



Universidade de Caxias do Sul – UCS
Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa – Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito

**DIREITO, TRIBUTO E MEIO AMBIENTE: A AUTOPOIESE DA
SOCIEDADE DIANTE DO RISCO ECOLÓGICO**

PATRICIA NOLL

Caxias do Sul – RS

Junho de 2008



Universidade de Caxias do Sul – UCS
Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa – Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito

**DIREITO, TRIBUTO E MEIO AMBIENTE: A AUTOPOIESE DA SOCIEDADE
DIANTE DO RISCO ECOLÓGICO**

Patricia Noll

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade de Caxias do Sul – UCS.

Orientador: Pós-Doutor Leonel Severo Rocha

Caxias do Sul – RS

Junho de 2008

Universidade de Caxias do Sul – UCS
Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa – Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito

A dissertação intitulada “**Direito, Tributo e Meio Ambiente: a Autopoiese da Sociedade diante do Risco Ecológico**”, elaborada pela aluna **Patricia Noll**, foi julgada _____ por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de Mestre.

Caxias do Sul, 28 de julho de 2008.

Prof. Dr. Carlos Alberto Chiarelli
Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Orientador: Dr. Leonel Severo Rocha _____

Professor Convidado: Germano Schwartz _____

Professor UCS: Dr. Adir Rech _____

Professora UCS: Dra. Raquel Sparemberguer _____

AGRADECIMENTO

Ao meu orientador, Professor Leonel Severo Rocha, pela confiança, pelo incentivo constante, pelos ensinamentos fundamentais da docência, pela humildade e pela amizade, qualidades que somente os grandes Mestres possuem. Meu eterno agradecimento.

À Gabrielle, amiga de verdade, de todas as horas e de todos os feitos, pelo incentivo, pela ajuda e pelo apoio incondicional.

À coordenação da graduação do curso de Direito da Universidade de Caxias do Sul, pelo apoio e pela confiança em mim depositada. Obrigada por ter tornado o meu sonho da docência uma realidade. Às professoras Eunice Chalela e Clareci Mezzomo, pelo incentivo. E, em especial, à professora Fernanda Schimitz, pela pessoa maravilhosa que é e pela luz que erradia a todos ao seu redor.

À CAPES, por ter financiado meu primeiro ano de pesquisa, o que certamente foi decisivo para este grande passo.

Aos meus colegas do Mestrado: Tiago, Rodrigo, Tanise e Aline, pelas horas compartilhadas, pelos livros trocados, pelas idéias que nasceram das conversas. Obrigado por me incentivarem e me mostrarem os seus mundos, seus pontos de vista que tanto engrandeceram minha visão como jurista e como pessoa.

A todos os funcionários do bloco 46, pela companhia e pela torcida. Em especial à Fabíola, pela compreensão, força e apoio.

Por fim, aos meus pais e meu namorado, Lúcio, por acreditarem em mim sempre, e principalmente, por me fazerem acreditar em mim mesma.

A todos vocês, meu muito obrigado, simplesmente, por tudo.

DEDICATÓRIA

A Deus, pela companhia nos momentos de solidão, pela força nos momentos de fraqueza, pela compreensão nos momentos de descrença e, por tornar a possibilidade desta dissertação, uma realidade.

PENSAMENTO

É necessário coragem para reformularmos conceitos, critérios e princípios. Coragem para rompermos com esquemas estruturados sobre concepções antigas – no quadro de técnicas de ensino jurídico ultrapassadas – coragem de criarmos nossos próprios caminhos, o que reclama ousadia.

Eros Roberto Grau

Os grandes momentos da nossa vida chegam quando juntamos a coragem de transformar nossas fraquezas no melhor de nós mesmos.

Friedrich Nietzsche

SUMÁRIO

RESUMO	08
ABSTRACT	09
INTRODUÇÃO	10
1. A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE: RISCO, MEIO AMBIENTE E TRIBUTO	
1.1 A Percepção Histórica do Risco	16
1.2 A Evolução do Sistema Social: Risco e Contingência	26
1.3 Meio Ambiente: Direito e Dever Fundamental	34
1.4 O Conceito de Tributo: do Dever Fundamental à Mudança Social	45
2. A CONTRIBUIÇÃO DO TRIBUTO PARA A DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL DA SOCIEDADE	
2.1 O Estado: Organização Política da Sociedade Funcionalmente Diferenciada	56
2.2 Acoplamentos Estruturais: Direito, Economia, Política	67
2.3 O Paradoxo dos Princípios Ambientais Tributários	75
3. A COMUNICAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA E O RISCO	
3.1 A Sociedade do Risco Ecológico	87
3.2 O Tributo Ambiental: Função Fiscal e Extrafiscal	97
3.3 A Autopoiese e o Estado Ambiental	107
CONCLUSÃO	121
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	130

RESUMO

No presente trabalho desenvolve-se um estudo acerca da evolução da sociedade. Os conceitos de tributo, meio ambiente e risco são observados sob a ótica da teoria dos sistemas autopoieticos proposta por Niklas Luhmann. Busca-se demonstrar como ocorre a evolução dos sistemas sociais em uma sociedade funcionalmente diferenciada, e como cada subsistema social pode, dentro da sua identidade, contribuir para a preservação dos recursos naturais, buscando gerir os riscos ecológicos advindos de uma sociedade complexa e contingente. Com o estudo elaborado, abordou-se o Estado como organizador político - guiado juridicamente - da sociedade, que além de complexa e contingente, hoje apresenta feições de incerteza. A sociedade agora é de risco. Nesta feita, para organizar uma sociedade que é de risco ecológico, necessária se faz a aplicação de instrumentos de mudança social, como o tributo orientado ecologicamente, para transformar o Estado em um Estado de cunho ambiental. Para tal transformação do Estado, sugere-se a efetivação da tributação ecológica, como forma de proteção ambiental, através da interpretação sistêmica dos princípios de direito ambiental e tributário. Assim agindo, estar-se-ia efetivando o direito e o dever fundamental constitucionalmente assegurado de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, através da função social do tributo.

Palavras-Chave: Sociedade – Tributo – Meio ambiente – Estado – Autopoiese – Risco.

ABSTRACT

In this work it develops a study of the society's evolution. The concepts of tribute, environment and risk are observed from the perspective of Niklas Luhmann's theory of autopoietic systems. It searches to demonstrate how is the evolution of social systems in a functionally differentiated society, and how each social subsystem may, within their identity, contribute to the preservation of natural resources, seeking to manage the ecological risks arising from a complex and quota society. With this study, it broached the State as a political organizer - guided legally - of society, which in addition to complex and quota, today introduced features of uncertainty. The society is now at risk. In this place, to organize a society that is of ecological risk, it is necessary to apply tools for social change, as the environmentally oriented tribute, to transform the State into a State of environmental stamp. For this transformation of the State, it suggests the implementation of ecological taxation, as a way of environmental protection, through systemic interpretation of the principles of environmental and tax laws. Acting like this, it would be implementing the constitutionally guaranteed right and fundamental duty to protect the ecologically balanced environment, through the social function of tribute.

Keywords: Society – Tribute – Environment – State – Autopoiesis – Risk.

INTRODUÇÃO

A sociedade se transforma constantemente, e a questão que surge diante do seu constante evoluir, é: como se pensar uma sociedade que não mais se explica pela sociologia clássica? Esse problema central leva o sociólogo e teórico do direito, Niklas Luhmann, a repensar a teoria da sociedade. A teoria luhmanniana chama a atenção por sua preciosa contribuição para o entendimento e o aprimoramento da sociedade em tempos tão complexos e instáveis, através da chamada teoria dos sistemas autopoieticos.

A teoria de Luhmann oferece uma série de conceitos novos ou reformulados, com os quais se pode observar a sociedade de uma forma diferenciada. A proposta era a construção de uma teoria da sociedade que servisse de base para uma observação criteriosa do meio social em tempos de complexidade elevada. A teoria sistêmica visa compreender a sociedade em conjunto, na sua totalidade. Isto exige tanto uma teoria da evolução social, como uma teoria da estrutura da sociedade, nas suas implicações sociais, econômicas, políticas e jurídicas.

Tomando por base essa teoria, temos que a sociedade é um sistema social, que evolui pelos seus próprios elementos. Tudo que ocorre, ocorre na sociedade. Esta, portanto, constitui um sistema autopoietico, funcionalmente diferenciado, composto exclusivamente de comunicação.

Mas a sociedade não é apenas complexa. Como explicita Luhmann, a complexidade da sociedade traz a contingência, que na sociedade contemporânea é aliada ao conceito de risco. Os riscos advêm das decisões, ou da ausência destas, pois o ato de não decidir, paradoxalmente, também é uma decisão. A noção de risco enseja a verificação da probabilidade/improbabilidade dos fatos.

Bem define e esclarece Prigogine¹ acerca do risco, aduzindo que “as leis fundamentais exprimem agora possibilidades, e não mais certezas.” A segurança não se trata mais de uma alternativa possível da sociedade. O risco é inerente ao seu funcionamento, assim, Luhmann parte da distinção entre risco e perigo, superando a antiga fórmula risco/segurança.

Mas o fenômeno da incerteza converteu-se em problema jurídico. Neste passo, o risco e o direito são interdependentes, pois o direito - como regulador da vida em sociedade - deve formular novos modelos de expectativas jurídicas para resolver questões jurídicas fundadas no risco.

Com esse propósito a teoria dos sistemas, em sua vertente luhmanniana, é o marco teórico utilizado para analisar os novos desafios sociais advindos dos riscos ecológicos. Neste sentido é que se evidencia a necessidade de uma nova forma de observação da sociedade.

Logo, as perguntas que devem ser respondidas com o presente trabalho são: oferece a teoria dos sistemas um novo referencial teórico capaz de auxiliar a sociedade a adaptar-se à nova realidade imposta pelos riscos ecológicos? É possível a autopoiese da sociedade, através dos estímulos advindos do sistema tributário, transformar o Estado em um Estado de direito ambiental?

Para buscar as respostas para estes questionamentos, parte-se dos conceitos tradicionais da dogmática jurídica para, utilizando-se da teoria dos sistemas autopoieticos proposta por Niklas Luhmann, fazer uma releitura da dogmática jurídica tributária, e assim buscar alternativas para a proteção ao meio ambiente e a assimilação dos riscos ecológicos.

A questão da dogmática jurídica é, de certa forma, indissolúvel desta dissertação, pois o tributo é - por tradição - estudado como um conceito positivo, legalista e fortemente vinculado às normas tradicionais, o que o faz dogmático.

Desta feita, se esclarece que o que se buscou com o desenvolvimento desta dissertação foi justamente modificar a visão do tributo não apenas como conceito formal normativo, mas mostrá-lo como conceito dinâmico, de avançado poder indutor da sociedade. Para isso,

¹ PRIGOGINE, Ilya. *Apenas uma ilusão? O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1996, p.11.

partimos da dogmática para buscarmos evoluir o conceito de tributo com o auxílio teórico luhmanniano.

Outro ponto fundamental é a análise da Constituição Federal, crucial ao estudo, já que a proteção ao meio ambiente e o sistema tributário têm previsão e vinculação direta com a Carta Constituinte de 1988.

Assim, a dissertação foi dividida em três capítulos, nos quais se buscou esclarecer as questões propostas no estudo, e unir os conceitos de meio ambiente, tributo e risco, demonstrando a evolução do Estado, como organizador político - mas guiado juridicamente - da sociedade. Eis a proposta.

No primeiro capítulo, abarcam-se quatro conceitos, desenvolvidos para introduzir o problema. Primeiro, faz-se um aparato histórico da evolução da percepção do risco pela sociedade. Aqui se evidencia que o risco, embora inerente à sociedade, nem sempre foi percebido por esta com a mesma intensidade. As sociedades primitivas percebiam o risco como perigos, pois acreditavam que o risco advinha da fúria dos Deuses, e posteriormente das catástrofes naturais. Desvinculava-se a ação humana das conseqüências do risco. Por desvencilhar o risco da decisão humana, o homem percebeu-se como fonte geradora do risco quando este já representava componente da evolução da sociedade.

Nesta linha de idéias, passa-se ao segundo tópico, que trata da evolução da sociedade através do enfrentamento do risco e da contingência de sua versão contemporânea. Utiliza-se, para tanto, as premissas luhmannianas, que explicam a evolução social através da variação, seleção e restabilização (modelo darwiniano). Dá-se ênfase neste tópico à teoria dos sistemas, na forma como explica e fundamenta a evolução da sociedade.

Ainda no primeiro capítulo, explica-se no terceiro tópico a forma como a sociedade apropriou-se dos recursos naturais ao longo dos anos, o contorno predatório e a crença insana de inesgotabilidade. Aqui se evidencia que a natureza não foi respeitada, em seu tempo de reposição natural e também na sua extensão. A saga de desenvolvimento econômico tornou os recursos naturais apenas fonte de matéria-prima, e esqueceu-se que, na realidade, é fonte de vida. Neste passo, utilizando da Constituição Federal de 1988, abarca-se a proteção ao meio ambiente equilibrado como um direito/dever, conjunto, da sociedade e do Poder Público.

O último tema abordado no primeiro capítulo é o tributo, o conceito de tributo advindo da dogmática jurídica. Mas aqui interessa não apenas o seu conceito legal, mas sua função social, o tributo como instrumento de mudança da sociedade. Demonstra-se sua força indutiva de comportamentos. Porém o tributo, aqui, adquire outra característica, a de dever fundamental. O tributo visto como um dever do cidadão, que deve contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais. O sistema tributário não visa apenas, como se obtém da visão tradicional, custear o Estado. O tributo é muito mais um dever vinculado a um direito, que um mero financiador. Para tanto, utiliza-se dos principais autores tributários clássicos, que se dedicaram ao tributo não apenas como um conceito, mas como um dever e uma função social.

No segundo capítulo aborda-se a contribuição do tributo para a diferenciação funcional da sociedade. Isso se faz com três pontos distintos. O primeiro, conceitua e localiza o Estado na teoria luhmanniana. Aqui se evidencia as funções do Estado, como forma política de organização da sociedade. Outrossim, localiza-se o surgimento do Estado como evolução do sistema social, adentrando-se nas perspectivas históricas de grandes pensadores como Rousseau, Locke, Montesquieu, Hobbes, Duguit e Burdeau. Autores dedicados ao estudo da sociedade e, conseqüentemente, do Estado. Nesta linha de pensamento, buscou-se no presente estudo, demonstrar como surgiu o Estado, como este é uma forma de organização de uma sociedade que nasceu de um pacto social, ou de um consenso acerca da necessidade de preservar, estatalmente, direitos naturais.

Outro tema abordado no segundo capítulo é o surgimento dos subsistemas sociais, como resultado da diferenciação da sociedade, devido à elevação de sua complexidade. Igualmente, estuda-se os acoplamentos estruturais, pelos quais os sistemas, mantendo sua independência de função e codificação, trabalham conjuntamente com outros subsistemas, buscando resolver os novos problemas que se apresentam na sociedade, para os quais as fórmulas tradicionais não mais trazem soluções.

Os acoplamentos estruturais são possíveis devido aos sistemas sociais – ou subsistemas – serem ao mesmo tempo abertos e fechados, ou seja, fechados no que se refere ao processamento de suas informações e as funções que desempenha, mas abertos às “irritações” advindas do entorno do sistema, e ainda, das irritações mútuas entre os subsistemas. Devido a esta possibilidade, de fechamento operacional e abertura cognitiva, que o sistema social pode evoluir, o que faz surgir, por exemplo, do acoplamento do sistema

político com o sistema jurídico, o Estado e a Constituição Federal que o regula, e do sistema político com o sistema econômico, o tributo.

O terceiro tópico do segundo capítulo refere-se aos princípios do direito ambiental tributário e o paradoxo que representam no sistema social, e especificamente no sistema jurídico. Os princípios são abordados como um paradoxo na teoria proposta por Niklas Luhmann, e desta forma são propostos no presente estudo. Em um segundo momento, após a conceituação, passa-se à classificação dogmática dos princípios, de direito ambiental e de direito tributário, propondo-se a unificação destes em um novo conjunto de princípios ambientais tributários, que sob uma nova observação podem buscar proteger o meio ambiente através da efetivação dos princípios ambientais pela aplicação dos princípios tributários.

Por fim, o terceiro capítulo busca demonstrar a comunicação jurídica tributária diante do risco produzido pela sociedade contemporânea. Desta forma, primeiramente, expõe-se conceitos e exemplos de riscos ecológicos. Procurou-se expor o risco ecológico pela perspectiva dos autores que se dedicam ao estudo do risco da sociedade e do meio ambiente. Igualmente, apresenta-se exemplos da arrogância humana e de sua crença falha na capacidade de prever o imprevisível e controlar o incontrolável, o que nos legou a sociedade de risco ecológico, resultado de uma crise ambiental projetada pela busca desenfreada de crescimento econômico predador.

Em um segundo momento, evidencia-se o tributo ecológico como instrumento de proteção ambiental, e forma de gestão dos riscos ecológicos, pois o tributo ecologicamente orientado pode representar não somente uma compensação, mas principalmente uma forma de precaução e prevenção dos riscos ecológicos da sociedade contemporânea. Isso se demonstra não através de uma tributação nova, mas da reformulação da tributação já prevista no ordenamento pátrio. Destarte, através da orientação extrafiscal de tributos fiscais é que se propõe efetivar a proteção do meio ambiente.

Assim, passa-se a um terceiro e último tópico, que traduz as conseqüências das medidas propostas ao longo da dissertação: a transformação do Estado de Direito em um Estado de cunho ambiental, através da autopoiese do sistema social. Aqui, busca-se evidenciar como ocorre a evolução do conceito de Estado, através da percepção de renomados pensadores do século XVII e XVIII, bem como de autores atuais. Assim, o que se demonstra é

como, através dos tempos, o Estado adquiriu formas diferenciadas, que sempre buscaram responder às necessidades de organização política da sociedade. Do mesmo modo, faz-se um breve apanhado histórico da evolução do Estado, desde sua feição clássica até o Estado social democrático, e por fim, como este Estado, respondendo às necessidades do sistema social, transforma-se, respondendo autopoieticamente às irritações dos subsistemas sociais, e evolui, fazendo a sociedade evoluir. Buscou-se demonstrar como o Estado torna-se ambiental para responder a uma sociedade de risco ecológico.

Esta é a proposta de estudo desta dissertação: observar a sociedade, o Estado e o tributo, diante do risco ecológico, não apenas pela dogmática jurídica que se torna limitada frente aos problemas complexos da atual sociedade produtora de riscos, mas por uma nova perspectiva, da teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann.

1. A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE: RISCO, TRIBUTO E MEIO AMBIENTE

1.1 A Percepção Histórica do Risco

O futuro das sociedades sempre foi caracterizado pela interrogação. Na teoria dos sistemas proposta por Niklas Luhmann², a sociedade moderna representa o futuro como risco. O que acontecerá jamais dependerá de um só acontecimento, sempre há um enlace de circunstâncias, de maneira que a insegurança se multiplica. Na tradição do passado se sabe o que aconteceu, ainda que as condições causais permaneçam inexplicáveis. Mas no horizonte do futuro não há segurança. E precisamente por isso o modo de observação que toma em consideração o risco aumenta a separação entre o passado e o futuro.

O risco, visto nesta perspectiva como inerente à sociedade – pois é criado por ela – nem sempre foi reconhecido de forma consciente. As primeiras civilizações não tratavam o risco da mesma forma como ele é visto hoje. A idéia de risco não fazia parte do imaginário social dos povos precursores, estes explicavam o mundo baseado na idéia de mito. Prever o futuro, bem como, de certa forma controlá-lo, era privilégio dos Deuses. Como explica Gadamer:³ “os mitos são sobretudo histórias de Deuses e de sua ação sobre os homens.”

A angústia quanto ao futuro, a incerteza da continuidade, fazem com que o homem primitivo busque respostas para algo que ainda não aconteceu, e os deuses da mitologia

² LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Tradução de Javier Torres Nafarrete (coord). México: Iberoamericana, 1992, p.85.

³ GADAMER, Hans-Georg. *Mito y razón*. Barcelona: Paidós, 1997, p.17.

trazem diversas respostas para esses questionamentos, garantindo uma espécie de segurança para as relações sociais.⁴

Mas com a ascensão do Cristianismo, nas sociedades pré-industriais, a idéia de risco passou a ser associada ao pecado e à compensação ou à ira de um único Deus. A era cristã emerge trazendo um único Deus para substituir a miscelânea de divindades do início dos tempos. O futuro continua um mistério, mas passaram a existir padrões claros de conduta moral e de fé, com os quais se poderia ter ajuda divina. O futuro e seu sucesso não dependiam da vontade dos homens, mas de Deus.

Nessas sociedades o risco tomava forma de perigos naturais: tremores de terra, ventos, chuvas, secas. Portanto, não eram dependentes de decisão tomadas por indivíduos, não podendo por isso ser consideradas voluntárias ou criadas intencionalmente, logo, efetivamente inevitáveis. De Giorgi⁵ afirma sobre o tema que:

O problema do controle das indeterminações sempre preocupou as sociedades, que, de maneiras diversas, procuraram soluções adequadas em seus respectivos níveis evolutivos. A adivinhação, por exemplo, era uma técnica que permitia tratar as indeterminações, reconduzindo-as à escassez de informações possíveis; o tabu é também uma técnica. Também o pecado, que representa o desvio da razão face à ordem e, ao mesmo tempo, precariedade da relação da razão com a ordem: a constatação do pecado permite imputar o dano à perversão da vontade daquele que age; a constatação do dano na ausência do pecado permite imputar o evento à vontade de Deus - que é sabidamente boa, ainda que não se conheça a orientação atual. Muito mais recentes são as invenções do acaso e da probabilidade.

Com a chegada da modernidade, a razão toma o centro das questões mundanas. O racionalismo transforma a concepção de risco e admite certo controle das situações. Nessa fase as sociedades industriais clássicas mudam a concepção de risco. O modo e a reação aos mesmos se transformam.

Aqui o homem abandona a idéia de risco como castigo divino, e passa a arriscar definir o seu futuro. Nesse período surgem as máquinas, o mundo passa a ser visto a partir de

⁴ Niklas Luhmann (*Sociologia del riesgo*. op. cit. p.37) aduz que nas sociedades tribais em que há uma grande luta pela sobrevivência sob um alto grau de ameaça por parte do entorno, é significativo seu enorme esforço por apaziguar aos deuses.

⁵ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p.190.

um ângulo mecanizado, acredita-se na ciência, e que esta é capaz de explicar e solucionar os problemas da humanidade.

No entendimento de Bernstein⁶ a idéia revolucionária que define a fronteira entre os tempos modernos e o passado é o domínio do risco: “a noção de que o futuro é mais do que um capricho dos deuses e de que homens e mulheres não são passivos ante a natureza.”

Luhmann⁷ afirma que, na verdade, apenas durante a transição da Idade Média para a modernidade é que se começa a usar a expressão risco. A formação de uma comunicação do risco começou a ser aplicada a partir da existência de sua consciência no antigo comércio marítimo na Idade Média para descrever a incerteza a respeito do futuro.

Assim, a entrada na modernidade é marcada pela noção de que o futuro depende dos homens e não é uma escolha dos deuses. Há, também, uma ruptura com a concepção medieval que associava a idéia de risco ao pecado.

A idéia moderna de risco substitui a de destino, pois introduz a compreensão de que boa parte dos acontecimentos antes entendidos como fatalidade são, na verdade, uma consequência das próprias atividades e decisões humanas.

Como afirma Von Beyme⁸, a modernidade abriu uma divisão entre experiência e expectativa que as sociedades modernas tradicionais não haviam conhecido. O futuro se desligou do passado, e a história deixou de ser a configuração para o futuro. O tempo moderno estava orientado para o futuro.

Mas neste período o risco recebia um tratamento estatístico, ou seja, recorria-se aos cálculos de risco para evitar os danos. Assim, a sociedade contemporânea continua repetindo o passado, acreditando poder controlar o futuro.

⁶ BERNSTEIN, Peter L. *Desafios aos deuses: a fascinante história do risco*. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p.1.

⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. op. cit. p.70.

⁸ VON BEYME, Klaus. *Teoría política del siglo XX: de la modernidad a la posmodernidad*. Madrid: Alianza Editorial, 1994, p.30.

Neste sentido, De Giorgi⁹ afirma que a representação do futuro, então, fornecia orientações úteis às ações: na grande complexidade da sociedade contemporânea, as formas das suas auto-descrições - que constituíam somente esquemas de simplificação da sociedade possível - davam plausibilidade às decisões, porque permitiam tratar como previsíveis - ou até como objeto de expectativas partilhadas - os danos que eventualmente derivassem daquelas decisões.

Prossegue o autor, aduzindo que a diferença entre os valores que caracteriza as partes da distinção criava situações de equilíbrio no sentido de que, também quando se verificava a transposição da linha demarcatória, a diferença entre os dois valores subsistia. Sempre havia ainda um "mais" e um "menos". Mais Estado significava menos mercado; mais riqueza, menos pobreza; menos guerra, mais paz. Diante do risco, podia-se oportunamente pensar em mais segurança.

François Ost¹⁰ afirma existir três períodos distintos do risco:

- a) Em uma primeira fase, a sociedade liberal do século XIX conceituava o risco como acidente, algo repentino, impossível de se prever;
- b) Em um segundo momento, no despontar do século XX, no surgimento do Estado Social, o risco é definido juntamente com o conceito de prevenção, pois a sociedade *dona de si* acredita poder prever o risco;
- c) Na terceira fase, atual, o risco assume proporções antes nunca vistas, frustrando a capacidade de prevenção e de domínio do risco. Surge uma apreensão quanto ao futuro.

Hoje, como afirma De Giorgi¹¹, esta auto-descrição da sociedade fragmentou-se, e o potencial descritivo das distinções, que a tornaram possível, esgotou-se. Esta sociedade era precária e, conseqüentemente, a normalidade era uma construção contingente, capaz de duvidar de si própria. E as formas que possibilitaram complexas auto-descrições da sociedade moderna, ao que parece, tornaram-se obsoletas. Foi consumido o potencial criativo daquelas formas, restando desorientação, insegurança, medo do outro, medo do diverso.

⁹ DE GIORGI, Raffaele. op. cit. p.186.

¹⁰ OST, François. *A natureza a margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p.343-347.

¹¹ OST, François. op. cit. p.189.

Afirma Schwartz¹² que na sociedade moderna era possível se ter uma boa noção de perigo e das certezas, fatores inexistentes nas sociedades pós-modernas. Nessas, não existe mais o perigo, somente o risco.

Aos poucos, como afirma Luhmann¹³, a racionalidade tornou-se incompatível com a crescente complexidade da modernidade. Isso remete a sociedade ao fim das certezas e ao futuro imprevisível, utilizando-se das palavras de Prigogine.¹⁴

A modernidade, na realidade, transformou a natureza e aumentou a complexidade da sociedade, favorecendo o progresso científico e o crescimento econômico. Contudo, novos riscos foram produzidos, e muitos deles de difícil determinação. Se, nas sociedades tradicionais, a preocupação maior era com os perigos externos, agora o problema passa a ser os riscos fabricados pelo próprio homem. Por tais razões se afirma que os riscos estão estreitamente relacionados à evolução da sociedade.

O que nunca se verificou, pode acontecer de improviso. As eventuais decisões relativas ao comportamento devem levar em consideração esta possibilidade. Pois o que não era previsível, não era de todo impossível - embora parecesse improvável - pode acontecer agora, ou não. Afirma De Giorgi¹⁵:

É como se os acontecimentos de grande importância que marcaram os últimos anos tivessem perturbado não somente "a ordem do mundo", mas também a "ordem dos conceitos" ou das distinções que eram usadas para descrever aquele mundo e a sua ordem. Estas distinções indicavam diferenças de contexto de sentido consideradas como potenciais evolutivos da sociedade contemporânea: exatamente estes potenciais parecem estar agora ofuscados, consumados e isto não faz mais diferença.

O risco “[...] é a probabilidade de que se verifique um dano futuro que uma outra decisão teria podido evitar.”¹⁶ Nessa perspectiva, a contingência – uma escolha sempre poderia ser outra escolha - é percebida como um valor próprio da sociedade moderna, estando, indiscutivelmente, relacionada com a idéia de risco.

¹² SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.35.

¹³ LUHMANN, Niklas. El concepto del riesgo. In: BAUMAN, Z.; BECK, U.; GIDDENS, A.; LUHMANN, N. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Antropos, 1996, p.124.

¹⁴ PRIGOGINE, Ilya. op. cit. p.193.

¹⁵ DE GIORGI, Raffaele. op. cit. p.186.

¹⁶ DE GIORGI, Raffaele. op. cit. p.14.

Portanto, o risco decorre essencialmente do excesso de possibilidades – complexidade – bem como das incertezas do futuro. E diante de um ambiente amplamente complexo e contingente, o comportamento social necessita de estruturas sociais capazes de reduzir essa complexidade do ambiente e de orientar as ações. De Giorgi¹⁷ enfatiza que:

[...] na sociedade industrial moderna não há escolha entre comportamento arriscado e comportamento seguro, senão só a eleição entre diversas formas de riscos com uma distribuição de vantagens e desvantagens e de destinatários das vantagens e destinatários das desvantagens.

Diante destas condições a sociedade moderna não mais apresenta distinções passíveis de orientar as observações necessárias aos sistemas. Os pressupostos de sua funcionalidade não se prestam mais a orientar as ações. E nos sistemas diferenciados da sociedade moderna, como afirma De Giorgi¹⁸:

[...] o risco é condição estrutural da auto-reprodução; de fato, o fechamento operativo dos sistemas singulares determinados pela estrutura e unidos estreitamente, torna possível o controle do ambiente, ou seja, torna improvável a racionalidade e por isso constringe os sistemas a operar em condições de incerteza.

Para Luhmann¹⁹, a explicação do risco está na resposta de como a sociedade explica e trata as divergências do normal, dos acidentes, das surpresas. Quanto mais alguém se inclina a confiar nos progressos normais, mais tem que chamar a atenção este lado negro da vida, esta carga de decepções que acompanha as expectativas. E o autor²⁰ questiona:

Como concebemos nossa sociedade, se captamos o risco como um problema universal que não pode ser evitado nem afastado, sobretudo quando em outras épocas o risco era concernente apenas aos navegantes ou qualquer outro grupo que se expusesse ao perigo? [...] Como se ordena a sociedade na realização normal de suas operações com um futuro sobre o qual não se pode saber nada certo, a não ser algo mais ou menos provável ou improvável?

A modernidade na sua fase atual não conhece mais sua ligação histórica, o futuro pode realizar este ou aquele projeto. Na medida em que a trajetória histórica se abre e se torna uma função das decisões individuais, assume esta a responsabilidade também para possíveis fracassos e perdas.

¹⁷ DE GIORGI, Raffaele. op. cit. p.247-248.

¹⁸ DE GIORGI, Raffaele. op. cit. P.198.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. op. cit. P.37.

²⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. op. cit. P.39. (livre tradução)

A sociedade atual, como afirma Luhmann²¹, tem aumentado a dependência do decidir sobre o futuro da sociedade, de tal forma que as idéias sobre o futuro predominam sobre as formas essenciais que restringiriam por si mesmas, como natureza, o que poderia suceder. A técnica e a subsequente consciência de poder têm ocupado o terreno da natureza. E tanto a suspeita, como a experiência, indicam que isto pode se dar mais facilmente de maneira destrutiva, do que construtiva. Por isto o temor de que algo saia mal tem rapidamente aumentado e, com ele, o risco que se atribui às decisões.

Mas como afirma De Giorgi²², o risco não necessita ser compreendido somente como algo negativo ou catastrófico, mas como uma oportunidade ou estratégia de construção do futuro, ou seja, o risco é considerado um vínculo com o futuro. Nesse sentido, somente é possível substituir o risco por um outro risco, pois a certeza de segurança é algo inexistente. Por isso, não se compreende o risco em oposição à idéia de segurança, mas sim, o risco em oposição ao perigo. O risco é uma aquisição evolutiva do tratamento das contingências que, se exclui toda segurança, exclui, também, todo destino.

Luhmann²³, para definir o risco, parte exatamente da distinção entre risco e perigo. Esta distinção supõe (e assim se diferencia precisamente de outras distinções) que existe uma incerteza com relação a danos futuros. Apresentam-se então duas possibilidades. Pode se considerar que o possível dano é uma conseqüência da decisão, e então falamos de risco e, mais precisamente, do risco da decisão. Ou bem se julga que o possível dano é provocado externamente, é dizer, se atribui ele ao entorno (ambiente); e, neste caso, falamos de perigo. Aduz Delton Winter de Carvalho²⁴:

O sentido de risco como oposição à noção de segurança (risco/segurança) é suplantado a partir da consciência de que na sociedade nenhuma ação é precisamente segura. [...] O risco consiste nas conseqüências indesejadas e danos futuros decorrentes dos processos de tomada de decisão (de um determinando sistema), havendo certa possibilidade de controle, e vincula-se às decisões tomadas no presente, consistindo-se na face construtiva da distinção risco/perigo, pela sua maior suscetibilidade ao controle pelas decisões, a partir da constatação de que as decisões vinculam o tempo, ainda que não se possa conhecer suficientemente o futuro, nem mesmo o futuro produzido pelas próprias decisões do sistema. A comunicação do risco

²¹ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. op. cit. P.42.

²² DE GIORGI, Raffaele. op. cit. p.14.

²³ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. op. cit. p.67.

²⁴ CARVALHO, Delton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilidade civil pelo dano ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.62.

consiste exatamente nas incertezas a respeito do futuro decorrentes das decisões tomadas no presente.

O futuro somente pode ser percebido em suas características como probabilidade, isto é, como mais ou menos provável ou improvável. O grande paradoxo é que, apesar do futuro ser incerto, a sua construção depende da decisão que se tome no presente.

