

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO AMBIENTAL NACIONAL E
INTERNACIONAL**

Gisele Simone Scherer da Silva

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A EXTRAFISCALIDADE
TRIBUTÁRIA COMO VIABILIZADORES DE POLÍTICAS VOLTADAS À
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO EQUILÍBRIO ECOLÓGICO**

Porto Alegre

2015

GISELE SIMONE SCHERER DA SILVA

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A EXTRAFISCALIDADE
TRIBUTÁRIA COMO VIABILIZADORES DE POLÍTICAS VOLTADAS À
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO EQUILÍBRIO ECOLÓGICO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pelo programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Adão Sergio do Nascimento Cassiano

Porto Alegre

2015

GISELE SIMONE SCHERER DA SILVA

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A EXTRAFISCALIDADE
TRIBUTÁRIA COMO VIABILIZADORES DE POLÍTICAS VOLTADAS À
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO EQUILÍBRIO ECOLÓGICO**

**Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de
Especialista em Direito Ambiental Nacional
e Internacional pelo programa de Pós
Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.**

Aprovada em _____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

**Professor Doutor Adão Sergio do Nascimento Cassiano
Universidade Federal do Rio Grande do Sul**

Porto Alegre

2015

Dedico esse trabalho aos meus dois grandes amores. Ao meu querido e amado esposo, Marcelo, a que muito admiro, por todo apoio, incentivo, carinho e compreensão. E ao meu amado filho, Tobias, por ser sempre constante fonte amor, de inspiração, de vida, de alegria.

RESUMO

A presente monografia é centrada na necessidade de se encontrar meios de dotar o ordenamento constitucional de aplicabilidade prática com vistas a se efetivar o direito fundamental da pessoa humana ao meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações. Aborda como a Constituição pode se conectar com a atual realidade ambientalmente degradadora a fim de que seja não só concretizada na realidade, mas também determinante desta. Empregando o método de ponderação de princípios através de uma argumentação racional, de Robert Alexy, analisa de que modo a tributação extrafiscal pode contribuir para evitar riscos e possível danos ao meio ambiente. Esse ensaio argumenta que a extrafiscalidade é hábil a realizar essa proposta, como já vem ocorrendo no sistema jurídico brasileiro, contanto que as decisões políticas que estabelecem a tributação sejam argumentativamente construídas através da ponderação entre os princípios constitucionais ambientais e tributários envolvidos.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Proporcionalidade. Extrafiscalidade. Alexy.

ABSTRACT

This monograph is focused on the need to enforce environmental constitutional law in order to protect fundamental rights to a healthy and balanced environment for present and future generations. It discusses how Constitution could face the reality of disrespect against environment, determining everyday behaviors of enforcement and respect. Employing the law discursively constitutional approach of Robert Alexy's principle balancing theory (proportionality), and its reasoning method, it is analyzed how regulatory taxes could contribute to avoid risks and possible damages to the environment. This essay argues that taxation is able to accomplish this purpose, as it is already occurring in Brazilian legal system, as long as political decisions establishing taxations can be reasonably sustained through balancing the principle of environment protection and the constitutional principles that protect tax payers.

Key-words: Environment Law. Proportionality. Extradiscalidad. Alexy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A QUESTÃO AMBIENTAL E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	11
2.1 O ESTADO BRASILEIRO ATUAL	15
2.2 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL X DEGRADAÇÃO AMBIENTAL: NECESSIDADE DE UMA MUDANÇA DE PARADIGMA NA TOMADA DE DECISÕES	16
2.2.1 Desenvolvimento ecologicamente insustentável?	18
2.2.2 Risco de quebra da homeostasia	18
2.2.3 Economia ecológica	19
2.3 O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL	20
3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY	25
3.1 A PONDERAÇÃO ATRAVÉS DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E DE SEUS SUBPRINCÍPIOS, DENTRO DE UMA ARGUMENTAÇÃO RACIONAL	28
3.1.1 Tipos de normas: regras e princípios	30
3.1.2 O princípio da proporcionalidade	32
3.1.2.1 O princípio da proporcionalidade e seus subprincípios	32
3.1.2.1.1 Subprincípio da adequação ou idoneidade	34
3.1.2.1.2 Subprincípio da necessidade	34
3.1.2.1.3 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito	35
3.1.3 A teoria da argumentação: o discurso prático racional	39
3.1.3.1 As regras do discurso prático racional	41
3.1.3.2 A classificação das regras do discurso	42
4 O ORDENAMENTO TRIBUTÁRIO COMO VIABILIZADOR DE POLÍTICAS VOLTADAS À CONCRETIZAÇÃO DO “DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA AO EQUILÍBRIO ECOLÓGICO”	44
4.1 INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO	45
4.2 PRINCÍPIOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E AMBIENTAL	46
4.3 CLASSIFICAÇÃO DOS TRIBUTOS	49
4.3.1 Classificação quanto à finalidade ou função do tributo	51
4.3.1.1 Fiscalidade e extrafiscalidade	51
4.3.1.2 Tributos com função fiscal	52
4.3.1.3 Tributos com função extrafiscal	53
4.4 LIMITAÇÕES À EXTRAFISCALIDADE	54
4.5 ESPÉCIES DE TRIBUTOS	57
4.5.1 Impostos	57
4.5.1.1 Exemplos de aplicações da extrafiscalidade socioambiental aos impostos ..	59
4.5.2 Taxas	60
4.5.2.1 Exemplos de aplicações da extrafiscalidade socioambiental às taxas	60
4.5.3 Contribuição de Melhoria	61
4.5.3.1 Exemplos de aplicações da extrafiscalidade socioambiental às contribuições de melhoria	62
4.5.4 Contribuições Especiais	62
4.5.4.1 Exemplos de aplicações da extrafiscalidade socioambiental às contribuições especiais	63
4.5.5 Empréstimo Compulsório	63

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS.....	66
JURISPRUDÊNCIA REFERIDA:	70
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	73

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federativa do Brasil de 1988, ciente do grave problema de devastação ambiental a que o Planeta Terra está sendo submetido, elevou o direito ao meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações ao patamar de direito fundamental. Para que surta efeitos, contudo, medidas devem ser tomadas para dotar a Constituição de aplicabilidade prática, pois não se trata ela de mera carta de intenções.

A presente monografia, através do método dedutivo, com base na doutrina e na jurisprudência, discute, no capítulo dois, não só a importância, mas a obrigatoriedade de se dotar o ordenamento constitucional de aplicabilidade prática. A fim de que sejam encontradas soluções nesse sentido, debate de que modo a atual situação socioeconômica ocidental contribui para que a degradação do meio ambiente atinja pontos críticos. Indaga acerca da necessidade de uma mudança de paradigma na tomada das decisões, e coloca em cheque os conceitos de economia clássica e de sustentabilidade. A partir desse debate, traz à discussão possíveis soluções sugeridas pela doutrina a fim de que se promover políticas públicas na busca da justiça social e da tutela ambiental. São apontadas duas delas: o método de ponderação de princípios através de uma argumentação racional, de Robert Alexy, e a extrafiscalidade tributária direcionada ao meio ambiente. A primeira solução a guiar as tomadas de decisões da segunda.

O método proposto, de Robert Alexy consiste, basicamente, num balizador para que seja realizada a ponderação dos princípios constitucionais através da máxima da proporcionalidade e de seus subprincípios, dentro de uma argumentação racional. Esse procedimento, já bem difundido no ordenamento pátrio, permite que se chegue a soluções argumentativamente construídas, diminuindo o espaço do arbítrio na tomada de decisões pelo Poder Público. O capítulo três se dedica a compreender melhor o método. Aborda acerca dos tipos de normas existentes, regras e princípios, e suas diferenças no momento da aplicação. Procura demonstrar de que modo o princípio da proporcionalidade prevê a utilização de seus subprincípios da adequação, da necessidade, e da proporcionalidade em sentido estrito para realizar a ponderação de princípios constitucionais conflitantes. Por último, apresenta, em linhas muito gerais, a teoria da argumentação.

O quarto capítulo aborda o tema da extrafiscalidade tributária. Discute de que maneira podem os tributos ser direcionados com a finalidade de induzir mudanças comportamentais em prol do direito de todos a um meio ambiente sadio e equilibrado e quais são os limites impostos a isso. Evidencia como método Alexyano pode contribuir na tomada de decisões pelo Poder Público e no controle das normas e atos estatais pelo Poder Judiciário. Nessa linha, elenca os principais princípios de direito tributário e ambiental envolvidos no embricamento dos dois sistemas. Por fim, se debruça, de forma breve, nos tipos de tributos pátrios, traz exemplos de medidas que já são utilizadas e sugere outras.

2 A QUESTÃO AMBIENTAL E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Atualmente, depara-se com uma importante preocupação. Além da proteção dos cidadãos contra o Estado, e da proteção dos cidadãos contra os riscos sociais, tem-se um problema ainda maior: a própria sobrevivência do Planeta Terra. A Constituição de 1988 trouxe um grande avanço ao elevar a proteção ao meio ambiente a direito fundamental, um direito difuso, de terceira geração. Na CF brasileira, diferentemente de outras, como as da França, Estados Unidos, Itália e Alemanha, não há necessidade de se extrair de outras normas o princípio de defesa do meio ambiente. Ele está explicitamente elencado em seu art. 225, *caput*. Da mesma forma, não resta dúvida quanto a ser ele direito fundamental. Já não haveria necessidade, para ser considerado direito fundamental, de estar ele elencado entre os constantes do artigo 5º da CF/1988. Steigleder (2011, p. 87) bem esclarece que:

[...] o Brasil o direito fundamental ao meio ambiente [...] é, por força da abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, cláusula pétrea e sujeito de aplicabilidade direta, mesmo não constando do catálogo do art. 5º, uma vez que o constituinte optou por inseri-lo no âmbito das disposições constitucionais sobre a ordem social. Assim, trata-se de um direito formal [...] fundamental [...] porque é parte integrante da Constituição escrita [...] e encontra-se “submetido aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (art. 60 CF)”, além do que é uma norma [...] que vincula de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º)”. Material, porque se trata de um direito fundamental “constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”.

Há autores que classificam o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado como de terceira ou de quarta geração. Também denominam geração ou dimensão. Trata-se, contudo, apenas de uma divisão didática, com vistas a encaixar os dentro dos acontecimentos históricos ocorridos na sociedade. Surgiram em resposta às transformações sociais, ao amadurecimento das sociedades, às necessidades, especialmente a partir da Revolução Francesa. Essa ideia acompanha o entendimento de Miranda (*apud* STEIGLEDER, 2011, p. 86). “O autor distingue os direitos fundamentais em diversas classes, designadamente, direitos, liberdades e garantias ou direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, sem negar a sua inserção histórica”. Contudo, não é muito simpático à ideia de gerações, pois, para ele, passam a ideia de “obnubilação das anteriores em face das ulteriores”. Afirma que “aquilo que se verifica, sim, é um alargamento e

enriquecimento dos direitos fundamentais, em face das transformações do nosso tempo e procurando abarcar cada vez mais todas as pessoas e todas as dimensões das suas existências”.

Piovesan (2011, p. 4) traz à tona a seguinte indagação: “[...] se o objeto do direito ao meio ambiente é o bem coletivo, indivisível, a lesão a este bem significa lesão a toda comunidade [...]: ou a satisfação aproveita em conjunto a todos, ou a postergação a todos conjuntamente prejudica”.

Trata-se, pois, não só de um direito, mas de um dever. O STF (RE 417408 AgE/RJ) já se posicionou nesse sentido, afirmando ser “[...] dever do Poder e da sociedade a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal [...]”. Premente, pois, que medidas sejam tomadas a fim de tornar realidade o que está previsto no nosso ordenamento. Impõe-se, para tanto, uma mentalidade de longo prazo, exigindo investimentos estruturais. Devem ser tomadas medidas que surtam efeitos em longo prazo e que tragam, efetivamente, resultados positivos para o meio ambiente. Numa sociedade multifacetada e globalizada, buscar soluções ecologicamente sustentáveis é uma tarefa árdua, que deve ser levada a sério, pois *“as conseqüências das decisões tomadas acerca das questões ambientais não se prolongam apenas pelos períodos em que os representantes ocupam seus cargos políticos, mas propagam-se anos e gerações à frente”* (CARVALHO, 2013, p. 39, grifo no original).

Por isso, não podem as políticas públicas ficar a mercê apenas dos interesses políticos. Devem essas, isso sim, moldar-se aos deveres constitucionais. Nessa linha, Buffon (2009, p. 218) esclarece que:

[...] pode-se dizer que o bem comum corresponde à concretização dos objetivos e princípios constitucionais postos, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais. Portanto, à medida que os direitos fundamentais alcançam um grau satisfatório de realização, automaticamente se pode dizer que se trilha o caminho da maximização da densidade normativa do princípio da dignidade da pessoa humana e, num plano programático, caminha-se em direção da realização do bem comum.

Apesar de se ter, no Brasil, uma constituição programática que assegura a todos vários direitos e impõe deveres aos cidadãos e ao Estado, a realidade brasileira não reflete, em muitos aspectos, a excelência do seu texto constitucional. Meios devem ser encontrados para tornar efetivo o que está impingido pela

constituição. E Pérez Luño pontua que “não há Estado de Direito sem respeito ao direitos fundamentais, “já que o Estado de Direito exige, para que seja tal, garantir os direitos fundamentais, enquanto estes exigem e implicam, para sua realização, o Estado de Direito”.” (*apud* AZEVEDO, 2014, p. 48 – grifo no original)

Marchesan, Steigleder e Cappelli (2013, p. 69) chamam a atenção para um importante princípio: o da intervenção estatal obrigatória. Afirmam estar esse princípio “[...] referido no item 17 da Declaração de Estocolmo de 1975 e no art. 225, *caput*, da CF’. Informam se derivar ele “[...] da natureza indisponível do meio ambiente e de sua qualificação jurídica de bem de uso comum do povo (art. 2º, inc. I, da Lei 6.938/81 e 225 da CF)”. Milaré acentua que

[...] cria-se para o Poder Público um dever constitucional *geral e positivo*, representado por verdadeiras *obrigações de fazer* [...]. Não mais tem o Poder Público uma mera faculdade na matéria [...]. [...] sua atuação transforma-se de discricionária em vinculada. [...] O Poder Público não atua porque quer [...], mas porque assim lhe é determinado pelo legislador maior. De outra parte, deixa o cidadão de ser mero titular (passivo) de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e passa também a ter a titularidade de um dever, o “de defendê-lo e preservá-lo”. (MILARÉ, 2007, p. 151).

Baltazar Júnior, nesse sentido, assevera que:

[...] os direitos fundamentais, ao lado da sua clássica função *negativa* de limitar o arbítrio das intervenções estatais, ou seja, da proibição de excesso (*Übermaßverbot*), passaram a desempenhar também o papel de mandamentos de proteção (*Schutzgebot*) ao legislador, na chamada proibição de insuficiência (*Untermaßverbot*) que determina a existência de deveres de proteção jurídico-fundamentais (*grundrechtliche Schutzpflichten*), que enfatiza o aspecto da obrigação estatal [...]. (2015, 76-77, grifo no original).

No nosso ordenamento pátrio essa idéia já está mais amadurecida, conforme se atesta a partir do seguinte julgado do STF, referente a questões ambientais:

1. A Corte Suprema já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. 2. Assim, pode o Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias desse direito, reputado essencial pela Constituição Federal, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. (RE 658171 AgR/DF)

Em outro, do STJ, também reforça a ideia de que todos os esforços devem ser direcionados em prol do meio ambiente:

Em se tratando de proteção ao meio ambiente, não há falar em competência exclusiva de um ente da federação para promover medidas protetivas. Impõe-se amplo aparato de fiscalização a ser exercido pelos quatro entes federados, independentemente do local onde a ameaça ou dano estejam ocorrendo, bem como da competência para o licenciamento. (AgRg no REsp 1373302/CE)

Afirma Hesse que a Constituição não deve se constituir em mero instrumento de concretização de questões políticas, e que permitir que o direito constitucional sucumba às forças políticas e sociais, às ciências da realidade, “[...] importa negação de seu valor enquanto ciência jurídica [...] e a sua conversão numa simples ciência do ser” (HESSE, 1991, p. 11). Tampouco, para ele, se deve admitir o extremo oposto: a realidade desvinculada da norma. Explica que reside a essência da norma constitucional na sua pretensão de eficácia, “[...] na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade” (HESSE, 1991, p. 14).

A Constituição deve ser concretizada porque, mais do que apenas reflexo da realidade, é determinante desta. Embora, portanto, tenha que ter o poder de se adaptar à realidade, deve prevalecer o caráter normativo da Constituição, que ordena e conforma a realidade política e social, a fim de lhe conferir estabilidade, caso se queira preservar sua eficácia. Para Hesse,

[...] somente a Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se. [...] Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. [...] ela pode impor tarefas. [...] Converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes [...] não só a *vontade de poder* [...], mas também a *vontade de Constituição* [...]. (1991, p. 16-19 – grifos no original).

Para encontrar soluções, faz-se necessário analisar de que modo a mentalidade e o modo de vida ocidental estão concorrendo para o desgaste do meio ambiente e quais os riscos decorrentes da omissão do Estado e da sociedade frente o problema. Em seguida, aponta-se um método que pode contribuir para a tomada de decisões dentro de um mundo tão multifacetado. Aliado a isso, sugere-se que soluções podem ser tomadas para que o Estado possa agir de modo a induzir a população a adotar posturas mais condizentes com a preservação do meio ambiente

2.1 O ESTADO BRASILEIRO ATUAL

Vivencia-se atualmente uma crise estatal decorrente, majoritariamente, do fenômeno da globalização. Afirma-se, porém, que não concorre para essa crise somente isso, mas também o fato de o Estado brasileiro estar fundado em uma cultura utilitarista-antropocentrista, galgada no consumo, na supremacia das grandes corporações e no ideário neoliberal, que prega a minimização do papel do Estado. Em meio a isso, o meio ambiente está sofrendo um desgaste sem precedentes.

