

O MEIO AMBIENTE COMO PROBLEMA JURÍDICO

SUMÁRIO: 1.1 Características fundamentais da proteção jurídica do meio ambiente – 1.2 O conceito de externalidades – 1.3 A correção judicial das falhas de mercado – 1.4 Meio ambiente e as imperfeições do processo político – 1.5 A correção judicial das imperfeições do processo político – 1.6 Decisão judicial e escolha institucional.

1.1 Características fundamentais da proteção jurídica do meio ambiente

Não é novidade que a defesa do meio ambiente apresenta problemas peculiares, a exigirem um tratamento jurisdicional diferenciado das situações normais atendidas pelo Processo Civil. O reconhecimento dessa peculiaridade foi objeto de deliberação legislativa, primeiramente pela Lei 6.938/81, de Política Nacional do Meio Ambiente,¹ e depois pela Lei 7.347/85, que criou a ação civil pública, cujo foco de atenção era o meio ambiente.² Essa última lei delimitou o critério de legitimação para sua defesa judicial e criou os mecanismos de tutela cautelar e reparação de danos.³

⁽¹⁾ Artigo 14, parágrafo primeiro, criando a possibilidade de defesa judicial do meio ambiente.

⁽²⁾ Embora a Lei 7.347/85 contemplasse outras áreas de proteção, a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) ampliou o artigo 1.º da Lei da Ação Civil Pública, estendendo-a à defesa de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (inciso IV). Mais recentemente, a Lei 8.884/94 acrescentou “danos morais” no *caput* do artigo e a “infração da ordem econômica” no âmbito de aplicabilidade da Lei (inciso V).

⁽³⁾ A Constituição Federal de 1988 (artigo 8.º, inciso LXXIII) estabeleceu a possibilidade da utilização da ação popular (Lei 4.717/63) contra o ato

Parece assente que a tutela jurisdicional do meio ambiente e de outros interesses de igual natureza há de ter características especiais, que respondam à especificidade dos problemas a ela colocados. A afirmação de interesses coletivos⁴ como bens jurídicos autônomos não agregados a outras espécies de direito, entretanto, surgiu muito recentemente,⁵ trazendo inúmeras questões cuja resposta, em boa parte, ainda está em elaboração. O direito ambiental, como área específica de estudos jurídicos, cobre uma vasta área de interesses, públicos e privados, individuais e coletivos, abrangendo diversas áreas de atenções de outros ramos do direito,⁶ bem como de outras disciplinas acadêmicas.

A esse propósito, cabe observar que, embora a tutela jurídica do meio ambiente seja eminentemente coletiva, dirigida à proteção de

administrativo lesivo ao meio ambiente, tornando essa ação um instrumento de defesa indireta (porque dirigida contra o ato da administração) do meio ambiente. Cf. Rodolfo de C. Mancuso. *Ação popular, proteção contra o erário público; do patrimônio cultural e natural; e do meio ambiente*. São Paulo : RT, 1994. p. 13-26; e Teori A. Zavascki. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*. *Revista de Processo*. São Paulo : RT, v. 78, ano 20, abr./jun. 1995, p. 36-37.

⁽⁴⁾ Usa-se a expressão *interesses coletivos* em sentido genérico, em oposição a *individuais*, sem levar em conta as distinções da disciplina legal da matéria. Sobre a utilização da expressão *coletivo* para designar esse tipo de interesses, vide Kazuo Watanabe. *Demandas coletivas e os problemas da práxis forense*. In: Sálvio de Figueiredo (org.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 185-190; também, aceitando essa terminologia, Hugo Nigro Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo : Saraiva, 1995 (7. ed.). p. 25-28; contra Rodolfo de Camargo Mancuso. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo : RT, 1994 (3. ed.). p. 65-68.

⁽⁵⁾ Sobre os fatores condicionantes do aparecimento e desenvolvimento do direito ambiental, vide Cass R. Sunstein. *Free markets and social justice*. Oxford e New York : Oxford University Press, 1997. p. 245-247. Para uma síntese do desenvolvimento das normas protetivas do meio ambiente no Brasil, vide José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 15-22.

⁽⁶⁾ Neste sentido o direito ambiental tem um caráter *horizontal*, expandindo-se por outras áreas clássicas do direito. Cf. Michel Prieur. *Droit de L'environnement*. Paris : Dalloz, 1991 (2. ed.). p. 7; também Beniamino Caravita. *Diritto pubblico dell'ambiente*. Bologna : Società Editrice il Mulino, 1990. p. 57-58, apontando que o direito ambiental se realiza tanto pela tutela publicista como por aquela individualista.

bens de interesse comum, ela regula também condutas privadas e individuais, relativas à relação do homem e das atividades produtivas por ele desenvolvidas com relação ao meio, abrangendo as mais diversas áreas, com implicações de direito público, relativas ao poder regulamentar e de polícia do Estado, e de direito privado, no que toca a restrições ao direito de propriedade, ao uso de recursos naturais e à definição de responsabilidades por danos sofridos por terceiros. A abrangência do direito ambiental manifesta-se, também, em sua multidisciplinariedade, tendo em vista a necessidade de recorrer a outros ramos do conhecimento para avaliar e compreender sua repercussão sobre uma realidade fática de enorme complexidade, envolvendo um grande número de fatores interrelacionados e de sujeitos interessados.

Nesse aspecto, importante ressaltar que a defesa judicial coletiva do meio ambiente, exercida através de entidades estatais e organizações não governamentais, é representativa do direcionamento processual à solução dos problemas específicos dessa área. Com isso, a ação civil pública, instrumento básico da defesa do meio ambiente, deve ser estudada tomando-se por base sua repercussão, ainda que indireta, sobre os vários campos do direito e a interdisciplinaridade dos fatos que lhe servem de fundamento.

No tocante à defesa *coletiva* da proteção ambiental, é preciso que fique claro que esta não exclui a tutela de interesses individuais eventualmente implicados com o meio ambiente.⁷ As normas de direito ambiental levam em consideração, também, a projeção da degradação do meio ambiente sobre a esfera privada de interesses. Considere-se a esse propósito a perturbação ao direito de vizinhança ou os danos pessoais sofridos em razão de acidente ambiental.

De forma diversa, em algumas situações, tendo em vista a indivisibilidade do objeto da proteção jurídica, o resultado perseguido individualmente favorece interesses coletivos. A cessação de uma atividade nociva, por exemplo, obtida pela ação judicial de um vizinho incomodado, pode representar o término de situação lesiva para o meio ambiente, em geral atendendo aos correspondentes interesses difusos. Em outras hipóteses, como no caso da recomposição de danos sofridos

⁽⁷⁾ Distinguindo “defesa de direitos coletivos” e “defesa coletiva de direitos”, vide Zavascki, *op. cit.*, p. 37-38.

por contaminação por produto tóxico, a repercussão poderá ser exclusivamente individual afetando apenas ao indivíduo lesado.

O sistema de defesa coletiva, contido na Lei da Ação Civil Pública, consagra a opção legal e constitucional do sistema brasileiro pelo tratamento do meio ambiente como bem comum cuja defesa e preservação é dever do Poder Público e também da coletividade.⁸ Esse modelo de proteção judicial do meio ambiente não deve ser entendido como o único possível, tendo em vista que sua defesa poderia ter sido atribuída à pessoa individualmente lesada em seus interesses pessoais.⁹ Nos Estados Unidos, por exemplo, a defesa do meio ambiente é baseada no interesse pessoal dos envolvidos, que devem possuir *standing*, isto é, provar que foram direta ou indiretamente afetados pelo fato levado a juízo.¹⁰

Este capítulo mostra como o problema ambiental se apresenta para o direito, buscando determinar quais tipos de respostas são necessárias para proteger os interesses envolvidos nessa área. Optou-se, com esse propósito, por apresentar o problema com base em elementos de análise econômica, delineando-o, no item seguinte, a partir do conceito de *externalidade*.

Essa opção deve-se ao fato de que, como os problemas ambientais estão diretamente relacionados ao confronto entre interesses econômicos e preservacionistas,¹¹ aquele tipo de análise permite a compreensão do funcionamento dos mecanismos pelos quais são tomadas as várias decisões sociais e quais fatores lhes são determinantes.

Este capítulo, portanto, cuidará de apresentar uma anatomia dos problemas ambientais, identificando suas características e as principais questões colocadas para o direito.

⁽⁸⁾ Nos termos do disposto pelo artigo 225, *caput*, da Constituição Federal.

⁽⁹⁾ Vide itens 3.3 e 3.4, do Capítulo 3 da próxima parte.

⁽¹⁰⁾ Ressalve-se que, em alguns casos, a legitimação norte-americana é genérica, outorgada por lei com a finalidade de realizar o *enforcement* de determinadas disposições legais ou para impor a um órgão público o atendimento de determinado preceito. Esses casos são chamados, em geral, de *citizen suits*. Para um apanhado geral sobre a defesa judicial do meio ambiente nos Estados Unidos, vide Deirdre Robbins. *Public interest environmental litigation in the United States*. In: David Robinson e John Dunkley (orgs.). *Public interest perspectives in environmental law*. West Sussex : Chancery Law Publishing, 1995.

⁽¹¹⁾ Nesse sentido, vide o item 2.3 da Parte I do Capítulo 1, acima.

1.2 O conceito de externalidades

O problema ambiental, em uma análise econômica, é tratado como uma *falha de mercado*, ou seja, uma situação em que aquele não opera em bases inteiramente competitivas.¹² Sob essa perspectiva, os problemas ambientais têm sido vistos pelos economistas como *externalidades negativas*. O conceito de externalidade é usado para definir uma situação em que o uso de um recurso econômico por um determinado indivíduo “depende não apenas de um conjunto de bens e serviços que estão sob seu controle direto, como também de outros bens ou serviços sob o controle de terceiros”.¹³

Esse conceito pode ser ilustrado com a seguinte situação: uma empresa descarrega poluentes em um curso d'água situado entre suas instalações e a propriedade vizinha de um agricultor, impedindo a normal utilização daquele recurso para práticas agrícolas. Suponha-se que, na ausência de obrigações legais bem definidas ou de mecanismos processuais eficazes, a empresa não cubra os custos que seus resíduos industriais impõem ao fazendeiro obrigado a recorrer a outra fonte distante ou a filtrar a água para seu uso. Em tal hipótese, aqueles custos de utilização da água não se refletem na formação dos preços de seus produtos, restando, portanto, externalizados em relação ao mercado.

Pode-se dizer, em suma, tendo por base o exemplo formulado, que “externalizando esses custos, a empresa goza de um subsídio que desinforma os consumidores sobre os verdadeiros custos sociais de

⁽¹²⁾ Cf. Mark Seidenfeld. *Microeconomics predicated to law and economics*. Cincinnati : Anderson Publishing, 1996. p. 61-67, as falhas do mercado (*market failure* ou *market imperfections*) são os monopólios naturais, os custos transacionais, as informações imperfeitas e as externalidades.

⁽¹³⁾ Fábio Nusdeo. *Desenvolvimento e ecologia*. São Paulo : Saraiva, 1975. p. 44. Conforme o autor esclarece, a interação ou interdependência entre os agentes econômicos é feita de forma *indireta*, ou seja, através do mercado, fazendo com que qualquer alteração repercuta no sistema de preços de bens e serviços. No entanto, pode ocorrer de forma *direta*, isto é, sem passar pelo mercado, quando fatores implicados na produção recaiam sobre terceiros, pois não são refletidos no sistema de preços. “Assim, a expressão *economia externa* ou *efeito externo* quer significativamente identificar a interação direta externa ao mercado e não propriamente – o que seria, num certo sentido, uma redundância – externa à unidade econômica, pois é óbvio que se há interação ela há de ser exterior às firmas ou às unidades de consumo” (p. 45).

seus produtos, conduzindo a uma produção com excesso de degradação ambiental".¹⁴

A análise econômica aponta também a existência de *externalidades positivas*, significativas de benefícios cuja interação econômica se dá "externamente" ao mercado, isto é, sem refletir no sistema de preços.

Nesse caso, diversamente do custo externo, o produtor tem um incentivo para capturar o benefício, internalizando-o em seu proveito. No entanto, o produtor não será capaz de fazê-lo quando o consumo do bem por um indivíduo não precluir o consumo por outro e quando não puder impedir o consumo por aqueles que não pagaram por aquele benefício.¹⁵ O exemplo característico de externalidade positiva é o de um jardim: embora seu proprietário não receba por isso, ele embeleza a região, agrada os vizinhos e pode mesmo produzir uma valorização dos imóveis da localidade. No caso, o proprietário não poderia cobrar por esse benefício, que restaria externalizado ao sistema de preços.¹⁶

Essa visão do problema ambiental, a partir de uma ótica econômica, não é a única possível, mas é a que melhor atende ao objetivo de evidenciar a necessidade de um remédio judicial que, sob esse ponto de vista, tem o objetivo de impor a internalização de custos.¹⁷

Com efeito, "uma extensa série de condutas privadas tem custos externos que não são levados em conta pelo mercado privado. (.) Em democracias industriais com grandes interdependências entre aqueles que são diretamente lesados e o público em geral, externalidades estão

⁽¹⁴⁾ Douglas R. Williams. *Environmental law and democratic legitimacy*. *Duke Environmental Law and Policy Forum*, vol. 4 (1994). p. 10.

⁽¹⁵⁾ Cf. Seidenfeld, *op. cit.*, p. 66.

⁽¹⁶⁾ Há a possibilidade de a beleza do jardim ser tal que atraia pessoas de outras localidades para vê-lo, podendo possibilitar ao proprietário murá-lo e passar a cobrar ingressos de quem quiser usufruir dele, conforme observa Seidenfeld, *op. cit.*, p. 65-66. Aí haveria a internalização.

⁽¹⁷⁾ Outra possibilidade analítica, mas que não atenderia os objetivos deste trabalho, seria uma análise cultural ou ideológica do problema ambiental. Um bom exemplo de análise da defesa judicial do meio ambiente sob essa perspectiva, atacando a visão de que o baixo índice de litigância no Japão seria devido ao sistema ser fundado em princípios tradicionais de harmonia (*wa*), é Robert L. Kidder e Setsou Miyazawa. *Long term strategies in Japanese environmental litigation*. *Law & Social Inquiry*, vol. 18, n. 4 (1993). p. 605.

certamente em todo lugar".¹⁸ Com isso, as falhas do mercado – entre as quais as externalidades – têm propiciado temário para a maior parte das discussões sobre o intervencionismo estatal na economia. Destaque-se que, não obstante tais observações, importante corrente econômica sustenta que, sob determinadas condições, o mercado distribui eficientemente os recursos, não sendo necessária a correção estatal de suas falhas. No entanto, "há um acordo geral de que o governo deve intervir para restaurar a eficiência quando o setor privado não possa fazê-lo – por exemplo, aumentando gastos para prevenção de poluição ou defesa nacional".¹⁹

1.3 A correção judicial das falhas de mercado

O problema das externalidades é solucionado com a imposição forçada da "internalização" dos custos, através de disciplina legal que permita o desencadeamento de medidas administrativas e judiciais para corrigir essa imperfeição do mercado.²⁰

Por certo, sem uma determinação dotada de compulsoriedade, os agentes econômicos não corrigirão esse desvio, porque se o fizessem estariam ampliando seus custos, sem saber se estes onerariam de

⁽¹⁸⁾ Cass Sunstein. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge : Harvard University Press, 1990. p. 54, observando que atualmente 25% dos remédios receitados nos Estados Unidos têm origem em produtos químicos originalmente derivados de plantas silvestres, com o que indica a interdependência daquele setor com este tipo de recurso ambiental.

⁽¹⁹⁾ Kenneth J. Arrow, em Prefácio ao livro de Burton A. Weisbrod *et al.* (org.). *Public interest law: an economic and institutional analysis*. Berkeley : University of California Press, 1978. p. IX, para quem "awareness of externalities has become a major theme of modern politics, after been neglected for too long".

⁽²⁰⁾ A necessidade de internalização de custos ambientais foi reconhecida pela *Declaração do Rio/92 sobre desenvolvimento e meio ambiente*, adotada pelas Nações Unidas, no princípio 16 desse documento: "As autoridades nacionais se esforçarão em promover a internalização de custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tomando em consideração que o poluidor deve, em princípio, suportar os custos da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem distorcer negócios e investimentos internacionais".

maneira uniforme a todos os concorrentes. Com isso, o produtor que espontaneamente assumisse um custo que não incidisse sobre os outros competidores do mercado colocar-se-ia em situação de nítida desvantagem em relação a eles. Descortina-se, pois, neste campo, a importância da uniformidade do *enforcement*²¹ de uma dada disciplina legal.

Não basta, nesse sentido, a generalidade da norma jurídica. É fundamental que a norma legal com efeitos sobre o mercado atinja de maneira proporcionalmente uniforme todo o setor ao qual se dirige. Ora, a imposição dos custos decorrentes de restrições legais deve ser regular, sob pena de somente alguns produtores internalizarem seus custos, em prejuízo da competição no mercado.

Observe que, "se um poluidor obedece os padrões aplicáveis [ao tipo de atividade que realiza], ele realizará despesas anualizadas de instalação e operação de caros equipamentos de redução da poluição. Ele também se defronta com uma inversão na posição competitiva que é menos facilmente calculada, pelo fato de não poder estar certo quanto a seus competidores se defrontarem com os mesmos custos de redução [da poluição]. Por outro lado, se a empresa não obedece, ela incorrerá em tais custos apenas se for apanhada pelo órgão de fiscalização".²² Trata-se aí de uma questão de risco calculado.

Assim, observa-se ter a proteção ambiental uma implicação direta com o domínio econômico e sua efetivação está relacionada com a capacidade dos instrumentos legais gerarem os corretos incentivos nos agentes econômicos. Ressalte-se, ademais, que o próprio problema ambiental, como visto, origina-se, ele também, no campo da economia.

⁽²¹⁾ A expressão é mantida em inglês por não encontrar tradução cômoda para o vernáculo. Antonio Herman V. Benjamin (A implementação da legislação ambiental: O papel do Ministério Público. In: Benjamin (org.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo : RT, 1993. p. 360-362) traduz *enforcement* por "implementação", mas esta palavra, como *implementation* da língua inglesa, tem relação com o arranjo de instrumentos e medidas concretas, para a execução de um plano ou projeto. Embora a implementação possa ser uma forma de obter o *enforcement*, este tem o significado do ato (ou atividade) de "fazer valer", "compelir à obediência" de uma determinada norma.

⁽²²⁾ F. Anderson. *Environmental improvement through economic incentives*. Baltimore : The Johns Hopkins University Press, 1977. p. 15.

Conforme mostrado acima, nessa interação da proteção ambiente-mercado, a capacidade de *enforcement* de normas protetivas daquele tem um papel fundamental, podendo não só interferir negativamente na dinâmica do segundo, como gerar incentivos ao descumprimento das disposições que deveria acatar. Toda vez que o descumprimento da lei for mais vantajoso do que seu atendimento a conduta dos agentes se orientará nesse sentido,²³ sendo de se notar que a capacidade de o sistema compelir o cumprimento está reciprocamente relacionada com sua aptidão em gerar incentivos para este cumprimento das normas.

