

**A CIDE COMBUSTÍVEIS COMO INSTRUMENTO DE INTERVENÇÃO NA
ORDEM ECONÔMICA E DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE**

**THE CIDE COMBUSTÍVEIS AS AN INSTRUMENT FOR ECONOMIC ORDER
INTERVENCION AND ENVIRONMENT PROTECTION**

Luiz Felipe Pinheiro Neto
Mestrando da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN
lfpinheironeto@gmail.com

Professor Doutor Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN
sergioalexandrebraga@ig.com.br

RESUMO: A Ordem Econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, deve pautar-se, dentre outros princípios, pela Livre Concorrência e pela Livre Iniciativa. No Entanto, o Estado, em seu poder-dever de curador da Constituição, é responsável por proteger e aplicar plenamente os ditames da Carta Magna, podendo intervir no mercado. Para tanto, o Poder Público pode utilizar-se da tributação, em sua função extrafiscal. O presente artigo visa analisar a utilização da tributação para intervenção na economia e para a proteção do meio ambiente, concentrando-se no emprego da CIDE Combustíveis para minoração do preço da gasolina e demais combustíveis. O trabalho busca analisar o reflexo da diminuição de alíquotas tributárias exclusivamente para a gasolina no princípio da livre concorrência e na guarida meio ambiente. Por fim, apresenta-se uma proposta de utilização da tributação para proteção ambiental, através do incentivo da utilização dos biocombustíveis.

Palavras-Chave: Tributação, função extra-fiscal, CIDE combustíveis, preço, proteção do meio ambiente.

ABSTRACT: The Economic Order, founded on the value of human labor and free enterprise, should be based upon, among other principles, the Free Competition and the Free Enterprise. However, the State, in its power-duty as the Constitution curator, is responsible

for protecting and fully implementing the dictates of the supreme law and may intervene in the market. To this end, the Government may use taxation in its extra fiscal role. This article aims to analyze the use of taxation for economy intervention and to protect the environment, focusing on the use of CIDE Combustíveis to extenuate the price of gasoline and other fuels. This piece seeks to analyze the impact of the decrease in tax rates for gasoline exclusively on the principle of free competition and environment protection. Ultimately, a proposal for the use of taxation to environmental protection by encouraging the use of biofuels is presented

Key words: Taxation, extra fiscal role, CIDE Combustíveis, price, environment protection

I – INTRODUÇÃO

Cabe ao Estado a intervenção na própria Ordem Econômica, até mesmo limitando alguns de seus princípios, para a garantia dos demais princípios, e de todas as determinações constitucionais, já que a Carta Magna deve ser protegida de forma integral. Não se pode apenas garantir uma partícula do sistema constitucional, mas todo ele. Pode-se, assim, por exemplo, restringir a livre iniciativa para o melhor fornecimento de bens e serviços considerados essenciais à sociedade ou ainda para a proteção do meio ambiente.

Esta possibilidade/necessidade de intervenção do Estado na economia faz-se mais notável em mercados mais importantes para a sociedade, como é o caso do mercado de combustíveis. A sociedade brasileira tem seu modelo de transporte intimamente ligado às malhas viárias, sendo estas o principal meio de escoamento da produção nacional.

A frota nacional, segundo dados do Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN), era de cerca de 70,5 milhões de veículos em 2011, 121% (cento e vinte e um por cento) maior que a frota de 2001, de 32 milhões de veículos, o que demonstra que o modelo adotado está em crescente consolidação, o que é reforçado por políticas públicas de estímulo econômico que concedem descontos tributários para a compra de novos veículos e a falta de políticas de melhoria e aumento dos transportes públicos e políticas voltadas para meios alternativos de transporte de pessoas e mercadorias entre os pólos industriais/agrícolas e as cidades e postos de exportação.

A importância do petróleo (e, por decorrência, de seus derivados) fica clara na Constituição, com o monopólio declarado em seu artigo 177, que, destaque-se, não é de todo

absoluto, e a vedação da adoção de medida provisória para a regulamentação de matéria prevista nos incisos I a IV e parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo 177 da Carta Magna.

Deste modo, temos a economia e a mobilidade urbana dependentes dos veículos automotores e, por decorrência, dos combustíveis, especialmente os de origem fóssil. Qualquer variação de preços neste mercado alastra-se por todo o sistema econômico, interferindo diretamente na inflação.

Some-se a isto o fato deste mercado ter grande impacto negativo no meio ambiente, principalmente pela predominância da utilização do petróleo e derivados, desde a fase de extração, passando pelo refino até a estocagem em áreas urbanas e venda ao destinatário final nos postos revendedores de combustíveis. Não são poucos os casos recentes de grandes desastres ambientais envolvendo a exploração do petróleo. É se verificando, aliás, os prejuízos ambientais trazidos pela utilização de combustíveis fósseis, que, inclusive, ainda persistem e são graves na própria utilização destes pelos consumidores, que há uma busca por alternativas energéticas, como biocombustíveis eficientes ou até mesmo a utilização de carros elétricos.

O presente artigo analisa a Constitucionalização do Direito e a efetivação da supremacia material da Lei Maior, bem como a decorrente obrigação do Estado na execução das determinações constitucionais. Detém-se, assim, na utilização da tributação para a intervenção do Estado na economia, posto que, além das funções fiscal e parafiscal, de financiamento das atividades desempenhadas pelo Estado, observa-se também a função extrafiscal.

Aborda-se, em sequência, dois princípios fundamentais, cuja proteção é reforçada pelo artigo 170 da Carta Magna brasileira, que estabelece a ordem econômica: a livre concorrência e a proteção do meio ambiente. Por fim, detém-se o artigo sobre a tributação incidente sobre a gasolina e o etanol, com destaque para a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE Combustíveis.

Tem por objetivo o presente trabalho a análise da utilização da CIDE Combustíveis em sua função extrafiscal para a diminuição do preço da gasolina e o impacto desta política adotada pelo Poder Público no princípio da Livre Concorrência e no meio ambiente, apresentando alternativa de política tributária para a proteção ambiental.

II – A FUNÇÃO EXTRAFISCAL DA TRIBUTAÇÃO

As Constituições hodiernas, incluindo-se a Carta Magna pátria, deixaram de ser apenas as leis básicas de seus Estados, limitadas a temas de direito público, para se firmar como estatuto fundamental do Estado e da sociedade (BINENBOJM, 2006, p. 63). Como aponta Orlando Gomes (1986, p. 2 apud PEIXINHO, GUERRA e NASCIMENTO, 2006), os mais importantes institutos do direito privado foram incorporados à Constituição, que passa a determinar a forma de toda a ordem jurídica e dos poderes públicos, por normas dotadas de supremacia (CANOTILHO, 1999, p. 241), organizando e limitando a ordem infraconstitucional.