Azevedo assevera que no Brasil há uma “nítida contradição entre o quadro social real e os textos das leis e da Constituição” (2014, p. 57):

[...] muitas das lutas políticas e dos impasses institucionais nesse continente [América Latina] não passam de esforços e tentativas quase sempre frustradas para tornar real o que as constituições de seus respectivos países asseguram formalmente ser direito dos cidadãos, mas que se tornaram, na realidade, privilégios de alguns setores sociais. (FARIA, *apud* AZEVEDO, 2014, p. 57).

Além de o Estado, na prática, estar, na opinião de Azevedo, a serviço de uma minoria, Carvalho (2013, p. 36) atesta estar também ocorrendo “uma fragmentação do poder político, com o surgimento de inúmeros atores a competir com o Estado, até então centralizador desse poder”. Fundando-se no entendimento de Bobbio, diz que:

Há uma proliferação de direitos com a universalização da constitucioalização dos direitos sociais. Porém, essa espécie de direitos, diferentemente dos direitos de liberdade, exige a intervenção ativa do Estado para sua proteção. Paradoxalmente a essa proliferação de direitos, a nova estrutura da sociedade produtora de riscos estabelece a fragmentação da sociedade, deslocando a centralidade do poder político do Estado para novas instâncias decisórias, tais como empresas transacionais, organismos não governamentais, instituições públicas e privadas e organismos supranacionais. (*apud* CARVALHO, 2013, p. 35).

Continua seu raciocínio, acerca da maior liberdade de fluxo de capital promovida pela globalização, dos novos atores sociais que também passam a contribuir nas tomadas de decisão, especialmente, aqui, no que diz respeito ao meio ambiente, chegando à conclusão de que:

Neste processo, tem-se que atores não governamentais passam a desafiar a autoridade, então suprema, do Estado em determinar a direção política da sociedade. Neste cenário, o Estado deve passar a conectar, constantemente, o global e o local, para o êxito político e econômico, não

apenas por atores estatais, mas, principalmente, pela dinâmica participativa dos atores não governamentais (CARVALHO, 2013, p. 36).

2.2 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL X DEGRADAÇÃO AMBIENTAL: NECESSIDADE DE UMA MUDANÇA DE PARADIGMA NA TOMADA DE DECISÕES

Em que pese todos os avanços, está muito arraigada na sociedade ocidental a cultura da produtividade, do economicismo, do crescimento econômico, em detrimento do social e do meio ambiente. Steigleder (2011, p. 22) sustenta que essa mentalidade está fundada no “discurso proprietário, [...] regido pelo individualismo e pela excessiva valorização do Ter.” Só se investe no meio ambiente se der lucro ou se for obrigatório. Ainda, por regra, a preocupação com a preservação da natureza não é algo espontâneo.

Milaré (2007, p. 68), aliás, procura diferenciar o termo desenvolvimento sustentável, que define como um processo, do termo sustentabilidade. Afirma que “o tema sofre, por enquanto, de imprecisões conceituais ou, às vezes, de uma concepção excessivamente econômica”. Para ele, “a sustentabilidade pode ser entendida [...] como a capacidade que tem um ecossistema de atender às necessidades das populações que nele vivem”. E não para por aí. Afirma poder também ser a sustentabilidade definida “[...] como um conceito político que limita o crescimento em função da dotação de recursos naturais, da tecnologia aplicada no uso desses recursos e do nível efetivo de em estar da coletividade”.

As fronteiras do planeta são meramente políticas, não físicas. Por isso, todos são afetados em maior ou menor grau. Há inúmeros exemplos de casos de degradação ambiental que poderiam ser utilizados aqui para ilustrar o descaso com que o planeta é tratado. Sem controle, sem regulamentação, o mercado se autorregula para o caos. Azevedo resume como ele enxerga a atual conjuntura econômica:

Para baratear custos e produzir cada vez mais, o sistema econômico atual recorre à externalização dos custos, o que significa que uma parte destes é paga por terceiros, seja o Estado, a sociedade ou a natureza. Quanto a esta, o que sucede é que as operações de produção não incluem “o custo de restauração do meio ambiente em vista à ‘preservá-lo’”. Isso torna o problema ecológico, hoje, “mais sério do que nunca por causa da crise sistêmica em que entramos. Esta crise estreitou de várias maneiras a possibilidade de acumulação de capital, fazendo da externalização de custos a muleta, a alternativa mais prontamente disponível”. Em nada se

fazendo, caminha-se rumo à catástrofe ecológica, uma vez que “não há saída o interior da estrutura do sistema histórico existente”. (AZEVEDO, 2014, p. 83, grifo no original).

Os danos ambientais não se iniciaram agora. A sociedade sempre modificou o seu entorno em seu proveito. Os danos maiores iniciaram por ocasião da Revolução Industrial, quando a natureza passou a ser explorada em maior escala. E, apesar de toda a conscientização existente hoje em dia, das convenções internacionais já realizadas, as medidas que estão sendo tomadas ainda não são suficientes, visto não acompanharem o grau de degradação ambiental planetária. Está difícil até mesmo ter a compreensão das conseqüências da degradação ambiental a que o planeta está sendo submetido (CARVALHO, 2013, p. 33).

Os “efeitos colaterais” da industrialização (produção industrial massificada) e da absorção econômica dos desenvolvimentos tecnocientíficos fomentam a produção e a distribuição de ameaças à própria sobrevivência da humanidade pela potencialização da economia capitalista. Assim, a sociedade atual se posiciona em uma situação de autodestruição (*self-endangered*). As ameaças decorrentes da sociedade industrial são de natureza tecnológica, política e, acima de tudo, ecológica. Enquanto na sociedade industrial pode-se dizer que há certa previsibilidade das conseqüências negativas dos processos produtivos capitalistas, na sociedade de risco (que não deixa de tratar-se de uma sociedade industrial, porém potencializada pelo desenvolvimento tecnocientífico) há um incremento do grau de incerteza quanto às conseqüências das atividades e tecnologias empregadas nos processos econômicos. Dessa forma, essa nova estrutura social apresenta riscos transtemporais (efeitos ilimitados temporalmente), de alcance global e potencialidade catastrófica. (CARVALHO, 2013. p. 33).

Os problemas, assim sendo, não se restringem a pontos isolados. Azevedo afirma que “resulta evidente que o livre mercado não tem condições de *“responder aos riscos globais que pesam sobre o meio ambiente”*. [...] O modelo de desenvolvimento vigente é *destrutivo*”. Para ele [...] *“a própria idéia de desenvolvimento tem de ser questionada”*. (AZEVEDO, 2014, p. 87. grifo no original).

Os seres humanos apresentam um diferencial importante em relação a outros seres vivos: a capacidade de não só se adaptar ao meio, mas, mais do que isso, de transformar o meio para que responda às suas demandas. Entretanto, parece que essa capacidade foi superestimada. Muitos riscos foram assumidos. Giddens (*apud* VERONESE, 2011), analisando essa questão, pondera que as condições em que o ser humano vive são cada vez mais o resultado de suas próprias ações, e,

inversamente, que suas ações vivem cada vez mais a administrar ou enfrentar os riscos e oportunidades criados por si próprios.

2.2.1 Desenvolvimento ecologicamente insustentável?

Steigleder propõe a seguinte indagação: “em que medida a noção de “desenvolvimento ecologicamente sustentável” justifica “degradações ambientais que, na realidade, são insustentáveis?” (STEIGLEDER, 2011, p. 14, grifo no original)

Acerca disso, Carvalho salienta que:

Nesse sentido, a sociedade apresenta uma normalização da produção de riscos ecológicos estimulada por interesses econômicos ou mesmo políticos de curto prazo. O paradigma vigente nas estruturas institucionais dos sistemas sociais procede a uma normalização dos riscos produzidos pela sociedade contemporânea, o que Ulrich Beck denomina *irresponsabilidade organizada*. (CARVALHO, 2013, p. 37 – 38, grifo no original).

Mibielli de Carvalho e Barcelos (2010, p. 101 e 117 - 121) asseveram que o conceito mais utilizado para definir desenvolvimento sustentável seria o seguinte: “o desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades”. Acerca dessa definição, do Relatório Brundtland, provocam eles ser muito aceita “porque é muito genérica, permitindo, portanto, as mais variadas interpretações”. Muitas novas definições estão sendo formuladas a fim de se obter indicadores de desenvolvimento sustentável, muito associados às necessidades de cada país. Chamam a atenção ao fato de que esses indicadores, se associados à política pública, e não a um referencial teórico/conceitual, acabam se alterando conforme se modifica a política.

2.2.2 Risco de quebra da homeostasia

Steigleder (2011, p. 17–19) expõe que os sistemas ecológicos têm uma capacidade limite de absorção dos impactos. Não conseguem sempre se autorregenerar. Tal conceito, aliás, é limitado, pois não é possível ter, apesar dos avanços científicos, percepção do retorno ao estado inicial. Como as intervenções humanas são cada vez mais intensas e globais, há um risco maior ainda de que ocorra quebra da homeostasia, que é justamente a capacidade que possuem os

sistemas naturais de retornarem ao estágio original. Essa cadeia de reversibilidade, pois, pode vir a se perder, frente ao uso maciço das nossas reservas. À idéia equivocada que se tem de que a natureza sempre consiga se regenerar, a autora provoca com a seguinte reflexão: “[...] a natureza nunca se repete, e é apenas em nível da percepção humana que se forma a impressão do retorno ao estado anterior” (STEIGLEDER, 2011, p. 19).

E não se pode, a partir do conhecimento dos componentes naturais analisados individualmente, prever quão afetado está um determinado ecossistema, quão próximo está do seu “limiar de resiliência”. Romeiro, aliás, esclarece que os ecossistemas são

[...] sistemas adaptativos complexos, nos quais propriedades sistêmicas macroscópicas, como estrutura, relação produtividade-diversidade e padrões de fluxo de nutrientes, emergem de interações entre os componentes, sendo comum a existência de padrões de retroalimentação (*feedback*) positivos e negativos, responsáveis por um equilíbrio dinâmico evolutivo. Eles incluem não apenas as interações entre os organismos, mas entre a totalidade complexa dos fatores físicos que formam o que é conhecido como ambiente. [...] Nos casos em que o risco de perdas irreversíveis decorrentes de sua ruptura é muito elevado, a única solução é a adoção de políticas baseadas no princípio da precaução. (ROMEIRO, 2010, p. 13–14).

Steigleder (2011, p. 14) responsabiliza a cultura “antropocêntrico utilitarista” pela degradação do meio ambiente, visto que, sob essa ótica, meio ambiente passa a ser valorado apenas sob o critério de mercado de produtor de lucro, e não globalmente. Sustenta que “a importância outorgada pelo homem a certos bens ambientais será determinante para a reparação ou não dos elementos naturais degradados”. Para solucionar essa questão, propõe que se faça uma “clara opção valorativa pela proteção ambiental”. (STEIGLEDER, 2011, p. 23).

2.2.3 Economia ecológica

Cechin e Veiga atestam que uma das causas da degradação ambiental em massa seja gerada por estar, a sociedade ocidental, galgada na corrente econômica convencional, que enxerga o meio ambiente como “partes ou setores da macroeconomia”, quais sejam: “florestas, pesqueiro, mineral, agropecuário, áreas protegidas, pontos ecoturísticos etc.”. Para eles, a visão mais acertada, a da economia ecológica, seria a de se visualizar justamente o inverso, de ser a

“macroeconomia parte de um todo bem mais amplo, que a envolve e a sustenta: a ecossistêmica”. E alertam para o fato de que, ao contrário do que prega a corrente convencional, de que não haveria limites postos pelo ambiente à expansão da atividade humana, há sim limitações. O planeta é fechado, constituindo a única exceção a energia solar. Sendo a economia um “subsistema aberto desse imenso sistema fechado, qualquer expansão da macroeconomia implica um custo [...] que pode se tornar mais alto que o benefício, gerando um “crescimento antieconômico”, idéia sem sentido para qualquer economista convencional (CECHIN e VEIGA, 2010, p. 33-34).

Para reforçar essa ideia, Milaré acrescenta o seguinte:

Nesse ponto, surge a constatação importante que abala as teorias e as práticas simplistas: a sustentabilidade dos recursos naturais não é absoluta, é relativa: depende de sua disponibilidade real e do *quanto* e do *como* eles são explorados, transformados e utilizados, até serem reduzidos à condição última de rejeitos finais. Enfatize-se que a sustentabilidade dos recursos naturais não pode ser considerada fora do quadro das suas diferentes condições de recursos renováveis e recursos não-renováveis. Ainda assim, é preciso ter em conta que nem todos os recursos ditos renováveis são, na prática, efetivamente renováveis: isto depende muito da *quantidade* em que são demandados e, talvez ainda mais, do *modo* como são manipulados e utilizados. (MILARÉ, 2007, p. 69, grifo no original).

Trata-se de uma equação matemática fácil de compreender na teoria, mas, dentro do contexto cultural consumista, de difícil aplicabilidade prática: “recursos finitos não podem atender a demandas infinitas” (MILARÉ, 2007, p. 84).

2.3 O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

Romeiro (2010, p. 6) lembra que desde a Revolução Industrial, quando se deu início a uma maior intervenção ambiental no planeta, seguida de uma enorme degradação, também foram descobertas novas maneiras artificiais de se mascarar essa degradação. Essas descobertas, algumas tecnicamente não muito sustentáveis, apesar de afastarem os riscos imediatos, retardaram a “adoção de técnicas e procedimentos mais sustentáveis” com vistas a não comprometer o que ele chama de “capacidade de carga” do planeta. E continua seu raciocínio da seguinte forma:

Nesse sentido, é preciso criar o quanto antes as condições socioeconômicas, institucionais e culturais que estimulem não apenas um rápido progresso tecnológico poupador de recursos naturais como também

uma mudança em direção a padrões de consumo que não impliquem o crescimento contínuo e ilimitado do uso de recursos naturais *per capita*. [...] Haveria, portanto, que se passar de uma “civilização do ter” para uma “civilização do ser”. (ROMEIRO, 2010, p. 7).

Carvalho (2013, p. 35) refere-se à civilização do ter como “produtora de riscos globais”, e afirma que se está diante de um grande desafio frente a essa sociedade, em que se constata o “enfraquecimento do Estado simultaneamente a um aumento da necessidade de controle de riscos” devido ao “aumento das demandas prestacionais provenientes do fenômeno da proliferação dos direitos”.

Veronese (2011, p. 152) destaca que se constata, devido em grande parte à globalização, “uma incompatibilidade entre o dinamismo da sociedade e o Direito, especificamente diante do tradicional processo de positivação que prestigia o processo legislativo em sentido estrito”. Para ela,

[...] este desencontro se deve ao fato de que o desenvolvimento humano possui ingredientes catalisadores [...] que fazem com que as transformações sociais não tenham uma resposta estatal em tempo hábil a regulamentar as inovações sociais. Assim, é preciso identificar as prioridades para concentrar as ações estatais de modo a atender a tais anseios. Neste sentido, toma-se o Estado, em acepção jurídica, como um centro de atribuições, reunidas em prol da satisfação do interesse público e do bem-estar social. Entre tais competências destaca-se o dever constitucional de promover um meio ambiente sadio e equilibrado. (VERONESE, 2011, p. 152).

É necessário, pois, que se amplie a compreensão do significado dos direitos fundamentais elencados na Constituição. Na atualidade, devem ser eles compreendidos como “princípios objetivos, que influenciam o conjunto da ordem jurídica e obrigam o Estado a fazer tudo para a sua concretização” (BALTAZAR JÚNIOR, 2015, 74-75).

Para Carvalho (2013, p. 35–37), uma via intermediária deve ser buscada, a qual denomina de via de “Estado de direito ambiental”. Teria esse novo modelo de Estado um papel diverso dos que o precederam, por tomar decisões até mesmo conflitantes com os anteriores, já que voltadas à defesa do meio ambiente e a promoção da qualidade de vida. Coloca que:

[...] a partir da constitucionalização da matéria ambiental (CF, art. 225), o Estado (ambiental) tem a função de integração dos vários discursos existentes na sociedade, limitando os conflitos intersistêmicos e orientando a reflexão sistêmica sob a perspectiva moral dos direitos fundamentais como um “superdiscurso social”. [...] A menção expressa constitucional de que, *para assegurar a efetividade deste direito, incumbe ao Poder Público* uma série de deveres de proteção expressos (§ 1º, do art. 225, CF),

consolida a estrutura basilar da função ambientalmente amiga do Estado de Direito. Com isso, o *Estado democrático ambiental trata-se do Estado que leva o meio ambiente como um critério de aferição para tomar suas decisões*. (CARVALHO, 2013, p. 38 – 39, grifo no original).

Romeiro (2010, p. 4) pondera sobre a necessidade de, na tomada de decisões, se “considerar as dimensões culturais e éticas”, num processo que ele denomina de “supraindividual”, “baseado em ações coletivas altruisticamente motivadas e não em decisões individuais maximizadoras de bem-estar de cada agente econômico”.