Como exemplifica Brüseke²⁵, o risco de uma decisão pressupõe a consciência desses danos possíveis, assim como o cálculo do risco da decisão de viajar de avião conta com a probabilidade de chegar sem acidente aéreo ao lugar de destino. Quando acontece um desastre - o que é improvável, mas não impossível - o risco assumido torna-se algo real. E exatamente neste sentido, aduz Luhmann²⁶ que “quem fuma, assume o risco de morrer de câncer, mas para os outros o câncer continua sendo um perigo.”

Se observa o tempo com ajuda da diferenciação entre passado e futuro, o presente é a mancha negra desta observação, em todas as partes e em nenhum lado deste conceito de tempo. Ou, como também poderia dizer-se, a representação da simultaneidade no tempo. Com ele, a avaliação dos riscos leva também a depender do presente. Igual ao presente, esta pode mudar no tempo, é igual ao presente, pode refletir-se nos horizontes temporais do passado e do futuro. Portanto, já não há um ponto de vista objetivo para uma avaliação correta. O risco será avaliado posteriormente de maneira distinta dependendo de se apresentaram danos ou não. Posteriormente já não se entende por que em um presente passado se decidiu com tanta precaução ou tão arriscadamente. E desde o futuro nos veja fixamente um presente distinto, de onde a situação de risco atual seguramente será julgada de maneira distinta, porém de onde restará inseguro de como. O tempo mesmo produz esta diferença entre avaliação e nada se pode fazer contra o cálculo que sempre está presente. Dito de outra maneira, parte do arriscado do risco é que a avaliação varia com o tempo.²⁷

Em todo caso, reconhece o autor²⁸ que a esperança na racionalidade se reduz na medida em que se reconhece que não se tem tempo suficiente para conseguir a informação necessária, pois muitas das coisas que antes no transcurso da vida se resolviam mais ou menos automaticamente, são requeridas agora como decisão sobre um fundo de possibilidades de seleção mais amplo e por isso com valor de informação mais alto, ou seja, isso leva a que os perigos se transformem em riscos.

²⁵ BRÜSEKE, Franz Josef. *Risco e Contingência*. Societ e-prints. Florianópolis. Vol.1, n.2., p.35-48, jul/dez, 2005, p.37.

²⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. op. cit. p.148.

²⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. op. cit. p.86.

²⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. op. cit. p.88.

A sociedade, como bem explica De Giorgi²⁹, usa um "medium", ou seja, uma forma da constituição de formas para a representação do futuro e para produzir vínculos com o futuro. A forma dessa representação e a modalidade da produção destes vínculos com o futuro chama-se risco. O "medium" no qual o risco possibilita a construção de outras formas é o "medium" probabilidade/improbabilidade. Assim aponta Luhmann³⁰:

[...] é somente com essa mudança (de enxergar o futuro como probabilidade/improbabilidade) que se cria a oportunidade para compromissos presentes. Pode-se somente fazer uma decisão arriscada – ou sentar e esperar. E a forma do risco significa que esperar também é uma decisão arriscada.

O risco foi tratado considerando-se a segurança como sua alternativa e, portanto, como algo também possível. Buscou-se o uso de tecnologias seguras e invocou-se a intervenção de uma racionalidade linear capaz de controlar as conseqüências das decisões. Mas o fato é que a alternativa para o risco não era a segurança, e então se compreendeu que a condição normal da sociedade moderna seria uma situação de iminência da catástrofe. Nem a regularidade, nem a calculabilidade podem socorrê-la. A precariedade da razão deve ser assumida como ponto de partida.³¹

Luhmann³² aduz que enquanto a investigação do risco segue esforçando-se pelo cálculo racional dos riscos, a realidade mostra fechos distintos. E agora a avaliação dos riscos e a disposição para aceitá-los não é apenas um problema psíquico, mas, sobretudo, um problema social.

O problema que aqui se apresenta é complexo, pois não se trata de avaliar custos, fazer cálculos com base em informações e prognósticos seguros, não está se contrapondo vantagens e desvantagens. O risco, como afirma Luhmann³³, é um acordo de contingência de alto nível, e renunciar a riscos significaria – em particular sob as condições atuais – renunciar à racionalidade.

²⁹ DE GIORGI, Raffaele. op. cit. p.193.

³⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. op. cit. p.72. (livre tradução)

³¹ DE GIORGI, Raffaele. op. cit. p.194.

³² DE GIORGI, Raffaele. op. cit. p.41.

³³ DE GIORGI, Raffaele. op. cit. p.59.

Afirma De Giorgi:³⁴ “há que se conviver simultaneamente com a segurança e insegurança, determinação e indeterminação, instabilidade e estabilidade.” A sociedade contemporânea deve ser observada através da variável do risco.

Tudo posto, evidente que a situação de escolha entre risco e segurança, entre uma alternativa segura e outra arriscada, não é válida. Só é certa a seguinte afirmação: *não existe nenhuma conduta livre de risco*³⁵. Até mesmo porque, de acordo com a teoria luhmanniana, a própria ausência de conduta, paradoxalmente, já é uma conduta arriscada. E toda avaliação de risco é, e se mantém, como algo sujeito ao contexto em que está inserido.

Por tais razões, como afirma Schwartz,³⁶ “a percepção do risco é parte essencial para a compreensão do risco em si. Toda decisão tem, ínsita, a possibilidade de um dano, seja ele futuro, presente ou retroativo. O dano está ligado ao risco. Porém, este dano é contingente.” Neste sentido bem complementa Ulrich Beck³⁷ que:

Uma sociedade que concebe a si mesma como uma sociedade de risco está na posição, para utilizar uma metáfora católica, do pecador que confessa seus pecados para poder contemplar a possibilidade e o desejo de uma vida melhor em harmonia com a natureza e com a consciência do mundo.

Por tais razões, a auto-percepção da modernidade, salienta Clam³⁸, anda de mãos dadas com um sugestionamento de que a mudança é, em princípio, possível, e a qualquer momento pode ser posta em marcha. Tal auto-percepção da sociedade, na sua dinâmica de mudança, constitui um catalisador para a evolução.

Portanto, pensando a partir da teoria dos sistemas, o risco é resultado do fenômeno da contingência advinda da complexidade da sociedade contemporânea. A sociedade, na tentativa de reduzir a sua complexidade e as contingências sociais, acaba criando mais opções para a tomada de decisões, o que significa mais riscos. É um verdadeiro paradoxo. Nas

³⁴ DE GIORGI, Raffaele. op. cit. p.192.

³⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. op. cit. p.72.

³⁶ SCHWARTZ, Germano. op. cit. p.41.

³⁷ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Dabiel Jiménez, M^a Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998, p.219. (livre tradução).

³⁸ CLAM, Jean. *Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade*. Contingência, Paradoxo, Só-efetuação. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p.58.

palavras de Luhmann:³⁹ “complejidad [...] significa coacción de la selección. Coacción de la selección significa contingência, y contingência significa riesgo.”

1.2 A Evolução do Sistema Social: Risco e Contingência

É fundamental para a constituição de uma nova sociedade, evoluída, a consciência de que o risco é uma de suas condições de formação, pois como assinalado no item anterior, o risco é inerente à sociedade contemporânea.

E para explicar e orientar esta nova sociedade é necessário uma teoria que introduza o risco como condição ao seu funcionamento. Pois conforme leciona Rocha,⁴⁰ “o risco coloca a importância de uma nova racionalidade para as tomadas de decisão nas sociedades complexas, redefinindo a filosofia analítica, a hermenêutica e a pragmática jurídica, numa teoria da sociedade mais realista, pragmático-sistêmica.”

A sociedade moderna necessita uma teoria que explique e oriente a sua compreensão de forma compatível com o paradigma das incertezas. Por tais razões a teoria dos sistemas apresenta-se como um referencial teórico plausível de compreensão desta sociedade. Luhmann⁴¹ parte da constatação de que a sociedade contemporânea é profundamente complexa e contingente, e funcionalmente diferenciada. Isso significa que além de ter mais possibilidades do que se pode realizar, ela também é marcada por funções diferenciadas (direito, política, economia) ao invés de diferenciações hierárquicas (classes).

A sociedade não é mais pensada como um aglomerado de pessoas ou um território geograficamente delimitado. Na perspectiva luhmanniana ela passa a ser concebida como um sistema, que auto-reproduz sua operação peculiar que é a comunicação. Dito de outro modo: a sociedade comunica em si mesma, sobre si mesma e sobre seu ambiente. A auto-reprodução

³⁹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamento para una teoría general*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. (coord.) México: Universidade Iberoamericana, 1991, p.48.

⁴⁰ ROCHA, Leonel Severo; CLAM, Jean; SCHWARTZ, Germano. *Introdução à teoria dos sistemas autopoieticos do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.49.

⁴¹ LUHMANN, Niklas apud NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (coord.). *Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: UFRGS, Goethe Institute ICBA, 1997, p.11.

da operação fundamental do sistema social, que é circular e recursiva, garante a continuidade do sistema sociedade e, por isso, sua constante recorrência evolutiva.⁴²

Partindo da comunicação, que é a atividade fundamental dos sistemas, Luhmann⁴³ constrói o seguinte conceito: a sociedade constitui “[...] um sistema abrangente de todas as comunicações, que se produz autopoieticamente, na medida em que produz, na rede recursiva de comunicações, sempre novas (e sempre outras) comunicações.” Sobre a evolução do sistema social, Garcia Amado⁴⁴ bem salienta:

Por complexidade se entende o conjunto de todos os eventos possíveis. Designam-se assim, portanto, o campo ilimitado de “mundos possíveis”. [...] esse campo ilimitado de possibilidades que se denomina complexidade. [...] Uma vez que se introduza alguma forma de ordem nessa ausência de contornos, ter-se-á assentado a base para a dita preferência, que permitirá a auto-afirmação de um dos mundos como real, com a complexidade reduzida, começa a existir a sociedade. [...] Precisamente nessa idéia de redução da complexidade – entendido como processo social permanente – Luhmann situa o motor da evolução dos sistemas sociais.

Neste contexto, a sociedade evolui enfrentando suas contingências, mas como já afirmado, a contingência significa o risco. E sendo o risco intrínseco ao funcionamento da sociedade, este não pode ser ignorado, é parte da funcionalidade do sistema social. Portanto, não se trata de eliminar os riscos, até mesmo porque eles são inerentes à própria complexidade social. Todavia, é necessário desenvolver o paradoxo de forma criativa, instituindo mecanismos que ajudem a conhecer e assimilar os riscos.

Mas para o sistema evoluir com a perspectiva inseparável do risco é necessária a tentativa de estabilizar as expectativas e de reduzir a complexidade. Neste sentido, Luhmann⁴⁵ afirma a necessidade da sociedade de produzir estruturas normativas que sejam capazes de selecionar previamente os estados que o sistema social pode assumir em relação ao seu

⁴² QUEIROZ, Marisse Costa de. O direito como sistema autopoietico: contribuição para a sociologia jurídica. In: *Revista Seqüência: estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, n.46, jul, 2003, p.79.

⁴³ LUHMANN, Niklas apud NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (coord.). op. cit. p.29.

⁴⁴ AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (orgs). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.301-302.

⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.168.

ambiente. É importante nesta matriz epistemológica, de acordo com o pensamento de Rocha⁴⁶:

[...] demonstrar-se que certos elementos básicos tornam possível distintas formas, entre infinitas possibilidades, de interação social. Isto implica uma grande complexidade, que exige cada vez mais subsistemas, como o direito, a economia, a religião, etc., que por sua vez se diferenciam criando outros subsistemas e assim sucessivamente.

E é exatamente esta diferenciação funcional, que na tentativa de reduzir a complexidade acaba aumentando a complexidade, que é um paradoxo da sociedade. Mas é isto que torna possível a evolução social, e a especificação das funções de cada novo subsistema da sociedade se dá através das formas escolhidas pelo sistema. Cada subsistema utiliza-se dessa forma para “filtrar” o que entra em seu sistema advindo do entorno, e o que não pertencerá ao sistema (o que se traduz no seu fechamento). Porém, o fechamento dos sistemas é sua condição para a única abertura possível na sociedade moderna, como complementa Rocha:

Abertura significa disponibilidade dos sistemas a reagirem frente a complexidade do ambiente. E, portanto, disponibilidade a adequar-se ao grau de complexidade do ambiente. Ao mesmo tempo, por meio de suas próprias operações, isto é, através das próprias escolhas o sistema se abre, e acaba por se predispor ao risco.⁴⁷

Neves⁴⁸ afirma que “a teoria sistêmica enfatiza que a evolução resulta de transformações internas na respectiva unidade de reprodução: as “perturbações” advindas do ambiente só se tornam determinantes da evolução sistêmica quando assimiladas internamente como inovações.”

A evolução dos sistemas *autopoiéticos* somente acontece, portanto, em consequência das operações internas dos sistemas. É o meio externo que deve ser adaptado ao sistema, para ocorrer evolução. O entorno apenas tem a capacidade de perturbar o sistema, provocar a modificação que só ocorrerá dentro da própria estrutura deste. Por tal razão que a modificação nunca é uma necessidade, mas sim, uma possibilidade.

⁴⁶ ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. In: *Revista Seqüência: estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, n.28, ano 15, jun, 1994, p.11.

⁴⁷ ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. op. cit. p.12.

⁴⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.3.

A seleção das variações geradas em consequência de uma perturbação externa somente terá como resultado uma nova re-estabilização do sistema se as novidades puderem ser incorporadas dentro das características estruturais do sistema. Marcelo Neves⁴⁹ aduz que de acordo com o modelo sistêmico luhmanniano, a evolução manifesta-se com a transformação do improvável em provável. Ela implica “o paradoxo da probabilidade do improvável.”

Tal transformação dá ênfase ao “acaso”, Luhmann não pretende apresentar nenhuma interpretação do futuro. A variação que adentra o sistema proveniente do entorno é uma comunicação inesperada, surpreendente, não necessária, mas também não impossível, embora inimaginável até aquele momento.

Mas a evolução do sistema não acontece de forma irregular: há um procedimento de acordo com a teoria luhmanniana, o qual se utiliza dos chamados mecanismos evolutivos ou funções da evolução. Desta forma, o fenômeno evolutivo só se completa quando se preenchem três condições vinculadas reciprocamente: variação, seleção e restabilização ou retenção.

Teubner⁵⁰ elucida que “a variação apenas pode ter lugar num subsistema autopoietico se for determinada pela própria estrutura deste.” A seleção é governada por processos internos mais do que pela aceitação social exterior, e os principais critérios de seleção passam a ser o da adaptabilidade da inovação às estruturas existentes, bem como com a compatibilidade com a autopoiese do sistema. Finalmente, “a estabilidade das estruturas dos sistemas autopoieticos é assegurada por mecanismos gerados no seu próprio seio.” Tal função de estabilidade é “levada a cabo através da auto-referência do sistema.”

A variação implica, portanto, a emergência de elementos que se afastam do modelo de reprodução até então existente. A variação não significa já evolução sistêmica. No plano das estruturas, o sistema pode reagir negativamente ao desvio. Mas, aceitando a variação, ocorrerá a seleção de estruturas para possibilitar a continuidade da reprodução do elemento inovador dentro do sistema.⁵¹

⁴⁹ NEVES, Marcelo. op. cit. p.1.

⁵⁰ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Traduzido por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p.116-119.

⁵¹ NEVES, Marcelo. op. cit. p.6.

Ainda assim, o processo evolutivo singular não se completa necessariamente. Impõe-se a restabilização como mecanismo que, no plano da formação do sistema como unidade de reprodução, vem assegurar à estrutura inovadora “duração e capacidade de resistência.”⁵²

Conforme já foi afirmado, embora a assimilação estrutural inovadora seja imprescindível à ocorrência do acontecimento evolutivo, ela lhe é insuficiente. Impõe-se a restabilização como inserção das novas estruturas no complexo das estruturas existentes.

Porém, a adaptação não necessariamente ocorre de forma passiva ao modelo estrutural já existente. Ao contrário, a restabilização como mecanismo evolutivo implica, em grau maior ou menor, que as estruturas preexistentes rearticulem-se para adequar-se às novas expectativas, possibilitando, assim, a continuidade dinâmica da sociedade.⁵³

Portanto, o pressuposto da evolução da sociedade é a crescente complexidade e contingência, por isso a contingência é caracterizada como qualidade peculiar da sociedade moderna. Conseqüentemente a evolução da sociedade, como sistema social, vincula-se diretamente à evolução dos seus subsistemas funcionais.

A contingência denomina algo que não é necessário, nem impossível, mas é a abertura fundamental da experiência humana no âmbito social. Luhmann⁵⁴ afirma: “Tudo é contingente que nem é necessário, nem impossível.”

Para Andréas Schedler⁵⁵ “contingência é um conceito radical que envolve indeterminância (mundos possíveis), incerteza (futuros abertos), e condicionalidade (justificações condicionais).”

Jean Clam⁵⁶ afirma que a contingência social é a capacidade flutuante que uma sociedade possui de integrar em determinando momento aquilo que ela até então havia excluído. Isto, porque a contingência não faz parte do sistema, provém do “mundo” exterior,

⁵² TEUBNER, Gunther. op. cit. p.7.

⁵³ TEUBNER, Gunther. op. cit. p.7.

⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad. Racionalidade y contingência en la sociedad moderna*. Barcelona: Ed. Paidós, 1992, p.175.

⁵⁵ SCHEDLER, Andréas. *Mapeando a Contingência*. Traduzido por Luiz Henrique Queriquelli. Societec e-prints. Florianópolis. Vol.1, n.2, p.49-78, jul/dez, 2005, p.50.

⁵⁶ CLAM, Jean. op. cit. p.20.

do entorno do sistema. Por isso o conceito de contingência também depende da percepção do mundo, que depende de distinções entre o que está dentro do sistema e aquilo que está no seu ambiente.

A abertura de uma sociedade para o contingente se reflete como um possível alternativo. Toda sociedade é caracterizada nesse tocante por um certo modo de abertura - ou fechamento - para o futuro. Conforme Jean Clam,⁵⁷ cada sociedade possui uma estrutura de delimitação auto-imposta que define as opiniões, ações, condutas, digamos, as comunicações que nela são possíveis, isto é, permissíveis e aceitáveis, e as que não o são.

O próprio sistema deve estar preparado para a recepção de um certo nível de contingência. A sociedade evolui e cada vez mais apresenta ao indivíduo possibilidades. Uma vez que o ser humano é livre para fazer escolhas, poderá sempre agir diferente, e isto representa a complexidade e a contingência da teoria dos sistemas.

Porém, não se pode viver em sociedade sem nenhuma expectativa sobre as atitudes dos indivíduos, ou seja, há necessidade de reduzir as possibilidades de escolhas, de decisões, reduzir a complexidade do sistema.

Assim, contingente é um possível que ingressa na sociedade vindo de um exterior, que não é um espaço familiar da sociedade. Constitui aquilo que é possível alternativamente a todas as comunicações que têm lugar na sociedade. É possível, alternativamente ao proibido, ao prescrito e ao inimaginável.

De acordo com a teoria luhmanniana a sociedade moderna é supercomplexa, muito mais complexa que qualquer outra sociedade antiga, e assim acaba —evidentemente - sendo uma sociedade supercontingente, apresentando muito mais abertura para o futuro e muito mais necessidade de decisões sobre este futuro. Como bem afirma Neves:⁵⁸

[...] na medida em que estão presentes complexidade (que implica pressão seletiva), pressão seletiva (que importa contingência) e contingência (que significa risco), desenvolve-se uma sobrecarga seletiva que exige

⁵⁷ CLAM, Jean. op. cit. p.22.

⁵⁸ NEVES, Marcelo. op. cit. p.15.

especificações de funções em sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos.

É exatamente através da diferenciação funcional e dos acoplamentos estruturais que a sociedade moderna enfrentará os riscos da sua evolução. Portanto, através dos subsistemas (ou sistemas parciais), das “perturbações” que ocorrem entre estes, e o conseqüente acoplamento estrutural resultante desta nova possibilidade de comunicação, é que ocorre a evolução do sistema social, que devido à hipercomplexidade moderna acaba por se diferenciar funcionalmente como forma de responder às novas questões postas ao sistema sociedade.

Gunther Teubner⁵⁹ descreve três meios possíveis de intervenções entre os sistemas parciais: a observação cibernética, a interferência e a organização. Através da observação cibernética, que se trata da observação da segunda ordem - ou seja, da construção interna que o sistema faz dos demais sistemas e do seu ambiente – se inicia a evolução, pois o sistema somente reage ao seu ambiente, produzindo irritações internas em resposta aos estímulos externos. Já a interferência e a organização ocorrem através das observações mútuas entre os sistemas sociais, que se dá pelo que Luhmann denomina acoplamentos estruturais. A interferência atua como ponte entre os sistemas (como no caso dos contratos), já as organizações são instituições produtoras de observações, descrições e tomadas de decisões, que servem a vários sistemas sociais, como por exemplo o Estado.

Aqui fica evidente que o sistema não pode existir sem o seu entorno, e a sua comunicação com o meio se dá através da contingência, com a finalidade de reduzir a complexidade do sistema e torná-lo mais estável, mas ao mesmo tempo passível de evolução. Assim se pronuncia Garcia Amado⁶⁰:

Portanto, a clausura auto-referencial dos sistemas é a “forma de estender os contatos possíveis com o meio”. A pura auto-referência é impossível. Cada sistema somente pode existir e se reproduzir em um meio. [...] logo, “clausura autopoietica não significa isolamento”, e a autonomia do sistema não significa sua independência total em relação ao meio exterior, senão a auto-regulação pelo próprio sistema de suas dependências e independências em relação a esse meio.

A contingência dos subsistemas que circundam o sistema sociedade, constitui para este a sua complexidade. Reduzindo está complexidade a sociedade acaba por produzir mais

⁵⁹ TEUBNER, Gunther apud CARVALHO, Delton Winter de. op. cit. p.26-27.

⁶⁰ AMADO, Juan Antonio Garcia. op. cit. p.316.

complexidade e, logo, mais contingência, o que é o paradoxo de sua evolução, e ao mesmo tempo o meio e o motivo da evolução da sociedade. Mas como afirma Mathis⁶¹:

Um sistema social, ou um indivíduo, tende a interpretar o problema da contingência, isto é, da variedade de alternativas de atuação como um grau de liberdade: liberdade de escolher entre várias alternativas de atuação. No papel de observador de um outro indivíduo ou sistema social, o problema da contingência se coloca totalmente diferente, a liberdade de escolha do sistema se transforma para o observador desse sistema em fonte de inseguranças e surpresas.

É justamente a estabilidade da sociedade e das expectativas das ações dos indivíduos uns para com os outros, o motivo da redução da complexidade do sistema, que por sua vez, na sociedade moderna, torna-se uma tarefa ainda mais complexa e contingente. As escolhas e decisões não se baseiam unicamente no possível alternativo, mas na perspectiva de que as expectativas possam vir acompanhadas de decepções, pois surge na sociedade moderna além da contingência, o risco.

[...] toda decisão também poderia ter sido tomada de maneira diversa: percebe-se, então, que toda decisão é contingente, que o evento, ao qual ela se refere, é contingente, e que o momento, no qual o acontecimento e a decisão se fundam, também é contingente. A normalidade é o resultado do encontro dessas contingências.⁶²

Assim, de acordo com a teoria luhmanniana, o risco passa a derivar da contingência advinda da complexidade da sociedade. Além disso, se evidencia a evolução do sistema social, o qual deve responder às modificações impostas pelos riscos.

Porém, a evolução social não se configura como um processo de passagem para uma vida melhor, um maior grau de felicidade. Nesse sentido, construiu-se a idéia de progresso no século passado, apontando para o aperfeiçoamento contínuo, unilinear, regular e necessário da sociedade. “A evolução não se dirige a um fim determinado ou à realização de um ideal ou valor.” As decisões são baseadas em premissas inseguras e mutáveis. A evolução da sociedade nem sempre será para melhor.⁶³

⁶¹ MATHIS, Armin. *A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Disponível em <www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05>. Acesso em 05/02/2008, p.6.

⁶² DE GIORGI, Raffaele. op. cit. p.190.

⁶³ NEVES, Marcelo. op. cit. p.5.

Pois como mostra a história, após a Revolução Industrial ocorreu uma reorientação da sociedade, onde esta passou a se integrar com os sistemas do direito e da economia em irritações recíprocas. A sociedade dividida em classes evolui para uma sociedade funcionalmente diferenciada, onde a incerteza torna-se a única certeza, onde as previsões científicas se encerram e inicia a sociedade de risco, altamente complexa e contingente, e por tais características em evolução constante, esta é a sociedade atual.

Mas o ponto fundamental da discussão aqui proposta apenas quer expor como a sociedade evolui - e não para onde ela evolui - pois como afirma Luhmann, apenas Deus conhece a contingência futura.

Para a observação que se propõe basta compreender, conforme aduz Luhmann⁶⁴, que a complexidade significa dizer que existem mais possibilidades do que se pode realizar. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada. A contingência, por sua vez, traduz-se no fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas, ou seja, significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir os riscos, mas é assim que a sociedade evolui de acordo com os pressupostos da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos luhmanniana.

1.3 Meio Ambiente: Direito e Dever Fundamental

Para os objetivos deste trabalho se faz necessário verificar o direito ambiental, sob a perspectiva da Constituição Federal. Para a dogmática jurídica o meio ambiente é um direito e um dever fundamental, conforme esculpido no artigo 225 da Carta Magna⁶⁵. Importa, ainda, fazer um breve apanhado histórico acerca da apropriação dos recursos naturais pela sociedade, para compreender-se a importância da proteção ambiental, e a razão do presente estudo.

Desde os primórdios, das primeiras civilizações, o homem sempre manteve relação direta com a natureza, uma relação sabidamente de subsistência. Até a Idade Média esta

⁶⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. op. cit. p.45-46.

⁶⁵ “Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

relação se dava de forma individual ou familiar, mas retirando dos recursos naturais apenas o necessário para a sobrevivência. A relação era de respeito, pois existia a preocupação e o cuidado para que da natureza se pudesse prover alimentos nos anos seguintes. Mas a partir da Revolução Francesa - onde adentramos na idade moderna - passa-se a produzir bens de consumo com escalas industriais e a exploração dos recursos naturais se dá em progressões jamais vistas. Mas foi efetivamente após a década de setenta do século XX, que a exploração dos recursos naturais dá-se de forma desordenada.⁶⁶ Neste sentido afirma Ost⁶⁷:

A modernidade ocidental transformou a natureza em ambiente: simples cenário no centro do qual reina o homem, que se autoproclama dono e senhor. É o reinado do artifício, da máquina e da automatização, que assim se inaugura e triunfa hoje na união entre o biológico e o tecnológico, a partir de então, a plena apropriação dos recursos ambientais, a sua livre cessão e livre transformação sem qualquer entrave.

Assim, diante de uma sociedade voltada ao desenvolvimento econômico - meta e direção das decisões sociais - componentes importantes da sociedade e da vida de forma ampla foram utilizados como “combustível” de crescimento, sem se ter a real noção de que se tratava de fonte de vida e não somente fonte de riquezas: os recursos naturais. Paulo Cunha⁶⁸ bem resume essa evolução exploratória:

A revolução industrial, com a conseqüente dotação de meios técnicos, provocou alterações a esse nível, porque o homem começou a interferir no equilíbrio dos fatores sociais e estes começaram a sentir desvios, incompatíveis com a sua regeneração e sustentação natural. Fatores que, associados ao aumento da densidade populacional, ameaçam a existência do próprio ser humano. É cada vez mais paradoxal a constatação da desproporção crescente entre a fragilidade do objeto da ação humana, os fatores naturais, e o poder dos meios de os destruir.

A dominação da natureza pelo homem, no decorrer dos anos, buscando a evolução tecnológica e industrial em uma jornada desenfreada pelo lucro, acabou por utilizar-se dos recursos naturais de forma impensada e incalculada, o que faz surgir as conseqüências hoje experimentadas pela humanidade, quais sejam: a escassez de muitos bens ambientais, espécies da fauna e da flora, que representam o preço da degradação humana sobre o meio ambiente.

⁶⁶ SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo ambiental: extrafiscalidade e função promocional do direito*. Curitiba: Juruá. 2006. p. 173-174.

⁶⁷ OST, François. op. cit. p.10-11.

⁶⁸ CUNHA, Paulo. A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do direito e o ambiente. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Estado de Direito Ambiental: Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.109-110.

François Ost⁶⁹ afirma que a racionalidade que marca a modernidade consiste exatamente em caracterizar o homem como medida de todas as coisas, sendo este – simultaneamente - a fonte do pensamento e do valor, e o seu fim último. Justamente por meio desta racionalidade humanista que o homem exerce a dominação da natureza, tendo esta tão somente uma única conotação patrimonial: a natureza sujeita à apropriação - a “natureza apropriada.”

Derani⁷⁰ afirma que o modo de produção moderno toma “[...] os recursos naturais como infinitos e inesgotáveis, justificando a necessidade de um contínuo crescimento.” Assim, pelo uso indevido dos recursos naturais a humanidade, diante das conseqüências e das previsões catastróficas de futuro ambiental, elevou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à proteção constitucional, incumbindo ao poder público e à sociedade o dever de protegê-lo e preservá-lo para a manutenção da qualidade de vida desta e das futuras gerações.

Por tais razões que o sistema social hoje está em modificação. Face a sua nova estrutura fundada no risco, subdividiu-se em mais um subsistema o meio ambiente, e impôs uma subdivisão do próprio sistema jurídico, que hoje tem que normatizar as expectativas relativas ao direito ambiental.

No mesmo sentido, a dogmática jurídica tem de buscar responder de forma coerente e eficaz, no ordenamento jurídico, essa nova necessidade social. Em decorrência desse anseio comunitário e universal, a Constituição Federal de 1998 inseriu no artigo 225 o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que visa garantir a sadia qualidade de vida para esta e para as futuras gerações, e o meio ambiente na condição de bem fundamental. Neste sentido aduz Hans Jonas⁷¹ que “sob a mesma luz aparece então o novo dever. Nascido do perigo, esse dever clama, sobretudo, por uma ética da preservação e da proteção, e não por uma ética do progresso ou do aperfeiçoamento.”

O direito fundamental ao meio ambiente nas sociedades de risco é definido a partir de uma compreensão social do futuro. Nesta, a promessa do futuro evoca a atribuição de deveres, a imposição de obrigações e o exercício de responsabilidades entre todos os membros da sociedade e do Estado, em um

⁶⁹ OST, François. op. cit. p.177-178.

⁷⁰ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

⁷¹ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montes. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p.232.

modelo ético de compromisso, que se encontra expresso de forma inovadora em nosso texto constitucional retratada no artigo 225, caput, CRFB de 1988.⁷²

Neste passo convém esclarecer que direitos fundamentais são aqueles inerentes ao cidadão e que na história constitucional sofreram grandes evoluções. São reflexos de uma construção de lutas. Primeiro adquiriu-se o direito à liberdade, após buscou-se a igualdade, ou os chamados direitos sociais e, finalmente, a busca por direitos de solidariedade, onde o destinatário seria não apenas um indivíduo ou um grupo, mas o gênero humano.⁷³

Norberto Bobbio⁷⁴ apresenta os direitos fundamentais como gerações de direitos dos homens que vão nascendo conforme uma dinâmica de evolução social. Assim, os direitos de primeira geração nascem a partir das revoluções burguesas, onde adentra-se no Estado Liberal, que busca a proteção do cidadão em face dos abusos de poder do Estado. São direitos de liberdade, segurança, propriedade, entre outros, que visam garantir a não intervenção do Estado na vida privada. Já os direitos de segunda geração surgem do desequilíbrio existente entre os grupos sociais, voltando-se ao Estado, buscando a igualdade substancial entre as pessoas. Eles se consubstanciam pelo caráter prestacional do Estado, nos direitos como a saúde, educação, trabalho, moradia, seguridade social e outros, adentrando-se no chamado Estado Social. Assim afirma o autor⁷⁵:

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e portanto, com objetivo de limitar o poder -, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.

Porém, com o avanço das tecnologias e com o evoluir da sociedade os direitos também se modificaram, e surge a necessidade de uma proteção dos direitos de titularidade coletiva e difusa, nos quais se encontra o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. São direitos que visam garantir o gênero humano como um todo, ou seja, desta e das futuras

⁷² AYALA, Patrick de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato. FERRERIA, Helene Sivini. *Estado de direito ambiental: tendências. Aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2004. p. 245-246.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.523.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. op. cit. p.72.

gerações. São os direitos chamados por Bobbio de terceira geração⁷⁶, são corolários do próprio direito à vida.

Mas o direito ao meio ambiente como direito fundamental é resultado da constitucionalização da necessidade de proteção dos recursos naturais diante da degradação e desperdício causados pela atividade humana no planeta. A dinâmica social do desenvolvimento trouxe custos ambientais, surgem os problemas ecológicos que ameaçam a própria qualidade de vida dos degradadores.

Canotilho⁷⁷ aduz existir duas gerações de problemas ecológicos. Os problemas de primeira geração incidem fundamentalmente na proteção do ambiente, tendo em conta os elementos constitutivos, como a poluição, água, ar, solo. Hoje, já nos encontraríamos nos problemas ecológicos de segunda geração, que se relacionam com efeitos que extravasam a consideração isolada dos elementos constitutivos do ambiente e suas implicações, como o buraco na camada de ozônio, o efeito estufa, as mudanças climáticas, e não atingem apenas pessoas ou grupos isolados, mas como já afirmado, gerações.

Os tribunais pátrios já decidem em favor do meio ambiente, demonstrando a importância de tais direitos no ordenamento, como bem exemplifica a decisão histórica proferida pelo Supremo Tribunal Federal, relatada pelo Ministro Celso de Mello⁷⁸:

Trata-se [...] de um típico direito de terceira geração, que assiste de modo subjetivamente indeterminado a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que interrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social.

Neste sentido, o caráter histórico dos direitos fundamentais demonstra que o direito, como regulador das expectativas sociais, buscou elevar à máxima proteção constitucional o

⁷⁶ Canotilho discorda de Bobbio, e afirma que o direito ao meio ambiente como um direito fundamental trata-se de um direito de quarta geração.

⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p.177.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 22164/SP. Relator ministro Celso de Mello. Acórdão publicado no Diário de Justiça da União de 17 de novembro de 1995. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 12 de junho de 2008.

direito ao meio ambiente não poluído, demonstrando que a sociedade modifica e incorpora valores na medida em que as demandas e necessidades se modificam, objetivando sempre a vida humana com qualidade e dignidade.

O processo histórico-civilizatório das sociedades determina e legitima os direitos que devem integrar o rol destacado dos direitos fundamentais, tendo-se em conta um horizonte normativo-conceitual mutável e aberto materialmente em face dos novos desafios existenciais postos a cada novo avanço civilizatório.⁷⁹

Por isso a defesa do meio ambiente não se trata apenas de um direito, mas de um dever jurídico-constitucional, que não equivale a um mero correlato do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, mas uma obrigação de atuar positivamente no sentido de impedir e abster-se de comportamentos nocivos à natureza. Édis Milaré⁸⁰, bem resume as características deste direito/dever:

Em uma dimensão objetiva, o direito ao meio ambiente consiste em um direito difuso e coletivo, cujo destinatário final é o gênero humano. Na verdade, trata-se da constatação de que existe um dever fundamental ecológico a que estão submetidos tanto o Estado como a coletividade, para a obtenção de uma justiça intergeracional. A proteção jurídica ambiental perfaz-se, em sua dimensão objetiva, através da noção de Estado democrático ambiental, tendo o ambiente como tarefa fim do Estado. Diante dessa natureza transindividual do ambiente, configura-se este como um direito ou interesse indisponível e imprescritível.

Nessa perspectiva Freitas⁸¹ ressalta que “o intérprete jurídico deve fazer as vezes de catalisador dos melhores princípios e valores de uma sociedade num dado momento histórico.” O dever fundamental de proteção ao meio ambiente é um dever associado ao direito fundamental de usufruir de um meio ambiente saudável. Como afirma Trindade⁸², ao referir-se à Declaração de Haia sobre a atmosfera de 1989, “o direito de viver é o direito do qual emana os demais direitos”, logo, “o direito de viver com dignidade em um meio ambiente global viável” acarreta o dever das “comunidades das nações preservar o ambiente saudável e equilibrado para as gerações presentes e futuras.”

⁷⁹ FENSTERDEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.143.

⁸⁰ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.880-882.

⁸¹ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1998, p.150.

⁸² TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p.77.

O direito à proteção ambiental é, dessa forma, um direito de expectativas a que correspondem obrigações. Nesta perspectiva afirma Borges⁸³:

Esse direito-dever, da categoria direito difuso, difere ainda dos direitos de gerações anteriores na medida em que não nascem de uma relação contratual nem de um status como o de ser cidadão de determinado Estado. Nasce da valorização da pessoa humana nesse final de século XX, através da evolução dos direitos de ampliação da proteção de âmbitos de vivência da pessoa humana, anteriormente não protegidos ou não privilegiados pelo direito. Não existe relação contratual prévia que estabeleça tais direitos-deveres. São direitos agora tidos como universais, fundamentais, que no dizer de Ferrajoli, tratam-se de direitos invioláveis ou inderrogáveis, indisponíveis e inalienáveis.

Mas é de conhecimento de todos que o meio ambiente é uma construção social. Diversas culturas e diversos grupos sociais, em diferentes momentos históricos, compreendem de forma distinta como deve ser a relação entre homem e natureza. Portanto, a história ecológica se faz juntamente com a história social.⁸⁴

O crescimento desequilibrado das necessidades humanas, juntamente com um sistema industrial que não respeitou os limites e as finitudes dos recursos naturais, fez surgir uma verdadeira crise ambiental - como é chamada pelos doutrinadores ambientais - sobre a qual a sociedade não tem mais controle. Isso leva esta sociedade a ser de risco ambiental e, portanto, impõe a necessidade de se repensar o desenvolvimento, o que fez surgir a busca das nações pelo chamado desenvolvimento sustentável.

Para Enrique Leff⁸⁵ a crise ambiental representa limites, que “[...] ressignifica e reorienta o curso da história: limite de crescimento econômico e populacional; limite dos desequilíbrios ecológicos e das capacidades de sustentação da vida; limite da pobreza e da desigualdade social.”

⁸³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito ambiental e teoria jurídica no final do século XX. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.20.

⁸⁴ ALIER, Joan Martínez. *Da economia ecológica ao ecologismo popular*. Tradução de Armando Melo Lisboa. Blumenau: Editora da FURB, 1998, p.235.

⁸⁵ LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2002, p.191.

A crise ambiental não tem precedente. Não tem nenhum referencial anterior na história para que os mais variados setores da sociedade possam embasar decisões acerca do futuro. A crise ambiental é uma crise da realidade da sociedade contemporânea, onde o risco é inerente.

Neste contexto de imprescindível busca de soluções, onde surge como ponto de referência a figura do desenvolvimento sustentável, surge um questionamento: que sustentabilidade que busca esse novo modelo de desenvolvimento?

Paulo Affonso Leme Machado⁸⁶ aduz que “o desenvolvimento sustentado é um desenvolvimento que responde às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de responder também às suas próprias necessidades.”

Ignacy Sachs⁸⁷ aduz que para se obter a sustentabilidade é necessário unir oito tipos de sustentabilidade: social (com homogeneidade social, distribuição justa de renda, emprego e qualidade de vida decente a todos); cultural (buscando o equilíbrio entre o respeito à tradição e inovação); ecológica (limitar o uso de recursos não renováveis); ambiental (respeitar a capacidade de autodesenvolvimento dos ecossistemas naturais); territorial (melhoria do ambiente urbano, e desenvolvimento de estratégias ambientais seguras para as áreas ecologicamente frágeis); econômica (desenvolvimento econômico equilibrado, com autonomia de pesquisas científicas e tecnológicas, buscando a modernização dos instrumentos de produção) e de políticas nacionais e internacionais (que visem desenvolvimentos baseados nos princípios da igualdade e da precaução).

O desenvolvimento sustentável é uma construção. A noção deste novo desenvolvimento é utilizada como portadora de um novo projeto para a sociedade, julgando ser capaz de garantir a coexistência dos homens e dos recursos naturais.

A idéia ambiental que se espalha pela sociedade – de eco-sociedade – tem provocado em alguns setores a substituição da produção tradicional por um sistema de produção menos impactante, buscando fabricar produtos cada vez mais reaproveitáveis. Mas tais atitudes não são suficientes, e também, face ao custo-benefício apresentado, não têm difusão suficiente. Isso porque as empresas não estão buscando proteger o meio ambiente, mas sim, uma espécie

⁸⁶ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994, p.46.

⁸⁷ SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

de “eco-lucro”, onde o lucro advém da propaganda de sustentabilidade e de preocupação ambiental atrelada ao produto. Assim, este deixa de ser “vilão” para ser uma “alternativa” sustentável e ecologicamente correta.

Por tal razão que a concepção de desenvolvimento tem de ser modificada. Há que se conscientizar que o atual modelo de desenvolvimento produziu resultados indesejados, em algum momento da história seguimos o caminho errado. É fato que o sistema produtor é depredador e poluente. Portanto, há que se buscar soluções inovadoras no campo ambiental. É necessário uma gestão do desenvolvimento de forma a gerar lucros, mas proteger o meio ambiente.

Por isso que o desenvolvimento sustentável em muito – para não dizer totalmente – está vinculado à economia, e é notório, como salienta Eduard Wilson,⁸⁸ “[...] que os índices de qualidade ambiental não são populares em congressos internacionais de economia.”

Afirma Derani⁸⁹ que “a natureza é o primeiro valor da economia, é a primeira apropriação base para qualquer transformação.” A verdade é que não se pode tratar o meio ambiente como limitador da economia, mas encontrar uma forma de adequar os anseios econômicos com as necessidades de proteção dos recursos naturais.

A economia é tão vinculada ao meio ambiente que os próprios princípios de direito ambiental vêm-se fortemente influenciados por esta, como o caso do princípio do poluidor-pagador - que busca a internalização das externalidades da produção - e do próprio princípio do desenvolvimento sustentável - que busca desenvolver com equilíbrio e salvaguardando os recursos naturais para o futuro.

Mas é inegável, de outra banda, que a economia deixou-se influenciar nos últimos anos pela corrente ecologista. Demonstração disso foi o artigo 170 da Constituição Federal⁹⁰ trazer como princípio da ordem econômica brasileira a proteção ao meio ambiente, em seu

⁸⁸ WILSON, Eduard. *O futuro da vida*. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p.63.

⁸⁹ DERANI, Cristiane. op. cit. 2001.

⁹⁰ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante o tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.”

inciso VI. Isso demonstra que a economia, nos últimos tempos - ao menos em nível legal - deixou de caminhar de modo divergente para tentar convergir com os interesses ambientais.

É imprescindível para a produção de riquezas os recursos naturais. A manutenção da mão-de-obra depende também de um mínimo de qualidade de vida, que somente se obtém com um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por tudo posto, como bem complementa Rodrigues⁹¹, “é imperativo que todas as decisões relativas à implementação de uma atividade econômica tenham que passar pelo crivo das normas protetoras do meio ambiente.”

Fábio Nusdeo⁹² aduz que a economia parte da dominação e transformação da natureza, por isso depende dos recursos naturais. Tal dominação e transformação visam o lucro, almejam criar riquezas. Mas é preciso conciliar, pois não há verdadeiro progresso com deteriorização da qualidade de vida e será uma ilusão qualquer desenvolvimento à custa da degradação ecológica.

Almeja-se, portanto, com a elevação da proteção ao nível constitucional – traduzido em direito/dever fundamental – evitar o retrocesso ecológico normativo. Após anos de apropriação indevida da natureza, a previsão constitucional foi construída como defesa desta perante a saga depredatória do homem. Fensterseifer⁹³ afirma que tal princípio seria concebido no sentido de que:

[...] a tutela normativa ambiental deve operar de modo progressivo no âmbito das relações jurídicas, a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade humana, não retrocedendo jamais a um nível de proteção inferior àquele verificado hoje.

Neste sentido, apesar da proteção ao meio ambiente ser dever de toda a coletividade, muito da implementação das diretrizes de proteção cabem ao Estado, como organizador da sociedade. Canotilho⁹⁴ destaca que o meio ambiente como tarefa ou fim do Estado determina a proibição de retrocesso ecológico, pois a água, os solos, a fauna e a flora, não podem ver aumentado o seu grau de esgotamento.

⁹¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.110.

⁹² NUSDEO, Fábio. *Desenvolvimento e ecologia*. São Paulo: Saraiva, 1975.

⁹³ FENSTERSEIFER, Tiago. op. cit. p.261.

⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. op. cit. p.182.

Isto se dá, com bem explica Saliba⁹⁵, de duas formas: o primeiro deles diz respeito a questão material, onde compete ao Estado estabelecer o conteúdo dos direitos fundamentais, como garantidores da vida em sua total plenitude. O segundo é a questão formal, que se trata de normas que se direcionam a efetivar os direitos fundamentais, que se relaciona à prevenção, que é a melhor forma de garantir o direito de cada um ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Pereira da Silva⁹⁶ afirma que a consagração do direito ao ambiente como direito humano é resultado da “[...] necessidade de repensar a posição do indivíduo na comunidade perante os novos desafios colocados com as modernas sociedades.” O importante no que concerne ao meio ambiente é - seja por meio do Estado, da sociedade ou de cada indivíduo - que a proteção ambiental deve se dar predominantemente pela forma mais ampla de prevenção, evitando prejuízos, até mesmo em danos futuros e vítimas potenciais.⁹⁷

O zelo e o dever de cuidado são de toda a sociedade. Aplica-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana conjuntamente com um princípio muito maior, qual seja, a dignidade da própria vida.⁹⁸ Por tais razões que o direito/dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado necessário a uma sadia qualidade de vida, protegido constitucionalmente, poderá ser um direito efetivo se constituir-se em um dever a ser comprometidamente assumido pelo indivíduo, por toda a sociedade, pelo Estado, empresas públicas e privadas, no âmbito nacional e internacional.

Está-se diante de um direito intergeracional. As conseqüências do cumprimento deste dever de proteção não respeitam fronteiras de tempo, de soberania, não têm critérios sociais e nem raciais, atingirão a todos, cedo ou tarde, o que evidencia a necessária proteção dos recursos naturais, respeitando-se o direito de todos ao ambiente saudável, resultado de uma sociedade sustentável. A questão ambiental é um novo enfrentamento histórico que deve

⁹⁵ SALIBA, Ricardo Berzosa. *Fundamentos do direito tributário ambiental*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.104.

⁹⁶ PEREIRA DA SILVA, Vasco. Verdes são também os direitos do homem. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.130.

⁹⁷ LEAL, Virgínia de Carvalho. Uma nova ética-ambiental e as principais vantagens do direito tributário sobre as medidas diretas de preservação do meio ambiente. In: *Revista Idéia Nova*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco. Ano 1, n.1, jan/jun, 2003.

⁹⁸ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.124-125.

impulsionar a sociedade a novos valores: novos direitos que exigem o cumprimento de novos deveres.

1.4 O Conceito de Tributo: de Dever Fundamental à Função Social

Neste item, para melhor explicar o assunto desta dissertação, trata-se do tributo na perspectiva da dogmática jurídica. O tributo como um dever fundamental dos cidadãos contribuintes, que deve auxiliar o Estado na busca da implementação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Para tanto, utiliza-se do entendimento dos juristas tributários que justificam o tributo não somente a partir da sua legalidade, mas a partir de seu potencial como instrumento de modificação social.

O tributo é conceituado no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 3º do Código Tributário Nacional, como sendo a prestação pecuniária compulsória, em moeda ou em cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção ou ato ilícito, seja instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

A figura do Estado, a obrigatoriedade e a legalidade do tributo são evidentes quando analisados diante do direito positivo. Moraes⁹⁹ afirma que o tributo, em sua caracterização mais singela, representa o elemento ou a parcela que o indivíduo entrega para a satisfação daquelas necessidades coletivas cuja atenção não pode ser feita de forma individual. O vocábulo tributo advém desta visão publicista, pois vem do latim *tributum*, que significa repartir, dividir, partir entre as tribos.

Mas é evidente que o tributo não se trata apenas de uma contribuição da sociedade para a manutenção do Estado e satisfação das necessidades coletivas por ele implementadas. O tributo é um dever fundamental e um dos instrumentos de maior amplitude e eficácia dos quais dispõe o Estado para a modificação social, para a indução de comportamentos, seja pela sua força normativa punitiva, ou pelo uso dos incentivos fiscais. Seja como for, o fato

⁹⁹ MORAIS, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. Vol.1, 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.349.

inegável é que o tributo representa - desde os primeiros relatos conhecidos - parte da história da sociedade.

O Estado é a organização política da sociedade, de acordo com a teoria proposta por Niklas Luhmann. Do ponto de vista da dogmática jurídica o Estado, desde o seu surgimento, ainda nos moldes primitivos, desempenhava funções de regulamentação – que explicam até mesmo o surgimento da necessidade deste ente estatal, decorrente da convicção humana na necessidade de algo que fosse capaz de freiar certos conflitos comprometedores da vida em sociedade. Mas para desenvolver essas atividades o Estado tinha de captar recursos, e desta forma teve de utilizar-se da imposição de suas decisões, viabilizando, em termos práticos, o surgimento dos tributos, e em virtude disso da tributação da sociedade.¹⁰⁰

O tributo, em verdade, surge como a contribuição do povo em troca da segurança fornecida pelo Estado através, principalmente, do Direito. Mas é com a finalidade de financiar a guerra que os tributos surgem no meio social, pois era assim que o Estado passava a idéia de segurança.

Ives Gandra da Silva Martins¹⁰¹ afirma que a história da humanidade sempre foi uma luta pelo poder, onde as organizações sociais resultantes são sustentadas pelos recursos tributários - in natura ou em espécie - retirados do povo. Em outras palavras: “o povo nada pode, tudo obedece e, em matéria tributária, sua voz quase nunca é ouvida.”

Tal constatação do autor em muito se identifica com o conceito de tributo na antiguidade. Reis, Faraós, Imperadores, sempre retiraram da sociedade o que necessitavam para manter o poder, motivo pelo qual a preocupação com a legalidade dos tributos, a justiça fiscal ou a função do tributo, não eram motivo de preocupação.¹⁰² Daniel Ropps¹⁰³ ressalta que a deteriorização do império romano se deu por excesso de tributação, pois os romanos até desejavam a vinda dos bárbaros, para fugir do peso dos tributos.

Por tal contribuição dos abusos tributários foi que, em parte, guerras se iniciaram e modelos de Estado e de sociedade foram modificados. Três modelos constitucionais

¹⁰⁰ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.18.

¹⁰¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma teoria do tributo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.105.

¹⁰² MARTINS, Ives Gandra da Silva. op.cit. p.178.

¹⁰³ ROPPS, Daniel apud MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit. p.254.

modernos tiveram sua origem em revoluções marcadas pela rebelião do povo contra o excesso de tributação: o inglês, o americano e o francês.

Dentre estas lutas, surge em 1214 o princípio da anualidade tributária¹⁰⁴, na Carta Magna de Baronorum, imposta pelos Barões revoltados ao Rei João Sem Terra, modificando a constitucionalização Inglesa. Outro caso histórico é a Revolução Americana, que em parte foi gerada pelas leis de Townsend em 1776, que aumentou a tributação de uma série de produtos e especiarias. E, talvez, o exemplo mais conhecido, a Revolução Francesa, que surgiu diante da desigualdade da distribuição da imposição tributária entre os cidadãos, conjuntamente com os desperdícios do Rei Luís XVI, gerando o movimento de 1789 e modelo constitucional francês, libertário do povo e limitador do Estado, copiado em quase todo o mundo, dando origem ao Estado Liberal.

A própria Inconfidência Mineira, após o episódio conhecido como derrama¹⁰⁵, em 1789, foi um exemplo brasileiro de que a alta carga tributária é motivadora de revoluções e guerras da sociedade contra o Estado.

Mas como afirma Ives Gandra Martins¹⁰⁶, sem o tributo a história da sociedade não seria a mesma, pois “não haveria governos, não haveria Estado, não haveria história e, possivelmente, os homens estariam vivendo em tribos.” Por tal razão, conclui o autor que o “tributo é o principal elemento da história depois do homem, pois é o instrumento que dá força ao Estado.”

Conforme a dogmática jurídica, com as revoluções e as evoluções da sociedade o tributo modificou-se, e a partir do século XIX, como consequência do constitucionalismo moderno, deixou de ser decorrente do ato de príncipe - sem qualquer justificação - para se tornar mais claro, orientado pela teoria da razão e da redistribuição das riquezas.

¹⁰⁴ Princípio que prevê a discussão entre o Rei e os Barões do orçamento real anual, determinando o nível de carga tributária que seria imposto à sociedade anualmente.

¹⁰⁵ Desde a época do Marquês de Pombal existia uma sistemática tributária na colônia, que deveria remeter 100 arrobas de ouro como impostos, a cada ano. Sempre que não atingisse a meta os atrasos seriam contabilizados; chegando em valor considerável, seria decretada a derrama, que seria a busca em cada casa, com ajuda militar, dos valores devidos pela colônia.

¹⁰⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit. p.252-255.

O tributo passa a relacionar-se diretamente com a economia e com a administração do Estado, o que fez o renomado economista Adam Smith enunciar os princípios básicos da tributação para a economia. Aduz Smith¹⁰⁷:

- I. Os súditos de cada Estado devem contribuir o máximo possível para a manutenção do Governo, em proporção as suas respectivas capacidades, e em relação ao que cada um desfruta, sob a proteção do Estado, o que resulta na equidade tributária;
- II. O imposto que cada indivíduo deve pagar deve ser fixo e não arbitrário. A data do recolhimento, a forma de recolhimento, a soma a pagar, devem ser claras e evidentes para o contribuinte e para qualquer outra pessoa.
- III. Todo imposto deve ser recolhido no momento e da maneira que com maior probabilidade forem mais convenientes para o contribuinte.
- IV. Todo imposto deve ser planejado de tal modo, que retire e conserve fora do bolso das pessoas o mínimo possível, além da soma que ele carrega para os cofres do Estado.

Por tais argumentos afirma Ives Gandra Martins¹⁰⁸ que “o tributo somente se justifica enquanto instrumento de realização dos fins existenciais do homem em sociedade, e não como instrumento de mero exercício de poder.” Neste sentido que o tributo tem uma função social, de indução de mudanças na sociedade relacionadas com o tributo como um dever fundamental.

Adentrando na perspectiva do tributo como um dever fundamental é imprescindível citar as palavras de Zagrebelsky¹⁰⁹, que aduz que nas sociedades justas a categoria dominante é dos deveres, não a dos direitos. Por tal razão há que se superar a concepção tradicional (liberal) de que existem apenas direitos. Pelo prisma da sociedade plural e do direito constitucional vigente, a idéia de justiça também está vinculada diretamente à imposição de deveres.

Como afirma Ingo Sarlet,¹¹⁰ os deveres em determinadas relações sociais decorrem da própria fórmula do Estado social. Klaus Tipke¹¹¹ salienta que o Estado social se baseia nos impostos, e estes, se não transferidos ao erário, não podem ser utilizados para financiar as

¹⁰⁷ SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Vol.III. São Paulo: Abril Cultura, 1983, p.247-249.

¹⁰⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. op. cit. p.275.

¹⁰⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. 6.ed. Madrid: Trotta, 2005, p.86-95.

¹¹⁰ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.65.

¹¹¹ TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del estado y de los contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p.39.

prestações sociais, o que evidencia o dever fundamental de pagar impostos para usufruir dos direitos fundamentais assegurados pelo Estado social.

Os deveres fundamentais são partes que cada indivíduo contribui para a melhoria do todo. Esse era exatamente o ponto de partida de Montesquieu¹¹² ao tratar das relações que a arrecadação de tributos e o volume da receita pública possuem com a liberdade, afirmando que “as rendas do Estado são uma porção que cada cidadão dá de seus bens para ter a segurança da outra ou para gozar dela agradavelmente.”

Dworkin¹¹³ aduz que os direitos devem ser levados a sério. De igual modo, é essencial que sejam tomados a sério os custos orçamentais de todos os direitos fundamentais, pois somente com uma consideração adequada dos deveres fundamentais e dos custos dos direitos será possível lograr um estado em que as idéias de liberdade e solidariedade não se excluam, mas antes, complementem-se.

Todos os juristas e doutrinadores são unânimes em afirmar que o tributo é um dever fundamental do cidadão para viabilizar ao Estado o cumprimento do seu dever, que é efetivar os direitos fundamentais. Afirma Ricardo Lobo Torres¹¹⁴:

Tributo é o dever fundamental, consistente em prestação pecuniária, que, limitado pelas liberdades fundamentais, sob a diretiva dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, do custo/benefício ou da solidariedade do grupo e com a finalidade principal e acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas ou para atividades protegidas pelo Estado, é exigido de quem tenha realizado o fato descritivo em lei elaborada de acordo com a competência específica outorgada pela Constituição.

Como defende Bastos¹¹⁵, a arrecadação de tributos tem o “[...] desiderato precípua de conseguir os meios financeiros necessários a viabilizar o atuar do Estado, que no caso brasileiro tem seus fundamentos expressos no art. 3º da Constituição Federal de 1988, entre os quais a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.”

¹¹² MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.221.

¹¹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.320-321.

¹¹⁵ BASTOS, Elísio Augusto Velloso. A função tributária: por uma efetiva função social do tributo. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n.169, jan/mar, 2006, p.144.

Assim, a legitimidade do tributo somente se justifica na proporção em que o mesmo for utilizado para tais objetivos, logo, o poder tributário é vinculado diretamente aos objetivos fundamentais da Constituição. Não é somente a previsão normativa que legitima a cobrança do tributo, nem somente a observância das garantias dos contribuintes, mas, sobretudo, a utilização do tributo pela sua função social, na utilização para o alcance dos objetivos da sociedade, que no caso brasileiro são resumidas no artigo 3º da Carta Constituinte. Neste sentido cita-se a posição de Ataliba¹¹⁶:

[...] o texto constitucional prescreve, de modo claríssimo, que os tributos se classificam segundo determinados critérios exatamente em atenção às exigências do princípio da isonomia: obtém-se a igualdade diante dos impostos pelo respeito à capacidade contributiva, nas contribuições, pelo critério benefício, nas taxas pela compensação das despesas. [...] As aparentes desigualdades, encontradas nas leis, hão de ser meios e modos de corrigir ou superar diferenças existentes entre pessoas ou situações, ou medidas tendentes a promover igualdade jurídica onde contingências sociais, naturais, econômicas, geográficas, etc. ensejam configurar-se desigualdades, de tal modo que a imparcialidade da lei ou do Estado importaria verdadeira consagração e oficialização de tais desigualdades.

O tributo, na percepção da dogmática, procurando efetivar sua função social, busca a redução das desigualdades, pois privilegia as políticas públicas voltadas ao coletivo, almejando consolidar o que chamamos de bem comum. A harmonização dos direitos de todos e de cada um com o conteúdo e a amplitude do bem comum que se busca na vida em sociedade, pode e deve ser auxiliado pelas políticas tributárias, pelo exercício da função social do tributo.

Assim, como bem contribui Fischer¹¹⁷, “o tributo se constitui no instrumento de maior relevância para financiamento das despesas públicas, sendo que a Constituição impõe o dever de se contribuir mediante um sistema tributário justo – segundo os princípios e regras insertos nos artigos 145 a 151.”

Mas juntamente com os direitos, como já aduzido acima, encontram-se os deveres, os quais visam criar os meios necessários e proporcionais para o alcance dos objetivos sociais. Nesse sentido, seria dever do Estado efetivar os direitos fundamentais dos cidadãos, o que faz gerar o poder do Estado de exigir dos mesmos o cumprimento do seu dever de contribuir para

¹¹⁶ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.161.

¹¹⁷ FISCHER, Douglas. *Delinqüência econômica e estado social e democrático de direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p.132.

a implementação dos direitos, fechando um círculo que viabilizará a efetividade dos direitos fundamentais. “A necessidade gera o dever que gera o poder. [...] Não há poder de comandar, sem dever de obedecer. [...] não há direito de exigir, sem obrigação de cumprir.”¹¹⁸

Canotilho e Vieira de Andrade¹¹⁹ (entre outros autores) afirmam que o dever de pagar tributos é um dever fundamental autónomo, ou seja, não diretamente ligado a um direito fundamental. Neste sentido, há que se ponderar que o dever de pagar tributos não está relacionado diretamente com um direito, se comparado por exemplo, ao dever de proteção ambiental, que está intimamente vinculado ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Porém, como já exposto, o dever de pagar tributos corresponde de forma genérica ao adimplemento de todos os direitos fundamentais, pois é o meio pelo qual o Estado arrecada valores para então investir nas melhorias e responder às necessidades da sociedade.

Não há como se exigir do Estado o adimplemento de direitos, sem compreender a necessidade de colaborar com certos deveres. Neste sentido, importa destacar o raciocínio de José Casalta Nabais¹²⁰, na clássica obra *O dever fundamental de pagar tributos*:

Não há direitos sem deveres, porque não há garantia jurídica ou fática dos direitos fundamentais sem o cumprimento dos deveres do homem e do cidadão indispensável à existência e funcionamento da comunidade estadual, sem a qual os direitos fundamentais não podem ser assegurados nem exercidos. E não há deveres sem direitos, porque é de todo inconcebível um estado de direito democrático assente num regime unilateral de deveres, já que contra ele se levantariam as mais elementares exigências de justiça e de respeito pelos direitos humanos, como demonstra a sociedade a específica dimensão histórica dessa fórmula, que simultaneamente teve por objectivo e constituiu a base fundamental da instituição do estado constitucional democrático. [...] Em suma, os direitos e deveres fundamentais não constituem categorias totalmente separadas nem domínios sobrepostos, encontrando-se antes em uma relação de conexão funcional, que, por um lado, impede o exclusivismo ou a unilateralidade dos direitos fundamentais [...] e por outro lado, não constitui obstáculo à garantia da primazia ou primacidade dos direitos fundamentais ou da liberdade face aos deveres fundamentais, uma vez que estes ainda servem, se bem que indirectamente, o objectivo constitucional da liberdade.

¹¹⁸ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos, paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.3.

¹¹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

¹²⁰ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar tributos*. Coimbra: Almedina, 1998, p.119-120.

Como bem descrito acima, o dever tributário nasce da necessidade do Estado de prover recursos para a implementação de direitos, assim, ao mesmo tempo em que é um dever, o tributo também tem uma função, tipicamente social, pois o tributo é uma criação da sociedade em benefício da própria sociedade. Neste sentido posiciona-se René Ávila¹²¹:

[...] entre as medidas que podem ser adotadas pelo Poder Público, a mais importante e mais eficaz é justamente a manipulação adequada do seu Poder Tributário, do seu Poder Impositivo, usando-se não apenas como fonte de receita, mas, principalmente, em sua legítima função social de instrumento de distribuição de riquezas [...].

O tributo configura um instrumento de liberdade do cidadão, pois com ele o Estado adquire as condições de atendimento a diversos benefícios em favor da sociedade, o que levaria o tributo ao “[...] poder exercido pelo Estado por delegação do povo.”¹²² O atendimento à sociedade pode e deve vir do tributo, seja pelo retorno à sociedade (na forma de bens ou serviços públicos), seja pelo seu retorno na vida social (através da distribuição de renda), como elemento da justiça social (promovendo mudanças e reduzindo desigualdades, ou através de incentivos fiscais para o desenvolvimento), ou ainda, através da regulação do comércio. Neste sentido o sistema tributário brasileiro mostra-se um grande trunfo do Estado, não apenas de proteção, mas também de implementação da Justiça social.

O direito tributário não é apenas um conjunto de normas repressivas da atuação estatal, mas apresenta também uma função promocional [...] Apenas através da atuação e efetivação de suas diversas funções é que se realizarão os desígnios constitucionais e nos aproximaremos da sociedade mais justa que nos comprometemos a produzir.¹²³

Lembrando ainda Bernard Pajiste¹²⁴, que fazendo uma analogia à tributação e a um motor de automóvel afirma: “o mesmo motor, que aciona um carro, pode imprimir-lhe diversas velocidades; a política fiscal pode, igualmente, graduar sua ação e levar a resultados adequados nas condições específicas consideradas.”

¹²¹ ÁVILA, René Izoldi. *Os incentivos fiscais ao mercado de capitais*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1973, p.51.

¹²² COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.37.

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. Sistema constitucional tributário: uma aproximação ideológica. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, n.30, 1998, p.233.

¹²⁴ PAJISTE, Bernard apud SEBASTIÃO, Simone Martins. op. cit. p.66.

O bem comum, visto como objetivo buscado com os direitos fundamentais, deve ser implementado pelas políticas públicas. Neste caso salienta-se a importância das políticas públicas tributárias, que como já exposto, têm grande relevância e poder de mudança e de indução de comportamentos no meio social.

Pagar tributos, portanto, é um dever constitucional, que deve ter como perspectiva não o caráter impositivo, porque oriundo do império da lei, mas da consciência jurídica de que a lei criadora do tributo reflete a vontade e a decisão de todos, quanto à necessidade de custeio dos encargos estatais por todos os cidadãos, na medida da capacidade econômica de cada um. Daí a noção do vocábulo "contribuinte", pois o dever de contribuir para as despesas públicas é um dever individual de solidariedade social, pela simples razão de pertencer a uma comunidade.¹²⁵

Assim, utilizando-se das políticas tributárias, de forma instrumental, para promover a implementação efetiva dos direitos fundamentais, é que se verifica a função social do tributo, entendido este como um conteúdo dinâmico, pois o tributo molda-se a realidade posta a cada momento social. Mas pergunta-se: como garantir a efetividade de direitos fundamentais, em uma sociedade com um sistema econômico tão voltado à acumulação de riquezas, e conseqüentemente gerador de tamanhas desigualdades sociais?

Não será certamente uma única solução que responderá ao problema social e econômico das desigualdades, mas um conjunto de atitudes estatais, da sociedade e de cada indivíduo. E o tributo, neste sentido, tem grande valia na mudança da sociedade, pois pela utilização de sua função social, ou seja, pela utilização de suas possibilidades de cunho modificador de condutas, poderá certamente amenizar desigualdades e modificar atitudes.

O tributo tem de ser visto pela sociedade não a partir da ótica dos bens, da arrecadação fiscal como fim único do tributo, mas buscar compreende-lo a partir do cidadão e de suas necessidades sociais. Assim, apesar de sua origem conturbada, sua imposição pela força - razões que trazem ao tributo a idéia de que sua unilateralidade e violência fazem parte da relação tributária - há que se buscar outra interpretação deste instituto.

Se bem analisado, levando-se em consideração as lutas impulsionadas, as modificações sociais e o poder de indução que o tributo possui na sociedade, há que se ver no

¹²⁵ PROCHALSKI, Daniel. *Solidariedade social e tributação*. Teresina: Jus Navigandi. Ano 12, n.1698. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10982>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2008.

tributo uma possibilidade de libertação. O tributo tem potencial para reduzir as desigualdades sociais, a pobreza, a degradação ambiental, basta para isso compreendê-lo como dever fundamental voltado a uma função social, que se resume na efetividade dos direitos fundamentais, de uma sociedade justa e solidária, como a que se busca ser. O tributo tem em si, intrínseca, uma visão de justiça social. Neste sentido, afirma Amaral,¹²⁶ reportando-se ao tributo ambiental:

Assim, contribuir para custear as despesas ambientais do Estado representa uma questão de justiça. Nesse sentido, o tributo ambiental deve conformar-se com base na idéia de justiça que inspira o dever de contribuir. É dizer, a articulação técnica do tributo ambiental deve responder aos princípios de justiça que informam o dever de contribuir, isso constitui sua causa.

Evidente a necessidade de evolução do tributo. Precisa ser visto e tratado como uma instituição social, e não apenas como um fato econômico ou financeiro. O caminho para alcançar a efetividade dos direitos constitucionais - especialmente os de cunho social - não são fáceis, serão árduos e cheios de desvios, mas o tributo é um norteador deste caminho, um auxílio efetivo que deve ser utilizado.