Este é o fenômeno conhecido como Constitucionalização do Direito, que implica “no reconhecimento de que toda legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica” (BINENBOJM, 2006, p. 65).

A Constituição, que apresentava supremacia formal no ordenamento jurídico passa a apresentar importância também material e axiológica, se tornando diretriz para a confecção e a interpretação das normas infraconstitucionais. Deste modo, se entende que toda interpretação jurídica é, também, interpretação constitucional. (BARROSO, 2008, p. XX)

Somando-se a influência cada vez maior da Constituição no direito infraconstitucional e o nascimento da necessidade da utilização do direito na intervenção do Estado na economia, utilizando-o para o preenchimento das funções de organização e ordenação das relações sociais, bem como para a implantação de políticas públicas, verificamos uma evolução no tratamento dado pelas Leis-Maiores do Brasil, ao longo dos anos, às questões econômicas.

A Constituição de 1824 seguia ideologia liberal neste sentido, no que foi seguida pela primeira Carta Magna da República, até que se verificaram mudanças a partir da Constituição de 1834, influenciada pela Constituição de Weimar, de 1919, e pela Constituição Republicana Espanhola, de 1931, que buscava a “garantia da liberdade econômica dentro dos limites do princípio da justiça e das necessidades da vida nacional, de modo a assegurar a todos a existência digna”, num claro início do princípio da livre concorrência em nosso ordenamento constitucional (BRAZUNA, 2009, p. 29).

Na Constituição Federal de 1988, estabelecem-se os fundamentos da Ordem Econômica, a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, e seus princípios

regentes, dentre os quais a proteção da livre concorrência, da livre iniciativa, dos direitos dos consumidores e do meio ambiente.

Ocorreu, pouco antes da metade do século XX, a formação de um novo Estado Constitucional de Direito, em oposição ao Estado “Legislativo” de Direito, e a observância da influência material do Direito Constitucional no ordenamento jurídico, sendo o alvorecer de um neoconstitucionalismo, que se caracterizava, segundo Dimitri Dimoulis (2009, p. 213), em citação a Barroso, pelo reconhecimento da força normativa da Lei Suprema, pela expansão da jurisdição constitucional (com a criação de Cortes Constitucionais), uma nova interpretação constitucional, a utilizar-se da ponderação entre direitos e interesses e pela rejeição da pura submissão do aplicador às regras positivadas, típica do modelo positivista/legalista.

Fortaleceu-se o tratamento dos direitos sociais nas Cartas Magnas, processo que já havia sido iniciado com a Constituição alemã de Weimar de 1919 e a Constituição mexicana de 1917, além da positivação e salvaguarda de direitos e liberdades individuais, asseverados no ocaso do Estado Liberal, e buscou-se dar à sua norma uma maior eficácia jurídica, sobretudo aos princípios constitucionais, não sendo mais a Carta tratada como mera coletânea de preceitos programáticos.

Anota Ricardo Guastini (in NETO e SARMENTO, 2007, p. 275-279), como aspectos desta Constitucionalização, a força vinculante da Lex Legum, o reconhecimento da aplicabilidade, da força jurídica e vinculante, capaz de produzir efeitos jurídicos, dos preceitos constitucionais; a sobre-interpretação da Constituição, que se faz através da fuga às lacunas da Carta Magna ou da elaboração de normas implícitas para preenchê-las; além da aplicação direta das normas constitucionais em sede jurisdicional, devendo suas regras serem aplicadas diretamente pelo juiz; bem como a obrigação de se interpretar as leis conforme a Lei Maior e, por fim, sua influência sobre as relações políticas.

Destaque-se, dentre estes, a necessidade de interpretação da legislação infraconstitucional sobre o prisma da Constituição e sua influência na política. Além de vários princípios dos diversos ramos do direito serem absorvidos pelas Cartas Magnas, e os princípios constitucionais passarem a ter aplicação mais efetiva nestes mesmos ramos, suas leis devem ser interpretadas em confronto ao texto constitucional, não apenas para garantir que não haja conflitos entre as regras, mas para garantir-se que a aplicação da lei cumprirá os valores e objetivos incrustados na Lex Legum.

Luís Roberto Barroso observa que a Constitucionalização do Direito estaria associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, que teriam seu conteúdo material e axiológico irradiado pelo sistema jurídico, com força normativa. Passaria a validade e o sentido das normas do direito infraconstitucional a serem ditados pelos valores, fins públicos e comportamentos que se verifiquem nas normas constitucionais. Tal processo, então, refletir-se-ia na forma de atuação dos três Poderes, ou funções, segundo Paulo Bonavides (1995), nas relação do ente público com o particular e, inclusive, nas relações entre os particulares (BARROSO, 2009, p. 352).

Cabe, em verdade, ao Estado, não apenas esta exegese cumpridora da Lei Maior, mas também a elaboração de políticas públicas, ações governamentais e até mesmo redação legislativa que também venham a dar cumprimento à Lei das Leis.

Pode – e deve - o Poder público intervir no Estado para atingir finalidades diversas, em especial para garantir a promoção de seus fins constitucionais, utilizando-se, para tanto, de todos os meios à sua disposição, incluindo a tributação.

O Estado apresenta uma abordagem qualitativa, e não quantitativa (BRUNA, 2001, p. 145), da economia, preocupado não apenas com seu crescimento, mas com os valores inerentes ao desenvolvimento, podendo atuar como agente de intervenção para a correção das imperfeições do Mercado, seja através do monopólio de certas atividades (intervenção por absorção), competição com os demais agentes privados em outras atividades (intervenção por participação), o estabelecimento de regramentos compulsórios aos agentes privados (intervenção por direção) ou a manipulação, através de incentivos, deste comportamento (intervenção por indução) (BRAZUNA, 2009, p. 27).

Dentre os instrumentos à disposição do Poder Público para intervenção na economia, estão os tributos, definidos pelo artigo 3º da Lei nº 5.172/66 Código Tributário Nacional, segundo o qual tributo é “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade plenamente vinculada”.

Ao conceder ao Estado, em suas várias esferas, poderes para instituir, fiscalizar e cobrar tributos, bem como ao limitar estes poderes, seria a Constituição Federal a lei tributária fundamental (CARRAZZA, 2007, p. 482), instituidora das diretrizes básicas do direito tributário. A Constituição trata dos limites ao poder de tributar nos seus artigos 150 a 152, que contém os princípios fundamentais do Direito Constitucional Tributário, nos quais

elencamos o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o da irretroatividade, da anterioridade, da proibição do confisco e da liberdade de tráfego, além das imunidades e outras limitações diversas.