Assim como Carvalho, Romeiro (2010, p. 27–28) também entende que se faz necessário ampliar o “conjunto de partes interessadas envolvidas no processo”, dentro do que ele chama de “nova racionalidade procedural”, que leve em conta, na discussão dos problemas ambientais, os “níveis de incerteza sistêmica e de riscos de perdas irreversíveis”. Entraria nessa equação o princípio da precaução, que, segundo suas palavras, “pode contribuir para a mudança de padrão de produção e consumo e oferecer maiores condições operacionais para os tomadores de decisão em condições de incerteza”. Considera, contudo, se tratar de uma difícil decisão, pois implica na possibilidade de gerar um custo “extremamente elevado”. Aí é que se lançaria mão dessa “nova racionalidade procedural”. Desse modo, poderia se buscar formas para aumentar o que autor chama de “eficiência ecológica”. Uma dessas formas, entre tantas, seria a implementação de “reformas tributárias que aliviarão a tributação sobre a renda das pessoas aumentando, em contrapartida, a taxação sobre o uso de recursos naturais”. Sugere que esses recursos poderiam ser utilizados para custear, por exemplo, estudos de tecnologias que implicassem na “elevação radical de produtividade dos recursos naturais, bem como na redução não menos radical da geração de resíduos” (ROMEIRO, 2010, p. 18).

A “ecologização do sistema jurídico” exige que sejam tomadas medidas preventivas, com o “estabelecimento de metas ambientalmente orientadas” (CARVALHO, 2013, p. 59–60). O Estado pode trabalhar como indutor de mudanças de comportamentos através, por exemplo, da instituição de tributos de natureza extrafiscal. A extrafiscalidade, aliás, não é instituto novo. De acordo com Veloso, trata-se de:

[...] um fenômeno global e inerente aos Estados modernos, os quais intervêm diretamente na economia e tutelam os direitos fundamentais dos cidadãos. A sua legitimidade constitucional é, por tal motivo, amplamente

reconhecida pela doutrina contemporânea e pela jurisprudência. (VELOSO, 2007, p. 19)

A extrafiscalidade ambiental é tida como “um importante mecanismo de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Necessita ela ainda, contudo, questionamentos “sobre a sua coerência com os princípios da [...] isonomia tributária e da segurança jurídica” (CALIENDO, 2014, p. 10). Não pode o Estado, por isso, sob a justificativa de implementar políticas tributárias que promovam a indução de mudanças na forma como a sociedade utiliza os recursos naturais, agir de forma arbitrária. Essas decisões, “sob a perspectiva moral dos direitos fundamentais”, não podem ser baseadas em subjetivismos ou em critérios pessoais, nem serem tomadas com base em critérios unicamente científicos, ou econômicos, ou políticos, ou jurídicos, mas mediante a integração de todos esses discursos. Para a tomada dessas decisões, de quais as medidas tributárias mais efetivas a induzir mudanças de comportamentos, há “necessidade de que sua operacionalização se dê inter e transdisciplinarmente” (CARVALHO, 2013, p. 59–60), de modo a se chegar às melhores soluções possíveis para a questão ambiental dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Essa integração de vários discursos, levando em conta as porções conflitantes de cada princípio fundamental colidente, bem como de parcelas tão diversas da sociedade, e de diferentes áreas do conhecimento científico e jurídico, deve ser feita, preferencialmente, dentro de um método, que Romeiro chama, como já citado acima, de uma “nova racionalidade procedural”.

Em vista disso, no próximo capítulo será realizada a análise de um método que se encaixa na proposição de Romeiro, desenvolvido por Robert Alexy, do princípio ou máxima da proporcionalidade e seus subprincípios, ou submáximas, dentro de uma argumentação racional. Esse método, segundo o autor, permite que todos participem do discurso e da tomada de decisões, com vistas a se obter uma resposta, se não a correta, a mais próxima disso, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, diminuindo o espaço do arbítrio, questão vital “no controle de proporcionalidade das disparidades de tratamento tributário, sobretudo daquelas resultantes das normas extrafiscais” (VELOSO, 2007, p. 1).

Carvalho (2013, p. 232) destaca a importância desse método por ter ele, de acordo com seu entendimento, a capacidade “[...] de integrar os vários *diálogos policontextuais* existentes na sociedade, desencadeando um processo de

autossensibilização do direito às comunicações científicas, econômicas e políticas”
(grifo no original).

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY

Importante para aumentar a força normativa da Constituição, é a questão de estar seu conteúdo em relação de correspondência com a realidade sócio-político-econômica, mostrando-se em condições de adaptar-se às mudanças dessa realidade, de modo a fazer face aos desafios de atualização, evitando-se seu esvaziamento através de revisões constitucionais frequentes motivadas por alegações de necessidade política. Orienta Hesse (1991, p. 21) que, para alcançar isso, “abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais [...]”. E afirma que esses princípios, para que tenham sua força normativa preservada, não devem ser concretizados de forma pura, mas, através de ponderação, incorporar a porção de seus princípios conflitantes. Deve-se, então, lançar mão de uma interpretação construtiva, apta a concretizar “[...] o sentido de uma proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”. (HESSE, 1991, p. 23).

Imperioso, então, que se possua um critério para trabalhar em meio a princípios tão conflitantes. Para que se garanta a concretização dos direitos fundamentais, numa perspectiva moral, não pode a interpretação da Constituição ser efetuada galgada em subjetivismos, em opiniões pessoais, nem em postulados extrajurídicos. Melhor se dar dentro de um método que sirva justamente para diminuir a linha de arbítrio da tomada de decisões, tanto na formulação das leis, pelo legislativo, na concretização das leis, pelo executivo, quanto no controle de sua constitucionalidade, pelo judiciário.

Com efeito, o direito constitucional passa a exigir a construção de especiais métodos de resolução de colisões ocorrentes entre os princípios, estabelecendo-se a imprescindibilidade do desenvolvimento de procedimentos que, procurando a obtenção de soluções argumentativamente construídas, eliminem ou diminuam o espaço do arbítrio, realizando, da melhor forma possível, a concordância prática nos casos concretos.

Nessa linha, neste capítulo se abordará uma metodologia que vem sendo construída ao longo dos últimos cinquenta anos no direito constitucional ocidental, que, por intermédio da estruturação dos conflitos entre valores (*rectius*: princípios),

mediante um procedimento argumentativo, pretende dar uma contribuição científica para a ponderação deles.

Nessa monografia, em face do já sedimentado desenvolvimento, deu-se a opção pela apreciação da experiência alemã, da forma como analisada por Robert Alexy, especialmente, em seu livro *Teoría de los derechos fundamentales*, que tem como matéria-prima a prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Teoria essa que já pode ser considerada, como atesta Leivas, parte do por ele denominado “constitucionalismo global” (LEIVAS, 2015, p. 95.)

Dispõe Pulido (2003, p. 45) que o que mais tem contribuído para a disseminação do princípio pelos mais diversos ordenamentos jurídicos europeus é sua continuada aplicação na jurisprudência comunitária e nas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Em alguns casos, conforme o autor (PULIDO, 2003, p. 50), o princípio ganhou até reconhecimento constitucional expresso, como, por exemplo, o artigo 52.1 da Carta Europeia de Direitos Fundamentais, o artigo 28.3 da Constituição de Berna de 1993 e o artigo 18.2 da Constituição Portuguesa.

Humberto Ávila (2003, p. 104) chama a atenção para o fato de o, nas suas palavras, “postulado” da proporcionalidade estar crescendo em importância no ordenamento brasileiro, como instrumento de controle dos atos do Poder Público. Carvalho (2013, p. 232-233) sustenta ser de grande valia o princípio da proporcionalidade para a tomada de decisões em situações que envolvem risco e incerteza quanto à possível ocorrência de danos futuros, muito presentes em questões ambientais, e na imposição ou não, em consequência, de medidas preventivas. E afirma já haver precedentes jurisprudenciais no direito brasileiro se valendo do princípio como guia para a tomada de decisões.

Para ponderação da licitude ou ilicitude das situações de risco existentes, é necessária a aplicação dos códigos de probabilidade/improbabilidade e risco/benefício. Considerando que o princípio da precaução [...] não consiste em um princípio tão somente de abstenção – cujo fim seria a obtenção de patamares de *risco zero*, dificilmente viável -, o princípio da proporcionalidade ganha importância como programa de decisão que instrumentaliza a ponderação dos interesses envolvidos nas situações de risco e incerteza. O princípio da proporcionalidade consiste em programa de decisão jurídica utilizado como critério valorativo para a avaliação da licitude ou ilicitude dos riscos ambientais a partir da aplicação dos códigos probabilidade/improbabilidade;risco/benefício;irreversibilidade/reversibilidade. De (CARVALHO, 2013, p. 233 – grifo no original).

Entre eles pode-se citar o seguinte julgado:

A situação de tensão entre princípios deve ser resolvida pela ponderação, fundamentada e racional, entre os valores conflitantes. Em face dos princípios democráticos e da Separação dos Poderes, é o Poder Legislativo quem possui a primazia no processo de ponderação, de modo que o Judiciário deve intervir apenas no caso de ausência ou desproporcionalidade da opção adotada pelo legislador. (REsp 1285463/SP).

Na opinião, contudo, do abalizado autor Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 23), que estudou o tema sob orientação, em seu doutoramento, do próprio Robert Alexy, a regra da proporcionalidade, como ele a chama devido a sua estrutura, não vem sendo aplicada de forma precisa no Brasil. Segundo o autor brasileiro, ainda é majoritariamente empregada, erroneamente, pela jurisprudência e pela doutrina pátrias, como sinônimo de razoabilidade¹. Dispõe, em relação ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, que, “apesar de salientar a importância da proporcionalidade “para o deslinde da colisão de direitos fundamentais”, o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la” (2002, p. 31 – grifo no original). Complementa o raciocínio, asseverando que, para o Supremo Tribunal Federal brasileiro, “a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *tópos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático” (2002, p. 31- grifo no original).

Apesar das breves notas acima traçadas, não se pretende, com esse trabalho, analisar de forma aprofundada a forma como é aplicado o princípio da proporcionalidade na jurisprudência e doutrina pátrias. Tampouco se entende esse método como de aplicação obrigatória pelo ordenamento jurídico brasileiro, embora fosse recomendável a fim de diminuir o arbítrio. Ambiciona-se, “tão somente”, entender como se estrutura a aplicação do princípio, dentro do preconizado na doutrina de Robert Alexy.

¹ O termo razoabilidade não será objeto de estudo nesse trabalho. Apenas para ilustrar, expõe-se a definição trazida por Luís Virgílio Afonso da Silva acerca da questão: “[...] o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, *corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação*. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins [...]” (2002, p. 33 – grifo no original).

3.1 A PONDERAÇÃO ATRAVÉS DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E DE SEUS SUBPRINCÍPIOS, DENTRO DE UMA ARGUMENTAÇÃO RACIONAL

Para efetuar essa ponderação, tem-se desenvolvido, especialmente por obra do Tribunal Constitucional Federal alemão e pela doutrina alemã, procedimentos racionais que possibilitem a concretização dos princípios/valores² constitucionais conflitantes. Para tanto, o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios desempenham a função de instrumentos para a realização da ponderação dos valores/princípios constitucionais conflitantes, por meio de uma argumentação racional, de modo a concretizar o princípio preponderante através de uma regra a ser aplicada ao caso concreto, e assegurar uma aplicação racional do direito. Esse método foi, posteriormente, sistematizado por Robert Alexy no livro *Teoría de los Derechos Fundamentales*, e vem tendo sua aplicação cada vez mais difundida.

Através da teoria dos princípios proposta por Alexy, conclui-se que os valores não podem ser ignorados pelo ordenamento jurídico. Haveria, sim, uma vinculação entre direito e moral, desde que promovida dentro de um procedimento. (ALEXY, 1997, p. 13 – 15).

Alexy defende, em seu livro *Concepto e validez del derecho*, a necessária vinculação do direito positivo à moral:

El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al (3) que pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección³ (ALEXY, 10/1997, p. 123).

Como expõe o professor de Kiel (ALEXY, 1997, p. 123 - 124), em geral os sistemas jurídicos formulam uma pretensão de correção. O fato de não satisfazerem

² “O que no modelo dos valores *prima facie* é o melhor, é no modelo dos princípios *prima facie* devido e o que no modelo dos valores definitivamente é o melhor, é no modelo dos princípios definitivamente devido”. (HECK, 2015, p. 63)

³ “O direito é um sistema de normas que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consiste na totalidade das normas que pertencem a uma Constituição em geral eficaz e não são extremamente injustas, como assim também a totalidade das normas promulgadas de acordo com esta Constituição e que possuem um mínimo de eficácia social ou de probabilidade de eficácia e não são extremamente injustas e a que (3) pertencem os princípios e outros argumentos normativos nos quais se apóia o procedimento de aplicação do direito e/ou tem que apoiar-se a fim de satisfazer a pretensão de correção” (tradução livre).

essa pretensão não chega a privar os sistemas jurídicos ou as normas jurídicas isoladas do seu caráter jurídico ou de validade jurídica, mas passam a ser considerados juridicamente defeituosos/as.

Ademais, relaciona os elementos atinentes à validade do direito, quais sejam: a legalidade conforme o ordenamento, a eficácia social e a correção material. É importante destacar, com efeito, que a eficácia social é pressuposto de validade de uma Constituição, tendo-se em vista, contudo, o sistema jurídico como um todo, e não apenas normas isoladas. De acordo com Alexy (10/1997, p.125), “*las normas aisladas dictadas de acuerdo con el ordenamiento pierden la validez jurídica cuando no poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y/o cuando son extremadamente injustas*”⁴. Estarão, então, afetadas as normas isoladas, mas não o sistema jurídico como um todo. Deduz-se disso, portanto, que a validade jurídica do sistema jurídico, na sua totalidade, condiciona-se em maior grau pela sua validade social que pela sua validade moral. (ALEXY, 1997, p. 124-125)

Outrossim, na definição supra, há uma considerável ampliação daquilo que pertenceria ao direito (ALEXY, 10/1997, p. 126). Parte-se, com efeito, de uma concepção de possuir o direito uma estrutura aberta. Essa estrutura aberta se evidencia sempre que aparece um caso duvidoso. Quando isso ocorre, para se chegar a uma solução, necessário é que se recorra a uma ponderação, forma de resolução de colisões entre princípios. Isso valeria para todos os sistemas jurídicos, visto não haver nenhum sistema em que não se depare com casos duvidosos, mostrando-se imprescindível, portanto, recorrer-se à ponderação.

Ao argumento de que a ponderação poderia ter como objeto princípios não pertencentes ao sistema jurídico e que a ponderação seria apenas um postulado extrajurídico se contrapõe o seguinte:

A ello puede responderse que para un participante el sistema jurídico no es solo un sistema de normas en el sentido de resultados sino también un sistema de procedimientos y que, desde el punto de vista del participante, las razones que toma en el procedimiento de decisión y fundamentación, pertenecen al procedimiento y, por lo tanto, también al sistema⁵ (ALEXY, 10/1997, p. 77).

⁴ “As normas isoladas ditadas de acordo com o ordenamento, perdem a validade jurídica quando não possuem um mínimo de eficácia social ou de probabilidade de eficácia e/ou quando são extremadamente injustas” (tradução livre).

⁵ “A isso pode responder-se que para um participante o sistema jurídico não é somente um sistema de normas no sentido de resultados senão também um sistema de procedimentos e que, do ponto de vista do participante, as razões que toma em conta no procedimento de decisão e fundamentação pertencem ao procedimento e, por isso, também ao sistema” (tradução livre).

Acrescenta-se a isso o argumento da correção, que não consiste apenas numa pretensão moral, mas sim, porque ligada ao procedimento, jurídica. Essa pretensão não apenas recomenda, mas exige que num caso duvidoso se lance mão da ponderação, do que se depreende serem os princípios “[...] *elementos necesarios del sistema jurídico*”⁶ (ALEXY, 10/1997, p. 78).

Retornando à questão da pretensão de correção, esta está imbricada à pretensão de fundamentalidade. Nesse sentido, Alexy (1997, p. 82 a 84) chama a atenção para o fato de que a decisão judicial não deve ser considerada correta por estar fundamentada em uma determinada moral concreta designada como correta de antemão, mas por se basear em uma moral que é considerada correta porque, através de um procedimento que satisfaça as exigências mínimas de uma fundamentação racional, se chegou a essa conclusão. Para se chegar a isso, afirma o autor que devem ser concebidas como pertencentes ao direito, além das regras atinentes à fundamentação jurídica, também as regras gerais da fundamentação moral.

Embora o autor se refira constantemente às decisões judiciais, essa preocupação na concretização dos direitos fundamentais deve dar-se todas as esferas, seja legislativa ou executiva, restando, no caso de desconsideração dos princípios/valores constitucionais, aos juízes a guarda da constituição.

3.1.1 Tipos de normas: regras e princípios

Adotando-se a construção teórica apresentada por Alexy, as normas, do ponto de vista estrutural, podem ser divididas em regras e em princípios. Alexy classifica, então, as regras e princípios como tipos de normas, visto que ambas dizem o que deve ser, mesmo que de modos diferentes. Em suas palavras (ALEXY, 2001, p. 83), “*los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente*”⁷. Para melhor ilustrar esse raciocínio, é interessante acompanhar o seguinte ensinamento de Alexy (2001, p. 103):

Cuando una regla es una razón para un juicio concreto de deber ser que hay que pronunciar, como es el caso cuando es aplicable y no permite

⁶ “[...] elementos necessários do sistema jurídico” (tradução livre).

⁷ “os princípios, da mesma forma que as regras, são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que sejam razões de tipos muito diferentes” (tradução livre).

ninguna excepción, entonces es una razón definitiva. [...] Por el contrario, los principios son siempre sólo razones prima facie. [...] Por ello, puede decirse que siempre que un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser. Los principios mismos no son nunca razones definitivas⁸.

Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 25), acerca dessa divisão das normas proposta por Alexy, em princípios e regras, entende ser esta baseada em sua estrutura e forma de aplicação e não em critérios como generalidade e especialidade da norma. Já Alexy elege como correta a tese que diz que, como já exposto acima, entre as regras e princípios existe uma diferença tanto gradual quanto qualitativa. Contudo, ambos convergem na conceituação dos dois tipos de normas jurídicas: os princípios como mandados de otimização e as regras como mandados definitivos. Alexy (2001, p. 86-87) denomina os princípios como mandados de otimização, por possuírem a característica de ordenar que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, sendo o âmbito das possibilidades jurídicas determinado pelos princípios e regras opostos. Quanto às regras, seriam, se válidas, cumpridas ou não. Conteriam não mandados de otimização, mas determinações no âmbito tanto do fático quanto do juridicamente possível.

