.

Não por outras razões que a expropriação e o confisco de bens são circunstâncias excepcionais, assim tratadas pelo texto constitucional diante de hipóteses fáticas que justificam a medida, por força do relevante interesse social envolvido e dos danos causados aos bens jurídicos protegidos. Assim se enquadram os casos estabelecidos no art. 243 da CF, que permitem a expropriação de propriedades rurais e urbanas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo, bem assim, o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo.

Em síntese, nas multas não decorrentes do inadimplemento de obrigações tributárias, é aplicável de modo pleno a vedação ao confisco, como decorrência direta do direito fundamental da propriedade e dos limites dos atos do Poder Público, com destaque para a razoabilidade, a proporcionalidade a proibição do excesso. A imposição de penalidade que transpor qualquer destas barreiras estará maculada pela inconstitucionalidade, de modo a ser objeto de controle administrativo ou judicial.

Este é o nosso Parecer.

São Paulo – SP, 06 de dezembro de 2023.



PROF. DR. HELENO TAVEIRA TORRES

Advogado – OAB/SP nº 194.506