Hugo de Brito Machado (2002, p. 67) discorre sobre as diversas classificações dos tributos, dividindo-os, quanto à espécie, em impostos, taxas, empréstimos compulsórios, contribuições de melhoria e contribuições sociais, as quais subdividem-se em contribuições de intervenção de domínio econômico, contribuições do interesse de categorias profissionais ou econômicas e contribuições de seguridade social (MACHADO, 2002, p. 64). Quanto à competência impositiva, dividem-se entre federais, estaduais e municipais, ao passo que, quanto à vinculação à atividade estatal, tem-se os tributos vinculados (taxas, contribuições de melhoria e contribuições sociais) e não vinculados.

Por fim, quanto à sua função, os tributos podem ser separados entre fiscais, visando a arrecadação de recursos financeiros para custeio das atividades do Estado; parafiscais, para o custeio de atividades que não seriam, a priori, próprias do Estado, que as desenvolve por meio de entidades diversas, como no caso da seguridade social e do sistema financeiro de habitação; e extrafiscais, cujo principal objetivo não está no financiamento de uma atividade a ser desempenhada pelo Estado, mas a interferência do Poder Público no domínio econômico (MACHADO, 2002, p. 68), transcendendo a simples atividade arrecadatória.

Qualquer tributo pode ser utilizado de forma interveniente, notadamente por indução, não apenas na economia, mas para incentivar diversos comportamentos na sociedade. Em geral, tal intervenção dá-se pela modificação dos valores de alíquotas dos tributos, ou até mesmo sua exoneração.

Um município, por exemplo, pode diminuir alíquotas tributos como o Imposto sobre a transmissão inter vivos de bens imóveis (ITIV) e do Imposto de transmissão causa mortis e doação (ITCMD) para incentivar a legalização de imóveis, por meio de seu registro cartorário. Um estado pode alterar os valores cobrados de Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) para incentivar ou inibir a compra de produtos de outros estados e, assim, aquecer sua economia, podendo o mesmo ser praticado pelo país com alterações do Imposto de Importação e do Imposto de Exportação, ou ainda reduzir o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), para impulsionar a procura por crédito.

Recentemente, observou-se atuações do Governo Federal para proteger setores específicos da economia, em especial os automobilísticos, eletrodomésticos – principalmente os da denominada “linha branca” - e móveis, promovendo diminuições, até a alíquotas de zero por cento, do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) (UOL, 2012). Tal prática tem sido recorrente desde a primeira crise econômica do início do século XXI (SOUZA, 2012).

Note-se que, além dos próprios tributos, até mesmo as limitações ao poder de tributar podem servir para a execução de interesses do Poder Público. É o que ocorre com as imunidades, previstas no artigo 150 da Constituição Federal e definidas por Paulo de Barros Carvalho (2010, p. 236) como:

(...) classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.

O Constituinte originário elencou uma série de princípios para serem protegidos através desta incompetência tributária. Assim, a imunidade prevista na alínea “a” (“patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros”) do inciso “VI” do citado artigo 150 da Lei Maior, a imunidade intergovernamental recíproca, garante o princípio do federalismo; a imunidade da alínea “b” (“templos de qualquer culto”), a templos de qualquer culto, protege o princípio da liberdade de religião, que engloba o princípio da liberdade de culto; por sua vez, a exceção da alínea “c” (“patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”) visa uma série de direitos, como a pluralidade política, liberdade de expressão, direito à educação e auxilia a garantia da fiscalização de direitos trabalhistas; por fim, a imunidade da alínea “d” (“livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”) objetiva a proteção tanto do princípio da liberdade de expressão quanto direito coletivo do livre acesso à cultura.

Como já exposto, esta interferência do Estado na Ordem Econômica pode – e deve – ser realizada para a garantia dos ditames constitucionais e dos princípios fundamentais ali inscritos, inclusive para garantia dos princípios norteadores da própria ordem econômica, dos quais destacamos dois: a proteção do meio ambiente e o princípio da livre concorrência.

III – OS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA LIVRE INICIATIVA

Segundo o professor titular de direito econômico aposentado da USP (Universidade de São Paulo) e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau (1993, p. 125 apud CUNHA, 2003, p. 136):

O mercado é uma arena de luta, na qual cada concorrente configura – sartrianamente – para o outro, o inferno. A guerra, nos mercados, torna necessária a atuação do Estado para regular a concorrência, inicialmente protegendo os concorrentes. E esta proteção, com o tempo, passa a ampliar-se, de modo a se deslocar do concorrente para o consumidor.

Deste modo, uma das principais bases da Ordem Econômica, previsto no artigo 170 da Carta Magna, é o princípio da Livre Concorrência. Não se trata de permitir a concorrência desenfreada, promovendo uma arena de lutas, como apontado por Grau, onde os contendores exibem forças financeiras desiguais, mas garantindo que, respeitadas as disparidades, tenha-se um cenário equilibrado de atuação plural. Trata-se, portanto, de promover uma discriminação entre os atores econômicos a fim de se promover uma equidade material.

A busca da efetivação do princípio da livre concorrência já se faz no parágrafo 4º do artigo 173 da Constituição Federal, que afirma 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”. Cabe ao Estado, portanto, coibir a utilização do poder econômico para se impedir a atuação dos outros agentes econômicos. Deste modo, verifica-se que o princípio da Livre Concorrência está intimamente ligado ao princípio da Livre Iniciativa, sendo um garantidor deste.

Na lição de José Afonso da Silva (2004b, p. 773), que a define como o princípio básico do liberalismo econômico, a liberdade de iniciativa

(...) envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta no art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei.

Tem-se, em cumprimento à ordem do artigo 173 da Lei das Leis, a formulação da lei ordinária nº 8.137, de 1990, que trata de crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e a denominada lei anti-truste, lei nº 8.884, de 1994, que revogou a lei nº 8.158, de 1991, que instituía normas para a defesa da concorrência.

A mencionada legislação infraconstitucional traz a proteção penal (conforme a lei nº 8.137/90) e civil/administrativa (vide lei nº 8.884) ao princípio da livre concorrência, observando-se que muitos são os que pregam que a proteção civil/administrativa deve ter proeminência sobre a penal, posto que esta teria caráter subsidiário, posição esta que decorre da corrente jurídica que prega o direito penal mínimo, um extrato intermediário entre a defesa do abolicionismo penal e sua maximização.

Observe-se, aliás, que esta intervenção do Estado, visando garantir a livre concorrência, torna desnecessárias outras interferências maiores do próprio Estado. Ao garantir o equilíbrio dos agentes do mercado, este passa a autorregular-se, característica própria do capitalismo. Esta intervenção do Estado, portanto, embora seja um posicionamento diferente à liberdade dada ao mercado no início do Século XX, tampouco se assemelha ao intervencionismo exacerbado pregado por outras correntes.

