

ano 12 - n. 49 | julho/setembro - 2012
Belo Horizonte | p. 1-288 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Adalberto Nunes Pereira Filho
Cida Ribeiro
Cristhiane Maurício
Marilane Casorla

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Bibliotecárias responsáveis: Ana Carolina Marques - CRB 2933 - 6ª Região
Luciana Gonçalves - CRB 2863 - 6ª Região
Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Virginia Loureiro

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

A intervenção estatal na economia e o direito ao meio ambiente¹

Alfonso Buteler

Abogado (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Premio Cuadro de Honor a los mejores promedios. Magister Derecho Administrativo (Universidad Austral). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Docente de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, UNC) y de Derecho Procesal Público (Universidad Empresarial Siglo 21). Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Escuela de Derecho de la UES21. Autor de numerosas publicaciones en obras colectivas y revistas especializadas sobre la materia.

Resumo: O objeto deste artigo consiste na análise dos aspectos fundamentais da intervenção estatal na economia, levando-se em conta as particularidades que apresenta a proteção ambiental desde o ponto de vista da regulação. Após realizar uma breve incursão pela evolução de tal temática na República Argentina, são apresentadas algumas questões essenciais para compatibilizar o desenvolvimento econômico com o respeito ao meio ambiente.

Palavras-chave: Intervenção estatal na economia. Direito ao meio ambiente. Desenvolvimento econômico.

Sumário: 1 Introdução – 2 A intervenção estatal na Constituição Argentina – 3 Reflexões sobre desenvolvimento econômico, meio ambiente e intervenção estatal

¹ Artigo traduzido do espanhol para o português por Daniel Wunder Hachem (Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná. Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Administrativo e Direito Constitucional da UniBrasil. Membro Fundador e Coordenador Executivo da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Coordenador do curso de especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção da Universidade Federal do Paraná. Editor acadêmico da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Advogado em Curitiba).

1 Introdução

O presente trabalho terá por objeto ressaltar algumas observações acerca da intervenção estatal na economia e analisar as particularidades que apresenta a proteção ambiental desde o ponto de vista da regulação.

Por tais motivos, após fazer uma breve incursão pela evolução de tal temática na República Argentina, apresentaremos algumas ideias que consideramos que devem ser levadas em conta para compatibilizar o desenvolvimento econômico com o respeito ao meio ambiente.

2 A intervenção estatal na Constituição Argentina

Após a Revolução Industrial (1680) e o progresso dos interesses econômicos se produz uma concentração do poder. A partir de então o chamado Estado Absolutista — entendido não como um poder ilimitado, mas sim pela amplitude da regulação econômica na sociedade — intervém mediante a polícia para assegurar seu poder e levar adiante certas tarefas.

Uma vez ocorrida a Revolução Francesa (1789), com a submissão da Administração Pública à lei (que aparece como a expressão da vontade popular) e a Declaração dos Direitos do Homem, o Estado já não pode intervir da mesma maneira, não mais sendo possível o seu avanço no reduto constituído pelos direitos individuais das pessoas, dando passo ao denominado Estado Liberal.

Nesta etapa o Estado intervém sempre e quando respeite a esfera protetiva dos direitos — basicamente, os patrimoniais — criada pela lei. É dizer, assume uma atitude predominantemente abstencionista e negativa em relação à sociedade. Sob o ponto de vista econômico tem preeminência o pensamento liberal (Adam Smith) que vê possível a autorregulação do mercado com base em suas próprias regras.

A Constituição de 1853-60 da República Argentina se insere dentro deste marco brevemente descrito. Como amostra disso pode trazer-se à colação os arts. 14,² 17³ e 19.⁴ Isto se acha reforçado pelo art. 1197 do Código Civil no que respeita à autonomia da vontade.

