



**Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP
Mestrado em Direito Constitucional**

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA E PODER DE
POLÍCIA NA INTERNALIZAÇÃO DE
EXTERNALIDADES AMBIENTAIS: UMA
ANÁLISE COMPARATIVA**

LEONARDO ALBUQUERQUE MARQUES

Brasília - DF
2010



Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP
Mestrado em Direito Constitucional

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA E PODER DE
POLÍCIA NA INTERNALIZAÇÃO DE
EXTERNALIDADES AMBIENTAIS: UMA
ANÁLISE COMPARATIVA**

LEONARDO ALBUQUERQUE MARQUES

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado do Instituto Brasileiro de Direito
Público - IDP como parte dos requisitos para
obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Júnior

Brasília - DF
2010

Marques, Leonardo Albuquerque.

Ação Civil Pública e o poder de polícia na internalização de externalidades ambientais: uma análise comparativa/ Leonardo Albuquerque Marques. – 2010.

161 f.

Orientador: Ivo Teixeira Gico Júnior

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional, Área de Concentração “Constituição e Sociedade”, 2010.

1. Ação Civil Pública 2. Poder de polícia ambiental I. Título

CDD 341.4622

Catálogo na fonte. Bibliotecária: Vanessa Barbosa da Silva - CRB 1/2066

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Mestrado em Direito Constitucional**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA E PODER DE
POLÍCIA NA INTERNALIZAÇÃO DE
EXTERNALIDADES AMBIENTAIS: UMA
ANÁLISE COMPARATIVA**

LEONARDO ALBUQUERQUE MARQUES

Orientador: Ivo Teixeira Gico Júnior, Docente do IDP

Banca Examinadora:

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

Neste trabalho, procura-se explorar a importância da escolha institucional para uma alocação eficiente de competências normativas no âmbito da estrutura do Estado. Parte-se do pressuposto de que não existem soluções prontas para decisões políticas e que a escolha de algum curso de ação estatal requer ponderação das vantagens e desvantagens entre as várias alternativas disponíveis, inclusive a alternativa de manter-se inerte. Também se toma como dada a assunção de que escolhas institucionais que envolvam alto número de interessados e assimilação de informações complexas podem ser contraintuitivas e de que as escolhas possíveis, quaisquer que sejam, tendem a ter o seu pior desempenho em tal cenário. Em concreto, é feita uma comparação entre os instrumentos da ação civil pública e do poder de polícia ambiental como instrumentos destinados à internalização de externalidades ambientais negativas causadas por emissões atmosféricas no âmbito das políticas de comando-e-controle brasileiras. Tal comparação leva em conta as consequências esperadas de cada curso de ação e os custos e benefícios da ação estatal em cada um dos instrumentos estudados para que influenciem os indivíduos a incorrerem em comportamentos socialmente desejados. Também se procura identificar qual dos dois instrumentos é capaz de atingir a finalidade acima proposta de forma mais eficiente e analisar a importância de se alocar peremptoriamente competências decisórias e normativas como forma de evitar de ciclos substitutivos de decisões que possam ser socialmente desastrosos.

Palavras-chave: Escolha institucional. Ação civil pública. Poder de polícia. Externalidades ambientais negativas.

ABSTRACT

In this work, it is discussed about the issue of institutional choice as a means to an efficient decision-making arrangement in government structure. This study relies on the assumption that there is no ready-to-go solutions and any course of action to be adopted by the government requires weighing the vantages and disadvantages between each one of the available choices, including the choice of taking no action at all. It also relies on the assumption that institutional choices that involve a large number of interested individuals and the assimilation of complex information can be counterintuitive and that the available choices are expected to be on their worst performance in such context. Specifically, it is made a comparison among the Brazilian institutes of “*ação civil pública*” with its police power as instruments capable of internalizing harmful externalities caused by air pollution in actual Brazilian command-and-control policies. Such comparison analyses the expected consequences of each one of the choices above and the state action costs and benefits in inducing individuals to behavior accordingly to social expectations. Is also searches to identify which of the two choices is more efficient in obtaining the goal above described and, also, to analyze the importance of definitive decision-making allocation in order to avoid social wasteful cycles of shifts in decision-making processes.

Key-Words: Institutional choice. “*Ação civil pública*”. Police power. Harmful environmental externalities.

LISTA DE SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
alín.	alínea
art.	artigo
arts.	Artigos
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CETESB	Companhia Ambiental do Estado de São Paulo
CF	Constituição Federal
CFC	gases que têm cloro flúor carboneto na sua composição
CNRH	Conselho Nacional de Recursos Hídricos
CONAMP	Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
DPDC	Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor
DL	Decreto-Lei
EC	Emenda Constitucional
EMTU/SP	Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
ICMBio	Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade
inc.	inciso
incs.	incisos
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LC	Lei Complementar
MPV	Medida Provisória
PGR	Procuradoria Geral da República
PNMA	Política Nacional do Meio Ambiente
PNRH	Plano Nacional de Recursos Hídricos
SISNAMA	Sistema Nacional do Meio Ambiente
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
1.1 JUSTIFICATIVA.....	10
1.2 HIPÓTESES OFERECIDAS.....	16
1.3 METODOLOGIA.....	17
1.4 MARCO TEÓRICO E CONCEITOS FUNDAMENTAIS.....	17
2 OS INTERESSES DIFUSOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	22
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	22
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	23
2.2.1 <i>O contexto normativo anterior ao CPC.....</i>	<i>25</i>
2.2.2 <i>Do CPC de 1973 à Constituição de 1988.....</i>	<i>27</i>
2.2.3 <i>Da Constituição de 1988 aos dias atuais.....</i>	<i>33</i>
2.3 OS INTERESSES COLETIVOS E DIFUSOS NAS LEIS 7.347/85 E 8.078/90.....	35
3 OS INTERESSES DIFUSOS, OS BENEFÍCIOS COLETIVOS E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA REVISITADOS.....	45
3.1 SOBRE A NECESSIDADE DE ANÁLISE DAS DECISÕES NAS AÇÕES JUDICIAIS COLETIVAS COM BASE EM CRITÉRIOS DE BEM-ESTAR.....	46
3.2 DISTINÇÃO ENTRE INTERESSES E BENEFÍCIOS.....	58
3.3 DOS INTERESSES DIFUSOS COMO CATEGORIA JURÍDICA FACTÍVEL APENAS SE TOMADA POR BASE O PLANO INDIVIDUAL	61

3.4 A IMPORTÂNCIA DO PAPEL DA ESCOLHA INSTITUCIONAL PARA A DEFESA DAS CONTINGÊNCIAS QUE ENVOLVAM INTERESSES DIFUSOS LESADOS POR EXTERNALIDADES AMBIENTAIS.....	71
3.5 DAS DEFICIÊNCIAS NA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS COMPENSATÓRIOS UTILIZADOS NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO INTERESSES DIFUSOS.....	78
3.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	86
4 COMPARAÇÃO DA PERFORMANCE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM O PODER DE POLÍCIA NA INTERNALIZAÇÃO DE EXTERNALIDADES NEGATIVAS CAUSADA POR EMISSÕES ATMOSFÉRICAS.....	88
4.1 VANTAGENS DA ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA SOBRE O USO DE CRITÉRIOS COMPENSATÓRIOS.....	90
4.2 OS SUJEITOS PROCESSUAIS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A FIXAÇÃO DE PADRÕES DE COMPORTAMENTO EM MATÉRIA AMBIENTAL: UMA IDENTIFICAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	101
4.3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES POLÍTICAS: UMA COMPARAÇÃO INSTITUCIONAL COM O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL.....	115
4.3.1 Poder de polícia: noções conceituais e características.....	115
4.3.2. A ação civil pública e o poder de polícia: institutos destinados ao fornecimento de bens públicos.....	124
4.3.3 Os custos de informação para a ação civil pública e para o exercício do poder de polícia.....	131
4.3.4 Análise dos custos de organização para a ação civil pública e para o exercício do poder de polícia.....	136
4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	144
5 CONCLUSÕES.....	147
REFERÊNCIAS.....	154

1 INTRODUÇÃO

O art. 225, §3^o¹, da Constituição Federal, prevê que o legislador ordinário deverá estatuir a responsabilidade civil, administrativa e penal pelos danos ao meio ambiente.

Tais danos, muitas vezes, não ocorrem a indivíduos determinados, isto é, em baixos números, mas sim a um grande número de interessados que, no mais das vezes, possuem baixas perspectivas *ex ante* e *ex post* a um dado evento contingente. Isso, mesmo após a ocorrência de uma lesão causada por um evento indesejado, ao serem considerados os custos de transação necessários para a ação individual, criará circunstâncias em que as pessoas afetadas, mesmo que plenamente informadas a respeito de sua situação individual, tomem a opção deliberada de manterem-se inertes, pois os custos excederão os benefícios da ação a ser empregada. Haverá casos, ainda, em que os afetados sequer procurarão obter as informações necessárias para a decisão que mais lhes fosse benéfica, pois estes serão excedidos pelos respectivos custos.

Diante de tal constatação, mesmo que buscar algum tipo de ressarcimento seja uma opção unânime entre os interessados, estes tenderão a não o fazer mediante organização voluntária, a não ser que seja estabelecido um incentivo seletivo positivo (prêmio) ou negativo (coerção) para a obtenção do benefício coletivo almejado. E haverá situações em que apenas a utilização da coerção será capaz de gerar algum benefício social, ainda que muito aquém do ótimo desejado, mas em quantidade suficiente para superar os respectivos custos.

“O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano” (GICO JÚNIOR, 2010, p. 8). E com a utilização do incentivo seletivo da violência, pode servir como mecanismo indutor do comportamento para viabilizar, na medida do possível, a concretização da situação que, em decorrência do alto número de envolvidos, não ocorreu.

¹ “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

No Brasil, como escolha institucional para internalização das externalidades negativas ambientais em geral, e especificamente no que se refere às externalidades causadas por emissões atmosféricas, predominam as políticas de comando-e-controle (regulação direta), segundo a qual os entes estatais determinam padrões de conduta a serem seguidos e padrões de tecnologia a serem adotados.

Como meios de implementação de sanções aos agentes violadores de tais normas de conduta², o ordenamento dispõe de vários procedimentos, tais como a ação civil pública para a defesa de interesses difusos – defesa esta que é função institucional do Ministério Público, segundo o art. 129, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) – e o exercício do poder de polícia ambiental. **Este trabalho visa investigar, a partir do referencial teórico a ser apresentado, qual dos dois meios é menos ineficiente na internalização de tais externalidades.** Para tanto, registra-se que a comparação a ser realizada deve considerar a perspectiva de cada uma das opções de implementação influir nos comportamentos individuais futuros, e não na capacidade de cada uma delas reprimir comportamentos passados.

1.1 JUSTIFICATIVA

A proteção e a efetivação de direitos pelo Estado, quaisquer que eles sejam, é essencialmente condicionada pela disponibilidade de recursos

² Segundo Ross (2000, p. 57), “as normas jurídicas podem ser divididas, de acordo com seu conteúdo imediato, em dois grupos: normas de conduta e normas de competência. Ao primeiro grupo pertencem as normas que prescrevem uma certa linha de ação [...]. O segundo grupo contém as normas que criam uma competência (poder, autoridade) – são diretivas que dispõem que as normas que são criadas em conformidade com um modo estabelecido de procedimento serão consideradas como normas de conduta expressa indiretamente. As normas da Constituição concernentes à legislatura por exemplo, são normas de condutas expressas indiretamente que prescrevem comportamento de acordo com as normas superiores de conduta que sejam criadas por via legislativa.” Carvalho (2005, p. 195-199) também realiza tal distinção, afirmando que normas de competência (ou procedimento) regulam a forma pela qual outras normas do ordenamento serão produzidas, sendo o signo distintivo da autorreferencialidade do sistema jurídico. Tais normas estabelecem o órgão competente para a produção de um dado ato normativo, o procedimento a ser seguido para a produção da norma e a matéria a ser normatizada.

públicos disponíveis pelo aparato estatal para tal finalidade (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 15).

Assim, a defesa de interesses difusos, quaisquer que eles sejam, também segue essa regra quando deva ser assegurada pelo Estado. Tal raciocínio se aplica, também, à internalização de externalidades negativas causadas por emissões ambientais não negociadas voluntariamente por problemas de ação coletiva.

Por outro lado, o mecanismo da tributação, além de implicar em questões redistributivas para o Estado para o fornecimento de bens pelo processo político, gera peso morto na geração de riqueza (MANKIWI, 2008, p. 161-164). O peso morto é a perda social estática, seja num contexto de monopólio de mercado (GICO JÚNIOR, 2007, p. 78), seja no contexto do mecanismo da tributação. E faz com que produtores e consumidores que estejam dispostos a receber (ou a pagar) por um determinado bem ou serviço acima do preço de equilíbrio entre oferta e demanda, mas abaixo do preço resultante adicionado do valor esperado da tributação, simplesmente não realizem tais transações. O valor do peso morto é simplesmente destruído.

Além disso, como a tributação implica em redistribuição de riqueza de produtores e consumidores para o Estado, há a perspectiva de perda dinâmica que daí pode decorrer. Diferentemente do que ocorre nos monopólios, em que a expropriação do consumidor pelo produtor pode gerar perdas sociais dinâmicas no próprio mercado (GICO JÚNIOR, 2007, p. 88), no contexto da tributação isto se dá fora de tal arranjo institucional, por meio da busca de renda por grupos de interesse concentrados no âmbito do próprio processo político, já que, na ausência de distorções, espera-se que o processo político promova a eficiência do mercado, ainda que por mecanismos de redistribuição de riqueza. Em situações marcadas por alto número de envolvidos e por alta complexidade informacional, o processo político poderá ser mais apto à promoção da eficiência na alocação de recursos, enquanto valores como equidade e comunitarismo devem, mais e mais, pautar-se em mercados atomísticos (KOMESAR, 2001, p. 175).