Os princípios da Livre Concorrência e da Livre Iniciativa, por serem basilares à Ordem Econômica, demandam atenção do Poder Público, que deve promover iniciativas para protegê-los diretamente, ao mesmo tempo em que, ao aplicar outros ditames constitucionais, não pode agredi-los, os limitando de maneira excessiva, o que não significa, no entanto, que eles estejam imunes a sofrer uma redução de amplitude, em nome do equilíbrio do sistema constitucional e para efetivação de outros princípios, como o da proteção do meio ambiente.

IV – A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Direitos Fundamentais são os direitos públicos subjetivos de todas as pessoas, sejam físicas ou jurídicas, contidos em constituições, detendo, assim, caráter normativo supremo dentro do ordenamento jurídico de um Estado, e que objetivam a garantia da liberdade individual através da limitação de atuação do ente público (DIMOULIS e MARTINS, 2010, p. 46).

Já Guilherme Pena de Moraes (2000, p. 140) nos diz que

Os direitos humanos constituem um conjunto de convicções ético-políticas geralmente admitidas por todos os países, o mínimo denominador comum civilizatório do presente momento histórico.

O autor, baseado em Henrique Haba, alude que os Direitos Humanos estariam na alçada do direito natural, sendo direitos prévios à existência do homem e concernentes a ele tão logo sua concepção (ou mesmo antes, como muitos defendem), enquanto os Direitos Fundamentais seriam sua positivação, a forma de descrever tais “privilégios” naturais. Com a divisão entre direitos fundamentais e humanos, tenta resolver um embate bem exposto pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2009, p. 269), no qual temos os jusnaturalistas a entender os Direitos Fundamentais (ou Humanos, vide que não os distingue) como “imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado”, ao passo de que os positivistas os afirmam como “faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela”.

Embate semelhante quanto à sua natureza ocorre entre os idealistas, com a proposta de que tratam-se os direitos fundamentais de “idéias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo” e os realistas, que os verificam como “resultado direto de lutas sociais e políticas”.

Cumpra também mencionar o professor Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 85), que caracteriza os direitos fundamentais como:

(...) aqueles, formal ou materialmente, considerados pela Constituição com essa qualidade. São fundamentais porque direitos caracterizados pela essencialidade à pessoa humana, individualmente ou em comunidade, e sua ausência despe o homem de dignidade. São direitos reivindicados a qualquer tempo e lugar. São eles inatos, intransferíveis, irrenunciáveis, inegociáveis, porque são muito caros ao homem. São direitos que representam bens jurídicos de extrema relevância à pessoa humana.

Tais definições se coadunam aos critérios de caracterização dos direitos fundamentais estabelecidos por Carl Schmitt, que os observa como direitos ou garantias nomeados e especificados na Constituição e com grau mais elevado de garantia constitucional, sendo imutáveis ou de mais complexa modificação.

Norberto Bobbio (2004, p. 53) defende a sua divisão em três fases, ou gerações: direitos de liberdade, que promovem uma limitação ao poder estatal e sua intervenção na vida do indivíduo; direitos políticos, com o reconhecimento da liberdade positiva, além da negativa, havendo a ação do indivíduo sobre o Estado; e, por fim, direitos sociais, com a liberdade sendo atingida através do Estado, com a promoção, por este, dos princípios fundamentais.

Paulo Bonavides propõe, a seu turno, uma divisão entre quatro gerações, a primeira compreendendo os direitos de liberdade (direitos individuais), aqueles que primeiro

estiveram contidos nos documentos constitucionais, seguidos dos direitos sociais, culturais e econômicos (direitos coletivos), dos direitos sobre a fraternidade, que não impõem limitações apenas ao Estado, mas ao próprio homem, incluindo direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e à cultura, além dos de uma quarta geração, os direitos democráticos, concretizados pelas anteriores, como direito à democracia, à informação e ao pluralismo (BONAVIDES, 2006, p.569).

Tal divisão é acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme voto do Ministro Celso de Melo: 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 direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica 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, nota de uma essencial inexauribilidade. (STF, Pleno, MS 22164/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ1, de 17.11.1995, p.39206)

Tal divisão em fases, ou gerações (ou ainda, dimensões), observa o aparecimento de cada etapa de princípios fundamentais na história constitucional, seja a geral, seja a específica da maioria dos países.

Assim, verifica-se uma inicial comoção pelos direitos individuais, as liberdades, pois, em um primeiro momento do Estado de Direito, importante era delinear os limites do Estado e submeter o governante à vontade do povo e de sua Constituição. Após, com a elevação das vozes das classes operárias, há um realce do desejo de, dentro da própria sociedade de indivíduos, se diminuir (ou, ainda, acabar) as diferenças sócio-econômicas, promovendo um ambiente de equidade. Daí, vemos um movimento constitucional para abraçar os direitos sociais no início do Século XX (vide, dentre outros exemplos, a Constituição de Weimar).

Importante, também, destacar que uma geração não é suplantada pela seguinte, mas que todas se complementam em um quadro geral, mantendo os direitos de cada geração, eficácia no ordenamento jurídico.

Um meio ambiente saudável se mostra como peça fundamental para o bem-estar do homem e seu desenvolvimento social e econômico na atual e nas futuras gerações. Para Bobbio, o mais importante dos direitos humanos de terceira geração seria “o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.” (BOBBIO, 1992 apud ANTUNES, 2006, p. 18) Tal importância é verificada na Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano (ANTUNES, 2006, p. 19), oriundo da Conferência das Nações Unidas em Estocolmo, de 1972.

Conforme aponta Paulo de Bessa Antunes (2006, p. 19), o Direito Ambiental, ou seja, o sistema que reúne os bens jurídicos ambientais e toda a estrutura de proteção jurídica ao meio ambiente, é compreendido pela Constituição Federal como um dos direitos humanos fundamentais, na leitura do caput do artigo 225 da Carta Magna, que prescreve que “todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida (...)”.

No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito do meio ambiente foi introduzido pela Lei nº 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, sendo considerado, em seu artigo 3º, inciso I, 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.” Por sua vez, a Constituição o entende, em seu artigo 225, como um bem de uso comum do povo, destacando sua característica de ser um bem jurídico transindividual, “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.”