Como bem afirma Cláudio Sacchetto¹²⁷, "como corolário da solidariedade, no campo fiscal, surgiu a reconstrução do dever tributário como um dever de concorrer para a própria subsistência do Estado e não como uma prestação correspectiva-comutativa diante da distribuição de vantagens específicas para o obrigado".

Importante observar o tributo como dever remetido a uma função que deve efetivar um direito. Assim o Estado, a sociedade e o contribuinte, devem utilizar o tributo como meio de adequação da sociedade aos seus ideais e suas metas do bem comum, pois - repete-se - o tributo somente tem razão de ser, se fomentador da finalidade de dar meios ao Estado de efetivar os direitos dos cidadãos e melhorar a qualidade de vida da sociedade como um todo.

Como bem evidencia Bobbio¹²⁸, o século XX foi o século de se reconhecer direitos, mas o século XXI poderá ser aquele de efetivação dos mesmos, quando os contribuintes

¹²⁶ AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.91.

¹²⁷ SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.11.

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. op.. cit.

poderão deparar-se com cargas tributárias mais justas e adequadas as contraprestações do Estado para com a sociedade. Se tal efetivação de direitos através da função social do tributo se dará pela conscientização dos governantes, ou pelo despertar dos agentes sociais, não se pode prever, mas certamente a atual sociedade produtora de riscos irá impor a necessidade desta modificação da relação tributo - contribuinte - sociedade - Estado.

Assim, se a sociedade se encontra regulada por um Estado Social e Democrático de Direito, é necessário interpretar a relação jurídica tributária de forma contextualizada com o valor constitucional da solidariedade social. O dever fundamental de pagar tributo é parte da implementação da função social de mudança e indução comportamental possível através do tributo. Ainda que em todo o capítulo da Constituição Federal de 1988 dedicado ao Sistema Tributário Nacional – Capítulo I, Título VI – não se encontre disposição expressa sobre o assunto, é de rigor interpretar a Constituição em seu conjunto, pela unidade de seus preceitos, assim, conjuntamente com artigo 3º da Lei Maior, vislumbra-se que a busca da solidariedade social, como fonte da Justiça social, é também uma função tributária.

2. A CONTRIBUIÇÃO DO TRIBUTO PARA A DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL DA SOCIEDADE

2.1 O Estado: Organização Política da Sociedade Funcionalmente Diferenciada

Neste capítulo acentua-se a perspectiva de que para a compreensão da evolução do sistema social - diante do risco produzido pela sociedade contemporânea - é preciso observar o Estado como organização política do sistema social. A sociedade iniciou-se com agrupamentos sociais simples, evoluiu e tornou-se um sistema mais complexo e mais contingente, e ainda, nos tempos atuais, uma sociedade que através de suas decisões produz riscos.

Luhmann¹²⁹ afirma que a “sociedade moderna é supercomplexa – muito mais complexa do que qualquer uma das formações sociais antigas, limitadas regionalmente.” Para o autor a evolução é concebida como o aumento da complexidade. Mas esta, não vista apenas como “quantidades de unidades e interações que desafiam nossas possibilidades de cálculo, ela compromete também as incertezas, as indeterminações, os fenômenos aleatórios.” A complexidade “tem sempre a ver com o acaso”, por isso o “fato de que complexidade também implica em contingência.” Neves¹³⁰, utilizando-se das palavras de Luhmann, afirma que:

Por um lado, a supercomplexidade envolve supercontingência e abertura para o futuro, por outro, provoca pressão seletiva e diferenciação sistêmico-funcional. Na medida em que estão presentes complexidade (que implica pressão seletiva), pressão seletiva (que importa contingência) e contingência (que significa risco), desenvolve-se uma sobrecarga seletiva que exige especificação de funções em sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos.

¹²⁹ LUHMANN, Niklas apud NEVES, Marcelo. op. cit. p.15.

¹³⁰ NEVES, Marcelo. op. cit. p.16.

Por tal estrutura de evolução, como salienta Luhmann,¹³¹ “em sociedades complexas e altamente diferenciadas a seleção comunicativa já não garante a estabilidade e a reprodutibilidade das soluções dos problemas. A estabilização, então, requer um mecanismo especial: a formação de sistemas.”

Então, para reduzir a complexidade o sistema social foi subdividindo-se em sistemas específicos, através dos quais a complexidade e a contingência foram sendo enfrentadas pela sociedade. Ocorre então a diferenciação funcional dos sistemas. O sistema social divide-se em subsistemas, que têm funções específicas, como por exemplo: a economia, a política, o direito, a religião, a ciência.

Nas sociedades primitivas não havia diferença entre a religião, política, direito. Os seres humanos viviam num mundo natural. A sociedade era organizada de forma muito simples. A complexidade era reduzida. Mas a partir da Revolução Industrial houve grande transformação nas estruturas sociais, o ritmo de mudança torna-se veloz, aumentando a complexidade e as contingências da sociedade. Pois como afirma Luhmann,¹³² “o princípio do desenvolvimento é a crescente complexidade e contingência da sociedade.”

Nesta linha de pensamento, verifica-se que para a teoria luhmanniana a sociedade evoluiu na sua diferenciação, pois, de uma diferenciação segmentária, passou para uma diferenciação entre centro e periferia, depois para uma diferenciação por estratificação e, posteriormente, para uma diferenciação funcional. Mas a diferenciação funcional se deu no sistema social na forma de subsistemas específicos, cada qual com seu código de seleção e função na sociedade.¹³³

Desta forma o sistema social evoluiu, e na tentativa de reduzir a complexidade do novo modelo social - sem perder a identidade - teve de diferenciar-se em múltiplas funções, formando os diversos sistemas sociais parciais. Por tal razão, hoje a sociedade é funcionalmente diferenciada, pois “a introdução da idéia central de diferenciação funcional, que caracteriza as sociedades contemporâneas, permite ao autor conceber a sociedade como

¹³¹ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 3.ed. Tradução Anabela Carvalho. Lisboa: Passagens, 2001, p.116.

¹³² LUHMANN, Niklas apud NEVES, Marcelo. op. cit. p.16.

¹³³ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993, p.288.

sistema social, dentro do qual se distingue, funcionalmente, um certo número de subsistemas.”¹³⁴

Cada sistema, ou subsistema social, atua de acordo com uma codificação binária específica, que possibilita sua diferenciação e seu funcionamento, reduzindo sua complexidade, e assim selecionando o que do ambiente adentra no sistema – o que interessa à função específica - e o que não pertence ao seu sistema. Assim, no caso do sistema jurídico, o código binário é direito/não direito, na economia é lucro/prejuízo, na ciência é verdadeiro/falso, na política é poder/não poder.

Cabe ao direito, por exemplo, como subsistema diferenciado da sociedade, definir, reger e comandar as questões pertinentes ao que é ou não direito. Este sistema tem a função de generalizar expectativas comportamentais normativas, ou seja, proteger quem espera um comportamento conforme a norma. E toda norma só é norma porque a expectativa comportamental pode ser diversa daquela prevista. Assim o direito, através de seu código binário, exerce a função de coercibilidade da programação condicional. Tal coercibilidade está não na força física, sua força é abstrata, reside no limite e no sentido da norma. Assim, “só se torna direito aquilo que passa pelo filtro de um processo e através dele possa ser reconhecido.”¹³⁵

Desta forma os prejuízos ou lucros (do sistema econômico) não “interessam” ao sistema jurídico, e nem diretamente as decisões jurídicas interessam à economia, e assim ocorre com os demais subsistemas, logo, cada função diferenciada apenas importa ao todo que é o sistema social, e a cada subsistema importa aquilo que seu código binário reconhece.

Assim como o sistema social efetua a diferenciação sistema/ambiente para constituir-se, os subsistemas aplicam essa diferenciação dentro do sistema. O entorno dos subsistemas são os demais subsistemas e o próprio ambiente do sistema social, o que se verifica são diferenciações que ocorrem dentro do sistema social, para melhor enfrentar as contingências da sociedade moderna.

¹³⁴ ARNAUD, André-Jean; DULCE, M. J. F. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.317.

¹³⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. op. cit. p.19.

Na diferenciação dos sistemas sociais fica claro que houve uma evolução, decorrente da evolução da própria sociedade. Para reduzir a complexidade acrescenta-se maior complexidade, ocorrendo a alteração da estrutura, com o incremento dos elementos que inexistiam, portanto, na estrutura anterior.

Como bem esclarece Ribeiro¹³⁶, “a diferenciação funcional apresenta uma diferença por funções, a significar que, na sociedade moderna, é necessário que os sistemas parciais cumpram uma função, qual seja a de resolverem um problema do sistema mais abrangente – a sociedade.”

Diante da diferenciação funcional, aparecem às estruturas de cada sistema, assim surge no sistema da política o Estado, estrutura organizacional das questões políticas que envolvem a sociedade. Assim, Estado para a teoria dos sistemas, é a “organização política do sistema da política, sendo as diferentes formas de Estado equivalente a distintas formas de organização.” Para Luhmann, foge-se da concepção clássica dada pela ciência política. O Estado não pode ficar delimitado pela soberania ou pelas fronteiras territoriais. Não se trata de uma simples organização entre tantas.

Se partirmos da função do sistema político – capacidade de tomar decisões que vinculam coletivamente – é claro que esta função não pode satisfazer-se por qualquer organização política. [...] A responsabilidade da função deve ficar concentrada em algum lugar do sistema político e quem retoma essa responsabilidade é a organização denominada Estado.¹³⁷

A diferenciação do sistema político se dá, então, mediante o esquema centro/periferia, e este modelo de diferenciação faz possível a organização do Estado. Esta organização representa o centro de orientação de todas as outras organizações políticas e, também, as organizações periféricas que farão com que a capacidade de decisão do sistema da política não se sobrecarregue - que sua capacidade de decidir sobre o que vinculará toda a coletividade não se torne impossível - mas ainda assim, mantendo a capacidade do sistema de processar complexidades, e assim responder à evolução do sistema social.¹³⁸

¹³⁶ RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan. *A transformação do Estado: a passagem do princípio da separação dos poderes para o modelo de comunicação entre as funções do Estado*. Tese de Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p.216.

¹³⁷ NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*. México: Universidad Iberoamericana. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. UNAM. FCE, 2004, p.255. (livre tradução)

¹³⁸ NAFARRATE, Javier Torres. op. cit. p.256-257.

Assim, quanto maior a base de interesses de uma sociedade, maior a atividade do sistema da política, mais organizações serão necessárias na periferia para processar os temas, para preparar as decisões que serão projetadas pelo centro do sistema: o Estado. Tal diferenciação centro/periferia do sistema político faz com que se possa hierarquizar o centro do sistema sem se hierarquizar toda a função do sistema.¹³⁹

Porém, para se observar o Estado como organizador político da sociedade, é preciso entender a importância deste na formação do que hoje chamamos de sociedade. Para delimitarmos o início do que podemos chamar de Estado, partimos do século XVI, onde começa a existir a idéia de Estado como ente político organizador.¹⁴⁰

Maquiavel, a quem se pode inferir o mérito de ter sido o precursor no uso da palavra Estado, como hoje se concebe, já em 1513 tentava explicar essa instituição na obra *O Príncipe*. Todavia, Aristóteles¹⁴¹ – que viveu entre 386 e 322 a.c. – na sua obra *A política*, já mencionava o Estado, definindo como uma sociedade política: “Todas as sociedades, portanto, têm como meta alguma vantagem, e aquela que é a principal e contém em si todas as outras se propõe à maior vantagem possível. Chamamo-la Estado ou sociedade política.” Para Aristóteles, “o homem é naturalmente um animal político”, por isso se reúne em grupos, o que explicaria o surgimento do Estado. A sociedade visa à realização dos interesses comuns que traga vantagens para cada cidadão, ou seja, o bem comum, e a supremacia do interesse público sobre o privado, marcam a obra do autor. A justiça representa ao mesmo tempo o interesse geral e o particular. É a harmonia, o meio-termo entre o público e o privado, buscando a felicidade de todos.

Mas, como se refere acima, é a partir de Maquiavel que surge o Estado moderno, que diferencia-se do então Estado antigo. A palavra Estado recebe novo significado. “O nome Estado é um novo nome para uma nova realidade: a realidade do Estado precisamente moderno, a ser considerado como uma forma de ordenamento tão diverso dos ordenamentos precedentes que não podia mais ser chamado com os antigos nomes.”¹⁴²

¹³⁹ NAFARRATE, Javier Torres. op. cit. p.259-260.

¹⁴⁰ BURDEAU, Georges. *O Estado*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Padrão Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.13.

¹⁴¹ ARISTÓTELES. *A Política*. 2.ed. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.1-8.

¹⁴² MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.25.

Autores clássicos, além de Aristóteles e Maquiavel, explicam o surgimento da sociedade e do Estado, como Thomas Hobbes na obra *Leviatã*, publicada em 1651; também Jean Jaques Rousseau, na obra *O Contrato Social*, aparecido em 1762; Charles de Montesquieu, na obra *Do Espírito das Leis*, publicada em 1748; e John Locke, na obra *Segundo Tratado Sobre o Governo*, conhecido em 1690, são alguns exemplos da preocupação dos pensadores em explicar a origem e a função do Estado como organizador da sociedade.

Hobbes e Rousseau explicam o surgimento da sociedade e do Estado como um acordo de vontades, um contrato realizado em dado momento histórico, onde os homens deliberaram a criação do Estado, e conseqüentemente o poder deste sobre os homens. Mas os motivos que geram essa união das pessoas para viver em coletividade são antagônicos para os autores.

Hobbes¹⁴³ traça uma distinção entre o Estado de Natureza, no qual os homens vivem livres em completa liberdade, sem leis e sem governo, numa constante “guerra de todos contra todos” (pois para o autor o homem é um ser maldoso por natureza), e o Estado Civil, criado a partir de um pacto no qual os homens abrem mão de sua liberdade absoluta em nome de um poder soberano, visando a paz e a extinção dos conflitos. A lei é contrária às paixões naturais, por isso é necessário um poder controlador que deve ser temido, para que as leis sejam cumpridas.

Por isso afirma Hobbes que o Estado não nasce em razão da natureza, e sim, por convenção. Por responder a uma exigência elementar do homem, são os próprios homens que o desejam e lhe dão vida através de um acordo recíproco.¹⁴⁴

E é por força desse ato puramente racional que se estabelece a vida em sociedade, cuja preservação, entretanto, depende da existência de um poder visível, que mantenha os homens dentro dos limites consentidos e os obrigue, por temor ao castigo, a realizar seus compromissos e à observância das leis da natureza. [...] Esse poder visível é o Estado, um grande e robusto homem artificial, construído pelo homem natural para sua proteção e defesa.¹⁴⁵

¹⁴³ HOBBS apud DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.10.

¹⁴⁴ HOBBS apud BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito: panorama histórico - tópicos conceituais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 230.

¹⁴⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p.11.

Rousseau, por sua vez, afirma que através de um contrato social celebrado entre os homens, estes abrem mão de parte de sua liberdade em troca de vantagens do convívio em uma sociedade organizada, na qual dispõem de liberdade civil, limitada em nome do bem comum. A vontade geral dirige as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição - o bem comum - porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo dos mesmos interesses que a possibilitou. O contrato é fruto da vontade geral, da maioria. O povo decide como será a sociedade, a qual surgiu para o bem de todos, pois para Rousseau o homem é bom em sua natureza. Trata-se de uma troca: liberdade natural para a utilidade comum. Rocha¹⁴⁶ bem salienta:

Para ele [Rousseau], a soberania popular é a soma das distintas frações de soberania, que pertence a cada indivíduo, que como membro do Estado participa ativamente na escolha dos governantes. Dessa maneira, rejeita a justificação metafísico-religiosa da soberania, considerando o pacto social como o suporte de legitimidade no qual se apóia o Estado. A soberania integral do corpo político resolverá, assim, os conflitos individuais em nome do interesse geral.

O contrato social é, portanto, um pacto, ou seja: uma deliberação conjunta no sentido da formação da sociedade civil e do Estado. Trata-se de um acordo que constrói um sentido de justiça que lhe é próprio: a justiça está no pacto, na deliberação conjunta, na utilidade que serve o pacto.¹⁴⁷

Com efeito, ainda hoje é claramente perceptível a presença das idéias de Rousseau na afirmação do povo como soberano, no reconhecimento da igualdade como um dos objetivos fundamentais das sociedades, bem como na consciência de que existem interesses coletivos distintos dos interesses de cada membro da coletividade.¹⁴⁸

Mas o próprio Rousseau decepciona-se com a aplicação de sua teoria, que de inspiração para uma democracia, acabou gerando uma sociedade que - conforme o autor - corrompe a bondade humana (como passou a argumentar na obra *Discurso sobre a origem e fundamentos das desigualdades entre os homens*).

¹⁴⁶ ROCHA, Leonel Severo; PÊPE, Albano M. B. *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 146.

¹⁴⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. op. cit. p. 239.

¹⁴⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p.13.

Já John Locke é o autor que embasa o liberalismo. Para Locke, a liberdade e a propriedade são inerentes ao homem no estado de natureza, por isso não passíveis de limitação ou interferência pelo poder soberano, pois o Estado foi criado unicamente para garantir esses direitos naturais. O surgimento do Estado e da Sociedade, portanto, não gera novos direitos, apenas mantém, através de seu poder coercitivo, os direitos naturais já existentes. Como afirma Rosa Cardoso da Cunha, “é trivial a observação de que com sua teoria Locke pretendeu explicar o advento da sociedade capitalista e fundamentar o direito inviolável à propriedade privada”¹⁴⁹.

Nesta feita, verifica-se que as teorias de Hobbes e Rousseau se opõem, de certa forma, à idéia de John Locke, pois para os primeiros, por meio do contrato social há total alienação dos direitos naturais dos homens no estado de natureza ao Estado. Para Locke, e sua visão liberalista, há apenas uma limitação parcial, recíproca, de direitos naturais, no sentido de que os indivíduos não renunciam aos seus próprios direitos, o Estado na verdade surge apenas para mante-los.¹⁵⁰

Montesquieu afirma que “sem um governo nenhuma sociedade poderia subsistir.”¹⁵¹ Mas deste autor a grande contribuição não se trata da formação do Estado, mas a apreciação das leis do governo, e principalmente da separação dos poderes por ele defendido, modelo que inspirou a organização política que hoje temos da sociedade.

A sociedade é um fato natural, determinando pela necessidade que o homem tem da cooperação de seus semelhantes para a consecução dos fins de sua existência. Essa necessidade não é apenas de ordem material, uma vez que, mesmo provido de todos os bens materiais suficientes à sua sobrevivência, o ser humano continua a necessitar do convívio com os seus semelhantes. [...] Em conclusão: a sociedade é o produto da conjugação de um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana.¹⁵²

Mas para viver em sociedade, coletivamente, é necessária a ordem, uma organização política, com poder decisivo e coercitivo sobre os membros da sociedade, que imponha e faça

¹⁴⁹ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p.101.

¹⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Traduzido por Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p.129.

¹⁵¹ MONTESQUIEU apud DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p.13.

¹⁵² DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p.9.

cumprir regras da vida social. Aqui se evidencia a importância do Estado para a organização e regulação da sociedade.

Georges Burdeau¹⁵³, em obra dedicada ao estudo deste ente estatal, afirma que “os homens pensam o Estado e esse pensamento dá-lhe ser.” Logo, se possível verificar os motivos que inspiraram esse pensamento, irá se compreender as razões de ser do Estado. Assim, afirma o autor, através do estudo da história das origens do Estado se chega à explicação do presente, do Estado como organizador político da sociedade, pois se este surge através da institucionalização do poder, isso não ocorre ao acaso, é necessária a concorrência de uma série de circunstâncias, que a torna possível e necessária.

Tais circunstâncias para o autor são: a) o território; b) a nação; c) o poder e a autoridade: devem concorrer a potência (que é a necessidade de ser obedecido), com autoridade (que é a qualificação para dar a ordem); d) a busca de segurança, pois o poder deve atribuir tranquilidade (por isso no Estado moderno não deve haver arbítrio); e) a separação do Estado e da Igreja e a manutenção do poder com o povo; f) o poder legítimo, ou seja, fundado no direito válido na comunidade, ou dominante no grupo; g) a busca de continuidade, de duração, ou seja, a permanência do poder institucionalizado; e, por fim, h) a afirmação da soberania.¹⁵⁴

O surgimento do Estado, portanto, é associado a uma série de fatores que em certo momento histórico deram origem à organização política. Mas estas circunstâncias não nascem espontaneamente, pois o indivíduo é propenso ao egoísmo, logo, o Estado é um esforço de vontade - é um artifício. “Artifício no sentido de que não é dado como um fenômeno natural, mas deve ser construído pela inteligência humana. É isso que explica ser o Estado o que merecemos que ele seja.”¹⁵⁵

“Criados pelo talento humano, em conformidade com certo ideal.”¹⁵⁶ Esse é o conceito de Estado. Ente criado pela vontade dos homens e para os homens, seja para retrain sua maldade (como afirma Hobbes), ou para melhor viver em sociedade, o fato é que o Estado é uma instituição destinada a funcionar segundo as normas de quem o cria: o povo.

¹⁵³ BURDEAU, Georges. op. cit. p.13.

¹⁵⁴ BURDEAU, Georges. op. cit. p.14-34.

¹⁵⁵ BURDEAU, Georges. op. cit. p.37.

¹⁵⁶ BURDEAU, Georges. op. cit. p.37.

A finalidade do Estado, seja pelas teorias contratualistas dos séculos XVII e XVIII, ou pelas novas teorias do Estado do bem estar social, é buscar o bem comum, a organização da sociedade de forma que a coletividade seja favorecida pelas suas políticas públicas. O alcance de tal finalidade significa a própria razão de ser do Estado, equivalendo, como afirma Hermann Heller¹⁵⁷, “a sua própria existência, no sentido de que o poder estatal vive de sua justificação.” O Estado deve ser visto como instrumento às necessidades sociais, não se conformando como um fim em si mesmo. Igualmente, deve ainda o ente estatal, no entendimento de Duguit, inspirado nos argumentos de Rousseau, representar a solidariedade como fundamento da união em sociedade:

O homem, segundo Duguit, sofre, no convívio social, a influência coativa de uma lei de solidariedade, que constitui a sociedade. Existe uma norma social que dá razão de ser à vida do homem em sociedade. Constituindo-se num juízo hipotético promanado da sociabilidade humana, que abrange as normas econômicas, morais e jurídicas. Estas últimas formam-se espontaneamente, no grupo social e se impõem indistintamente a todos, governantes e governados.¹⁵⁸

O Estado é, e deve ser, um plebiscito cotidiano. Traduz a consciência política do povo que o instituiu, é a forma pela qual a sociedade demonstra o poder sobre si mesma. O Estado é uma forma de disciplina da vida.¹⁵⁹ Afirma Rocha¹⁶⁰:

O Estado ao impor sua soberania acarreta a necessidade da obediência, o que coloca o problema da legitimidade das suas decisões. Desta forma, um dos objetivos básicos é obter a legitimidade (consenso). Isto nos põe frente a uma das ambigüidades principais de toda instituição política: a tensão entre “dominação” e “legitimidade”. O Estado convida para jantar, impõe o cardápio, pode obrigar os convidados a comer, mas não pode obrigá-los a gostar da comida. Ou seja, o Poder do Estado, apesar de sua supremacia, só é justificado enquanto tal, quando possui o consenso popular sobre as suas decisões.

Portanto, diante da nova sociedade que se apresenta, o Estado concebe um poder ainda mais forte de organização e de intervenção social, pois o Estado agora se caracteriza como funcional, tem função específica dentro da sociedade. Mas para exercer sua função plenamente, o Estado tem de ser livre. Livre no sentido de independente das vontades

¹⁵⁷ HELLER, Hermann apud BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Op. cit. p.153.

¹⁵⁸ ROCHA, Leonel Severo; PÊPE, Albano M. B. *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. op. cit. p. 157.

¹⁵⁹ BURDEAU, Georges. op. cit. p.38-39.

¹⁶⁰ ROCHA, Leonel Severo. PÊPE, Albano M. B. *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. op. cit. p.179.

individuais. O ente estatal tem de buscar a vontade geral, o bem comum, proporcionar a implementação dos objetivos almejados pela coletividade.

Não pode existir no Estado vontades divergentes, pois a vontade do povo é o bem da coletividade, e este é o objetivo maior e finalidade da criação do Estado: a organização da sociedade de forma que o todo seja beneficiado. Por isso, tão presente a idéia de que o Estado é o que seus integrantes pensarem dele, pois se o Estado é o povo, será reflexo deste. O Estado deve representar a busca por uma sociedade desejável, de estruturas sociais fortes, de resposta às expectativas do povo.

Nesta abordagem, a soberania é vista num aspecto duplamente indissociável: o político e o jurídico. A soberania é originariamente da nação, quanto à fonte do poder, mas juridicamente do Estado, quanto ao seu exercício. [...] Desta forma, a soberania é um poder originário que a nação possui e transfere ao Estado, para que este, em seu nome, a governe. Ou seja, a soberania só adquire vida material, concreta e objetiva, quando se institucionaliza no órgão estatal, através de seu ordenamento jurídico formal. [...] O Estado necessita, para se legitimar, da utilização de uma ideologia em que cada vez mais o “interesse geral” aparente ser o objetivo maior.¹⁶¹

Não se trata de partidos políticos, ou de chefes de Estado, o que faz o Estado é o poder que oriunda do povo, e tal poder que justifica sua existência. Não basta explicar o poder pelo poder, mas é preciso evidenciar o que este poder pode fazer pela coletividade. O Estado está vinculado apenas ao dever de implementar as necessidades do povo. No momento em que não servir a tal finalidade, perde a razão de existir. A finalidade do Estado permite que, com o poder que emana do povo, possa-se desvencilhá-lo - sempre que assim quiser e for necessário - da arbitrariedade daqueles que o comandam. Pois como bem afirma Burdeau¹⁶²:

A institucionalização não é uma fórmula mágica que afastaria do Poder os malefícios que o ameaçam. Sua base e seus fins residem em inteligências e em vontades humanas. Portanto, é ao homem – a cada um de nós bem como à coletividade que formamos – que compete impedir que, imaginada para nos subtrair à arbitrariedade dos chefes, ele não se torne instrumento opressivo de um conformismo anônimo.

O povo tem de deixar de ser um mero admirador do Estado espetáculo, conscientizando-se de que o Estado, longe de ser superior, ou um ente intocável, é meramente

¹⁶¹ ROCHA, Leonel Severo. PÊPE, Albano M. B. *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. op. cit. p.159.

¹⁶² BURDEAU, Georges. op. cit. p.176.

servidor do povo, cabendo a este povo lembrar que o “Estado lhe pertence, que os eleitos são seus eleitos e ministros seus ministros. Eles estão onde estão graças a ele, e para ele. Compete-lhe, portanto, controlar ativamente este poder. Tendo sempre em mente esta verdade evidente: O Estado, somos nós.”¹⁶³

2.2 Acoplamentos Estruturais: Direito, Economia, Política

Para analisar a temática do Estado é preciso recorrer a outros sistemas sociais e à interação entre estes. Isso pode ocorrer através do acoplamento estrutural entre os subsistemas. Este, trata-se de um conceito chave na teoria luhmanniana, pois é através dos acoplamentos que se dá a evolução dos sistemas em relação às modificações do meio, extremamente complexo e contingente da sociedade contemporânea.

Partindo das idéias já postas no presente estudo, quais sejam, que estamos diante de uma sociedade produtora de riscos, complexa e contingente, e em função disto, com uma estrutura muito evolutiva, constata-se que o risco da sociedade advém das decisões tomadas no sistema social, o que influencia todos os subsistemas, como a política, a economia e o direito, por exemplo.

Ainda, levando-se em consideração, como evidenciado no primeiro capítulo, que o meio ambiente encontra-se em crise e que os recursos ambientais - e conseqüentemente a qualidade de vida - encontram-se em risco, deduz-se que a sociedade tem de evoluir para responder a estes novos problemas sociais que se apresentam. O sistema social deve enfrentar a contingência e o risco que ele mesmo produziu.

Pelo exposto, e de acordo com a teoria dos sistemas autopoieticos proposta por Luhmann, é a diferenciação funcional que faz com que a sociedade enfrente suas contingências, pois cada sistema irá produzir irritações nos demais subsistemas e também no sistema social, que buscará com isso no seu ambiente uma nova resposta aos seus problemas, que adentrarão no sistema e farão sua evolução.

¹⁶³ SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado espetáculo*. Rio de Janeiro: Difel, 1978, p.334.

Isso ocorre porque os subsistemas funcionais causam - entre si e no sistema sociedade - tão somente irritações, surpresas, ou perturbações, e frisa-se aqui que a irritação é um processo interno, ou seja, toda irritação é uma auto-irritação, oriunda de algum evento ocorrido no ambiente. Nesse sentido, pode-se afirmar que a irritação é uma forma do próprio sistema perceber eventos oriundos do ambiente, isto é, o ambiente somente pode afetar os sistemas produzindo irritações. Salienta-se que não se atribui um sentido negativo à esta afirmativa, já que existe uma adaptação do sistema ao ambiente. Pois, caso contrário, o mesmo sequer existiria, uma vez que o sistema depende da diferenciação sistema/entorno. Neste sentido afirma Marisse Queiroz¹⁶⁴:

É assim que o sistema se auto-diferencia: operando de modo que observe e determine sua distinção do ambiente. [...] Daí infere-se que os sistemas não existem sem seu ambiente (forma da distinção), mas não são determinados por ele. O ambiente produz perturbações (“ruídos”) no interior do sistema. Entretanto, o sistema significa essas perturbações com operações que lhe são próprias, produzindo sua própria ordem e selecionando o que lhe é interessante.

O sistema social permanece, na sociedade contemporânea, em constante processo de diferenciação em subsistemas. Esse processo contínuo é o que faz a sociedade evoluir enquanto sistema, sempre reagindo a estímulos do seu entorno, e buscando sua estabilidade, uma vez que “o sistema só pode manter seus próprios limites se é capaz de observá-los e, portanto, de reproduzir em cada uma de suas operações a distinção entre si mesmo e o ambiente.”¹⁶⁵

Os acoplamentos estruturais, de certo modo, incitam o sistema a irritações, e perturbam de modo que, internamente, possibilita-se uma maneira pela qual o sistema pode operar. O acoplamento estrutural pode ser definido como um mecanismo pelo qual um sistema utiliza - para colocar em funcionamento seus próprios elementos - as estruturas de um outro sistema, sem com isso, no entanto, confundir os limites entre eles.

Para que o sistema responda aos novos problemas que se apresentam à sociedade, é imprescindível que haja comunicação entre os subsistemas. Essa comunicação interna do sistema social, entre os subsistemas, é o que Luhmann denomina de acoplamento estrutural. Esclarece o autor que o acoplamento estrutural consiste na dependência recíproca do sistema e

¹⁶⁴ QUEIROZ, Marisse Costa de. op. cit. p.83.

¹⁶⁵ ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. (orgs.) op. cit. p.24.

o seu entorno, ou seja, é uma interação que se realiza a partir de um observador que construirá a sua descrição utilizando-se da distinção entre o sistema/ambiente.¹⁶⁶

Afirma Luhmann¹⁶⁷ que “a diferenciação funcional cria sistemas sociais parciais para a resolução de problemas sociais específicos. As colocações de problemas relevantes modificam-se e são apuradas ao longo do desenvolvimento social, possibilitando diferenciações crescentemente abstratas, condicionantes e arriscadas em termos estruturais.”

Mas independente da maneira que se alcance avanços relativamente à complexidade, é imprescindível compreender que os acoplamentos estruturais não introduzem nunca novidades do entorno no sistema. O que fazem unicamente é provocar irritações. Aduz Luhmann¹⁶⁸:

Assim, no sistema mesmo os acoplamentos estruturais somente podem suscitar irritações, surpresas e perturbações. Os conceitos de acoplamento estrutural e de irritação se encontram condicionados entre si de maneira recíproca. Também a irritação é uma forma de percepção do sistema, mais precisamente, uma forma de percepção sem correlato no entorno. O entorno mesmo não é irritado ao irritar o sistema [...] o sistema mesmo registra a irritação somente nas suas próprias estruturas.

Enfatiza Teubner¹⁶⁹, no mesmo sentido de Luhmann, que “a evolução pode ser estimulada, mas jamais causada diretamente a partir do exterior.” Neste sentido o acoplamento estrutural é a forma que os subsistemas sociais possuem para se comunicar entre si e se influenciarem reciprocamente. O sistema é fechado operacionalmente, o que decorre do seu código binário, porém é ao mesmo tempo aberto às instigações do entorno. Por isso “o acoplamento estrutural é uma forma indireta de interação”¹⁷⁰ com os demais sistemas parciais.

Assim, embora o sistema social tenha se diferenciado em subsistemas, ainda são necessárias mais possibilidades para a solução dos novos problemas advindos da evolução da sociedade, e isso se busca através dos acoplamentos estruturais entre os subsistemas

¹⁶⁶ LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*. Tradução de John Bednarz. Polity Chicago: University of Chicago Press, 1989, p.144.

¹⁶⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. op. cit. p.225.

¹⁶⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate (coord). Madrid: Iberoamericana, 2000, p.317.

¹⁶⁹ TEUBNER, Gunther. op. cit. p.123.

¹⁷⁰ ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. *Auto-referência, circularidade e paradoxos na teoria do direito*. Anuário do Programa de Pós-graduação em direito. São Leopoldo: PPGDUnisinos, 2002, p.236.

diferenciados funcionalmente. Frente a isso o sistema jurídico, o sistema econômico e o sistema político, são os subsistemas parciais que, a partir de acoplamentos de suas funções, buscam respostas aos problemas ecológicos advindos do risco da sociedade contemporânea.