Olson (1999, p. 187) já registrara que o número de problemas que requerem intervenção governamental está aumentando, que tem havido um grande aumento no que os governos precisam fazer e que, mantido o notório crescimento na importância relativa das externalidades e benefícios coletivos, o ônus com que os governos deverão arcar se tornará ainda maior.

Embora a tributação seja necessária para o financiamento dos direitos em si, é desejável que tal fornecimento se dê da forma menos ineficiente possível. Tal incremento na eficiência pode proporcionar uma maior disponibilidade orçamentária para outras aplicações até então contingenciadas, ou pode promover a desoneração tributária e, em ambas as situações, a sociedade ganha com isso.

No entanto, embora tal incremento na eficiência seja condição necessária para o alcance do fim acima referido, isto não quer dizer que seja suficiente. O outro problema (busca de renda decorrente da super-representação de interesses concentrados) é causado pelo risco moral e é um problema de informação assimétrica entre principais (eleitores) e agentes (congressistas), em que os primeiros não dispõem de informações suficientes para monitorar o nível de cooperação dos últimos. Isso aumenta a probabilidade dos agentes não cooperarem na defesa dos interesses de seus incumbentes e de agirem de forma oportunística, em situações nas quais o próprio Estado tende a impor barreiras artificiais de mercado em prol de tais interesses concentrados (MANKIW, 2008, p. 480-481; TULLOCK; SELDON; BRADY, 2002, p. 43-51). Esse último problema, todavia, não é estudado aqui e só tende a ser solucionado se incrementada a capacidade de monitoramento das ações de tais agentes, por meio do aumento do leque de informações disponíveis aos principais, diminuindo os seus custos de avaliação e aumentando as probabilidades da maioria barrar a ação concentrada (KOMESAR, 2001, p. 167-170). Isso, entretanto, não tira a importância de se pesquisar acerca de escolhas institucionais menos ineficientes. Num mundo de recursos escassos, a preocupação pela produtividade é essencial (KOMESAR, 2001, p. 127). Boas instituições e boas opções políticas são essenciais ao

desenvolvimento econômico e tendem a ser o componente fundamental de diferenciação entre economias ricas e pobres (OLSON JR, 1996).

Além disso, a identificação de um arranjo institucional menos ineficiente torna recomendável a alocação, de forma peremptória, das competências decisórias materiais para os agentes que integrem a estrutura de tal arranjo. Do contrário – isto é, se um determinado agente público se entender mais competente que outro e resolver rescindir decisões legislativas alocativas de competências –, teremos a perspectiva de círculos viciosos de alocações decisórias, onde os custos de readaptação social tendem a recair mais excessivamente naqueles que dispõem de menos recursos para se adequarem ao novo cenário.

Assim, analisa-se o problema das externalidades negativas causadas por emissões atmosféricas cuja internalização voluntária está obstada por problemas de ação coletiva. Em tais situações, considera-se como dada a baixa perspectiva *per capita* tanto antes como após a concretização de certo risco, seja no contexto de fontes singulares de poluição, em que os custos de identificação dos responsáveis tendem a ser mais baixos, seja no contexto de fontes multipontuais, que tendem a elevar os custos de identificação.

Em tempo, nas situações em que pelo menos uma parte incorrer na decisão racional de tentar fornecer o bem por si mesma, a barreira estará vencida e não teremos o problema de ação coletiva. Todavia, como o objeto deste trabalho é justamente o estudo da ação estatal em problemas de ação coletiva, o cenário em comento não será discutido aqui.

Também são considerados como dados o atual marco regulatório de comando-e-controle (fixação de padrões tecnológicos e de conduta) e a alocação decisória para o processo político, embora, conforme será visto, haja uma marcante atuação política do Poder Judiciário na função jurisdicional, sendo necessários, portanto, esclarecimentos a respeito do marco adotado no Brasil. Finalmente, consideram-se como dados o alto número de interessados num dado benefício coletivo a ser provido pelo Estado e a complexidade das informações a serem assimiladas para um processo decisório capaz de sinalizar na estrutura de incentivos daqueles que possam potencialmente

incorrer em condutas ilícitas. Com efeito, pela complexidade das informações necessárias ao processo decisório, aliada à baixa perspectiva *per capita* mesmo após a realização de um evento contingente, é de se esperar que as partes interessadas não tenham interesse em incorporá-las, mantendo-se, assim, racionalmente ignorantes.

Diante de tal contexto, procura-se investigar, entre as opções institucionais da ação civil pública para a defesa de interesses difusos e o poder de polícia, qual delas se constitui no mecanismo que melhor sinalize na estrutura de incentivos dos indivíduos para que ajam o mais próximo possível do comportamento socialmente desejado. Isto é, procura-se identificar o mecanismo menos ineficiente dentre várias escolhas institucionais possíveis imperfeitas para tanto.

Em tempo, duas observações são necessárias.

A primeira é que não se ignora que a utilização conjugada de instrumentos de comando-e-controle e instrumentos de mercado (mediante internalização dos custos das externalidades no preço praticado em transações voluntárias) tende a ter um desempenho mais satisfatório que a utilização de instrumentos de comando-e-controle isoladamente (isto é visto no item 4.1).

A segunda é que o propósito do presente trabalho não visa à análise na internalização de externalidades negativas de repercussão internacional. Isso decorre do fato de que, na perspectiva internacional, as regras de votação atendem ao critério da unanimidade e as várias formas de distribuição de perspectivas (alguns países com perspectiva negativa *ex post*) ao advento de um dado marco regulatório faz com que a dinâmica de decisões, no âmbito internacional, seja significativamente diferente da dinâmica de decisões nos ordenamentos internos (WIENER, 1999, p. 687-689). Em tal contexto, os próprios Estados tendem racionalmente a não internalizar externalidades negativas que não tenham impacto significativo dentro de seus territórios a não ser que haja uma ação conjunta por parte significativa da comunidade internacional. Assim, é de se esperar que externalidades que não tenham impacto significativo a um nível local (tal como ocorre com a emissão de dióxido de carbono e com a conservação da biodiversidade de interesse

internacional e como ocorreu com emissão de gases CFC – no cenário anterior ao protocolo de Montreal de 1987) sejam internalizadas num nível muito abaixo do ótimo (para não dizer simbólico) se considerada apenas a perspectiva de decisões unilaterais dos Estados interessados, sem qualquer ajuste internacional. Assim, as aplicações do raciocínio a ser desenvolvido limitam-se apenas às externalidades cujos impactos sejam significativamente limitados aos níveis federal, estadual/distrital e municipal do território brasileiro.

Diante disso, a aplicação da ideia desenvolvida no presente trabalho restringe-se a externalidades causadas pela emissão de poluentes como partículas totais em suspensão, partículas inaláveis, fumaça, dióxido de enxofre, dióxido de nitrogênio, monóxido de carbono e ozônio, cujos padrões de emissão estão regulamentados nos termos da Resolução CONAMA nº 003/90.

Outrossim, emissões em desacordo com determinados níveis de concentração, tempo de dissipação ou com características em desacordo com parâmetros juridicamente estabelecidos, podem gerar impactos adversos à saúde, à segurança e ao bem-estar da população, bem como ocasionar danos à flora e à fauna, aos materiais e ao meio ambiente em geral.

Escolheu-se o tema relativo às externalidades ambientais causadas por emissões atmosféricas por ser geralmente marcado por um alto número de interessados e altos custos de informação para o tratamento do tema. Com efeito, as externalidades ambientais negativas causadas pela poluição tendem a ser mais dispersas que as causadas em corpos d'água (KOMESAR, 1994, p. 136). Ademais, procura-se demonstrar a importância da escolha institucional no incremento do bem-estar da sociedade dentro do processo de alocação de competências para a emanção de normas jurídicas.

O trabalho a ser desenvolvido encontra-se na linha de pesquisa Constituição: Articulações e Relações Constitucionais. Com efeito, aqui são analisadas duas opções de implementação de uma escolha institucional (internalização de externalidades negativas por políticas de comando-e-controle) que visem à concreção de uma opção constitucional de meta, qual seja o fornecimento de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

No Capítulo 2, será feita uma análise dos atributos mais relevantes da ação civil pública para uma comparação posterior com o poder de polícia e será feita uma abordagem sucinta acerca das regras de responsabilidade civil ambiental.

No capítulo 3, será feita uma análise dos conceitos de interesses difusos e da aplicação de princípios de justiça compensatória em ilícitos ambientais e será proposta uma releitura de tais institutos.

No capítulo 4, será discorrido acerca da identificação do marco regulatório brasileiro, serão isolados os atributos relevantes do poder de polícia ambiental e será feita uma comparação acerca dos benefícios e custos sociais de cada um dos mecanismos de efetivação das opções de comando-e-controle acima referidas. Ainda, serão apresentadas as conclusões extraídas da análise feita neste trabalho.

1.2 HIPÓTESES OFERECIDAS

A primeira hipótese oferecida é de que os ativos específicos de agências estatais podem fazer uma diferença significativa no desempenho da efetivação de uma escolha institucional sobre a escolha de outros arranjos de implementação que não disponham de tais ativos. Sendo assim, os agentes encarregados do poder de polícia podem ser mais eficazes na implementação de tais opções e, para que sejam evitados ciclos viciosos de alocação de competências, tais agentes devem ter a última palavra quanto à fixação de regras de comportamento, ressalvadas as situações que derivem de procedimentos juridicamente viciados, as quais não serão abordados aqui. Outrossim, tais questões formais de procedimento que, ainda que válidas, não atendam às metas que lhe subjazem, tendem a ter valor secundário, pois podem ser resolvidas por simples ajustes marginais na legislação.

A segunda hipótese é que as diferenças podem ser irrelevantes e, assim, haverá fungibilidade entre cada uma das opções. Mas aqui, abre-se a possibilidade de que algum corpo de agentes decisores deve ter alocação competencial peremptória para evitar que a sociedade incorra em custos

desnecessários de readaptação em mudanças de competência desvinculadas de incremento na eficiência da administração.

A terceira hipótese é uma variante da segunda. Aqui considera-se a desnecessidade de alocação peremptória e, assim, qualquer que seja a opção a ser acolhida, ela será tão boa quanto a outra.

1.3 METODOLOGIA

O método de desenvolvimento do presente trabalho consiste em pesquisa de trabalhos já feitos que tratam, direta ou indiretamente, das externalidades ambientais provocadas por emissões atmosféricas e das opções institucionais de implementação das decisões regulatórias a elas relacionadas. Consiste, também, na pesquisa de instrumental cognitivo teórico que servirá de parâmetro de análise comparativa da performance de cada uma das opções disponíveis.

Embora sejam citados alguns dados de pesquisas empíricas feitas por terceiros, as referências a elas possuem caráter retórico pontual e servem apenas como meio de exposição complementar ao desenvolvimento do raciocínio construído a partir do referencial teórico a seguir apresentado.

1.4 MARCO TEÓRICO E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

O instrumental teórico a ser desenvolvido no presente trabalho se resume essencialmente ao Teorema de Coase (1960)³, à teoria da dinâmica dos grupos latentes de Olson (1999) e ao desenvolvimento posterior da dinâmica da escolha institucional por Komesar, fundamentado nos pensamentos dos dois primeiros (1994; 2001) e, finalmente, à teoria dos custos dos direitos de Holmes e Sunstein (2000).

Numa simplificação, havendo custos de transação suficientemente baixos,

³ A denominação “Teorema de Coase” às conclusões que este extraiu de seu artigo seminal deve-se a George Stigler (COASE, 2005, p. 208).

o teorema de Coase diz que os agentes econômicos podem solucionar o problema das externalidades entre si. Qualquer que seja a distribuição inicial dos direitos, as partes interessadas podem chegar a um acordo no qual todos fiquem numa situação melhor e o resultado seja eficiente (MANKIW, 2008, p. 211).

Todavia, a partir do momento que os custos de transação se tornam significativamente altos, o direito pode servir como um meio para promover a eficiência na alocação de recursos (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 7).

Custos de transação são os custos em que as partes incorrem para negociação, implementação e monitoramento de um acordo, mas quando o número de interessados torna-se consideravelmente alto, os custos de transação tendem a subir num patamar tal que a própria negociação fique obstada. A opção racional individual, na ausência de incentivos seletivos específicos, tende a ser não procurar a concretização do benefício, ainda que desejado por todos os interessados (MANKIW, 2008, p. 211-212). Assim, tem-se o problema das externalidades negativas (importando, para o presente trabalho, as causadas por emissões atmosféricas), que muitas vezes só são sanadas pela instituição de um incentivo seletivo negativo, qual seja o recurso ao mecanismo da coerção⁴. O Estado, enquanto detentor do monopólio de tal atividade, aparece como uma organização fornecedora de bens públicos não concretizados voluntariamente por problemas de ação coletiva (OLSON, 1999, p. 28). Cabe ressaltar que externalidades são problemas de participação (KOMESAR, 1994, p. 102).

Isso se deve à circunstância da dinâmica de grupos latentes. Segundo Olson (1999, p. 14), a menos que o número de indivíduos em grupo seja realmente pequeno, ou a menos que haja coerção ou algum outro dispositivo especial que faça os indivíduos agirem em interesse próprio, os indivíduos racionais e centrados nos próprios interesses não agirão para promover seus interesses comuns. Mesmo o apelo a recursos retórico-emocionais (tais como o patriotismo ou algum valor moral) é tido como algo dispensável para o fornecimento de um dado bem público nas espécies de grupo em análise (OLSON, 1999, p. 25).

⁴ Ver item 3.1 para definição de externalidades negativas.