O Poder Público tem seu dever geral de defesa e preservação do meio ambiente dividido em deveres específicos (MILARÉ, 2009, p. 158), prescritos nos incisos do artigo 225, §1º, da Carta Magna: a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e promoção do manejo ecológico das espécies e ecossistemas (inciso I); preservação da biodiversidade e controle das entidades de pesquisa e manipulação de material genético (inciso II); definição de espaços territoriais e componentes a serem especialmente protegidos (inciso III); a exigência de estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obras ou atividades potencialmente lesivas (inciso IV); controle da produção, comercialização e utilização de técnicas, métodos e substâncias nocivas à vida, à sua qualidade e ao meio ambiente (inciso V); promoção da educação ambiental (inciso VI) e proteção da fauna e da flora (inciso VII).

Por sua vez, José Afonso da Silva (2004a, p. 20-21) apresenta um conceito mais amplo de meio ambiente, abarcando a natureza, o natural e o artificial. Deste modo, divide o autor o meio ambiente em físico, ou natural, constituído pelos elementos naturais; meio ambiente artificial, que seria o espaço urbano, os elementos materiais construídos pelo homem; e meio ambiente cultural, que abarcaria o patrimônio histórico-cultural.

Como bem observa Silva (2004a, p. 80 e ss.), a Constituição não busca apenas a proteção do meio ambiente em si, mas do meio ambiente qualificado. Busca-se proteger um meio ambiente em patamares minimamente satisfatórios, não só para o desfrute da geração atual, mas das seguintes gerações.

Nota-se que apenas nas últimas décadas houve uma maior preocupação dos juristas com a efetivação dos direitos fundamentais de cunho transindividual, como a proteção do consumidor e do meio ambiente. No ordenamento brasileiro, o ápice deu-se com a Lei nº 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que instituiu o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA) e estabeleceu condições para o desenvolvimento sustentável, a conjugação entre desenvolvimento socioeconômico e proteção ambiental) e a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, dentre outros epítetos, é popularmente chamada de Constituição Cidadã, Constituição do Consumidor e Constituição Verde.

A partir daí, decorreram várias leis infraconstitucionais visando o exercício de tal tutela, como a Lei nº 7.802/89, dispondo sobre a pesquisa, utilização, armazenagem e outras atividades envolvendo agrotóxicos; Lei nº 9.433/1999, estabelecendo a Política Nacional dos Recursos Hídricos e a Lei nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

Esta maior preocupação com a efetivação da proteção do meio ambiente e seu enquadramento como direito fundamental e cláusula pétrea reflete uma maior atenção internacional ao tema, como percebe-se pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo (Suécia), em 1972, que levou à Declaração de Estocolmo, ao estabelecimento de princípios internacionais do direito ambiental, à ampliação do conceito de meio ambiente (englobando o elemento humano) e à criação do Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas (PNUMA); bem como pela elaboração do Relatório Brundtland, ou Nosso Futuro Comum, pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1987, onde cunhou-se a expressão “desenvolvimento sustentável”; e a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio 92, renovada a cada década no Rio de Janeiro.

Vê-se, portanto, que a proteção do meio ambiente, ou seja, a garantia de um mínimo de qualidade ambiental, é tema central para o Direito e direito fundamental inegável e precioso, demandando toda atenção do Estado, que deve dispor de todos os meios para a sua proteção, em especial frente a atividades de maior potencial agressivo, como o mercado de combustíveis.

V – A CIDE COMBUSTÍVEIS E A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

V.I – A CIDE COMBUSTÍVEIS

Segundo a Agência Nacional do Petróleo, ANP (2012), o preço da gasolina “A” (pura, sem adição do etanol anidro combustível), no produtor ou importador, é composto por: “preço de realização”; Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE; PIS/PASEP e COFINS; Preço de faturamento sem ICMS; ICMS produtor; preço de faturamento com ICMS; ICMS da substituição tributária, com ou sem PMPF – Preço Médio ao Consumidor Final; e o preço de faturamento do produtor sem frete.

A esta gasolina, adiciona-se o etanol anidro combustível (EAC), cujo preço é composto pelo seu preço de realização; CIDE; PIS/PASEP e COFINS e preço de faturamento sem frete e sem ICMS, que é cobrado na produção da Gasolina A, na proporção da quantidade de etanol anidro que lhe é adicionada.

Esta soma dos dois combustíveis resulta na Gasolina “C”, que chega aos consumidores nas bombas dos postos revendedores de combustíveis. A partir do distribuidor, seu preço é formado pelo valor do frete da gasolina A até a base da distribuição com o frete do EAC até a mesma; o custo de aquisição da distribuidora (que é a soma dos dois últimos com o preço de faturamento da Gasolina A e do Etanol Anidro Combustível, nas suas respectivas proporções); a margem de lucro desta; o frete da base de distribuição até o posto revendedor, chegando-se ao preço do faturamento da distribuidora. Já o preço final de venda é composto pelo preço de aquisição do combustível pelo posto revendedor (que corresponde ao preço de faturamento da distribuidora) e a margem de revenda.

Já o preço do etanol hidratado combustível, ou álcool etílico hidratado combustível, que é o álcool a ser consumido como combustível (diferenciando-se do anidro, que é adicionado à gasolina) é composto, no produtor, por: “preço de realização”; CIDE

Combustíveis; PIS/PASEP e COFINS; preço de faturamento sem ICMS (soma dos últimos três); e o ICMS produtor, resultando no preço de faturamento do produtor com ICMS.

A partir da distribuidora, temos este valor acrescido do frete até a base de distribuição e o frete desta até o posto revendedor; a margem da distribuidora; PIS/PASEP e COFINS e o ICMS da distribuição tributária, chegando-se ao preço de faturamento da distribuidora, que, nos postos revendedores, ainda é acrescida da margem destes, chegando-se ao preço final na bomba de combustíveis.

Deve-se observar que, na margem de revenda, tanto da gasolina C quando do etanol hidratado e outros combustíveis, está incluída não só a margem de lucro do posto revendedor, como também despesas com manutenções técnicas e encargos trabalhistas.

Verifica-se, assim, a incidência de tributos estaduais e federais: ICMS, PIS, PASEP e COFINS, além da CIDE Combustíveis, sobre as quais nos deteremos mais.

O artigo 149 da Constituição Federal estabelece a competência exclusiva da União para instituir “as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas”. Segundo Anderson Soares Madeira (2008, p. 21 e ss.), as contribuições sociais (CPMF, PIS, COFINS, INSS, PASEP, dentre outras), a espécie de contribuições parafiscais mais importante, são cobradas para o custeio da seguridade social; as contribuições de interesse de categorias profissionais e econômicas se destinariam ao sustento destas. Quanto às contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, explica:

Visam ao sustento de atividades que servem como base técnica para intervenção na economia, como aquela cobrada dos produtores agropecuários (Lei 8.315/91), ou mesmo como forma de intervenção direta na economia, por exemplo; é o caso da CIDE incidente sobre o petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível (...)