Nesse contexto, verifica-se a importância da tutela jurisdicional para fazer valer as normas de proteção ambiental. Primeiro, porque permite a defesa dos interesses daqueles sujeitos que indevidamente sejam forçados a sustentar custos gerados por terceiro; segundo, porque é capaz de contribuir no sentido de promover os corretos incentivos para alcançar-se o objetivo da preservação ambiental.

Essa importância, convém seja realçado, está ligada a uma concepção afirmativa do papel do Estado na economia, encontrando oposição daqueles que defendem ter o mercado, melhor do que o processo político, condições para dar solução às suas imperfeições. Esta discussão é retomada no próximo capítulo, quando se discute a orientação das políticas públicas na área ambiental.

1.4 Meio ambiente e as imperfeições do processo político

O conceito de *externalidade*, examinado no item 1.1 acima, capta uma característica essencial dos problemas ambientais, utilizável igualmente para realizar seu exame em relação ao processo político, uma vez que descreve mecanismos básicos pelos quais aquele tipo de problema se manifesta.²⁴

⁽²³⁾ Para uma completa avaliação do funcionamento dos incentivos econômicos em matéria ambiental, vide Roger W. Findley e Daniel A. Farber. *Cases and materials on environmental law*. 4. ed. Saint Paul : West Publishing, 1995. p. 337-364.

⁽²⁴⁾ A aplicação da análise econômica à política é um vasto campo, explorado por várias teorias, entre as quais a da *Public choice*, a *Interest group theory of politics* e a própria análise econômica do direito (*Law and economics*). A aplicação e os limites dessas teorias são examinados no próximo capítulo desta parte. Para uma visão da expansão da análise econômica sobre áreas

Da mesma forma, em relação ao mercado, o tratamento dos problemas relativos ao meio ambiente no processo político implica a observação dos movimentos de transferência de custos e benefícios que se verificam em qualquer iniciativa estatal que tenham repercussão sobre ele. Nesse caso, obviamente, a "externalização" se dá em relação ao *processo político*, e não ao mercado.

O exemplo mais característico dessa constatação é a deterioração da qualidade ambiental de um curso d'água pelo lançamento de esgotos sem tratamento. Admita-se, nessa hipótese, um rio utilizado por diversas cidades para a captação de água para consumo humano. Para cada município individualmente considerado, o lançamento de cargas poluentes no manancial não traz qualquer prejuízo, porque, logicamente, a água será captada a montante do ponto de liberação do esgoto *in natura*. Com isso, os prejuízos se verificarão sempre a jusante, não afetando diretamente o município responsável pela poluição. Trata-se de uma *externalidade negativa*, produzida pelo município poluidor, não afetando aquelas pessoas que nele têm seu domicílio eleitoral e podem ter alguma influência sobre o processo político local, mas os eleitores do próximo município no curso do rio.

De igual maneira, se, no exemplo formulado, o município construir uma estação de tratamento, os benefícios serão sentidos apenas pelos munícipes das cidades que o seguirem no sentido do fluxo da água, com resultados insignificantes para os moradores da cidade que despendeu os recursos em conservação ambiental. O município, nesse caso, efetuou a despesa sem poder captar os benefícios correspondentes. Em termos de processo político, os ocupantes de funções públicas eletivas no município (prefeito e vereadores), com esse tipo de iniciativa, não capitalizam eleitoralmente seus resultados junto a seus eleitores, porque as medidas beneficiaram eleitores fora de seu âmbito de poder.

A questão é sensível, também, de maneira um pouco diversa, na discussão sobre a localização de áreas de deposição de resíduos sólidos, notadamente lixo urbano. Embora os benefícios de um aterro

ligadas às ciências sociais, vide Mark Sagoff. *The economy of earth: philosophy, law, and the environment*. Cambridge (England)/New York: Cambridge University Press, 1988. p. 33-39. Para uma abordagem na doutrina nacional, vide Fábio Nusdeo. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: RT, 1995. 119-140.

sanitário se estendam à todo município ou região metropolitana, é certo que os seus custos ambientais, tais como cheiro, proliferação de animais daninhos, barulho de maquinário, tráfego de caminhões e contaminação de águas superficiais, estarão geograficamente restritos, afetando os moradores de uma região limitada. Nessas circunstâncias, um universo populacional limitado, consistente das pessoas que moram nas vizinhanças do local de deposição do lixo, será negativamente afetado. Mesmo deixando de lado questões ideológicas, normalmente implicadas na escolha da localização de instalações públicas produtoras de gravames ambientais,²⁵ o fato é que os ônus e benefícios ambientais produzidos por esse tipo de atividade serão sentidos de maneira diversa nos vários espectros sociais envolvidos. Como este tipo de obra costuma ser situada em regiões periféricas, o custo ambiental será suportado por comunidades de baixa renda e, possivelmente, reduzida influência política.

Em qualquer das situações acima tratadas, verifica-se que custos e benefícios ambientais não se distribuem de maneira uniforme pela população, afetando desigualmente os vários segmentos envolvidos. Com isso, é sempre possível ao agente estatal escapar de pressões políticas decorrentes do meio ambiente, dirigindo os impactos ambientais negativos contra comunidades de pequena força política, em benefício de setores politicamente mais poderosos, ou transferindo custos ambientais para pessoas que não são os seus constituintes diretos.²⁶ Por essa forma os agentes públicos *externalizam* custos em

²⁵ A desproporção na distribuição de gravames ambientais entre as diversas comunidades tem gerado intensa discussão nos Estados Unidos, sendo identificada pelos temas conhecidos por *environmental justice* ou *environmental racism*. Trata-se de saber se a distribuição de ônus ambientais por várias localidades é feita por critérios de mercado – e portanto "neutros" – ou por razões raciais e ideológicas. Sobre esta discussão vide Vicki Been. *Locally undesirable land uses in minority neighborhoods: Disproportionate siting or market dynamics?* *Yale Law Journal*, n. 103, p. 1.383; também Omar Saleem. *Overcoming environmental discrimination: The need for a disparate impact test and improved notice requirements in facility siting decisions*. *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 19 (1994). p. 211-247.

²⁶ Um dos principais modelos adotados na teoria dos grupos de interesse afirma que os legisladores agem no sentido de tentar maximizar sua atratividade por seus constituintes. Neste sentido, vide Daniel A. Farber e Philip P. Frickey.

relação ao processo político, criando uma espécie de imunidade de fato, que lhes permite postergar indefinidamente o cumprimento de suas obrigações ambientais.

Retome-se o exemplo do esgoto lançado ao rio. Se a poluição afeta apenas a cidade vizinha, localizada a jusante, que motivos teria o município poluidor para gastar recursos na construção de uma estação de tratamento que não beneficiaria os seus munícipes? Em termos puramente racionais, deixando de lado possíveis leituras ideológicas da situação, o prefeito da cidade poluidora teria muito mais retorno pessoal aplicando o dinheiro em outra obra, destinada a beneficiar diretamente aqueles responsáveis pelos resultados da próxima eleição. Da mesma forma, na hipótese do lixo, não é difícil imaginar o Prefeito ou Governador, responsáveis por aterros sanitários municipais ou metropolitanos, pouco ansiosos em gastar recursos para compensar danos ambientais sentidos apenas por pequena e pobre parcela da população.

Assim, o processo político em determinadas situações deixa de responder aos problemas ambientais, seja pela sua *segmentação*, com o confinamento do distúrbio ambiental a um contexto localizado,²⁷ seja pela *transferência* dos gravames para comunidades que não tenham controle sobre os atos do agente político.²⁸

Law and public choice: a critical introduction. Chicago : The Chicago University Press, 1991. p. 21-33. Sob esta perspectiva é possível afirmar que o governante local orientará sua conduta para atrair aqueles que o elegeram, ou poderão fazê-lo, não considerando outros contextos políticos que não o atinjam em seus objetivos.

⁽²⁷⁾ Este problema de segmentação é bastante sensível na avaliação de impactos ambientais, na qual os resultados podem variar dependendo da abrangência do estudo realizado, levando muitas vezes a conclusões equivocadas, uma vez que o ambiente natural apresenta uma série de interdependências. Neste sentido, vide Terence L. Thatcher. Understanding interdependence in the national environment: some thoughts on cumulative impact statements under the national environment policy, *Environmental Law*, n. 20 (1990). p. 611-647.

⁽²⁸⁾ É possível imaginar esse processo não apenas de município a município, mas de Estado a Estado e de país a país. O problema da "chuva ácida" é um exemplo típico de como a poluição pode cruzar fronteiras territoriais. Sobre este problema e seu tratamento legal vide Findley e Farber, *op. cit.*, p. 358-363.

Nessa medida, tendo em vista serem os custos e benefícios de uma medida de impacto ambiental distribuídos de maneira desuniforme, geográfica e populacionalmente, ocorre um descompasso entre o interesse público, reconhecido por lei, na Constituição ou mesmo em um tratado internacional, e a maneira como os agentes políticos respondem às pressões envolvidas em um caso concreto e promovem o *enforcement* das normas envolvidas. Tendo em vista suas características fundamentais, os problemas ambientais podem ser descritos como *externalidades*, também dentro da esfera extramercado, implicados com o jogo de interesse próprio do processo político. O próximo item procura mostrar como a tutela jurisdicional, da mesma forma que serve à correção de falhas do mercado, impedindo a externalização de custos, presta-se também para corrigir imperfeições do processo político, em última análise elas também enquadráveis no conceito geral de externalidades.

1.5 A correção judicial das imperfeições do processo político

O item anterior demonstra como, de forma semelhante ao que ocorre no mercado, os problemas ambientais podem ser "externalizados" no processo político.

O resultado dessa externalização é a possibilidade de os agentes estatais – aqui incluídos os detentores de cargos eletivos ou de funções administrativas – deixarem de dar ao meio ambiente sua devida consideração, não levando adiante o objetivo constitucionalmente consagrado de sua preservação. Esse fato é, claramente, uma imperfeição do processo político, que deixa de dar atendimento a um interesse público legitimamente reconhecido pelo sistema jurídico. Existe por assim dizer uma falha de comunicação entre os interessados e os órgãos estatais que deveriam responder por aqueles objetivos.

Outra falha no tratamento do meio ambiente por entidades estatais e órgãos públicos está ligada à questão da *sub-representação* dos interesses a ele vinculados, conforme é assinalado no último capítulo desta parte. Como a dispersão dos interesses ambientais é maior do que a dos outros interesses em confronto, estes últimos têm melhores condições de se organizar e se fazerem valer junto ao poder estatal, influenciando decisões em seu favor. Problemas dessa ordem são típicos dos *bens coletivos* que, por sua indivisibilidade,

geram uma tendência dos agentes a esquivarem-se de colaborar com a sua proteção.²⁹

Estas imperfeições do processo político podem se revelar lesivas ao meio ambiente sob duas formas: no deficiente exercício do poder de polícia pelos órgãos encarregados da proteção ambiental e por meio de atividades estatais que resultem, elas próprias, em degradação ambiental como, por exemplo, a construção de estradas em meio a floresta.

Na segunda modalidade, coloca-se em destaque o problema do Estado-poluidor,³⁰ evidenciando uma situação algo paradoxal, isto é, a do Estado, embora detentor do poder de polícia, e encarregado de exercer atividades de fiscalização e regulamentação do meio ambiente, ser ele próprio um produtor de degradação ambiental. Entretanto, não obstante a contradição entre a posição ocupada pelas entidades estatais em relação ao meio ambiente, esta circunstância se verifica em um vasto rol de atividades públicas, responsáveis por impactos ambientais negativos.

Entre o grande número de funções assumidas pelo Estado contemporâneo, várias podem produzir deterioração das condições ambientais. Em muitos casos, ele assume diretamente a tarefa de responder por gravames ambientais decorrentes da sociedade de consumo e da produção industrial, arcando ou gerenciando custos de deposição ou tratamento de dejetos fabris e domésticos, de enorme potencial degenerativo. Em outros, atividades próprias da função estatal, como, por exemplo, a promoção da melhoria da infra-estrutura de transportes, com a abertura de estradas, avenidas e viadutos, são capazes de gerar deterioração da qualidade ambiental, ameaçando ou destruindo bens ambientais de significativo valor.

⁽²⁹⁾ Vide Fábio Nusdeo. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo : RT, 1997. p. 187; também John Rawls. *Theory of justice*. Cambridge : The Belknap Press of Harvard University Press, 1971. p. 267. Esta temática é retomada pelo item 2.4 do Capítulo 3 desta parte.

⁽³⁰⁾ Nos termos Lei 6.938/81, por *poluidor* deve-se entender "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (artigo 3.º, IV). Sobre o Estado no papel de degradador ambiental, vide Edésio Fernandes. *Collective interests in Brazilian environmental law*. In: David Robinson e John Dunkley (orgs.). *Public interest perspectives in environmental law*. West Sussex : Chancery Law Publishing, 1995.

Também no exercício do poder de polícia, as entidades estatais podem desviar-se da finalidade de proteção dos interesses ambientais. Em geral, esses desvios são devidos a avaliações imperfeitas dos recursos e riscos colocados sob tutela administrativa ou a uma orientação viciada do exercício do poder de polícia, quando não da pura captura da agência pelos interesses objeto da sua ação, dentro da visão da escola da *Public choice*.³¹

A avaliação de recursos e riscos ambientais envolve questões de extrema complexidade, exigindo o domínio das múltiplas interdependências dos impactos ambientais, conhecimento de áreas extremamente específicas, a participação de um grande número de partes interessadas e a necessidade de uma perspectiva intergeracional na apreciação das matérias relevantes. Tudo isso aumenta a dificuldade das decisões oficiais, naturalmente complexas, potencializando a possibilidade de uma conduta estatal deturpada em sua atividade regulamentadora ou no exercício do poder de polícia.

A atuação das entidades estatais em proteção ao meio ambiente pode, também, sofrer imperfeições em razão de falhas de responsividade ou da ação de grupos de interesses. Tendo em vista a grande dispersão dos interesses ambientais, a ação de grupos contrários pode influenciar a ação dos órgãos públicos, não somente na realização de ações prejudiciais como na não-efetivação das medidas protetivas. Considerando as características essenciais dos problemas ambientais, o processo político mostra-se falho em sua consideração e no atendimento aos objetivos a ele relacionados, promovendo degradação ambiental e deixando de realizar, ou fazendo-o incorretamente, suas funções de proteção ambiental.

Evidencia-se, portanto, a necessidade da tutela jurisdicional para correção daquelas falhas. Da mesma forma em que o Judiciário e o direito de maneira geral atuam para corrigir as imperfeições do mercado, deve aquele atuar para sanar as deficiências no funcionamento do sistema político.

1.6 Decisão judicial e escolha institucional

Afirmar a função judicial de correção das falhas do processo político não significa sustentar o Judiciário como foro único de decisão

⁽³¹⁾ Vide item 2.3 do Capítulo 2 da Parte I, acima.

sobre valores ambientais e outros interesses coletivos. Cuida-se, isso sim, de mostrar que, em algumas situações, o processo judicial é o mais apto a decidir sobre valores fundamentais do sistema, como a preservação do meio ambiente. Como foi visto,³² o sistema judicial coloca-se ao lado do processo político e do mercado, como uma das instituições decisórias sociais (*decision-making institution*), sendo elas representativas de complexos processos de tomada de decisão que lhe são peculiares.³³

Tal como as demais instituições, também o Judiciário é uma *alternativa imperfeita*³⁴ na tarefa de definir em concreto o interesse público. Suas principais imperfeições são o distanciamento do processo da realidade social, os elevados custos da demanda, a inércia da jurisdição e sua incapacidade de desenvolver políticas globais.³⁵ A constatação dessas falhas, entretanto, não permite — como em relação às demais alternativas — sua exclusão como processo decisório alternativo, mas remete à necessidade de comparar suas características com as dos demais processos decisórios existentes na sociedade, para saber em quais situações e de que maneira um determinado objetivo social pode ser melhor alcançado.

Comparativamente, portanto, em razão de suas características de independência e imparcialidade, é a instância decisória melhor ajustada para decidir longe de pressões ilegítimas, como aquela de grupos de interesse.³⁶ Mais: em virtude de sua colocação entre os demais centros de poder social, o Poder Judiciário, na decisão de casos concretos, tem por característica decidir *quem* decide em relação a um dado problema, isto é, qual das instituições sociais deve responder a

(32) Item 2.3 do Capítulo 2 da Parte I, acima.

(33) Cf. Neil K. Komesar. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago : The University of Chicago Press, 1994. p. 9.

(34) Idem, *ibidem*, p. 225-270.

(35) Idem, *ibidem*, p. 124-128. O autor sintetiza esses aspectos sob os conceitos de *competence e scale*, assim definidos: "By competence, I mean the ability of trials and of triers (judges and juries) to investigate, understand, and make the substantive social decisions that may come to them. By scale, I mean the resources or budget available to the judiciary and the constraints on the expansion of the size of the adjudicative process" (p. 138).

(36) Retome-se o Capítulo 2 da Parte I, em especial item 2.3, acima.

uma determinada situação.³⁷ Essa decisão ocorre ao definir diretamente uma disputa entre interesses ou ao deferir a outras instituições a definição final.

Tendo em vista sua especial colocação entre os processos decisórios da sociedade, à medida que cuida da aplicação do direito ao caso concreto, tendo como referência máxima os valores constitucionais,³⁸ o sistema jurisdicional, na verdade, tem o importante papel de definir qual instituição social deverá levar adiante a realização dos objetivos sociais implicados com aquele caso, assim a preservação do meio ambiente, a fruição da propriedade privada, o pleno emprego etc. Em qualquer decisão, o juízo implicitamente opta entre realizar por si mesmo um determinado valor social ou deferir a outra instituição social a opção entre os interesses abrangidos em uma determinada situação.³⁹ Como, por suas características, cada instituição ou processo decisório é mais apto a atender uma determinada espécie, ao realizar aquela escolha institucional, o Judiciário está, em grande medida, escolhendo o próprio objetivo social que deve ser prevalecente.

Na medida em que o Judiciário ocupa um papel de relevância na escolha do processo decisório, ao qual está afetado um certo problema, a análise comparativa de instituições torna-se um fator de máxima importância a ser levado em conta em suas decisões.⁴⁰

Com esse novo papel exercido pela jurisdição civil, portanto, a repercussão do provimento jurisdicional não pode mais ser medida apenas pelo seu resultado final, de carência, procedência ou improcedência. Como a prestação jurisdicional passa a ser avaliada pela forma como ela repercute sobre os objetivos sociais submetidos a seu exame,

(37) "Just as the choice between an injunction and damages involved an implicit choice between the adjudicative and market processes as balancers of benefits and costs, it also involved the choice between the adjudicative and legislative responses to pollution". Komesar, *op. cit.*, p. 27.