² Essa cláusula dispõe que “Todos os habitantes da Nação gozam dos seguintes direitos conforme as leis que regulamentem seu exercício; a saber: de trabalhar e exercer toda indústria lícita; de navegar e comercializar; de peticionar às autoridades; de entrar, permanecer, transitar e sair do território argentino; de publicar suas ideias pela imprensa sem censura prévia; de usar e dispor de sua propriedade; de associar-se com fins úteis; de professar livremente seu culto; de ensinar e aprender”.

³ Ali se prescreve que “A propriedade é inviolável, e nenhum habitante da Nação pode ser privado dela, senão em virtude de sentença fundada em lei. A expropriação por motivo de

Nos aspectos gerais, costuma dizer-se que nossa Carta Magna transparece o liberalismo puro marcado pela influência de Adam Smith sobre Juan Bautista Alberdi. Contudo, entendemos que o aludido art. 14 deve ser interpretado conjuntamente com o art. 28,⁵ que, ao estabelecer a garantia da razoabilidade,⁶ permite uma regulação ampla dos direitos. Ademais, existem outras cláusulas como a do progresso (art. 75, inc. 18) ou a instituição da expropriação ou requisição (art. 17) que contrabalanceiam essa tendência de caráter liberal.

É discutido, também, se nossa Lei Fundamental contém um plano econômico. Embora para alguns⁷ se possa falar de neutralidade nesse plano, em nossa opinião isso não é possível, já que, de alguma maneira, todas as Constituições possuem um plano econômico, pois se não fazem expressa alusão ao papel estatal na economia é justamente porque decidiram adotar uma postura não intervencionista.

Como amostra disso, pode trazer-se à colação as Constituições do México e da China. Assim, o art. 25 da Constituição Mexicana dispõe que "O Estado planejará, conduzirá, coordenará e orientará a atividade econômica nacional, e levará a cabo a regulação e fomento das atividades que demande o interesse geral no marco de liberdades que outorga esta Constituição. Ao desenvolvimento econômico nacional concorrerão, com responsabilidade social, o setor público, o setor social e o setor privado, sem prejuízo de outras formas de atividade econômica que contribuam ao desenvolvimento da Nação". Por sua vez, a Lei Fundamental chinesa prescreve no art. 142 que "A economia nacional deve basear-se sobre o Princípio do Bem-estar do Povo e tratar de efetuar uma equitativa distribuição da terra e uma restrição do capital

utilidade pública deve ser qualificada por lei e previamente indenizada. Só o Congresso impõe as contribuições que se expressam no Artículo 4º. Nenhum serviço pessoal é exigível, senão em virtude de lei ou de sentença fundada em lei. Todo autor ou inventor é proprietário exclusivo de sua obra, invento ou descoberta, pelo termo que lhe confira a lei. A confiscação de bens fica excluída para sempre do Código Penal argentino. Nenhum corpo armado pode fazer requisições, nem exigir auxílios de nenhuma espécie".

⁴ Essa disposição indica que "As ações privadas dos homens que de nenhum modo ofendam a ordem e à moral pública, nem prejudiquem a um terceiro, estão somente reservadas a Deus, e isentas da autoridade dos magistrados. Nenhum habitante da Nação será obrigado a fazer o que não manda a lei, nem privado do que ela não proíbe".

⁵ Segundo essa norma "Os princípios, garantias e direitos reconhecidos nos anteriores artículos não poderão ser alterados pelas leis que regulamentem seu exercício".

⁶ Sobre a origem e evolução dessa cláusula constitucional se pode consultar: MANOVIL, Ezequiel. Razonabilidad de las leyes: ¿un principio "supraconstitucional"? *La Ley*, Buenos Aires, 06 set. 2006.

⁷ Cf. USLENGHI, Alejandro. El servicio público como categoría constitucional. In: AA.VV. *Servicio público e policía*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, 2006. p. 25. El Derecho.

privado, com vista a lograr um desenvolvimento equilibrado da economia nacional para o bem-estar do povo”, e no art. 144, que “Todos os serviços públicos e outras empresas de caráter de monopólio devem estar, em princípio, sob a administração pública. Nos casos permitidos pela lei, podem ser operados por cidadãos privados”.