Refere-se o doutrinador à Contribuição instituída pela Lei nº 10.336/2001, incidindo sobre a importação e comercialização dos referidos produtos. Segundo o parágrafo 1º do artigo 1º desta norma, o produto da arrecadação da CIDE Combustíveis destina-se ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e derivados e de derivados do petróleo (inciso I), ao financiamento de projetos ambientais relacionados à indústria do petróleo e gás (inciso II) e ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes. A Lei nº 10.636/2002 estabeleceu critérios e diretrizes para a aplicação destes recursos

Por ser uma “exceção aos princípios da legalidade (em relação a aumento – art. 150, I, da CF/88), da Anterioridade (art. 150, III, b, da CF/88) e da Noventena (art. 150, III, c)” (MADEIRA, 2008, p. 23), por incidir sobre um nicho do mercado isolado (petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível) e por ser de competência da União, que também exerce as funções derivadas desta, como a capacidade tributária ativa, a CIDE Combustíveis é um tributo adequado para a intervenção do Estado na Ordem Econômica, especificamente num mercado tão delicado e importante, como o de combustíveis, o que tem feito.

V.II - A UTILIZAÇÃO DA CIDE COMBUSTÍVEIS PARA INFLUÊNCIA NOS PREÇOS E PROTEÇÃO AMBIENTAL

Nos últimos anos, houve uma maior dependência brasileira do petróleo internacional, passando o país da condição de exportador para importador, e o aumento crescente dos preços do produto no mercado mundial.

Segundo dados da ANP e da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, o preço médio do barril de petróleo importado em 2000 era de US\$ 30,47 (trinta dólares e quarenta e sete centavos), passando a US\$ 56,29 (cinquenta e seis dólares e vinte e nove centavos) em 2005 e US\$ 109,52 (cento e nove dólares e cinquenta e dois centavos) em 2008. Entre 2009 e 2010, houve queda no preço (US\$ 64,38 e US\$ 82,62, respectivamente), que retornou a subir em 2011, custando o barril US\$ 117,40 (cento e dezessete dólares e quarenta centavos), passando a US\$ 124,41 (cento e vinte e quatro dólares e quarenta e um centavos) em 2012, com dados de junho do corrente ano. (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Superintendência de Planejamento e Pesquisa. “Importações e exportações Barris equivalentes de petróleo”. In: <http://www.anp.gov.br>, acessado em 05 de agosto de 2012)

Mesmo utilizada pelo Estado brasileiro, seu maior acionista, para controlar os preços dos combustíveis fósseis em nosso país e deixá-los artificialmente baixos, a Petrobras precisou fazer pequenos reajustes nos preços do petróleo e derivados nas refinarias, buscando manter a saúde financeira da empresa, que, em paralelo, vem tido grandes despesas com investimentos em equipamentos e pesquisas para a exploração do Pré-Sal. Ainda que estes reajustes sendo pequenos e ainda mantendo o preço artificialmente abaixo

dos patamares internacionais, um aumento que se irradiasse pelo mercado downstream afetaria negativamente a inflação.

Observe-se que o preço dos combustíveis afeta toda a cadeia produtiva nacional, já que o sistema de transportes de pessoas, bens e serviços no Brasil é baseado principalmente nos automóveis, em especial no uso de combustíveis fósseis.

Deste modo, o governo brasileiro passou a utilizar-se de meios tributários para manter reduzidos os preços dos combustíveis, preços estes que encontram-se estáveis desde 2005, o que tem feito por meio de sucessivas reduções nas alíquotas da CIDE Combustíveis incidente sobre a gasolina e o diesel.

O Decreto nº 7.095, de 04 de fevereiro de 2010, reduziu temporariamente a alíquota da Contribuição incidente sobre a gasolina e seus concorrentes para R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) por metro cúbico, valor que retornou aos R\$ 230,00 (duzentos e trinta reais) por metro cúbico após 30 de abril de 2010. O Decreto nº 7.570, de 26 de setembro de 2011, minorou novamente o valor do tributo, para R\$ 192,60 (cento e noventa e dois reais e sessenta centavos) por metro cúbico de gasolina e seus concorrentes. Já o Decreto nº 7.591, de 28 de outubro de 2001, reduziu a alíquota da CIDE sobre a gasolina e concorrentes para R\$ 91,00 (noventa e um reais) por metro cúbico, a diminuição mais expressiva até então, reduzindo também o valor a ser pago no metro cúbico do diesel e derivados.

Por sua vez, o Decreto nº 7.764, de 22 de junho de 2012, fora mais amplo e radical, zerando as alíquotas da CIDE-Combustíveis para produtos como a gasolina e seus concorrentes, o diesel e seus concorrentes e o álcool etílico combustível, revogando, nesta disposição, o Decreto nº 7.591/2001.

O Estado brasileiro está, assim, influenciando a diminuição do preço dos combustíveis, mas não o está tabelando, o que é vedado desde a Lei n.º 9.478/1997, alterada pela Lei n.º 9.990/2000, que determina a liberdade de preços para a produção, distribuição e revenda de petróleo e seus derivados, incluindo os combustíveis. Diminuiu-se o poder interventivo do Estado neste nicho da Ordem Econômica, mas não se eliminou.

A Ordem Econômica constitui as “disposições constitucionais estabelecidas para disciplinar o processo de interferência do Estado na condução da vida econômica da Nação” (FIGUEIREDO, 2010, p. 59), tendo prescritos na Constituição Federal sua fundação e objetivos, a valoração do trabalho humano, a livre-iniciativa a existência digna e a justiça social.

Observe-se que, dentre os princípios que norteiam os objetivos da Ordem Econômica está a defesa do meio ambiente (artigo 170, inciso VI, CF), inclusive possibilitando-se um tratamento diferenciado de acordo com o impacto ambiental dos produtos e serviços, sua criação e prestação. No entanto, há que se considerar que esta proteção ambiental não pode se dar em detrimento do desenvolvimento sócio-econômico. Ambos devem ser desenvolvidos em paralelo, pois apresentam forte interdependência.

Tal entendimento está representado no princípio do desenvolvimento sustentável: a conciliação da proteção ambiental com a proteção da ordem econômica e dos direitos sociais, conforme se observa no artigo 4º da Lei nº 6.938/81, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente.

A concepção deste princípio surge no Relatório Brundtland, ou Nosso Futuro Comum, da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, sendo tido como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades.” (NOSSO FUTURO COMUM, 1991, p. 46)

Os empreendedores, principais agentes na Ordem Econômica, devem atuar no mercado buscando um equilíbrio entre seu crescimento econômico, pois a proteção ao meio ambiente não pode ser feita em detrimento à proteção dos campos econômico e social, mas em seu complemento, e a proteção do meio ambiente, não apenas de forma reparadora ou sofrendo sanções por danos ambientais causados, ou ainda arcando com os custos ambientais de suas atividades, conforme o princípio do poluidor-pagador, mas também, e principalmente, buscando evitar a ocorrência de tais danos.