Deste modo, considerando que os recursos ambientais estão sendo escassos e sua proteção e manutenção sustentável foram inseridos como direito/dever fundamental dos cidadãos, ou seja, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado necessário a sadia qualidade de vida desta e das futuras gerações é norma constitucional - portanto, fundamento e diretriz da sociedade - deve ser cumprido e observado pelos cidadãos e pelo Estado, pois:

Se, por um lado, as Constituições devem refletir os valores de seu tempo, por outro, tais valores devem ser revestidos de normatividade jurídica para serem eficazes. Ou seja, a Constituição possui a importante missão de qualificar a realidade como realidade jurídica e, a partir daí, destacar, em ação inversa, sua eficácia para impor condutas.¹⁷¹

Marcelo Neves¹⁷² bem salienta que “a Constituição configura-se como mecanismo mais abrangente de controle da auto-reprodução jurídica e de filtragem das influências do ambiente no direito.” E complementa: “a institucionalização dos direitos fundamentais imuniza a sociedade contra uma simplificação totalitária incompatível com o caráter hipercomplexo da modernidade.”

Todo o sistema jurídico deve ser norteado pelos ordenamentos e diretrizes constantes da Constituição. Desta forma que se quer expor o direito/dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a possibilidade de sua efetivação através das possibilidades, também constitucionais, inseridas no sistema tributário. Isso ocorrerá, mais precisamente, através da tributação ambiental.

Então, para fins de compreensão de idéias postas no presente estudo, primeiro expõe-se como ocorre o acoplamento do sistema político e do sistema jurídico na formação do Estado de Direito e conseqüentemente da Constituição, e após o acoplamento destes com o sistema econômico, que faz nascer o tributo.

¹⁷¹ BASTOS, Elísio Augusto Velloso. op. cit. p.150.

¹⁷² NEVES, Marcelo. op. cit. p.101-103.

Conforme bem esclarece Nafarrate¹⁷³, o acoplamento estrutural que ocorre entre o sistema jurídico e o sistema político se desenvolveu como o Estado de Direito. Este passa a ser uma unidade fictícia, um artifício de atribuição que pode ser utilizado de distintas maneiras pelo direito ou pela política. Mas o Estado não pode levar esta atribuição de qualquer forma, é necessária uma solução que permita observar o direito do ponto de vista da política, e esta, do ponto de vista do direito. O artifício encontrado é o que se chama de Constituição.

Como afirma Neves¹⁷⁴, “através da Constituição como acoplamento estrutural [...] configura-se um vínculo intersistêmico horizontal” entre o sistema político e o sistema jurídico, “típico do Estado de Direito.” Portanto, para efetivar as normas constitucionais, todo direito é posto, agora, de forma contingente, pois o legislador pode ser capaz de criá-lo, mas isso não significa que será lícito. O sistema do direito passa a ter um vetor de ordenação do código binário direito/não direito - e isso é o que fundamenta a validade da norma - a Constituição.

A normatividade constitucional fixa os limites da capacidade de aprendizado do direito. Estabelece como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder a sua identidade/autonomia. [...] Ou seja, a Constituição configura-se como o mecanismo mais abrangente de controle da auto-reprodução jurídica e de filtragem das influências do ambiente no direito.¹⁷⁵

Como afirma Luhmann¹⁷⁶, “a normatividade é o modo interno de trabalhar do direito”, e o modo pelo qual pode exercer sua “função social de disponibilidade e modificação do direito para a sociedade.”

O sistema político, para adimplir as necessidades da sociedade - estampadas na Constituição como direitos fundamentais dos cidadãos - ao lado da distinção do seu código binário poder/não poder, terá que se observar também o código lícito/ilícito. Esse passa a ser o segundo código do sistema político, em busca da adequação às novas premissas sociais, dentre elas, a de um Estado regido pelo Direito, logo, um sistema político acoplado ao sistema jurídico. Isso resulta no fato que:

¹⁷³ NAFARRATE, Javier Torres. op. cit. p.368.

¹⁷⁴ NEVES, Marcelo. op. cit. p.98.

¹⁷⁵ NEVES, Marcelo. op. cit. p.100-101.

¹⁷⁶ LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Traduzido por Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. In: *Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, n.28, jun, 1994, p.5.

La constitución no puede entenderse simplemente como el logro de un “texto” de la ley. Se trata en la Constitución de un Estado la unidad organizada de decisión y de efectución. El sistema político encuentra posibilidades de aceptar el derecho como instrumento para alcanzar fines políticos y utiliza para ello los caminos y las formas de comunicación que se encuentran en las organizaciones estatales.¹⁷⁷

A Constituição, afirma Luhmann¹⁷⁸, é compreendida como uma aquisição evolutiva da sociedade moderna. Neste sentido, é possível compreender a Constituição, a partir da teoria Luhmanniana, não apenas como uma declaração de valores ou princípios fundamentais, conquistados historicamente, mas compreendê-la como limitação jurídica ao governo, ou seja, uma visão da Constituição como diferenciação funcional, acoplada estruturalmente, entre a política e o direito como subsistemas da sociedade. “A Constituição assume a forma de acoplamento estrutural, na medida em que possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as.”

Mas, como já referido, este acoplamento significa que todas as decisões do sistema político estão subordinadas ao direito, mas isso não implica uma indiferenciação, mas sim uma interdependência entre ambos.¹⁷⁹ Embora haja interação, “a completa independência dos sistemas na constituição de seus próprios elementos e na determinação de suas conexões permanece intacta, enquanto que ao mesmo tempo se observa uma coordenação entre estruturas recíprocas.”¹⁸⁰ No Estado então se encontram, permanentemente, política e direito, sem que cada um – sua função e seu código – reste modificado. Aduz Luhmann¹⁸¹:

[...] no se trata de un sistema único, designado con el concepto de Estado, sino de dos sistemas diversos: clausurados en su operación, con sus respectivas formas, respectivas codificaciones y respectivos programas. La percepción de unidad concebida gracias al concepto de Estado y especialmente gracias al esquema de “Estado del Derecho”, es comprensible históricamente.

Na sociedade atual, contudo, devido ao seu crescimento desenfreado em busca do desenvolvimento, é visível a prevalência do aspecto econômico no sistema social, ou ao menos, a conturbação dos subsistemas pela economia. Mas esta sobreposição não é,

¹⁷⁷ NAFARRATE, Javier Torres. op. cit. p.369.

¹⁷⁸ LUHMANN, Niklas apud NEVES, Marcelo. op. cit. p.96-97.

¹⁷⁹ NEVES, Marcelo. op. cit. p.89.

¹⁸⁰ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romeno Pérez e Carlos Villalobos. Coordenação de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p.21. (livre tradução)

¹⁸¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. op. cit. p.299.

totalmente, prejudicial à sociedade. Pois como já se vem argumentando, o tributo é parte da economia. Na realidade, ele nasce do acoplamento do sistema econômico com o sistema político e o sistema jurídico, pois se trata de instituto jurídico, que insere-se na economia para beneficiar o Estado, que é uma organização da política. Aqui se verifica a possibilidade do tributo agir em prol da proteção dos recursos naturais.

O processo evolutivo, ao propiciar complexidade e dinamicidade ao sistema, contribui à evolução da própria sociedade, na medida em que enriquece a mesma de informações colhidas, adaptadas e reconstruídas, tanto no próprio sistema, quanto no entorno. Assim surge um importante sistema que contribui para a evolução social: o Sistema Tributário Constitucional.

Este sistema, provocado pelo entorno, irá procurar - dentro e fora do seu meio - formas para adaptar-se a tais irritações, respondendo às necessidades e aos interesses sociais, como no caso em estudo, à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesta linha de idéias aduz Luhmann¹⁸²: “simultáneamente el derecho ofrece un cúmulo de posibilidades de estructuración de la política: al lado del presupuesto, que se financia a través de impuestos y tributaciones, el derecho se convierte en el instrumento fundamental para el logro de los fines políticos.”

O acoplamento estrutural do sistema econômico com o sistema político é um dos principais acoplamentos do sistema social, pois como visto, a sociedade escolheu organizar-se através do Estado, e para a manutenção do Estado é imprescindível o tributo, como já evidenciado no primeiro capítulo. Neste sentido, o Estado pressupõe dos tributos para buscar cumprir suas funções de concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos. Mas a partir do momento em que o tributo é um acoplamento do sistema econômico e do político, mas que, juntamente, tem de ser regido pelo sistema jurídico, é evidenciada a complexidade e a contingência do sistema tributário.

Ao mesmo tempo em que o tributo contribui para a manutenção e desenvolvimento das atividades estatais, estas atividades não podem ser simplesmente a causa motivadora dos tributos. Portanto, a majoração destes deve ser regulada pelo direito. Como o sistema

¹⁸² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. op. cit. p.297.

tributário é resultado de um acoplamento estrutural complexo dentro do sistema social, para a modificação ou criação das espécies tributárias deve se levar em conta também as conseqüências econômicas na sociedade e não apenas as necessidades do Estado. Outrossim, a sociedade espera deste acoplamento resultados benéficos na qualidade de vida e no gerenciamento das necessidades sociais. Isso faz do tributo uma relação difícil.

Aqui fica bem saliente que o sistema social é formado por “redes” de comunicação, em um processo dinâmico constante. Assim, à medida que o sistema vai aumentando a sua complexidade, vai formando subsistemas, com códigos próprios, e criando diferenciações funcionais entre os mesmos. Estes subsistemas, apesar de serem operacionalmente fechados - o que resulta da codificação de cada um - são interdependentes, o que faz com que um estimule o outro a uma co-evolução social.

Assim, os subsistemas podem gerar - devido a sua autonomia e complexidade elevada - sub-subsistemas, que irão gerar sub-códigos comunicacionais específicos, e são exatamente estes sub-códigos e subdivisões dos sistemas que fazem possíveis a redução da complexidade e a evolução dos sistemas e da sociedade, como se verifica no tributo.

O sistema tributário, desta forma, é na realidade regido por dois códigos dentro do sistema jurídico: lícito/ilícito e conforme a Constituição/não conforme a Constituição. Isso se dá pelo fato do tributo ser necessariamente regulado por leis infraconstitucionais, mas regido principalmente pelos princípios constitucionais. As espécies tributárias podem modificar-se, bem como suas alíquotas, base de cálculo, ou ainda sua destinação, mas todas as modificações tributárias são resultado de uma seleção do código conforme a Constituição/ não conforme a Constituição.

Outrossim, uma vez o tributo nascido no sistema jurídico - aprovado desta forma pelos dois códigos ao qual se submete - terá ainda que passar pela seleção dos demais códigos do sistema político e econômico. Por ser uma - como dito acima - relação difícil, o tributo é na realidade um grande instrumento de modificação social, justamente por pertencer a diversos subsistemas sociais, pois é de incontestável relevância à sociedade.

Demonstrado, portanto, que o acoplamento estrutural que mais importa ao presente estudo é aquele que resulta da inter-relação do sistema jurídico, do sistema político e do

sistema econômico. Tais sistemas formam e regem o Estado, que através dos tributos deve responder às necessidades da sociedade. Mas como explicitado acima, a relação entre estes sistemas - e as conseqüências resultantes de seu acoplamento - deve obedecer a uma Constituição.

Assim, as respostas necessárias aos problemas do sistema social que hoje são latentes - como a crise ambiental - serão fruto do enfrentamento da contingência, e conseqüentemente do risco da sociedade moderna. O que neste estudo se propõe - através da evolução do Sistema Tributário - é a interpretação sistêmica das normas constitucionais, como a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na forma de acoplamentos estruturais dos sistemas funcionalmente diferenciados da sociedade.

2.3 O Paradoxo dos Princípios Ambientais Tributários

De início, convém esclarecer que no presente tópico se apresenta os princípios ambientais tributários, não somente como aqueles de cunho ambiental que podem influenciar o sistema tributário, mas sim, todos os princípios, sejam orientadores do direito tributário ou ambiental, que contribuam para a proteção do meio ambiente através da tributação. Esta é a proposta.

O que se busca é a inovação dos princípios ambientais e tributários, remodelando seus sentidos e adequando os mesmos às novas diretrizes e necessidades da sociedade, quais sejam: o risco advindo da degradação ambiental e a possibilidade da mudança social através do tributo.

Essa mudança de concepção dos princípios constitucionais é possível, pois a própria Constituição, como Lei maior, deve adequar-se às novas necessidades e diretrizes da sociedade, mas sempre respeitando os princípios nela estampados. Assim afirma Marcelo Neves¹⁸³:

¹⁸³ NEVES, Marcelo. op. cit. p.100-101.

É verdade que o próprio sistema constitucional é capaz de reciclar-se. Isso não ocorre apenas mediante procedimentos específicos de reforma da Constituição, mas também no processo de concretização constitucional. Entretanto, a auto-reciclagem decorrente da capacidade de aprendizado tem que respeitar princípios e normas constitucionais que se apresentem como limitações implícitas e explícitas a mutações da Constituição.

Os princípios representam para a dogmática jurídica a base de todo o sistema normativo, são fontes criadoras de direito e regra de decisão em processos judiciais, ou ainda, norteadores de toda a legislação infraconstitucional. Daqui decorre a importância destes mandamentos fundamentais.

Neste sentido, os princípios não estabelecem um comportamento específico, mas uma meta, um padrão; não exigem condições para a sua aplicabilidade, apenas servem de pauta para as interpretações das leis. Um dos principais conceitos formulados acerca da importância dos princípios vem do Jurista Celso Antonio Bandeira de Mello que assim pronuncia-se:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear do sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] Violar um princípio é mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo sistema, subversão de seus valores fundamentais.¹⁸⁴

Mas a perspectiva que aqui se propõe é o estudo dos princípios no enfoque da teoria dos sistemas, ou seja, os princípios como um paradoxo do sistema jurídico. Para a teoria sistêmica, a questão dos princípios não deve ser posta na forma de responder o que são os princípios, mas sim, o que significa a aplicação destes princípios gerais de direito.

Tais princípios são explícitos e implícitos na Constituição, desta forma podem auxiliar no processo decisório do direito. Para se decidir no sistema jurídico é necessário que o sistema se apóie em alguns pontos fixos, que por sua vez chamam-se de princípios. Portanto,

¹⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p.546.

se expressos no ordenamento, o processo decisório apenas utiliza-se da dedução. Mas se implícitos, é necessária uma construção, mas sempre a partir do próprio sistema jurídico.¹⁸⁵

Desta forma é que se apresentam os princípios como paradoxo, pois mesmo não estando explicitamente no sistema, fazem parte dele, uma vez que para decidir utilizando-se dos princípios deve se considerar que são parte do sistema. Portanto, os princípios estão e não estão no sistema, eis o paradoxo.

A decisão, na concepção da teoria luhmanniana, se dá através de procedimentos, “programas de decisão que formulam as condições sob as quais as decisões são consideradas corretas.”¹⁸⁶ Toda decisão será regida pelos princípios que, desde as sociedades mais primitivas, advêm do que se convencionou chamar de direito natural. Desta forma, afirma Luhmann¹⁸⁷ que com o evoluir da sociedade e do direito a noção de direito natural ganha “força de um princípio controlador, sob cuja proteção o direito positivo pode ser identificado e desenvolvido enquanto direito estatuído através de decisões.”

Mas o próprio procedimento, e o próprio direito natural, em dado momento acabam sendo insuficientes para amparar a normatividade, pois algumas decisões, em “algumas ocasiões, têm de ser tomadas contrariando a lei válida, e então novas estratégias, ou novas formas de assimetriação, devem ser introduzidas.”¹⁸⁸

Vários são os exemplos em que a lei não corresponde à necessidade que o caso concreto impõe à decisão. O fato de existirem decisões que mesmo transitadas em julgado são contrárias à proteção do meio ambiente (o que as torna de certa forma, corretas em relação a lei vigente, mas contrárias aos princípios de proteção do meio ambiente); igualmente, a imputação de causalidade; e a própria responsabilização dos poluidores, por danos ainda não ocorridos - ou seja, riscos de dano - são exemplos de que a lei não é embasamento suficiente, em alguns casos, para a decisão no caso *sub judice*.

¹⁸⁵ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da auto-observação*: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997, p.255.

¹⁸⁶ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. op. cit. p.257.

¹⁸⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. op. cit. p.216.

¹⁸⁸ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. op. cit. p.258.

Luhmann diz que neste caso o que conta não é um princípio, a dedução lógica ou uma elegante construção conceitual, mas a diferença que a decisão produz tanto na sociedade quanto no interior do próprio sistema do direito.¹⁸⁹

Para bem explicar como os princípios atuam no sistema jurídico, pertencendo ao sistema de forma paradoxal, Luhmann utiliza-se de uma metáfora, o 18º camelo, que se remete a autoria a Heinz Von Foerster. O conto afirma que três filhos, herdeiros de 17 camelos, estavam infelizes por não conseguir dividir a herança na forma como o pai havia determinado. O irmão mais velho deveria ficar com a metade dos camelos, o segundo filho com um terço e o último com um nono dos camelos. A solução veio do julgador (um mullah, religioso islâmico), que juntou os 17 camelos e mais um seu, que serviu apenas para o cálculo, mas na realidade nunca fez parte da partilha, apenas entrou para resolver o problema, para tornar a divisão possível.¹⁹⁰

No sistema jurídico, os princípios gerais do direito funcionam como o 18º camelo, estão e não estão no sistema, mas quando necessário juntam-se à justificação de uma decisão, servem de critério legitimador de uma criação jurisprudencial, para torná-la possível e mais adequada às expectativas da sociedade em relação ao direito. “É por isso que cada operação do sistema constitui uma construção, através dessa ‘flutuação’ e dessa construção, o sistema procura em si mesmo suas próprias possibilidades evolutivas.”¹⁹¹

Por isto, uma teoria não dogmática do direito retira dos “princípios” a veste dos valores exteriores ao código do direito, como os da moral ou da política, assumindo-os como construções paradoxais com um elevado potencial de operatividade. Retornando a metáfora do 18º camelo, os princípios existem no sistema porque não existem no sistema: a prova disto é que o sistema pode usá-los em suas decisões, “construindo” uma nova realidade. Cada decisão é pressuposto de uma decisão posterior, tornando possível que, a partir dela, novas e criativas diferenças possam ser introduzidas.¹⁹²

Partindo desse entendimento dos princípios, passa-se a abordar os mandamentos que juntos, e interpretados por este novo sentido que se dá à sociedade - o risco, a proteção ao meio ambiente e o tributo – podem ser utilizados para a evolução do sistema do direito, do Estado (sistema político) e do próprio sistema social.

¹⁸⁹ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. op. cit. p.266.

¹⁹⁰ O julgador (mullah) juntou os 17 camelos, mais um seu e dividiu da seguinte forma: a metade de 18 é 9; um terço é 6; um nono é 2. A soma de 9, 6 e 2 é 17. Então o camelo do julgador serviu para dividir, mas no final da conta desaparece da soma. Neste caso o 18º camelo torna possível a divisão, que diversamente era impossível.

¹⁹¹ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. op. cit. p.271.

¹⁹² MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. op. cit. p.277.

Assim, os princípios podem influenciar-se entre si, para fazer interagir o direito ambiental e o direito tributário. Neste passo, importa destacar quais os princípios ambientais que poderão modificar a interpretação dos princípios tributários. Juntos, estes princípios poderão formar um possível conjunto de novos princípios ambientais tributários, que buscarão efetivar a proteção ao meio ambiente e assim, de forma conjunta e harmônica, procurar cumprir o direito e dever fundamental de proteção aos recursos naturais, através da tributação ecológica.

A dogmática jurídica apresenta os seguintes princípios ambientais, interessantes a esta proposta de estudo: a prevenção, a precaução, o poluidor-pagador, o usuário-pagador e, o sobre-princípio, do desenvolvimento sustentável - meta final de todos os princípios ambientais, necessário para concretizar uma sociedade eco-desenvolvida.

O princípio da prevenção é especialmente importante na proteção do meio ambiente, pois é uma regra de mero bom senso, aquela que determina que em vez de contabilizar os danos e tentar repará-los, se tente, sobretudo, evitar a ocorrência de danos, antes de eles terem acontecido. Corresponde ao ditado popular “mais vale prevenir do que remediar”.

Importa salientar, na aplicação deste princípio, que a prevenção atinge os danos concretos cuja origem é conhecida, busca evitar a verificação de novos danos, ou pelo menos, de minorar significativamente os seus efeitos. O princípio da prevenção implica que seja dada uma atenção particular ao controle das fontes da poluição. É a conduta tomada no sentido de se evitar o dano ambiental.

Já o princípio da precaução, como afirma Canotilho, leva a proteção do meio ambiente mais longe que qualquer outro. Tem sua aplicação em casos de dúvidas. Ele significa que o ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida quando haja incerteza, por falta de provas científicas evidentes, sobre o nexos causal entre a atividade e um determinado fenômeno de poluição ou degradação do ambiente. Podemos falar de uma espécie de “princípio *in dubio pro ambiente*, ou seja, na dúvida sobre a perigosidade de uma certa atividade para o ambiente, decide-se a favor do ambiente e contra o potencial poluidor.”¹⁹³ Busca-se evitar o risco ambiental. Logo, atinge os danos em que a origem é desconhecida.

¹⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998, p.48-49.

O princípio do poluidor-pagador, por sua vez, é na sua origem definido como a exigência de que o poluidor arque com os custos das medidas de prevenção e controle da poluição.

Não há como se negar, portanto, que este princípio apresenta uma veia, uma raiz, ou mesmo uma inspiração na teoria econômica, tendo em vista a sua finalidade de internalizar no preço dos produtos todos os custos sociais (externalidades negativas) causadas pela produção desse mesmo bem.¹⁹⁴

Por externalidades negativas, poderia se dizer que há um enriquecimento do produtor às custas de um efeito negativo suportado pela sociedade. E daí que surge a expressão *privatização de lucros e socialização das perdas* para designar este fenômeno, irretocavelmente explicado por Cristiane Derani¹⁹⁵:

Durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas “externalidades negativas”. São chamadas externalidades porque, embora resultantes da produção são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é recebido pelo produtor privado. Daí a expressão “privatização de lucros e socialização das perdas”, quando identificadas as externalidades negativas. Com a aplicação do princípio do poluidor-pagador, procura-se corrigir este custo adicionado a sociedade, impondo-se sua internalização.

Portanto, a prevenção, a reparação e a repressão são as três esferas básicas de atuação do direito ambiental, formando o tripé de embasamento do princípio do poluidor-pagador. Mas a preservação do meio ambiente, longe de ser apenas uma atitude louvável, é um dever instituído pela Constituição e o princípio norteador do direito ambiental. Por isso que remediar deve sempre ser mais oneroso que prevenir. Exatamente neste sentido é que se vislumbra a utilização do princípio do poluidor-pagador em sua essência repressiva e, portanto, preventiva do dano ambiental.

Mas é imprescindível compreender que não se vende direito de poluir e nem se paga um preço pelo meio ambiente. O princípio do poluidor-pagador significa que, dado o caráter difuso e esgotável dos bens ambientais, todos devem ser responsáveis pela sua utilização, e todos que desrespeitem esse dever fundamental devem arcar com este déficit da coletividade.

¹⁹⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. op. cit. p.192.

¹⁹⁵ DERANI, Cristiane. op. cit. p.158.

Outro princípio ambiental de caráter econômico é o usuário-pagador. Este princípio preocupa-se com a quantidade dos bens ambientais, estabelecendo uma consciência ambiental de uso racional dos mesmos, permitindo uma socialização justa e igualitária de seu uso.

A idéia principal é fazer compreender que os recursos ambientais são de todos, são bens da coletividade, e que todos podem utilizar estes bens com racionalidade - com noção de proporção - e que o uso indiscriminado e abusivo - ou desproporcional - deve ser cobrado - traduz-se na idéia de um empréstimo. Logo, aquele que usa o bem em prejuízo dos demais passa a ser devedor desse “empréstimo.”

Importa frisar ainda, que mesmo que o uso não cause qualquer degradação ambiental, o usuário-pagador terá de arcar com os custos deste empréstimo. Deve-se pagar pelo uso - aproveitamento dos recursos naturais - e não pela poluição.

Mas é fato que os princípios do direito ambiental são melhor compreendidos quando à luz do princípio do desenvolvimento sustentável, por isso dizer que se trata de um sobre-princípio¹⁹⁶, pois o princípio do desenvolvimento sustentável somente será atingido se buscado em consonância com os demais princípios do direito ambiental que dão sustentação e têm por finalidade um meio ambiente ecologicamente equilibrado, logo, um desenvolvimento de forma sustentável.

A preservação do meio ambiente está obrigatoriamente focada no futuro. Uma decisão consciente para evitar o esgotamento dos recursos naturais globais, em vez de nos beneficiarmos o máximo das possibilidades que nos são dadas hoje, envolve necessariamente pensar no futuro.¹⁹⁷

Sob esta idéia de preservar para o futuro e diante da realidade de que os bens ambientais não são inesgotáveis, torna-se imprescindível que o desenvolvimento seja uma coexistência harmônica entre a economia e o meio ambiente. Melhor dizendo, o mesmo bem que é matéria-prima ao desenvolvimento, é também peça essencial à sadia qualidade de vida

¹⁹⁶ Esta projeção do princípio do desenvolvimento sustentável como sobre-princípio, foi melhor desenvolvido por esta autora em artigo apresentado junto ao VI Congresso de Direito do Mestrado da Universidade de Caxias do Sul, sob o título *Do desenvolvimento ao desenvolvimento sustentável através da aplicação dos princípios de direito ambiental*.

¹⁹⁷ KISS, Alexandre. *Direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução*. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.2.

dos seres. Por isso não adianta um desenvolvimento desregrado, despreocupado com a conservação do bem ambiental, desvinculado à manutenção da qualidade de vida.

Como se percebe, o princípio possui grande importância, especialmente numa sociedade produtora de riscos. Não há dúvida que o desenvolvimento econômico também é um valor precioso da sociedade. Todavia, a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico devem coexistir, de modo que aquela não acarrete a anulação deste.

Tanto isso é verdade, que a Constituição Federal estabeleceu que a ordem econômica, fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, deverá reger-se pelos ditames de justiça social, respeitando o princípio da defesa do meio ambiente, contido no art. 170, inciso VI. Neste sentido que os princípios ambientais e tributários devem ser compreendidos, como metas a serem cumpridas pela sociedade em prol da sua própria qualidade de vida.

Assim, vários são os princípios norteadores do direito tributário, mas os que têm uma ligação passível de serem norteados a uma proteção ambiental, e que para a instituição de um sistema tributário ambiental devem ser respeitados - por representarem mandamentos constitucionais - são o princípio da legalidade, da tipicidade, da igualdade, da capacidade contributiva, da progressividade e da seletividade.

O princípio da legalidade estabelece que os tributos somente possam ser instituídos por lei, limitando assim, o poder de tributar e assegurando os direitos dos contribuintes. Este é um dos pilares do sistema tributário, logo, um sistema tributário ambiental deve ter como fundamento o princípio da legalidade. Sobre este princípio esclarece Sacha Calmon Navarro Coelho¹⁹⁸ que:

Nas sociedades livres se exigem regras perenes que assegurem, em matéria tributária, a prevalência dos dois pilares que sustentam o direito como uma ordem normativa: os princípios da justiça e da segurança. Assim, [...] a que se fazer referência à máxima *nullum tributum sine lege* no direito tributário. Portanto, onde houver Estado de Direito haverá respeito ao princípio da reserva de lei em matéria tributária. Onde prevalecer o arbítrio tributário, certamente inexistirá Estado de Direito.

¹⁹⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. O Estado e suas funções. Os princípios retores da tributação: a legalidade e a tipicidade. In *Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia: UFU, vol.16, n.1-2, dez., 1987, p.187.

Mas além da legalidade, é imprescindível em matéria de tributos a tipicidade, que determina que além da lei é necessário a adequação do fato à norma legal. Encontra-se aqui a limitação à majoração, modificação ou criação de tributo, que deve ser prevista de forma clara e precisa na lei, para que possa, sem sombras, ser aplicada pelo Estado ao contribuinte.

Tal princípio engloba duas formas de tipicidade: a fechada, que pressupõe a descrição de todos os elementos do tipo na norma, e o tipo aberto, que deixa margem à interpretação mais flexível da norma. O direito brasileiro adota como regra o tipo fechado, buscando a segurança jurídica, mas este é mais um ponto de mutação necessária, pois para a tributação ambiental seria mais coerente a tipicidade aberta. Neste sentido, pensando o princípio tributário da tipicidade em conformidade com a necessária proteção ambiental, bem aduz Amaral:¹⁹⁹

A proteção ao meio ambiente tem características excessivamente dinâmicas e, conseqüentemente, a tributação ambiental terá de ter elementos flexíveis e amplos. Isso para adequar a norma tributária às características especiais da matéria ambiental, exigindo tipos abertos em função dos avanços tecnológicos sempre imprevisíveis. O avanço tecnológico e científico fornecerá elementos para solucionar os problemas ambientais e questões relacionadas a tributação ambiental.

O princípio da igualdade, uma das fontes de inspiração e luta da Revolução Francesa, é princípio norteador de todos os ordenamentos jurídicos. Trata-se de princípio esculpido na Declaração de Direitos Humanos, e também um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

No horizonte tributário o princípio da igualdade representa um limite ao poder de tributar, pois infere que todos os contribuintes devem ser tratados com igualdade, na proporção das devidas desigualdades. Já afirmava Ruy Barbosa²⁰⁰ que “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se encontra a verdadeira lei da igualdade.”

¹⁹⁹ AMARAL, Paulo Henrique do. op. cit. p.78.

²⁰⁰ BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. Nova edição. Ministério da Educação e Cultura. Casa de Ruy Barbosa, 1956, p.32.

Assim, em se falando de tributação, parte da igualdade se configura com o princípio da capacidade contributiva. Segundo este princípio, o contribuinte será tributado conforme sua capacidade econômica, arcando com mais ou menos carga tributária conforme suas possibilidades de contribuir.

Importante destacar dois conceitos inerentes à capacidade contributiva: o mínimo vital e o confisco, pois tributar excessivamente, impedindo que o contribuinte possa viver com dignidade, ou ainda, transformar o tributo em uma obrigação incumprível, além de flagrante injustiça, seria uma incoerência, se pensarmos o tributo como parte do bem comum da sociedade.

Em relação aos princípios da igualdade e da capacidade contributiva como instrumentos de proteção dos recursos naturais, há que se salientar que estes princípios visam atender à justiça fiscal. Se tais princípios forem utilizados para a formulação de tributos ambientais terão de ser verificados por outro ângulo. Neste caso, a capacidade contributiva e igualdade não terão como parâmetros as condições financeiras dos contribuintes, mas sim o uso – e o possível abuso – dos recursos ambientais.

Mas para preservar o meio ambiente se poderá ultrapassar os limites destes princípios, implementando-se isenções. A isenção somente pode ser concedida para atender interesses públicos relevantes, pois toda forma de isenção é uma forma excepcional de privilégio e, portanto, supera os princípios da igualdade e da capacidade contributiva. Mas em prol do meio ambiente, trata-se de relativizar um princípio constitucional para viabilizar a implementação de outro – prevenção e precaução ambiental.

Por sua vez, o princípio da progressividade é, também, um importante instrumento da tributação como forma de mudança social. A progressividade de alíquotas é utilizada pelo sistema tributário como forma de implementar a capacidade contributiva.

Na questão ambiental flagrante a importância da progressividade, pois poderá se elevar as cargas tributárias de poluidores, como forma de desestimular determinadas condutas ou produtos. Da mesma forma, reduzindo-se a alíquota e a base de cálculo poderá se viabilizar a utilização de procedimentos “limpos” na produção, ou ainda, incentivar a modificação das

tecnologias e de comportamentos – de empresas e de pessoas físicas – de forma a serem mais sustentáveis.

Neste sentido, ainda conta o sistema tributário com a possibilidade de preservar o meio ambiente e induzir ao desenvolvimento sustentável, com o princípio da seletividade. Este princípio seleciona determinados bens em razão de certos critérios. É autorizada a seletividade, pela Constituição Federal, ao Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, por uma razão evidente: são impostos que recaem sobre produtos.

A seletividade se dá pela essencialidade do produto, motivo pelo qual a tributação do feijão é muito diferenciada da tributação do cigarro. E é exatamente nesta seletividade que podem adentrar as características de proteção ambiental, pois hoje é evidente a essencialidade da proteção dos recursos naturais.

Outrossim, a seletividade recai sobre a *renda gasta*, e não sobre a *renda economizada*. Isso pode levar a um direcionamento do consumo, favorecendo os bens produzidos de forma renovável, reciclável e, portanto, sustentável, em detrimento de produtos, que devido a sua projeção anti-ecológica devem deixar de ser consumidos, e conseqüentemente produzidos.

Pela interpretação conjunta de todos os princípios acima enunciados, é latente a modificação da visão da proteção do meio ambiente ser contra o desenvolvimento econômico para a compreensão do desenvolvimento econômico ecologicamente sustentável. É uma necessidade, e não mais uma escolha possível, pois diante dos riscos produzidos pela sociedade contemporânea a interpretação sistêmica dos princípios tributários e ambientais é uma proposta para a modificação da sociedade através da tributação ambientalmente orientada.

Os princípios da prevenção e da precaução podem ser efetivados juntamente com os princípios da progressividade e da seletividade, bem como os princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador serão base para a relativização – em prol do meio ambiente, logo, de sumo interesse público – dos princípios da igualdade e da capacidade contributiva.

Assim, estando os tributos ambientalmente orientados pelos princípios de direito ambiental, e constituídos com respeito ao princípio da legalidade e da tipicidade tributária, é que se evidencia a possibilidade da efetivação do sobre-princípio do desenvolvimento sustentável, que não apenas trata-se de um princípio de direito ambiental que vincula a economia, mas muito mais que isso, uma forma de implementação do direito e dever fundamental de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, através da mudança social que pode ser induzida pelos tributos.

De tal entendimento, resta que os princípios ambientais tributários, estando expressos ou implícitos no ordenamento, farão do paradoxo que representam no sistema jurídico uma forma de efetivação da Constituição na sua maior amplitude.