(38) Sobre a constitucionalização do direito e a politização do Judiciário na interpretação das normas constitucionais, vide José Reinaldo de Lima Lopes. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. *Revista da USP*, vol. 21 (março-maio/1994), p. 25-26.

(39) Sobre a importância da escolha institucional na implementação de políticas públicas, vide Komesar, *op. cit.*, p. 1-50.

(40) As bases de uma análise comparativa institucional (*comparative institutional analysis*) são apresentadas por Komesar, *op. cit.*, p. 3-50.

no seu balanceamento e realização, um aspecto fundamental passa a ser também o tipo de medida deferida, tendo em vista a diferença dos resultados produzidos por cada qual. Importa, assim, na análise de uma decisão de procedência, o tipo de medida a ser deferida e, no caso de tutela específica, como ela é levada adiante na fase de execução.

Nas decisões de carência nas ações coletivas, decidindo sobre o *interesse de agir*, a *legitimidade* ou a *possibilidade jurídica*, na maior parte das vezes, o órgão jurisdicional está emitindo um juízo sobre os limites de seu próprio poder para conhecer do caso, isto é, resolvendo questões atinentes ao próprio acesso de determinados assuntos ao Judiciário. Ao decidir-se pela ilegitimidade de uma das entidades legalmente autorizadas à propositura da ação civil pública, ao afirmar que ela não tem interesse em patrocinar determinado interesse ou simplesmente ao negar a possibilidade jurídica de o juízo conhecer da causa, em muitos casos, tem-se em mira, na verdade, a competência e conveniência do Judiciário conhecer e decidir em julgamento final aquele problema. Nesse tipo de decisão, muitas vezes está-se claramente deferindo ao processo político ou aos arranjos de mercado a solução da questão levada a juízo.

Na decisão de procedência, diversamente, tal decisão implícita, sobre *quem* deve decidir a respeito de um determinado interesse, é colocada de forma mais sutil, tendo em vista que o tipo de medida aplicada e levada a termo pelo juízo é significativa da opção por uma ou outra das instituições sociais envolvidas. Isso porque a escolha entre medidas de tutela específica ou compensatória envolve uma opção implícita entre o processo judicial e o mercado como realizadores do balanceamento de custos e benefícios entre os interesses em jogo, envolvendo, ademais, uma escolha entre a solução jurisdicional e aquela administrativa ou legislativa sobre o interesse objeto do processo.⁴¹

Na verdade, essas alternativas colocam-se para o juízo não apenas na decisão de mérito, mas também na execução do julgado, tendo em vista a possibilidade sempre presente de conversão das obrigações de fazer em perdas e danos. Muito embora a nova redação do artigo 461 do Código de Processo Civil tenha condicionado essa conversão ao pedido do autor ou à impossibilidade da tutela específica, tal situação

⁽⁴¹⁾ Cf. Komesar, *op. cit.*, p. 27.

pode ocorrer também quando o juízo entender a aplicação da solução pecuniária como a única viável no caso.⁴²

De toda maneira, em qualquer hipótese em que o juízo realize a opção por uma medida compensatória, afastando a aplicação de uma medida de tutela específica, estará convertendo para valores de mercado bens que não encontram exata expressão no sistema de preços.⁴³ Essa conversão, em última análise, remete a decisão sobre o bem de interesse ambiental para o mercado, tendo em vista que sua avaliação será feita através do parâmetro de eficiência alocativa que, como vimos,⁴⁴ não atende aos objetivos sociais presentes na questão ambiental. Os recursos ambientais, protegidos como valor fundamental de nosso sistema,⁴⁵ não podem ter seu valor mensurado pela quantia que os agentes do mercado estejam dispostos a pagar por eles, nem podem ser submetidos ao critério do uso mais eficiente.

Por outro lado, a escolha judicial por uma solução compensatória de uma disputa ambiental pode significar uma negativa implícita na adjudicação do interesse público no caso em exame, pois, deixando de impor a preservação ou reconstituição do bem ambiental, estará igualmente deferindo ao Executivo ou Legislativo a realização da providência que atenda ao objetivo social consistente na conservação daquele patrimônio. Ocorre que, da mesma forma que o mercado, em algumas circunstâncias, o processo político, por sua estrutura e interligação com os problemas ambientais, também não é apto a dar resposta correspondente com aquele valor social consagrado pelo sistema.

⁽⁴²⁾ Compare-se o artigo 461, parágrafo 1.º, com os artigos 633 e 638, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

⁽⁴³⁾ A discussão sobre a comensurabilidade dos bens ambientais do item 2.3 do Capítulo 2, abaixo. Vide, também, Leslye A. Herrmann. Injunctions for Nepa violations: balancing the equities. *University of Chicago Law Review*, vol. 59 (1992). p. 1.263-1.290, examinando o papel do judiciário e sustentando a importância da avaliação de risco na apreciação de problemas ambientais.

⁽⁴⁴⁾ Capítulo 2, abaixo, em especial itens 2.2 a 2.4.

⁽⁴⁵⁾ Nesse sentido o item 2.4 do Capítulo 2 da Parte I, acima.

O MEIO AMBIENTE COMO PROBLEMA POLÍTICO

SUMÁRIO: 2.1 Eficiência *versus* equidade: dois critérios de justiça?
– 2.2 A eficiência como paradigma de mercado – 2.3 A eficiência
como asserção normativa – 2.4 A insuficiência do critério de eficiência
– 2.5 Eficiência e equidade: avaliando e realizando objetivos sociais.

2.1 Eficiência *versus* equidade: dois critérios de justiça?

A análise econômica fornece, como assinalado, elementos para a correta compreensão dos problemas ambientais, evidenciando as suas relações com a possibilidade de transferência voluntária ou involuntária de custos ou benefícios não implicados com a relação original. Essa característica é verificada tanto no mercado, onde esses fatores são colocados à margem dos preços por ele determinados, quanto no processo político, atingindo desuniformemente beneficiários e as pessoas oneradas por uma dada medida, e permitindo aos agentes políticos, em algumas situações, escapar das pressões pela preservação ambiental. Desta forma, como instrumento teórico, esse tipo de análise, fundada em pressupostos da ciência econômica, possibilita um bom diagnóstico do problema abordado neste trabalho.

No entanto, a análise econômica aplicada ao direito conduz, se levada ao extremo de suas premissas, a uma concepção de justiça diversa daquela tradicionalmente fundada em valores jurídicos.¹ Alguns

¹ Sobre esse tipo de posicionamento vide Richard A. Posner. *Economic analysis of law*. Boston : Little Brown and Company, 1992, em especial

estudiosos da análise econômica do direito propõem a *eficiência* como critério balizador da justiça, noção orientadora de decisões judiciais e de políticas públicas. Essa posição significa uma inversão de valores, com implicações profundas no enfoque sobre como o direito e o próprio Estado devem atuar na sociedade.

Esse tipo de concepção afeta não apenas a forma como os bens são distribuídos em sociedade, mas também a maneira como os ônus e vantagens são suportados em transações interpessoais. Sob esta perspectiva, os recursos econômicos seriam sempre alocados a quem lhes desse a utilização que gerasse o resultado economicamente mais valioso em termos de mercado. Por exemplo, uma floresta rica em mogno estará, nessa visão, melhor nas mãos de uma madeireira do que sob os cuidados de ambientalistas. De igual maneira, nas relações entre partes privadas, a decisão desejada deve ser aquela capaz de gerar um resultado de maior valor de mercado. Sob esse critério, *v.g.*, a

p. 61-71; e Guido Calabresi, e Douglas Melamed. Property rules, liability rules, and inalienability: on view of the cathedral. *Harvard Law Review*, vol. 85 (abril/1972). p. 1.089-1.128. A corrente de pensamento representativa do posicionamento aqui indicado não é a única, nem a mais atualizada na bibliografia sobre a matéria nos Estados Unidos, onde a análise econômica do direito tem grande influência. No entanto, é a que mais fortemente incorpora uma análise do direito sob pressupostos clássicos e ortodoxos da análise econômica. Por esta razão, aqueles posicionamentos são tomados aqui como contraponto, de forma a evidenciar os contrastes de duas maneiras diversas de pensar os problemas ambientais e sua solução pelo judiciário. Adotando posicionamentos diferentes daqueles citados, vide Ronald H. Coase. Coase on Posner on Coase. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149 (1993). p. 96-98; Oliver E. Williamson. Transaction cost economics meets posnerian law and economics. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149 (1993). p. 99-117; Duncan Kennedy. The role of law in economic thought: essays on the fetishism of commodities. *The American University Law Review*, vol. 34 (1985). p. 939-1.001. Para uma discussão comparando a chamada *Law and Society* com a *Law and Economics*, vide os trabalhos apresentados no simpósio publicado na *Wisconsin Law Review*, vol. 1997, n. 3, em especial Thomas S. Ulen. Firmly grounded: economics in the future of law, p. 433-463; Neil Komesar. Exploring the darkness: law, economics, and institutional choice. p. 466-474; e Robert Ashford. Socio-economics: what is its place in law practice? p. 611-623.

manutenção da relação contratual estaria legitimada até o momento em que o adimplemento for mais vantajoso que seu descumprimento.²

Sob esse ponto de vista, o conceito de eficiência modificaria a noção de justiça que tem orientado o direito na tradição ocidental, na qual a justiça é concebida sob a forma *distributiva* e *corretiva*.

Esses conceitos que dão conteúdo à noção de justiça foram formulados pela primeira vez por Aristóteles.³ Seu tratamento da assim chamada *justiça corretiva* ou *retributiva* foi a primeira explicação à natureza do direito privado, sendo que “o termo ‘justiça corretiva’ ainda figura proeminentemente na moderna literatura jurídica”, dando uma clara exposição da estrutura dos relacionamentos privados.⁴

Isso porque a justiça corretiva é uma igualdade de quantidades, cuidando do problema de restituir aquilo que corretamente pertence a alguém, mas está por erro em posse de outra pessoa. Com isso, propicia às partes terem nem mais nem menos do que lhes cabe, fazendo com que exista uma identidade entre o que uma parte perde e outra ganha.⁵

O justo, assim, sob essa perspectiva, consiste em dar a cada um o que é seu. Essa formulação básica do conceito, portanto, pressupõe terem os direitos em questão sido previamente outorgados a seus titulares, de acordo com os valores predominantes em uma dada sociedade. Dessa forma, verifica-se que a justiça corretiva pressupõe a existência de titulações. De onde não se pode inferir, entretanto, que as partes, sob o ponto de vista da justiça corretiva, estejam em um igual ponto de partida, sob o prisma da justiça distributiva.⁶

Com efeito, “a justiça corretiva tem a função de restaurar, na medida do possível, a ordem justa que foi parcialmente destruída por alguma ação ou ações injustas. A justiça distributiva consiste na obediência ao princípio de distribuição que define a ordem protegida

(2) Sobre o descumprimento eficiente do contrato vide notas 34 e 35 abaixo.

(3) Sobre a importância e significado do conceito de justiça nesse filósofo, vide Ernest J. Weinrib. *Corrective justice and formalism: the care one owns one's neighbours*. *Iowa Law Review*, n. 77, p. 403-425.

(4) Weinrib, *op. cit.*, p. 404, traduzido do original.

(5) Cf. Weinrib, *op. cit.*, p. 404 e 409.

(6) *Idem*, p. 421.

pela justiça corretiva”.⁷ Essa espécie de justiça (corretiva) é a base do modelo liberal predominante no discurso jurídico até meados do século XX. “O modelo novecentista pressupunha que a simples existência de regras de justiça comutativa ou retributiva levaria a uma sociedade em que se faria, automaticamente, justiça distributiva”.⁸ A presença de regras claras de contratos, propriedade e família, seria suficiente, nesse modelo, para assegurar a justiça social, pela simples interação dos sujeitos individuais.

A justiça distributiva, por seu turno, diz respeito às regras de apropriação individual de recursos comuns,⁹ respondendo ao problema da maneira pela qual se realiza a alocação dos benefícios e ônus entre as pessoas. Nesse sentido, o justo é expresso por uma noção de proporcionalidade, consistindo em uma igualdade de razões. Justo, sob essa perspectiva, é alguma coisa proporcionada, correspondente à igualdade de razões. Envolvendo, assim, no mínimo quatro termos, isto é, a razão (entre os termos de um par) é igual (entre os termos do outro par) para pessoas e coisas que são similarmente distribuídas.¹⁰ Na clássica formulação de Aristóteles “a razão entre um par de elementos é igual à razão existente entre o outro par, pois há uma distinção equivalente entre as pessoas e as coisas”, ou em outras palavras, “o elemento A está para o elemento B assim como o elemento C está para o elemento D e, portanto, por alternância, A está para C assim como B está para D”.¹¹

Como os seres humanos não são iguais em suas aptidões e necessidades, a justiça distributiva não pode verificar-se com base na igualdade entre os termos. Na justiça corretiva ou retributiva tal situação é possível, na medida em que o ganho de uma parte é igual à perda da outra. Diversamente, “a justiça distributiva consiste na

(7) Alasdair MacIntyre. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo : Loyola, 1991 (trad. de Marcelo Pimenta Marques). p. 118.

(8) José Reinaldo de Lima Lopes. *Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição*. *Revista da USP*, vol. 21 (março-maio/1994). p. 25.

(9) Cf. Lopes, *op. cit.*, p. 29.

(10) Weinrib, *op. cit.*, p. 409, traduzido do original.

(11) Aristóteles. *Ética a Nicômacos*, V, 3, 1.131b, da edição brasileira, Brasília : Editora da Universidade de Brasília, 1992 (trad. de Mário da Gama Cury). p. 96.

aplicação de um princípio de merecimento a uma variedade de situações",¹² de forma a atingir a proporcionalidade que a caracteriza. Nesse caso, portanto, existe uma igualdade de razões que pode ser representada pelo conceito de equidade.¹³ Equidade, nesse sentido, mostra-se ela mesma como um *objetivo social multidimensional*,¹⁴ indicativo dos critérios de justiça distributiva pelos quais uma dada sociedade se organiza.

Com o alargamento das funções jurisdicionais para adjudicação de bens coletivos,¹⁵ deixando de tratar somente de interesses individuais, as funções judiciais ganharam um caráter amplamente distributivo,¹⁶ por intervirem na alocação de ônus e benefícios entre as pessoas em geral. Em matéria ambiental, especialmente, essa característica é bastante evidente, como se nota dos exemplos que ilustram as situações examinadas nos próximos itens deste capítulo. Interferindo na utilização e apropriação de recursos naturais (como a água, o ar, o solo, madeiras, minerais etc.), o poder jurisdicional gera conseqüências bastante relevantes na maneira como a sociedade distribui seus recursos disponíveis.¹⁷

2.2 A eficiência como paradigma de mercado

O conceito de eficiência, diversamente daquele de equidade, examinado no item anterior, não é formulado a partir do conceito de justiça, mas do modelo de mercado ideal,¹⁸ no qual os agentes

(12) MacIntyre, *op. cit.*, p. 121.

(13) Daí, portanto, a afirmação de Aristóteles de que "a justiça e a equidade são portanto a mesma coisa, embora a equidade seja melhor". *Ética a Nicômacos*, V, 3, 1.137b (na edição brasileira citada, p. 109).

(14) Burton A. Weisbrod. Conceptual perspective on the public interest: an economic analysis. In: Burton A. Weisbrod *et al.* (org.). *Public interest law: An economic and institutional analysis*. Berkeley: University of California Press, 1978. p. 5-6.

(15) Vide Parte I, Capítulo 2, item 2.3.

(16) Nesse sentido vide Lopes, *op. cit.*, p. 24-26.

(17) Esta temática é retomada no item 3.4, do último capítulo desta parte.

(18) Para uma enumeração dos requisitos de uma definição formal do mercado, vide Mark Mark Seidenfeld. *Microeconomics predicates to law and economics*. Cincinnati: Anderson Publishing, 1996. p. 35. O mercado ideal

econômicos, consumidores e produtores, agem por impulsos racionais para maximizar seus ganhos. Sob esse ponto de vista, as decisões dos agentes econômicos são tomadas em bases racionais de forma a aumentar a satisfação de seu interesse pessoal. Consumidores agem para maximizar a satisfação de suas necessidades, vale dizer, suas preferências,¹⁹ produtores, seus lucros.²⁰

Observa-se, portanto, com relação a estes postulados, que a "microeconomia postula uma teoria do comportamento humano, a qual é chamada de racionalidade econômica, e o faz simplificando assunções sobre os atributos do mercado ou das transações do interesse".²¹ As preferências, sob esta ótica, são definidas de maneira racional por indivíduos autônomos, de forma exógena ao processo social e político,²² sendo, neste sentido, inteiramente *acontextuais*.²³

Em suma, a eficiência pode ser vista como uma espécie de vetor que orienta os agentes em um sistema de mercado, expressando a maneira de se obter o máximo consumo de bens e serviços a partir de uma dada quantidade de recursos.²⁴

é aquele que opera em base inteiramente competitiva. Sobre uma análise do modelo ideal de mercado, vide também Douglas R. Williams, *Environmental law and democratic legitimacy*, *Duke Environmental Law and Policy Forum*, vol. 4 (1994). p. 6-7.

(19) Assim entendidas como escolhas racionais de um produto em relação a outro, observadas a partir de algumas presunções racionais levantadas pela teoria econômica. Para uma enumeração das bases racionais de consumo, vide Seidenfeld, *op. cit.*, p. 5.

(20) Seidenfeld, *op. cit.*, p. 21, traduzido do original.

(21) Idem, *ibidem*, p. 1. Conforme o autor: "It uses this theory and its simplified description of the relevant economic world to create analytically rigorous models that predict the outcome that would occur in this simplified world" (p. 1).

(22) Cf. Williams, *op. cit.*, p. 6.

(23) Conforme expressão utilizada por Cass R. Sunstein. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1990. p. 246, para qualificar as teorias baseadas na *Rational Choice Theory* (Teoria da Escolha Racional).

(24) Cf. Mark Sagoff. *The economy of earth: philosophy, law, and the environment*. Cambridge (England)/New York: Cambridge University Press, 1988. p. 33-39, p. 27. Note-se: a produção só é eficiente se os bens produzidos forem absorvidos pelo consumo, embora, de maneira mais abreviada, seja possível

O conceito de eficiência pode ser visualizado através de duas perspectivas, a *técnica* e a *alocativa*. A primeira é significativa do menor custo possível para produzir uma dada mercadoria. A segunda "tem a ver com o grau com que recursos produtivos de todos os tipos são colocados em seu mais valioso uso",²⁵ tomando em consideração neste aspecto o critério conhecido como *ótimo de Pareto*.

A definição paretiana de eficiência é dirigida à análise econômica do bem-estar social, afirmando que uma dada mudança econômica, que altere uma alocação de recursos existentes, somente pode ser considerada uma melhoria (em relação à situação existente), se alguns indivíduos ficarem em situação melhor do que antes, sem que nenhum outro fique em situação pior.²⁶

Desta forma, observa-se oferecer o conceito de eficiência um critério para mensurar não apenas atividades privadas no mercado, mas também a atuação do funcionamento dos mecanismos jurídicos e das ações estatais na sociedade.