Pode-se concluir que uma das diferenças básicas entre regras e princípios está no modo como são aplicadas: as primeiras por subsunção e as segundas por ponderação (ALEXY, 1998, p. 28; FAVIÃO FILHO, 2015, p. 147)). Isso não significa, porém, que o aplicador do direito não deva efetuar uma interpretação para decidir sobre qual regra será aplicada ao caso concreto. Significa apenas que, decidida qual é a regra a que se subsume o caso concreto, essa regra será ou não aplicada, “[...] *sin que tenga que ser sopesada frente a outra norma [...]*”⁹ (ALEXY, 2001, p. 137) .

Disso se depreende que tanto para regras quanto para princípios há necessidade de se interpretar e, logo, argumentar. A diferença está, pois, na aplicação/concretização das normas.

⁸ “Quando uma regra é uma razão para um juízo concreto de dever-ser que há de promover, como é o caso quando é aplicável e não permite nenhuma exceção, então é uma *razão definitiva* [...] Ao contrário, os princípios são sempre somente *razões prima facie*. [...] Com isso, pode-se dizer que sempre que um princípio é, em última instância, uma razão básica para um juízo de dever-ser, este princípio é uma razão para uma regra que representa uma razão definitiva para este juízo concreto de dever-ser. Os princípios não são nunca razões definitivas” (tradução livre).

⁹ “[...] sem que tenha que ser avaliada frente a outra norma [...]

3.1.2 O princípio da proporcionalidade

Para a resolução das colisões entre normas do tipo princípio, especialmente, na lição de Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 24), “[...] nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”, faz-se necessário proceder a uma ponderação. A fim de evitar que essa restrição alcance magnitude desproporcional, lança-se mão de um procedimento que utiliza como instrumento guia o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios. Assim, mediante a formulação de uma argumentação racional, se cria uma lei de colisão para o caso concreto, denominada regra adstrita ou associada.

3.1.2.1 O princípio da proporcionalidade e seus subprincípios

O princípio da proporcionalidade, da forma aqui desenvolvida, não é ele em si mesmo uma norma do tipo princípio, e sim um instrumento para resolução das colisões entre normas do tipo princípio. Alexy (2001, p. 112) prefere a denominação máxima ao invés de princípio por entender que não possui as mesmas características nas normas de tipo princípio tratadas em sua obra. Ao contrário, cataloga-o como regra. Aqui, todavia, embora se compactue com o posicionamento de Robert Alexy quanto ao enquadramento da proporcionalidade e seus subprincípios, no que tange ao caráter estrutural, como sendo regras, será utilizado, ao invés dos termos regra, máxima, postulado ou preceito, o termo princípio, por já ser de uso corrente na prática jurídica brasileira.

O termo proporcionalidade, da forma que é empregado por Alexy, não se confunde com a idéia contida na própria palavra proporção, que induz que algo é proporcional quando está equilibrado, quando assume a “[...] mesma relação que (outra coisa) em intensidade, grandeza, grau [...]” (HOUAISS). Ávila (2003, p. 104) faz essa diferenciação quando afirma que o princípio da proporcionalidade, denominado por ele de postulado, embora encontre sua origem “[...] no emprego da própria palavra “proporção”, “[...] não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações”, como, em exemplo citado por ele, quando “no direito eleitoral fala-se em proporção entre o número de candidatos e o número de vagas como condição para avaliação da representatividade”.

Explica Alexy (2001, p. 111 e 112) que as normas do tipo princípio e o princípio da proporcionalidade estão intimamente interligados, sendo este princípio, ou a máxima da proporcionalidade, com seus três subprincípios, ou máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) decorrente da própria estrutura das normas do tipo princípio. Isso porque, quando um princípio de direito fundamental entra em colisão com outro, é necessário que se faça uma ponderação a fim de se optar por um dos princípios, que irá preponderar. Como instrumento para efetuar essa ponderação se lança mão do princípio da proporcionalidade.

Ávila (2003, p. 105) considera um problema o funcionamento desses subprincípios, dotados de aparente clareza, mas que apresentam dificuldades no momento de serem aplicados. Para ele, o princípio “[...] revela problemas que devem ser esclarecidos, sob pena de a proporcionalidade, que foi concebida para combater a prática de atos arbitrários, funcionar, paradoxalmente, como subterfúgio para a própria prática de tais atos”. É por isso que Alexy agrega a necessidade de serem fundamentados através de um discurso racional.

Carlos Bernal Pulido (2003, p. 75) entende o princípio da proporcionalidade da seguinte forma:

El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al Legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución¹⁰.

Acerca dos subprincípios, Alexy (2001, p. 112-113) diferencia o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito dos subprincípios da necessidade e da adequação, caracterizando-se o primeiro como decorrente de serem os princípios mandados de otimização com relação às possibilidades jurídicas, ao passo que os últimos decorrem do caráter dos princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades fáticas.

¹⁰ “O princípio da proporcionalidade cumpre a função de estruturar o procedimento interpretativo para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais que resulta vinculante para o Legislador e para a fundamentação de dito conteúdo das decisões de controle de constitucionalidade das leis. Deste modo, este princípio opera como um critério metodológico, mediante o qual se pretende estabelecer que deveres jurídicos impõem ao Legislador as disposições dos direitos fundamentais tipificadas na Constituição” (tradução livre).

Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 34) nos explica que os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, denominados por ele como sub-regras, já que seguidor da teoria de Alexy, “[...] relacionam-se de forma subsidiária entre si”. Dessa forma, só será exigível proceder-se à análise da necessidade se a solução para o caso não tiver sido encontrada já na análise da adequação, o mesmo valendo para a proporcionalidade em sentido estrito.

3.1.2.1.1 Subprincípio da adequação ou idoneidade

Através do subprincípio da adequação, é analisado se um meio é idôneo para que se alcance o resultado por ele pretendido (ALEXY, 1998 (art.), p. 9). Não se pretende com esse princípio fixar o melhor meio para alcançar determinado fim. Ao contrário, configura-se o subprincípio da adequação como um critério negativo, focado que está em eliminar os meios que não são idôneos para alcançar o fim. Bem afirma Silva (2006, p. 34-35), fazendo referência ao artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Brasileira, que “não se trata, propriamente, de se fazer a eleição da única via possível. A opção, dentre diversas vias possíveis, encontra-se na seara conformadora do legislador democraticamente eleito”.

Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 36) sugere, por entender mais correta, a tradução do subprincípio não somente como o melhor meio para *alcançar* determinado fim, mas também para *fomentar* esse fim. Assim, dispõe: “adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”.

Após a análise de um caso, se a medida for entendida como inadequada ou inidônea, poderá ela ser considerada inconstitucional porque desproporcional. Tendo sido, contudo, considerada a medida adequada, resta ainda definir se é também necessária e proporcional em sentido estrito.

3.4.2.1.2 Subprincípio da necessidade

Para o subprincípio da necessidade, denominado por Pulido (2003, p. 734, nota 233) como princípio da intervenção mínima, vale o mesmo que para o da adequação ou idoneidade, isto é, se analisam os princípios de direito fundamental

escolhendo aquele que garanta, dentro das possibilidades fáticas, que o fim alcançado será obtido da forma que afete menos o indivíduo, isto é, pelo meio mais benigno. (ALEXY, 2001, p. 113). Um meio não será necessário se houver outro que intervenha menos, que seja mais ameno (ALEXY, 1998 (art.), p. 9). Alexy (2004, p. 41) liga esse raciocínio “[...] à idéia do ótimo de Pareto: uma posição pode ser melhorada, sem que outra piore”.

Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 38) diferencia o subprincípio da adequação do da necessidade da seguinte forma: “[...] o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto”.

Alexy (2004, p. 43) atenta para o fato de que “*no se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales*¹¹”. Ao legislador não se impõe a obrigação de escolher o meio mais benigno de todos com base num limite inalcançável, mas de encontrar um meio, dentro dos existentes, que possa beneficiar a realização de um princípio sem afetar demasiadamente o outro.

Veloso também denomina o subprincípio da necessidade de “*mandado do meio mais ameno*” (2007, p. 18, grifo no original), e o subdivide em três etapas:

O processo de identificação de tal meio desenvolve-se em três níveis, concernentes à análise: a) da existência de meios alternativos; b) da intensidade da promoção do fim pela medida adotada e pelos meios alternativos; e c) da intensidade da restrição dos princípios jurídicos afetados (no caso, o princípio de isonomia). Identificando-se meios alternativos que sejam igualmente adequados e menos restritivos, o meio eleito deverá ser declarado inconstitucional. (VELOSO, 2007, p. 18)

Num caso hipotético, se uma medida for considerada desnecessária, não se procede a análise da proporcionalidade em sentido estrito, porque é desproporcional a medida. Caso contrário, passa-se à análise do último subprincípio.

3.1.2.1.3 Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

Ultrapassados os testes da adequação e da necessidade, passa-se à aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que se constitui

¹¹ “não se trata de uma otimização até um determinado ponto máximo, senão simplesmente a proibição de sacrifícios desnecessários para os direitos fundamentais” (tradução livre).

na lei de ponderação propriamente dita, quando então será efetuada a ponderação com relação aos princípios colidentes.

Quando uma norma com estrutura de princípio entra em colisão com outro princípio, as possibilidades jurídicas de realização deste primeiro dependerão daquele. Com base nisso, Alexy (2004, p. 48) formula a *lei de ponderação*, que consiste no seguinte:

“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro¹²”.

Lei da ponderação

A lei de ponderação subdivide a ponderação em três partes: na primeira, determina-se a intensidade da intervenção em um princípio (*“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios [...]”*); na segunda, analisa-se a importância das razões de satisfação de um princípio que justificam a intervenção no outro princípio (*“[...] tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del outro”*); por fim, na terceira parte, se procede à ponderação no sentido estrito e próprio. Alexy (2001, p. 161) reflete que a lei de ponderação, justamente porque põe frente a frente dois (ou mais) princípios, *“pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en si mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos¹³”*.

Luís Virgilio Afonso da Silva (2002, p. 40-41), a fim de demonstrar a importância do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, cita um exemplo, definido por ele mesmo como extremo:

Se, para combater a disseminação da Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos devessem fazer exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária – nos termos previstos pela regra da proporcionalidade -, já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas alternativas teria a mesma

¹² “quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro” (tradução livre) .

¹³ “Deixa evidente que o peso dos princípios não é determinável em si mesmo ou absolutamente, senão que sempre pode-se falar tão somente de pesos relativos” (tradução livre).

eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional, visto que, após ponderação racional, não há como não decidir pela liberdade e dignidade humana (art. 5º e 1º. III), ainda que isso possa, em tese, implicar um nível menor de proteção à saúde pública (art. 6º).

Segundo a lei de ponderação, Alexy (2004, p. 60-61) explica que o grau de satisfação ou afetação de um princípio (ou a intensidade da intervenção no princípio) e a importância da satisfação do outro, num caso concreto (C) pode ser valorada como leve (l), média (m) ou grave (g).

Para se chegar à conclusão de se a intensidade de uma intervenção (ou a importância da satisfação) de um princípio é leve, média ou grave, não se pode atuar de forma arbitrária. Alexy (2001, p. 167; 2004, p. 59) afirma que se deve basear em precedentes jurisprudenciais (nas regras adstritas/associadas formuladas para solução de casos concretos em que conflitam princípios), desde, é claro, que estes estejam fundamentados dentro de uma linha de argumentação racional considerada jusfundamentalmente correta. Isso porque, segundo ele (ALEXY, 2001, p. 167),

[...] la ley de la ponderación en tanto tal no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudieran ser decididos definitivamente los casos. Pero, el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de la ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente.¹⁴ (grifos no original).

Alexy (2004, p. 60-61) explica que, ao passo que a intensidade das intervenções é sempre analisada a partir do caso concreto, o grau de importância da satisfação do princípio colidente, ao contrário, não necessita ser compreendido apenas concretamente, mas também abstratamente. Na maioria das vezes, contudo, embora possam ser tidos como exceções, em alguns casos, os princípios relativos à vida e à dignidade da pessoa humana, os pesos abstratos não necessitam ser levados em conta, pois o peso *prima facie* dos princípios são tidos como equivalentes.

A ocorrência de empates evidencia a possibilidade da existência de uma margem estrutural para a ponderação (ALEXY, 2004, p. 65-66), em que resta à

¹⁴ “[...] a lei da ponderação enquanto tal não formula nenhuma pauta com cuja ajuda possam ser decididos definitivamente os casos. Porém, o modelo de ponderação como um todo proporciona um critério ao vincular a lei da ponderação com a teoria da argumentação jurídica racional. A lei da ponderação diz o que é que deve ser fundamentado racionalmente (tradução livre).”

discricionariedade do legislador a escolha (margem de ação) entre atuar ou não atuar. Nesses casos, se as razões para a intervenção são tão fortes quanto as razões para a omissão, e vice-versa, a ação ou omissão do legislador não será desproporcional (ALEXY, 2004, p. 75-76), visto que o legislador só necessita proteger o direito fundamental dentro do garantido pela Constituição. Acima disso fica ao seu critério (ALEXY, 2004, p. 85-86).

Os empates surgidos a partir da estrutura normativa dos direitos fundamentais, e não aqueles surgidos em consequência de possibilidades limitadas de conhecimento empírico ou normativo acerca do caso, é que fundamentam a existência de margens de ação estruturais. Os segundos fundamentam a margens de ação epistêmica ou cognitiva, que, conforme Alexy (2004, p. 80-82), pode esse problema ser solucionado através da ponderação entre os princípios formais ou procedimentais e os materiais.

Os princípios formais são desprovidos de conteúdo, servindo apenas para designar “[...] *quién debe establecer dicho contenido*”¹⁵ (ALEXY, 2004, p. 89). Quando se esbarra em um empate entre a intensidade de intervenção de um princípio e a importância de outro princípio, o legislador decidirá legitimado pelo princípio formal democrático. Nos casos muito controversos, deve ter o legislador o cuidado de, porque baseado em premissas falsas ou incertas, acabar por deixar desprotegido um direito fundamental. Também não lhe está permitido simplesmente não decidir fundamentando sua omissão nos princípios materiais, que não permitem decida o legislador baseado em premissas inseguras, pois ficaria sua ação, em muitos casos, limitada (ALEXY, 2004, p. 89-92).

Nesses casos, deve-se ter como norte os seguinte enunciados, que Alexy denomina, respectivamente, de lei epistêmica da ponderação (2004, p. 93) – “*Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención*”¹⁶ - e de lei de conexão (2004, p. 107) – “*Los principios formales procedimentales pueden prevalecer sobre los principios iusfundamentales materiales solo cuando están ligados a otros principios materiales*”¹⁷ .

¹⁵ “[...] quem deve estabelecer dito conteúdo” (tradução livre).

¹⁶ “Quanto mais intensa seja uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que sustentam a intervenção” (tradução livre).

¹⁷ “Os princípios formais procedimentais podem prevalecer sobre os princípios jusfundamentais materiais somente quando estão ligados a outros princípios materiais” (tradução livre).

Quando se chegar a um valor positivo, significa que o princípio Pi, no caso concreto, possui peso maior que o princípio Pj, prevalecendo o primeiro em relação ao segundo. Essa relação de precedência condicionada, obtida através da ponderação, pode ser chamada de lei de colisão, que consiste numa regra que será aplicada ao caso concreto, denominada norma adstrita ou associada. Em ocorrendo outro caso que envolva os mesmos princípios, já estão estabelecidas as condições de prioridade que determinam que um princípio terá, em tese, peso relativo maior em relação ao outro. Frente às variantes do caso concreto, através da argumentação racional se ponderará se esse mesmo princípio prevalecerá. Devido à existência de inúmeros casos e combinações possíveis, há muita dificuldade, todavia, de obter-se uma única decisão para cada caso (ALEXY, 1998, p. 15-17). Apesar disso, Alexy (2001, p. 168) assume uma atitude otimista sobre essa questão:

A través de las ponderaciones de la jurisprudencia y las propuestas de ponderación de la ciencia de los derechos fundamentales a las que se ha prestado consentimiento, surge, con el transcurso del tiempo, una red de reglas concretas adscritas a las distintas disposiciones de derecho fundamental y que representan una base importante y un objeto central de la dogmática.¹⁸

Para que essas regras sejam, contudo, jusfundamentalmente válidas, os argumentos utilizados para fundamentá-las devem ser dotados de racionalidade. Devido, pois, a essa necessidade de agregar racionalidade às razões justificadoras da restrição ao direito fundamental, de modo a limitar racionalmente a atuação estatal, deve-se vincular a proporcionalidade à teoria da argumentação.

3.1.3 A teoria da argumentação: o discurso prático racional

Esse modelo foi formulado objetivando solucionar um grande problema da metodologia jurídica atual, que consiste na fundamentação das decisões judiciais num Estado Constitucional Democrático (ALEXY, 1995, p. 12). Aqui não se pretende esgotar o tema. Ao contrário, tão somente se objetiva introduzir algumas idéias de modo a demonstrar o quão complexo é. Dessa forma, almeja-se alertar para o fato de que, provavelmente, muitas das críticas direcionadas ao método alexiano devem-

¹⁸ A través das ponderações da jurisprudência e das propostas de ponderação da ciência dos direitos fundamentais às que se tem prestado consentimento, surge, com o transcurso do tempo, uma rede de regras concretas adstritas e que representam uma base importante e um objeto central da dogmática (tradução livre).

se ao desconhecimento de sua complexidade e/ou a sua incorreta utilização, porque parcial, do que, propriamente, ao método em si.