Olson (1999) classifica os grupos em pequenos, intermediários (ou oligopolísticos) e latentes. Os grupos privilegiados são aqueles em que pelo menos um dos membros têm incentivos suficientes a incorrer nos custos totais de obtenção de certo bem público (OLSON, 1999, p. 62). E a ação coletiva visaria, assim, à minimização de tais custos. Os intermediários são aqueles em que, embora nenhum dos membros tenha incentivos para incorrer isoladamente no fornecimento de certo bem público, pelo menos dois dos membros dispõem de um nível de interdependência que torna facilmente perceptível o nível de cooperação entre eles, sendo marcados, também, pela capacidade de indução dos seus componentes a agirem em prol interesses comuns por meios de mecanismos informais (OLSON, 1999, p. 57 e 62). Além disso, tais grupos podem fazer uso eficaz de instrumentos de pressão social e de outros ativos não precificados, sendo, assim, duplamente privilegiados (OLSON, 1999, p. 75).

Estas categorias não interessam ao presente trabalho, pois, pelas suas características, os interesses difusos discutidos aqui se referem a um número significativamente alto de pessoas. Outrossim, grupos latentes, pequenos e intermediários possuem diferenças qualitativas, e não apenas quantitativas, quanto à sua dinâmica (OLSON, 1999, p. 64).

Para explicar a dinâmica de grupos latentes, Olson (1999, p. 60) parte das seguintes premissas: 1. quanto maior o grupo, menor a fração do ganho total que cada membro receberá; 2. quanto maior o grupo, menor será a probabilidade de que algum subgrupo ganhe o suficiente com a obtenção do benefício coletivo para compensar os gastos de prover até mesmo uma pequena parcela do benefício; 3. quanto maior o número de membros, maior a barreira de custos iniciais a ser transposta. Assim, a estipulação de um incentivo seletivo específico - positivo (prêmio) ou negativo (coerção) – é condição necessária para o fornecimento de bens públicos a grupos latentes (OLSON, 1999, p. 64).

Por oportuno, registre-se que o autor define coerção como,

uma punição que deixa um indivíduo com uma curva de indiferença mais baixa do que ele teria ficado se tivesse arcado

com a parte dos custos do benefício que lhe fora alocada e não tivesse sido coagido (OLSON, 1999, p. 63).

Na ausência de tais incentivos, a ação grupal não seria levada a efeito, pois os custos esperados tenderiam a superar os benefícios esperados pelos seus interessados e a ausência de interdependência entre eles tende a incrementar significativamente os custos de participação. Portanto, quanto maior o grupo, mais ele demandará organização. Mas, à medida em que o seu tamanho aumenta, os custos de tal organização aumentam, ou seja, a sua oferta diminui (KOMESAR, 2001, p. 143; OLSON, 1999, p. 58).

Havendo um número muito alto de interessados e informações de complexa assimilação⁵, a regulação governamental pode ser um valioso instrumento de proteção da propriedade individual, ainda que extremamente imperfeito (KOMESAR, 2001, p. 142). No que se refere à internalização de externalidades negativas causadas pela poluição, procura-se estudar o meio de implementação mais eficiente das opções regulatórias relativas às políticas de comando-e-controle brasileiras.

Segundo Holmes e Sunstein (2000, p. 48), não existe arranjo institucional ideal para direitos e regras e, dado que mesmo os direitos privados dependem da ação estatal, não há oposição fundamental entre governos e livre-mercado (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 64-65). Aliás, os governos não apenas devem estipular os fundamentos básicos para o funcionamento básico das instituições legislativas e administrativas, mas podem fazer com que os sistemas de mercado tornem-se mais produtivos (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 69). Daí, infere-se que, na efetivação de normas jurídicas e na concretização de direitos, cortes, legisladores e administradores dependem de um mundo imperfeito de recursos limitados e, desta forma, “levar direitos a sério significa levar a escassez a sério” (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 94, tradução do autor).

Com efeito, uma coletividade não possui existência aparte de seus indivíduos e, diante disso, apenas pode definir, conferir e proteger direitos se estiver bem organizada politicamente e se puder agir de forma coerente

⁵ Isto é, maior sensibilidade para a possibilidade de resultados e vieses imprevistos (KOMESAR, 2001, p. 159).

através do instrumento da governança responsável (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 117). E, no que se refere à utilização do espaço atmosférico enquanto “fossa de resíduos” ambientais, isto é, enquanto propriedade coletiva, os prejuízos *per capita* de sua dilapidação estão divididos de forma muito insignificante dentro da sociedade. Cada indivíduo numa posição de escolher entre manter-se inerte e recuperar perdas *per capita* de propriedade coletiva perde um pouco a cada lesão e consegue quase nada se procurar conservá-lo (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 149).

Assim, a diminuição nos custos de fornecimento de bens públicos pelo Estado é algo que deve ser sempre procurado. E tal diminuição pode ocorrer, dentre outras formas, com a adoção de arranjos institucionais menos ineficientes.

No presente trabalho, é justamente o que se procura fazer ao se comparar a performance do poder de polícia e da ação civil pública enquanto escolhas institucionais destinadas à satisfação de necessidades coletivas relativamente às externalidades ambientais negativas causadas pela poluição atmosféricas.

2 OS INTERESSES DIFUSOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este capítulo tem por finalidade fazer uma exposição conceitual clara e precisa a respeito das ações judiciais coletivas que visam à proteção dos interesses difusos em matéria ambiental. Cabe lembrar aqui que as ações que visem à defesa do meio ambiente normalmente são classificadas como ações judiciais coletivas que visem à defesa de interesses difusos, pois, na dogmática jurídica brasileira, não seriam apropriáveis de forma individual (LENZA, 2008, p. 35). Tais ações têm por finalidade, normalmente, a responsabilização por ilícitos lesivos ou capazes de lesionar o meio ambiente – assim entendido não só o meio ambiente natural, mas também o meio ambiente cultural e o artificial (MILARÉ, 2009, p. 205). Adite-se, ainda, que, na tradição jurídica brasileira, essas ações devem visar tanto quanto possível o retorno ao *status quo ante*, isto é, à restauração do contexto anterior ao ato valorado como lesivo. Caso isso não seja possível, deve ser determinada a adoção de medida judicial que possa servir de substituto idôneo à recomposição do *status quo ante* ou, sucessivamente, ao pagamento de indenização, em montante equivalente à lesão, a ser revertida ao fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/85 (MANCUSO, 2009, p. 290-298; MAZZILLI, 2007, p. 148-157).

Para o fim acima proposto, será feita uma abordagem da evolução histórica do instituto da ação civil pública no ordenamento brasileiro, desde os marcos legislativos iniciais que posteriormente levariam ao amadurecimento jurídico do instituto até os dias atuais.

Em momento seguinte, será feita uma análise do arcabouço normativo do instituto da ação civil pública para a proteção de interesses difusos ambientais e da responsabilidade civil ambiental, tanto na esfera constitucional como na esfera infraconstitucional. No âmbito infraconstitucional, serão abordadas as normas ditas “centrais” no que se refere à defesa dos interesses difusos ambientais (Leis 6.938/81, 7.347/85 e 8.078/90 e respectivas

alterações). No entanto, isso não impedirá que outras normas relevantes para o ponto em estudo sejam abordadas no decorrer do trabalho.

A finalidade dessa abordagem é propiciar uma descrição suficientemente clara e contextualizada acerca das características do instituto jurídico dos interesses difusos em matéria ambiental e das ações civis públicas utilizadas para defendê-los judicialmente. Isso, por sua vez, propiciará, em momento oportuno, os dados que serão objetos de análise com base no referencial teórico anteriormente exposto para a finalidade deste trabalho (qual seja realizar uma análise comparativa de performance dos institutos do poder de polícia e da ação civil pública na prevenção das externalidades negativas de atividades poluidoras não negociáveis por problemas de ação coletiva).

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Neste ponto, será feito um apanhado de como se deu o caminho histórico da proteção dos interesses difusos no direito brasileiro desde a ação popular – dada a sua notória importância conceitual do instituto em análise para o presente trabalho –, até os dias atuais.

Inicialmente, destaque-se que **não serão abordados** o mandado de segurança coletivo e as ações civis por ato de improbidade administrativa e o processo de controle concentrado de constitucionalidade, não obstante tais institutos sejam doutrinariamente conceituados como ações judiciais coletivas em sentido amplo (ZAVASCKI, 2007, p. 108).

Com efeito, o mandado de segurança coletivo se limita à proteção de interesses coletivos, não se relacionando, assim, aos difusos; e as ações civis por atos de improbidade administrativa, por sua vez, têm natureza primariamente repressiva, isto é, de controle de agentes públicos, não tendo por fim imediato o fornecimento de um bem público indivisível e materialmente palpável (ZAVASCKI, 2007, p. 108). Aqui, cabe ressaltar que a ação civil por atos de improbidade administrativa visa à prevenção e à repressão da desobediência de normas de competência (ou de procedimento) por agentes públicos. No entanto, no presente trabalho, a análise da eficiência das

instituições é feita tomando como dado o pressuposto de que as decisões serão tomadas sem desvios normativos de conduta. É, simplesmente, uma análise prospectiva de performance baseada no referencial teórico descrito na introdução, pois visa comparar o desempenho dos dois institutos em seu nível mais eficiente possível. Não se ignora a possibilidade de violações de normas de conduta por parte dos agentes públicos competentes em cada um dos procedimentos em foco. Mas, enquanto na condição de agentes públicos, mantidas idênticas todas as demais variáveis, tanto um fiscal do IBAMA como um promotor de justiça que auferam a mesma remuneração estão sujeitos à mesma estrutura de incentivos.

O terceiro instituto, em que pese também ser entendido como um instrumento de tutela coletiva de direitos (ZAVASCKI, 2007, p. 265-266), também possui finalidade jurídica diversa do instituto da ação civil pública, pois visa ao expurgo, do ordenamento, de norma jurídica que não tenha obedecido aos parâmetros formais de sua incorporação (inconstitucionalidade formal) ou da qual tenham surgido regras de conduta que, à luz da Constituição, sejam tidas por inadequadas (inconstitucionalidade material). Isto é, não visam, de forma imediata, à imposição de normas de comportamento (CARVALHO, 2005, p. 195-200), servindo apenas como mecanismo do próprio ordenamento para a retirada de normas que nele tenham irregularmente ingressado. Por outro lado, ações civis públicas em matéria ambiental, ordinariamente, têm por finalidade a imposição de condutas (dar, pagar, fazer ou não fazer), e não a validade de normas jurídicas.

Por fim, cabe registrar que a análise da evolução do contexto normativo em foco não se cinge apenas aos seus aspectos procedimentais. Também é feita com a finalidade de propiciar uma inserção adequada na realidade cultural que envolve tal procedimento jurisdicional, pois, mesmo uma análise prospectiva de performance de instituições, não pode ignorar o peso que a tradição traz na engenharia de instituições sociais. Com efeito, é necessária uma sensibilidade instrumental para idealização de fins e para o desenvolvimento de uma percepção de como as transformações sociais influenciam os meios apropriados a alcançá-los (POSNER, 2009, p. 425).

Feitos tais esclarecimentos, passemos ao escopo do presente tópico.

2.2.1 O contexto normativo anterior ao CPC

Anteriormente ao Código de Processo Civil - CPC, como procedimentos jurisdicionais coletivos incorporados ao ordenamento jurídico, havia a ação popular e a representação por inconstitucionalidade de atos normativos, incorporadas ao ordenamento brasileiro por força da EC 16/65 à Constituição de 1946⁶.

A ação popular, dentre os procedimentos jurisdicionais voltados à tutela coletiva de direitos, certamente é a que há mais tempo está incorporada no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, consta ela do texto constitucional de 1934 e das constituições posteriores, exceto da Constituição de 1937.

Tal procedimento, todavia, só veio a ser regulamentado por meio da lei 4.717/65, sendo característica marcante a natureza transindividual dos interesses tutelados que visa defender (ZAVASCKI, 2007, p. 87). Tal indivisibilidade também foi característica atribuída aos procedimentos judiciais destinados à defesa dos interesses difusos.

Por outro lado, a ação popular tem por finalidade precípua a desconstituição de atos lesivos ao patrimônio público, segundo o art. 1º da Lei 4.717/65 (BRASIL, 1965). Vale destacar que é neste ponto que se encontra o diferencial entre tal instituto e a ação civil pública para a defesa de interesses difusos.

Com efeito, enquanto a primeira visa à anulação de ato lesivo ao interesse público (isto é, à expulsão, do ordenamento, de norma jurídica não necessariamente geral e abstrata, mas incompatível com as demais normas que lhe servem de fundamentação), a ação civil pública visa, precipuamente, à emissão de um comando estatal judicial a determinada pessoa, física ou

⁶ O estudo de tal emenda é alheio ao objeto do presente trabalho por versar sobre controle concentrado de constitucionalidade.

jurídica, que incorra em determinada conduta, que pode ser uma obrigação de pagar, dar, fazer ou não fazer⁷.

Ressalte-se, ainda, que o CPC de 1939, vigente na ocasião do advento da Lei 4.717/65, estabelecia a expressão “interesse público” uma única vez em seu art. 302, inc. XI, alínea “b” (BRASIL, 1939). A utilização da expressão, por sua vez, estava relacionada à regulamentação da ação cominatória⁸, a qual é relativa a direitos de vizinhança e questões prediais.

Vê-se que, até então, o âmbito de incidência de “proteção coletiva” do antigo CPC não era tão amplo quanto a ação popular, limitando-se a questões patrimoniais tradicionais da dogmática civilística de inspiração napoleônica. Foi a partir da Lei 4.717/65 que a defesa do interesse público passa a assumir uma conotação mais ampla, representando, de certo modo, uma ruptura com a dogmática incorporada à tradição “normal” da época⁹.