Como corolário do exposto, a partir da leitura do Texto Constitucional na versão original de 1853-60, sustentou-se que ele foi neutro em relação à titularidade dos serviços públicos ao não fazer menção alguma sobre se seriam de propriedade do Estado ou dos particulares.⁸

Contra a aludida neutralidade manifestou-se o Professor Comadira, para quem o art. 14 da Lei Fundamental, ao assegurar o direito ao exercício de indústria lícita, de trabalhar e comerciar, consagrou a regra de que as atividades pertencem em princípio aos particulares e excepcionalmente ao Estado, naqueles casos em que se encontre comprometido o interesse público.⁹

Mais além da interpretação que se faça da Carta Magna, a realidade indica que o período que media entre a vigência da Constituição Nacional e a metade do século XX, aproximadamente, pode ser caracterizado como uma etapa marcada pela prestação privada dos serviços públicos através de concessões, permissões e licenças.

No que diz respeito ao poder de polícia, admitiu-se durante essa etapa a visão restrita, é dizer, a limitação de direitos por razões de segurança, moralidade e salubridade. Como prova disso pode citar-se o decidido pela Corte Suprema na causa “Plaza de Toros”.¹⁰

Não devemos ignorar que nossa Constituição Nacional — na versão de 1953-60 — não abordou o tema da emergência de maneira específica. Somente se regulou no art. 4º a possibilidade de acudir a empréstimos públicos frente a situações de urgência da Nação. No art. 23, por sua vez, previu-se a possibilidade da declaração de estado de sítio e a consequente suspensão das garantias individuais frente ao caso de comoção interior ou ataque exterior.

No século XX, a influência do mercantilismo, do liberalismo e as duas guerras mundiais determinaram uma mudança de paradigmas em diferentes frentes: o constitucionalismo social, a economia intervencionista (Keynes) e o

⁸ *Ibidem*.

⁹ COMADIRA, Julio Rodolfo. El derecho administrativo como régimen exorbitante em el servicio público. In: AA.VV. *Servicio público, policía y fomento*. 2. ed. Buenos Aires: Facultad de Derecho, RAP, 2005. p. 29-30. Jornadas Organizadas por La Universidad Austral.

¹⁰ Fallos, 7:150 (1869).

crescimento das funções do Estado, que passa a assumir o papel de assegurador das prestações que requerem os cidadãos: Estado Social ou de bem-estar. Adverte-se claramente o fenômeno da “economização” das relações estatais. A partir disso, nesta etapa, para assegurar as prestações a favor do cidadão o Estado deve intervir na economia e a regulação dos direitos — poder de polícia — pode dar-se por motivos de bem-estar geral. Assim, em 1922, ao proferir sentença na causa “Ercolano”,¹¹ a Corte Suprema nacional adotou um critério amplo quanto ao conceito de poder de polícia, admitindo que as restrições aos direitos constitucionais podem ser mais intensas em épocas de emergência. No caso se questionava uma lei que congelava por dois anos os preços dos contratos de locação. Ali, convalidou-se a decisão legislativa e se recordou que é o órgão legiferante quem se encontra autorizado para regulamentar os direitos dos particulares. É importante destacar que, nessa sentença, o Alto Tribunal fez expressa alusão à jurisprudência estadunidense e mais precisamente ao caso “Munn vs. Illinois”, de 1877.¹²

Logo após a terceira década do século XX, mas sobretudo com a Reforma Constitucional de 1949 e pelas influências do constitucionalismo social, produziu-se um marcado processo de estatização,¹³ assumindo o Estado a titularidade dos serviços públicos e a sua prestação através de diferentes formas jurídicas como empresas e sociedades estatais, impondo-se desse modo o sistema francês.¹⁴

Em tal sentido, o art. 40 dispunha que “Os serviços públicos pertencem originariamente ao Estado e sob nenhum conceito poderão ser alienados ou concedidos para sua exploração. Os que se acharem em poder de particulares serão transferidos ao Estado, mediante compra ou expropriação com indenização prévia, quando uma lei nacional o determine”.