Esse método não traz uma resposta, muito menos ‘a’ resposta correta. “Apenas” visa a demonstrar o caminho a seguir. Serve de instrumento, a fim de que se consiga obter uma resposta, se não a única correta, o mais próximo da correta, dentro do que a falibilidade humana permite.

Esclarece Alexy (1998, p. 18) que, num campo em que, principalmente nos casos problemáticos, fazem-se necessárias “[...] *valoraciones que no pueden extraerse obligatoriamente del material autoritativamente fijado*¹⁹”, em que já se percebeu ser inconcebível aplicar-se os mesmos métodos das ciências exatas, da lógica formal, que tenta adaptar a solução de modo que seja compatível com as premissas, busca-se na lógica jurídica uma forma de, através da argumentação, demonstrar se são ou não aceitáveis as premissas, a fim de que a solução se mostre, “[...] *al mismo tiempo, justa y conciliable con el derecho en vigor*²⁰” (1995, p. 24 e 26).

É muito difícil conceber um método que, especialmente quando se lida com valores, oriente a que se chegue, num determinado caso, a uma resposta única. Teorias morais materiais mostraram-se infrutíferas na busca da resposta única. O que Alexy (2001, p. 530) entende possível são “[...] *teorías morales procedimentales que formulan reglas o condiciones de la argumentación o de la decisión práctica racional*²¹”.

Alexy (1995, p. 48) aduz que “[...] *um discurso práctico es racional cuando en él se llenan las condiciones de argumentación práctica racional*²²”, conduzindo a um discurso correto. Por isso, a teoria do discurso é chamada teoria procedimental da correção prática. Procedimental porque baseada em um sistema de regras que conferem racionalidade ao processo discursivo (ALEXY, 1995, p. 48), embora não permita alcançar sempre um resultado exato (ALEXY, 1995, p. 51). Alerta Alexy (1998, p. 20) para o fato de que uma resposta única correta para cada caso só seria possível num sistema ideal, onde se disporia de “[...] 1) *tiempo ilimitado*, 2)

¹⁹ “[...] *valoraciones que no pueden extraer-se obligatoriamente do material autoritativamente fijado*” (tradução livre)

²⁰ “[...] *ao mesmo tempo, justa e conciliável com o direito em vigor*” (tradução livre).

²¹ “[...] *teorias morais procedimentais que formulam regras ou condições de argumentação ou da decisão prática racional*” (tradução livre).

²² “[...] *um discurso práctico é racional quando nele são satisfeitas as condições de argumentação prática racional*” (tradução livre).

*información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 5) carencia de prejuicios ilimitada*²³”.

Mesmo, contudo, na ausência dessas condições ideais, deve-se pretender, e nisso consiste a pretensão de correção, alcançar a resposta mais correta possível, e para isso é que Alexy (1998, p. 8) defende a teoria da argumentação, “[...] *orientada de acuerdo con el concepto de razón práctica*²⁴”, como meio de diminuir as deficiências da teoria dos princípios.

3.1.3.1 As regras do discurso prático racional

As regras do discurso, norteadas pela pretensão reguladora de correção e, por isso, relativa e procedimental, e não por uma pretensão de correção absoluta, inviável num discurso real, não garantem total segurança ao método, mas contribuem sobremaneira para que haja redução da irracionalidade. Assim, Alexy (03/1997, p. 304) defende que:

Si se desea utilizar los conceptos de relatividad y de objetividad de las normas morales, entonces se podría decir que el resultado del discurso no es ni sólo relativo ni sólo objetivo. Es relativo en la medida en que se determina por medio de las características de los participantes; y objetivo en la medida en que depende de la realización del procedimiento definido a través de las reglas del discurso. Esto significa que la comprobación discursiva no lleva ciertamente al campo de la seguridad, pero sí fuera del campo de la simple opinión y decisión, lo que justifica la utilización del concepto de corrección relativa²⁵ (grifo ausente no original).

As regras do discurso não devem ser vistas como algo compatível apenas com determinada sociedade, e sim algo com validade universal, na medida em que conferem os mesmos direitos e exigências aos participantes do discurso, tornando possível o discurso entre pessoas de culturas das mais diversas. Alexy (03/1997, p. 306), em contraposição às críticas que afirmam que não seriam as regras do

²³ “[...] 1) tempo ilimitado, 2) informação ilimitada, 3) clareza lingüística conceitual ilimitada, 4) capacidade e disposição ilimitada para a troca de dados e 5) carência de julgamentos ilimitada” (tradução livre).

²⁴ “[...] orientada de acordo com o conceito de razão prática [...]” (tradução livre).

²⁵ Caso se deseje utilizar os conceitos de relatividade e de objetividade das normas morais, então se poderia dizer que o resultado do discurso não é nem somente relativo nem somente objetivo. É relativo na medida em que se determina por meio das características dos participantes; e objetivo na medida em que depende da realização do procedimento definido através das regras do discurso. Isto significa que a *comprovação discursiva não leva certamente ao campo da segurança, mas sim para fora do campo da simples opinião e decisão*, o que justifica a utilização do conceito de correção relativa (tradução livre – grifo ausente no original).

discurso aplicáveis a todos por existirem culturas diversas e, por isso, distintas formas de vida, afirma o que segue:

No dicen sin embargo que todas las formas de vida contengan necesariamente universales²⁶ de la teoría del discurso. Tales universales podrían, sin embargo, ofrecer todavía poco apoyo debido a tabúes, tradiciones, terror o manipulación que existen en la realidad. Los universales sólo desaparecerían del todo si los miembros de una forma de vida perdieran completamente y de manera definitiva la capacidad de plantear seriamente la cuestión ¿por qué?. Las reglas del discurso no definen por ello una forma de vida particular, sino algo que es común a todas las formas de vida, sin perjuicio del hecho de que ese algo resulte válido en dichas formas de vida en medida muy distinta. Ello implica que también es posible en principio un discurso entre miembros de distintas formas de vida²⁷ (grifo ausente no original).

Ademais, a teoria do discurso não busca um consenso (ALEXY, 1995, p. 49). Pode-se, ao contrário, por vezes, na busca de soluções, chegar a resultados que favoreçam a uma minoria, desagradando aos demais. Por isso, não é o consenso nem a satisfação da maioria que faz com que a decisão seja considerada correta. Como bem explica Heck (LEIVAS, 2006, prefácio, p. 17), o “critério de correção decisivo não é o consenso, mas a realização do procedimento conforme as regras do discurso [...]”, pois estas “[...] perseguem o objetivo de obter o cumprimento das condições de argumentação prática racional”.

Tampouco através da argumentação prática racional se busca persuadir o interlocutor, através de um discurso retórico. Ao contrário, é justamente o que esse procedimento pretende evitar, prescrevendo regras que orientem a um discurso claro e transparente, que exponha suas razões para que possam ser debatidas.

3.4.3.2 A classificação das regras do discurso

As regras do discurso podem ser classificadas de várias maneiras, mas recomenda Alexy a seguinte divisão (1995, p. 48): “*reglas que directamente se refieren a la estructura de argumentos y reglas cuyo objeto inmediato es el proceso*

²⁶ Universal: substantivo masculino; filosofia: idéia geral, conceito, termo abrangente aplicável a todos os indivíduos de uma mesma classe de seres ou objetos (HOUAISS)

²⁷ “Não dizem, no entanto, que todas as formas de vida contêm necessariamente *universais* da teoria da argumentação que possam ser expressos através das regras do discurso. Tais *universais* poderiam, contudo, oferecer ainda pouco apoio devido a tabus, tradições, terror ou manipulação que existem na realidade. Os *universais* somente desapareceriam de todo se os membros de uma forma de vida perdessem completamente e de maneira definitiva a capacidade de estabelecer seriamente a pergunta ‘por quê?’. As regras do discurso não definem, por isso, uma forma de vida particular, senão algo que é comum a todas as formas de vida, sem prejuízo do fato de que esse algo resulte válido em ditas formas de vida numa medida muito diferente (tradução livre – grifo ausente no original).”

*del discurso*²⁸. As regras do primeiro grupo são as mesmas utilizadas para a fundamentação moral. Possuem validade independentemente da teoria do discurso, valendo também para monólogos, pois formulam as exigências gerais de racionalidade. Entre elas estão incluídas, por exemplo, “[...] *la no contradicción, la universalidad en el sentido de un uso consistente de los predicados utilizados, la claridad lingüística conceptual, la verdad empírica, la consideración de los efectos y la ponderación*²⁹” (ALEXY, 1995, p. 67).

Alexy (1995, p. 68) assevera que a principal finalidade das regras do segundo grupo, de caráter não-monológico, é assegurar imparcialidade na argumentação, através da garantia de igualdade e liberdade de argumentação. Aponta (1995, p. 68) as seguintes regras, dentre as demais do seu método, como sendo as mais importantes:

1. Todo el que pueda hablar, puede tomar parte en el discurso.
2. a. Todos pueden cuestionar cualquier afirmación.
b. Todos pueden introducir cualquier aseveración en el discurso.
c. Todos pueden exteriorizar sus criterios, deseos y necesidades.
3. Ningún hablante puede ser impedido de ejercer la salvaguardia de sus derechos fijados en (1) e (2), cuando dentro o fuera del discurso predomina la fuerza.³⁰

Alexy considera essas regras de imprescindível aplicação, pois que, somente através da utilização delas por todos os participantes do discurso, é que este pode ser considerado completamente racional (03/1997, p. 292-293), e, somente se uma norma for obtida através do discurso prático racional é que poderá ser considerada correta e, conseqüentemente, válida (1995, p. 66).

²⁸ “regras que diretamente se referem à estrutura do argumento e regras cujo objeto é o processo do discurso” (tradução livre).

²⁹ “[...] a não contradição, a universalidade no sentido do uso consistente dos predicados utilizados, a clareza lingüística conceitual, a verdade empírica, a consideração dos efeitos e a ponderação” (tradução livre).

³⁰ 1. Todo aquele que queira falar, pode tomar parte no discurso.
2. a. Todos podem questionar qualquer afirmação.
b. Todos podem introduzir qualquer asseveração no discurso.
c. Todos podem exteriorizar seus critérios, desejos e necessidades.
3. Nenhum falante pode ser impedido de exercer a salvaguarda de seus direitos fixados em (1) e (2), quando dentro ou fora do discurso predomina a força.

4 O ORDENAMENTO TRIBUTÁRIO COMO VIABILIZADOR DE POLÍTICAS VOLTADAS À CONCRETIZAÇÃO DO “DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA AO EQUILÍBRIO ECOLÓGICO³¹”

Sendo o direito ao meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações direito fundamental dotado de aplicabilidade imediata, deve o poder público encontrar meios de dotar esse dever de aplicabilidade fática. O tributo tem sido apontado como um desses meios, destacando-se, mais especificamente, os com função extrafiscal.

O tributo, quando bem aplicado, pode ser utilizado como instrumento efetivador dos direitos fundamentais. Contudo, não costuma ser visto com bons olhos pela sociedade. Associa-se historicamente esse pagamento a uma sanção, o que, todavia, é vedado. Quando proporcionalmente cobrado, e utilizado efetivamente e para os fins estabelecidos na Constituição, porém, é que assume seu verdadeiro caráter de instrumento para manutenção da máquina pública e de promotor de políticas sócio ambientais. Nas palavras de Palsen:

[...] a tributação não constitui propriamente uma concessão da sociedade em favor do Estado, tampouco uma exigência unilateral deste, mas, sim, instrumento da própria sociedade no sentido da viabilização da manutenção da máquina pública estruturada conforme os anseios desta mesma sociedade [...]. Daí o surgimento da noção de que a obrigação de pagar tributos constitui, responsável que é pela manutenção da sociedade que integra. (2008, p. 17)

Desse modo, a tributação, num Estado Democrático de Direito, deve ser vista como um dever de todos a fim de garantir ao Estado meios financeiros que lhe permitam não só tornar possível a manutenção da máquina pública, mas também promover as políticas socioeconômico ambientais prescritas na Constituição Federal. Carvalho (2013, p. 37) as denomina de “mecanismos de mercado (*market-based instruments*)”. E, numa sociedade capitalista, mais efetivo ainda que a pressão para as mudanças comportamentais se dê justamente no seu ponto mais nevrálgico: o capital. Nesse sentido, corroboram Ribas e Carvalho (2009, p. 2): a “utilização de tributos na defesa do meio ambiente pode provocar estímulos comportamentais na gestão das empresas e no hábito dos consumidores, na medida em que atinge a base do sistema capitalista: o capital”.

³¹ STEIGLEDER, Anelise. 2011, p. 86.

No Estado Social Democrático, fundado no “ pilar da solidariedade ” (BUFFON, 2009, p. 24), a tributação cumpre importante papel de atuação positiva, contribuindo para a diminuição das desigualdades sociais. Marco Aurélio Greco frisa a “[...] necessidade de se evoluir de uma visão do ordenamento tributário meramente protetiva do contribuinte para uma visão do ordenamento tributário como viabilizador das políticas sociais ” (*apud* PALSEN, p. 18). Rosenblatt (2004, p. 4) aponta algumas vantagens à utilização da tributação para fins ambientais:

A primeira é a flexibilidade dos instrumentos econômicos. Enquanto as medidas diretas impõem certos comportamentos e não admitem alternativas, estes permitem ao agente poluente eleger a via mais oportuna: investir em insumos e equipamentos “ limpos ” ou pagar mais tributos, mantendo as condutas inconvenientes. A segunda vantagem é o incentivo à investigação de alternativas economicamente sustentáveis. No caso da indústria, que propiciem a troca de máquinas e insumos e, no dos consumidores, que induzam à transformação dos hábitos de consumo e o tratamento dos resíduos domésticos, por exemplo. E a terceira é a utilização dos órgãos fiscais (estrutura e pessoal) já existentes, dispensando a criação de uma nova burocracia ambiental específica, com o gasto desnecessário de recursos humanos e materiais.

Em vista disso, crucial a mudança de paradigma que já vem se observando, através da atuação positiva do Direito Tributário com a implementação de medidas que visam à indução de comportamentos positivos em prol do meio ambiente, bem como de inibição de comportamentos deletérios. Palsen afirma que os tributos possuem:

[...] caráter predominantemente fiscal, devendo pautar-se, essencialmente, pelos princípios da segurança, da igualdade e da capacidade contributiva. Mas a finalidade fiscal, arrecadatória, não é a única, de modo que, ao lado da capacidade contributiva, também razões extrafiscais autorizam diferenciação tributária, desde que efetivamente presentes e amparadas constitucionalmente”. (PALSEN, 2008, p. 19).

Premente, portanto, é estarem esses tributos em consonância com a Constituição, visto que, ao serem permitidos arbítrios em prol do meio ambiente corre-se o risco de também liberá-los contra, sob os mesmos argumentos.

4.1 INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO

As divisões do Direito em diversos ramos se compreendem como forma didática a fim de facilitar o estudo dessas áreas. Contudo, estando essas subordinadas à Constituição, torna-se não só possível, mas exigível a interrelação

entre diversas áreas. No caso, entre Direito Ambiental e Direito Tributário. Frente ao agravamento das questões ambientais, passou o Estado a instituir políticas públicas, através da tributação, com vistas a inibir determinados comportamentos deletérios ao meio ambiente, bem como a estimular comportamentos mais benéficos. Estão essas medidas, bem como o necessário embricamento entre Direito Ambiental e Tributário, previstas na Constituição:

A instituição da tributação ambiental encontra fundamento constitucional nos arts. 145, caput, 170, VI, e 225, caput, CF/1988 (LGL\1988\3). O primeiro dispõe sobre a competência tributária dos entes políticos. O segundo estabelece que a ordem econômica visa assegurar às pessoas a concretização de uma qualidade de vida digna, norteando-se pela justiça social e pela tutela ambiental, mediante tratamento diferenciado conforme a atividade empresarial desenvolvida. O terceiro estatui a competência e a responsabilidade do Poder Público e da sociedade em manter o equilíbrio ecológico, corroborando a idéia de que a política econômica deve ser licenciada pela política ambiental. (RIBAS E CARVALHO, 2009, p. 3)

Pode-se adicionar, ainda, por mencionar explicitamente o dever do poder público de regular a atividade econômica, com vistas a fomentar o desenvolvimento nacional equilibrado, levando em conta a proteção do meio ambiente, o artigo 174 da CF. Mais do que apenas um poder, pois, trata-se de um dever, de um mandamento ao poder público para que institua medidas que se destinem a realizar o desejo da Constituição. E também esse dever se estende à população em geral, seja ela de empresários, de consumidores. Todos devem assumir uma conduta pró-ativa com vistas a mais do que a manutenção: a recuperação do equilíbrio ecológico.

Na questão ambiental, Rosenblatt (2004, p. 2) destaca que os tributos podem ser utilizados de várias formas. Podem, por exemplo, ser instituídos tanto “[...] para arrecadar os recursos necessários aos programas ambientais, para custear a prestação de serviços públicos e o exercício do poder de polícia destinados à proteção dos recursos naturais, como para orientar a atuação dos contribuintes em face do meio ambiente”.