Sob essa perspectiva, o direito exerce uma função vital na alocação social do universo de recursos disponíveis. Esse diagnóstico, fornecido pela teoria econômica, conduz a importantes e valiosos instrumentos de análise de problemas jurídicos, fornecendo elementos para identificar qual o custo e a repercussão, em valores de mercado, de uma dada medida jurídica. Mais do que isso, indica os custos implicados e a maneira menos custosa de se atingir um determinado objetivo.²⁷

Visto sob esta perspectiva, o *ótimo de Pareto*, significativo do critério de eficiência, coloca-se como um objetivo neutro em relação a demandas da sociedade, vale dizer, sem o conteúdo normativo de indicar qual das demandas sociais deve ser atendida.²⁸ Postula, dessa

afirmar que eficiência é tirar o máximo de uma dada quantidade de recurso, tendo implícito que essa produção apenas será valiosa se for objeto de consumo.

⁽²⁵⁾ Cf. Weisbrod, *op. cit.*, p. 49.

⁽²⁶⁾ Cf. Seidenfeld, *op. cit.*, p. 49.

⁽²⁷⁾ Sagoff, *op. cit.*, p. 38, traduzido do original. Retome-se, a esse propósito, o posicionamento adotado nos termos da nota 1, acima.

⁽²⁸⁾ Cabe distinguir, por dever de precisão, o *Pareto-ótimo* do chamado *Pareto-eficiente*, pelo qual uma dada mudança na distribuição dos recursos, que

maneira, como situação eficiente, aquela geradora de aumento de riqueza de alguns sem lesar a qualquer outro. O conceito de Pareto, portanto, não implica qualquer posicionamento valorativo, no sentido de indicar qual objetivo a sociedade deva perseguir. Corresponde a uma espécie de teste *prima facie* da justificabilidade ou não de uma determinada medida ou política a ser implantada.

2.3 A eficiência como asserção normativa

A neutralidade do paradigma paretiano, examinado no item anterior, não é unânime entre os teóricos que a utilizam. Muitos, além de utilizarem a análise econômica como instrumento de determinações fatuais e de asserções positivas, dimensionando e descrevendo uma situação específica, postulam uma visão normativa de como o direito – e a sociedade – deveria ser. Nesse enfoque, aqui tomado como contraponto, a eficiência é colocada como o objetivo único de todo o sistema sociopolítico.²⁹

Esse tipo de visão está estreitamente relacionado com a teoria desenvolvida por Ronald Coase, durante as décadas de 60 e 70, nos Estados Unidos, para explicar o problema dos custos sociais.³⁰ Essa teoria, conhecida como *The Coase Theorem*, teve especial importância para área jurídica por derivar de uma área fronteira entre o direito e a economia, com grande reconhecimento nas duas áreas.

Basicamente, essa teoria sustenta que, na ausência de custos transacionais, os agentes de mercado, atuando em bases racionais, sempre irão negociar para obter um resultado eficiente, independente-

prejudique algumas pessoas e favoreça outras, deve ser tal que o aumento de riqueza produzida com essa mudança, permita compensar efetivamente as pessoas prejudicadas sem deixar ninguém em pior situação que antes. Cf. Weisbrod, *op. cit.*, nota 5, p. 8.

⁽²⁹⁾ Sobre os postulados normativos da análise econômica do direito, vide Sagoff, *op. cit.*, p. 29-33.

⁽³⁰⁾ Cf. Ronald H. Coase. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, vol. 3 (1960). p. 1-41. Para uma versão reduzida, acompanhada de comentários, vide Richard L. Revez. *Foundations of environmental law and policy*. Oxford/New York: Oxford University Press, 1997. p. 9-17. Para um rápido histórico do desenvolvimento das idéias econômicas em relação ao direito, vide Sagoff, *op. cit.*, p. 34-39.

mente de como os direitos são atribuídos pelo sistema legal.³¹ Antes dessa teoria, "a sabedoria aceita era de que normas legais poderiam melhorar a eficiência econômica, prevenindo que empresas externalizassem seus custos",³² nos termos do que foi discutido no capítulo anterior.

No entanto, Coase sustentou, invertendo as conclusões dos que o antecederam, que as externalidades podem ser corrigidas, com maior eficiência, deixando aos próprios agentes de mercado sua solução. Isso porque, para ele, o resultado da negociação entre as partes, diversamente da ação corretiva do direito, busca a eficiência econômica, gerando, portanto, melhores resultados.

O modelo de mercado ideal, referido acima, é a base da formulação dessa teoria.

Segundo esse modelo, a definição de valor de todos os bens jurídicos é efetuada a partir do sistema de preços, no qual existe uma exata correspondência entre o valor de uma mercadoria e a quantia que o consumidor esteja desejoso e capaz de pagar por ela,³³ ou seja, o valor é o preço de mercado. Seguindo essa lógica, também os recursos ambientais estão sujeitos a uma avaliação pelos critérios de mercado.

Retome-se, a esse propósito, o exemplo formulado no capítulo anterior, relativo a empresa poluente e o agricultor.³⁴ Assuma-se que a empresa estaria disposta a pagar R\$ 200,00 pela utilização daquele

⁽³¹⁾ Cf. Seidenfeld, *op. cit.*, p. 91. Em inglês se utiliza a expressão *entitlement* para indicar a ligação entre um determinado direito e seu titular ou classe de titulares.

⁽³²⁾ Daniel A. Farber. The case against Brilliance. *Minnesota Law Review*, vol. 70 (1986). p. 917-929, traduzido do original.

⁽³³⁾ O tema central do trabalho inicial Ronald H. Coase é o exame como o sistema de preços operaria sem normas de responsabilidade por dano, comparando, com essa finalidade, as duas soluções (a de mercado e a jurídica) em termos de eficiência. Cf. Coase, *op. cit.*, p. 2-6. A base dessa teoria é conhecida como WTP (*Willingness to Pay*), para designar quanto as partes envolvidas estariam desejosas a pagar por determinado bem. Para uma exposição crítica a este ponto de vista, vide Cass R. Sunstein. *Free markets and social justice*. Oxford e New York : Oxford University Press, 1997. 249-250; também, Daniel A. Farber. From plastic trees to Arrow's theorem. *University of Illinois Law Review*, vol. 1986, n. 2. p. 337-360.

⁽³⁴⁾ Item 1.2 do Capítulo 1, acima.

recurso (para deposição de seus dejetos industriais) e o fazendeiro R\$ 100,00 (para irrigação, por exemplo). Com isso, se o fazendeiro estivesse investido do direito de usufruir do curso d'água, a empresa acharia lucrativo pagar qualquer quantia abaixo de R\$ 200,00 para adquirir o direito de uso. Da mesma maneira, o fazendeiro abriria mão da utilização daquele recurso natural por qualquer valor superior a R\$ 100,00.

Existe, em tese, portanto, a possibilidade de uma negociação que resultaria num aumento de riqueza para as duas partes, isto é, um pagamento pela empresa de valor entre R\$ 100,00 e R\$ 200,00 pelo uso do curso d'água. Nos termos do que foi exposto no item anterior, esse resultado seria economicamente eficiente, tendo em vista permitir às duas partes saírem melhor do que estavam, sem prejuízo a nenhum dos envolvidos.³⁵

Há ainda outra aplicação analítica do *Coase Theorem* para o direito: essa teoria permite afirmar que, em algumas situações, independentemente de como o direito distribua vantagens e encargos, as partes negociarão em torno das normas jurídicas para alcançar o resultado eficiente, invertendo as posições juridicamente estabelecidas. Com isso, pouco importa a modificação legal de algumas posições jurídicas.

Tome-se, nessa situação, o exemplo da responsabilidade por defeitos no produto: "Suponha que nós temos uma regra dizendo que os compradores de carro devem arcar com os reparos em seus veículos, independentemente de qual seja a causa do dano. A corte ou o legislador muda essa norma, para atribuir o ônus de certos reparos aos vendedores de carros. Nós podemos esperar os vendedores aumentando os preços ou fazendo contratos a fim de reverter o ônus dos reparos para os compradores novamente".³⁶ Note-se que, na posição anterior e posterior à alteração jurídica, os compradores estarão arcando com os custos dos reparos, sendo indiferente a mudança normativa de responsabilidade.

Considerando o tipo de análise desenvolvida acima, é possível concluir que a análise econômica, de viés tradicional, não só fornece

⁽³⁵⁾ Cf. Williams, *op. cit.*, p. 10-11.

⁽³⁶⁾ Steward Macaulay *et al.* *Contracts: law in action*. Madison : Institute for Legal Studies, 1993. p. 9.

instrumentos analíticos para o estudo de como o direito interfere nas relações econômicas e sociais, como traz implícita uma leitura normativa do fenômeno jurídico, postulando que: 1) ele deve estar orientado para produzir aqueles resultados economicamente mais eficientes; 2) as vontades pessoais dos indivíduos, através de transações, são mais aptas a alcançar soluções eficientes.

Sob esta perspectiva, portanto, o direito perde a primazia como forma de alocação dos recursos sociais, colocando-se em xeque a capacidade do direito de promover mudanças distributivas, produzindo alterações sociais ou de mercado que deixem a coletividade em situação melhor do que a que estava antes de sua intervenção.³⁷

O posicionamento de Coase, portanto, modificou o pensamento econômico em relação ao direito. Na consideração emergente, deixou-se de ver a norma legal como uma forma de levar as partes a um comportamento de maximização de riqueza a partir da correção das imperfeições do mercado. Ao contrário, o papel do direito passou a ser visto como o de minimizar os custos transacionais, permitindo aos agentes, através da livre negociação, atingir resultados economicamente ótimos.³⁸

Essa ordem de conclusões atingidas pela análise econômica do direito implica importantes posicionamentos práticos em relação ao direito, tanto sob a perspectiva de políticas públicas como na forma do direito operar quotidianamente na sociedade.

Os defensores desse ponto de vista, exemplificativamente, sustentam a *rescisão eficiente do contrato*,³⁹ postulando que o descumprimen-

³⁷ Cf. Sagoff, *op. cit.*, p. 29-30.

³⁸ Neste sentido Seidenfeld, *op. cit.*, p. 93; também Sagoff, *op. cit.*, p. 31. Para uma proposta no sentido de que na aplicação do direito se deve ter atenção para os custos transacionais implicados, vide Calabresi e Melamed, *op. cit.*, p. 1.089-1.128. Outros teóricos da análise econômica do direito – e o próprio Coase – desviam dessa concepção limitada do papel do direito na correção das falhas de mercado. Sobre o posicionamento pessoal de R. Coase, vide Neil K. Komisar. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994. p. 105-112.

³⁹ *Efficient breach of contract* no direito norte-americano. Para uma análise desse tipo de posicionamento, vide Ian R. Macneil. *Efficient breach of contract: circles in the sky*. *Virginia Law Review*, n. 68 (1982). p. 942-969.

to do contrato é socialmente benéfico quando o ganho da parte inadimplente supere a perda da parte lesada.⁴⁰ Para eles, portanto, *quebra* eficiente do contrato deve ser incentivada, devendo o legislador na formulação e o juiz na aplicação da lei favorecer esse tipo de conduta, reduzindo os custos do inadimplemento, pela redução da responsabilidade contratual da parte que deu causa ao rompimento do pacto, reduzindo custos transacionais adicionais.⁴¹

Aplicado ao meio ambiente, esse tipo de raciocínio traz conclusões igualmente contrárias à lógica jurídica tradicional. Esse tipo de análise coloca o meio ambiente e outros interesses públicos sob a consideração de bens submetidos ao regime de mercado. Assim, no exemplo descrito acima, usando-se o critério definidor dos preços de mercado (a disponibilidade do consumidor em pagar), pode-se atribuir o valor de R\$ 100,00 ao benefício social de manter o rio sem poluição, que é o valor correspondente ao preço que o agricultor aceitaria pagar para usar a água não contaminada. Qualquer medida legal que impusesse à indústria custos superiores àquele valor seria ineficiente e, portanto, indesejável, porque proporcionaria à empresa uma perda maior do que o ganho para a sociedade, avaliado pela quantia a ser paga pela conservação daquele recurso hídrico. Nos estritos termos da aplicação da análise de custo e benefício, a empresa do exemplo, desde que compelida a pagar o custo da poluição (no caso R\$ 100,00), deveria ser investida no direito de poluir, solução, nessa linha de análise, capaz de promover os resultados mais eficientes.

2.4 A insuficiência do critério de eficiência

A proposição normativa exposta no item anterior, postulando a supremacia da eficiência sobre os critérios de equidade que tradicionalmente regem as relações sociais, no entanto, não resiste ao severo escrutínio de suas premissas.

O modelo de mercado, não obstante ofereça um poderoso instrumento de análise, não pode ser tomado pelo mundo real, que não

⁴⁰ Defendendo essa posição vide Posner, *op. cit.*, p. 89-96; para uma visão crítica vide Daniel A. Farber. *Reassessing the economic efficiency of compensatory damages for breach of contract*, *Virginia Law Review*, p. 1.443-1.484.

⁴¹ Cf. Posner, *op. cit.*, p. 128-130.

funciona sempre sob os mesmos pressupostos e não produz sempre os mesmos resultados. Para alguns teóricos, esse modelo de mercado deve ser tomado como paradigma, porque se coloca como valorativamente neutro, no sentido de as definições das preferências nele veiculadas serem realizadas em completa independência a fatores exógenos ao mercado.

Assim, ao estenderem os métodos de análise do mercado para relações políticas e sociais, fazem uma tentativa de "não apenas informar, mas de substituir o processo político",⁴² embora possam não reconhecer tal circunstância. Contrariamente ao que postulam, o processo político – e não o mercado – deve reunir e julgar as opiniões e crenças dos cidadãos, tendo em vista a simples razão de a vontade geral não poder ser tomada pela soma das vontades individuais.

Antes de mais nada, é importante destacar que, diversamente do que sustentam aqueles que pretendem ver o direito a partir do ideal de mercado, as transações entre as partes não são livres de custos. Contrariamente, em inúmeros casos, eles são tão elevados a ponto de inviabilizar qualquer arranjo de cunho mercantil.

Os problemas de degradação ambiental, a esse propósito, são típicos de situação em que o conflito não se desenvolve da maneira bipolar, por envolver muitas partes e diversos tipos de interesses, tornando a negociação difícil, custosa e, algumas vezes, simplesmente impossível. O postulado da eficiência, portanto, não apresenta uma alternativa para correção de imperfeições do mercado, como as externalidades, uma vez que equivocadamente desconsidera a ocorrência de custos transacionais, inevitáveis na quase totalidade dos casos.

Mesmo Ronald Coase, criador da teoria inspiradora daquele tipo de posicionamento, admite a ocorrência de situações em que os custos para a solução de problemas pelo mercado podem ser altos e a regulamentação estatal pode ser mais vantajosa: "Regulamentação governamental direta não dará necessariamente melhores resultados que deixar os problemas para serem resolvidos pelo mercado (...). Mas igualmente não há razão por que, em ocasiões, tal regulamentação administrativa governamental não deve conduzir a uma melhora na eficiência econômica. Essa situação seria particularmente provável quando, como é normalmente o caso de perturbação por fumaça, um

⁽⁴²⁾ Sagoff, *op. cit.*, p. 37.

grande número de pessoas é envolvido e que, portanto, os custos para trabalhar o problema através do mercado (...) pode ser alto".⁴³

De fato, a análise de custo e benefício a preços de mercado, pela qual se apura o padrão de eficiência, não pode ser o único instrumento utilizado para avaliar decisões governamentais, embora seja inegável que, em determinadas circunstâncias, ela ofereça um bom instrumental analítico e, sobretudo, apresente o mérito de pôr em evidência aspectos da eficiência muitas vezes desconsiderados na dinâmica política. Subsiste, porém, o fato incontestado de o mercado, por ter como pressuposto operações bilaterais, ser incapaz de avaliar o real montante do custo social de suas atividades. No exemplo acima, tanto o agricultor quanto a fábrica não conseguiram quantificar o custo da poluição do rio para outros eventuais usuários, tais como pescadores, nadadores ou remadores.

Por razões técnicas essa vertente da análise econômica conduz a resultados inconsistentes, isto é, a mais de um resultado reputado economicamente eficiente, sendo necessário, em qualquer instância, que se defina primeiro como realizar a distribuição social de quem são os titulares dos direitos em questão.⁴⁴

Tomando-se em consideração, por exemplo, medidas puramente distributivas (transferência de riqueza de um titular a outro, sem a criação de novas), que podem ser moralmente desejáveis para sociedade, a análise de custo e benefício não é capaz de responder qual é a mais desejável. O mesmo ocorre quando bens intangíveis, como os ambientais, diferentes daqueles normalmente colocados no mercado, são objeto de análise, podendo, nesse caso, a definição inicial do titular conduzir a diferentes resultados, ambos aptos a ser considerados eficientes sob a ótica estritamente paretiana.⁴⁵

⁽⁴³⁾ Coase, *op. cit.*, p. 15-19, traduzido do original. Defendendo as posições originalmente sustentadas por Coase, vide Komesar, *op. cit.*, p. 109-110.

⁽⁴⁴⁾ Esta análise é baseada em Daniel A. Farber e Philip P. Frickey. *Law and public choice: a critical introduction*. Chicago : The Chicago University Press, 1991. p. 33-37; também em Daniel A. Farber. *From plastic trees*, *op. cit.*, p. 337-384.

⁽⁴⁵⁾ Cf. Farber e Frickey, *op. cit.*, p. 34. Se uma determinada legislação (ou outra decisão estatal) não encontra justificativa na análise de custo e benefício, é chamada de *rent-seeking*, no sentido de que a medida custa mais para o

Essa insuficiência da análise de custo e benefício pode ser ilustrada pela decisão de destruir a área de cobertura florestal: considerando que se as madeiras fossem titulares do direito de derrubar as árvores, o preço que os ambientalistas estariam dispostos ou poderiam pagar para deixar as árvores em pé seria menor do que aquele que as madeiras aceitariam receber para deixar a reserva intocada. Nessa situação a preservação custaria mais para as madeiras do que o benefício aproveitado pelos ambientalistas, resultando mais eficiente o corte das árvores.

De maneira inversa, se, no exemplo tratado, os ambientalistas fossem os titulares do direito de prevenir a devastação da floresta, exigiriam pela derrubada das árvores um preço muito mais alto do que as madeiras gostariam ou poderiam pagar. Nesse caso, uma decisão mandando cortar as árvores seria ineficiente, atingindo solução contrária à primeira hipótese, tendo em vista que, agora, o prejuízo impingido aos ambientalistas pela extração da madeira superaria os ganhos que poderiam obter as madeiras.

“Análise de custo e benefício é indeterminada nessa situação”,⁴⁶ conduzindo a soluções incongruentes, nas quais uma mesma decisão (de cortar as árvores) pode ser ao mesmo tempo eficiente e ineficiente.