¹¹ Fallos, 136:161 (1923).

¹² Ali se impugnou uma lei do Estado de Illinois que impunha aos proprietários de elevadores de grãos obterem uma licença estatal para operá-los e autorizava a fixação de preços máximos pelo armazenamento de grãos nos lugares de depósito em Chicago e outros sítios de menos de cem mil habitantes, tudo isso para aliviar os efeitos da grave crise produzida em 1870 pela baixa dos preços dos produtos agrícolas. Esta lei, cuja constitucionalidade foi aceita pela Suprema Corte deu nascimento à admissão de uma concepção ampla do poder de polícia que admitia a regulação dos direitos fundada no interesse geral (MALJAR, Daniel E. Antecedentes jurisprudenciales de la CS sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como limite. *El Derecho*, 197:799, esp., p. 810).

¹³ Cf. ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro. *Lecciones de derecho administrativo*. Córdoba: Advocatus, 2005. p. 255.

¹⁴ Cf. SESIN, Domingo Juan. La función del servicio público en la etapa posprivatizadora. *La Ley*, Buenos Aires, p. 1197, c2000.

Tal modificação introduzida no Texto Constitucional, como se sabe, foi tornada sem efeito em 1956 pelo governo militar.¹⁵ No entanto, isso não foi um óbice para que a prestação dos principais serviços de caráter nacional se mantivesse nas mãos do Estado durante várias décadas.

Esse modelo de prestação pública que esteve marcado pela ineficiência em alguns setores, por gestões deficitárias de vários serviços e por falta de inversão e renovação tecnológica, se estenderá até fins da década de oitenta, momento a partir do qual se dita a Lei de Reforma do Estado nº 23.696.¹⁶

Desta maneira, deixa-se para trás aquele modelo de prestação direta pelo Estado dos serviços públicos fundamentais, trasladando a responsabilidade de sua cobertura a empresas privadas, em sua grande maioria de caráter estrangeiro¹⁷ que se vincularam à administração através da figura do contrato administrativo.

A privatização dos serviços determinou, então, o deslocamento das potestades regulatórias e de controle dos cofres estatais a entes reguladores especializados¹⁸ que se criaram para fiscalizar a prestação privada de cada um desses serviços essenciais no aspecto tarifário,¹⁹ na qualidade do serviço, na proteção aos usuários e no cumprimento dos planos de investimento fixados por via contratual.

¹⁵ Cf. GELLI, María Angélica. *Constitución de la nación Argentina, comentada y concordada*. 2. ed. ampl. e atual. Buenos Aires: La Ley, 2003. p. 134.

¹⁶ Adla. XLIX-C, 2444.

¹⁷ Cf. PEREZ HUALDE, Alejandro. Tarifas y renegociación de contratos. In: AA.VV. *El contrato administrativo en la actualidad*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 54. GORDILLO, Agustín A. Director.

¹⁸ Sobre o tema pode-se ver: COMADIRA, Julio R. *Derecho administrativo*. 2. ed. atual. e amp. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003. p. 637 *et seq.*; CASSAGNE, Juan Carlos. Los nuevos entes regulatorios. *Revista de Derecho Administrativo*, n. 14, p. 485 *et seq.*; TAWIL, Guido Santiago. El procedimiento administrativo ante los entes reguladores. In: AA.VV. *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*. Buenos Aires: Ed. Ciencias de la Administración, 1998. p. 253 *et seq.* Jornadas organizadas por La Universidad Austral, Facultad de Derecho; AGUILAR VALDEZ, Oscar. Entes reguladores de servicios públicos: apuntes sobre su funcionamiento. In: BREWER CARIAS, Allan Randolph. *Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, 6., 2002. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2002. p. 11 *et seq.*; BARRA, Rodolfo C. La regulación y el control, aspectos técnicos y legales en horizontes variados. *Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional*, Córdoba, ano 1, n. 2, p. 39 *et seq.*, 2000.