4.2 PRINCÍPIOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E AMBIENTAL

. A fim de alcançar o bem comum, exige-se que se tenha como norte os contornos estabelecidos na Constituição, e que, portanto, sejam os tributos destinados à proteção do meio ambiente instituídos de forma compatível com as normas e princípios de direito tributário e ambiental

Os princípios são mandatos de otimização. Não se concretizam por inteiro nem de modo absoluto. Recomendável, pois, que, a fim de que a concretização dos diferentes direitos fundamentais se dê da forma menos arbitrária possível, seja lançado mão do princípio da proporcionalidade. Carvalho (2013, p. 233), a respeito do tema, defende o que segue:

O princípio da proporcionalidade é um importante programa de decisão quando se está diante do conflito entre direitos fundamentais, sobretudo em contextos de incerteza (seja a respeito de sua ocorrência ou dos efeitos), como ocorre no caso dos riscos ambientais. [...] A fim de lidar com esses conflitos *intrassistêmicos* (internos ao sistema do direito), o princípio da proporcionalidade estimula a ponderação entre os interesses envolvidos (comunicações científicas, econômicas, jurídicas, políticas), devendo ser impostas medidas proporcionais à gravidade e à probabilidade do risco existente.

O princípio da proporcionalidade apresenta-se, então, como de fundamental utilidade na ponderação entre princípios colidentes de direito tributário e ambiental.

A utilização do tributo com o fim de induzir a sociedade a se comportar de forma mais compatível com a preservação do meio ambiente traz em si a idéia de diferenciação, de desigualdade, em busca da concretização da igualdade material. Assim como comportamentos e realidades iguais, devem ser tratados de forma igual, realidades diferentes devem ser tratadas de forma diferente, na medida das suas desigualdades. Conclui-se, então, ser o princípio da igualdade basilar no tocante não só da extrafiscalidade, mas de qualquer Estado de Direito. Veloso (2007, p. 2) é enfático ao afirmar que a “igualdade representa um elemento essencial de qualquer teoria séria de justiça e, por consequência, encontra-se positivada qual um princípio constitucional fundamental em todos os sistemas jurídicos contemporâneos”.

Os princípios elencados aqui não se esgotam. Foram escolhidos mais pelo o critério exemplificativo, por serem os que mais estão entram em conflito no momento da elaboração das normas tributárias direcionadas ao meio ambiente. Nesse “entrelaçamento”, Ribas e Carvalho (2009, p. 4) destacam “os princípios do poluidor-pagador, do consumidor-pagador, da igualdade, da capacidade contributiva, da legalidade tributária, da precaução e do desenvolvimento sustentável”. Steigleder (2011, p. 159) adiciona o da “solidariedade com o futuro”. Carvalho (2013, p. 231) por sua vez, no tocante ao Direito Tributário, cita “[...] a livre iniciativa, a propriedade privada, o desenvolvimento econômico, o sigilo industrial (privacidade) etc.” Rosenblatt (2004, p. 2) acrescenta ainda à essa lista o princípio da prevenção.

Magalhães (2007, p. 60) elege, também, entre os de direito ambiental, o da cooperação, o do equilíbrio. No atinente ao direito tributário, lembra ainda dos princípios da vedação do confisco (atrelado ao da capacidade contributiva), da progressividade, da irretroatividade e da anterioridade.

Veloso (2007, p. 9-11), por sua vez, apresenta uma explicação muito didática com referência ao princípio da igualdade. Seriam os princípios da capacidade contributiva e da progressividade, referentes aos impostos e contribuições especiais, do benefício, referente às contribuições de melhoria, e da equivalência, referente às taxas, nada mais do que critérios de concretização do princípio da igualdade ou isonomia.

Rosenblatt (2004, p. 2) define os princípios ambientais da precaução, da prevenção, e do poluidor pagador da seguinte forma:

1) precaução, prudência ou cautela: determina que as decisões ambientais levem em consideração as incertezas sobre os danos potenciais que uma atividade possa causar ao meio ambiente, aplicando-se as máximas *in dubio pro saluta* e *in dubio pro natura*; 2) prevenção: preocupa-se em evitar os danos ambientais, quando já existam provas científicas do caráter lesivo de determinada atividade; e 3) poluidor pagador: implica na imposição aos agentes poluidores do dever de "internalizar" em seus custos de produção a responsabilidade por medidas de proteção ambiental e controle da poluição.

Atente-se para o fato de que o termo "poluidor pagador" não pode ser entendido ao contrário (pagador-poluidor), isto é, como uma licença para poluir. E quanto aos princípios da prevenção e da precaução, Engelmann e Machado (2013, p. 30) classificam o primeiro como "reativo", porque "visa controlar os riscos comprovados", e o segundo como "proativo", por intervir "em situações de risco ambientais e incertezas jurídicas". Nesse sentido:

Os princípios da precaução e prevenção sugerem que o mero risco de dano ao meio ambiente é suficiente para que sejam tomadas todas as medidas necessárias a evitar a sua concretização. Isso decorre tanto da importância que o meio ambiente adquiriu no ordenamento constitucional inaugurado com a Constituição de 1988 quanto da irreversibilidade e gravidade dos danos em questão, [...], ainda que este não esteja minuciosamente comprovado pelos órgãos protetivos. (ADPF 101, *apud* STEIGLEDER, 2013, p. 164).

No mesmo sentido, posiciona-se o STF acerca do princípio da precaução:

O princípio da precaução, consagrado formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – Rio 92

(ratificada pelo Brasil), a ausência de certezas científicas não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida prevalece a defesa do meio ambiente. (Resp 1285463/SP)

Em outro julgado, do STJ, os princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção foram definidos como balizadores na interpretação das leis:

I. Os princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, previstos no art. 225, da Constituição da República, devem orientar a interpretação das leis [...] no direito ambiental, [...], porquanto o meio ambiente é um patrimônio para essa geração e para as futuras, bem como direito fundamental, ensejando a adoção de condutas cautelosas, que evitem ao máximo possível o risco de dano, ainda que potencial, ao meio ambiente. (AgRg no Resp 1418795/SC)

Os princípios envolvidos e o peso que será dado a cada um, no caso concreto, é que irão definir qual deles irá prevalecer. Na ADPF nº 101, referente à importação de pneus usados, por exemplo, acabou prevalecendo os princípios relativos ao meio ambiente:

O argumento dos interessados de que haveria *violação ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa* por igual não se sustenta, porque, ao se ponderarem todos os argumentos expostos, conclui-se que, se fosse possível atribuir *peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado* preponderaria a proteção desses, cuja cobertura, de resto, atinge não apenas a atual, mas também as futuras gerações. (*apud* CARVALHO, 2013, p. 71, grifo no original).

4.3 CLASSIFICAÇÃO DOS TRIBUTOS

Os tributos podem ser classificados de várias maneiras, dependendo do critério a ser levado em consideração. O entendimento de Amaro (*apud* LIMA e NÓBREGA, 2011, p. 12) é o seguinte:

As dificuldades encontradas para a classificação das espécies de tributos decorrem do fato de que os sistemas tributários, não obstante as tentativas para dar-lhes lógica e racionalidade, não nasceram prontos e acabados; ao contrário, formaram-se ao longo da história, na medida das necessidades do Estado e de suas funções, que também evoluíram ao longo do tempo, e, modernamente, especializaram-se em órgãos autônomos, estatais e não estatais, a que o Estado delegou atribuições de interesse público, buscando, em consequência, provê-los com receitas legais.

Podem ser dados alguns exemplos de classificações, como pela competência impositiva (federal, estaduais ou municipais), quanto à repercussão econômica (diretos ou indiretos), ou ainda quanto ao exercício da competência (privativo,

comum ou residual) (LIMA e NÓBREGA, 2011, p. 12). O que deve, contudo, ser levado primordialmente em conta, é estarem os tributos orientados de modo a promoverem a realização dos direitos fundamentais constitucionais.

Canazaro bem coloca que:

[...] o tributo deve ser entendido como um meio para atingir-se a um fim – a concretização dos direitos fundamentais. A forma como buscamos realizar este fim justifica a classificação dos tributos em dois grupos: o grupo dos tributos em que a promoção dos direitos fundamentais se dá em função da atividade de geração de receita, isso para em momento posterior fazer frente à despesa do Estado; e o grupo dos tributos em que a promoção dos direitos fundamentais se dá em função da orientação de condutas que esteja em sintonia com os objetivos do Estado Democrático de Direito”. (CANAZARO, 2015, p. 47, grifo no original)

E, no assunto em tela, os tributos em foco são os que se destinam a concretização dos direitos fundamentais com vistas a induzir condutas com vistas a melhorar a qualidade do meio ambiente e inibir práticas deletérias. Ribas e Carvalho (2009, p. 3-4) esclarecem que os tributos ambientais não precisam ser entidades próprias, criadas especificamente. Tampouco importa sua denominação. Podem ser, inclusive, tributos já existentes, desde que concorram para que se alcance esse objetivo. Para melhor entendimento, expõem-se suas palavras:

Na verdade, o tributo denominado ambiental, de forma ampla, é todo aquele voltado para a defesa do meio ambiente. Pode ser um imposto, uma taxa ou uma contribuição de melhoria. Pode, ainda, ser um novo tributo ou um tributo já existente, mas cuja forma de tributação tutela o meio ambiente. É claro que, em quaisquer vestes, o tributo ambiental deve respeitar os limites constitucionais tributários e ambientais, tanto no que concerne aos princípios quanto às competências. Fica patente, então, que não importa o nome que se dê: tributo ambiental, imposto ecológico, imposto verde, *green tax*; se o termo "ambiental" se refere à estrutura da norma tributária, à vinculação do produto arrecadado ou ao aspecto de extrafiscalidade dado ao tributo. O que realmente importa é que a tributação ambiental esteja de acordo com o sistema constitucional, além de carrear em seu bojo a tutela do meio ambiente. (RIBAS e CARVALHO, 2009, p. 3-4)

Tendo-se em vista estar nosso objetivo orientado aos tributos indutores de mudanças comportamentais, interessa-nos, pois, estar a finalidade ou a função do tributo direcionada a esse fim, qual seja, a concretização dos direitos fundamentais voltados a proteção do meio ambiente. Palsen (2008, p. 18) aponta que a justificação da tributação em função da sua finalidade ganhou corpo com a Constituição Federal de 1988. Afirma ele que, diferentemente do que ocorria na vigência das constituições anteriores, agora

[...] temos uma constituição da sociedade brasileira, figurando a pessoa humana em papel central, enunciando-se, já em seu início, direitos fundamentais e sociais, e funcionalizando-se a tributação mediante um novo modo de outorga de competência tributária em que ganha relevância a justificação da tributação em função da sua finalidade.

4.3.1 Classificação quanto à finalidade ou função do tributo

Dentro desse critério, estão enquadrados os tributos de acordo com a sua função: fiscal ou extrafiscal. Um dos pontos interessantes de se compreender a diferença entre esses tributos, ao se levar em conta a função, é se perceber que não são entidades puras. Muito bem formulada é a explanação de Carvalho (*apud* LIMA e NÓBREGA, 2011, p. 14):

Há tributos que se prestam, admiravelmente, para a introdução de expedientes extrafiscais. Outros, no entanto, inclinam-se mais ao setor da fiscalidade. Não existe, porém, entidade tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão só a fiscalidade, ou, unicamente, a extrafiscalidade. Os dois objetivos convivem, harmônicos, na mesma figura impositiva, sendo apenas lícito verificar que, por vezes, um predomina sobre o outro.

4.3.1.1 Fiscalidade e extrafiscalidade

O tributo assume caráter preponderante fiscal caso seja instituído com o fim de arrecadação de recursos para suprir os cofres públicos. No entanto, se a arrecadação for uma motivação secundária, ou inexistente, mas sim for ele, o tributo, voltado para o incentivo ou desestímulo de determinada conduta que vai de encontro aos princípios fundamentais constitucionais, será ele extrafiscal. (CANAZARO, 2015, p. 47 a 49).

Tratando da extrafiscalidade tributária, Coêlho precisa que ela só inibe condutas quando exacerba os encargos fiscais para obstaculizar determinados consumos e onerar excessivamente certas situações. Essa é a única maneira de se utilizar o tributo com finalidade diferente da simples arrecadação. Obviamente que essa forma de tributação deve ser regida pelos princípios tributários para evitar a tributação desmedida e irracional. Dessa maneira, não se pode admitir que o legislador, apoiando-se em justificativas de finalidade, estabeleça normas tributárias dotadas de extrafiscalidade desvairada. Os limites principiológicos se revelam, nesse momento, essenciais. O sistema constitucional, ao mesmo tempo em que confere poderes ao Estado para realizar seus objetivos fundamentais, estabelece limites para seu exercício. (*apud* RIBAS e CARVALHO, 2009, p. 7).

Importante salientar que não é a denominação dada ao tributo que vai qualificar a espécie tributária nem determinar o seu fim. Nesse sentido, Palsen (2008, p. 35) esclarece que a “[...] natureza específica de cada tributo” deve “[...] ser feita com atenção aos traços que lhe são essenciais”. Esclarecedora a assertiva de Alberto Xavier (*apud* PALSEN, 2008, p. 34):

A Constituição não procedeu, pois, a uma classificação, mas a uma tipologia de tributos, definindo uns por características atinentes à estrutura (impostos, taxas), outros por características ligadas à função (contribuições), outros por traços referentes simultaneamente a um ou outro dos citados aspectos (contribuição de melhoria) e outros ainda por aspectos de regime jurídico alheios quer à estrutura, quer à função, como é o caso dos empréstimos compulsórios.

Citando Canazaro:

[...] o caráter atribuído a cada tributo, fiscal ou extrafiscal, é verificado em razão da forma como esse realiza o fim – o tributo assume natureza fiscal, se a realização do fim for motivada pela arrecadação por ele gerada; e natureza extrafiscal, se a realização do fim for motivada pela orientação para a tomada (ou para a adoção), de condutas [... regulatórias de comportamentos, em matéria econômica, social e política. (CANAZARO, 2015, p. 47 – 48).

4.3.1.2 Tributos com função fiscal

Palsen (2008, p. 19) afirma que os tributos são a principal fonte de receita dos Estados modernos, os quais denomina “Estado Fiscal ou [...] Estado Tributário”. Classifica os tributos como sendo “receita derivada (porque advinda do patrimônio privado) e compulsória (uma vez que decorre de lei [...])”. Devido a isso, diz possuírem “caráter predominantemente fiscal”, sendo pautados, “[...] essencialmente, pelos princípios da segurança, da igualdade e da capacidade contributiva”. Os tributos com essa função servem para que o Estado arrecade recursos para, basicamente, a manutenção da máquina pública. Serviriam, mais especificamente, para o atendimento dos direitos fundamentais de cunho prestacional, quais sejam, os de primeira geração (BUFFON, 2009, p. 218). Nesse sentido, esclarecem Lima e Nóbrega (2011, p. 13) que:

A atividade financeira do Estado é, assim, “[...] a atuação estatal voltada para obter, gerir e aplicar os recursos financeiros necessários à consecução das finalidades do Estado que, em última análise, se resumem na realização do bem comum” (Harada *apud* LIMA e NÓBREGA). [...] Como receita derivada que são os tributos arrecadados são destinados aos cofres públicos, a partir do que já podem ser direcionados para o cumprimento das

finalidades estabelecidas no orçamento, em atenção ao princípio da legalidade.

Por serem os tributos dessa natureza desprovidos “[...] de outros interesses, sejam sociais, ambientais, políticos ou econômicos, que influenciem no contexto da atividade de imposição tributária” é que, em tese, não se prestariam à proteção e defesa do meio ambiente” (GUSMÃO, 2006, p. 1).

4.4.1.3 Tributos com função extrafiscal

Os tributos com função extrafiscal têm, como principal prerrogativa, a indução de comportamentos com o intuito de promover a efetivação dos direitos de segunda e terceira geração (BUFFON, 2009, p. 218). Não se caracterizam, portanto, por apresentar função meramente arrecadatória, embora essa possa estar presente, visto não serem puros. Apenas a sua função principal concentra-se na intervenção, na regulação da economia, não na arrecadação. Carrazza, elucida que:

[...] “há extrafiscalidade quando o legislador, em nome do interesse coletivo, aumenta ou diminui as alíquotas e/ou as bases de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir os contribuintes a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa” (*apud* LIMA e NÓBREGA, 2011, p. 14, grifo no original).

Em determinados casos é muito tênue a diferenciação entre tributo de natureza fiscal ou extrafiscal. Canazaro (2015, p. 140) salienta que “às normas com viés extrafiscal [...] é atribuída uma maior carga axiológica a outros princípios que encontram envolvidos na relação”.

Veloso (2007, p. 19) afirma que “a extrafiscalidade é um fenômeno global e inerente aos Estados modernos, os quais intervêm diretamente na economia e tutelam os direitos fundamentais dos cidadãos”, sendo sua legitimidade constitucional reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência.

Souza e Teodorovicz (2010, p. 19) situam os tributos com função extrafiscal voltados à proteção do meio ambiente como sendo aqueles denominados mundialmente de “*Green Taxes*”, e os classifica como fazendo parte “das medidas fundamentais da Política de proteção ao meio ambiente”. Propõe, inclusive, uma definição do que ele denomina “fenômeno atinente à extrafiscalidade socioambiental”:

[...] a extrafiscalidade socioambiental é a utilização de mecanismos tributários vetorados para a obtenção de resultados sociais e ecológicos sistemicamente sustentáveis. Logo, a extrafiscalidade socioambiental é instrumento de natureza tributária de intervenção do Estado na ordem econômica, com o objetivo de promover (induzir) melhores condutas sociais e ambientais e inibir comportamentos econômicos geradores de externalidades negativas. (SOUZA e TEODOROVICZ, 2010, p. 5).

4.4 LIMITAÇÕES À EXTRAFISCALIDADE

A extrafiscalidade, como já exposto, não é instituto novo em Direito Tributário. É amplamente aceita e, em que pese para a proteção do meio ambiente seu uso seja relativamente recente, quando bem aplicada pode viabilizar importantes mudanças na economia, fomentando, em consequência, a concretização do direito fundamental da pessoa humana ao equilíbrio ecológico.