Essas diferenças de resultados, decorrentes das modificações das posições de que as partes são titulares, podem também ser analisadas a partir da constatação de que os sujeitos orientam suas preferências a partir de suas posições iniciais e não da apreciação racional das alternativas. Sob essa perspectiva, conclusões como as de Coase partiriam do pressuposto equivocado de que as pessoas definem racionalmente suas preferências, sem levar em conta o contexto das tomadas de decisão individual.

Na verdade, “preferências são uma função do contexto; um complexo conjunto de forças mentais fundamenta escolhas e a noção de ‘preferência’, como uma abreviação para aquelas forças, pode conduzir a descaminhos e direções não-lucrativas”.⁴⁷ Sob este argumen-

público em geral do que beneficia um grupo de interesse ativo, deixando a sociedade como um todo pior que antes. Para esse grupo, no entanto, o benefício é palpável e, ainda mais, privadamente apropriável.

⁽⁴⁶⁾ Cf. Farber e Frickey, *op. cit.*, p. 35.

⁽⁴⁷⁾ Sunstein. *Free markets, op. cit.*, p. 248.

to, Cass R. Sunstein rejeita as preferências acontextuais, ou seja, baseadas exclusivamente em processos de escolha racional, na qual os agentes são vistos como meros maximizadores de seus interesses. Para ele, preferências são endógenas, ou seja, dependentes do contexto social e político em que se realizam. Essa característica, para ele, se observa a partir do *efeito constituinte* e da *tendência do status quo*.⁴⁸

O chamado *efeito constituinte* refere-se ao fato de as preferências serem frequentemente formadas em função da posição ou alocação inicial de que as pessoas são titulares em um determinado contexto social. Isso significa dizer que “a alocação inicial – a regra legal dizendo a quem pertence o que, antes das pessoas começarem a contratar umas com as outras – serve para criar, para legitimar e para reafirmar entendimentos sociais de base presuntiva sobre a titularidade dos bens”.⁴⁹

Alguns estudos têm apontado essas posições iniciais como criadoras de um “estado de referência” a partir do qual as pessoas realizam julgamentos sobre o justo, os quais orientam a formação de suas preferências. Possivelmente, esse posicionamento inicial tem um efeito legitimante, “podendo sugerir que as titulações ‘naturalmente’ fazem parte de onde elas têm estado localizadas e, portanto, colocam uma carga social contrária mesmo em mudanças voluntárias”.⁵⁰

Para o autor mencionado, não há como o Estado deixar de fixar essas posições iniciais, que apenas não são verificadas em anarquia e em estado de natureza. Mesmo o *direito de poluir* implica constranger as vítimas a não adotarem por si medidas para corrigir os infortúnios por elas sofridos.⁵¹

⁽⁴⁸⁾ *Endowment effect* e *Status quo bias* no original, respectivamente.

⁽⁴⁹⁾ Assim, alocação inicial dos recursos sociais (ar, água, florestas etc.) podem produzir percepções individuais sobre a titularidade dos bens em questão. Daí as dificuldades da regulamentação ambiental que, afetando alocações iniciais (de poluidores, proprietários etc.), fere percepções individuais construídas com base nos posicionamentos previamente estabelecidos.

⁽⁵⁰⁾ *Idem*, p. 250-251.

⁽⁵¹⁾ Cf. Sunstein. *Free markets, op. cit.*, p. 252: “In any legal system, by contrast, a right to pollute is indeed backed by the force of law. It is accompanied by state-enforced prohibitions on certain sorts of corrective action by victims, including physical violence, or the attempted taking, by victims, of relevant property interests”.

Ademais, para efeitos analíticos, deve-se considerar que o efeito constituinte pode ser originado, também, da experiência, no sentido que, quem usa um produto ou goza de um direito, pode aprender a apreciar seu valor, criando barreiras que tornam as pessoas mais resistentes a negociar as posições já obtidas, gerando um sentimento antecipado de arrependimento por eventuais perdas.⁵²

Por seu turno, a chamada *tendência do status quo* aponta para o fato de que “as pessoas parecem dar mais peso para o *status quo* do que seria previsto pelos modelos de escola racional convencionais”.⁵³ Esta tendência pode comportar uma explicação inteiramente racional, baseada na observação segundo a qual ela implicaria altos custos envolvidos em qualquer transação, mas não se pode deixar de considerar outros fatores nela implicados como a aversão a perdas, o esforço para reduzir a dissonância cognitiva em relação a situações novas, o desejo de evitar futuros arrependimentos e preocupações com a responsabilidade moral em introduzir modificações no *status quo*.⁵⁴

A partir dessa constatação é possível afirmar que leis e decisões que ameçassem instituições vigentes são submetidas a um exame social mais rigoroso.⁵⁵ Assim, também sob o ponto de vista do autor aqui estudado, impossível a neutralidade das normas legais entre preferências diversas, tendo em vista que a preferência mesma pode ser resultado ou criação de normas legais precedentes instituidoras de um *status quo* determinado.⁵⁶

⁵² Cf. Sunstein. *Free markets*, *op. cit.*, p. 251.

⁵³ Sunstein. *Free markets*, *op. cit.*, p. 252.

⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 252-253.

⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 255.

⁵⁶ O autor discutido enumera em seu trabalho uma série de outros fatores que se contrapõem às teorias baseadas na *rational choice*. Sunstein. *Free markets*, *op. cit.*, p. 256-261. Vale mencionar: *adaptive preferences* (as pessoas adaptam suas preferências às situações por elas vivenciadas); *intrapersonal collective action problems* (indicando que os sujeitos trazem internalizadas as normas vigentes e fazem suas opções de consumo levando em conta normas sociais existentes e escolhas passadas); *casades* (referindo aos hábitos e costumes que podem ser vulneráveis a inversões de larga escala a partir de pequenas intervenções governamentais); *availability heuristic* (afirmando que as pessoas percebem o mundo tomando por base os eventos que lhes são psicologicamente “disponíveis”, que vêm primeiro a mente em determinadas situações).

2.5. Eficiência e equidade: avaliando e realizando objetivos sociais

Não obstante os problemas levantados no item anterior com relação a objetivos sociais afirmados a partir de bases puramente econômicas, é preciso ter claro não significarem tais problemas sejam eficiência e equidade objetivos mutuamente excludentes.

Com efeito, alocar eficientemente os recursos não implica, necessariamente, cortar custos sem qualquer atenção à qualidade e quantidade resultantes. Pode-se afirmar, nesse sentido, que seria justo e eficiente organizar o sistema econômico de maneira a permitir aos consumidores obter os bens e serviços preferidos e, em alguma medida, a riqueza da sociedade seria distribuída para aquelas pessoas que viessem sendo mais produtivas em contribuir na formação daquela riqueza.⁵⁷ Sob um enfoque diferente, eficiência “diz respeito ao tamanho do ‘bolo’ resultante da sociedade, enquanto equidade envolve julgamentos sobre as porções relativas de ‘bolo’, que vão para as várias pessoas, e o processo pelo qual (ou a ‘justiça processual’ com a qual) cada porção é decidida”.⁵⁸

Se, por um lado, não é possível admitir que o critério de eficiência elimine o de equidade, por outro, não parece viável realizar objetivos sociais sem levar em conta a maneira mais eficiente de os implementar, para que produza os melhores resultados com o menor custo para a sociedade. Isso mostra-se impossível sem a apreciação dos variados custos e benefícios implicados na medida legal que se tiver sob exame. É preciso reconhecer, portanto, “a importância da análise de custo e benefício quando usada estritamente para informar o público e as

⁵⁷ Weisbrod, *op. cit.*, p. 6, devendo-se observar que, como parece ser o caso brasileiro, “if some consumers are too poor to have much, or any, effective demand for certain goods and services, then even though the economy is not operating *inefficiently* when it fails to provide such goods for those consumers, we may (or not may) judge that the economy is operating *inequitably*” (destacado no original).

⁵⁸ Weisbrod, *op. cit.*, p. 4, tendo em vista pequenas adaptações na tradução do texto original, vale a reprodução na versão integral: “Efficiency, in this context, concerns the *size* of society’s output ‘pie’, while equity involves judgments about the relative *amounts* of the ‘pie’ that go to various people, and the process by which (or the ‘procedural justice’ with which) the amount are decided” (destacado no original).

autoridades sobre os reais custos de mercado associados, por exemplo, com a demanda de terras para mineração e aumento da segurança em auto-estradas".⁵⁹

À análise econômica, relativamente aos objetivos sociais, cabe propiciar à sociedade o conhecimento dos custos implicados em qualquer decisão estatal e, mais do que isso, revelar a maneira menos onerosa em termos globais de atingir os objetivos culturais e éticos por ela definidos. O problema da análise de custo e benefício discutido anteriormente ocorre quando se considera a eficiência como objetivo único, capaz de resumir os demais, e em postular uma primazia do mercado para sua obtenção, como uma espécie de foro para todas as decisões sociais.

Em uma visão que aproxime os objetivos de equidade e eficiência, é possível afirmar que, se as atribuições de recursos sociais "são eficientes e seus efeitos distributivos são tidos como equitativos, elas podem ser julgadas como claramente desejáveis".⁶⁰

Avaliação desse teor, entretanto, é dependente da definição dos objetivos sociais que legitimamente se quer perseguir. Sem tal definição é impossível saber se uma ação estatal é desejável ou não, reforçando a importância dos procedimentos na definição do interesse público.⁶¹ Rejeita-se, isso sim, o mercado como palco privilegiado ou exclusivo de decisões sociais, reduzindo qualquer valor social ao sistema de preços e concebendo a vontade geral como a simples soma das preferências individuais.

Esse posicionamento, afastando o mercado como espaço exclusivo de produção de decisões estatais, remete à questão de saber-se, então,

⁽⁵⁹⁾ Sagoff, *op. cit.*, p. 38; é a análise que autor chama de "custo efetivo", em oposição a de "custo e benefício", que traria previamente definido o objetivo social da eficiência.

⁽⁶⁰⁾ Weisbrod, *op. cit.*, p. 8, traduzido do original. Para o autor a avaliação desses efeitos implica em: 1) determinar quais são estes efeitos eficientes e equitativos, 2) atingir um acordo sobre sua desejabilidade, e 3) decidir se algum efeito indesejado supera os efeitos favoráveis. Para um tratamento do papel do direito do consumidor nas relações de mercado, vide, do autor, O direito do consumidor e suas influências sobre os mecanismos de regulação do mercado. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 17 (janeiro-março/1996), p. 85-86.

⁽⁶¹⁾ Conforme sustentado no item 2.3 do Capítulo 2 da Parte I, acima.

qual instituição deve decidir sobre qual objetivo estatal, trazendo à luz a necessidade de uma análise comparativa institucional, apta a determinar o melhor caminho para se atingir adequadamente determinado objetivo social.

Retoma-se, neste ponto, a posição afirmada no Capítulo 2 da parte inicial deste trabalho, segundo a qual, tão importante quanto a definição do objetivo é a escolha da instituição social adequada para atingi-lo.

De fato, a escolha de objetivos e de instituições que os levem à frente está intrinsecamente relacionada. "Por um lado, o desempenho institucional e, portanto, a escolha institucional não podem ser avaliados exceto em face da referência a algum objetivo social ou conjunto de objetivos. Por outro, porque em abstrato nenhum objetivo pode ser consistente com um vasto grupo de políticas públicas, a decisão de quem decide determina como o objetivo molda as políticas públicas".⁶²

Evidencia-se, assim, a importância de uma análise comparativa institucional, como resposta à necessidade de juntar critérios de eficiência econômica com objetivos sociais fundados em equidade, pois a distribuição de recursos sociais entre os vários interesses em competição, da qual depende a realização de um ou de outro objetivo social, é condicionada à escolha de qual instituição, caracterizada por processo decisório próprio, deverá decidir sobre eles. Com isso é preciso saber, comparativamente, como cada instituição responde a um determinado tipo de interesse.⁶³

Sob o enfoque principal do objetivo social de preservação do meio ambiente, o próximo capítulo leva adiante essa questão de saber qual instituição melhor responde a esse particular interesse da sociedade.

⁽⁶²⁾ Komesar, *op. cit.*, p. 5.

⁽⁶³⁾ *Idem*, p. 10.

3

O MEIO AMBIENTE COMO PROBLEMA PROCESSUAL

SUMÁRIO: 3.1 O problema da defesa judicial do meio ambiente - 3.2 O equacionamento legal dos problemas ambientais no Brasil - 3.3 O sistema seletivo de proteção judicial do meio ambiente - 3.4 A primazia da tutela específica na proteção judicial do meio ambiente.

3.1 O problema da defesa judicial do meio ambiente

Para que a jurisdição obtenha resultados positivos na realização de múltiplos objetivos sociais, solucionando falhas de mercado ou do processo político, como um importante produtor de decisões sociais, é preciso ensinar aos interessados amplo acesso, de forma a lhes conferir iniciativa em defesa dos valores juridicamente protegidos. A aptidão da jurisdição em proporcionar a fácil propositura de ações deve ser proporcional à efetividade de suas respostas, de forma a atuar não apenas na solução de litígios, mas também a demover - e a desestimular - os agentes da prática de atos contrários ao interesse público protegido.¹

O problema do acesso à justiça está relacionado com os custos envolvidos em qualquer iniciativa judicial,² trazendo evidentes consequências à disposição dos agentes em promoverem a defesa de interesses gerais. As medidas judiciais são custosas, implicando des-

⁽¹⁾ Retome-se, nesse sentido, os itens 1.2 e 1.4, do Capítulo 3, da Parte I, acima.

⁽²⁾ "É inexorável que todo processo civil tenha um custo", Donald Armelin. Responsabilidade objetiva no Código de Processo Civil. In: José Rogério Cruz e Tucci, *Processo civil: evolução, 20 anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 87.

pesas com sua preparação, iniciativa e patrocínio, somando gastos que vão muito além das custas judiciais e dos honorários advocatícios. Esses encargos com o patrocínio de qualquer ação judicial dificultam a iniciativa judicial de eventuais interessados, notadamente naqueles casos de interesses difusos e coletivos, em que a parcela de interesse pessoal envolvido é muito pequena.

De maneira geral, pode-se qualificar esses custos associados com a litigância como *custos de informação*,³ uma vez que indicam a necessidade de aquisição de conhecimento e experiência que torne possível operar com as formalidades e complexidade inerentes ao processo. A presença do advogado, nesse sentido, pode ser uma forma de reduzir os custos de informação necessária aos autores para adquirir e dominar o conhecimento e a experiência necessários ao patrocínio de seus interesses em ações judiciais.

Ações em matéria ambiental, em especial, envolvem custos elevados. O meio ambiente está relacionado a problemas de elevada complexidade, cuja formalização em um processo judicial envolve elevado grau de sofisticação. A defesa judicial do meio ambiente implica questões 1) de conhecimento técnico e científico, 2) de informação imperfeita, 3) de risco substancial, 4) de partes numerosas, 5) de múltiplas possíveis alternativas, 6) de pluralidade de centros de decisão e 7) de oportunidades para efeitos de natureza distributiva.⁴

Esses custos de informação ocorrem não apenas em relação ao procedimento judicial, mas também em qualquer iniciativa de defesa do meio ambiente, através dos mecanismos de representação e pressão junto à administração e ao legislativo. Em muitos problemas ambientais, como, por exemplo, os ligados à biodiversidade ou ao risco decorrente de exposição duradoura a agentes tóxicos, o custo de informação para

⁽³⁾ Cf. Neil K. Komesar. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994. p. 127.

⁽⁴⁾ Esta enumeração é proposta por David M. Trubek. Environmental defense I: introduction to interest group advocacy in complex disputes. In: Burton A. Weisbrod, Joel F. Handler, e Neil K. Komesar, et al. (org.) *Public interest law: an economic and institutional analysis*. Berkeley: University of California Press, 1978. p. 102-194. Essas dificuldades apresentadas pelas ações judiciais relacionadas com problemas ambientais são retomadas no item 2.7, do Capítulo 2, da Parte III, abaixo.

o cidadão comum é tão alto que ele pode não ter recursos sequer para se inteirar de sua parcela de interesse envolvida no problema.⁵ A própria dificuldade de percepção do problema afasta qualquer iniciativa em sua solução.

A questão central na defesa judicial do meio ambiente, como também de outros interesses difusos ou coletivos, pode ser, portanto, colocada como uma questão de custos. “De fato, os custos de litigância e de execução de medidas são tão altos, as parcelas de interesse pessoal *per capita* tão pequenas e o efeito-carona associado com as despesas processuais tão endêmicas que é impossível mesmo imaginar resolver a questão de bens públicos no processo de adjudicação”,⁶ sendo necessário mudar radicalmente os incentivos da litigância para reverter isso.

O principal ponto da defesa do meio ambiente, nesse caso, diz respeito a uma questão de *representação*,⁷ isto é, de indagar por quais formas tal interesse é representado nos vários processos sociais (não apenas no judicial). Como está exposto adiante, a centralidade dessa questão se deve à dispersão desse tipo de interesse por um grande ou indeterminado número de sujeitos.

Note-se, a esse propósito, que, na dinâmica econômica, o mercado coloca-se como um mecanismo de representação de demandas, no qual “compradores têm demandas – vontade somada ao desejo e capacidade de pagar — e vendedores estão ansiosos em satisfazer essas demandas se puderem aumentar seus lucros com isso”.⁸ O mercado, em seu modelo ideal, opera, portanto, como um sistema no qual os interesses

⁵ Komesar, *op. cit.*, p. 71: “The most dormant groups are those whose members do not even recognize a need for political action”. Essa observação vale também para outros interesses difusos diversos dos ambientais.

⁶ Komesar, *op. cit.*, p. 129, traduzido do original, usando-se “execução de medidas” para traduzir *enforcement* e “efeito-carona” referindo o fenômeno conhecido por *free-riding* ou beneficiário gratuito.

⁷ Em sentido amplo, expressando a preocupação por quem exerce a função de defesa desse interesse, seja em juízo, no legislativo ou perante órgãos da administração.

⁸ Burton A. Weisbrod. Conceptual perspective on the public interest: an economic analysis. In: Burton A. Weisbrod *et al.* (org.). *Public interest law: an economic and institutional analysis*. Berkeley: University of California Press, 1978. p. 15.

dos consumidores são transmitidos aos produtores com um aceitável grau de fidelidade.

Nessa dinâmica, os interesses difusos e coletivos tendem a permanecer sub-representados. Tendo em vista a sua dispersão, acabam não sendo transmitidos adequadamente pelos mecanismos de mercado. Com isso, poucos recursos são alocados nos bens ligados ao seu atendimento. É o caso, por exemplo, de reservas ambientais, filtros de poluição, estações de tratamento de água, todos dependentes de outros fatores, que não são naturais aos mecanismos de mercado, para sua realização.⁹

Sendo assim, as demandas do *tipo coletivo* acabam não sendo atendidas, enquanto aquelas do *tipo individual* encontram cabal atendimento no mercado privado.¹⁰ Afinal, essas, diversamente daquelas de cunho coletivo, independem de qualquer organização, aparecendo formuladas nas opções de compra do consumidor diretamente manifestadas no mercado. As demandas do *tipo coletivo*, ao contrário, não são praticamente transmitidas porque, em virtude de seu alto grau de dispersão, os sujeitos interessados agem como *free-riders* (caronas), tentando se beneficiar da iniciativa de outras pessoas na defesa do bem comum em disputa, o qual, caso se concretize os abrangerá, sem qualquer custo ou compensação.