Ainda nesta análise, vale ressaltar que o papel do Ministério Público, hoje um dos protagonistas no cenário das ações civis públicas para a tutela dos interesses difusos, limitava-se essencialmente à curadoria de interesses de incapazes e à fiscalização da lei no âmbito das ações de estado civil. Só passou a desempenhar seu papel como “curador” do interesse público a partir do advento da Lei de Ação Popular (ainda que na qualidade de fiscal da lei sem capacidade postulatória, sem prejuízo da hipótese normativa de prosseguimento da ação no caso de abandono pelo autor). Posteriormente, o DL 201/67, que dispõe, entre outros, sobre os crimes de responsabilidade dos prefeitos e vereadores, ampliou tal papel.

⁷ Registre-se. Ainda, que é possível, numa mesma sentença, a cumulação de condenações em condutas jurídicas de natureza diversa.

⁸ “Art. 302. A ação cominatória compete:

[...]

XI – à União, ao Estado ou ao Município, para pedir:

[...]

b) a obstrução de valas ou escavações, a destruição de plantações, a interdição de prédios e, em geral, a cessação do uso nocivo da propriedade, quando o exija a saúde, a segurança ou outro **interesse público;**” (BRASIL, 1939, grifo nosso).

⁹ Utiliza-se aqui o pensamento de Thomas Kuhn relativo à ciência normal e ciência extraordinária. O autor já admitiu a possibilidade da aplicação de seu pensamento acerca das mudanças de paradigmas para outras áreas não científicas, como o Direito (KUHN, 2007, p. 258-260).

Assim, percebe-se que, pelo menos em termos jurídico-formais – isto é, na dimensão semântica e sintática, abstraídas quaisquer análises no âmbito da efetividade (que se constitui no plano pragmático da comunicação normativa) da Lei 4.717/65 em atender aos fins a que se destina¹⁰, entre o contexto anterior à Constituição de 1934 e o advento do atual CPC, o ordenamento brasileiro partiu de uma situação de ignorância em relação à tutela coletiva de direitos para uma gama cada vez maior de normas jurídicas destinadas a proteger interesses classificados como transindividuais.

Neste particular, cabe destacar que os interesses transindividuais (isto é, os difusos e os coletivos em sentido estrito) diferenciam-se, no plano subjetivo, dos interesses individuais (nos quais se incluem os individuais homogêneos) por estarem além do indivíduo e que o elemento objetivo de distinção entre tais interesses é a indivisibilidade do interesse ou do direito individual (LENZA, 2008, p. 69-73¹¹; MENDES, A., 2010, p. 214). Em tal cenário, a ação civil pública seria a seara adequada para a solução de conflitos metaindividuais (MANCUSO, 2009, p. 41).

2.2.2 Do CPC de 1973 à Constituição de 1988

Em 1973, foi promulgado o CPC atual. Por meio do art. 82 de tal codificação, ficou consolidado o papel do Ministério Público enquanto guardião do interesse público. A norma em comento, além de reafirmar o papel do Ministério Público na curadoria de interesses de incapazes – papel este que já lhe cabia e que já lhe era tradicionalmente associado –, passa a determinar

¹⁰ Segundo Ferraz Júnior (2007, p. 115), as normas jurídicas são expectativas contrafáticas, institucionalizadas e de conteúdo generalizável, comendo-se de mensagens, de emissores e de receptores, onde as mensagens ocorrem em dois níveis, o da relação (ou cometimento) e o do relato (ou conteúdo). O relato, assim, é constituído por descrições e ações, de suas condições e consequências. O cometimento, por sua vez, constitui-se na relação metacomplementar entre autoridade e sujeito e está relacionado ao plano eficaz. Carvalho (2005, p. 168) infere que a validade semântica e sintática de uma norma é condição necessária para a sua validade pragmática, mas isto não quer dizer que uma norma, mesmo que seja intersubjetivamente incontroversa quanto ao seu conteúdo, será obedecida pelos seus destinatários.

¹¹. Tal autor tem como sinônimas as expressões “transindividual”, “metaindividual” e “supra-individual”.

que tal instituição deve intervir nos feitos que estejam caracterizados pelo interesse público em jogo. Tal interesse, pelo teor da norma estudada, estaria caracterizado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte, o que, como se pode ver, à vista da inexistência de qualquer outro parâmetro normativo de análise, são critérios extremamente abertos e carentes de objetivação.

Adite-se, no entanto, que, apesar de inicialmente controverso, prevaleceu entendimento no sentido de que é o próprio Ministério Público que deve decidir acerca da existência ou não de interesse público apto a determinar a existência da necessidade de sua intervenção em processos judiciais (ARANTES, 2002, p. 109-110), não cabendo ao Poder Judiciário tal controle.

Frise-se que, a partir da vigência do CPC, começa a se desenvolver efetivamente a ideia de que cabe ao Ministério Público a defesa de uma série de interesses sociais, não cingidos apenas aos interesses do Estado. Tal desenvolvimento se deu, no entanto, de forma latente nos estágios iniciais. Mas foi a partir daí, calcado na conceituação feita inicialmente por Renato Alessi, que começa a ganhar força o entendimento de que a tal órgão incumbe primariamente a defesa dos chamados “interesses públicos primários” – assim entendidos como o “bem geral” da coletividade, diferenciando-se dos “interesses públicos secundários”, que se constituem no modo pelo qual a Administração Pública vê o interesse público –, ideia esta que vai se consolidar juridicamente com a edição da Lei 7.347/85 (MAZZILLI, 2007, p. 47-48).

Por ocasião da edição do pacote de abril de 1977, foi instituída a advocatória. Por meio de tal instituto, o Procurador-Geral da República poderia solicitar ao STF que chamasse para si a competência para o julgamento de causas das quais pudesse decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas.

Outro momento importante nesse processo foi o advento da Emenda Constitucional 7/77 à CF de 1967, alterada pela EC 1/1969. Entre outras alterações realizadas no texto constitucional então vigente, tem-se a inclusão do parágrafo único ao art. 96 da referida Carta. Tal norma determina que lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, estabelecerá normas

gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público Estadual, observado o disposto no § 1º do artigo anterior¹².

Regulamentando tal disposição, foi promulgada a Lei Complementar 40/81, Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos Estaduais, a qual foi resultado, em grande medida, do *lobby* feito pela Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público - CONAMP (ARANTES, 2002, p. 44-45). O art. 3º, inc. III, da lei em comento determinou ser função institucional do Ministério Público promover a ação civil pública, nos termos da lei.

Tem-se, pela primeira vez, no ordenamento brasileiro, a referência ao termo “ação civil pública”. No entanto, em tal ocasião, por ausência de maior regramento do instituto e da parca experiência jurídica nacional no seu manejo, não passava de uma instituição latente e desprovida de conteúdo jurídico tangível e delimitado.

Pouco depois, foi editada a Lei 6.938/81, que estabeleceria a Política Nacional do Meio Ambiente. Por meio de tal diploma, ficou instituída a responsabilidade objetiva ampla por danos ao meio ambiente, com legitimação atribuída ao Ministério Público da União e dos Estados para que postulem sua reparação em juízo (art. 14, §1º). Entretanto, tal legitimação não havia sido conferida a entidades da sociedade civil, pois o art. 19¹³ dessa lei, que franqueava tal permissivo, fora vetado pelo Presidente da República (MACHADO, 2004, p. 357).

Em tempo, registre-se que, até o advento da Lei 6.938/81, a responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental no Brasil limitava-se apenas aos danos decorrentes de eventos nucleares, segundo o art. 4º da Lei 6.453/77 (BRASIL, 1977) e aos danos causados por poluição por óleo,

¹² “§ 1º Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos; após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa, nem removidos a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço”.

¹³ “Toda pessoa física ou jurídica, domiciliada no País, tem direito público subjetivo à tutela ambiental, podendo postular, judicialmente, a adoção de medidas preventivas e atenuadoras da degradação ambiental, até a cessação da atividade agressora do meio ambiente”.

conforme prevê a convenção respectiva, promulgada no Brasil pelo Decreto 70.347/77 (MACHADO, 2004, p. 326).

Assim, por força da Lei 6.938/81, o Ministério Público manteve legitimação única e exclusiva para a recomposição dos danos ambientais, o que perdurou até o advento da Lei 7.347/85.

Acrescente-se que tal opção de atribuição de legitimação ativa exclusiva não se repete em ordenamentos estrangeiros, tais como o norte-americano, o espanhol, o francês, o alemão e o italiano, salvo em Portugal (ZAVASCKI, 2007, p. 36)¹⁴ e de forma muito restrita (MENDES, A., 2010, p. 184-185)¹⁵.

Ainda no que se refere ao veto do art. 19 da Lei 6.938/81 (redação original¹⁶), diante do quadro ora apresentado, vale registrar que a regra tida como senso comum naquele momento histórico era no sentido de que a legitimação para a postulação judicial da defesa de interesses transindividuais (aqui incluídos os relativos ao meio ambiente) deveria ser conferida a entes não estatais e, até mesmo, a pessoas físicas, como nas *class actions* norte-americanas, em atuação desvinculada do Estado.

Note-se que, mesmo a legislação consumerista portuguesa, nitidamente influenciada pelo modelo brasileiro, confere legitimidade aos consumidores, individualmente, para postular a defesa de tais interesses, ainda que o litigante não seja diretamente afetado pelo fato que constitua fundamento de eventual pretensão objeto de apreciação judicial.

Assim, constata-se, no mínimo, que a vedação da capacidade de postulação das entidades da sociedade civil e dos cidadãos para postularem a recomposição de danos ao meio ambiente, inserida na Lei 6.938/81, era algo inédito até então. No âmbito do direito comparado, o entendimento acadêmico e jurídico predominante no que se refere à defesa de interesses coletivos (nos

¹⁴ Almeida (2009) registra a influência brasileira na legislação portuguesa de processos coletivos.

¹⁵ Nos Estados Unidos, nas *class actions* sequer funcionam algum órgão estatal dotado de capacidade postulatória, como se dá com o Ministério Público e com a Defensoria Pública no Brasil. A postulação é exercida por um ou mais representantes do grupo interessado, que deve representá-lo adequadamente, ocorrendo o mesmo com o advogado designado para representação a do grupo (GIDI, 2007, p. 99-111).

¹⁶ A lei 7.804/89 alterou a redação de tal artigo. No entanto, a alteração se relaciona apenas a questões orçamentárias para implementação da PNMA.

quais se incluem o meio ambiente) era no sentido de legitimação ampla e irrestrita de entidades privadas. De fato, quando se falava em acesso à Justiça e defesa coletiva de direitos, pelo menos até então, defendia-se que o Estado, como um todo, era a instituição menos capacitada para a sua promoção.

Cappelletti e Garth (1988, p. 51) afirmam que a ação governamental, na defesa dos interesses difusos, não tem sido muito bem sucedida, afirmando eles que as instituições análogas ao Ministério Público muitas vezes têm sucumbido a pressões políticas. No entanto, os citados autores reconhecem que os interesses difusos devem ser afirmados, frequentemente, por entidades governamentais, e que a reivindicação dos novos direitos muitas vezes exige qualificação técnica – que os membros do Ministério Público normalmente não dispõem – em áreas não jurídicas, tais como contabilidade, mercadologia, medicina e urbanismo. Interessante notar que os autores parecem reconhecer que, quaisquer que sejam as escolhas realizadas, estaremos lidando com escolhas imperfeitas. Com efeito, afirmam que “a solução governamental parece ter limitações inerentes, mesmo quando funcione do melhor modo possível”.

De fato, a proposta de Cappelletti e Garth tem uma predileção clara em franquear a legitimação para a tutela de interesses coletivos a entidades da sociedade civil, com controle exercido - especialmente no que se refere à adequada representação e defesa dos interesses defendidos em Juízo - pelo Poder Judiciário, observados, obviamente, as garantias processuais devidas, especialmente a do contraditório e do devido processo legal (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 55-73).

Em 1985, foi promulgada a Lei 7.347, que regulamenta a ação civil pública. Em tal ocasião, consolidou-se o instituto da ação civil pública como temos hoje. O procedimento regulamentado por tal lei, inicialmente, destinava-se à responsabilização por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1º).

O processo que levou à promulgação a lei da ação civil pública foi relativamente tormentoso. Arantes (2002, p. 57-58) afirma, ao tratar do

desenvolvimento do processo legislativo da Lei 7.347/85, que o artigo seminal de Cappelletti dividiu opiniões no Brasil. De um lado, havia os juristas que aderiram ao seu pensamento (Ada P. Grinover, Waldemar Mariz de Oliveira Jr. e José Carlos Barbosa Moreira), rejeitando fortemente a solução do problema da legitimação de agir concentrada no Ministério Público. Do outro (posicionamento defendido principalmente por membros do Ministério Público), procurou-se desqualificar a crítica do processualista italiano e demonstrar que tal instituição tinha todas as condições para representar os novos interesses difusos e coletivos. Em suma, houve forte ação concentrada das entidades representativas dos integrantes do Ministério Público durante o processo legislativo da lei em comento para garantir seu papel de legítimo “tutor dos interesses indisponíveis da sociedade”.

Dentre as inovações mais significativas da lei, citem-se as seguintes: 1) legitimidade concorrente e disjuntiva (MANCUSO, 2009, p. 112) do Ministério Público com outras entidades da administração pública (União, Estados, Município, autarquias etc.) e com associações civis que tenham pertinência temática com o objeto da causa, observado o lapso temporal mínimo de constituição (art. 5º) e 2) possibilidade de instauração de inquérito civil público pelo Ministério Público, com atribuição de poderes requisitórios a este, sob pena de responsabilidade penal do agente que não cooperasse no atendimento de tais requisições (arts. 8º, *caput* e parágrafos, e 10, da referida lei).