A extrafiscalidade comporta, em si, uma discriminação, uma desigualdade, e há casos em que, justamente por corrigir uma situação desigual, através de um tratamento desigual, ela é legítima. Veloso (2007, p. 13) pontua que “é reconhecida pacificamente a necessidade de conceder ao legislador espaços de decisão [...] para que regule os variados âmbitos da realidade social a partir de valorações de natureza política, econômica, social e administrativa”.

A nosso juízo, [...] o reconhecimento e a determinação dessas esferas de liberdade devem derivar precipuamente da análise das limitações do conhecimento axiológico [...], ou seja, dos confins da possibilidade de adotar valorações fundadas em valores objetivos. [...] Quando não seja mais viável adotar uma decisão valorativa com relação às imposições derivadas do princípio mencionado, deverão ser reconhecidos e respeitados os espaços de decisão [...] legislativa [...]. (VELOSO, 2007, p. 15).

Não se deve, contudo, lançar mão da extrafiscalidade sob bases subjetivas, sob qualquer pretexto, mesmo quando for identificada a compatibilidade da medida com os princípios “[...] do âmbito regulado” (VELOSO, 2007, p. 19). Acerca desse tema, Veloso (2007, p. 19) coloca-nos uma observação crucial:

A admissibilidade constitucional da extrafiscalidade não se confunde com sua legitimidade nem tampouco a implica. Do fato de que a persecução de fins não fiscais através dos instrumentos de Direito Tributário seja admissível não se pode inferir que todas as normas extrafiscais sejam constitucionalmente legítimas, que a promoção de fins extrafiscais seja juridicamente livre e incondicionada, relegada ao completo arbítrio do legislador. É errado afirmar *a priori* a legitimidade da tributação extrafiscal.

No mesmo sentido se posiciona Palsen (2008, p. 19), afirmando que razões extrafiscais podem autorizar a diferenciação tributária, “[...] desde que efetivamente presentes e autorizadas constitucionalmente”. Veloso (2007, p. 18-19) esclarece que, para que seja reconhecida a constitucionalidade da medida adotada pelo legislador, deve restar muito clara que a finalidade dessa divirja da meramente financeira. Mesmo que se constate estar presente essa finalidade, deve ser ela efetiva para que seja a norma considerada constitucional. Esse cuidado visa a evitar que se fira o princípio da igualdade tributária material. É vedado que se procure atingir determinados fins com meios inidôneos, ou mesmo que, com meios idôneos, não se atinja os fins pretendidos. Frisa que “a regra da necessidade impõe que se adote o meio menos restritivo ao direito fundamental [...], desde que promova o fim em grau igual ou superior às demais medidas que poderiam ser adotadas”. E complementa, ainda, que a regra da necessidade, também conhecida como “*mandado do meio mais ameno*”, prescreve que “entre os meios igualmente adequados a realização do fim, escolha-se aquele que gere uma desigualdade mais amena” (VELOSO, 2007, p. 18, grifo no original).

Além disso, para ele (VELOSO, 2007, p. 19-20), deve-se, por fim, “[...] superar-se o controle de proporcionalidade”. No que concerne à questão, Veloso (2007, p. 20) explica que:

Superados os exames de adequação e necessidade, as normas extrafiscais deverão ser sujeitas, enfim, a um derradeiro controle, de proporcionalidade *stricto sensu*. Isto é, para que seja reconhecida a sua legitimidade constitucional, é imprescindível que os fins não fiscais possuam, no caso concreto, um peso mais elevado daquele relativo ao princípio da igualdade tributária (e dos demais princípios eventualmente afetados): desigualdades significativas jamais poderão resultar em fins extrafiscais de importância limitada.

Nesses casos, cabe aos juízes exercer a guarda da Constituição. Quanto a isso, aliás, não pode a atuação do judiciário ser permitida, nas questões em que a lei maior deixa ao legislador uma maior discricionariedade, apenas em casos de evidente arbitrariedade. Essa proibição, esse engessamento da atividade do poder judiciário pode converter-se na quase irrestrita possibilidade de escolha ao Legislador. Essa colocação foi inspirada no artigo de Veloso (2007, p. 3-6, 16-17), que faz referência à tese da “interdição da arbitrariedade”. Importante mencioná-la, pois restringe muito a atuação dos juízes. Veloso pondera que “[...] referida interdição não exige, em princípio, a análise da necessidade da medida legislativa e

nem mesmo da proporcionalidade *stricto sensu* da intervenção, limitando-se a impor a adequação da distinção à realização de fins legítimos” (VELOSO, 2007, p. 5).

Em se tratando de meio ambiente, há casos em que o STF reconhece a legitimidade do controle, pelo judiciário, dos atos dos demais poderes:

[...] não viola o princípio da separação dos Poderes o controle de legalidade exercido pelo Judiciário [...] em se tratando de direitos da terceira geração, envolvendo interesses difusos e coletivos, como ocorre com afetação negativa do meio ambiente, o controle deve ser da legalidade ampla”. (AI 817564 AgR/MG).

Importante precedente, visto que se refere ao meio ambiente, mas não aos tributos. Quanto aos tributos, porém, embora se encontre precedentes, esse controle é mais frequentemente admitido quando se percebe a presença de evidente arbitrariedade, em que se reflete a preocupação em vedar os excessos do Poder Público nos atos sancionatórios. Relaciona-se, então, aos direitos de primeira geração (proteção do indivíduo contra atos do Estado), e não de terceira. No exemplo a seguir, lança-se mão, inclusive, do princípio da proporcionalidade, em que pese só a título de citação, com vistas a fundamentar a decisão:

“O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.” (RTJ 176/578-580, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) Em suma: a prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental, constitucionalmente assegurados ao contribuinte, pois este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos por este editados. (RE 370682/SC).

Nenhum dos casos anteriores diz respeito a extrafiscalidade. Nos STF, a discricionariedade ainda é, em matéria de extrafiscalidade tributária, em grande

medida conferida ao legislador como sinônimo de impedimento de controle pelo judiciário:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (...) IPI. (...) 3. A concessão do benefício da isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, cujo controle é vedado ao Judiciário. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 480.107-AgR)

4.5 ESPÉCIES DE TRIBUTOS

Na Constituição estão previstas cinco espécies tributárias: impostos, taxas, contribuição de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios. Afirma Palsen (2008, p. 39) que, por ter sido o “Texto Constitucional exaustivo ao outorgar competência tributária aos entes políticos, todo e qualquer tributo tem de se enquadrar em uma dessas categorias, sob pena de invalidade”. As três primeiras espécies estão arroladas no artigo 145 da Constituição Federal, sendo competentes para instituí-los os quatro entes da federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). As duas últimas espécies, cuja competência para instituição é restrita à União, estão elencadas nos artigos 148 e 149.

4.5.1 Impostos

Os impostos, segundo Palsen (2008, p. 39) são espécies tributárias cujo fato gerador está desvinculado de qualquer atividade estatal específica. Destaca o autor que o principal critério para a distribuição do ônus tributário, que tem por fim contribuir para as despesas públicas, é o da capacidade contributiva. Veloso acentua, quanto a isso, que:

[...] a capacidade contributiva constitui um *critério de concretização* do princípio de igualdade e que o princípio correlato (isto é, o princípio de capacidade contributiva) não possui a função de orientar diretamente a graduação do ônus tributário: contribui indiretamente para isso, pois indica o elemento (a capacidade contributiva) que deverá ser o critério-guia para a aplicação do princípio da isonomia tributária aos impostos e contribuições especiais. (VELOSO, 2007, p. 9, grifo no original).

Outro critério de concretização do princípio da igualdade apontado pelo autor seria o da progressividade. Seriam ambos os critérios, o da capacidade contributiva

e o da progressividade, então, “elementos de concretização da isonomia tributária” (VELOSO, 2007, p. 10).

As normas de competência estão elencadas nos artigos 153, 155 e 156 da Constituição Federal, e, conforme Palsen (2008, p. 39), “indicam bases econômicas relacionadas exclusivamente aos contribuintes, como a aquisição de renda, a circulação de mercadorias, a propriedade predial e territorial urbana”. Além disso, chama o autor a atenção para o fato serem os impostos “[...] tributos cujo **produto não pode ser previamente afetado** a determinado órgão, fundo ou despesa, nos termos do art. 167, IV, da CF, salvo as exceções expressas na própria Constituição [...]” (grifo no original). Quanto à destinação, explica que será essa feita “[...] conforme lei orçamentária”.

É o imposto, justamente por não poder ser previamente afetado e por não estar vinculado a qualquer atividade estatal, considerado de finalidade precipuamente fiscal. Acerca disso, contudo, Maganhini (2007, p. 68) afirma que “não se pode generalizar sua inutilidade ambiental, em virtude de a Constituição Federal possuir algumas alternativas no sentido de adequar os impostos à tributação ambiental [...]”. Nesse sentido, cita-se posicionamento do STJ acerca do tema, quando se refere ao imposto de renda:

Qualquer imposto, direto ou indireto, pode, em maior ou menor grau, ser utilizado para atingir fim que não se resuma à arrecadação de recursos para o cofre do Estado. Ainda que o Imposto de Renda se caracterize como um tributo direto, com objetivo preponderantemente fiscal, pode o legislador dele utilizar-se para a obtenção de uma finalidade extrafiscal. (REsp 960022/RS 2007/0134401-6 STJ)

Elucidativa é a explicação de José Marcos Domingues de Oliveira (*apud* Maganhini, 2007, p. 68):

Alerte-se que o *imposto verde* não é necessariamente sinônimo de imposto novo. Frequentemente, ele é uma aplicação especial dos impostos existentes visando a defesa do meio ambiente. Com a criatividade é possível adaptar os tributos conhecidos à finalidade preservacionista, em que o poluidor é levado a não poluir, ou a reduzir a poluição para não ser tributado ou ter sua carga tributária reduzida e o não poluidor é isentado. (grifo no original).

A progressividade das alíquotas, e não a capacidade contributiva, é que costuma ser utilizada com vistas a dotar o imposto de um caráter extrafiscal.

4.5.1.1 Exemplos de aplicações da extrafiscalidade socioambiental aos impostos

Rosenblatt (2004, p. 11) assinala que, apesar de os impostos terem caráter eminentemente fiscal e vedação da afetação do produto de sua receita, salvo nos casos previstos na CF (art. 167, IV), têm sido eles, na prática, os mais importantes na área ambiental. A alternativa encontrada para afetá-los à questão ecológica “tem sido a concessão de incentivos financeiros e a graduação de alíquotas”. Como exemplo podem ser citados o IPTU, o IPI, o ITR, e o ICM ecológico. No IPTU a diferenciação se funda no cumprimento da função social da propriedade, conforme bem elucidada a seguinte decisão do STF:

A Constituição Federal de 1988, ao delinear o esquema normativo pertinente ao IPTU, contemplou a possibilidade de essa espécie tributária ser progressiva, em ordem a assegurar o cumprimento da função social da propriedade (CF, art. 156, § 1º, e art. 182, §§ 2º e 4º, II). O discurso normativo consubstanciado nesses preceitos constitucionais evidencia que a progressividade do IPTU, no sistema instaurado pela Constituição da República, assume uma nítida qualificação extrafiscal. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a única progressividade admitida pela Carta Política, em tema de IPTU, é aquela de caráter extrafiscal, vocacionada a garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana, desde que estritamente observados os requisitos fixados pelo art. 156, § 1º, e, também, pelo art. 182, § 4º, II, ambos da Constituição da República. (RE 590360 AgR / ES).

Já no IPI, há alteração progressiva do tributo com vistas a promover o desenvolvimento social e superar as desigualdades:

A isenção tributária que a União Federal concedeu, em matéria de IPI, sobre o açúcar de cana (Lei nº 8.393/91, art. 2º) objetiva conferir efetividade ao art. 3º, incisos II e III, da Constituição da República. Essa pessoa política, ao assim proceder, pôs em relevo a função extrafiscal desse tributo, utilizando-o como instrumento de promoção do desenvolvimento nacional e de superação das desigualdades sociais e regionais. (AI 360461 AgR / MG.)

O ITR é um imposto com função preponderantemente extrafiscal, que hora é utilizado para fomentar o desenvolvimento econômico (art. 153, VI) com o desestímulo à manutenção de propriedades improdutivas, e hora para induzir à preservação do meio ambiente, sob a forma de isenções.

No que diz respeito às isenções para fins de ITR, a legislação ambiental (artigo 104, parágrafo único, da Lei de Política Agrícola – Lei 8.171, de 1991) prevê que são isentas da tributação as áreas (I) de preservação permanente, (II) de reserva legal e (III) de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas (assim reconhecidas pelo órgão ambiental responsável), nestas últimas incluídas as RPPNs – Reservas Particulares do Patrimônio Nacional, as Áreas de Proteção Ambiental e as Áreas de

Relevante Interesse Ecológico. (APELREEX Processo 5001071-53.2013.404.7014).

No ICMS, os municípios têm direito a receber um repasse da sua quota parte. No ICMS ecológico a inovação encontra-se em vincular o montante dessa quota a determinadas atuações do município em prol do meio ambiente. Souza e Teodorovicz (2010, p. 22 e 40) esclarecem que:

O ICMS Ecológico é um instrumento de política pública, criado pioneiramente no Paraná, que trata do repasse de recursos financeiros aos municípios que abrigam em seus territórios Unidades de Conservação ou áreas protegidas, ou ainda mananciais para abastecimento de municípios vizinhos.

4.5.2 Taxas

As taxas estão elencadas no artigo 145, II, e § 2º da Constituição Federal, que prevê que tanto a União quanto os Estados, o Distrito Federal e os municípios poderão instituí-las. Estão relacionadas ao exercício do poder de polícia ou à utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, e não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

Diferenciam-se as taxas dos impostos por estarem elas relacionadas a serviços públicos específicos e divisíveis realizados em face de determinado contribuinte. Não está obrigada, pois, toda a sociedade a participar do custeio de tais atividades. Vinculado que está o montante a ser pago à atividade estatal, não pode esse variar senão em função do custo desta. Assim, explica Palsen (2008, p. 41), “extraí-se, também, que o produto da taxa visa a custear a atividade estatal, não podendo ter destinação desvinculada da mesma”. Por isso, segundo o autor, mesmo que não esteja previsto na norma qual será a destinação do produto da arrecadação, “[...] será ela presumida”.

4.5.2.1 Exemplos de aplicações da extrafiscalidade socioambiental às taxas

Palsen (2008, 42) é enfático ao afirmar não se prestarem, as taxas, ao cumprimento de funções extrafiscais. Não concorda o autor com a graduação das taxas conforme a capacidade econômica do contribuinte. Entretanto, há, inclusive, duas súmulas vinculantes no STF a esse respeito:

Súmula vinculante 19: A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.

Súmula Vinculante 29: É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra. (Súmulas da Jurisprudência)

Veloso (2007, p. 9-10) também diverge quanto a considerar a graduação das taxas conforme a capacidade contributiva, por se tratarem de “tributos baseados na noção de contraprestação”. Afirma que, “tratando-se de tributos correlatos a serviços divisíveis, devem ser aplicados critérios diversos para concretizar o princípio de isonomia tributária, como os critérios do benefício e da equivalência” (VELOSO, 2007, p. 10). Apesar do entendimento dos doutos doutrinadores acima, as taxas, quando relativas ao exercício do poder de política, “tem sido um importante instrumento de tributação ambiental, na medida em que são tributos contraprestacionais”, tendo sua receita afetada “ao custeamento dos serviços realizados com essa finalidade” (ROSENBLATT, 2004, p. 13).

Pode-se citar, como exemplo, a taxa de controle e fiscalização ambiental (TCFA), cuja lei instituidora, a 10.165/2004, foi declarada constitucional pelo STF:

A taxa em questão decorre do exercício do poder de polícia exercido pelo IBAMA e tem por hipótese de incidência a fiscalização de atividades poluidoras e utilizadoras de recursos ambientais, sendo dela sujeitos passivos todos os que exerçam referidas atividades, as quais estão elencadas no anexo VIII da lei. Além disso, a base de cálculo da taxa varia em razão do potencial de poluição e do grau de utilização de recursos naturais, tendo em conta o tamanho do estabelecimento a ser fiscalizado, em observância aos princípios da proporcionalidade e da retributividade. (RE 397342 AgR/SC).

4.5.3 Contribuição de Melhoria

Nas contribuições de melhoria, há um “benefício economicamente mensurável auferido pelo contribuinte” (VELOSO, 2007, p. 11). Conclui-se, então, que o critério fundamental de concretização do princípio da igualdade, basilar num Estado de Direito, é o benefício, ou a “equivalência ao benefício econômico” (VELOSO, 2007, p. 11).

Palsen (2008, p. 42) considera terem as contribuições de melhoria fato gerador misto: a atividade do Estado por meio da realização de obras públicas, e o

enriquecimento do contribuinte, por consequência da valorização imobiliária. Afirma, contudo, que o STF já firmou posição “no sentido de que a melhoria a que se refere o art. 145, III, da CF é, necessariamente, a valorização imobiliária”.

4.5.3.1 Exemplos de aplicações da extrafiscalidade socioambiental às contribuições de melhoria

Rosenblatt (2004, p. 13) vê nessa espécie tributária a possibilidade de ser utilizada para um fim ambiental, visto que a “construção de parques e a arborização de logradouros, por exemplo, que levariam a uma valorização imobiliária dos imóveis próximos, poderia ensejar a cobrança da contribuição de melhoria”.

4.5.4 Contribuições Especiais

As contribuições especiais, elencadas do artigo 149 da CF/88, são assim denominadas para que se consiga diferenciá-las das contribuições de melhoria. Podem ser chamadas, também, simplesmente de contribuições. Palsen (2008, p. 44) esclarece que elas se referem a “situações em que o Estado atua relativamente a um determinado grupo de contribuintes”.