Com efeito, “qualquer benefício que um indivíduo possa ganhar produzindo uma ação coletiva através de sua contribuição, seria ainda maior se ele ou ela não tivesse contribuído com nada”.¹¹ Sob essa perspectiva, observa-se haver um incentivo para os agentes se recusarem a contribuir, levando outras pessoas a suportarem os custos da participação política da iniciativa judicial ou mesmo da simples negociação.

Deve-se considerar, também, que as demandas coletivas incorporam *juízos coletivos* e envolvem problemas de *comensura-*

⁹ Esse tipo de problema é também apresentado pela doutrina, sob a rubrica genérica de “bens coletivos” (*public goods*). Vide John Rawls. *A theory of justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971. p. 265-274; também Fábio Nusdeo. *Curso de economia, introdução ao direito econômico*. São Paulo: RT, 1997. p. 186-190.

¹⁰ Cf. Weisbrod, *op. cit.*, p. 15.

¹¹ Komesar, *op. cit.*, p. 69.

bilidade,¹² que dificilmente são assimilados pelos mecanismos de mercado.

Não obstante a especial importância do meio ambiente para todos, a grande dispersão de seus problemas entre os agentes faz com que a importância da participação de cada pessoa em sua proteção seja infinitesimal, potencializando o *efeito-carona*¹³ de qualquer ação coletiva para sua defesa.¹⁴

Tendo por base a relação de cada sujeito individual com o bem em disputa, observa-se uma variação no grau de concentração do interesse, conforme o número de pessoas envolvidas. Quanto mais concentrado, maior a parcela de benefício cabente a cada indivíduo pessoalmente, tornando mais provável que estes indivíduos, motivados por sua parcela pessoal de interesse, assumam a iniciativa em sua proteção. Nessa perspectiva, os interesses mais concentrados tendem a ser super-representados, inversamente aos mais difusos, que tendem a ser sub-representados.

Essas tendências de sub-representação dos interesses difusos é verificada em qualquer nível de ação política, mas constata-se, de maneira especial, junto ao legislativo (não apenas no tocante à sua composição, mas à influência sobre ele dos grupos de pressão). Estas conclusões são afirmadas pela chamada *Interest Group Theory of Politics* (Teoria Política dos Grupos de Interesse), que, a partir do estudo da influência dos grupos de pressão sobre o legislativo e sobre agências administrativas nos Estados Unidos, chegou à constatação da prevalência dos interesses mais concentrados sobre os mais difusos.¹⁵

Com efeito, quanto mais difusos os interesses entre os vários participantes de um dado processo, maior a tendência a serem sub-representados, tendo em vista a relação de custo e benefício de qualquer

⁽¹²⁾ Cf. Cass R. Sunstein. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge : Harvard University Press, 1990. p. 261-265, conforme desenvolvido no item 2.2, do capítulo anterior.

⁽¹³⁾ Vide nota 6, acima.

⁽¹⁴⁾ Cf. Daniel A. Farber e Philip P. Frickey. *Law and public choice: a critical introduction*. Chicago : The Chicago University Press, 1991. p. 23.

⁽¹⁵⁾ Para um apanhado das premissas e da evolução desse tipo de análise, vide Farber e Frickey, *op. cit.*, p. 13-33; também Komesar, *op. cit.*, p. 54-58.

iniciativa em sua defesa. Observe-se que o efeito-carona significa, também, um aumento crescente de custos, na medida em que aumenta o número de "caronas" ou beneficiários gratuitos.¹⁶ A participação política, em todos os níveis, implica uma série de custos, associados com a organização de uma ação coletiva, que impõe a necessidade de identificar outras pessoas em posição similar, de adquirir conhecimento sobre processos políticos complexos e sobre os possíveis canais de influência.¹⁷ Na hipótese dessa ação coletiva redundar em um processo judicial, outros custos serão adicionados, incluindo a remuneração de advogados, peritos, pagamento de custas etc.

A presunção de que os interesses mais concentrados tendem a prevalecer,¹⁸ entretanto, não pode ser tomada de forma absoluta. Esse tipo de conclusão está baseada na aplicação de teorias econômicas a fenômenos sociais, que, como analisado no capítulo precedente,¹⁹ pecam por considerar os agentes exclusivamente sob a ótica da racionalidade de mercado, alimentados por seu exclusivo interesse pessoal.

Não se trata de negar importância à constatação de uma diferente capacidade de organização dos grupos minoritários, sem dúvida um fator significativo na análise da realidade social e política contemporânea. Rejeita-se, entretanto, a completa desconsideração de fatores ideológicos nas ações coletivas e, por conseqüência, nos processos de tomada de decisão estatal.²⁰ Mais ainda, a análise econômica de questões políticas, afirmando a supremacia dos grupos minoritários, deixa de considerar que um dos principais problemas da democracia

⁽¹⁶⁾ Cf. Komesar, *op. cit.*, p. 55, em especial, nota 3.

⁽¹⁷⁾ Neste sentido, Komesar, *op. cit.*, p. 71-72.

⁽¹⁸⁾ Sustentada fundamentalmente pela Teoria Política dos Grupos de Interesse, vide item 2.3 do Capítulo 2, da Parte I, acima.

⁽¹⁹⁾ Em especial itens 1.6 do Capítulo 1 e 2.3 do Capítulo 2, desta parte.

⁽²⁰⁾ Nesse sentido Farber e Frickey, *op. cit.*, p. 24, apontam que a abordagem econômica, ao afirmar o interesse pessoal como exclusivo agente causal na política, parece uma perspectiva cínica e, muitas vezes, indevidamente otimista, porque ignora o lado perverso da ideologia, como exemplificado pelo nazismo e outros *hate groups*. Analisando a influência de outros fatores na produção legislativa, mas reconhecendo a importância da análise econômica, vide Susan Rose-Ackerman. *Progressive law and economics - and the new administrative law*, *Yale Law Journal*, vol. 98 (1988). p. 341-368.

moderna, que é, exatamente, o domínio das posições majoritárias em prejuízo das minorias, a chamada "tirania de muitos".²¹

A falha do tipo de análise acima apresentada, é considerar o domínio político sob a influência de uma só força, a dos grupos de interesse mais concentrados, minoritários. É necessário ampliar o espectro da análise dos grupos de influência sobre os processos decisórios estatais, trazendo à consideração a existência de outras forças que atuam na formação das políticas públicas consagradas em leis, decisões administrativas e judiciais.²²

Respondendo a esse problema, teoria formulada pelo Professor Neil R. Komesar, afirma ser possível, analiticamente, agrupar essas forças em *tendências minoritárias*, reunindo interesses mais concentrados, de grupos menores, e *tendências majoritárias*, indicando aqueles interesses dispersos, relativos a grupos mais numerosos.

Assim consideradas as influências que atuam sobre o processo político, as diferenças no prevailecimento de um ou de outro interesse podem ser explicadas conforme o tamanho do grupo, a parcela cabente a cada um de seus membros, a distribuição dos impactos de uma determinada medida entre os sujeitos e a sua capacidade de organização, tendo em vista um amplo número de fatores, inclusive a sua habilidade em utilizar de recursos retóricos e de mecanismos institucionais que estejam disponíveis.

Para Komesar, essa divisão entre tendências majoritárias e minoritárias (*majoritarian and minoritarian bias*) serve como base para uma resposta à análise econômica do direito, a partir da assimilação e reação a elementos de várias tendências, em especial às teorias

⁽²¹⁾ Nesse sentido James Madison. *The forging of American federalism - Selected writings* (Saul K. Padover, editor). New York : Harper & Row, 1965. p. 53: "When a majority is included in a faction, the form of popular government, on the other hand, enables it to sacrifice to its ruling passion or interest both the public good and the rights of other citizens". Para um revisão histórica da influência desse problema no constitucionalismo norte-americano, vide H. Jefferson Powell. Reviving republicanism. *Yale Law Journal*, vol. 97 (1988), p. 1.703-1.711; também, Martin S. Flaherty. History "Lite" in Modern American Constitutionalism. *Columbia Law Review*, vol. 95 (1995), p. 523-590.

⁽²²⁾ Sobre o processo decisório na formação das políticas públicas, vide itens 2.2 e 2.3, do Capítulo 2, da Parte I.

conhecidas como *Public Choice* e a *Interest Group Theory of Politics*. Trata-se de uma estratégia analítica que toma por base a participação dos sujeitos nos processos políticos (inclusive judicial), analisada a partir do chamado *modelo de duas forças* (*two-force model*), que leva em conta a influência das tendências majoritárias e minoritárias nos processos de tomada de decisão estatal, em oposição ao *one-force model*, das teorias que sustentam o prevailecimento daqueles interesses mais concentrados.²³

Sob essa perspectiva de análise, é de grande importância a constatação de que impactos sofridos por interesses difusos não são distribuídos de forma regular entre os vários sujeitos por alguma forma com eles implicados. Por isso, entre a totalidade daqueles que sofreram alguma repercussão no interesse *per capita*, podem existir subgrupos cujo impacto sofrido tenha sido suficientemente alto para incentivá-los a provocar os demais membros da maioria menos interessada.²⁴ Estes subgrupos, agregando sujeitos que tenham sido mais afetados do que os demais, podem ter a capacidade de ativar a maioria, atuando como "catalisadores", para dar impulso a uma ação coletiva em defesa do interesse majoritário.²⁵

Outros fatores também podem atuar em favor do prevailecimento do interesse mais difuso, como a disponibilidade de informação (oficial ou através da imprensa, reduzindo os custos de sua obtenção), a existência de mecanismos legais de redução de custos (o direito de petição ou a ação civil pública, que possibilitam reduções nos custos da obtenção de informações junto a órgãos públicos e de acesso ao judiciário) a menor complexidade da matéria (o risco decorrente de energia nuclear, tendo em vista a percepção pública do problema²⁶),

⁽²³⁾ Cf. Komesar, *op. cit.*, p. 53-97.

⁽²⁴⁾ Cf. Neil K. Komesar. A job for the judges: the judiciary and the Constitution in a massive and complex society. *Michigan Law Review*, February, n. 86 (1988). p. 674.

⁽²⁵⁾ Komesar. *Imperfect alternatives*, *op. cit.*, p. 84.

⁽²⁶⁾ Nos riscos implicados na utilização de energia nuclear, embora de avaliação complexa, envolvendo pequena probabilidade de acidentes, mas gravíssimas conseqüências, a percepção do público a respeito é, por várias razões, bastante sensível. Sobre as diferenças entre a avaliação técnica e popular desse tipo de risco vide Robert S. Friedman. Dealing with public perceptions of health risks in a nuclear world, *Nuclear Plant Journal*, March-April, 1989.

a evidência do valor total do bem ameaçado (a poluição de um manancial de água potável, ante a iminência de racionamento) e a desuniformidade na distribuição de custos e benefícios (o movimento dos moradores do bairro diretamente prejudicados pela instalação de um aterro sanitário).

Os capítulos iniciais desta parte examinaram as características fundamentais dos problemas ambientais, colocando para o direito, e mais precisamente para o judiciário, a missão de suprir imperfeições do mercado e do processo político. O Capítulo 2 examinou de que maneira a preservação do meio ambiente aparece como um objetivo social, pelo exame das principais matrizes pelas quais ele pode ser tratado, evidenciando o meio ambiente como problema político, ligado à maneira pela qual a sociedade escolhe e leva adiante seus objetivos.

Neste item, por seu turno, foi examinado um problema fundamental da defesa do meio ambiente: a deficiência de sua representação nos processos de decisão social.

Como foi visto, em razão da grande dispersão dos interesses pessoais envolvidos, ocorre um incentivo para que os agentes aguardem a iniciativa de outros, gerando o problema de falta de iniciativas em sua proteção. Foi apontada, entretanto, a possibilidade de outros fatores como ideologia, irregularidade na distribuição das parcelas de interesse pessoal e arranjos institucionais específicos poderem ajudar a romper a inércia quanto à sua defesa.

Nos próximos itens será examinado como o direito brasileiro responde a esse tipo de problema, examinando-se, primeiramente, como se dá o equacionamento legal do tipo de interesse em foco e, depois, a apresentação dos mecanismos criados para responder ao problema. Por fim será analisada a natureza da resposta judicial em proteção ao meio ambiente.

p. 66-75. O autor aponta que, em uma lista de 30 atividades e tecnologias submetidas à pesquisa, a energia nuclear foi apontada, pelos setores mais populares pesquisados, em primeiro lugar, como a atividade com maiores riscos implicados. Entre especialistas ficou em vigésimo. A energia elétrica comum (não-nuclear) ficou por volta do décimo nono lugar na avaliação popular e em nono na de especialistas.

3.2 O equacionamento legal dos problemas ambientais no Brasil

Conforme foi visto no Capítulo 1 desta parte, os problemas ambientais estão relacionados à dificuldade de controle da externalização de custos e benefícios decorrentes de qualquer atividade que tenha repercussão de natureza ecológica. Essa possibilidade de externalização, como visto no item anterior, está estreitamente relacionada à dificuldade de representação desses interesses nos vários processos sociais. Em razão de sua grande dispersão pelos sujeitos, faltam incentivos para que se tomem iniciativas em sua defesa.

Essa presença da externalidade, típica dos problemas ambientais, verifica-se no mercado, atingindo suas relações, e também nos processos políticos, por envolver o descompasso entre as esferas decisórias estatais e a distribuição dos impactos pela população, fazendo com que nesses dois processos sociais haja deficiência em sua representação. Também no processo judicial esta deficiência se apresenta, tendo em vista que a pequena parcela de interesse pessoal dos sujeitos envolvidos dificulta a tomada de iniciativas custosas destinadas a beneficiar um grande número de pessoas. É o efeito *free-riding* apontado acima.

Com isso, há sempre a possibilidade de terceiros, não diretamente envolvidos em determinados processos políticos ou relações de mercado, suportarem custos ou gozarem benefícios de uma atividade que não lhe diga respeito. Esse problema é potencializado pelo fato de o meio ambiente apresentar elevado grau de dispersão, maior ainda do que se nota em outros casos de interesses difusos e coletivos, em virtude de os seus elementos constitutivos estarem relacionados a grandes redes ou seqüências de interdependência.²⁷ Nesse medida, qualquer atividade (pública ou privada), provocadora de um impacto minimamente re-

²⁷ Sobre a interdependência dos problemas ambientais, vide Terence L. Thatcher. Understanding interdependence in the national environment: some thoughts on cumulative impact statements under the national environment policy, *Environmental Law*, n. 20 (1990). p. 611-647, sustentando a necessidade de os estudos de impacto ambiental considerarem a cumulação de impactos. Sobre a natureza dos bens ambientais, vide Carol M. Rose. Rethinking environmental controls: management strategies for common resources, *Duke Law Journal*, vol. 1991. p. 1-38, afirmando que "environment belongs to the realm of the 'commons', the things that don't belong to anybody in particular" (p. 5). Nesse aspecto, também, item 2.3, do Capítulo 2, da Parte I.

levante atinge de forma extensa e irregular um grande número de pessoas e de interesses.

Para responder a esses problemas, a defesa judicial do meio ambiente no Brasil foi disciplinada, conjuntamente com outros interesses difusos e coletivos, pela Lei 7.437/85, a chamada Lei da Ação Civil Pública.²⁸

A disciplina processual dos interesses dessa espécie parte do correto diagnóstico de que a proteção ao meio ambiente tem características comuns a outras áreas de dispersão e a pequena parcela de interesse pessoal dos sujeitos envolvidos²⁹ também não leva ao equacionamento cômodo na categoria de *direito subjetivo*, que serve de base às demais relações jurídicas em nosso sistema.

De fato, o alargamento das funções jurisdicionais resultante da incorporação de interesses não enquadráveis em termos estritamente individuais gerou a necessidade de assimilação de novas categorias jurídicas. Antes da incorporação pelo sistema jurídico brasileiro da defesa judicial de interesses difusos e coletivos, a doutrina reconhecia a existência de *interesses legítimos*, situados a meio caminho entre o direito subjetivo (proteção outorgada a um indivíduo determinado) e o interesse simples (interesse genérico — não protegido — do indivíduo no cumprimento da lei). Esse *interesse legítimo* seria aquele relativo às normas de aplicação geral, que, reflexamente, satisfazem interesses individuais, como, por exemplo, o interesse do vizinho em que a construção contígua à sua respeite normas de recuo e outras disposições urbanísticas.³⁰

⁽²⁸⁾ Destaque-se que a Constituição Federal de 1988 (artigo 5.º, inciso LXXIII) estabeleceu a possibilidade da ação popular (Lei 4.717/63) ser utilizada contra atos da Administração lesivos ao meio ambiente, conforme apontado na nota 3, do item 1.1, do Capítulo 1, da Parte II desta obra.

⁽²⁹⁾ Conforme desenvolvido no item anterior.

⁽³⁰⁾ Sobre esta classificação doutrinária vide Kazuo Watanabe. *Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo : RT, 1980. p. 42-43; e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 1969. vol. 1. p. 202-205; também Rodolfo de Camargo Mancuso. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo : RT, 1994. p. 58-63, sustentando essa modalidade de classificação.

O equacionamento jurídico dos interesses transindividuais, que, na falta de critérios definidores, fora tormentoso em nossa doutrina,³¹ foi pacificado pelo advento do Código de Defesa do Consumidor.³² Ao utilizar o cruzamento de critérios *subjetivos*, tomando por base a posição dos sujeitos individualmente considerados, e *objetivos*, tendo por base a natureza da distribuição do objeto da proteção judicial entre os interessados, forneceu a chave para o equacionamento e atendimento daquele tipo de interesse.³³

O Código de Defesa do Consumidor, aplicável extensivamente às disposições processuais da Lei 7.347/85,³⁴ categoriza essa espécie de interesses em *difusos, coletivos e individuais homogêneos* (artigo 81, parágrafo único).

Conforme esclarece Kazuo Watanabe “na conceituação dos interesses ou direitos ‘difusos’, optou-se pelo critério da *indeterminação* dos titulares e da inexistência entre eles de relação *jurídica-base*, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo”.³⁵

No tocante aos interesses ou direitos tratados por coletivos, o Código de Defesa do Consumidor optou pelo critério objetivo da indivisibilidade e subjetivo da especial configuração do titular do direito postulado, como “grupo, categoria ou classe” (artigo 81, parágrafo único, inciso III), assim considerados pela ligação de pessoas entre si ou com a parte contrária através de uma *relação jurídica-base*.