3. A COMUNICAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA E O RISCO

3.1 A Sociedade de Risco Ecológico

Os riscos produzidos pela sociedade contemporânea não apresentam a segurança como alternativa. Hoje a crise ambiental é o que mais demonstra a amplitude dos riscos. Os riscos ecológicos afetam a sustentabilidade da qualidade de vida no planeta. Todas as decisões e condutas têm a sombra do risco.

O desenvolvimento das sociedades teve conseqüências que não eram esperadas. A segurança não é mais uma possibilidade, a sociedade produz riscos e o poder de geri-los ou administrá-los não segue a mesma rapidez com que os riscos são fabricados. Isto fez com que aquilo que até então era tido como incontestável, passasse a ser visto com mais cautela. Nesta linha de idéias, aquilo que Foucault criticou como conseqüência da normalização feita pelas disciplinas a serviço do poder, e que era considerado normal, agora é visto como exceção, e a exceção virou a regra. Neste mesmo sentido já afirmava Rousseau que é uma previsão muito necessária compreender que não é possível prever tudo.²⁰¹

A normalidade já não se faz presente, mas isso não acarreta, necessariamente, em algo ruim. Para De Giorgi²⁰², por exemplo, a normalidade não é confiável: embora pareça trazer uma série de determinações que permitem a regularidade de certos acontecimentos, ela traz, na verdade, uma série de indeterminações. Mas se poderia questionar: que normalidade? O desenvolvimento voraz? A crença cega na segurança da ciência? A resposta é que agora o risco é a normalidade da sociedade.

²⁰¹ BERIAIN, Josetxo. (comp.) *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Tradução de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 6.

²⁰² DE GIORGI, Raffaele. op. cit. p.189.

O conceito de risco é a expressão característica das sociedades que se organizam sob a ênfase da inovação, da mudança e da ousadia. Reproduz essencialmente a pretensão moderna de tornar previsíveis e controláveis as conseqüências imprevisíveis das decisões, tentando submeter ao controle o que é incontrolável, propondo prever o imprevisível [...] com o objetivo de gerar segurança em contextos de imprevisibilidade.²⁰³

A sociedade de risco foi impulsionada pela riqueza, pelo crescimento econômico, pelo desenvolvimento técnico-científico, que acabaram se tornando os responsáveis pelos perigos e ameaças que a caracterizam. Segundo Beck²⁰⁴, não é a crise do capitalismo, mas sim, as suas vitórias, as responsáveis por essa nova forma social, o que traz prejuízos para a sociedade e às pessoas que nela vivem. A destruição industrial das bases ecológicas e naturais da vida põe em marcha uma dinâmica social e política de desenvolvimento historicamente sem precedentes e que até agora não foi compreendida, a qual nos obriga a repensar a relação entre natureza e sociedade.

[...] as reflexões precedentes significam [...]: a natureza já não pode ser pensada sem a sociedade e a sociedade já não pode ser pensada sem a natureza. As teorias sociais do século XIX pensaram a natureza essencialmente como algo dado, concedido, submetido, por tanto, como algo contraposto, estranho, como não sociedade. [...] No final do século XX, a natureza não está nem dada nem concedida, convertida em produto histórico, em equipamento interior do mundo civilizatório destruído ou ameaçado nas condições naturais de sua reprodução. Porém isso significa que as destruições da natureza, integradas na circulação universal de sua produção industrial, deixam de ser meras destruições da natureza e se convertem em um componente integral da dinâmica social, econômica e política. [...] as lesões das condições naturais da vida se transformam em ameaças médicas, sociais e econômicas globais para os seres humanos, com desafios completamente novos para as instituições sociais e políticas da sociedade mundial superindustrializada.²⁰⁵

Esta sociedade nasce com a constatação de que toda a segurança prometida pela ciência não mais apresentava os resultados esperados. A partir do momento em que a crença na certeza da ciência deixa de ser aceita, a conseqüência é que os riscos são produzidos pela sociedade e legitimados por ela. As conseqüências das falsas certezas são os riscos concretizados.

²⁰³ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de Risco*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.14.

²⁰⁴ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad*. op. cit. p.89.

²⁰⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad*. op. cit. p.89.

Esta sociedade começa ali onde falham os sistemas de normas sociais que haviam prometido segurança. Estes sistemas falham pela sua incapacidade de controlar as ameaças que provêm das decisões. Tais ameaças são de natureza ecológica, tecnológica, política, e as decisões são resultado de relações que derivam da racionalidade universal.²⁰⁶

A sociedade industrial, em sua crescente e contínua busca pelo desenvolvimento econômico, não criou mecanismos que se desenvolvessem acompanhando a evolução que se deu para a sociedade de risco. Os problemas vieram com muito mais antecedência que as soluções; a sociedade está baseada na incerteza, porque há perguntas que não acenam com nenhuma resposta, ao menos previamente testada - ou ao menos resultado de uma precaução. A sociedade tornou-se de risco com os instrumentos gestores de uma sociedade industrial.

A teoria da Sociedade de Risco, característica da fase seguinte ao período industrial clássico, representa a tomada de consciência do esgotamento do modelo de produção, sendo esta marcada pelo risco permanente de desastre e catástrofe. Acrescente-se o uso do bem ambiental de forma ilimitada, pela apropriação, a expansão demográfica, a mercantilização, o capitalismo predatório – alguns dos elementos que conduzem a sociedade atual a situações de periculosidade.²⁰⁷

A produção de riscos ecológicos gerou (como já se afirmou acima) a crise ambiental, forma de convivência com a iminência da catástrofe anunciada. Produtos tóxicos, atitudes insustentáveis – de pessoas e de empresas – unidos à credibilidade insana de que os riscos não são “tão reais”, ou ainda pior, o total desatino de pensar que não se sofrerá as conseqüências (estas ficarão “apenas” para as gerações futuras), são atitudes, omissões, e visões de um mundo que trouxe a sociedade de risco como uma realidade inquestionável e irrecorrível.

Precisamente quando se trata de danos relacionados com a ecologia, passar mais além de certo limiar, uma modificação irreversível do equilíbrio ecológico ou a presença de uma catástrofe, não é em absoluto atribuível a decisões individuais. Os observadores poderiam discutir sobre as *proporções*, por exemplo, no problema de se a emissão de gases do escape dos veículos é responsável pela morte dos bosques. Mas inclusive neste caso, o acender o motor de um veículo não poderia se classificar como uma decisão arriscada. Teríamos que inventar, por assim dizer, decisões suscetíveis de ser objeto de uma atribuição, por exemplo, a decisão de não proibir a circulação de automóveis.²⁰⁸

²⁰⁶ DE GIORGI, Raffaele. op. cit. p.196.

²⁰⁷ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.131.

²⁰⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. op. cit. p.70. (livre tradução).

Por esta razão, se afirma que os riscos e os perigos ecológicos são de difícil gestão, pois se está tratando com problemas futuros e na maioria das vezes com conseqüências imprevisíveis, com métodos e soluções baseadas em um passado. Mas na sociedade moderna o futuro não reflete o passado, as decisões tomadas podem modificar o futuro, mas não se sabe como isso ocorrerá. Esta é a premissa da sociedade de risco. Loureiro²⁰⁹, citando Luhmann, afirma:

Não podemos esperar que os problemas de risco, se se trata de problemas de vinculação temporal, possam ser resolvidos com formas jurídicas adequadas. Pois no caso de riscos não se trata justamente de um futuro, em relação ao qual possa ser já estabelecido no presente como os outros se devem comportar em situações futuras. Os riscos não podem ser violados.

Assim, são estas incertezas e imprevisibilidades trazidas pelo risco que a sociedade busca gerenciar. Não se trata de eliminar os riscos, até mesmo porque eles são inseparáveis do novo modelo social. Todavia, é necessário desenvolver mecanismos que ajudem a conhecer e assimilar os riscos, principalmente aqui, os ecológicos. Afirma Heline Ferreira²¹⁰:

O risco ecológico, outrora calculável e previsível, apresenta novas características e anuncia a probabilidade de ocorrência de grandes desastres envolvendo o meio ambiente e a saúde dos seres vivos. Nesse contexto, a ciência perde o monopólio do conhecimento da verdade, revelando-se insuficiente diante dos problemas que, muitas vezes, foram gerados e impulsionados pelas próprias descobertas.

Este é o paradoxo dos avanços tecnológicos: “[...] ao mesmo tempo em que crescem qualidade de vida às pessoas, estes são capazes de gerar riscos de potenciais altamente nocivos à saúde e ao meio ambiente”²¹¹. As certezas de segurança fabricadas pela ciência agora se tornam duvidosas e questionáveis, pois o que se previu não aconteceu como o planejado, o risco faz com que os acontecimentos tomem forma de inesperados. “As situações

²⁰⁹ LOUREIRO, João. *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência. Algumas questões juspublicistas*. Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica 61. Ad Honorem – 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.865. (livre tradução)

²¹⁰ FERREIRA, Heline Sivine. O risco ecológico e o princípio da precaução. In: FERREIRA, Heline Sivine; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Estado de Direito Ambiental: Tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.56.

²¹¹ CARVALHO, Delton Winter de. Os riscos ecológicos e a sua gestão pelo direito ambiental. In: *Estudos jurídicos*. São Leopoldo: UNISINOS, vol.39, n.01, jan./jun, 2006, p.13.

e as pessoas mudam com tal rapidez que aquilo que está previsto não possui mais sentido.²¹² Neste sentido bem afirma Bernstein²¹³, utilizando-se das palavras de G. K. Chesterton:

O verdadeiro problema deste nosso mundo não é que seja irracional, nem mesmo que seja racional. O principal tipo de problema é que é quase irracional, mas não totalmente. A vida não é uma ilogicidade, contudo, ela é uma armadilha para os lógicos. Ela parece um pouco mais matemática e regular do que é, sua exatidão é óbvia, mas sua inexatidão é oculta, sua turbulência jaz à espera.

O problema dos riscos ecológicos é que a humanidade achou que poderia racionalizar a natureza. Inúmeros são os exemplos da falta de prevenção e precaução, ou ainda da arrogância humana em achar que pode - pela ciência e tecnologia - reproduzir o meio ambiente. Mas certamente dois exemplos demonstram, de forma inequívoca, a falsa segurança das premissas científicas e a presunção do homem em relação à natureza: o acidente de Chernobyl e o projeto da Biosfera 2. Nos dois casos, a natureza modificada trouxe riscos ecológicos que o homem não teve poder de resolver, embora acreditasse possível.

No caso do acidente de Chernobyl, certamente o maior e mais conhecido acidente nuclear, é visível a crença na calculabilidade. Acreditava-se que a concentração de céσιο radioativo fosse, em poucos anos, absorvido pela terra. Hoje se sabe que o tempo de descontaminação poderá demorar até cem vezes mais que o inicialmente previsto. E isto ainda não é uma certeza.

Em países afetados da antiga União Soviética, onde a radioatividade foi levada pelos ventos, várias espécies de frutas, peixes e outros alimentos não são recomendados para o consumo por, pelo menos, mais 50 anos. Estima-se que cerca de 15 milhões de pessoas foram, de alguma forma, vitimizadas em função do acidente. Todas essas conseqüências surgem como resultado de um experimento controlado que não deu certo.²¹⁴

Nas palavras de Tavarolo²¹⁵, a ciência ao mesmo tempo em que fez proliferar os ambientes de risco, perdeu a habilidade de reagir de maneira adequada ao produto de seus

²¹² BUTZKE, Alindo; ZIEMBOWICZ, Giuliano; CERVI, Jacson Roberto. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Caxias do Sul: EDUCS, 2006, p.50.

²¹³ BERNSTEIN, Peter L. op. cit. p.333.

²¹⁴ FERREIRA, Helene Sivine. op. cit. p.60.

²¹⁵ TAVAROLO, Sergio Barreira de Faria. *Movimento ambientalista e modernidade: sociabilidade, risco e moral*. São Paulo: Annablume/Fapesp, 2001, p.111.

experimentos. É o que demonstra os dados da catástrofe de Chernobyl, pois a ciência, como afirma Ferreira²¹⁶, falhou antes, quando julgou calculáveis os riscos, e depois, quando minimizaram as conseqüências do acidente.

Outro exemplo é o projeto Biosfera 2, tido como uma lição de humildade. Tratou-se de um projeto para imitar os sistemas de reciclagem da terra, um sistema auto-sustentável de suporte à vida no qual, para a manutenção de oito pessoas, foram utilizados US\$ 200 milhões. Uma estrutura hermética de cúpulas interconectadas de 1,3 hectare.

A instalação abrigou mais de quatro mil espécies de organismos selecionados para manter as funções de suporte à vida. A luz do sol e os geradores à gás natural forneciam energia. Os habitantes do Biosfera deveriam ficar isolados por dois anos e cultivar seu próprio alimento por meio da agricultura orgânica intensiva, respirar o ar recirculado pelos vegetais e beber água limpa por processo de reciclagem natural.²¹⁷

Mas o experimento falhou, e com ele a crença científica de reprodução dos recursos naturais de forma artificial. O ar desapareceu, os níveis de dióxido de carbono subiram inexplicavelmente (ameaçando envenenar os habitantes), 19 das 25 espécies animais foram extintas, todos os insetos morreram, e com isso a extinção da maioria das espécies vegetais, e apenas 80% do suprimento era possível de ser produzido.

Diante destes exemplos, reporta-se à afirmação de Maurice Kendall: “a humanidade não assumiu o controle da sociedade, retirando-o do domínio da providência divina para deixá-la à mercê das leis do acaso.” Mas, a questão que surge, é como podemos controlar os riscos e ao mesmo tempo evoluir?²¹⁸

É preciso compreender que a natureza estabelece padrões que às vezes se repetem, mas somente na maior parte dos casos, como já advertia Leibniz²¹⁹ em 1703. Este é um indício para a gestão dos riscos – a imprevisibilidade. É o que torna possível a evolução, pois do contrário tudo seria previsível, não haveria mistério, pois um evento seria idêntico ao anterior.

²¹⁶ FERREIRA, Heline Sivine. op. cit. p.61.

²¹⁷ MILLER, G. Tyler Jr. *Ciência Ambiental*. São Paulo: Thomson Learning, 2007, p.473.

²¹⁸ BERNSTEIN, Peter L. op. cit. p.331.

²¹⁹ LEIBNIZ apud BERNSTEIN, Peter L. op. cit. p.331.

Mas a própria natureza – para não dizer principalmente – tem seus padrões de regularidade e irregularidade afetados pelos riscos. “As coisas mudam em ritmo constante e acelerado, o meio ambiente, a saúde, a segurança pessoal e o próprio planeta Terra parecem estar sob o ataque de inimigos nunca antes encontrados.”²²⁰ E todo o esforço científico e tecnológico não é passível de encontrar uma solução segura. A natureza se adaptou à incerteza.

A tecnologia e a ciência são utilizadas para fins econômicos, o que faz gerar novos riscos, pois o caráter probatório - ou seja, a designação de causa-efeito - envolve uma complexidade jamais vista. A incerteza recai sobre as conseqüências das novas tecnologias, e os riscos ecológicos são potencializados pela ausência de comprovação da periculosidade ambiental. A prevenção e a precaução são ignoradas e o planeta se torna laboratório de pesquisas, e com isso os seres vivos, experimentos científicos. Como afirma Beck²²¹, é a reprodução de uma ilógica da investigação, na qual a aplicação precede a comprovação.

Os riscos podem ser concretos (considerados estes os formados pela sociedade industrial), ou abstratos (que são os característicos da sociedade de risco). Os riscos concretos são “riscos calculáveis”²²², previsíveis pelo conhecimento vigente, sendo caracterizados por uma possibilidade de “análise de risco determinística”²²³. São os riscos que possuem uma avaliação científica segura das causas e conseqüências, portanto passíveis de previsão, para os quais o conhecimento científico acumulado é capaz de determinar sua existência ou dimensão.

Assim, a noção do risco consiste em uma importante forma de comunicação para evitar os danos ambientais, dando margem à formação de vínculos com o futuro. Essa ênfase preventiva peculiar ao direito ambiental atua como condição de possibilidade operacional do direito para a formação de uma comunicação jurídica acerca do risco. A comunicação acerca do risco no direito ambiental é instrumentalizada pela distinção entre prevenção e precaução. Enquanto os riscos concretos são gerados pela máxima da prevenção, os abstratos o são pela da precaução.²²⁴

²²⁰ BERNSTEIN, Peter L. op. cit. p.332.

²²¹ BECK, Ulrich. *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*. Tradução de Martin Steinmetz. Madri: El Roure, 1998, p.223.

²²² BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad*. op. cit. p.139.

²²³ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. op. cit. p.63.

²²⁴ CARVALHO, Delton Winter de. op. cit. p.71.

Para os riscos abstratos podemos trabalhar apenas com a precaução, pois o conhecimento científico não é seguro no cálculo de suas possibilidades e dimensões. Para o risco abstrato não há previsão. São riscos inerentes à forma pós-industrial da sociedade, dentre os quais se destacam os ambientais. São marcados por sua invisibilidade, globalidade e transtemporalidade. Como afirma Luhmann²²⁵, as indeterminações é que marcam o caráter abstrato dos riscos. A dificuldade da avaliação científica permite apenas uma “avaliação probabilística” de sua amplitude e conseqüências, por meio da aplicação do código provável/improvável. Assim, esta incerteza científica que produz os riscos ecológicos decorrentes da utilização e desenvolvimento de novas tecnologias é proveniente da “eco-complexidade”²²⁶.

Os riscos ecológicos, tratando-se de riscos abstratos, são globais. Não apresentam limites territoriais, atingindo, mais cedo ou mais tarde, aqueles que produziram o risco, contribuíram, ou lucraram com ele. É o que Beck²²⁷ chama de “efeito bumerangue.” Segundo Espinosa²²⁸, são riscos que “[...] não podem ser facilmente identificados no tempo, e muito menos no espaço, por serem ameaças ubíquas e globais; rompem regras e hábitos de distribuição de competências e tornam obsoletos os sistemas de segurança, finalmente, são com freqüência, invisíveis.”

Mas a maior característica dos riscos abstratos – ambientais – é a transtemporalidade, ou seja, a relação direta que estes riscos possuem com o futuro. Por isso os riscos ecológicos são intergeracionais. Neste sentido, necessária a consciência da ausência de previsão segura e da irreversibilidade dos danos ambientais. Necessário, portanto, que as decisões e atitudes ambientais sejam tomadas antes da ocorrência do dano, com intuito de precaver danos que não se pode prever. “Os riscos ambientais devem ser vislumbrados como um meio comunicativo para construir observações acerca do futuro do ambiente.”²²⁹

Como aduz Luhmann, o risco é uma modalidade de relação com o futuro: é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de

²²⁵ CARVALHO, Delton Winter de. op. cit. p.70.

²²⁶ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamento para una teoría general*. op. cit. p.53

²²⁷ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad*. op. cit. p.35.

²²⁸ ESPINOSA, Emilio Lamo de. De bruces con la posmodernidad: ignorancia, poder y comunicación en la sociedad del riesgo. In: *Política exterior*. Madrid: Estudios de política exterior, vol.VI., n. 80, mar/abr, 2001, p.12.

²²⁹ CARVALHO, Delton Winter de. Op. cit. p.70.

probabilidade/improbabilidade.²³⁰ Por tal razão que a prevenção deve intermediar a decisão e o risco. A prevenção é uma forma de preparação contra danos futuros não seguros – contingência – buscando evitar danos ou a probabilidade de que eles ocorram, ou ainda, a dimensão de suas conseqüências.²³¹

Luhmann²³² utiliza-se ainda, para definir o risco, da distinção entre risco e perigo. Esta distinção supõe (e assim se diferencia precisamente de outras distinções) que existe uma incerteza com relação a danos futuros. Apresentam-se, então, duas possibilidades: pode se considerar que o possível dano é uma conseqüência da decisão, e então falamos de risco e, mais precisamente, do risco da decisão. Ou bem se julga que o possível dano é provocado externamente, é dizer, se atribui ele ao entorno (ambiente), e neste caso, falamos de perigo.

O futuro somente pode ser percebido em suas características como probabilidade, isto é, como mais ou menos provável ou improvável. O grande paradoxo é que, apesar do futuro ser incerto, a sua construção depende da decisão que se tome no presente. Neste sentido afirma Loureiro²³³:

A comunicação do risco é compreendida pela existência de três etapas funcionais, quais sejam: a investigação, a avaliação e a gestão do risco. O primeiro diz respeito à análise do risco. O segundo, refere-se à ponderação dos dados científicos investigados, e dos interesses envolvidos. A gestão dos riscos se dá pela capacidade de aprendizagem e reversibilidade das decisões, estabelecendo níveis de aceitabilidade social do risco.

Portanto, importante que o risco adentre no sistema jurídico, para que seja considerado nas decisões. Necessária a auto-irritação do direito, em suas estruturas tradicionais, para assimilar – pela investigação, avaliação e gestão – os riscos e perigos ecológicos. O risco, sendo considerado nas decisões, viabiliza que o sistema jurídico busque estabilizar as expectativas comportamentais na sociedade de risco, buscando prevenir o dano, decidindo sem a necessidade de concretização do dano.

A inserção do futuro na reflexividade dos processos de decisão jurídica impõe-se através da comunicação do risco no direito, exigindo deste não apenas uma noção restrita e dogmática [...] função mais repressiva do que

²³⁰ LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*. op. cit. p.166.

²³¹ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. op. cit. p.73.

²³² LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. op. cit. p.67.

²³³ LOUREIRO, João. op. cit. p.862.

preventiva [...] mas, principalmente, dar condições estruturais para que o direito produza processos decisivos para investigar, avaliar e gerir riscos ambientais, antecipando a ocorrência dos danos dessa natureza. [...] Diante de tais pressupostos, pode ser observada a importância de o direito acompanhar as mudanças estruturais havidas na transição da sociedade industrial para a sociedade de risco.²³⁴

Neste sentido a dogmática jurídica buscou, com o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal, impor, inegavelmente, uma ordem normativa de antecipação aos danos ambientais, gerando um dever de prevenção.

Mas esta prevenção, entendida aqui como *lato sensu* - não apenas como prevenção de danos conhecidos ou passíveis de cálculo, mas também aqueles riscos característicos da sociedade de risco, os incalculáveis, imprevisíveis, sobre os quais a precaução deve intervir – é dever não somente do Poder Público, mas também não é ônus apenas da sociedade, dos entes privados. O art. 225 da Constituição Federal é explícito ao afirmar que é um dever conjunto a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesta feita, como bem afirma Teubner²³⁵:

Tais experiências dispersas com “regulações híbridas”, que combinam regulação político-estatal com acordos coletivos privados, abrem uma perspectiva neocorporativista de acordos ecológicos, que se baseiam na institucionalização estatal e no controle público da auto-organização coletiva de empresas. As novas formas de gestão coletiva de riscos não devem de forma alguma substituir completamente a responsabilidade individual, por um lado, ou a regulamentação estatal, por outro. Trata-se muito mais de definir uma área específica e delimitada de riscos ecológicos, em que a gestão conjunta de riscos e agentes privados complementar a responsabilidade individual e a regulação estatal.

Exatamente neste sentido é que se propõe como forma de gerir os riscos ecológicos a implantação da tributação ambiental, que deve ser utilizada como meio eficaz de se buscar a proteção ao meio ambiente. Como aduz o próprio Teubner: “nesses casos, fundos ecológicos que abrangem a sociedade e impostos ecológicos merecem, claramente, preferência.”²³⁶

Assim, diante de uma sociedade de riscos, que representa “o fim das certezas”, a tributação ambiental se mostra como um meio de gestão dos riscos ecológicos,

²³⁴ CARVALHO, Delton Winter de. op. cit. p.63.

²³⁵ TEUBNER, Gunther. A cúpula invisível: crise da causalidade e imputação coletiva. In: *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: UNIMEP, 2005, p.227.

²³⁶ TEUBNER, Gunther. op. cit. p.227.

implementados tanto para a prevenção como para a compensação dos riscos, buscando a concretização dos pressupostos constitucionais de preservação dos recursos naturais, de forma equilibrada, para proporcionar a esta e as futuras gerações uma probabilidade de uma vida saudável.

3.2 O Tributo Ambiental: Função Fiscal e Extrafiscal

Na sociedade complexa, o direito não pode ser visto como um ordenamento punitivo, e sim, como um redutor de complexidade, como bem assinala Luhmann²³⁷:

O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra as outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contra-fática. A coação relevante para o direito em termos constitutivos reside obrigatoriamente de selecionar expectativas, a qual, por seu lado, em poucos mais importantes casos pode motivar a imposição de determinados comportamentos.

Exatamente neste sentido que se propõe a utilização do tributo ambiental como indutor de comportamentos mais sustentáveis na sociedade, os quais refletirão na proteção do meio ambiente e na manutenção da sadia qualidade de vida, cumprindo-se assim o direito/dever constitucionalmente previsto no art. 225.

O direito não necessita ser coativo, mas tão somente indutor de comportamentos. Nesta esteira vislumbra-se que o tributo não pode – e não deve – ser utilizado como sanção. Quando o objetivo for sancionar, existem as multas ou outra pena que o sistema jurídico possa indicar, mas nunca o tributo.

Isso não significa que não se possa tributar diferentemente as atividades nocivas ao meio ambiente, mas não como sanção. O tributo, em especial o de caráter ambiental, deve respeitar as estruturas e os princípios que norteiam a sua criação, e como já salientado, este não pode ter caráter confiscatório, logo, não pode representar uma sanção.

²³⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. op. cit. p.115.

Ressalta-se que não se defende aqui a eliminação das normas punitivas, apenas que o tributo não possa ser utilizado neste sentido. Portanto, é necessário o desenvolvimento de novos mecanismos que, diante da complexidade e das incertezas, possam transformar o “direito de dano” em um “direito de risco”, já que a preocupação atual deve ser com a prevenção dos danos e com o equilíbrio do meio ambiente, e não somente com a reparação, que sabidamente, muitas vezes é impossível.

Na medida em que se deseja motivar juridicamente comportamentos não coercíveis, o que é freqüente no caso do direito econômico, isso não é colocado diretamente em fórmulas jurídicas, mas através de pretensões ou encargos coercíveis, que alteram ou influem o referencial de cálculo daquele comportamento.²³⁸

Assim, no tocante à problemática ecológica (que exige mecanismos preventivos e critérios de assimilação de risco), observa-se aqui a importância da instituição por parte da sociedade, funcionalizada pelo Estado, de instrumentos econômicos, em substituição ou concorrentemente às regulações do tipo “imposição e controle”. Até mesmo porque, se trata de uma situação que envolve relações econômicas, e o sistema econômico observa as normas jurídicas basicamente no aspecto do custo-benefício.

Na literatura jurídica relacionada com os problemas ambientais predominam os enfoques sob a perspectiva de castigo ou da sanção contra a indústria que, com sua produção, provoca seqüelas de contaminação no meio ambiente [...] Ditos delineamentos jurídicos, baseados unicamente nas conseqüências do problema, não contribuem com nenhuma solução, ao contrário, criam muitas vezes incertezas e acrescentam os inconvenientes para aprofundar o conflito.²³⁹

Vislumbra-se, portanto, que o direito deve regular as expectativas futuras, ou seja, o direito tem de se projetar ao futuro, pois o que impõe a sociedade produtora de riscos é a necessária prevenção e precaução do dano ambiental. Luhmann²⁴⁰ leciona:

O que acontecerá no futuro torna-se a preocupação central do direito. Quando futuro será necessário para que se possa viver sensatamente no presente, isso constitui uma variável essencialmente evolutiva, e aí reside o ponto onde as mudanças nas necessidades sociais invadem o direito.

²³⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. op. cit. p.166.

²³⁹ ALTAMIRO, Alejandro C. El derecho constitucional a un ambiente sano, derechos humanos y su vinculación con el derecho tributario. In: MARINS, James (coord.). *Tributação e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, vol.. Coleção Tributação em Debate, 2003, p.30.

²⁴⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. op. cit. p.166.

E a necessária mudança do sistema jurídico é provocada por irritações do seu entorno, que advém da necessidade da sociedade de preservar o meio ambiente. O presente e o futuro estão em risco, por isso que se propõe a necessária mudança de comportamentos e cabe ao direito induzir esses comportamentos através da força normativa de regulação da sociedade e, ainda, através do acoplamento que constitui com o sistema político, que resulta na organização desta sociedade, que é o Estado. Canotilho²⁴¹ salienta que:

A doutrina salienta que as normas-fim ecológicas e ambientais constitucionalmente consagradas têm um carácter dinâmico que implica uma permanente actualização e aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos destinados à proteção do ambiente perante os novos perigos de agressões ecológicas. [...] Pode-se exigir um actuar positivo ou uma omissão, podem adoptar-se instrumentos jurídicos ou medidas económicas, podem optar-se por actos autoritários ou por concertações negociais.

Cabe ao Estado impor novas condutas à sociedade - poder de indução e coação - através do instrumento de maior poder indutivo comportamental que este possui: o tributo. E já que o problema social a ser resolvido é o risco ecológico, uma das soluções possíveis que dispõe o Estado é a formulação de um sistema tributário ambiental, que possibilitará um desenvolvimento sustentável da sociedade.

Sobre a relevância dos tributos ambientais nas políticas públicas, destaca José Marcos Dominguez Oliveira²⁴² que se trata de “[...] uma ferramenta especialmente hábil ao múnus estatal de defesa ambiental, graças à possibilidade do seu emprego em praticamente todas as fases do ciclo económico, da extração de recursos naturais à produção e ao consumo final de bens sofisticados.”

Nessa ordem de idéias o Estado, como organizador político da sociedade, passa a ter função dirigente da economia, ou seja, pode influenciar o sistema económico a proteger o meio ambiente através da intervenção nas actividades económicas, a fim de corrigir as deficiências do mercado.

²⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. op. cit. p.182.

²⁴² OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p.11.

A intervenção do Estado na economia, segundo Grau²⁴³, compreende três modalidades de intervenção: a) intervenção por absorção ou participação, quando o Estado atua em regime de monopólio de determinado setor econômico, por absorção, ou em regime de competição, assumindo parcela de atividade econômica de determinado setor, participação; b) intervenção por direção, quando atua como regulador de determinada atividade, mediante mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica; c) intervenção por indução, quando ocorre a manipulação dos instrumentos de intervenção em consonância com as leis de mercado.

Assim, a grande farsa é pensar que o mercado irá solucionar os problemas de que se alimenta. Urge a intervenção do Estado e, como em sua forma ainda permanece de direito, deverá fazê-lo a partir do direito em especial do direito tributário, que pelo impacto de seus tributos poderá destruir a antiga ordem social e, simultaneamente, financiar a reconstrução, esta última disciplinada pelos demais ramos do direito positivo.²⁴⁴

Neste contexto importa ao Estado muito mais que apenas regular as atividades políticas da sociedade; cabe ao Estado intervir na sociedade para melhorar as condições e a qualidade de vida dos cidadãos.

O poder tributário, para ter legitimidade, não basta estar disposto ou efetivado em textos normativos. Necessário é que o mesmo seja exercido dentro dos limites firmados pelo soberano (povo) e, precipuamente, em benefício deste. Trata-se de exigir que a ação do Estado, financiada pelos tributos, esteja voltada para a valorização da produção, do trabalho, do meio ambiente, das crianças, da arte, da cultura, dos idosos, enfim, voltados para a prática de atos socialmente responsáveis. [...] Mister assim, que o Estado exerça um papel ativo no exercício de sua função mais relevante nos tempos atuais, a função de planejar, de conduzir ao futuro, de criar comportamento para a sociedade, e em especial, para os agentes econômicos.²⁴⁵

A intervenção por indução, portanto, é a forma adequada de ação do Estado para a promoção da melhoria do meio ambiente. Assim, substitui-se a coação pela indução a determinado comportamento, no caso, a melhoria do meio ambiente. É relevante a abrangência desse tipo de política pública pela faculdade a todos os interessados, o apelo econômico contido nos incentivos tributários, que podem ser maiores que a pressão da

²⁴³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.174-178.

²⁴⁴ BASTOS, Elísio Augusto Velloso. op. cit. p.150.

²⁴⁵ BASTOS, Elísio Augusto Velloso. op. cit. p.155-156.

concorrência, que passa a ter um fator de custo de produção diferenciado, conferindo melhores condições de participação nos mercados.

Saliba²⁴⁶, adentrando a esta idéia, aduz que “este trabalho do Estado na verdade tem como objetivo, fazer penetrar na consciência de cada um dos cidadãos lições normativas, adotando condutas pedagógicas, que se bem assinaladas, acabam produzindo como corolário, efeitos jurídicos primorosos.”

Dentro desse contexto, considera-se que os denominados tributos ambientais - orientados pelos princípios ambientais tributários - constituem um dos mais importantes instrumentos jurídico-econômicos com que conta o Estado, para efeitos de resolver o problema das chamadas externalidades ambientais negativas, que afetam toda a sociedade. Grosso modo, essas externalidades derivam-se da apropriação dos recursos naturais por parte dos agentes econômicos, e representam custos sócio-ambientais que a acabam sendo assumidos pela coletividade.

Nesta feita aduz Altamiro²⁴⁷ que o Estado não pode se furtar de sua tarefa política de promover o direito a um ambiente sadio e, para tanto, deve utilizar-se do poder de intervir no domínio econômico. Para o autor, é função pública intervir no conflito entre ecologia e economia, como condição de conservação da natureza, e ao mesmo tempo, de compatibilização com a necessidade de crescimento.

Argumenta, ainda, que a utilização de mecanismos de mercado, como a carga tributária, em comparação com os regulamentos tradicionais de controle de poluição, apresenta três atrativos básicos: a) permitem às empresas e aos indivíduos eleger entre reduzir a poluição quando os custos de abatimento são mais convenientes; b) os instrumentos de mercado contemplam um contínuo incentivo para a redução dos produtos e processos contaminadores e, c) considerando que os regulamentos são minimamente obedecidos e podem levar à arrecadação que, por sua vez, pode ser utilizada para o financiamento de alternativas e reformas na política ambiental.

²⁴⁶ SALIBA, Ricardo Berzosa. op. cit. p.105.