Com a diminuição da CIDE Combustíveis sobre a gasolina, o Estado buscou mantê-la em um preço que não onerasse demasiadamente os agentes econômicos que dela dependessem. No entanto, ao tornar seu preço artificialmente baixo, fez com que o etanol combustível não fosse uma alternativa viável economicamente para os consumidores, fazendo com que estes optassem pelo combustível fóssil. Embora o preço médio na bomba do litro do etanol hidratado combustível seja inferior ao da gasolina C, aquele tem menor aproveitamento energético, levando a um maior consumo em relação à gasolina. Para que o biocombustível seja mais atrativo financeiramente ao consumidor, há uma diferença mínima a ser observada entre os preços de ambos os combustíveis.

. Deste modo, há um desequilíbrio entre os dois produtos produzidos pelo próprio Poder Público. Ou seja, o Estado está a intervir na Ordem Econômica, afetando a livre concorrência, em nome de um interesse público em manter-se reduzidos os preços de um determinado tipo de combustível.

O Poder Público fez uma opção política por promover baixo preço a um combustível (a gasolina), enquanto poderia ter optado por outro combustível, mais limpo, promovendo não só o controle da economia como a proteção do meio ambiente, em detrimento da livre concorrência.

Tanto pela produção, quando pelo armazenamento e na utilização em automóveis, o Etanol é um combustível que agride bem menos o meio ambiente que os combustíveis de origem fóssil. Em 2010, o Etanol produzido a partir da cana-de-açúcar foi reconhecido como o combustível mais limpo do mundo, pela Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos, ao promover uma redução de 70% (setenta por cento) a 80% (oitenta por cento) nas emissões de gases de efeito estufa em relação a seus rivais (UNICA, 2009).

Além de ser um combustível muito mais “limpo”, há que se considerar que boa parte da frota nacional já está preparada para sua utilização. Segundo dados do Ministério de Minas e Energia (2011), a frota de carros “flex” (aqueles que podem utilizar tanto gasolina quanto etanol ou, ainda, misturas de ambos em qualquer porcentagem) era de 41% em 2011, podendo representar mais da metade da frota do país em 2012. Somando-se esta frota à que utiliza exclusivamente o etanol, tem-se que os veículos que usam somente gasolina e diesel representavam menos da metade da frota já em 2011.

Deste modo, deveria o Estado, em vez de aplicar uma alíquota menor da CIDE Combustíveis incidente sobre os combustíveis derivados do petróleo, ou aplicar uma alíquota idêntica para esses e o Etanol combustível (como o fez através do Decreto nº 7.764, zerando a alíquota), promover uma alíquota diferenciada (menor) para o álcool, conjugando isto à diminuição dos demais tributos incidentes sobre o biocombustível (nas esferas municipal, estadual e federal), ao mesmo tempo em que se deixaria a gasolina com preços menos artificiais.

Ao optar-se por um estímulo à utilização do etanol como combustível menos agressor do meio ambiente, através de uma política fiscal que mantivesse seus preços reduzidos, estaríamos frente, então, a um choque entre os princípios da Livre Concorrência e da proteção do Meio Ambiente, prioritariamente. Não raro, em um sistema tão gigantesco e

plúrimo como o jurídico, onde se tutelam tanto interesses individuais quanto sociais, normas ou princípios entram em atrito, sendo necessário a resolução do conflito (real ou aparente) e escolha da norma a ser aplicada.

No caso de leis, as antinomias podem ser resolvidas através da aplicação de três critérios básicos: a hierarquia, onde a norma de maior importância impera sobre a de menor, num caso clássico, normas constitucionais sobre infraconstitucionais; a cronologia, onde a lei mais recente a versar sobre determinado assunto revoga, expressa ou tacitamente, o anteriormente exposto; e, por fim, a especialidade, com a lei especial sendo priorizada em detrimento da geral.

Já quanto aos princípios e (e os Direitos Fundamentais que não estejam legalizados, mas inscritos em princípios), não há fórmula tão matemática. É necessário um exercício de ponderação, onde se instituem limites para os Princípios sem que se anule um deles em favorecimento ao outro. Segundo Gilmar Mendes (2009, p. 318):

Os princípios são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai.

Continua ainda o douto jurista:

Dessa característica resulta que, num eventual confronto de princípios incidentes sobre uma situação concreta, a solução não haverá de ser aquela que acode aos casos de conflito entre regras. No conflito entre os princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.

No afã de estabelecer-se limites para os Princípios Fundamentais em conflito sem que, no entanto, se exclua da apreciação um deles, é preciso que um sobressaia-se ao outro, assim instituindo-se uma hierarquia entre eles. Mendes é contrário à instituição de uma hierarquia fixa a estes Direitos em observância à unicidade da Constituição. De mesmo modo, observamos que também não pode haver um sistema de pesos constante nas gerações de direitos humanos que, embora surgidas em momentos cronológicos ou de necessidades humanas distintos, não tem expressa e clara gradação de relevância entre si.

Defende o ex-presidente da Alta Corte que, consagrando-se a precedência que determinadas Garantias teriam frente a outras, muito em parte por serem ponto de partida para a efetivação de outros Princípios, como ocorre com o da vida ou da dignidade humana,

seja feita devida ponderação, mas em cada caso, de forma particular. Destarte, é importante ressaltar que não se trata de limitação casuística de direitos. O que se visa criar é um norma geral para aqueles casos onde haja o choque entre específicos Princípios, o que não significa uma regra para todo e qualquer tipo de choque ou, tampouco, um exercício em casa caso prático.

Observamos que o aludido exercício de proporcionalidade decorre da teoria relativa quanto à proteção do núcleo essencial do Direito Fundamental. Este núcleo fundamental seria percebido por meio de um processo de ponderação entre meios e fins (Zweck-Mittel-Prüfung), utilizando o princípio da proporcionalidade. “O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação.” (MENDES, 2009, p. 351) Gilmar Mendes ressalta uma teoria híbrida que reúna esta teoria à absoluta (HESSE, Grunzüge des Verfassungsgrechts, apud MENDES, 2009, p. 352):

Por essa razão, propõe Hesse uma fórmula conciliadora, que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. É que, observa Hesse, a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida.

Assim, devem ser ponderados os princípios da livre concorrência e do meio ambiente. O próprio Supremo Tribunal Federal estabelece que o princípio da Livre Concorrência seria tão somente um princípio meio, e não um princípio fim, podendo ser relativizado quando disto resultarem benefícios sociais e/ou econômicos (STF, ADI 319/DF).