Não se trata de uma ação geral, a ser custeada por impostos, tampouco de uma situação específica e divisível, a ser custeada por taxa, mas de uma ação voltada a finalidades específicas, constitucionalmente destacadas como autorizadas de tributação, que se refere a determinado grupo de contribuintes, de modo que se busca, destes, o seu custeio através de tributo que se denomina de contribuições. Não pressupondo nenhuma atividade direta, específica e divisível, as contribuições não são dimensionadas por critérios comutativos, mas por critérios distributivos, podendo variar conforme a capacidade contributiva de cada um. (PALSEN, 2008, p. 44).

As contribuições especiais possuem duas características que lhe são próprias, além de ser sua ação voltada a finalidades específicas: dizem respeito a um grupo de contribuintes, e a destinação do produto arrecadado através das contribuições deve se adequar as suas finalidades, não podendo esse ser desviado para outros fins (PALSEN, 2008, p. 44-47). Rosenblatt (2004, p. 7) lembra que “dentro os valores tutelados pelos princípios da ordem econômica e social, encontra-se a preservação do meio ambiente (art. 170, VI, da CF/1988 (LGL\1988\3), que pode motivar uma contribuição de intervenção no domínio econômico”.

4.5.4.1 Exemplos de aplicações da extrafiscalidade socioambiental às contribuições especiais

Significativo exemplo de instrumento extrafiscal de indução de mudanças comportamentais em prol do meio ambiente é o da CIDE Combustíveis (Lei 10.336/2001), que possui a previsão de pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, de gás natural e seus derivados e de derivados de petróleo, e de destinação do produto da arrecadação para financiar projetos ambientais relacionados com a indústria de petróleo e gás.

Vinculado a isso, está a Lei 10.636/2002, que estabelece, em seu artigo 4º, de que modo os recursos destinados a projetos ambientais, provenientes da CIDE Combustíveis devem ser aplicados.

4.5.5 Empréstimo Compulsório

Trata-se de um tributo de caráter excepcional, a ser instituído por lei complementar em caso de calamidade, guerra, ou para investimento nacional relevante e urgente, e com previsão de promessa de devolução em dinheiro. Não seria, a princípio, uma modalidade a ser utilizada para modular comportamentos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrou-se que a Constituição Federal não é só uma carta de intenções. Exige atuação positiva do Estado a fim de que tome medidas necessárias com vistas a melhorar a qualidade de vida de seus cidadãos. E, atualmente, em sendo o direito ao meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações elevado a princípio, essas medidas devem ser voltadas para esse fim.

Ficou claro que a realidade econômica e cultural não converge para preservação ambiental. Ao contrário, o modelo vigente, nos moldes atuais, é insustentável. Nessa realidade multifacetada a tomada de decisões se torna muito mais árdua, pois são múltiplos os fatores a serem levados em consideração. Nesse contexto se exige a obtenção de soluções argumentativamente construídas que eliminem ou diminuam o espaço do arbítrio na tomada de decisões pelo Poder Público. E nesse aspecto a proposta do método de Robert Alexy, cada vez mais difundida na doutrina e jurisprudência, se justifica, e é de grande valia em situações que envolvem risco ou incerteza quanto à possível ocorrência de danos futuros, muito presentes nas questões ambientais.

A extrafiscalidade constitui mecanismo de intervenção econômica amplamente difundido, não só no ordenamento pátrio, e a instituição de tributação com fins ambientais encontra fundamento na Constituição Federal. Não há necessidade em se falar em reforma tributária. Basta que os tributos existentes tenham suas alíquotas alteradas em determinadas situações, ou que o produto de sua arrecadação, dependendo da espécie, seja direcionado para questões ambientais. Inclusive se vislumbram alguns tributos, exemplificados ao longo do trabalho, que já são aplicados com esse fim.

Do fato de serem admissíveis, contudo, não se pode concluir que os tributos extrafiscais podem ser instituídos sem critérios. Exigem a cuidadosa ponderação entre os vários princípios tributários e ambientais envolvidos na equação para que o legislador possa optar entre as várias vias possíveis. Nisso o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, vinculados a uma fundamentação racional, são de grande valia, pois balizam a tomada de decisão. Além disso, mesmo nos casos em que a lei confere maior discricionariedade ao legislador, não pode ser ela tida

como sinônimo de vedação ao controle pelo Poder Judiciário. Entretanto, na questão tributária, não é o que se constata.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 7 de dezembro de 1998. Tradução de Luiz Afonso Heck. 10 p.

_____. Derecho y Razón Práctica. México: Ediciones Coyoacán. 2. ed. 1998. 73p.

_____. El concepto y la validez del derecho. Tradução de Jorge M. Seña, Barcelona, Espanha: Gedisa editorial. Segunda edição. Outubro de 1997. 208p.

_____. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madri: Fundacion Beneficientia et Peritia Iuris, 2004. 111p.

_____. Teoria de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Março de 1997. 345p.

_____. Teoría del discurso y derechos humanos. Tradução de Luis Villar Borda. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 1995. 138p.

_____. Teoría de los derechos fundamentales. tradução de Ernesto Garzón Valdez, Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. 607p.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicabilidade dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2003. 127p.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida. 3. ed. rev, atual e ampl. E São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A doutrina da proibição de insuficiência (“Untermaßverbot”). In: HECK, Luis Afonso. Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora. 2015. p. 73-94.

BUFFON, Marciano. Tributação e Dignidade Humana: entre os direitos e os deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CALIENDO, Paulo; RAMMÊ, Rogério; MUNIZ, Veyson. Tributação e Sustentabilidade Ambiental: a extrafiscalidade como instrumento de proteção do meio ambiente. Revista de Direito Ambiental. | vol. 76/2014 | p. 471 - 489 Out - Dez / 2014. DTR\2014\20451. Disponível em:
[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014ef89da7ba0c063638&docguid=l3df23ac0760011e4a3960100000000000&hitguid=l3df23ac0760011e4a3960100000000000&spos=2&epos=2&td=18&context=18&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014ef89da7ba0c063638&docguid=l3df23ac0760011e4a396010000000000&hitguid=l3df23ac0760011e4a3960100000000000&spos=2&epos=2&td=18&context=18&startChunk=1&endChunk=1). Último acesso em: 04 de agosto de 2015.

CANAZARO, Fábio. Essencialidade Tributária: igualdade, capacidade contributiva e extrafiscalidade na tributação sobre o consumo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

CARVALHO, Delton Winter de. Dano Ambiental Futuro: a responsabilidade civil pelo dano ambiental. 2. ed. rev, atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

CARVALHO, Paulo Gonzaga Mibielli de; BARCELLOS, Frederico Cavadas. Mensurando a sustentabilidade. In: MAY, Peter H. (org.). Economia do Meio Ambiente: teoria e prática. 2. ed. 10. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 99-132.

CECHIN, Andrei; VEIGA, José Maria. O fundamento central da economia ecológica. In: MAY, Peter H. (org.). Economia do Meio Ambiente: teoria e prática. 2. ed. 10. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 33-48.

ENGELMANN, Wilson; MACHADO, Viviane Saraiva. Do princípio da precaução à precaução como princípio: construindo as bases para as nanotecnologias compatíveis com o meio ambiente. In: Revista de Direito Ambiental – RDA. Jan-mar/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Regras da ponderação racional. In: HECK, Luis Afonso. Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora. 2015, p. 95-115.

GUSMÃO, Omara Oliveira de. Proteção Ambiental e Tributação: o tributo como coadjuvante na concretização do valor constitucional “meio ambiente”. Revista Tributária e de Finanças Públicas | vol. 66 | p. 113 | Jan / 2006. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental | vol. 4 | p. 1303 | Mar / 2011 | DTR\2006\150. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?t?&src=rl&sruid=i0ad818160000014ef8a380370c06378b&docguid=l458e42d0f25411dfab6f010000000000&hitguid=l458e42d0f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=6&context=27&startChunk=1&endChunk=1>. Último acesso em: 04 de agosto de 2015.

HECK, Luis Afonso. Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora. 2015.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991. 34p.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006. 136 p.

_____. A racionalidade da ponderação em Robert Alexy. In: HECK, Luis Afonso. Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora. 2015, p. 95-115.

LIMA, Isabel Arruda Matheos de; NÓBREGA, Antônio Rios da Nóbrega. Finalidade e Destinação Vinculada das Contribuições na Intervenção do Estado na Economia Brasileira. Revista Tributária das Américas | vol. 3 | p. 307 | Jan / 2011 | DTR\2011\1860. Disponível em:

<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014ef8a7d07e0c063807&docguid=l89f150e0bf2a11e098c300008558bb68&hitguid=l89f150e0bf2a11e098c300008558bb68&spos=103&epos=103&td=437&context=49&startChunk=1&endChunk=1>. Último acesso em: 04 de agosto de 2015.

MAGANHINI, Thais Bernardes. Extrafiscalidade Ambiental: um Instrumento de Compatibilização entre o Desenvolvimento Econômico e o Meio Ambiente. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília. 2007. Disponível em: <http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/e2084379dd9fb4de7d78b08c72a2b29d.pdf>. Último acesso em: 04 de agosto de 2015.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. Direito Ambiental. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico Editora, 2013.

MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PALSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PIOVESAN, Flávia. O direito ao meio ambiente e a constituição de 1988: diagnósticos e perspectivas. Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 4/1993 | p. 75 - 97 | Jul - Set / 1993. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental | vol. 1 | p. 831 - 862 | Mar / 2011. DTR\1993\312. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014ef8ac6ce2840c0e40&docguid=l4df5dc90f25311dfab6f010000000000&hitguid=l4df5dc90f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=459&context=55&startChunk=1&endChunk=1>. Último acesso em: 04 de agosto de 2015.

PULIDO, Carlos Bernal. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. 871p.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues; CARVALHO, Valbério Nobre de. Tributo como instrumento de tutela do meio ambiente. Revista de Direito Ambiental. vol. 54/2009 | p. 185 - 204 | Abr - Jun / 2009 DTR\2009\709. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014ef8b302af7b247241&docguid=l4af3d540f25511dfab6f010000000000&hitguid=l4af3d540f25511dfab6f010000000000&spos=114&epos=114&td=527&context=87&startChunk=1&endChunk=1>. Último acesso em: 04 de agosto de 2015.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Economia ou economia política da sustentabilidade. In: MAY, Peter H. (org.). Economia do Meio Ambiente: teoria e prática. 2. ed. 10. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 3-31.

ROSENBLATT, Paulo. Limitações Constitucionais a instituição de contribuição de intervenção ambiental. Revista de Direito Ambiental | vol. 36/2004 | p. 168 - 192 | Out - Dez / 2004. DTR\2004\579. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014ef8b8026f0c063a93&docguid=l4559b030f25211dfab6f010000000000&hitguid=l4559b030f25211dfab6f010000000000&spos=108&epos=108&td=448&context=101&startChunk=1&endChunk=1>. Último acesso em: 04 de agosto de 2015.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. RT/Fasc. Civ. Ano 91. Volume 798. Abril de 2002. p. 23-50.

SILVA, Marcelo Cardozo da. A Prisão em Flagrante na Constituição. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre. 2006.

SOUZA, James J. Marins de; TEODOROVICZ, Jeferson. Extrafiscalidade Socioambiental. Revista Tributária e de Finanças Públicas. vol. 90 | p. 73 - 123 | Jan - Fev / 2010. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental | vol. 4 | p. 1229 - 1275 | Mar / 2011 | DTR\2010\291. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014ef8bca4b448f90795&docguid=l1be022e0f25511dfab6f010000000000&hitguid=l1be022e0f25511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=21&context=108&startChunk=1&endChunk=1>. Último acesso em: 04 de agosto de 2015.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. rev, atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

VELOSO, Andrei Pitten. A Teoria da Igualdade Tributária e o Controle de Proporcionalidade das Desigualdades de Tratamento. Revista Tributária e de Finanças Públicas | vol. 76 | p. 36 | Set / 2007. Doutrinas Essenciais de Direito Tributário | vol. 2 | p. 301 | Fev / 2011 | DTR\2007\845. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014ef8be18f54af794be&docguid=ld04222202d5511e0baf30000855dd350&hitguid=ld04222202d5511e0baf30000855dd350&spos=1&epos=1&td=181&context=115&startChunk=1&endChunk=1>. Último acesso em: 04 de agosto de 2015.

VERONESE, Thábata Biazzuz; BASSOLI, Marlene Kempfer. Controle Estatal das Políticas Públicas Tributárias e Econômicas de Incentivos para a Atividade Empresarial Socioambientalmente Responsável. Scientia Iuris, Londrina, v. 15, n. 1, p. 151-173, jun. 2011. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/9498/8850>. Último acesso em: 04 de agosto de 2015.

JURISPRUDÊNCIA REFERIDA:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 658.171. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator Ministro Dias Toffoli. Distrito Federal. Julgamento: 01/04/2004. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+658171+%29%28658171%2E+OU+658171%2EACMS%2E%29%28PRIMEIRA%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/plgo5qc>. Último acesso em 04 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 417408. Agravante: Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE. Agravado. Ministério Público Federal. Intimado: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Dias Toffoli. Rio de Janeiro. Julgamento: 20/03/2012. DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+417408+%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ok2ph36>. Último acesso em 04 de agosto de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial 1285463/SP (2011/0190433-2). Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Associação dos Plantadores de Cana da Região de Jaú; Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental CETESP; Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Data do Julgamento 28/02/2012. Data da Publicação/Fonte DJe RSTJ vol. 226 p. 334 – RT vol. 920 p. 755. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1124088&sReg=201101904332&sData=20120306&formato=PDF. Último acesso em: 04 de agosto de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.373.302 - CE (2013/0068076-0). Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Maria Martins de Moufra. Relator: Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Data do Julgamento: 11/06/2013. DJe: 19/06/2013. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1240575&num_registro=201300680760&data=20130619&formato=PDF. Último acesso em: 04 de agosto de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1418795/SC (2013/0383156-9). Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Edegar Antônio Castegnaro. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. R. P/Acórdão: Ministra Regina Helena Costa. Quinta Turma. Data do Julgamento: 18/06/2014. Data da Publicação: DJe 07/08/2014 Fonte: RT vol. 950 p. 433. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=36479222&num_registro=201303831569&data=20140807&tipo=5&formato=PDF. Último acesso em: 04 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento AI 817564 AgR/MG. Agravante: CEM – Centrais Elétricas da Mantiqueira. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Dias Toffoli. 18.12.2012. informativo 693. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI+817564+AgR%2FIMG%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/o2slw2k>. Último acesso em 04 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 370682/SC. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgamento 25/06/2007. DJe-165. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+370682%2FSC%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/o69gczc>. Último acesso em: 04 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 480107 AgR / PR – Paraná. Agravantes: Paiva & Meneghel Ltda e outros. Agravado: União. Relator: Min. Eros Grau. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 03/03/2009. Divulg.: 26-03-2009. Publicação: 27-03-2009. Ementa: Vol-02354-04. PP-00830. DJe-059. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28480107%2ENUME%2E+OU+480107%2EACMS%2E%29+%28%28EROS+GRAU%29%2ENORL%2E+OU+%28EROS+GRAU%29%2ENORV%2E+OU+%28EROS+GRAU%29%2ENORA%2E+OU+%28EROS+GRAU%29%2EACMS%2E%29%28SEGUNDA%2E SESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nqoory4>. Último acesso em: 04 de agosto de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial 960022/RS 2007/0134401-6. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Sir Serviço Integrado de Radiologia S/C Ltda. Relator Ministro Castro Meira. Distrito Federal. Julgamento: 18/06/2009. Public. DJe 01/07/09 LEXSTJ vol. 241 p. 168. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque ncial=894641&num_registro=200701344016&data=20090701&formato=PDF. Último acesso em 05 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 590360 AgR / ES. Agravante: Município de Vitória. Agravado: Espólio de Maria Sylvia Klaczko. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal. Julgamento: 31/05/2011. DJe-125. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28590360%2ENUME%2E+OU+590360%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29%28SEGUNDA%2E SESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.co m/qfozvvg>. Último acesso em 05 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. AI 360461 AgR / MG. Embargante: Companhia Agrícola Pontenovense e Distribuidora Cristal Minas Ltda. Embargado: União. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento: 06/12/2005. Publicação: DJe -055. Divulgação 27/03/2008. Public. 28/03/2008. Ement. Vol-02312-06 PP-01077. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28360461%2EENUME%2E+OU+360461%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29%28SEGUNDA%2ECESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/op2s2fy>. Último acesso em 05 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 397342/Santa Catarina. Órgão Julgador: Segunda Turma. Agravante: Schrader Comércio e Representações Ltda. Agravado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA. Relator Ministro Cezar Peluso. Distrito Federal. Julgamento: 08/08/2006. Publicação: DJ 01/09/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28397342%2EENUME%2E+OU+397342%2EACMS%2E%29+%28%28CEZAR+PELUSO%29%2ENORL%2E+OU+%28CEZAR+PELUSO%29%2ENORV%2E+OU+%28CEZAR+PELUSO%29%2ENORA%2E+OU+%28CEZAR+PELUSO%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+20060701%29%28%40JULG+%3C%3D+20061030%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oocy2t5>. Último acesso em 05 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 19. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=19.NUME.E.S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Último acesso em 05 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 29. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=29.NUME.E.S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Último acesso em 05 de agosto de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Último acesso em 05/08/2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Segunda Turma. Apelação Reexame Necessário Processo 5001071-53.2013.404.7014. PR Apelante: Unia – Fazenda Nacional. Apelado: Dissenha S. A Indústria e Comércio. Relator Juiz Federal Jairo Gilberto Schafer. Porto Alegre. Julgamento: 02/06/2015. Disponível em: http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7547303. Último acesso em 05 de agosto de 2015.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

EQUIPE DA BIBLIOTECA DA FACULDADE DE DIREITO. Normas para apresentação de trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses. Porto Alegre. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.