¹⁹ Sobre o tema das tarifas pode-se consultar: KAUFMAN, Gustavo Ariel. Tarifas de servicios públicos. *El Derecho*, 127:919; VILLAR ROJAS, Francisco José. *Privatización de servicios públicos*. La Laguna: Tecnos. p. 160 *et seq.*; SACRISTÁN, Estela. La experiencia argentina en materia de tarifas reguladas por el sistema de *Price Caps*. *EDA*, Buenos Aires, p. 4 *et seq.*, 30 jun. 2003. Suplemento de derecho administrativo; CAPLAN, Ariel. *A propósito de un reciente fallo: pesificación, devaluación y tarifas*. Buenos Aires: La Ley, 14 fev. 2003. p. 1 *et seq.* Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo.

A Reforma Constitucional de 1994 teve como resultado a inclusão de muitas disposições de caráter social que mitigaram ainda mais o caráter liberal da versão original. Também, estabeleceu pautas bem claras sobre os meios de intervenção estatal.

No que concerne aos serviços públicos, à diferença do acontecido com o texto de 1853-60, com a modificação da Carta Magna se fez expressa menção do serviço público no art. 42. Nesse sentido, dispôs-se que “As autoridades proverão a proteção desses direitos, a educação para o consumo, a defesa da concorrência contra toda forma de distorção dos mercados, o controle dos monopólios naturais e legais, a qualidade e eficiência dos serviços públicos”.

Sob o prisma da doutrina, a partir do conteúdo da cláusula transcrita, alguns autores entenderam que nosso sistema constitucional federal adere ao sistema de titularidade estatal dos serviços públicos,²⁰ embora se deva destacar que, para outros, o texto continua sendo neutro em tal aspecto,²¹ deixando nas mãos do legislador a solução dessa problemática e impondo ao Estado a obrigatoriedade de ditar os marcos regulatórios.²²

Segundo nossa opinião, não se pode desprender sem mais do conteúdo do novo art. 42 que o Estado seja o titular dos serviços públicos, ainda que, como destaca Bianchi,²³ sua inclusão no texto da Lei Fundamental exige sem dúvidas maior atenção interpretativa. Em contrapartida, não se pode desconhecer que a norma constitucional lhe impõe o controle de tais serviços à Administração Pública.

Com relação a outros meios de intervenção estatal distintos do serviço público, a Reforma inova na temática do fomento. Pois, no art. 75, inc. 19, se dispõe que corresponde ao Congresso Nacional “Prover o conducente ao desenvolvimento humano, ao progresso econômico com justiça social, à produtividade da economia nacional, à geração de emprego, à formação profissional dos trabalhadores, à defesa do valor da moeda, à pesquisa e ao desenvolvimento científico e tecnológico, sua difusão e aproveitamento. Prover o crescimento harmônico da Nação e o povoamento de seu território; promover políticas diferenciadas que tendam a equilibrar o desigual desenvolvimento relativo de províncias e regiões”. Além disso, adota-se o critério da

²⁰ USLENGHI, *op. cit.*, p. 25.

²¹ Cf. BIANCHI, Alberto B. Una noción restringida del servicio público (Aportes para su cuarta etapa). In: AA.VV. *Servicio público e policía*, p. 83.

²² Cf. SESIN, *op. cit.*, p. 1197.

²³ BIANCHI, *op. cit.*, p. 83.

solidariedade para o fomento das províncias em matéria de coparticipação impositiva (art. 75, inc. 2).