Em tempo, destaque-se que (diferentemente do que ocorre nas *class actions* norte-americana), foi afastada a possibilidade de condenação em honorários em favor das associações civis que lograssem êxito em ações civis públicas.

Finalmente, registre-se o advento da Constituição de 1988. Embora tenha tratado da ação civil pública apenas no seu art. 129, inc. III¹⁷, duas constatações podem ser feitas por meio da redação de tal dispositivo. A primeira é que a ação civil pública e a proteção dos interesses coletivos e difusos passaram a ter status constitucional. A segunda é que a defesa de tais

¹⁷ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

interesses (elencados exemplificativamente em tal regra) tornou-se função institucional do Ministério Público.

No que se refere à responsabilidade por danos ao meio ambiente, a Constituição adotou a responsabilidade civil objetiva integral por danos relacionados a atividades nucleadas em seu art. 21, inc. XXIII, alínea. “c”, posteriormente renumerada pela EC 49/2006. Foi prevista, ainda, a responsabilidade daquele que explorar recursos minerais pela recomposição da área degradada. Além disso, a Constituição inovou ao estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica em seu art. 225, §§ 2º e 3º.

Por tal exposição, vê-se que o ordenamento brasileiro prevê a responsabilidade objetiva por danos “coletivos¹⁸” ao meio ambiente em contornos semelhantes à responsabilidade objetiva na tradição civil, pautada na teoria do risco (MILARÉ, 2009, p. 953). No entanto, a abordagem epistemológica dispensada pela doutrina ao ponto, assim como no que se refere a outros interesses difusos (com a utilização de expressões como “metaindividuais” ou “transindividuais”), parece ignorar ou, pelo menos, atribuir um papel inadequado ao indivíduo nos conflitos em foco.

No entanto, o papel do indivíduo, conforme referencial teórico que embasa este trabalho, é essencial a uma apreciação empírica dos limites do problema com um mínimo de pragmatismo e desconsiderar tal aspecto significa realizar uma abordagem sem respaldo tangível para uma análise de performance da própria ação civil pública na concretização das metas a que se destina enquanto escolha institucional. O ponto será desenvolvido com mais profundidade no capítulo que segue.

Encerrada esta análise, passa-se, agora a abordar o desenvolvimento pós-constitucional do instituto da ação civil pública.

2.2.3 Da Constituição de 1988 aos dias atuais

¹⁸ Sem prejuízo da responsabilização pelos danos individualmente sofridos (MILARÉ, 2009, p. 869).

Pouco tempo depois da promulgação da Constituição de 1988, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor (CDC), como forma de cumprimento do preceituado nos arts. 5º, inc. XXXII e 48 dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, da então recém promulgada Constituição Federal. Este diploma, certamente, foi o que mais inovou nas ações judiciais coletivas após a LACP, os quais formam a espinha dorsal do sistema de processos coletivos brasileiros. Dentre as principais inovações de tal diploma, podem ser mencionadas as seguintes: 1) diferenciação dos conceitos de interesses individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos, estabelecendo como deverão se dar os efeitos da coisa julgada conforme a classificação dos interesses em litígio; 2) estabelecimento de um procedimento para a tutela jurisdicional de conflitos envolvendo interesses individuais homogêneos; 3) a estatuição de regras que diminuem os custos de acesso (precificados ou não) de associações privadas à jurisdição, inclusive no âmbito da ação civil pública regida pela Lei 7.347/85, tais como possibilidade de dispensa do prazo mínimo de pré-constituição para o ajuizamento de demandas da espécie e a vedação de condenação de tais entidades em custas e honorários de sucumbência, salvo comprovada má-fé, dentre outros e; 4) a possibilidade de os órgãos públicos legitimados celebrarem termos de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terão eficácia de título executivo extrajudicial (art. 5º, §6º da LACP, com redação determinada pelo CDC).

Neste particular, frise-se que, apesar das inovações acima, o perfil do Ministério Público e das demais entidades oficiais manteve-se praticamente o mesmo. Disso, constata-se que, no âmbito dos procedimentos judiciais coletivos, o CDC visou incrementar a participação de entidades da sociedade civil na defesa dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos.

Em 1993, entraram em vigor as leis orgânicas do MPU e a lei geral dos Ministérios Públicos Estaduais (LC 75/93 e Lei 8.625/93). Tais leis, em síntese, tornaram-se, no particular, uma extensão do regime estabelecido por ocasião da Constituição de 1988, não inovando muito no regramento já vigente na ocasião.

Em 2001, foi promulgada a Lei 10.257 (Estatuto das Cidades), a qual acarretou algumas alterações na Lei 7.347. No entanto, tais alterações ou foram vetadas ou se encontram atualmente revogadas.

Finalmente, registre-se que a Lei 11.448/2007 deu nova redação ao art. 5º da Lei 7.347/85, incluindo, no rol de legitimados para a propositura de ações civis públicas, a instituição da Defensoria Pública.

Assim, com a ausência de modificações substanciais no tratamento dos interesses difusos e da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente desde a Constituição de 1988, persiste o entendimento esposado no fim do tópico anterior.

2.3 OS INTERESSES COLETIVOS E DIFUSOS NAS LEIS 7.347/85 E 8.078/90

Conforme já visto alhures, o art. 129, inc. III, da Constituição Federal dispõe que é função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. No entanto, a Constituição não faz maiores referências ao ponto.

No plano infraconstitucional, a classificação jurídico-formal dos interesses coletivos em sentido amplo, tradicionalmente adotada no ordenamento brasileiro, encontra-se inserida no art. 81, parágrafo único, do CDC, aplicável subsidiariamente à Lei 7.347/85, por força do art. 21 desta última. Adite-se que foi o CDC que institucionalizou o conceito de interesses individuais homogêneos no direito brasileiro (ZAVASCKI, 2007, p. 38).

Dito isso, segundo o critério em discussão, os interesses coletivos em sentido amplo se classificam em “individuais homogêneos”, “coletivos” e “difusos”.

No plano jurídico-dogmático, os direitos individuais homogêneos, diferentemente dos demais interesses coletivos, são perfeitamente divisíveis e individualmente atribuíveis, isto é, seus titulares são individualmente determináveis. Não se diferenciam, em essência, de direitos individuais

ordinários, exceto que a titularidade decorre geralmente de um fundamento de fato comum que proporciona tal direito a uma multiplicidade de pessoas.

Por exemplo, cite-se a lesão à integridade física de várias pessoas, decorrente do mau fornecimento de um produto que não atenda as exigências mínimas de segurança estabelecidas pelos órgãos competentes. Em tal caso, serão vários os lesados, e cada um deles será titular de um direito personalíssimo, inalienável voluntariamente e individualmente prejudicado, qual seja a integridade física (MENDES, G.; COELHO; BRANCO, 2007, p. 232), em que a ofensa a todos eles decorreu de um único evento. Registre-se: apenas é necessária a origem comum do direito, conforme determina o art. 81, parágrafo único, inc. III, do CDC.

Assim, no que se refere aos interesses individuais homogêneos, há elementos suficientes para que as relações jurídicas deles decorrentes sejam suficientemente individualizadas; isto é, é possível dizer quem são os sujeitos ativos e passivos e o objeto das prestações de tal categoria. No exemplo acima citado, tem-se um ato ilícito consistente no fornecimento de produto inidôneo para o consumo. Por consequência, como obrigação de reparação eventual civil daí decorrente, deverá o fornecedor indenizar cada um dos ofendidos pelos danos causados, sempre destacando-se que, no caso, há várias relações obrigacionais envolvendo o fornecedor e cada um dos ofendidos.

No entanto, embora o ordenamento jurídico possa, desde já, amparar eventual indenização, em decorrência de problemas de assimetria informacional e de custos de litigância, pode ocorrer que as pessoas efetivamente lesadas, mesmo que, no contexto posterior ao fato lesivo, não tenham incentivos suficientes a ingressar em juízo. Em tais contextos, os lesados, em uma análise prospectiva, podem concluir que os custos de litigância sejam superiores aos benefícios marginais, daí ocorrendo um problema de ação coletiva, o que por sua vez, fará com que o Poder Judiciário

não emita os sinais necessários para que os supostos ofensores incorporem a perspectiva de lesão de suas condutas no seu contínuo¹⁹.

Já com relação aos interesses coletivos em sentido estrito e aos difusos, ambos decorrem de uma relação jurídica base, apenas com o diferencial de que, no primeiro caso, há uma determinação relativa do espectro de pessoas potencialmente envolvidas, enquanto, no segundo, há uma indeterminação considerável dos potenciais envolvidos e a eventual ligação entre os titulares decorreria de mera circunstância de fato (MENDES, A., 2010, p. 224). Ambos, todavia, são insuscetíveis de apreensão individual (porquanto indivisíveis), intransmissíveis e sua eventual defesa em juízo dar-se-á unicamente em regime de substituição processual (ZAVASCKI, 2007, p. 44-45); isto é, como não há a atribuição de um sujeito determinado como titular dos bens que visa concretizar, não há como se falar em lesão individual e determinada a certa pessoa. Isso decorre de sua característica metaindividual²⁰.

Desta forma, vê-se que o arranjo institucional adotado não permite a adjudicação de forma individual de tais interesses. Quando muito, a proteção dos interesses deverá ser postulada por entidades privadas (associações, sindicatos etc.) que disponham da representatividade adequada²¹.

Mancuso (2004, p. 93-110) cita, ainda, como características dos interesses difusos, a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, a intensa litigiosidade interna e sua mutabilidade²². No que se refere à intensa litigiosidade interna²³, o autor afirma que eles se diferenciam dos interesses individuais ordinários por não se subsumirem à dogmática tradicional da

¹⁹ Patrício (2005, p. 14-15 e 46) infere que a decisão de um dado indivíduo colocar uma questão sob apreciação judicial é sempre conseqüente de uma avaliação mais ou menos informada e cautelosa dos custos e benefícios inerentes à sua decisão.

²⁰ Conforme já afirmado anteriormente, este ponto será analisado de forma mais aprofundada no próximo capítulo.

²¹ Apesar disso, o índice de litigâncias das entidades privadas legitimadas para a propositura da ação civil pública, em relação às entidades públicas, tem sido relativamente baixo. Para maiores informações, ver capítulo 4.

²² Os dois primeiros já foram vistos acima.

²³ Lenza (2008, p. 87) atribui a tal característica a denominação de “alta conflituosidade”.

litigância estilo “Caio vs. Tício”²⁴, de cunho tradicionalmente individual, baseada em relações jurídicas com partes e objetos bem definidos. Afirma, ainda, que os conflitos envolvendo interesses difusos se tratam de litígios que têm por causa verdadeiras escolhas políticas (MANCUSO, 2004, p. 102-105). O autor registra, ainda, que a conflituosidade envolvendo interesses difusos não envolve o Estado, embora ressalve entendimentos em sentido diverso.

No entanto, por ora, uma observação é pertinente: a liberdade de locomoção, a liberdade de iniciativa econômica e o direito de propriedade como temos hoje (no pensamento liberal milliano) já foram, um dia, objeto de reivindicação política sem reconhecimento pelo Estado, constituindo-se num mero interesse, num objeto de pretensão que, até então, podia ser ou não atendido pelo Estado. Com efeito, o advento do liberalismo está essencialmente associado ao advento da burguesia (TAMANHA, 2004, p. 31) e, até certo momento histórico, tais interesses liberais não encontraram respaldo jurídico²⁵. Desta forma, todo interesse, inclusive o que for tido como difuso nos termos do CDC, antes de ser jurídico, é político, pelo que descabe falar em caráter político dos interesses difusos como signo distintivo dos demais. Ademais, quando tais conflitos são juridicizados (seja por meio da ação civil pública, seja por outro arranjo institucional – que pode ser jurisdicional ou não), é inevitável inferir a intervenção do Estado, pois este, afinal, exercerá o monopólio da coerção para executar finalidades redistributivas que, por problemas de ação coletiva, não foram concretizadas mediante transação voluntária dos envolvidos. Em tais contextos, na ausência de incentivos seletivos negativos, é de se esperar que os interessados se mantenham inertes quanto à concretização voluntária de seus propósitos.

Quanto à mutabilidade, uma vez que interesses são apenas preferências das partes que os manifestam e que tais preferências, embora sejam estáveis, não impedem que os indivíduos mudem seu comportamento— uma vez que os

²⁴ Didier Jr. (2010, p. 195-196) infere que o conteúdo da postulação, na dogmática jurídica processual, deve conter três elementos: partes, pedido e causa de pedir. Tais elementos (do plano adjetivo) correspondem, no direito material aos sujeitos, objeto e fato jurídico que delimitam a relação processual eventualmente discutida em juízo.

²⁵ Registre-se que tal processo não ocorreu de forma linear nas diversas nações em que a burguesia e o liberalismo se afirmaram no plano jurídico-constitucional.

indivíduos estão sujeitos a alterações em suas estruturas de incentivos ao longo do tempo (GICO JÚNIOR, 2010, p. 25) –, é questionável a utilidade de tal característica (a mutabilidade) como signo distintivo dos interesses difusos em relação a interesses que não o sejam.

Repise-se, por oportuno, que importam, para o presente trabalho, apenas os interesses difusos, os quais, ante a suposta indeterminabilidade dos seus titulares imediatos, serão sujeitos a uma análise crítica, de modo que possam ser destacados os seus aspectos conceituais mais relevantes. Isso tem por finalidade permitir uma análise acerca da utilidade do desenho institucional de tais interesses no controle das externalidades ambientais decorrentes de atividades poluidoras e, num segundo momento, cotejar os benefícios e custos de tais arranjos frente a outras escolhas possíveis.