⁽³¹⁾ Sobre a discussão anterior ao advento da legislação a respeito, vide Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Edis Milaré e Nelson Nery Junior. *Ação civil pública e tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo : Saraiva, 1984; Ada Pellegrini Grinover. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. *Revista de Processo* 14/15, São Paulo : RT, 1984. p. 25-32; Kazuo Watanabe. *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir*. In: Ada Pellegrini Grinover (org.), *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo : Max Limonad, 1984. p. 85-97.

⁽³²⁾ Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

⁽³³⁾ Cf. Kazuo Watanabe. *Da defesa do consumidor em juízo. Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1992. p. 501.

⁽³⁴⁾ Conforme expressamente disposto no artigo 117 daquele diploma legal, que introduziu o artigo 21 na Lei da Ação Civil Pública, remetendo expressamente àquela disciplina legal.

⁽³⁵⁾ *Da defesa do consumidor, op. cit.*, p. 532-533.

Os chamados interesses individuais homogêneos, de sua feita, também são definidos através da vinculação entre os sujeitos afetados, no sentido de estarem agregados por uma "origem comum",³⁶ diferenciando-se dos designados coletivos por possuírem um objeto divisível, ou seja, que pode ser distribuído entre os vários sujeitos implicados.³⁷

Importante notar ter a classificação legal considerado como fator definidor o cruzamento dos critérios subjetivo e objetivo, tendo em vista o posicionamento dos sujeitos individuais em relação ao objeto da proteção judicial, e levando em conta o grau de dispersão (indeterminação subjetiva) e a natureza da parcela de interesse pessoal envolvida (divisível ou indivisível). A partir dessas premissas foi, assim, construída cada uma das categorias enumeradas.

Esses fatores considerados pelo legislador, de alguma forma, coincidem com aqueles apontados no item anterior como definidores da disposição dos sujeitos em tomar iniciativa em defesa do interesse, quer dizer, conforme seu grau de dispersão ou de concentração. Nesse sentido, os difusos são os de maior dispersão e menor parcela de interesse pessoal, os individuais homogêneos, no outro extremo, são os de maior concentração, sendo a parcela de interesse de cada sujeito até mesmo destacável do todo. Os denominados coletivos situam-se em um plano intermediário, pertencendo a um grupo identificável de pessoas, ao qual se pode atribuir um determinado bem jurídico.

Embora essa classificação admita a existência de bens de atribuição coletiva, cujo objeto não pode ser dividido entre os vários interessados, deve-se observar que não deixa de considerar a posição de cada sujeito em relação ao interesse comum. De fato, o exame da concentração ou dispersão de um determinado tipo de interesse, tomando por base o posicionamento dos vários sujeitos afetados em relação a um fato lesivo, é importante para avaliar a natureza e a conveniência da resposta judicial em cada caso.

Nesse sentido, é inegável que, por mais disperso que seja o interesse, sempre parcela de interesse pessoal dos sujeitos implicados

⁽³⁶⁾ Artigo 81, parágrafo único, inciso III, do *Código de Defesa do Consumidor*.

⁽³⁷⁾ Para a discussão da tipologia dos interesses difusos e coletivos, vide do autor, Legitimidade para agir: o desenho processual da atuação do Ministério Público, In: Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz (org.), *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo : Atlas, 1997. p. 247-254. Vide Quadro 4, ao final do capítulo, resumindo a matéria.

remanescerá nos interesses difusos e coletivos. Essa parcela, é claro, poderá até não ser destacável para atender ao indivíduo separadamente, tendo em vista tratar-se de parte de um grande todo, não atribuível a um sujeito isolado. Tome-se em consideração o exemplo de contaminação de um corpo hídrico por um agente tóxico: a degradação ambiental decorrente afetará um grande número de pessoas, sendo que o interesse pessoal de cada uma delas variará de acordo com circunstâncias pessoais, como a proximidade de sua moradia, a suscetibilidade pessoal, a utilização do recurso ambiental degradado etc.

Não obstante trate-se, a princípio, de um interesse difuso, consistente na preservação do recurso hídrico afetado, a degradação ambiental, certamente, afetará mais diretamente os moradores da região que utilizavam diariamente aquele manancial com finalidades várias. Esses têm, sem dúvida, uma maior parcela de interesse pessoal envolvido do que o freqüentador esporádico da localidade, ou de ambientalista de outro estado preocupado com a preservação desse tipo de recurso natural ou, ainda, do estudioso de limnologia tropical.

Há, assim, sensível variação do grau de intensidade entre os interesse das várias pessoas atual ou potencialmente envolvidas, sem que o objeto de seus interesses possa ser dividido: a preservação ou destruição do recurso ambiental atinge igualmente a todos, embora variem os interesses pessoais de cada um. Não obstante a indivisibilidade do objeto, remanesce a parcela de cada um dos envolvidos. Uma coisa é o sistema legal não emprestar proteção especial a essas parcelas e não reconhecer legitimidade para seus titulares. Outra é desconhecer sua existência.

Nos interesses designados de coletivos, cujo objeto também é indivisível, a situação é a mesma, podendo ser irregular o interesse de cada um dos sujeitos participantes do grupo. Retome-se o exemplo de poluição formulado acima, considerando a hipótese da contaminação ter impossibilitado o uso da água pelos horticultores da vizinhança daquele rio. Esses formam um grupo no qual o interesse de cada um é proporcional ao volume de água por ele utilizado e que agora não pode mais usar. Embora o objeto da proteção jurídica, isto é, a conservação das qualidades hídricas do manancial, seja indivisível, existe o interesse identificável e praticamente quantificável daquele grupo.

Ressalte-se a esse propósito que, como nos interesse difusos, o reconhecimento dos interesses coletivos, pela sistemática vigente,

independe de sua organização.³⁸ O que lhes dá a característica de coletivo é a possibilidade de agregação dos sujeitos individuais em um grupo ou classe, unidos por um traço comum de identidade, tendo em vista o grau de dispersão do interesse em questão. A organização do grupo ou classe não é necessária para o reconhecimento ou para a defesa judicial desse tipo de interesse, o qual, em tese, poderá ser patrocinado por outro dos legitimados, conforme a Lei 7.347/85 (artigo 5.º).

A qualificação do interesse coletivo é jurídica, não fática. O que juridicamente empresta ao interesse a característica de coletivo não é a constatação dos sujeitos envolvidos estarem ou não organizados, mas a possibilidade do bem em questão ser atribuído a uma coletividade específica. Nesse sentido, a possibilidade de atribuição de um bem a um grupo ou uma classe não está condicionada à existência de vínculos organizacionais entre os sujeitos implicados.³⁹

Considerando mais uma vez o exemplo formulado acima, é possível detectar, em uma mesma situação, interesses individuais afetados por fato lesivo a interesses difusos e coletivos. Suponha-se ter a poluição do curso d'água se dado por substância cancerígena e que várias pessoas tenham contraído a doença. Relativamente às perdas e danos suportados por essas pessoas, verifica-se a existência de um interesse individual homogêneo, no qual cada um dos lesados reclama uma parcela de interesses inteiramente separada e diversa da dos demais.

Em suma, o mesmo fato lesivo repercute sobre o interesse difuso, consistente na preservação do recurso natural coletivo ou ainda individual homogêneo evidenciados no exemplo formulado. A qualificação de cada interesse envolvido depende do ângulo pelo qual ele é analisado, não sendo de maneira alguma excludente, pois o reconhecimento de um não preclui o do outro. Ocorre que, nesses casos, "mais

³⁸ Embora esse fator possa ser tomado em consideração na caracterização do grupo ou classe, cf. Rodolfo de Camargo Mancuso. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores*. 4. ed. São Paulo : RT, 1996. p. 50-58.

³⁹ Considere-se o clássico exemplo dos trabalhadores de uma dada empresa, afetados pelas más condições de saúde ocupacional. Independentemente deles estarem ou não organizados, se estará diante de um direito coletivo, em face da possibilidade de atribuição jurídica desse bem.

do que coletivos, os novos conflitos são *plurilaterais*",⁴⁰ tendo em vista, exatamente, a sua elevada dispersão entre sujeitos, variando de acordo com a parcela de interesse pessoal de cada um que esteja implicada com o fato lesivo, sendo certo que a múltipla repercussão no conjunto dos interessados não exclui a proteção de interesses menos dispersos verificados em um mesmo contexto. O aumento da dispersão do interesse, nesse sentido, é coincidente com o aumento da complexidade de cada situação fática concreta.

Pode-se concluir, assim, que, como os interesses pessoais envolvidos são diferentemente afetados em problemas ambientais, é possível que um mesmo fato tenha diversos graus de repercussão, podendo afetar vários sujeitos e várias categorias de interesse de maneira diversificada. Com isso, uma medida em benefício de um interesse mais disperso pode reflexamente beneficiar um mais concentrado, e, reversamente, há situações nas quais, em razão da indivisibilidade do objeto, a defesa de um determinado bem, por um grupo ou mesmo por um indivíduo, pode atender, por via indireta, um interesse difuso.

A complexidade inerente aos interesses difusos e coletivos afeta a abrangência da tutela jurisdicional exigida para atender às situações que os atingem, podendo em um mesmo caso ter de contemplar e algumas vezes conciliar interesse de várias categorias. No caso da poluição tratado acima, diversos segmentos são atingidos, podendo-se em relação a eles vislumbrar providências judiciais tanto de caráter retrospectivo (a indenização dos danos) como prospectivo (o controle da fonte emissora de poluição).

Tendo em vista essas características dos interesses por ela objetivados, a ação civil pública tem freqüentemente em mira a proteção de mais de um tipo de interesse. Certamente, foi também essa razão pela qual a sua disciplina normativa determinou de forma genérica a legitimação para defender indistintamente qualquer um deles, permitindo atacar o conjunto de repercussões decorrentes de um mesmo fato e dotar a tutela jurisdicional de sua necessária abrangência.

Verifica-se, portanto, que os problemas ambientais podem ser equacionados no Brasil sob qualquer das três categorias previstas no ordenamento. De maneira geral, a qualificação dos problemas ambientais

⁴⁰ José Reinaldo de Lima Lopes. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronto a instituição. *Revista USP*, n. 21, março-maio/1994. p. 24.

como de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, dependerá de sua extensão e repercussão sobre os interesses pessoais dos sujeitos direta e indiretamente interessados.

A consideração dos graus de dispersão e das parcelas de interesse pessoal envolvidas tem, pois, importância não apenas para avaliar políticas públicas judiciais contidas nesse tipo de disciplina processual, mas também para corretamente entender essas espécies de interesse na sistemática legal brasileira. O exame, em última análise, permite também comparar, sob a ótica de um determinado objetivo social, qual instituição está mais apta a produzir os melhores resultados (mercado, processo político ou judiciário) na tomada de uma determinada decisão social. Afinal, para realização daqueles objetivos sociais discutidos no capítulo anterior — genericamente agrupados como de equidade e eficiência — um aspecto essencial é a definição de qual instituição é apta para atingir os resultados esperados.⁴¹

A esse propósito, essa opção entre instituições é correspondente, de sua feita, à escolha de um complexo processo decisório com elas relacionado. Trata-se como se disse⁴² de uma escolha entre alternativas imperfeitas, visto que nenhuma delas é apta a realizar plenamente os objetivos sociais inerentes ao sistema. “Definição, realização e implementação daqueles objetivos requerem a operação de complexos e imperfeitos processos de decisão social ou sistemas como o mercado, as cortes e o processo político”.⁴³

Conforme foi visto em capítulo antecedente deste trabalho,⁴⁴ com a abertura da possibilidade judicial da defesa de interesses de natureza coletiva, modificou-se o objeto da prestação jurisdicional, deixando de ser apenas a adjudicação de interesses privados, para passar a decidir sobre outros notadamente públicos. Com isso, o poder jurisdicional passou a exercer um papel fundamental na definição e implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados. Como se viu, os processos envolvendo esse tipo de atuação judicial são fundamentalmente de *interesse público*.⁴⁵

⁽⁴¹⁾ Nesse sentido vide Komesar. *Imperfect Alternatives*, *op. cit.*, p. 20.

⁽⁴²⁾ Vide item 1.6 do Capítulo 1, desta parte.

⁽⁴³⁾ Komesar. *Imperfect alternatives*, *op. cit.*, p. 30, traduzido do original.

⁽⁴⁴⁾ Capítulo 2, da Parte I, em especial nos itens 2.2 e 2.5.

⁽⁴⁵⁾ Conforme item 2.2 do Capítulo 2, da Parte I, acima.

No próximo segmento, é analisada a opção do legislador brasileiro em outorgar legitimidade a entidades estatais e organizações não-governamentais, buscando-se elementos para compreender as bases sobre as quais opera o sistema judicial de proteção ao meio ambiente.

3.3 O sistema seletivo de proteção judicial do meio ambiente

O reconhecimento e equacionamento legal dos problemas ambientais estão estritamente relacionados com a forma pela qual se dá sua defesa em juízo. Visto como o sistema jurídico nacional permite um correto tratamento de interesses desse tipo, resta saber se as alternativas de resposta judicial permitem convenientemente atingir os objetivos de proteção ambiental que o sistema consagra.

De início, cabe retomar a afirmação de que o principal ponto na defesa do meio ambiente é a questão da *representação*,⁴⁶ tendo em vista a tendência dos interesses a ele relacionados permanecerem sub-representados nos vários processos sociais. Esta parte do trabalho recoloca essa questão, focalizando a maneira como a defesa desses interesses deve ser exercida em juízo, investigando suas razões e os fundamentos que lastream o tipo de ordenação processual adotada por nosso direito.

Uma vez aberta a possibilidade da defesa judicial, a questão central desloca-se para a de se saber de que maneira essa defesa pode e deve ser exercida de forma a evitar a sub-representação também nessa instância decisória. Com isso, o problema ganha mais um elemento: a qualidade da defesa patrocinada em juízo. Quem quer que exerça a defesa desse tipo de interesse, tendo em vista sua natureza e repercussão, deve estar capacitado a fazê-lo em condições de igualdade com o interesse contraposto.

Essa opção quanto a quem pode exercer a defesa daqueles interesses está contida na definição da legitimidade para a iniciativa judicial, trazendo implícita uma política pública de acesso à justiça, que expressa uma escolha valorativa do legislador.⁴⁷ As alternativas colocadas na realização dessa opção podem ser resumidas em três diferentes abordagens do problema: 1) a privada, baseada em ações individuais de agentes privados, que ao perseguirem seus interesses pessoais

⁽⁴⁶⁾ Conforme itens anteriores deste capítulo.

⁽⁴⁷⁾ Vide item 2.3, do Capítulo 2, da Parte I, acima.

realizariam a defesa do bem coletivo com aqueles implicado; 2) a governamental ou estatal, através da atribuição de legitimidade a órgãos públicos e entidades oficiais; e 3) organizacional ou associativa, fundada no reconhecimento de organizações não-governamentais, para exercer esse tipo de iniciativa junto ao judiciário.⁴⁸

No Brasil o sistema jurídico contemplou uma alternativa fundamentalmente estatal, baseada no Ministério Público. Este órgão dotado de legitimidade para propor as ações nessa área deve ainda intervir obrigatoriamente naqueles processos iniciados por outros legitimados e neles prosseguir em caso de desistência ou abandono por aqueles.⁴⁹ Essa supremacia do papel desempenhado pelo Ministério Público verifica-se também no dever dos servidores públicos e juízes lhe remeterem toda informação versando sobre violação a interesses difusos e coletivos, além da faculdade de qualquer pessoa poder lhe solicitar providências.⁵⁰ Há ainda, confirmando aquela opção estatal, a possibilidade de entidades estatais e entes governamentais despersonalizados promoverem a defesa judicial desses interesses.⁵¹

A modalidade organizacional foi contemplada pela legislação brasileira de maneira subsidiária. A entidade não-governamental, para promover a ação civil pública, está submetida aos requisitos de ter um ano de constituição à época da propositura da ação e possuir disposição estatutária incluindo a propositura desse tipo de ação entre suas finalidades. O requisito do prazo de constituição pode ser dispensado pelo juiz caso seja demonstrada a relevância social da matéria em causa,⁵² ou, ainda, caso ouvido o Ministério Público, este ratifique a inicial assumindo seu pólo ativo.

⁽⁴⁸⁾ Estas categorias são apontadas no clássico trabalho de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective - A general report. Access to justice.* Milan : Sijthoff/Giuffrè. vol. I. Livro I. p. 5-124. Ressalte-se que os autores utilizam respectivamente as expressões "Private Attorney General" (p. 40), "Governmental" (p. 38) e "Organizational Private Attorney General" (p. 40-43), que não são aqui utilizadas em sua tradução literal.

⁽⁴⁹⁾ Conforme artigo 5.º, parágrafo 1.º, da Lei 7.347/85.

⁽⁵⁰⁾ A teor dos artigos 6.º e 7.º da Lei 7.347/85.

⁽⁵¹⁾ Nos termos do artigo 5.º, *caput*, da Lei 7.347/85 e o artigo 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

⁽⁵²⁾ Artigo 82, parágrafo 1.º, do Código de Defesa do Consumidor.

Na solução da questão da representação acima discutida, o sistema brasileiro optou por privilegiar o critério da seletividade em prejuízo do acesso irrestrito à justiça. Note-se que este critério não é numérico, mas qualitativo, ou seja, não foi motivado pela quantidade de causas levadas ao Judiciário, mas pela maneira como elas são conduzidas em juízo. Sem dúvida, a exclusão da iniciativa individual em defesa de interesses transindividuais "atendeu a um propósito de possibilitar um melhor controle quanto à idoneidade e seriedade na propositura das ações civis públicas".⁵³ O objetivo, ao estabelecer esses critérios de seletividade, foi garantir que aqueles interesses, pertencendo a uma pluralidade de sujeitos, fossem defendidos de maneira adequada em juízo.

Por outro lado, como foi visto nos itens anteriores, a legitimidade individual não resultaria necessariamente na iniciativa de ações judiciais. A experiência brasileira da ação popular, da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, baseada em critério de legitimação individual é bastante significativa quanto a esse aspecto. Não obstante mais de trinta anos de existência, não teve um grande impacto no número de feitos ou na solução dos problemas a que se destinava, acabando por abrir espaço para a legitimação do Ministério Público para defesa do patrimônio público, introduzida pela Lei 8.429/92 e consagrada na Lei 8.625/93. Destaque-se que "a diferença entre a ação popular constitucional e a ação civil pública que visam a anular atos lesivos à moralidade administrativa reside exclusivamente na legitimação ativa: à primeira, é legitimado o cidadão; à segunda, o Ministério Público".⁵⁴

Na determinação da legitimidade, nosso legislador, portanto, preferiu adotar um critério formal de seletividade, no qual importam as características objetivas dos sujeitos legitimados, não suas condições materiais de exercer a defesa dos interesses em questão. No caso do Ministério Público e das outras entidades estatais legitimadas a outorga legal de legitimidade é objetiva, pouco importando sua capacidade material em desempenhar as respectivas funções. No caso das associações verifica-se objetivamente o preenchimento dos requisitos de estabelecimento por prazo superior a um ano e de finalidade estatutária.

⁽⁵³⁾ Mancuso, *op. cit.*, p. 105.