No que concerne ao poder de polícia, em 1994 se autorizou a possibilidade da delegação legislativa do Congresso Nacional no Poder Executivo em matéria de emergência pública e de administração (art. 76) sob o cumprimento de certos termos²⁴ e se fez uma recepção expressa dos estados de exceção por via do art. 75, inc. 22, da Constituição Nacional, ao incorporar-se com hierarquia constitucional o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²⁵ e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.²⁶ Este último instrumento dispõe que as restrições podem fundar-se em razões de interesse geral (art. 30).

A crise econômica produzida no início do novo milênio, cujo ponto culminante se alcançou nos fins do ano 2001, conduziu o governo nacional a sancionar a Lei de Emergência nº 25.561.²⁷ No que tange aos serviços públicos, esse corpo normativo eliminou a possibilidade de calcular as tarifas em moeda estadunidense e de converter as tarifas em pesos ao tipo fixo de câmbio de um dólar por peso. Essa lei, ademais, autorizou o governo nacional a desvalorizar o peso, cujo novo tipo de câmbio se fixou em 1,40 pesos por dólar. Por sua vez, decidiu-se dar origem ao processo de renegociação dos contratos de serviços públicos afetados pelas aludidas modificações.

²⁴ Deve-se fixar um prazo para o exercício da delegação e o Congresso Nacional deve estabelecer suas bases.

²⁵ O art. 4.1 dispõe que "Em situações excepcionais que ponham em perigo a vida da nação e cuja existência haja sido proclamada oficialmente, os Estados Partes no presente Pacto poderão adotar disposições que, na medida estritamente limitada às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude deste Pacto, sempre que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes impõe o direito internacional e não ensejem discriminação alguma fundada unicamente em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social".

²⁶ O art. 27.1 dispõe que "Em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, sempre que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes impõe o direito internacional e não ensejem discriminação alguma fundada unicamente em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social".

Em seguida no ponto 2 se dispõe que o assinalado no parágrafo anterior "não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica); 4 (Direito à Vida); 5 (Direito à Integridade Pessoal); 6 (Proibição da Escravidão e Servidão); 9 (Princípio da Legalidade e da Retroatividade); 12 (Liberdade de Consciência e de Religião); 17 (Proteção à Família); 18 (Direito ao Nome); 19 (Direitos da Criança); 20 (Direito à Nacionalidade), e 23 (Direitos Políticos), nem das garantias judiciais indispensáveis para a proteção de tais direitos".

²⁷ B.O. 07.01.2000.

Após sancionada a mencionada legislação e, sobretudo, a partir da chegada do presidente Néstor Kirchner começou-se a visualizar um novo período marcado por uma tendência à reestatização dos serviços ou com uma forte participação estatal nesses serviços mais além do aspecto regulatório.

Como mostra disso, pode-se citar o Decreto nº 798/2004²⁸ por cujo intermédio se rescindiu uma concessão outorgada em matéria de transporte ferroviário; o Decreto nº 1.075/2003,²⁹ norma pela qual o correio retornou às mãos estatais; a Lei nº 25.943,³⁰ que criou uma empresa estatal de energia (Enarsa) e a reincorporação das Aerolíneas Argentinas; e a YPF mediante a Lei nº 26.741.

A isso se soma que alguns entes reguladores sofreram intervenção,³¹ com o que tende a desaparecer aquela diferenciação de papéis que assumiu o Estado a partir das privatizações entre quem outorgava o título habilitante para desenvolver a atividade e quem controlava o serviço.

Nesse “renascimento” voltaram a recobrar forças as sociedades do Estado como o meio pelo qual este passa a assumir o encargo de muitas tarefas estatais. Com isso, voltou a suscitar-se a discussão acerca da natureza de suas decisões e os alcances da revisão de suas decisões em sede administrativa e judicial.