Embora peça basilar da Ordem Econômica, o princípio da Livre Concorrência é tão importante por sua função de mantenedor da saúde do sistema econômico. Assim, não é um essencial fim, mas um essencial instrumento. Instrumento este que pode – e deve – ser utilizado para garantia de bens constitucionais tão importantes quanto a própria Ordem Econômica, como um meio ambiente de qualidade.

A intervenção do Estado na Economia, deste modo, é válida e necessária, tendo nos tributos, em sua função extrafiscal, instrumento hábil para tanto. Há que se ponderar, no entanto, a extensão de tal intervenção e os ganhos a serem realmente obtidos dela, frente aos possíveis prejuízos. A diferença entre proteção do meio ambiente e da Ordem econômica e ingerência anti-democrática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui o presente artigo que, após a derrocada do positivismo jurídico no pós-Guerra europeu, procurou-se uma reaproximação da valoração moral do Direito, passando a Constituição a efetivamente apresentar supremacia material, junto à supremacia formal, num processo de renovação hermenêutica e de irradiação do texto constitucional sobre o ordenamento jurídico.

Através da Constitucionalização do Direito, os diversos ramos dos estudos dos juristas passam a ter seus princípios submetidos e substituídos aos princípios constitucionais. Neste paradigma, os operadores do direito são obrigados a propiciarem plena aplicação dos ditames constitucionais, como a proteção do princípio da livre concorrência e do meio ambiente, sendo a manutenção da qualidade deste alçada a princípio constitucional, no artigo 225 da Carta Magna, princípio norteador da Ordem Econômica (art. 170 da Lei Maior) e considerada direito fundamental de terceira geração.

Pode o Estado interferir na Ordem Econômica para garantia de seus princípios norteadores e de outras normas constitucionais, podendo-se utilizar, para tanto, dos tributos. Estes apresentam funções fiscal e parafiscal, financiando atividades desempenhadas pelo Poder Público, e extrafiscal, servindo de instrumento para interferência do Estado na sociedade e na economia.

Verifica-se, dentre os tributos incidentes nos combustíveis, a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE Combustíveis, que vem sendo utilizada para controle dos preços da gasolina em patamares baixos, através da progressiva diminuição de suas alíquotas nos últimos anos. Observou-se o impacto que tal política pública tem no princípio da Livre Concorrência, desequilibrando a concorrência entre a gasolina e o Etanol combustível.

Apresentou-se, assim, sugestão de política tributária diversa, de incentivo à utilização do Etanol Combustível. No entanto, uma política pública de incentivo à larga utilização o Etanol combustível vindo da cana-de-açúcar (ou de outras matrizes) deve levar em conta elementos que possam prejudica-la, como a menor eficiência energética do etanol em relação à gasolina, a sazonalidade da produção (que, somada à falta de investimentos no

setor pode levar a períodos de desabastecimento), bem como o impacto da utilização de áreas agrícolas na oferta (e consequente preço) de gêneros alimentícios.

De outro lado, há que se observar que o Etanol, grande vedete atual no cenário mundial de combustíveis, é um combustível renovável (essencial característica em um cenário global que tende à escassez de petróleo – mesmo com as recentes descobertas de grandes jazidas, como a área do Pré-Sal no Brasil – e cuja necessidade tem levado a grandes atritos internacionais) e que gera bem menos impacto ambiental que os derivados de petróleo.

Tal política ainda constituiria uma “agressão” ao princípio da Livre Concorrência. No entanto, há que se verificar que, havendo o choque entre princípios, não deve haver a escolha de um ou outro, mas a ponderação entre ambos. Observando-se ainda que o princípio da Livre Concorrência é um instrumento a ser utilizado no mercado, é justificável seja ele relativizado para a obtenção de ganhos sociais e econômicos, como a proteção do meio ambiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANP, Coordenadoria de Defesa da Concorrência. Estruturas de formação dos preços. 17 de setembro de 2012. In: <http://www.anp.gov.br/?pg=60995&m=&t1=&t2=&t3=&t4=&ar=&ps=&cachebust=1345728785156>. Acessado em 01 de agosto de 2012.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 9 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Noberto, trad COUTINHO, Carlos Nelson. A Era dos Direitos. 6 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do estado. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. O Direito Constitucional Internacional e a Proteção dos Direitos Fundamentais. Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 8. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL, Ministério de Minas e Energia (MME) e Empresa de Pesquisa Energética (EPE). Secretaria de Petróleo, Gás Natural e Combustíveis Renováveis. Boletim Mensal dos Combustíveis Renováveis, nº 17, jan. 2011.

BRAZUNA, José Luiz Ribeiro. Defesa da concorrência e tributação à luz do artigo 146-A da Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 23 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Européia. 1ª Ed. Barueri: Manole, 2003.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 21 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2002.

MADEIRA, Anderson Soares. Manual de Direito Tributário. 2 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira [et al]. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo, SP e Brasília, DF: Saraiva e IDP, 2009.

MILARÉ, Direito do Meio Ambiente: Gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Guilherme Pena de. Direitos Fundamentais: Conflitos e soluções. 1 ed. Niterói, RJ: Frater et Labor, 2000.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel (org.). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NOGUEIRA, Luís Artur et al. A mancha negra da Chevron. Istoé Dinheiro. In: http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/74323_A+MANCHA+NEGRA+DA+CHEVRON. Acessado em 04 de agosto de 2012.

Nosso Futuro Comum – Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco Guerra e NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). Os Princípios da Constituição de 1998. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel (org.) Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Ambiental Constitucional. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SOUZA, Cláudio Luis de. Análise: governo receita às montadoras o mesmo remédio da crise de 2008. UOL. In: <http://carros.uol.com.br/noticias/redacao/2012/05/21/analise-governo-receita-as-montadoras-o-mesmo-remedio-da-crise-de-2008.html>. Acessado em 15 de agosto de 2012.

UNICA – Brazilian Sugarcane Industry Association. 2009. Comments by Brazilian Sugarcane Industry Association. Regulation of Fuels and Fuel Additives: Changes to Renewable Fuel Standard Program. In: http://sugarcane.org/resource-library/unica-materials/UNICA_EPA_Letter%20September%202009-4.pdf. Acessado em 20 de agosto de 2012.

UOL, 21 de maio de 2012. Governo zera IPI de carro 1.0, reduz IOF do crédito e dá prazo para financiar. <http://economia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2012/05/21/governo-zera-ipi-de-carro-10-e-da-mais-prazo-para-financiar.jhtm>. Acessado em 15 de agosto de 2012.