²⁴⁷ ALTAMIRO, Alejandro C. op. cit. p.33-37.

Modé²⁴⁸ comunga com o entendimento de Altamiro, quanto à eficiência da força indutora dos tributos em relação à atuação coatora do Estado, aduzindo que:

Comparativamente aos instrumentos normativos, de comando e controle de emissão ou limitação ao uso de recursos, fiscalização e aplicação da sanção sobre o infrator e exigência à reparação do dano ambiental ocorrido, a tributação ambiental oferece algumas vantagens, dentre as quais destacam-se a flexibilidade, o incentivo permanente, a aplicação do princípio da prevenção e a socialização da responsabilidade sobre a preservação do meio ambiente a um menor custo para a sociedade.

Aqui, importante diferenciar o que para a doutrina tributária denomina-se tributação fiscal e extrafiscal, que traduz a diferenciação da função do tributo na sociedade. Mas essa divisão de funções não é tão precisa como se possa pensar inicialmente. Esclarece Paulo de Barros Carvalho²⁴⁹:

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 convivem harmônicos, na mesma figura impositiva, sendo apenas lícito verificar que, por vezes, um predomina sobre o outro.

Mas, para a maioria da doutrina, são os tributos de caráter extrafiscal que serão encarregados de proteger o meio ambiente através da tributação ecológica.

Assim, funcionalmente, tem-se que quando o objetivo do Estado é arrecadar, ou prover recursos para a manutenção do Estado e de suas funções básicas, o tributo tem finalidade fiscal, porém, quando o objetivo é a indução, através do estímulo ou desestímulo de certos comportamentos, a tributação adquire uma função extrafiscal.

A função fiscal, portanto, é a tradicional visão que a sociedade tem da tributação; o tributo como gestor de recursos para o financiamento da implementação dos deveres sociais do Estado. Já a função extrafiscal tem sua diretriz no desenvolvimento social, o tributo como instrumento de modificação social. É o tributo com caráter extrafiscal, efetivando por esta via

²⁴⁸ MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2003, p.96.

²⁴⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.162.

várias áreas sociais, como o incentivo ao emprego, a redução de acidentes de trânsito e, claro, a proteção ao meio ambiente.²⁵⁰

Como bem assinala Regina Helena Costa²⁵¹, “a tributação ambiental pode ser singelamente conceituada como o emprego de instrumentos tributários para orientar o comportamento dos contribuintes à proteção do meio ambiente, bem como para gerar os recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental.”

Cabe ter presente, como indica Oliveira²⁵², que os tributos de natureza extrafiscal, dentro deles os tributos ambientais, têm como finalidade a “salvaguarda da liberdade”, em tanto permitem ao “contribuinte alternativa de escolha de gravame mais ameno ou a de nenhum gravame tributário, conforme sua atuação se desenvolva neste ou naquele sentido previsto em lei.”

O tributo tem uma função social a cumprir, não sendo mais possível admiti-lo apenas como fonte de renda do Estado, mas sim, como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Neste sentido bem salienta Prochalski²⁵³:

A imposição tributária não pode mais ser vista como tendo apenas caráter fiscal, ou que esse prevaleça, pois a arrecadação tributária não é um fim em si mesmo. Nesse novo paradigma, prestigiou-se a natureza extrafiscal dos tributos, os quais passaram a servir de instrumento para atingir outros fins de ordem econômica e social encampados pela Constituição, os quais, por sua vez, somente são legítimos na medida em que viabilizam os ideais republicanos e democráticos.

A extrafiscalidade consiste numa técnica de intervenção ou conformação social mediante o emprego da política fiscal, e se expande por dois domínios: o dos tributos extrafiscais, orientados para a dissuasão de determinados comportamentos, e a dos benefícios fiscais dirigidos ao fomento, incentivo ou estímulo de determinados comportamentos.²⁵⁴

²⁵⁰ A função extrafiscal do tributo apresenta-se, por exemplo, no repasse de verbas federais aos Estados, como o caso do ICMS ecológico, com a redução do IPVA aos motoristas que não cometerem infração de trânsito, como o incentivo fiscal ao emprego de aprendizes nas empresas, e outras tantas iniciativas.

²⁵¹ COSTA, Regina Helena. Tributação Ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org.). *Direito Ambiental em Evolução*. Vol.1. Curitiba: Juruá, 1998, p.303.

²⁵² OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. op. cit. p.48-49.

²⁵³ PROCHALSKI, Daniel. op. cit. p. 3.

²⁵⁴ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p.630.

Relevante salientar que o objeto pretendido pela extrafiscalidade é o estímulo ou o desestímulo de certos comportamentos de interesse social. Quando se pretende estimular a adoção de comportamento adequado ao meio ambiente, em decorrência de posturas lesivas aos bens ambientais, aplica-se a exacerbação tributária, que tem dupla finalidade: induzir à mudança de comportamento e compensar as externalidades negativas ocasionadas pela emissão de poluentes, pelo consumo excessivo de bens ambientais vitais e por outras posturas de impacto negativo.²⁵⁵

No caminho inverso, e como estímulo às iniciativas ambientais positivas, cabe a utilização dos incentivos tributários de caráter desoneratório, como a isenção tributária com a redução do *quantum* a ser pago. Adentrando esta questão, interessante citar a doutrina Kelseniana, da sanção premial, representada pelo princípio retributivo. Para Kelsen²⁵⁶:

A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer conseqüências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar a conduta oposta a uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (*vergeltung*). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção.

Com base em tal posição o Estado pode beneficiar o contribuinte, reconhecendo o esforço do cidadão em cumprir uma lei, e não apenas castigar o descumpridor. “Tributa-se menos - a título de prêmio – quem não polui ou polui relativamente pouco.”²⁵⁷

Mesclando finalidades fiscais e extrafiscais dos tributos pode o Estado, através da tributação ambiental, diferenciar poluidores de não-poluidores, buscando “premiar” estes últimos, que satisfazendo os preceitos constitucionais do artigo 225, orientam a sociedade à um equilíbrio ecológico, o que também simboliza o reconhecimento estatal da relevância ambiental para a manutenção da sadia qualidade de vida.²⁵⁸

²⁵⁵ Nesse caso, interessante salientar que já em 1920 foi proposta uma teoria pelo economista Pigou, na obra *The Economics of Welfare*, a chamada tributação pigouviana, que pretende a imputação ao poluidor dos custos das externalidades lesivas ao meio ambiente.

²⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.26.

²⁵⁷ OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. op. cit. p.39.

²⁵⁸ OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. op. cit. p.49.

A orientação ambiental do direito tributário consiste na introdução de elementos ecológicos no sistema tributário. Trata-se de desenvolver não só a função tributária ambiental (criar novos tributos com uma finalidade especificamente ambiental), mas também a função ambiental tributária. Na prática, seria corrigir as distorções dos tributos fiscais já existentes, adequando-os à política de proteção aos recursos naturais, sendo que a última talvez apresente maior aceitação social e, portanto, maior funcionalidade na educação ambiental tributária.

Segundo Hernández²⁵⁹, a função ambiental tributária consiste na idéia de introdução do chamado elemento ecológico (consistente no fim imediato de proteção do meio ambiente) na estrutura dos distintos tributos que compõem um determinado sistema tributário.

“A atividade financeira que o Estado exercita sem o fim precípua de obter recursos para o seu erário, para o fisco, mas sim com vistas a ordenar ou re-ordenar a economia e as relações sócias.” Esta é a extrafiscalidade, com fundamento na lei, sendo, portanto, conexas à liberdade. Daí ser a grande tarefa da tributação extrafiscal a salvaguarda da liberdade.²⁶⁰

No caso, o que se pretende demonstrar é que, além da promoção da melhoria ambiental, a extrafiscalidade pode ser um instrumento de economia para as finanças públicas, na medida em que o valor que deixa de ser arrecadado com os tributos – no caso da indução positiva – pode ser compensado com vantagem pela redução de recursos orçamentários que seriam aplicados na recuperação dos bens ambientais degradados.

É possível, como já verificado anteriormente, a progressividade e a seletividade tributária, atribuindo onerosidade maior a iniciativas de impacto ambiental negativo e desoneração para atividades de impacto ambiental positivo. De outro ângulo, é possível a redução de alíquotas ou da base de cálculo, além da isenção tributária, com fim de incentivar as práticas de interesse ambiental. Todos esses mecanismos estão constitucionalmente garantidos ao poder que detém o Estado para instituição de tributos, respeitadas as limitações ao poder de tributar.

²⁵⁹ HERNÁNDEZ, José Juménez. *El tributo como instrumento de protección ambiental*. Granada: Comares, 1998, p.110.

²⁶⁰ FALCÃO, Raimundo Bezerra. op. cit. p.196.

As isenções e a redução de alíquota ou da base de cálculo podem ser por prazo determinando, em período suficiente para a efetivação de condições impostas aos beneficiários. Exemplo é a desoneração tributária para investimentos, como a compra de equipamentos ou obras de infra-estrutura para adequação ambiental. Nesse caso, a desoneração pode vigorar pelo tempo necessário à recuperação do investimento (parcial ou total).

Da mesma maneira, o poder público pode utilizar a tributação através da indução negativa, medida que pode compensar a arrecadação a menor, resultante de iniciativa inversa. É o caso da oneração tributária para as atividades econômicas não-adequadas para o tratamento da poluição de sólidos, líquidos ou gasosos.

Os impostos, pela ausência de retributividade, são as espécies tributárias mais apropriadas à tributação ambiental, podendo ser utilizadas a indução positiva (isenção ou progressividade da carga tributária) e a negativa. Já as taxas e as contribuições de melhoria encontram seu limite na aplicação da extrafiscalidade no caso da indução negativa, ou seja, quando o que se pretende é o aumento do *quantum debeat*, que deve ficar limitado ao valor da contraprestação de serviços disponibilizados pelo poder público.

Importante frisar que a concessão de tratamento tributário diferenciado não é um mecanismo que pretende apenas alcançar objetivos extrafiscais, como no caso a melhoria do meio ambiente. A diferenciação de alíquotas impõe-se, antes de tudo, como necessária à promoção da equidade, da igualdade, da proporcionalidade e da capacidade contributiva - como bem esclarecido no capítulo anterior - pois em face da proteção ao meio ambiente, e diante da necessidade de proteção e preservação frente ao risco ecológico a que está submetida a sociedade, há que se compreender a igualdade também face à postura de cada um diante dos recursos naturais. Nesta linha de idéias, e de acordo com a observação do tributo pela teoria luhmanniana, importa transcrever as palavras de Luhmann²⁶¹ acerca do assunto:

[...] la unidad de derecho y política satisface también la necesidad de encontrar una posición para la autocorrección del derecho: ya sea con ayuda de la vieja distinción entre derecho riguroso y equidad, o haciendo referencia a la competencia en general. La unidad derecho/política satisface también la

²⁶¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. op. cit. p.295.

necesidad de legitimar las desviaciones del derecho en la forma de dispensas, privilegios y hasta violaciones a la ley se auto-autorizan.

Por fim, é relevante salientar que um tributo ambiental é reconhecido, não pelo seu fato gerador, e muitas vezes, não necessariamente, pela finalidade de sua arrecadação. Um tributo tido por ecológico deve ser aquele que de alguma forma, direta ou indiretamente, acaba protegendo os recursos naturais e promovendo a sustentabilidade e, conseqüentemente, a educação ambiental. Esta deve ser a finalidade e o objetivo da criação da tributação ambiental. Mas é ingênuo acreditar que a educação ambiental tradicional, proveniente da conscientização e da informação, será eficaz para efetivar a proteção ambiental pela sociedade. Neste sentido as palavras de Hans Jonas²⁶²:

[...] nenhuma pessoa razoável pode acreditar seriamente que [...] os homens se tornarão benevolentes, não invejosos, justos, fraternos e mesmo amáveis entre si, em um grau até hoje desconhecido, interiorizando essa ética institucionalmente encarnada, digamos “objetiva”, e praticando-a espontaneamente, como se o Estado se constituísse apenas de pessoas virtuosas. [...] Mas, enquanto houver tentações – e o coração humano jamais se privará delas [...] confirmar-se-á o fato de que homens são homens, não anjos.

Deste modo, a preservação ambiental pode e deve implantar-se através da indução, positiva e negativa, que o tributo pode exercer sobre as mudanças sociais, efetivando o dever constitucional de preservar, a esta e as futuras gerações, um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, a tributação ambiental, como aqui proposta, é um instrumento eficaz para a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, necessário a uma sadia qualidade de vida – somente possível em uma sociedade destinada a evoluir de forma sustentável e democrática – para esta e para as futuras gerações – tornando a possibilidade de um futuro, hoje tão incerto diante da complexidade da sociedade e dos riscos que a cercam, um compromisso e não apenas uma promessa, ou seja, o futuro como uma escolha possível.

3.3 A Autopoiese e o Estado Ambiental

²⁶² JONAS, Hans. op. cit. p.265.

Neste tópico estudou-se a transformação e a evolução do Estado, como parte do sistema social. Igualmente, como a função do Estado pode auxiliar na proteção do meio ambiente. Assim, parte-se da constatação de que sendo o Estado organizador da sociedade - e fazendo parte fundamental do sistema social - sempre teve de acompanhar as evoluções que se seguiram, tendo influência decisiva sobre o rumo e os caminhos desta sociedade. Por tais razões que, ao estudar a evolução do Estado, muito se confunde com a evolução da própria sociedade, pois um está ligado ao outro, tanto que - como já visto nos capítulos anteriores - o surgimento de um, pré-concebeu o surgimento do outro.

As propostas sempre oscilaram entre a criação de um novo Estado ou a transformação do Estado existente. Para a teoria dos sistemas autopoieticos, o Estado como organizador da sociedade - sendo resultado de um acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político - não surge a cada nova necessidade do sistema social. As perturbações advindas dos problemas sociais fazem a sociedade evoluir e, com ela, o próprio Estado, buscando responder às necessidades e funções que deve desempenhar.

Que o Estado evolui, é evidente; que o Estado busca responder às necessidades de cada evolução social, é inegável. Mas como essa evolução ocorre, o que faz uma evolução começar, e como o Estado - na sua totalidade de funções - se modifica, é o que tem relevância para este estudo.

Neste sentido, chegamos a outro conceito da teoria proposta por Niklas Luhmann: a autopoiese. O próprio Luhmann, no início de seus estudos sobre a sociedade, não dispunha de tal conceito²⁶³, o qual adentrou na sua teoria em uma segunda fase de estudo, e fez modificar-se o entendimento acerca dos sistemas sociais. A autopoiese é vista como uma explicação para a evolução dos sistemas, que assim devem enfrentar as contingências e a complexidade da sociedade contemporânea, e hoje, de risco.

De tal modo, para compreender a evolução e transformação do Estado através da autopoiese, necessário verificar a abertura e o fechamento dos sistemas sociais. Os sistemas sociais são abertos e fechados ao mesmo tempo, pois estão abertos a certo nível de

²⁶³ O termo poiesis vem do grego e significa produção. Autoprodução. Autocolocação. Auto-referência. Este conceito foi utilizado por Maturana e Varela para descrever os sistemas vivos, como por exemplo na obra: MATURANA, Humberto R. VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

contingência de seu entorno, mas fechados no sentido de serem auto-referenciais. O sistema só reage entrando em contato com ele mesmo. André Jean Arnaud e Dulce²⁶⁴, assim pronunciam-se:

Os sistemas sociais comumente distinguem-se em abertos e fechados, dependendo de aceitarem ou recusarem a confrontação, a interação, numa das fases quaisquer de seu funcionamento, com os outros sistemas com os quais eles competem na complexidade da vida social. Ora se se espera de um sistema que ele não fique estagnado num grau de aproveitamento insuficiente, deve-se admitir que esse sistema não é completamente fechado. Essa condição também é fundamental, se se deseja obter indicações certas quanto à qualidade do aproveitamento do sistema.

Logo, é imperativo que o sistema vincule seus elementos constitutivos ao processamento de informações advindo do entorno. É parte da função do sistema a sua diferenciação com o entorno, mas também é parte essencial de sua evolução a interação com o ambiente. Assim, o sistema só poderá evoluir se fechado, no sentido de processar suas próprias informações, mas aberto às perturbações do entorno. A relação sistema/ambiente em um sistema aberto e fechado é condição para a compreensão da autopoiese. Leonel Severo Rocha²⁶⁵ explica:

[...] a idéia de autopoiese surge como uma necessidade de se pensar aquilo que não poderia ser pensado. É um sistema que não é fechado e nem aberto. Por quê? Porque um sistema fechado é impossível, não pode haver um sistema que se auto-reproduza somente nele mesmo. E um sistema aberto seria só para manter a idéia de sistema. Se falamos em sistema aberto já não falamos mais em sistema, podemos falar de outras coisas. Então o sistema fechado não é possível, o sistema aberto é inútil. Há, aqui, então a proposta de que, existindo um critério de repetição e diferença simultânea, temos uma idéia de autopoiese.

Autopoiese significa que um sistema complexo reproduz suas informações e suas estruturas dentro de um processo operacionalmente fechado com ajuda dos seus próprios elementos. Mas, significa também que este sistema opera com influência do meio exterior ao sistema. Não influência direta, mas apenas indicações de que o sistema pode evoluir.

Esse fechamento é a base da autonomia do sistema. Ou, em outras palavras, nenhum sistema pode atuar fora das suas fronteiras. É válido ressaltar que o conceito da autopoiese em

²⁶⁴ ARNAUD, André-Jean; DULCE, M. J. F. op. cit. p.325.

²⁶⁵ ROCHA, Leonel Severo; CLAM, Jean; SCHWARTZ, Germano. *Introdução à teoria dos sistemas autopoieticos do direito*. op. cit. p.38.

nenhum momento vem negar a importância do meio para o sistema pois, lembrando, sem meio não há sistema. A relação sistema/meio caracterizada por um acoplamento estrutural significa que sistemas autopoieticos - isto é, sistemas de estrutura determinada e auto-regulativos - não podem ser determinados através de acontecimentos do meio. Esses acontecimentos somente podem estimular operações internas próprias do sistema, cujo resultado, na maneira como ele se mostra para o meio, não é previsível, mas contingente.²⁶⁶

A sociedade, portanto, evolui - de acordo com a teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann - porque o sistema da sociedade tem a capacidade de reproduzir as suas próprias informações e também as novas situações que se apresentam. O sistema busca no meio que o cerca uma nova resposta para o novo problema, e assim engloba essa nova informação e continua seu constante evoluir.

Como bem afirma Schwartz²⁶⁷, “um sistema, portanto, pode ser compreendido também sob este prisma: a constante e ininterrupta diferenciação resultante da clausura interna influenciada pelos estímulos do entorno. [...] Os limites da sociedade são limites de autoconstrução do possível em uma sociedade.” Dito de outra forma, o sistema se reorganiza de acordo com o seu código binário e de acordo com suas estruturas. A modificação ocorre dentro do sistema, mas provocado pelo seu entorno.

Assim, os sistemas sociais são ao mesmo tempo autônomos e interdependentes do entorno. Isso é autopoiese. Luhmann²⁶⁸ afirma que os sistemas sociais são sistemas autopoieticos porque operam de forma fechada, em seu interior, e que, ao mesmo tempo, são abertos às entradas e pressões do entorno com o qual se comunicam. É uma clausura operativa interna que possibilita sua estabilidade e uma abertura ao exterior que permite sua comunicação com os demais sistemas. De acordo com o autor, autopoiesis significa que um sistema reproduz os elementos de que é constituído, por meio de uma ordem hermético-recursiva, por meio de seus próprios elementos.²⁶⁹

²⁶⁶ MATHIS, Armin. op. cit. p.4.

²⁶⁷ SCHWARTZ, Germano. op. cit. p.29.

²⁶⁸ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales*: lineamento para una teoría general. op. cit. p.58.

²⁶⁹ LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. op. cit. p.20.

Bem salienta Nicola²⁷⁰ que “um sistema autopoietico é autônomo porque a produção de novos elementos depende das operações auto-referentes e constitui pressupostos para as operações posteriores.” Assim evolui a sociedade. Mas é imprescindível perceber que a evolução de um sistema não se dá de forma hierárquica, mas sim, circular. Não há um processo rígido a ser seguido, o sistema apenas reage às perturbações de seu entorno.

Importa frisar que as perturbações advindas do entorno não são apenas aquelas advindas do ambiente do sistema social, mas também as perturbações advindas dos acoplamentos estruturais, pois para cada subsistema, o outro subsistema é o entorno. Como já referido no capítulo anterior, através destes acoplamentos é que o sistema busca resolver os novos problemas que vão se apresentando. Logo, busca em outro subsistema uma complementação funcional para responder às novas necessidades do sistema. Utilizando-se das palavras de Garcia Amado²⁷¹:

Cada sistema forma parte do meio dos outros sistemas. Isso quer dizer que cada sistema não percebe aos outros como sistemas, senão como aquela parte da complexidade social que não se reduz com ajuste ao código e aos programas próprios. Não significa isto que não existam relações entre os sistemas. Já sabemos que uma mudança dentro do sistema produz ressonância nos outros, que através de seus códigos próprios a percebem como um aumento da complexidade de seu respectivo meio, frente ao qual reagem aumentando sua própria complexidade para poder seguir delimitando-se frente a esse meio modificado, com o que geram alterações em si mesmos que modificam o meio dos outros e ressonam neles, e assim sucessivamente. Assim se explica a evolução social.

Gunther Teubner²⁷² esclarece que o conceito de autopoiese é complexo, e apresenta os seguintes aspectos: a) autoproduz todos os componentes do sistema; b) mediante uma articulação hipercíclica o próprio sistema mantém os ciclos de autoprodução; e c) o próprio sistema promove a sua descrição, regulando a sua autoprodução.

Mas se faz necessário diferenciar a evolução que se dá pela relação circular entre a variação, seleção e restabilização, como bem salientado no primeiro capítulo, e a evolução

²⁷⁰ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na teoria da sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997, p.227-228.

²⁷¹ AMADO, Juan Antonio Garcia. op. cit. p.322.

²⁷² TEUBNER, Gunther. op. cit. p.52.

que se dá pela autopoiese, que implica a idéia de autoprodução e automanutenção do próprio sistema. Neste sentido afirma Schwartz²⁷³:

[...] um sistema possui elementos próprios que se auto-reproduzem. Tais elementos necessitam de distinções baseadas em esquemas auto-referenciais, em códigos. No caso do Direito, essa distinção é feita sob o código direito/não direito. [...] Muito embora estejam conectados, é necessário não se confundirem sistemas auto-referenciais com sistemas autopoieticos. O primeiro trata da formação das estruturas dentro de um sistema, enquanto o segundo faz referência a todos os fenômenos que acontecem no sistema como operação, onde se incluem, também, as estruturas.

Destarte, o que aqui se quer evidenciar é que o Estado evolui para buscar responder às novas necessidades sociais - sendo um acoplamento estrutural do sistema político e jurídico - não somente através da sua autorreferencialidade, mas também, por ser um acoplamento de sistemas autopoieticos. Pois toda a transformação que o Estado teve desde seu surgimento, até um Estado funcionalmente diferenciado, se dá não apenas com os elementos do próprio sistema, mas também com as perturbações advindas do meio externo.

Mas como afirma Teubner²⁷⁴, “a autopoiese possui um efeito delimitador sobre a evolução, definido as fronteiras funcionais de toda a mudança evolutiva. Dessa perspectiva, *statis*, manutenção da identidade sistêmica e autonomia evolutiva seriam dependentes da autopoiese do sistema.” Logo, a autopoiese é o “processo evolutivo como capacidade de adaptação de um sistema aberto às exigências e pressões selectivas do respectivo meio envolvente.”

A evolução do Estado - como um sistema - se dá no interior do próprio sistema, mas influenciado pelo entorno, por isso sua evolução é autopoietica. Para o Estado buscar responder a sua função de organizador político, mas juridicamente guiado, da sociedade, não bastou apenas estabilizar as novidades do sistema social; como entorno, necessitou se autoreproduzir com informações dos outros subsistemas, e do entorno do próprio sistema social. O Estado teve de estabilizar e responder a expectativas não somente relacionadas com a política e o direito, mas com todos os demais subsistemas. Isso faz a evolução do Estado ser tão complexa.

²⁷³ SCHWARTZ, Germano. op. cit. p.27.

²⁷⁴ TEUBNER, Gunther. op. cit. p.112.

[...] mecanismos externos passam a exercer um mero efeito “modelador” da evolução [...], ao passo que o protagonismo do processo evolutivo passa a caber a elementos estruturais internos. Por outras palavras, apenas sistemas autopoieticamente organizados são suscetíveis de evolução.²⁷⁵

Sendo o Estado uma organização autopoietica, importante para o presente estudo demonstrar as transformações evolutivas que ocorreram. Por isso, passa-se a evidenciar as perspectivas e funções diferenciadas que o Estado exerceu no sistema social durante a mudança e evolução da própria sociedade.

Assim, passando-se à história, verifica-se que o Estado clássico surgiu fundado no direito privado, e não no direito público. Afirmo Luhmann²⁷⁶ que “de uma perspectiva jurídica não existia, todavia no século XVI nenhum ‘direito público’ e nenhum conceito comum de direito.” A propriedade é o que gerou a primeira forma de poder. Os senhores feudais governavam - a propriedade e o poder do feudalismo se confundiam com os poderes do Estado. Mas o povo, inconformado com os abusos dos senhores feudais e com o apoio da igreja católica, levam ao fim o feudalismo, surgindo a monarquia.

A monarquia, de feições teocráticas, dava ao monarca poderes que faziam com que o mesmo se considerasse o próprio Deus ou, no mínimo, um soberano que recebeu seu poder das mãos da divindade. Tudo pertence ao rei. Ele considera-se o próprio Estado. Era o início do Estado Absolutista. Afirmo Rocha²⁷⁷ acerca deste período que:

O nascimento do Estado absolutista na Europa ocidental, de acordo com o estágio de aglutinação de determinados fatores em cada Estado nacional, ocorre durante o período de decadência maior do feudalismo, durante os séculos XIV e XV. Trata-se de um período caracterizado pela superação da agricultura feudal, aparecimento das manufaturas, desenvolvimento do comércio internacional, etc. [...] Neste tipo de Estado, o titular do poder estatal (monarca) concentra um poder incontrolável pelas outras instituições, cujo exercício não é contido por nenhuma lei limitativa e legitimado pela concepção medieval da origem divina da monarquia.

Neste sentido o Estado, como meio de organização da vida em sociedade, surge primeiramente com o poder dos reis. O poder da realeza imperou sobre a plebe pobre que

²⁷⁵ TEUBNER, Gunther. op. cit. p.113.

²⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. op. cit. p.292. (livre tradução)

²⁷⁷ ROCHA, Leonel Severo; PÉPE, Albano M. B. *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. op. cit. p.142.

acabou escravizada por esta sociedade. Aqui não se falava em direitos aos menos favorecidos, apenas os membros da realeza eram considerados sujeitos de direito. Às classes inferiores apenas eram impostos deveres. Este modelo de Estado criou uma sociedade de exclusões e de diferenças, que dominou a Idade Média.

Mas pensadores da época, como Montesquieu – *O Espírito das Leis* –, começaram a difundir idéias e a mostrar à sociedade que o Estado e o rei não se confundem. E surge a noção de que o Estado deve existir para o bem do povo. Mas foi Rousseau, em sua obra *O Contrato Social*, o pregador de um novo Estado. Para Rousseau, o soberano não é representante de Deus, mas do povo. O povo é que tem a soberania.

O povo, convencido de seu poder, insurge-se contra os reis. Isso resulta na Revolução Francesa que, inspirada nestas idéias e materializada no Código de Napoleão, proclamou a teoria da autonomia da vontade - o contrato é lei entre as partes. Assim surge o Estado Liberal.

O Estado Liberal é limitado à função de expectador da atividade do povo. Cabia unicamente fiscalizar a obediência dos cidadãos às leis que eles mesmos haviam votado, e aos contratos que haviam livremente contratado. Nada mais. Tudo isso decorre do pressuposto de igualdade entre os homens. Cidadãos livres, seres racionais, eram os melhores defensores de seus direitos, de seus interesses e até os do próprio Estado.

No Estado Liberal a vontade, como poder jurígeno, era quase absoluta e era vista como garantia de justiça. O Estado tinha o dever geral de abstenção, ou seja, tudo o que podia e devia fazer em relação à sociedade era abster-se de fazer qualquer coisa. Presumia-se a igualdade entre todos perante a lei e, portanto, a vontade expressa era a lei nesta sociedade. Os tempos, porém, mostraram que os ideais da revolução concretizados no Estado Liberal eram precários, embora bem intencionados.

De um ponto de vista marxista, poder-se-ia dizer que milhares de trabalhadores passaram a depender de um único patrão - o capital. Multidões viveram da prosperidade da indústria. Os contrastes começam a se mostrar, com imensas fortunas e ínfimos salários. Não existia direitos, o Estado não intervinha, logo, os trabalhadores estavam entregues a uma

realidade injusta. O direito não cumpria nenhum papel como meio de obtenção da justiça, e o Estado não gerava a paz social.

Desde uma abordagem do sistema econômico se pode falar da Revolução Industrial, onde a força manual de trabalho foi substituída aos poucos por máquinas. Neste sentido, surgiu um novo tipo de miséria e a desigualdade social. Eram as demonstrações de que o Estado e a sociedade corromperam o homem, como pensava Rousseau.

A igualdade perante a lei não se concretizou da mesma forma na realidade da sociedade: os menos favorecidos continuavam a ter direitos violados, e o Estado de intervenção mínima não mais respondia às necessidades da sociedade e da população que nela vivia. Assim, após a solidificação do discurso de igualdade perante a lei, surge, no séc. XX, a necessidade de reinventar, para o campo jurídico, a promoção de outro tipo de igualdade: a igualdade substancial. A conhecida frase atribuída a Lacordaire, religioso, político e acadêmico, “*entre o fraco e o forte, a lei liberta e a liberdade escraviza*”, tem validade se a lei de que se trata buscar a igualdade substancial e a proteção da liberdade de todos, e não de apenas alguns.²⁷⁸

Alguns propõem a idéia de um Estado mais social, como resposta a uma sociedade desigual, desacreditada de direitos e carente dos mínimos deveres fundamentais do Estado. Sob o ponto de vista do Direito, o Estado Social deve ser entendido como aquele que acrescentou à dimensão política do Estado Liberal (limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, que atingiu seu apogeu no século XIX) a dimensão econômica e social, mediante a limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos.

O Estado social se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas. As constituições sociais são assim compreendidas, quando regulam a

²⁷⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental do contrato: proposta de operacionalização do princípio civil para a proteção do meio ambiente. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia (coords.). *Anais Congresso Internacional de Direito Ambiental. Meio Ambiente e acesso à Justiça: flora, reserva legal e área de preservação permanente*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, vol.3, 2007, p.677-680.

ordem econômica e social para além do que pretendia o Estado Liberal.²⁷⁹ Afirma Luhmann²⁸⁰, nesta linha de raciocínio que:

[...] después de la Revolución Francesa [...] evidente que ya no era posible el consenso entre los criterios del uso de la razón y la moral. En su lugar aparece la diferencia entre necesidad y libertad, y sus combinaciones: el esquema de educación como tarea del Estado, y el esquema del Estado de Derecho. Como Estado de Derecho, el Estado era simultáneamente una institución de derecho y una instancia de responsabilidad política que miraba por el derecho.

Há uma correspondência funcional entre o direito e o Estado. O direito não está nem fora, nem acima do Estado; representa o procedimento e a forma através do qual o Estado organiza e dá ordens. Por isso, o Estado não pode agir independentemente do direito, porque é através do direito que ele se forma, manifesta e atua, ou seja: o Estado, criação do sistema político, tem sua função acoplada ao sistema jurídico. O Estado é social, mas protegido e guiado pelo direito.

Luhmann²⁸¹ aduz que, da perspectiva do sistema jurídico, o Estado de direito é a consequência da relevância social do direito. Por outro lado, do ponto de vista do sistema político, o Estado de direito faz com que as decisões políticas vinculem coletivamente. Assim, afirma o autor que o Estado de Direito assume uma característica de instituição jurídico-política: “por la imposición y el subsiguiente desarrollo jurídico; por la adaptación a las cambiantes circunstancias sociales y a los fines políticos realizables.”²⁸² É um Estado onde as competências da administração pública estão limitadas pelo direito, onde este somente pode atuar de acordo com a lei.

Neste sentido, o Estado deve representar toda a sociedade – civil, política e juridicamente organizada - dotada de soberania. Assim, o Estado deve primar pelo bem comum, pelo público acima do privado, pelo auxílio aos menos favorecidos e pela imposição de deveres sociais a tudo e a todos, regido por leis que busquem a igualdade de oportunidades, e como fim maior a justiça, que deve emanar do povo e para o povo.

²⁷⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de (coords.). *A teoria do contrato e o novo código civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p.187.

²⁸⁰ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. op. cit. p.296-297.

²⁸¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. op. cit. p.302.

²⁸² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. op. cit. p.297.

[...] o fundamento e a validade da obediência não se encontram no Estado, na soberania como fonte suprema de decisão e criação do direito, porém nos próprios fatos sócio-psicológicos de sociabilidade e justiça, que se sobrepõem aos agentes sociais. O Estado, para Duguit, seria um órgão dotado de força, cujos agentes são os governantes, que devem agir em função da solidariedade social. Essa solidariedade é o fundamento do poder do Estado e elabora a regra jurídica normativa por ele reconhecida.²⁸³

O Estado tem de ser, então, Democrático de Direito, como bem estampa o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Anos de evolução fizeram de um Estado “privado” um Estado “público”, onde o bem maior a ser tutelado deve ser o bem comum. Neste sentido afirma Neves²⁸⁴:

Por um lado, o ordenamento jurídico constitucional confere competências, direitos e prerrogativas para o Estado ou governantes, mas também lhes impõe deveres e responsabilidades perante os cidadãos, grupos sociais e organizações privadas. Por outro lado, embora a ordem jurídica prescreva deveres, ônus e responsabilidades dos indivíduos e organizações perante o Estado, também lhes atribui direitos e garantias fundamentais de natureza individual e coletiva.