A este respeito não se pode deixar de observar que estas sociedades pertencem ao Estado. Segundo Balbín são entes não autárquicos que integram a organização administrativa e que realizam na atualidade atividade comercial ou a prestação de serviços públicos que se consideram socialmente relevantes e que perseguem um interesse coletivo.³² Contrariamente se manifestou Mata, para quem tais sociedades não integram a organização administrativa já que esta — segundo entende — tem como limite a personalidade pública estatal e, por isso, se tais sociedades são de caráter privado (e anônimas) estão fora.³³

3 Reflexões sobre desenvolvimento econômico, meio ambiente e intervenção estatal

Tendo em conta o papel do Estado na questão econômica e as variantes que podem dar-se, o objetivo principal — e nada simples — é compatibilizar o

²⁸ B.O. 25.06.2004.

²⁹ B.O. 20.11.2003.

³⁰ B.O. 03.11.2004.

³¹ Como exemplo pode-se trazer à colação o Decreto nº 571/2007, pelo qual se dispõe a intervenção do ENARGAS.

³² BALBIN, Carlos F. *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2008. t. I, p. 674-675, 685.

³³ MATA, Ismael. Los actos de las empresas y sociedades del Estado. In: AA.VV. *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: RAP, 2009. p. 35. Jornadas Organizadas por La Universidad Austral.

desenvolvimento econômico da sociedade com o respeito ao meio ambiente, entendido este como “o conjunto dos elementos naturais ou transformados pelo homem e criados por ele — a cultura, em suma — que permitem o nascimento e desenvolvimento de organismos vivos”.³⁴ Por outra parte, o desenvolvimento econômico é uma variante à qual todo Estado através de medidas regulatórias deve propender na medida em que isso traga aparelhado um melhoramento na qualidade de vida de uma comunidade.

Evidentemente que neste tema — como em muitos outros — as posturas extremistas não são aconselháveis. Por tal motivo, um crescimento econômico desenfreado que passe por alto os efeitos nocivos provocados ao meio ambiente termina sendo contrário aos interesses do homem se concebemos o planeta Terra como sua “casa” e onde aquele deve desenvolver-se em toda sua dimensão pessoal.

É dizer, resulta impossível desatender as consequências que a intervenção humana gera sobre a natureza, o que põe em relevo a necessidade de intervenção estatal para refreá-la. É por isso que uma visão do ambiente como recurso põe em perigo a base material para o próprio desenvolvimento humano.

Lamentavelmente, isto é o que ocorreu durante os últimos tempos onde “prevalece uma concepção redutiva que entende o mundo em caráter natural e o desenvolvimento em caráter consumista. O primado atribuído ao fazer e ao ter mais que ao ser, é causa de graves formas de alienação humana”.³⁵

Assim como é equivocada uma perspectiva que só acentue o crescimento econômico e desatenda outros fatores como o cuidado do meio ambiente, também é incorreto um enfoque absolutista do meio ambiente; resulta inaceitável pôr em pé de igualdade o resto dos seres vivos com a pessoa humana.

Por tais motivos, uma das maneiras de compatibilizar o desenvolvimento econômico com o respeito ao meio ambiente é incluir o respeito à natureza dentro dos custos econômicos da atividade a realizar. É mais, em muitos casos, o incentivo ao desenvolvimento meio ambiental pode ser uma variável de crescimento econômico.

Não se deve ignorar que estamos frente a um bem que deve ser protegido no presente e tendo em conta as gerações futuras. Nessa linha o Constituinte de 1994 incluiu no art. 41 da Carta Magna que “Todos os habitantes gozam do direito a um ambiente são, equilibrado, apto para o desenvolvimento humano

³⁴ GELLI, *op. cit.*, p. 362.

³⁵ Juan Pablo II, Carta Encíclica: *Sollicitudo rei socialis*, 28: AAS 80 (1988) 548-550.

e para que as atividades produtivas satisfaçam as necessidades presentes sem comprometer as das gerações futuras; e têm o dever de preservá-lo. O dano ambiental gerará prioritariamente a obrigação de recompor, segundo o estabelecida a lei. As autoridades proverão a proteção deste direito, a utilização racional dos recursos naturais, a preservação do patrimônio natural e cultural e da diversidade biológica, e a informação e educação ambientais”.