Retomando o escopo deste tópico, segundo Mazzilli (2007, p. 123 *et seq.*), a ação prevista no microssistema formado pelas leis em análise destina-se à proteção dos bens jurídicos descritos no art. 2º, já referido anteriormente. Defende o autor, também, que a ação civil pública pode ser utilizada como meio de controle judicial de legalidade de atos administrativos. O autor afasta, por outro lado, a possibilidade de utilização do mecanismo como meio de controle concentrado de leis e atos normativos do poder público, salvo quando, pelos elementos da lide, ficar constatado que não será usurpada a competência originária do STF prevista no art. 102, inc. I, da Constituição Federal.

Em tempo, adite-se que a ação civil pública não pode ser utilizada como mecanismo para a heterocomposição jurisdicional de interesses de cunho tributário, relativos ao FGTS ou a outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados, conforme art. 2º, parágrafo único, da Lei 7.347/85²⁶.

Abstraindo-se a controvérsia da legitimidade do Ministério Público e de outras entidades públicas para a defesa de interesses individuais homogêneos do consumidor e de outras classes de titulares de direitos relativos aos bens jurídicos descritos no art. 1º da LACP, é incontroversa a legitimação do

²⁶ Mazzilli (2007, p. 139 *et seq.*) entende que a vedação é inconstitucional.

Ministério Público para a defesa de interesses coletivos e difusos relativos a tais bens, em que se inclui o meio ambiente (MAZZILLI, 2007, p. 127; ZAVASCKI, 2007, p. 77).

Quanto ao tipo de provimento jurisdicional, pelo teor dos arts. 3º da LACP e 84 do CDC, constata-se ser de praxe a possibilidade de imposição de condutas por meio de provimentos jurisdicionais condenatórios, seja de dar, pagar, fazer e não fazer. Note-se que, quando se tratar da defesa de interesses difusos e coletivos em sentido estrito, defende-se que a utilização de condenações pecuniárias deve ser utilizada de forma subsidiária. Isso se deve à circunstância de tais bens não serem normalmente precificáveis em regime de livre mercado e, portanto, poderiam ser inadequadamente valorados, podendo gerar incentivos a transferências involuntárias feitas pelos próprios ofensores.

Registre-se, ainda, ser possível a cumulação de provimentos condenatórios das mais diversas espécies numa mesma lide. Por exemplo, em uma ação civil pública relativa a construção irregular em área de parque nacional, é possível a cumulação de provimentos que imponham a abstenção de novas construções ao requerido (obrigação de não fazer), a obrigação de demolir as construções realizadas e de recondução tanto quanto possível da área afetada ao *status quo ante* (obrigação de fazer), bem como, caso não seja possível a recomposição total da área degradada, a condenação em indenização correspondente à lesão eventualmente auferida, em favor do fundo previsto no art. 13 da LACP (ZAVASCKI, 2007, p. 73-75).

Quanto à possibilidade de utilização da ação civil pública para a emanção de provimentos constitutivos, caminha-se para um entendimento pela sua admissibilidade, tendo o STJ já se manifestado em tal sentido²⁷.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 695.214/RJ, Relator: Min. Humberto Martins. *Diário de Justiça da União*, 23 ago. 2007, p. 243. Na ementa do julgado consta que “[a] ação civil pública, em regra, não tem por objeto, apenas, a condenação em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer, conforme o art. 3º da Lei n. 7.347/85, pois o art. 25, IV, “b”, da Lei n. 8.625/93, passou a admitir o manejo da ação civil pública, apenas pelo Parquet, com objeto constitutivo ou desconstitutivo” e que “analisando o tema sobre a ótica processual, tem-se que as tutelas invocadas em ambas as ações [ação civil pública e ação popular] são

Quanto aos legitimados passivos, deve ser destacado que, nas ações que tenham por objeto algum tipo de provimento condenatório, devem elas ser movidas em face dos responsáveis pela conduta tida por lesiva a algum, ou alguns, dos bens jurídicos elencados na legislação de regência.

Assim, no caso de construção irregular em unidade de conservação de proteção integral, eventual ação que objetive a condenação dos responsáveis a desfazerem a construção realizada, a se absterem de realizar novas construções na respectiva área e a indenizarem o Fundo previsto no art. 13 da LACP pelos danos não passíveis de recomposição ou de compensação ambiental *in natura*, deve ser movida em desfavor daqueles as pessoas, físicas ou jurídicas, a quem se atribui a responsabilidade direta pelo ato em comento.

Outrossim, diferentemente das regras aplicáveis para a composição do polo ativo de tais feitos, o ordenamento brasileiro não admite a ação coletiva passiva (MAZZILLI, 2007, p. 335-343); isto é, não são juridicamente admitidas a legitimação passiva de eventuais entidades representativas ou associações para tal fim – salvo autorização nos respectivos estatutos e restritamente aos respectivos associados – e nem do Ministério Público, porquanto desprovido de personalidade jurídica²⁸.

Tal configuração jurídica gera um problema de ordem prática em situações em que muitos são os responsáveis pelos danos a interesses transindividuais. Por oportuno, citem-se os seguintes exemplos:

1) várias pessoas constroem irregularmente barracas em uma praia para o comércio de bebidas e alimentos aos eventuais frequentadores, gerando várias externalidades negativas²⁹, tais como obstrução do acesso a praia a interessados, emissão *in natura* de efluentes químicos, físicos e biológicos diretamente no mar etc.;

2) famílias ocupam terreno, constroem casas e, com o passar do tempo, consolidam favela localizada em unidade de conservação de proteção integral sob a regência da Lei 9.985/2000, que admite apenas o uso indireto dos seus

fungíveis, podendo o Parquet se valer da ação civil pública, e o particular da ação popular para tentar resguardar os mesmos objetos”.

²⁸ Lenza (2008, p. 193-198) possui posicionamento em sentido contrário.

²⁹ Para um conceito de externalidades, ver o ensinamento de Mankiw (2008, p. 208-209).

recursos naturais, com exceção dos casos previstos no art. 7º, §1º da referida lei. A ocupação acarreta, inevitavelmente, o comprometimento da unidade de conservação, sendo necessária, tanto quanto possível, a recomposição do *status quo ante*.

Em tais situações multitudinárias, em eventual ação civil pública destinada à cessação e à recomposição das lesões a interesses transindividuais, a legislação processual impõe que sejam incluídos no polo passivo, conforme o caso, cada um dos donos de barracas ou cada um dos ocupantes da favela mencionada acima. Não bastasse, é possível que, com o tempo, os atuais ocupantes deixem a área, permitindo que terceiros estranhos a eventual lide se apossuem das áreas em comento.

Constata-se, assim, que tal contexto impõe altos custos não precificados de proposição e de manutenção do andamento de eventual ação civil pública para a proteção dos bens jurídicos tutelados. Em síntese, em tais situações de grandes números, a ação civil pública pode ser um instrumento totalmente inútil aos fins a que se destina. Com efeito, é possível que os atuais ocupantes de barracas deixem a área, mas isso não impede a chegada de novos ocupantes que não façam parte da relação processual estatuída na demanda ajuizada em face dos atuais ocupantes e que não desenvolvam nenhum tipo de relação com estes últimos³⁰.

Por exemplo, eventos processuais, como a citação das partes bem como a instrução processual, poderiam levar anos e, mesmo assim, durante o decorrer do processo, os então réus poderiam não mais ocupar a área e, assim, a possibilidade fática da responsabilização estaria seriamente comprometida, pois, não raro, os responsáveis (especialmente se de baixa renda) não dispõem de patrimônio suficiente para suportar eventual condenação ou, simplesmente, somem sem deixar notícias de sua atual

³⁰ Um exemplo desse problema é a ação civil pública nº 91.00.00157-0, que corre no Juízo da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Maranhão. O feito postula a demolição de construções irregulares em praia situada no Município de Paço do Lumiar. A petição inicial foi ajuizada em meados de 1991 em face de 94 (noventa e quatro) réus e, até o presente momento, parte significativa deles não foi citada. Além disso, muitos deles, nesse meio tempo, abandonaram as construções e outras pessoas, estranhas à lide, ou ocuparam construções abandonadas ou ergueram novas.

localização. Por outro lado, é possível que pessoas não incluídas no rol de demandados se apossassem de tais áreas e, assim, seria necessário novamente que fosse providenciada a citação dos novos ocupantes.

Como solução improvisada de tal problema, os tribunais pátrios têm entendido pela citação por edital dos demandados nos casos da espécie (MAZZILLI, 2007, p. 339-340).

O Estado (entidades da administração direta ou indireta) pode figurar no pólo passivo das ações condenatórias quando tenha contribuído para a ocorrência do ato lesivo – v.g, quando licencie a atividade lesiva ou a permita. Isso não impede, todavia, que a entidade pública deixe de contestar o pedido e faça adesão ao polo ativo da demanda, aplicando-se, por analogia, o teor do art. 6º, §3º, da Lei 4.717/65 (MAZZILLI, 2007, p. 344-347).

No mais, cabe acrescentar que ao rito processual prescrito nas normas em comento aplica-se subsidiariamente o previsto no Código de Processo Civil em todas as fases (postulatória, instrutória, decisória e recursal). Neste particular, é importante frisar que informações de complexa assimilação normalmente ingressam no processo por meio de prova pericial ordinária. O perito, assim, é a fonte informacional de opiniões técnicas e científicas especializadas a respeito dos fatos que embasam a pretensão e, para que atue em Juízo, o perito, enquanto colaborador eventual da Jurisdição, deve ter conhecimento do tema a ser objeto de exame, ser de confiança do juiz e ser moralmente idôneo (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 380-382).

Registre-se que outros pontos relativos à ação civil pública e à proteção de interesses difusos concernentes a externalidades ambientais – tais como a competência, maiores perquirições acerca do rito de processamento, limites específicos da coisa julgada etc. – são irrelevantes para o desenvolvimento da presente exposição. Com efeito, o presente trabalho visa fazer uma análise comparativa de performance esperada entre o procedimento da ação civil pública e o exercício da fiscalização por meio do poder de polícia a partir de uma abordagem centrada na participação. Isto é, centrada nas variáveis dos custos necessários benefícios prospectivos da ação individual, ainda que esta

se dê de forma grupal, para o fornecimento de um determinado bem, seja ele coletivo ou não.

Na presente exposição, tal análise incorpora as variáveis dos grandes números de interessados e da complexidade da matéria, as quais, por sua vez, são variáveis de grande importância na escolha institucional (KOMESAR, 2001, p. 23). No entanto, são considerados os custos de participação (isto é, de organização e de informação) disponíveis aos agentes que participam em cada uma das instituições em referência. Assim, considerando que, na ação civil pública, todos os agentes judicantes, em tese, dispõem do mesmo aparato instrumental cognitivo (bacharelado em direito), a competência jurisdicional é uma variável irrelevante para a análise em comento. O mesmo se dá com os efeitos da coisa julgada, pois são estranhos ao processo decisório em si, incidindo após o encerramento dos litígios a que se referem. Ressalvam-se, por outro lado, análises pontuais baseadas na abordagem centrada na participação que possam influenciar as conclusões finais do presente trabalho.

Assim, feita uma descrição, ainda que sucinta, da forma procedimental, da forma de provimento jurisdicional e das formas de efetivação deste último nas ações civis públicas em questões ambientais, espera-se ter propiciado um mínimo de parâmetros a realização da análise comparativa a ser desenvolvida nos capítulos posteriores.

3 OS INTERESSES DIFUSOS, OS BENEFÍCIOS COLETIVOS E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA REVISITADOS

Este capítulo pretende fazer uma análise do conceito jurídico de interesses difusos e do instituto da ação civil pública, em paralelo com o conceito de benefícios coletivos, vistos anteriormente.

Parte-se, aqui, da hipótese de que a atual abordagem jurídico-dogmática do que sejam os interesses difusos não é factível – isto é, de que não possui atributos empiricamente referenciáveis –, não sendo, assim, útil para nortear a atuação do Estado no fornecimento de bens coletivos, como os relacionados à concreção de meta consistente no meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Mais especificamente, no controle das externalidades negativas decorrentes de atividades poluidoras não negociáveis por problemas de ação coletiva.

Para a elucidação do tema, num primeiro momento, será feita uma abordagem dos institutos jurídicos dos interesses de difusos e de sua contraparte, a ação civil pública, no cenário brasileiro. Em seguida, será procurado algum elemento de distinção empírica entre o conceito de interesses e o de benefícios. Após, será demonstrado como o conceito de interesses difusos, se não for tomada por base uma perspectiva meramente individual, não encontra ressonância na realidade. Num quarto momento, procura-se demonstrar como o conceito de interesses difusos, no mundo dos fatos, corresponde ao conceito de benefícios coletivos. Finalmente, será demonstrado que critérios de justiça compensatória não são suficientes para o manejo do problema em estudo, por serem adequados apenas para lidar com problemas simples (cuja resolução requeira a assimilação de informações não complexas) e que envolvam poucos litigantes, ignorando as mudanças qualitativas que envolvem a complexidade e os altos números de interessados no problema em análise³¹.

³¹ Komesar (2001, p. 8) afirma que, quando números e complexidade forem altos, a alocação de direitos será altamente demandada, mas terá a menor oferta possível, e que cortes, processo político e direitos não são necessários no mundo dos baixos números e simplicidade, mas, sim, no dos grandes números e da complexidade.

3.1 SOBRE A NECESSIDADE DE ANÁLISE DAS DECISÕES NAS AÇÕES JUDICIAIS COLETIVAS COM BASE EM CRITÉRIOS DE BEM-ESTAR

Conforme já visto em capítulo anterior, os destinatários dos provimentos jurisdicionais que envolvam interesses difusos – incluindo os de natureza ambiental adjudicáveis pela via da ação civil pública – não são, em tese, individualizáveis. Sendo assim, a partir do momento em que é possível a individualização de um eventual sujeito passivo de um ilícito ou de uma ameaça de ilícito, o interesse passaria a ser individual (homogêneo ou não).