Neste ponto de raciocínio é que o Estado depara-se com a proteção do meio ambiente. Como já referido, por determinação constitucional, o meio ambiente é um direito/dever da sociedade e do Estado, representando exatamente o que na citação acima explica Neves: um dever e direito refletido da sociedade ao Estado, e do Estado à sociedade. Portanto, o Estado tem de assumir uma feição totalmente nova, tem de ser ambiental. Sua função, agora, como organizador de uma sociedade produtora de riscos ecológicos, deve ser de proteção ao meio ambiente.

O Estado não pode se abster de tomar decisões mesmo diante do não conhecimento pleno das cadeias causais (comum em questões ecológicas, lembrando que a Ecologia consiste na ciência da complexidade). O Estado ambiental deve agir mesmo num contexto de grande incerteza, seja através da promulgação de leis ou da emissão de atos normativos, acerca dos quais não se tem como avaliar sua real eficácia.²⁸⁵

As alterações da sociedade produzem modificações nas estruturas do Estado, o qual

²⁸³ ROCHA, Leonel Severo; PÊPE, Albano M. B. *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. op. cit. p.157.

²⁸⁴ NEVES, Marcelo. op. cit. p.91.

²⁸⁵ ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Délton Winter de. Policontextualidade jurídica e Estado ambiental. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, n.3, 2006, p.15.

necessita buscar modelar-se às novas transformações da sociedade, que acarretam novos direitos. Como afirma Luhmann²⁸⁶, essa forma de Estado ao mesmo tempo em que reage às necessidades da sociedade de escassez, é submetida ao surgimento constante de novas demandas e pretensões sociais de nível cada vez mais elevada, demonstrando que a sociedade “puede acumular sus propios efectos, acrecentarse en si mismo, y con todo ello, tiene profundos efectos sobre el ambiente de la sociedad, sobre el eco-sistema del planeta, incluso sobre el mismo hombre.”

Por isso o desafio do Estado, diante do risco da sociedade contemporânea, é buscar controlar os riscos sociais. O Estado tem de se voltar à proteção do meio ambiente e à busca da qualidade de vida. Capella²⁸⁷ afirma que o Estado ambiental é “a forma de Estado que se propõe a aplicar o princípio da solidariedade econômica e social, para alcançar um desenvolvimento sustentável orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural.”

Canotilho²⁸⁸ afirma que o Estado Ambiental não deve ser apenas ambiental, mas também um Estado de Direito, um Estado Democrático e um Estado social. O Estado ambiental, conforme o renomado autor, deve ser de democracia ambiental, pois ao afirmar a Constituição que “todos tem o direito e o dever...”, demonstra-se que a proteção ao meio ambiente é rasgadamente democrática. Contudo, para a formação dessa nova perspectiva e efetivação das novas funções, este Estado tem de levar em consideração vários aspectos.

Conforme o autor, o Estado Ambiental necessita: a) recusar-se à estatização/publicização, pois “a tutela do meio ambiente é uma função de todos, e não apenas dos poderes públicos”, do contrário o Estado Ambiental seria dissociado da sociedade; b) o Estado ambiental não é um Estado técnico. Embora muitas das normas e regras regulativas do ambiente sejam técnicas, há que se fazer compreender estas normas pelos cidadãos, para compreenderem como e em que medida são as regras de ação da administração e as regras de conduta para os particulares; c) o Estado Ambiental não é um Estado Liberal, não se trata de uma “mão invisível”, limitado a assegurar a ordem jurídica e a paz, mas de necessária busca de soluções aos problemas ambientais.

²⁸⁶ LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Madrid: Alianza Universidad, 1997, p.43.

²⁸⁷ CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Ecorama, 1994, p.248.

²⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Público do Ambiente*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995, p.22-31.

Portanto, o Estado Ambiental é uma reação às irritações que a sociedade de risco provoca no sistema político e jurídico. É a forma que o Estado encontrou para observar e assimilar os riscos produzidos pela sociedade contemporânea. Neste sentido aponta Rocha²⁸⁹:

Desse modo, pode-se apontar que o denominado Estado Ambiental consiste num processo de Ecologização das estruturas do Sistema Político em acoplamento com a dinâmica de sensibilização do Direito às irritações ecológicas (na ecologização do Direito). Pode-se dizer, ainda, que os “sistemas parciais procuram nas tecnologias clássicas do Estado de Direito constitucional uma última resposta ou reflexão para os conflitos da racionalidade.”

O Estado ambiental deve levar em consideração o risco ecológico para a tomada de decisões. O Estado ambiental é a forma de organização estatal da sociedade de risco. Por isso, deve apontar para novas formas de participação política, como afirma Canotilho²⁹⁰, uma “Democracia Sustentada”, ou seja: uma forma de democracia adequada ao desenvolvimento ambiental justo e duradouro. Para o autor, deve-se fortalecer a participação da sociedade nos processos de tomada de decisão acerca das questões ambientais.

A organização do modelo de Estado, constituídos com padrões de segurança e de certeza científica, baseado na racionalidade, não são aptos a lidar com os processos de imprevisibilidade que se apresentam na sociedade de risco. Necessária se faz uma revisão de valores e de responsabilidades. “O Estado deve lidar com a crise ambiental, ciente das circunstâncias diferenciadas que a caracterizam, a partir do modelo de riscos.”²⁹¹

A administração dos riscos ecológicos é a principal função do Estado na atual sociedade de risco. Como bem salienta Giddens²⁹²: “Seja qual for nossa perspectiva, vemo-nos envolvidos num problema de administração de riscos. Com a difusão do risco fabricado, os governos não podem fingir que esse tipo de administração não lhes compete.” Da mesma forma, a sociedade não pode simplesmente esperar a solução dos problemas, deve busca-las juntamente com o Poder Público, pois este é o dever conjunto: a proteção ao meio ambiente,

²⁸⁹ ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Délton Winter de. Policontextualidade jurídica e Estado ambiental. op. cit. p.14.

²⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Estado de direito ambiental: tendências. Aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.3-4.

²⁹¹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. op. cit. p.26.

²⁹² GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolado*. O que a globalização está fazendo de nós. 2.ed. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2002, p.43.

de forma a buscar a sustentabilidade, a qualidade de vida, somente possível com o equilíbrio ambiental.

Por todo acima asseverado, elementar a constatação de que não se tem o Estado como uma instituição que resolverá todas as mazelas da sociedade, mas o poder do Estado está destinado a finalidades que escapam à arbitrariedade dos governantes. O Estado é o povo. Este é o elemento mais importante do Estado. Como bem salienta Burdeau²⁹³:

Mas a instituição não é uma fórmula mágica que afastaria do Poder os malefícios que o ameaçam. Sua base e seus fins residem em inteligências e em vontades humanas. Portanto, é ao homem – a cada um de nós bem como à comunidade que formamos – que compete impedir que, imaginada para nos subtrair à arbitrariedade dos chefes, ele não se torne o instrumento opressivo de um conformismo anônimo.

Portanto, o Estado tem o poder de, utilizando-se de mecanismos próprios – como a tributação – induzir a sociedade à proteção do meio ambiente, resultando em um Estado de Direito Ambiental, traduzindo-se em um organizador de uma sociedade de risco ecológico, onde o bem maior a ser protegido é o meio ambiente, necessário à qualidade de vida e, portanto, relevante para a concretização do bem comum. Mas o Estado apenas irá reagir às necessidades que a sociedade impuser, logo, mais uma vez se mostra imprescindível o que se propõe no presente estudo: um Estado Ambiental, gestor de riscos ecológicos, como resultado de uma sociedade consciente e um Estado responsável.

²⁹³ BURDEAU, Georges. op. cit. p.176.

CONCLUSÃO

Na presente dissertação buscou-se, através da teoria dos sistemas autopoieticos, fazer uma releitura da dogmática jurídica tributária. Para atingir esse objetivo, partiu-se de conceitos formulados por Niklas Luhmann, como forma de uma nova descrição e observação da sociedade. Neste ponto, utilizou-se de conceitos da dogmática tributária e, fundamentalmente, das normas inseridas na Constituição Federal, para observar o meio ambiente como um dever e um direito fundamental, buscando evidenciar a importância da preservação ambiental e verificar a possibilidade de se cumprir a meta de um desenvolvimento sustentável, através da tributação ecológica.

Importa frisar que esta dissertação teve a pretensão de efetivamente gerar frutos prósperos para o aprimoramento do Sistema Tributário e da proteção do meio ambiente como instrumentos evolutivos do Estado e, conseqüentemente, da Sociedade.

Nesta linha de idéias conclui-se, após a análise histórica, que a sociedade atual é de risco, e que as estruturas utilizadas para responder aos problemas sociais ainda partem da idéia de segurança. A perspectiva de mito, de pecado ou os cálculos e previsões da ciência foram as formas que a sociedade interpretou o risco, primeiro partindo da sua inevitabilidade e imprevisão e, depois, repetindo o passado, acreditando poder controlar o futuro.

Mas o que bem se evidencia é que a capacidade de previsão e domínio do risco foi frustrada. A idéia de risco substitui a de destino, e passa-se a compreender que boa parte dos acontecimentos tidos como fatalidade são, na verdade, uma conseqüência das atitudes e decisões humanas. Se antes, nas sociedades tradicionais, a preocupação maior era com os perigos externos, agora o problema passa a ser os riscos fabricados pelo próprio homem. Por tais razões, pode-se concluir que os riscos estão estritamente relacionados com a evolução da sociedade.

Logo, a problemática do risco reside no fato de que este foi tratado considerando-se a segurança como alternativa, mas na realidade, não se está contrapondo vantagens e desvantagens. A sociedade deve ser observada com a variável do risco. Como afirma Luhmann, não há conduta livre de risco. Por isso, a sociedade tem de observar-se desta nova perspectiva, pois, o que parecia improvável – embora não impossível - pode acontecer agora.

Convém reafirmar nesta conclusão, como exposto ao longo da dissertação, que um importante ponto da problemática desenvolvida reside na compreensão de que, conforme a teoria luhmanniana, toda decisão está cercada de risco. Isto ocorre porque a sociedade é complexa e contingente, apresentando muitas possibilidades e muitas expectativas diversas para cada uma delas.

Assim, como se evidenciou, a evolução da sociedade se dá pelo enfrentamento da contingência, que é um possível alternativo, ou seja, é uma comunicação que não é nem necessária nem impossível - é possível alternativamente ao proibido, ao prescrito e ao inimaginável. Mas a questão que se põe na sociedade moderna é que a contingência passa a significar o risco. Assim, não se trata de eliminá-los, até porque são intrínsecos à própria sociedade, mas desenvolver o paradoxo de forma criativa, instituindo mecanismos que auxiliem a conhecer e assimilar os riscos.

Compreendendo-se o contexto, outro ponto conclusivo é o fato do meio ambiente estar evidentemente em crise, e que os recursos naturais estão sendo escassos, ameaçando a própria qualidade de vida no planeta. Por tal razão que os riscos em análise nesta dissertação foram os ecológicos. Nesta linha de idéias, uma constatação evidente é que os problemas ambientais foram banalizados durante muitos anos, o homem desprezou e negligenciou a natureza, garantindo uma ignorância em relação aos limites dos recursos ambientais, negando a existência dos riscos. Mas, mesmo quando se constatou que se estava diante de uma crise ambiental, os problemas daí advindos foram tratados lentamente, como se a catástrofe fosse possível, mas não no instante seguinte.

Uma conclusão evidente, portanto, é que os riscos ambientais advêm das decisões tomadas ao longo de muitos anos de evolução. O homem, obcecado pelo crescimento econômico, utilizou-se dos recursos naturais sem perceber a importância e a finitude de tais recursos. Não se respeitou o tempo da natureza, por tal razão, hoje seus limites são impostos à

sociedade. As extinções de espécies da fauna, da flora, a escassez de muitos bens ambientais, representam o preço da degradação humana sobre o meio ambiente, e evidenciam a estrita ligação entre este último e a vida no planeta.

Diante destas constatações o sistema jurídico, como regulador da vida em sociedade, e parte do sistema social, englobou a problemática ambiental de seu entorno para buscar expectativas normativas para esta nova realidade social. Como bem se evidenciou no decorrer da dissertação, o direito é um importante subsistema social, nesta perspectiva, pois acoplado ao subsistema político organiza a sociedade, através do Estado.

A autopoiese da sociedade, portanto, é a forma utilizada para se demonstrar esta evolução dos subsistemas e conseqüentemente, do sistema social. Como aduzido, o sistema social trata-se de um sistema autopoietico, fechado operacionalmente e aberto cognitivamente ao seu entorno. Desta forma, o sistema responde às necessidades sociais e se auto-regula e reproduz, através de suas próprias informações. Contudo, na modernidade o risco faz com que as necessidades sociais sejam cada vez mais dinâmicas, devendo ser dinâmicos também os subsistemas.

Nesta feita, a diferenciação funcional dos sistemas se intensifica, bem como, aumentam também as formas de acoplamentos estruturais. A própria divisão interna dos subsistemas é uma demonstração da autopoiese da sociedade e que - aqui concluímos - pode ocorrer em função dos riscos ecológicos.

A evolução social é dinâmica e constante, e as “irritações” aos subsistemas, ocorridas em razão dos problemas ambientais, fazem com que surjam novas formas de organização e novas expectativas comportamentais desta sociedade de risco ecológico. A observação que se realizou nesta dissertação parte do sistema jurídico, político e econômico, para demonstrar e concluir que a tributação ambiental é uma possibilidade de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O Estado, como aqui observado, é resultado de um acoplamento do sistema jurídico e do sistema político, é a organização política, guiada juridicamente, da sociedade. Nesta feita que o tributo adentra ao estudo, como um instrumento do Estado para a modificação comportamental da sociedade. Uma conclusão importante, portanto, é a de que o Estado não é

fim em si mesmo, ele deve servir ao sistema social, e como aqui proposto, através do tributo buscar o equilíbrio ecológico através da proteção ao meio ambiente.

Outrossim, um importante tópico desta dissertação é a constatação de que o sistema jurídico, ao se subdividir internamente, gerou o sistema tributário, que além de respeitar o código binário jurídico – direito/não direito – também deve pautar-se pela codificação conforme a constituição/não conforme a constituição. Isso ocorre porque as regras tributárias são esculpidas dogmaticamente na Constituição Federal, que conforme a teoria luhmanniana, é resultado de um acoplamento do sistema jurídico e político, pois a Constituição é a norma jurídica que rege o Estado e, portanto, a sociedade.

Por tal razão, conclui-se que o código conforme a constituição/não conforme a constituição deve ser utilizado na tributação ecológica, pois como evidenciado nesta dissertação, o sistema tributário e a proteção ao meio ambiente são normas de cunho constitucional. Aqui surge outra conclusão latente: o fato dos princípios ambientais tributários serem utilizados na solução dos problemas que os riscos ecológicos impõem à sociedade, pois a utilização conjunta dos princípios tributários e ambientais trarão um novo conjunto de princípios que serão utilizados como base para a implementação de uma tributação ecologicamente orientada.

Quando se fala em princípios, pautou-se por aqueles que, de alguma forma, contribuem para a proteção ambiental através da tributação. Por isso elegeram-se os princípios da legalidade, da tipicidade, da igualdade, da capacidade contributiva, da progressividade e da seletividade, de cunho tributário, e os princípios da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, do usuário-pagador e como sobre-princípio - por ser meta de uma sociedade eco-desenvolvida - o princípio do desenvolvimento sustentável.

Pode-se concluir, da análise conjunta destes princípios, pela possibilidade da tributação ecológica, pois a progressividade e a seletividade serão instrumentos utilizados pelo Estado para buscar efetivar a prevenção e precaução dos riscos ecológicos. Outrossim, os princípios ambientais do poluidor-pagador e usuário-pagador – já inseridos no direito ambiental com o cunho econômico – servem de base de fundamentação para a relativização dos princípios da capacidade contributiva e da igualdade tributária.

Importa esclarecer que quando se sugere a relativização destes princípios tributários, é para a busca da implementação de princípios ainda maiores, pois relativos à própria vida – a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Justamente neste ponto surge a conclusão de que a progressividade e a seletividade dos tributos não ferem a igualdade ou a capacidade contributiva, pois estarão cumprindo os preceitos constitucionais de forma a interpretar conjuntamente todas as normas ali esculpidas.

Nesta linha de idéias, a tipicidade e a legalidade tributária serão cumpridas a partir do momento em que se efetivar a tributação ecológica, possibilidade legal já inserida no ordenamento infraconstitucional relativo a vários tributos, e autorizados constitucionalmente pela interpretação dos artigos 170, VI, e 225. Mas, pode-se afirmar conclusivamente, que a efetiva tributação ecológica legalmente prevista ainda está pendente de uma utilização ampla e realmente focada na proteção ao meio ambiente.

Desta forma que, dogmaticamente, se conclui que a tributação ecológica é um instrumento para o Poder Público e a coletividade adimplirem com seus deveres fundamentais de preservação ambiental e, conseqüentemente, é um elemento de efetivação do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Outrossim, visto a partir da teoria luhmanniana, a tributação ambiental é resultado de uma evolução do sistema social ocorrida pela incorporação das ressonâncias do entorno ao ambiente e uma forma da sociedade decidir frente ao risco ecológico.

Importa concluir ainda, que o tributo não é, como bem explicitado na dissertação, apenas meio de obtenção de recursos para o Estado. O tributo trata-se de um dever fundamental, pois é uma forma da sociedade contribuir para a efetivação dos direitos de cada cidadão. Há na tributação ambiental, conclui-se, uma função social a cumprir, qual seja, a de induzir a sociedade a decisões mais benéficas à coletividade, gerando expectativas comportamentais de prevenção e precaução do risco ecológico. A busca do equilíbrio ecológico deve ser a meta da utilização do sistema tributário.

Assim é que o tributo exerce - através do cumprimento do dever fundamental de contribuir para a sociedade - a sua função social, pois ao induzir a comportamentos benéficos e penalizar comportamentos desfavoráveis o tributo conduz, de certa forma, à preservação e

precaução de riscos ecológicos, promovendo a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. É o sistema econômico interagindo funções com o sistema político.

Por isso, pode-se concluir que através do acoplamento funcional dos subsistemas da economia, da política e do direito, a tributação ecológica auxilia a preservação dos recursos naturais e a redução da poluição, pois é através do tributo (artifício econômico) que o Estado (artifício político) irá vincular coletivamente as expectativas comportamentais benéficas ao meio ambiente (artifício jurídico).

Nesta linha de idéias que se aduz nesta dissertação a importância da intervenção do Estado - através da tributação – na sociedade. É o Estado que define, através do direito e da política, como o tributo poderá auxiliar a proteção ambiental. Neste passo é que se evidencia a principal conclusão aqui posta, qual seja, a de que através de um sistema tributário ecologicamente orientado, o Estado poderia adquirir feições ambientais, respondendo às necessidades de uma sociedade de risco ecológico.

Portanto, é de se concluir que o Estado, diante do dever fundamental de proteção ambiental, que deve resultar na efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado necessário a uma sadia qualidade de vida, deve utilizar-se da tributação ecológica para fazer-se cumprir a meta constitucional de preservação ambiental. E aos cidadãos caberá conscientizar-se desta necessidade de proteção ambiental, ou serem conscientizados através da força indutiva do tributo.

Outro ponto que se pode concluir da presente dissertação é que a tributação ecológica, como aqui proposta, não modifica o sistema tributário vigente, apenas dá-lhe uma interpretação sistêmica em relação aos demais princípios constitucionais. É meta da economia, como bem enunciado no artigo 170 da Constituição Federal, a preservação do meio ambiente, o que vai ao encontro da premissa do artigo 225 da Carta Magna. Outrossim, é objetivo social a proteção ambiental, logo, o que se evidencia é apenas a possibilidade de isso se implementar através da tributação.

Desenvolveu-se o estudo para demonstrar que a seletividade, a progressividade de alíquotas, os incentivos fiscais, são passíveis de indução comportamental, buscando a preservação e a precaução ambiental, gerando o tão almejado desenvolvimento sustentável,

meta de uma sociedade consciente dos riscos ecológicos. Mas, se a indução positiva não for eficaz, a negativa certamente levará a uma modificação de atitudes. Como já aqui afirmado, as atitudes e ações nocivas ao meio ambiente advêm de empresas e pessoas que buscam o lucro, em um pensamento arcaico de sociedade industrial, quando vivenciam uma sociedade de risco. Portanto, não se versa de tratar com desigualdade os poluidores, trata-se de perceber que os recursos naturais são bens de todos e, portanto, a diferenciação está sendo feita por aqueles que se utilizam de mais recursos ambientais do que lhes cabe. O que a tributação irá regular é essa diferença de atitudes, buscando a igualdade de direitos e deveres.

Portanto, pode-se concluir que o foco principal da tributação ambiental são, justamente, os membros sociais que não são comovidos pela educação ambiental, pela informação, e cuja única participação é a poluição. O tributo é um instrumento capaz de induzir comportamentos daqueles que a informação e conscientização não alcançam. É uma forma de capitalizar a consciência ambiental, partindo-se de uma fórmula básica: se a busca do lucro impede a proteção ambiental, é o lucro que deve ser afetado, para o bem ou para o mal, à escolha do poluidor.

A tributação ambiental – como aqui proposta – visa utilizar-se dos tributos fiscais existentes, como o ICMS, IPI, IE, II, IPVA, IPTU, ITR, IR e outras tantas contribuições e taxas, com função clássica de arrecadação, como uma forma de buscar a sustentabilidade comportamental. Não se necessita a criação de novos tributos, apenas da reformulação da função dos já existentes. O caráter extrafiscal é uma possibilidade tributária, pois como afirmado, a divisão entre função fiscal e extrafiscal não modifica a espécie tributária, nem sua destinação, apenas seu uso social.

Outra importante conclusão é que a arrecadação não irá reduzir, pois o que se gasta para recuperar áreas degradadas, ou para despoluir, será na verdade economizado com a redução da poluição, o que resulta na meta de prevenção e preservação, pilares da busca da sustentabilidade e da gestão dos riscos ecológicos.

Não se quer afirmar que com tal tributação se alcançará a solução dos riscos ecológicos, pois os riscos são inerentes à sociedade, não sendo possível sua eliminação, razão pela qual apenas se evidencia que a utilização da função social do tributo é uma possibilidade de gestão dos riscos. É concreta a conclusão de que o Estado não utiliza os tributos de forma

sempre voltada ao bem comum, não se vive em um “mundo de conto de fadas”, mas também se quer aqui evidenciar e, talvez, lembrar, que o Estado é parte do sistema social, e sua finalidade é a sociedade. Portanto, cabe a fiscalização da destinação tributária, como também o dever de contribuir; um é inerente ao outro. Conseqüentemente, a possibilidade de uma tributação orientada ecologicamente, é uma resposta a um problema social, fornecida por uma sociedade consciente de que é produtora de riscos ecológicos.

Importa frisar, nesta conclusão, que diante do risco a sociedade perdeu sua segurança, mas não sua capacidade de reagir às necessidades sociais. Portanto é viável, através da utilização dos princípios de direito ambiental e de direito tributário, implementar uma tributação ecológica, necessária - como aqui buscou-se demonstrar - para caracterizar um Estado ambiental, como evolução da organização social voltada ao risco ecológico.

O Estado ecológico não será uma evolução funcional do sistema político, e também jurídico, apenas através da tributação ambiental, pois esta forma de organização da sociedade requer outros tantos elementos para sua configuração, mas o que aqui se afirma é que através dos tributos ecológicos o Estado estará utilizando-se de uma das possibilidades e, como aqui se conclui, uma maneira eficaz para assimilar os riscos advindos da produção e desenvolvimento econômico industrial.

Ainda, há que se concluir que o Estado ambiental tem de ser também um Estado de direito, de cunho democrático e social. Deve ser regido pelo direito, buscando cumprir as metas de sua Lei Maior, exaradas no artigo 3º, que afiança como princípios norteadores a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Tais metas constitucionais somente serão cumpridas se a sociedade, agora de risco ecológico, preocupar-se com o fato de que a qualidade de vida depende de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por isso a sociedade de risco ecológico necessita de cidadãos conscientes destes riscos e de um Estado responsável, que instrumentalize politicamente - através da melhor interpretação e aplicação do direito existente - a proteção ao meio ambiente. Assim, pode-se afirmar pela possibilidade de efetivação de um Estado Ambiental.

Por todo asseverado, que na presente dissertação apresentou-se a tributação ambiental como uma possibilidade - política, jurídica e econômica - de proteção aos recursos naturais e

de redução da poluição, pois o desenvolvimento é necessário, mas a degradação ambiental hoje vislumbrada não. Assim, não sendo possível a conscientização da necessária proteção ambiental, conclui-se que a tributação ecológica é um instrumento de mudança social, passível de utilização em uma sociedade degradadora e de risco ecológico.

Por fim, conclusão aceitável a esta dissertação é que, tratando-se de uma sociedade de risco ecológico, deve o Estado evoluir e modificar suas estruturas tornando-se um Estado ambiental, e um dos caminhos possíveis para essa modificação funcional é a tributação ecologicamente orientada, instrumento passível de indução comportamental, e resposta dos sistemas econômico, jurídico e político às ressonâncias da crise ambiental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIER, Joan Martínez. *Da economia ecológica ao ecologismo popular*. Tradução de Armando Melo Lisboa. Blumenau: Editora da FURB, 1998.

ALTAMIRO, Alejandro C. El derecho constitucional a un ambiente sano, derechos humanos y su vinculación con el derecho tributario. In: MARINS, James (coord.). *Tributação e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, vol.. Coleção Tributação em Debate, 2003.

AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (orgs). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

AMARAL, Paulo Henrique do. *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ANDRADE, José Carlos Viera de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ARISTÓTELES. *A Política*. 2.ed. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, M. J. F. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. (orgs.) *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ÁVILA, René Izoldi. *Os incentivos fiscais ao mercado de capitais*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1973.

AYALA, Patrick de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; FERRERIA, Heline Sivini. *Estado de direito ambiental: tendências*. Aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. Nova edição. Ministério da Educação e Cultura. Casa de Ruy Barbosa, 1956.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos, paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. A função tributária: por uma efetiva função social do tributo. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n.169, jan/mar, 2006.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Dabiel Jiménez, M^a Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

_____. *Políticas ecologicas en la edad del riesgo*. Tradução de Martin Steinmetz. Madri: El Roure, 1998.

BERIAIN, Josetxo. (comp.) *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Tradução de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996.

BERNSTEIN, Peter L. *Desafios aos deuses: a fascinante história do risco*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito: panorama histórico - tópicos conceituais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Traduzido por Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito ambiental e teoria jurídica no final do século XX. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. Função ambiental do contrato: proposta de operacionalização do princípio civil para a proteção do meio ambiente. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia (coords.). *Anais Congresso Internacional de Direito Ambiental. Meio Ambiente e acesso à Justiça: flora, reserva legal e área de preservação permanente*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, vol.3, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 22164/SP. Relator ministro Celso de Mello. Acórdão publicado no Diário de Justiça da União de 17 de novembro de 1995. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 12 de junho de 2008.

BRÜSEKE, Franz Josef. *Risco e Contingência*. Societ e-prints. Florianópolis. Vol.1, n.2., p.35-48, jul/dez, 2005.

BURDEAU, Georges. *O Estado*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Padrão Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BUTZKE, Alindo; ZIEMBOWICZ, Giuliano; CERVI, Jacson Roberto. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Caxias do Sul: EDUCS, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito Público do Ambiente*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995.

_____. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Estado de direito ambiental: tendências. Aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

_____. *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Ecorama, 1994.

CARVALHO, Delton Winter de. *A assimilação dos riscos ecológicos ante uma perspectiva sistêmica*. Dissertação de Mestrado. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

_____. *Dano ambiental futuro: a responsabilidade civil pelo dano ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Os riscos ecológicos e a sua gestão pelo direito ambiental. In: *Estudos jurídicos*. São Leopoldo: UNISINOS, vol.39, n.01, jan./jun, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CLAM, Jean. *Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade*. Contingência, Paradoxo, Só-efetuação. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. O Estado e suas funções. Os princípios retores da tributação: a legalidade e a tipicidade. In *Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia: UFU, vol.16, n.1-2, dez., 1987.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romeno Pérez e Carlos Villalobos. Coordenação de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

COSTA, Regina Helena. Tributação Ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org.). *Direito Ambiental em Evolução*. Vol.1. Curitiba: Juruá, 1998.

CUNHA, Paulo. A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do direito e o ambiente. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Estado de Direito Ambiental: Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e*

diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPINOSA, Emílio Lamo de. De bruces con la posmodernidad: ignorancia, poder y comunicación en la sociedad del riesgo. In: *Política exterior*. Madrid: Estudios de política exterior, vol.VI., n. 80, mar/abr, 2001.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FENSTERDEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERREIRA, Heline Sivine. O risco ecológico e o princípio da precaução. In: FERREIRA, Heline Sivine; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Estado de Direito Ambiental: Tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FERREIRA, Pinto. *Teoria geral do Estado*. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957.

FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *Mito y razón*. Barcelona: Paidós, 1997.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo*. O que a globalização está fazendo de nós. 2.ed. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HERNÁNDEZ, José Juménez. *El tributo como instrumento de protección ambiental*. Granada: Comares, 1998.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montes. Rio de Janeiro:

Contraponto, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. Sistema constitucional tributário: uma aproximação ideológica. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, n.30, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KISS, Alexandre. *Direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução*. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LEAL, Virgínia de Carvalho. Uma nova ética-ambiental e as principais vantagens do direito tributário sobre as medidas diretas de preservação do meio ambiente. In: *Revista Idéia Nova*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco. Ano 1, n.1, jan/jun, 2003.

LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de Risco*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de (coords.). *A teoria do contrato e o novo código civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LOUREIRO, João. *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência*. Algumas questões juspublicistas. Boletim da Faculdade de Direito. Studia Ivridica 61. Ad Honorem – 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 3.ed. Tradução Anabela Carvalho. Lisboa: Passagens, 2001.

_____. *Ecological communication*. Tradução de John Bednarz. Polity Chicago: University of Chicago Press, 1989.

_____. El concepto del riesgo. In: BAUMAN, Z.; BECK, U.; GIDDENS, A.; LUHMANN, N. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Antropos, 1996.

_____. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate (coord). Madrid: Iberoamericana, 2000.

_____. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Traduzido por Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. In: *Revista Seqüência: estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, n.28, jun, 1994.

_____. *Observaciones de la modernidad. Racionalidade y contingência en la sociedad moderna*. Barcelona: Ed. Paidós, 1992.

_____. *Sistemas sociales: lineamento para una teoría general*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. (coord.) México: Universidade Iberoamericana, 1991.

_____. *Sociología del riesgo*. Tradução de Javier Torres Nafarrete (coord). México: Iberoamericana, 1992.

_____. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

_____. *Teoria política en el Estado de bienestar*. Madrid: Alianza Universidad, 1997.

_____; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria de la sociedad*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma teoria do tributo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MATHIS, Armin. *A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Disponível em <www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05>. Acesso em 05/02/2008.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MILLER, G. Tyler Jr. *Ciência Ambiental*. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2003.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. Vol.1, 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

_____. *O dever fundamental de pagar tributos*. Coimbra: Almedina, 1998.

NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*. México: Universidad Iberoamericana. Faculdade de Ciências Políticas y Sociales. UNAM. FCE, 2004.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (coord.). *Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: UFRGS, Goethe Institute ICBA, 1997.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na teoria da sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUSDEO, Fábio. *Desenvolvimento e ecologia*. São Paulo: Saraiva, 1975.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

OST, François. *A natureza a margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PEREIRA DA SILVA, Vasco. Verdes são também os direitos do homem. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PRIGOGINE, Ilya. *Apenas uma ilusão? O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1996.

PROCHALSKI, Daniel. *Solidariedade social e tributação*. Teresina: Jus Navigandi. Ano 12, n.1698. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10982>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2008.

QUEIROZ, Marisse Costa de. O direito como sistema autopoietico: contribuição para a sociologia jurídica. In: *Revista Seqüência: estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, n.46, jul, 2003.

RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan. *A transformação do Estado: a passagem do princípio da separação dos poderes para o modelo de comunicação entre as funções do Estado*. Tese de Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. In: *Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, n.28, ano 15, jun, 1994.

_____; CARVALHO, Delton Winter de. *Auto-referência, circularidade e paradoxos na teoria do direito*. Anuário do Programa de Pós-graduação em direito. São Leopoldo: PPGDUnisinos, 2002.

_____; CARVALHO, Délton Winter de. Policontextualidade jurídica e Estado ambiental. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, n.3, 2006.

_____; CLAM, Jean; SCHWARTZ, Germano. *Introdução à teoria dos sistemas autopoiéticos do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____; PÊPE, Albano M. B. *Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

SALIBA, Ricardo Berzosa. *Fundamentos do direito tributário ambiental*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHEDLER, Andréas. *Mapeando a Contingência*. Traduzido por Luiz Henrique Queriquelli. Societec e-prints. Florianópolis. Vol.1, n.2, p.49-78, jul/dez, 2005.

SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado espetáculo*. Rio de Janeiro: Difel, 1978.

SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo ambiental: extrafiscalidade e função promocional do direito*. Curitiba: Juruá, 2006.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Vol.III. São Paulo: Abril Cultura, 1983.

TAVAROLO, Sergio Barreira de Faria. *Movimento ambientalista e modernidade: sociabilidade, risco e moral*. São Paulo: Annablume/Fapesp, 2001.

TEUBNER, Gunther. A cúpula invisível: crise da causalidade e imputação coletiva. In: *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: UNIMEP, 2005.

_____. *O direito como sistema autopoietico*. Traduzido por José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del estado y de los contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

VON BEYME, Klaus. *Teoria política del siglo XX: de la modernidad a la posmodernidad*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

WILSON, Eduard. *O futuro da vida*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6.ed. Madrid: Trotta, 2005.