Como se pode ver, na Lei Fundamental se levou em conta essas variáveis e, por tal razão, as atividades produtivas que se desenvolvam na República Argentina têm três exigências cardeais: a) o dever de satisfazer necessidades presentes, mas de maneira tal que permitam a conservação da natureza para as gerações que virão; b) a utilização racional dos recursos naturais; e c) a preservação do patrimônio natural e cultural e da diversidade biológica.

Por sua vez, devemos ter em conta que estamos frente a um bem de natureza coletiva. Cabe destacar que, de acordo com a terminologia utilizada pela Corte Suprema de Justiça da Nação *in re* “Halabi”,³⁶ quando nos referimos ao ambiente estamos em presença de um direito de incidência coletiva que tem por objeto um bem coletivo, o que ocorre quando este pertence a toda a comunidade, sendo indivisível e não admitindo exclusão alguma. É por tal motivo que, segundo o Alto Tribunal, “se concede uma legitimação extraordinária para reforçar sua proteção, mas em nenhum caso existe um direito de apropriação individual sobre o bem já que não se encontram em jogo direitos subjetivos. Não se trata somente da existência de pluralidade de sujeitos, mas sim de um bem que, como o ambiente, é de natureza coletiva. É necessário precisar que estes bens não têm por titulares a uma pluralidade indeterminada de pessoas, já que isso implicaria que se se determinasse o sujeito no processo este seria o titular, o que não é admissível. Tampouco há uma comunidade em sentido técnico, já que isso importaria a possibilidade de peticionar a extinção do regime de cotitularidade. Estes bens não pertencem à esfera individual, e sim social, e não são divisíveis de modo algum”.

Essas razões são as que justificam que sua defesa não apenas se põe a cargo dos afetados, mas também de outras representações tais como o defensor do povo, ONG, associações sem fins de lucro, etc. Em tal ordem de ideias, o art. 43 da Constituição Nacional em seu segundo parágrafo estabelece que poderá interpor ação de amparo “contra qualquer forma de discriminação e no que diz respeito aos direitos que protegem o ambiente, a concorrência,

³⁶ Fallos, 332:111 (2009).

o usuário e o consumidor, assim como aos direitos de incidência coletiva em geral, o afetado, o defensor do povo e as associações que propendam a esses fins, registradas conforme a lei, que determinará os requisitos e formas de sua organização”.

Dentro do conjunto de sujeitos que têm a seu cargo a defesa do meio ambiente, podemos incluir na República Argentina os juízes. É que a Lei Geral do Ambiente (nº 25.675),³⁷ no art. 32, dispõe que “O juiz interveniente poderá dispor de todas as medidas necessárias para ordenar, conduzir ou provar os fatos danosos no processo, a fim de proteger efetivamente o interesse geral. Além disso, em sua Sentença, de acordo com as regras da razoabilidade, o juiz poderá estender seu julgado a questões não submetidas expressamente a sua consideração pelas partes”. Em seguida, agrega que “Em qualquer estado do processo, ainda com caráter de medida acautelatória, poderão solicitar-se medidas de urgência, ainda sem oitiva da parte contrária, prestando devida caução pelos danos e prejuízos que possam produzir-se. O juiz poderá, além disso, dispor delas sem pedido da parte”.

State Intervention in the Economy and the Right to Environment

Abstract: The object of this article is the analysis of the fundamental aspects of state intervention in the economy, taking into account the particular features that environmental protection presents from the point of view of regulation. After making a brief excursion into the evolution of this theme in Argentina, some essential issues are presented to reconcile economic development with respect to the environment.

Key words: State intervention in the economy. Right to environment. Economic development.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BUTELER, Alfonso. A intervenção estatal na economia e o direito ao meio ambiente. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 109-120, jul./set. 2012.

Data de recebimento: 28.01.2012

Data de aprovação: 15.07.2012

³⁷ B.O. 28.11.2002.