Há, assim, quem associe a tutela de interesses coletivos e difusos à noção de risco, pois tal proteção partiria do pressuposto de que devem ser evitadas, tanto quanto possível, lesões à vida, ao patrimônio, à integridade física e psíquica e a outros bens titularizados individualmente pelos sujeitos de direito. Por oportuno, cabe registrar que lesões ao meio ambiente podem ser entendidas como um “meio caminho” para lesões de bens titularizados individualmente (antropocentrismo ambiental). Por outro lado, também há entendimentos no sentido de que o meio ambiente é um bem dotado de valor intrínseco (ecocentrismo ambiental)³².

Também é inevitável uma associação de forma de provimento jurisdicional das ações coletivas ao caráter público dos interesses que serão atendidos, sem prejuízo do caráter comum dos recursos materiais que constituam objeto de eventual comando judicial.

Neste cenário, emergem os problemas das externalidades negativas não internalizadas pelos agentes responsáveis pelas lesões a tais bens em consequência dos altos custos de transação para uma solução negociada.

Segundo Mankiw (2008, p. 204), externalidades são falhas de mercado que surgem quando uma ação de uma pessoa provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dela, sem que este pague nem receba nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é chamado de externalidade negativa; se é benéfico, é chamado de

³² Milaré (2009, p. 104-109) apresenta uma síntese sobre os dois posicionamentos.

externalidade positiva. Quando há externalidades, o interesse da sociedade no resultado de uma transação realizada em regime de mercado vai além do bem-estar dos compradores e dos vendedores que nela participem. Ele passa a incluir também o bem-estar de terceiros que são indiretamente afetados. Como os compradores e vendedores desconsideram os efeitos externos de suas ações quando decidem quanto demandar ou ofertar, o equilíbrio de mercado não é eficiente quando há externalidades. Ou seja, o equilíbrio não maximiza o benefício total do conjunto de transações para a sociedade como um todo. Por exemplo, a liberação de monóxido de carbono no meio ambiente é um subproduto da cadeia de produção, circulação e consumo de determinados bens e é uma externalidade negativa, gerando efeitos adversos na oxigenação do sangue daqueles que o inalam e não consentiram nisso. As empresas que emitam tal subproduto estarão voltadas para seus próprios interesses e não levarão em consideração o custo total da poluição que criam se os prejudicados incorrerem em problemas de ação coletiva que obste a perquirição negociada para a internalização de tais externalidades. Desta forma será emitido monóxido de carbono em excesso, a menos que o Estado, por meio do estabelecimento de incentivos seletivos negativos, impeça-as ou as desestimule³³. Externalidades são, por definição, falhas de participação (KOMESAR, 1994, p. 102).

Segundo Rodrigues (2007, p. 41-53), a poluição é um exemplo típico de externalidade negativa. Ainda segundo o autor, externalidades negativas são os custos que as atividades de um agente impõem a terceiros não negociáveis por via do sistema de preços em decorrência dos custos de transação não serem suficientemente baixos para tanto. Do ponto de vista econômico, afirma que a função fundamental do direito é evitar que a existência de externalidades impeça a obtenção de resultados socialmente eficientes, que o “ar puro” é um bem público – ou seja, não excludente – e que, quando um número muito alto

³³ Destaque-se, no entanto, que tais tipos de bens não são os únicos adjudicáveis por meio das ações civis públicas. Em verdade, quaisquer tipos de bens econômicos (rivais ou não rivais, excludentes ou não excludentes), em tese, podem ser objetos de adjudicação por meio do procedimento previsto na LACP no CDC. A legislação aplicável não faz distinção apriorística num ou noutro sentido. Mankiw (2008, p. 223-236) traz uma conceituação dos bens em questão.

de pessoas é requerido para uma solução negociada, cada uma delas tem um incentivo para “pegar carona” na ação das demais.

Mancuso (2004, p. 135-137) reconhece o caráter fluido do problema e a impossibilidade de as partes chegarem a uma solução negociada, com necessidade do saneamento do problema das externalidades negativas por meio de um instituto que se caracterize pelo uso potencial da violência como incentivo seletivo; isto é, por meio do Estado. Reconhece, também, a dificuldade de se obter uma solução legislativa negociada que promova uma satisfatória alocação de direitos para os grupos envolvidos, e frisa que tal inação dos Poderes Legislativo e Executivo faz com que a solução dos conflitos relativos a tal categoria se dê no âmbito do Poder Judiciário de forma heterônoma.

Tal inação, todavia, pode ser influenciada pelos mais variados fatores, tais como o efeito herança – ou a força da tradição –, além do nível geral de informação disponibilizada pela população e da forma pela qual a renda esteja distribuída.

Sunstein (2008, p. 214-220) afirma que o efeito herança é utilizado para demonstrar a impossibilidade da neutralidade do *status quo*, inclusive na alocação de direitos pelo Estado. Por exemplo, a própria concepção clássica de direito de propriedade como o direito de usar, gozar, dispor de um bem do céu até o inferno, bem como de reavê-lo de quem quer que injustamente o detenha, não seria uma escolha neutra. Seria, na verdade, uma escolha parcial que influenciaria a posição marginal de cada um dos membros da sociedade. Segundo o autor, o *status quo* e as prerrogativas existentes são uma função das regras legais, pelo que a neutralidade do *status quo* não seria neutralidade em nenhuma medida; isto é, se as preferências são, por vezes, criadas por regras legais, e não independente delas, essas regras não podem ser justificadas como reflexos neutros das preferências. Acrescenta, ainda, que estudos em psicologia sugerem que a alocação inicial cria o “estado de referência” básico, a partir do qual julgamentos de justiça são subsequentemente produzidos. E esses julgamentos afetam as preferências e a disposição privada de pagar. O autor registra que, à luz de tal efeito, o

teorema de Coase parece ser falso. Todavia, tal argumento parece desconsiderar que o paradigma proposto no teorema não é factível, não havendo, assim, a possibilidade do teorema ser testado empiricamente.

Nessa esteira, a atual alocação de direitos e de informações pode influenciar a percepção do problema e explicar por que motivos a população de países desenvolvidos o leva mais a sério, enquanto países marcados por níveis distorcidos de distribuição de renda (baixos e desiguais) tendem a colocar a solução de externalidades ambientais negativas em segundo plano. Segundo Cánepa (2010, p. 94), populações de países de baixa renda *per capita* e distribuição desigual tendem a ter preferências mais imediatas nas suas opções de consumo em detrimento da preservação futura de tais bens. Isso se deve à circunstância de a taxa de juros de desconto ser muito alta. Assim, em tais circunstâncias, mesmo que as decisões governamentais correspondam às preferências da sociedade como um todo, é de se esperar que tal decisão eficiente de curto prazo leve a uma situação de insustentabilidade no longo prazo. Como se pode ver, isso corrobora a proposição de Komesar (1994, p. 73), no sentido de que instituições tendem a andar juntas (isto é, se uma escolha institucional, ainda no seu melhor desempenho possível, tende a ter desempenho insatisfatório, as demais escolhas também seguirão tal tendência) e que mudanças sociais significativas geralmente são provocadas mais por alterações em fatores estruturais (v.g., nível geral de informação de que as pessoas dispõem) do que por escolhas institucionais em si³⁴.

Apesar disso, tal análise é não comparativa e desconsidera que o Poder Judiciário é uma instituição tão imperfeita quanto as demais encontradas na sociedade. Com efeito, cabe registrar entendimentos no sentido de que o Poder Judiciário é a instituição menos equipada para a solução de conflitos da espécie, normalmente por não dispor do instrumental cognitivo necessário para avaliar adequadamente as consequências de decisões que impliquem repercussões sociais em grande escala. Sunstein (2008, p. 190-191) afirma

³⁴ Em tempo, Posner (2007, p. 512-520) defende que a redistribuição de riqueza pode ser justificada em níveis pragmáticos, como um instrumento para a própria maximização de riqueza, embora isso não queira dizer a extensão e o conteúdo que tais políticas devam ter exatamente.

que o processo de adjudicação é demasiadamente fraco para conseguir uma reforma social em grande escala (inclusive no que se refere à mitigação dos efeitos da degradação ambiental). O citado autor ressalta justamente o problema da ausência da especialização dos magistrados para lidar com a complexidade das informações necessárias à compreensão dos fatos da espécie em comento e das consequências de cada uma das alternativas constantes do leque de decisões possíveis. Por exemplo, a criação de um direito amplo e irrestrito contra a poluição pode ter uma variedade de efeitos prejudiciais não intencionais, inclusive um maior desemprego, mais pobreza e preços mais altos.

Aliás, registre-se, este foi um dos fundamentos que levou à maioria do colegiado responsável pelo julgamento da apelação a indeferir a injunção pleiteada no caso Boomer (KOMESAR, 2001, p. 14-18). O caso Boomer é um caso paradigmático no direito norte-americano, em que sete pessoas incomodadas com as externalidades negativas decorrentes de uma fábrica de cimento instalada nas margens do Rio Hudson, nas proximidades da cidade de Albany, no estado de Nova Iorque, pleiteavam a interrupção das atividades da fábrica. O pedido, em primeira instância, foi parcialmente acolhido apenas para converter o pedido em indenização aos litigantes. Em segunda instância, o Tribunal de Apelações do Estado de Nova Iorque, por maioria, manteve a decisão de primeira instância, com poucas modificações. Cabe acrescentar que houve posicionamento minoritário acolhendo o pedido de injunção apresentado pelos requerentes³⁵.

Afirma o autor acima, ainda, que decisões da espécie podem não ser bem sucedidas, que é possível que o processo político reaja e se recuse a cumprir decisões judiciais da espécie, pois as cortes estariam em uma condição muito fraca para avaliar e harmonizar os vários objetivos sociais que o Estado visa concretizar.

Diante disso, pode ser constatado que o problema relativo aos conflitos envolvendo os interesses difusos é de barganha e de custos de transação. Se

³⁵ Esse tipo de análise, destaca-se, resvala nas capacidades e limites do Poder Judiciário agir como legislador, inclusive na revisão de decisões legislativas, que será desenvolvida no próximo capítulo.

estes fossem iguais a zero – o que é uma impossibilidade fática -, sempre seria adotada uma solução negociada que maximizasse o bem-estar da sociedade como um todo em magnitude por todos desejada; isto é, seria o caso da adoção de um contrato plenamente especificado³⁶.

Como isso não é factível e, como normalmente, tais conflitos estão associados a bens econômicos cujo desfrute acaba por implicar em externalidades negativas causadas a terceiros, o Estado aparece como uma segunda-melhor alternativa na resolução de tais conflitos. Com efeito, a resolução voluntária de tais impasses – que seria a solução que, em tese, estabeleceria com precisão a disposição dos envolvidos a pagar e a receber pelos benefícios pretendidos, em que todos disporiam de informações perfeitas e simétricas, contexto no qual estariam envolvidos, inclusive, os prejudicados pelas externalidades negativas ocorrentes na hipótese em estudo – está inviabilizada pelos altos custos de transação.

No entanto, o Poder Legislativo, a quem caberia, originariamente, exercer a opção política de solução de tais conflitos de índole coletiva, acaba por não ser facilmente acessível para as partes envolvidas. À luz do aparato teórico descrito acima, isso é consequência das altas discrepâncias de distribuição de renda e do baixo acervo de informações assimiladas pela maioria da população brasileira, inclusive no que se refere ao papel das instituições governamentais. Daí o distanciamento espacial e cultural do Poder Legislativo relativamente às partes envolvidas nos conflitos relativos à escassez de bens públicos, o que cria um bloqueio de canais de comunicação dos interessados com o referido Poder.

Não se quer, aqui, afirmar que o modelo adotado no Brasil seja intrinsecamente ruim, mas, sim, cotejar a possibilidade de arranjos institucionais que viabilizem uma otimização dos benefícios sociais possíveis,

³⁶ Um contrato plenamente especificado seria aquele em que as partes otimizam a maximização de seu bem-estar e conseguem fazer uma previsão de todos os riscos possíveis. Por meio de tal contrato, que é apenas uma figura ideal (portanto, não factível), as partes alocariam os riscos da forma que lhes fosse mais vantajosa, os quais seriam adequadamente internalizados no preço praticado, não havendo, assim, externalidades (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 278-280).

dado o atual arranjo institucional de normas de conduta relativamente à presença de externalidades negativas no meio ambiente.

Tal otimização pode se dar em duas dimensões. A primeira, dada a atual alocação de direitos, consiste na possibilidade de um arranjo institucional alternativo ser mais capacitado a maximizar o bem-estar da sociedade do que o atualmente adotado. Se a relação custo-benefício se torna menos deficitária, a eficiência no fornecimento de um dado bem público aumentará e, em consequência, os valores vertidos pelo contribuinte pela tributação seriam, *ex post* a um evento que configure um incremento marginal de otimização, aplicados na indução de um comportamento socialmente desejado de forma mais satisfatória que a atualmente adotada, com diminuição de distorções sociais atualmente verificadas. Com isso, seria otimizado o procedimento para que as decisões estatais no fornecimento de bens públicos correspondessem, tanto quanto possível, ao desejado pela sociedade como um todo na hipótese de um contrato plenamente especificado. Frise-se, por oportuno, que, no presente trabalho, é apenas feita uma comparação, na margem, entre o poder de polícia e ação civil pública, mas que a identificação de um aparato institucional mais eficiente que outro aumenta as expectativas de incremento marginal de tal eficiência.