⁽⁵⁴⁾ Ada Pellegrini Grinover. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular - Possibilidade de conexão, continência e litispendência. In: Milaré, Édís Milaré. *Ação civil pública: Lei 7.347/85 - Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*, São Paulo : RT, 1995. p. 23.

Uma alternativa seria nossa legislação ter adotado sistemática semelhante à da *class action* do direito norte-americano, que utiliza um critério de seletividade material, em que o juiz verifica as condições efetivas do postulante para ser "certificado" como representante da classe lesada, apreciando inclusive as qualificações técnicas dos profissionais que o assistem. Nos Estados Unidos a questão da representatividade da parte na *class action* é matéria relativa à chamada *certification*, ou seja, ao atendimento dos pré-requisitos estabelecidos pela regra 23, das Federal Rules of Civil Procedure. Esta certificação toma em consideração se: "1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros seja impraticável, 2) existem questões de direito ou de fato comuns para a classe, 3) os pedidos ou defesas das partes representadas são típicos de pedidos e defesas da classe e 4) as partes representadas irão justa e adequadamente proteger os interesses da classe" (*rule 23*). Em outras modalidades de ação, nos Estados Unidos, como as *citizen suits*, a lei norte-americana não impôs qualquer limite ao ingresso em juízo.⁵⁵

Diversamente, o sistema brasileiro de proteção judicial do meio ambiente pode ser considerado como *seletivo*, priorizando o objetivo de seletividade das demandas sobre aquele de máxima abertura do acesso à justiça. Sob o ponto de vista do sujeito, interessado em promover um interesse difuso ou coletivo, o acesso ao Judiciário torna-se limitado, devendo submeter sua demanda, previamente, ao critério de uma organização associativa ou do Ministério Público.

Tal critério adotado pelo sistema brasileiro expressa uma política concernente à administração da justiça, com aspectos positivos e negativos que devem ser apreciados, sob o prisma dos resultados que a opção preferida está apta a produzir, tendo em vista o objetivo de proteção ambiental ou dos demais bens jurídicos a que se destina. Para tanto, embora o sistema brasileiro apresente uma abertura para a solução organizacional, combinando elementos dos dois modelos, toma-se aqui em consideração apenas suas características fundamentais, como opção por uma abordagem estatal do problema, com ênfase

⁽⁵⁵⁾ Sobre a matéria, vide Richard L. Marcus e Edward F. Sherman. *Complex litigation, cases and materials on advanced civil procedure*. 2. ed. St. Paul-Minnesota : West Publishing Co., 1992. p. 282-348. O sistema norte-americano de defesa judicial do meio ambiente é retomado no Capítulo 2 da Parte III.

no Ministério Público, em contraposição à alternativa da legitimação individual de cada um dos possíveis interessados.

A alternativa estatal vem sendo alvo de severas críticas,⁵⁶ tendo em muito contribuído para elas o diagnóstico da Teoria dos Grupos de Interesse e da chamada *Public Choice*, para as quais as entidades estatais são alvos fáceis da influência dos grupos mais organizados e poderosos no contexto social.⁵⁷

No caso do Ministério Público, tendo em vista seu desenho institucional, essas críticas não se aplicam inteiramente. Nesse aspecto a *independência* e autonomia que caracterizam sua conformação institucional têm um papel positivo, apto a compensar algumas de suas desvantagens naturais como órgão público. Concebido à imagem e semelhança do judiciário,⁵⁸ o Ministério Público é capaz de produzir as decisões de sua atribuição longe das pressões e tendências que distorcem a ação de outros órgãos estatais, apresentando a vantagem de não estar adstrito à inércia característica dos órgãos jurisdicionais.⁵⁹

⁽⁵⁶⁾ O Professor Mauro Cappelletti, de notável influência sobre o direito brasileiro, escrevendo com seu parceiro norte-americano, Bryant Garth, em trabalho anterior à incorporação da defesa dos interesses difusos ao direito brasileiro, *op. cit.*, p. 36, afirma a este propósito que "the sad fact is that in both common law and civil law countries the governmental institutions which, by virtue of their tradition, should protect the public interest, are by their nature unable to do so", apontando que estas instituições são comumente suscetíveis a pressões políticas. Estas críticas teriam sido revistas por Cappelletti em relação ao Ministério Público brasileiro, em conferência posteriormente proferida no Brasil, conforme Hugo Nigro Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo : Saraiva, 1995 (7 ed.). p. 238; também Mancuso. *Ação civil pública*, *op. cit.*, p. 78, nota 13.

⁽⁵⁷⁾ Cf. item 2.5, acima.

⁽⁵⁸⁾ Compare-se as garantias previstas no artigo 95 com aquelas do artigo 128, parágrafo 5.º, inciso I, da Constituição Federal.

⁽⁵⁹⁾ Para Komesar (*Imperfect alternatives*, *op. cit.*, p. 127), a independência é a grande vantagem comparativa do processo judicial. Na construção dessa independência as garantias funcionais ocupam um papel de máxima relevância. "The independence of judges stems primarily from their terms of employment" (p. 124), sustenta. A desvantagem do judiciário, em relação ao legislativo, é exatamente que "judges are far less able to initiate decision-making" (p. 125).

A característica de autonomia do Ministério Público lhe permite, em tese, levar adiante, sem constrangimentos e pressões, a defesa de interesses difusos e coletivos, embora para além das garantias formais possam existir significativas limitações a seu trabalho. Da mesma forma que o Judiciário, ele obedece a impulsos externos que condicionam sua atividade, principalmente no tocante aos recursos orçamentários colocados à sua disposição para realização das tarefas a eles atribuídas. De fato, a definição da capacidade material da instituição é uma das mais sérias restrições à sua independência.⁶⁰ Aumentando o volume de atribuições e reduzindo, ou não aumentando proporcionalmente seus recursos, os agentes políticos podem reduzir a capacidade material de o Ministério Público responder a seus objetivos.⁶¹

A capacidade do Ministério Público está diretamente relacionada com o caráter exclusivamente retórico de certas leis no Brasil, editadas e colocadas em vigor com a consciência de que dificilmente serão aplicadas. Esse problema é especialmente relevante em relação às normas protetivas de interesses difusos, coletivos e sociais, emprestando à legislação um efeito exclusivamente retórico com a criação de um enorme fosso entre a lei e a capacidade dos órgãos públicos de executá-la.⁶²

⁽⁶⁰⁾ Komesar, (*Imperfect alternatives*, *op. cit.*, p. 142-149), tratando das cortes, aponta a definição de sua "escala" (recursos disponíveis no orçamento) como um de seus principais problemas, capaz de torná-las suscetíveis às pressões e outros condicionamentos do processo político.

⁽⁶¹⁾ Em sua análise, aqui tomada como paralelo, Komesar (*Imperfect alternatives*, *op. cit.*, p. 144, nota 22), aponta que "by constraining the size of the judiciary while at the same time increasing the amount of judicial activity in non-antagonistic areas (for example, by passing legislation that requires more activity of the courts), the political process is in a position to decrease the ability of the adjudicative process to confront the political process", o que, analogicamente, muitas vezes ocorre com o Ministério Público no Brasil. O *attorney general*, instituição correspondente nos Estados Unidos, embora variando em cada um dos Estados da federação, não possui as mesmas garantias do Judiciário. Sobre as características da instituição nos Estados Unidos, vide Arlen C. Christenson. A look at the history of the office of attorney general. *Wisconsin Law Review*, vol. 1970. p. 1.057-1.061.

⁽⁶²⁾ Vide a significativa narrativa da diferença entre o *páís real* e o *páís legal* em Fernando Henrique Cardoso. In praise of the art of politics. *Journal of Democracy*, vol. 7 (1996). p. 13-15.

O Ministério Público, como órgão fundamentalmente voltado ao *enforcement*, em matéria cível e criminal, tem sido constante presa desse caráter retórico da legislação.⁶³ Nessas circunstâncias, as garantias formais longe estão de propiciar as condições materiais necessárias para o desempenho do vasto rol de atribuições que se empresta ao órgão público, embora os problemas de ordem estrutural não impeçam de forma completa desempenhe ele um papel relevante na proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos ou coletivos. Ademais, em alguns casos, a simples possibilidade de execução das medidas protetivas previstas em lei pode adquirir relevante função de referência, induzindo ao seu cumprimento.⁶⁴

Sob outro enfoque, a legitimação concorrente de organizações não governamentais, a propósito das eventuais pressões a que o Ministério Público possa ser suscetível, exerce o importante papel de suprir a eventual falta de iniciativa daquele. Esta função exercida pela legitimação das associações é também importante para corrigir possível isolamento do órgão público em relação aos problemas e aos interessados diretos (porém menos interessados).

Se a independência pode ser uma boa garantia contra pressões contrárias ao interesse público, ela pode conduzir também a um baixo grau de responsividade e à perenização de posicionamentos preconceituosos. Nesse aspecto, também, a possibilidade da propositura de ação

⁽⁶³⁾ Apenas na área cível, em período posterior à Lei da Ação Civil Pública, as seguintes leis ampliaram as atribuições do Ministério Público: 7.853, de 24 de outubro de 1989, versando sobre a proteção às pessoas portadoras de deficiência; 7.913, de 7 de dezembro de 1989, tratando de ação civil pública para proteção dos investidores no mercado de valores mobiliários; 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente; 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor; 8.429, de 2 de junho de 1992, contra atos de improbidade administrativa; 8.560, de 29 de dezembro de 1992, estabelecendo procedimento de ofício em investigação de paternidade; 8.884, de 11 de junho de 1994, de proteção à livre concorrência; e a Lei Complementar 76, de 6 de julho de 1993, dispondo sobre procedimento de desapropriação para fins de reforma agrária. Nenhuma dessas leis traz disposição direcionando recursos à atividade do órgão.

⁽⁶⁴⁾ Sobre o papel de litigância judicial na definição da conduta dos agentes, vide Marc Galanter. Adjudication, litigation, and related phenomena. In: Leon Lipson e Stanton Wheeler. *Law and the social sciences*. New York: Russel Sage Foundation, 1986. p. 151-257.

por organizações ou entidades legitimadas pode sanar a deficiência de atuação do *Parquet*. Por isso, tendo em vista a intervenção obrigatória do órgão do Ministério Público nas ações propostas por outros legitimados, é fundamental tenha ele uma posição de respeito à posição do autor, sob pena de estar influenciando negativamente a defesa legítima de um interesse público sustentado por aquele.

A alternativa de constituição de um órgão independente, cuja função seria a de perseguir de ofício o interesse público, com o contrapeso da atuação de entidades privadas, mostra-se mais adequada do que aquela baseada exclusivamente na iniciativa individual dos interessados. Na primeira, embora persistam dificuldades de recursos, como demonstrado, responde-se mais eficientemente ao problema do efeito-carona.⁶⁵ Para um sistema de litigância privada operar satisfatoriamente, seria preciso inverter radicalmente os incentivos para promoção de ações, sendo difícil imaginar fosse ele capaz de produzir um resultado razoável na proteção de bens públicos e de uso comum, como o meio ambiente.⁶⁶

Alguém pode argumentar que a opção brasileira, fundada na iniciativa do Ministério Público, apenas aumenta o *free-riding*, pois impulsionaria as pessoas a esperarem a iniciativa do órgão público, neutralizando a atuação dos próprios interessados. Esses não só deixariam de promover ações judiciais, mas de defender sua parcela de interesse junto as outras instituições sociais.

Esta afirmação, entretanto, deixa de considerar o quanto a atuação de ofício, prevista em nossa legislação, contribui para a redução dos custos implicados na defesa de um dado interesse, fator, como foi visto, de peso fundamental na constituição do efeito carona. A possibilidade de provocar individualmente a iniciativa do Ministério Público constitui uma sensível redução dos chamados custos de informação necessários para defender judicialmente ditos interesses.⁶⁷

Outro importante fator a ser considerado no exame da repercussão da legitimidade do Ministério Público sobre o efeito-carona é, como visto acima, a possibilidade do prevailecimento de tendências majoritárias em determinados contextos em que o interesse público é

⁶⁵ Cf. item 3.1, acima.

⁶⁶ Cf. Komesar. *Imperfect alternatives*, *op. cit.*, p. 129.

⁶⁷ A importância desse fator foi discutida no item 3.1, acima.

representado por grupos minoritários. Nos problemas ambientais, notadamente naqueles em que há evidente irregularidade na distribuição de impactos, é possível que o interesse ambiental seja minoritário em determinados contextos e, ainda pior, sem a vantagem de uma concentração de interesse pessoal que leve a atuar como aqueles grupos que a Teoria dos Grupos de Interesse trata de concentrados, ou seja, para os quais uma medida pública ou a sua omissão assumam o caráter de um bem exclusivo e não coletivo.

Esse é o caso, por exemplo, da instalação de uma fábrica de porte em uma cidade de interior, em prejuízo para uma área de preservação ambiental. Ante a expectativa de postos de serviço, receitas e crescimento, o interesse ambientalista na localidade será certamente muito minoritário, quando não mal visto.

Nessa situação a atuação do Ministério Público terá o significado de proteger aqueles interesses minoritários com reduzidas condições de se organizar e levantar recursos para promover a sua defesa. Outros grupos minoritários, como aqueles baseados em raça, orientação sexual, origem etc. podem incorporar valores fundamentais e perseguir objetivos sociais como liberdade, igualdade ou preservação ambiental. Nessas circunstâncias a iniciativa do órgão público parece não somente adequada, mas necessária para contrabalançar aquela tendência majoritária apontada anteriormente.⁶⁸

Na avaliação da opção brasileira de defesa judicial do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, usando simultaneamente a alternativa *estatal* e a *organizacional*, deve-se considerar que nenhuma delas é inteiramente apta a atender os objetivos propostos, dando motivo para a integração de elementos positivos das várias opções possíveis. Nesse ponto, andou bem o legislador brasileiro ao conciliar a iniciativa do Ministério Público com a de organizações não-governamentais.

Resta saber se o Ministério Público cumprirá os desafios que lhe são colocados para o bom desempenho de suas funções: desenvolver sua *capacidade*, conservar sua *independência* e construir sua *legitimidade* social, de forma a cumprir inteiramente o papel que lhe foi legal e constitucionalmente outorgado.⁶⁹

⁶⁸ Item 2.5, acima.

⁶⁹ As questões da capacidade, da independência e da legitimidade são colocadas por Boaventura de Souza Santos, Maria Manuel Leitão Marques, João

3.4 A primazia da tutela específica na proteção judicial do meio ambiente

O primeiro item deste capítulo apontou as dificuldades da defesa judicial do meio ambiente, abrindo espaço para examinar-se as formas de sua superação, com especial atenção para as soluções adotadas pelo sistema processual brasileiro. Foram, então, examinados mecanismos pelos quais os problemas ambientais são trazidos a juízo, tendo-se verificado que a legislação brasileira os categoriza em difusos, coletivos e individuais homogêneos, usando o cruzamento de critérios subjetivos e objetivos.

Verificou-se, também, no item anterior, a acentuada característica *estatal* na legitimação para defesa do meio ambiente, como de outros interesses da mesma natureza. O Ministério Público pode iniciar todos os feitos que envolvam esse gênero de interesse ou neles intervir, admitindo-se, porém, uma alternativa *organizacional*, a partir da iniciativa das associações para tanto legalmente qualificadas. Como foi visto, trata-se de um sistema seletivo, em que a seletividade dos sujeitos legitimados têm um peso maior do que a abrangência do acesso à justiça.

Examinados, portanto, os mecanismos fundamentais de defesa judicial do meio ambiente, este segmento retoma a discussão dos dois primeiros capítulos, avaliando a natureza e as implicações das respostas judiciais na área de proteção ao meio ambiente, representativas do ponto central deste trabalho.

Tendo em vista a natureza e as características dos problemas ambientais, conforme examinado,⁷⁰ a jurisdição deve ser vista como uma forma de corrigir falhas de mercado e do processo político. No que toca à primeira tarefa, o objetivo da atividade jurisdicional é impor a internalização de custos, os quais sem isso seriam suportados por terceiros ou pela sociedade em geral, ou seja, por sujeitos estranhos à relação de produção e consumo orientada pelo sistema de preços. Relativamente ao processo político, a atividade judicial é voltada a

Pedroso e Pedro Lopes Ferreira (*Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto : Afrontamento, 1996. p. 19-35) como aquelas fundamentais para o Judiciário na sociedade contemporânea, podendo ser perfeitamente aplicadas ao Ministério Público brasileiro.

⁽⁷⁰⁾ Cf. Capítulo 1, desta parte, acima.

suprir descompassos na representação dos interesses ambientais entre os vários níveis da Administração Pública e em suas instâncias de poder, garantindo a atenção ao objetivo social de preservação ambiental.

Cada uma das instituições sociais (processo político, mercado e Judiciário) representa complexos processos decisórios, com características e aptidões próprias para o atendimento de determinados objetivos sociais. Assim, ao aplicar o direito a fatos concretos, tendo por referência os valores constitucionais, o Judiciário ocupa a função de decidir a qual processo decisório social deverá ser submetida uma determinada questão, decidindo em alguma medida o próprio objetivo social prevalecente na situação. Com isso, uma análise comparativa institucional deve estar na base de qualquer decisão social.⁷¹

Como visto no Capítulo 2 da Parte I, o atendimento judicial de demandas coletivas, através da ação civil pública, desencadeou o surgimento de um novo modelo jurisdicional, caracterizado pela adjudicação do interesse público em situações concretas. Essa mudança decorreu da própria atividade regulatória do Estado, responsável pela alteração da colocação do direito na sociedade como mero disciplinador de indivíduos autônomos, relacionados através de interesses privados.⁷² A tutela jurisdicional passa a ser exercida em relação aos objetivos sociais definidos nos vários processos decisórios da sociedade.

Na área ambiental, especialmente, a consciência dos problemas ambientais, fortemente realçada nos dias presentes, recoloca a questão da escassez, apontando para o fato de os recursos à disposição da sociedade serem finitos, devendo, portanto, ser preservados para gerações futuras.⁷³ Como o objeto central da economia é exatamente a alocação de recursos sociais escassos,⁷⁴ base da dinâmica de produção econômica a movimentar mecanismos de apropriação e

⁽⁷¹⁾ A discussão sobre esse papel do judiciário é desenvolvida no item 1.6, do Capítulo 1, desta parte, acima.

⁽⁷²⁾ Nesse sentido, Abram Chayes. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*. *Harvard Law Review*, vol. 89 (maio/1976). p. 1.288; também a exposição desenvolvida no item 2.3, do Capítulo 2, da Parte I, acima.

⁽⁷³⁾ Sobre as diferenças de perspectiva econômica em consideração de valores ambientais, vide Kenneth E. Boulding. *The economics of the coming spaceship earth*. In: Henry Jarrett (org.). *Environmental quality in a growing economy*. Baltimore : Johns Hopkins Press, 1966. p. 3-11.

⁽⁷⁴⁾ Cf. Fábio Nusdeo, *op. cit.*, p. 31 e Capítulo 18.