A segunda dimensão é que um aumento no grau de eficiência no fornecimento de um determinado bem público pode acarretar uma diminuição no respectivo custeio, criando um cenário de possível diminuição da carga tributária, aumentando a possibilidade de investimentos privados e, assim, permitindo o desenvolvimento econômico. É possível, também, que os valores liberados pelo aumento da eficiência possam ser utilizados no fornecimento de outros bens públicos socialmente desejados – o que compreende, até mesmo, o aperfeiçoamento do próprio bem do qual decorreu o aumento da disponibilidade de recursos orçamentários, num círculo virtuoso –, que até então estivessem contingenciados.

Pode-se ver, ainda, que os conflitos envolvendo interesses difusos não obedecem necessariamente a uma forma pré-determinada, podendo envolver a

mais variada gama de pessoas e versar sobre os mais diversos recursos econômicos, precificados ou não³⁷.

Podem ser relativos, v.g., ao patrimônio histórico, em que um grupo de pessoas pode entender que determinados bens devem ser tidos por intangíveis, dados a memória cultural e o valor intrínseco de conservação que eventualmente carreguem, enquanto outro entenda que não devam eles, ou nem todos eles, ser preservados. Teríamos, aí, um conflito, em que um grupo de pessoas teria interesse na limitação dos direitos de propriedade particular, enquanto outro grupo estaria interessado na sua preservação.

Há casos, ainda, em que um grupo defenda a preservação ambiental de determinada área enquanto outro defenda a sua exploração econômica que a deprede. Pode ocorrer, até mesmo, uma situação em que todos unanimemente defendam que um determinado bem coletivo de cunho ambiental deva ser fornecido, não importando a forma (seja por restrição a direitos de propriedade, seja por impostos de Pigou³⁸ etc.), havendo controvérsia apenas sobre quem devam ser os responsáveis pelo “fardo social” necessário para tanto. Adite-se, ainda, que, mesmo que estabelecidos padrões de comportamento (seja pela utilização estrita de instrumentos de comando-e-controle, seja pela associação deste com instrumentos de mercado), é possível que ocorram problemas de agente e de risco moral, inerentes ao comportamento não cooperativo.

Há casos, ainda, em que um grupo defenda, por exemplo, que o Estado deva repatriar todos os corpos de brasileiros economicamente hipossuficientes que faleçam no exterior, enquanto outro defende que o erário tem outras prioridades que não a aplicação dos recursos vertidos pelo contribuinte para tal

³⁷ A legislação não impõe limites semânticos estabilizados intersubjetivamente.

³⁸ Segundo Mankiw (2008, p. 213-214), os impostos de Pigou são uma forma, dentre as várias escolhas – a exemplo da regulação e da alienação de direitos de emissão (como ocorre nos chamados crédito de carbono) –, de internalização de externalidades negativas. Em vez de determinar um padrão de comportamento, o governo pode tributar determinada atividade poluidora a fim de trazer os níveis de produção e consumo para o mais próximo do socialmente desejado. Segundo o autor, a cobrança de valores pelo direito de poluir teria uma vantagem comparativa com a regulamentação do tipo comando-e-controle, por viabilizar a realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento de tecnologias menos impactantes, sejam elas *end of pipe* (tais como filtros, chaminés, reservatórios etc.) ou relativas ao próprio processo de produção. Lustosa, Cánepa e Young (2010, p. 170) posicionam-se no mesmo sentido.

fim, mas, sim, a aplicação desses recursos em alguma alternativa que melhor incrementa o bem-estar da sociedade³⁹.

Não bastasse, têm-se, ainda, os casos em que se procura dar valor absoluto de prevalência a algum dos interesses em conflito. No entanto, a prevalência absoluta de um valor sobre outros poderia dar azo à possibilidade de uma verdadeira “criogenização” da sociedade, retirando a possibilidade de eficiência adaptativa eventualmente necessária em momentos de crise. Neste ponto, vale frisar que, mesmo com adoção de medidas anticíclicas para prevenir contingências futuras, elas podem não funcionar sempre; emergindo, assim, a necessidade de ajuste a situações inesperadas.

Daí a necessidade de capilarização do sistema jurídico com as demais instituições sociais por meio do processo democrático, em que, por meio de representantes eleitos, a instituição do Estado (fonte de reconhecimento do direito por excelência) terá acesso às mensagens emitidas pelos demais membros da sociedade. Isso faz com que tal instituição se compatibilize com o mínimo de distorção possível com as preferências da população. Com efeito, é por meio do processo democrático que o direito fará sua abertura cognitiva às comunicações feitas pelo resto da sociedade, condição essa necessária para a sua perpetuação (CARVALHO, 2005, p. 241-245). De fato, o Poder Legislativo dispõe normalmente de mecanismos mais eficazes de captar as preferências da população que o Judiciário (KOMESAR, 1994, p. 125), o que torna questionável que tal instituição e as outras que estejam a ele relacionadas (Ministério Público, Defensoria Pública, etc.) estejam em melhores condições de tomar decisões de grande repercussão social.

Não se pode esquecer que o ser humano, por não dispor de informações perfeitas, não tem como antever todas as consequências possíveis de cada curso de ação disponível. No máximo, pode incrementar as possibilidades de acerto e, assim, incrementar sua eficiência adaptativa e aumentar as chances de prolongamento de sua sobrevivência.

³⁹ Isso foi objeto de postulação ação civil pública atuada sob o nº 2007.39.00.010577-3, ajuizada pelo Ministério Público Federal, corrente na 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Pará.

Lidar com contingências é algo inerente a todos os animais, condição da qual não escapa o homem. Tal situação não é descaracterizada pelo diferenciado grau de capacidade que o ser humano tem de manipular racionalmente a natureza a seu favor para facilitar o processo de adaptação, ou melhor, para manipular o ambiente intrinsecamente hostil em que vive a seu favor.

Neste particular, destaque-se que Kaplow e Shavell (2002, p. 391-394) entendem que noções etéreas de justiça – no que se inclui a atribuição de valor intrínseco a determinados bens e não a outros – não são parâmetros idôneos a guiar o processo de tomada de decisões jurídicas. Para a presente análise, isso compreende tanto a decisão do Ministério Público para ajuizar determinada ação judicial coletiva como para eventual sentença judicial que a aprecie. Os autores afirmam que concepções materiais de justiça omitem fatores relevantes, tais como os custos administrativos de operação do sistema jurídico ou os efeitos inibidores de diferentes normas jurídicas, simplesmente favorecendo uma regra sobre outra, sem qualquer atenção a fatos relacionados aos seus atuais efeitos. Sendo assim, entendem que, uma vez que uma variável desconhecida seja identificada, faz pouco sentido manter-se uma análise baseada em concepções de justiça na medida em que manter uma análise baseada em tal critério não raro levará à mesma decisão jurídica feita com base em critérios de bem-estar.

Ainda segundo eles, uma análise baseada em critérios de justiça pode permitir a um analista evitar uma série de dificuldades. Mas isto ocorre não porque tal análise pode ser menos problemática, mas apenas porque suas deficiências se mantêm ocultas. Concluem ainda que, embora existam razões para o meio acadêmico jurídico derivar *insights* das intuições pelas quais normas jurídicas pareçam ser justas, não existe papel contínuo ou independente para análises baseadas em noções de justiça, sendo presumido o entendimento no sentido de que nós deveríamos escolher as normas jurídicas que melhor incrementam o bem-estar dos indivíduos.

Diante disso, pode ser constatado que o problema relativo aos conflitos envolvendo os interesses difusos é de barganha e de custos de transação,

conforme afirmado anteriormente⁴⁰. Qualquer critério que seja independente do bem estar das partes envolvidas pode levar a uma decisão errada, pois, quando muito, pode coincidir com a decisão que seria tomada com base em critérios de bem-estar.

Se tais custos fossem iguais a zero (o que é uma impossibilidade fática), seria adotada uma solução negociada que maximizasse o bem estar das partes na magnitude por elas desejada; isto é, seria o caso da adoção de um contrato plenamente especificado.

Assim, como tal solução negociada não se mostra tangível, o Estado aparece como uma segunda-melhor alternativa na resolução de tais conflitos (*second best choice*).

No entanto, o Poder Legislativo⁴¹ - a quem, conforme já visto, cabe exercer a opção política de solução de tais conflitos de índole coletiva -, em decorrência do distanciamento visto acima, acaba por não ser facilmente acessível às partes envolvidas. Estas, por sua vez, acabam por tentar provocar a atuação de órgãos de acessibilidade mais imediata, tais como o Ministério Público e o Poder Judiciário, não raro acarretando a captura de um e/ou de outro⁴². Estes últimos, muitas vezes instados a agir na falta de um agente acessível a custo razoável que melhor pudesse depurar o nível de assimetria de informações, por sua vez, enquanto agentes do Estado, tendem a ter uma postura corporativista. Tais interesses regem os incentivos pessoais de cada

⁴⁰ Nusdeo (2008, p. 159), ao relacionar o problema das externalidades com o direito, afirma que as dificuldades são extremamente sérias quando se trata de internalizar ou privatizar efeitos negativos representados pelos custos sociais. Por isso, em grande parte, o direito, nesta área, tem a seguinte finalidade: promover a internalização daqueles custos pelas suas unidades geradoras; ou então, simplesmente, impedir a própria geração dos mesmos. Como se pode ver, o problema envolvendo os interesses marcados por problemas de ação coletiva (sejam ele individuais ou "coletivos") é notoriamente caracterizado pela existência de custos de transação elevados.

⁴¹ Mancuso (2004, p. 207) reconhece que a solução de tais conflitos deveria ficar a cargo, primariamente, dos Poderes Legislativo e Executivo, nada obstante, em decorrência da morosidade de tais agentes, o Poder Judiciário venha exercendo um papel cada vez mais ativo na sua resolução.

⁴² Registre-se que captura e corrupção administrativa são conceitos diversos. A primeira situa-se mais na forma de cooptação ideológica (dissonância cognitiva), não relacionada necessariamente à intenção deliberada do agente público em não cooperar para a concreção das finalidades que deva defender em proveito de seus interesses egoísticos.

um dos agentes que consubstanciam o aspecto humano de tais instituições estatais – os quais, diga-se de passagem, são racionalmente limitados e dotados de informações imperfeitas como qualquer outra pessoa.

Tal fenômeno é natural a qualquer corpo burocrático estatal e, à medida que uma organização estatal se expande, os seus agentes (corpo burocrático) tendem a ganhar maiores responsabilidades e maior remuneração. Tais administradores geralmente são a favor de uma expansão de sua pasta para além do tamanho requerido para a sua eficiência alocativa. A isso, denomina-se de “princípio do ingurgitamento”, que se constitui na constatação de que os administradores num ministério ou numa agência tendem a se esforçar para maximizar o seu tamanho em termos de orçamento e pessoal para além do necessário (COOTER, 2000, p. 151-154).

No meio do conflito, temos aqueles que são indiferentes à maneira pela qual sejam solucionados, sejam por serem mentalmente alienados, sejam por serem racionalmente ignorantes, destacados aqueles passíveis de serem influenciados por algum gatilho catalisador que possa anular seu estado de latência racional.

Assim, diante do cenário acima – que não deixa de ser um breve rascunho da realidade experimentada no modelo brasileiro para a solução judicial de conflitos envolvendo interesses difusos –, questiona-se a utilidade do procedimento jurisdicional da ação civil pública para a efetivação de normas de comportamento ambientais, se comparada com outras escolhas institucionais possíveis que possam atender tal finalidade.

Em tempo, destaque-se que questões relativas a escolhas institucionais não são triviais ou irrelevantes. Muito pelo contrário. O direito, se quiser ser um instrumento de desenvolvimento, deve se preocupar com a alocação eficiente de recursos, sendo necessário, para tanto, aprofundar a discussão sobre as opções institucionais disponíveis, trazendo os efeitos de cada opção para o centro do debate e apontando os incentivos postos pelas instituições jurídico-políticas, de modo que seja possível identificar os interesses dos diversos grupos, inclusive daqueles subrepresentados no processo político representativo (SALAMA, 2008, p. 61).

Mas, para que se prossiga na análise, é necessário rever um conceito central no trabalho: o de interesses difusos. E isso é feito nos tópicos seguintes.

3.2 DISTINÇÃO ENTRE INTERESSES E BENEFÍCIOS

Neste tópico, procura-se delinear diferenças entre interesses e benefícios enquanto categorias empíricas. Tal distinção parte do pressuposto de que todo ser humano é um ser racional e, enquanto tal, age também racionalmente na margem ao tomar as decisões que visem à maximização do seu bem-estar (MANKIW, 2008, p. 6-7).

Dito isso, para simplificar com um exemplo, um indivíduo pode ter pretensões – isto é, preferências – sobre vinte maçãs ao entender que este é o número de unidades que poderia satisfazer as suas necessidades. No entanto, pode ter disponibilidade (recursos financeiros, força física, ou qualquer coisa que será sacrificada como custo de oportunidade para tal fim) apenas para adquirir dez delas. Em suma, são as restrições de recursos que limitam as possibilidades de satisfação de pretensões dos consumidores (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 44).

O exemplo é bem simplório, mas serve para distinguir as pretensões individuais daquilo que factivamente as pessoas são capazes de obter. Racionalmente, enquanto o custo marginal de uma unidade adicional de alguma utilidade, pela qual uma pessoa manifeste determinado interesse, for superado pelo benefício marginal, o interessado irá tomar a decisão racional de procurar obtê-lo. Não se quer perquirir aqui como determinadas preferências se formam e como elas se manifestam, mas não se ignora que preferências individuais, embora estáveis, não são estanques e que o processo político é o local apropriado para o atendimento de preferências que não conseguem ser satisfeitas em regime de mercado (SUNSTEIN, 2008, p. 225-241).

Anteriormente, foi visto que, mesmo em grupo, o indivíduo age de forma a maximizar racionalmente o seu bem-estar. Ao agir grupalmente, cabe destacar que a estratégia dominante de um determinado indivíduo pode variar

qualitativamente em função do tamanho do grupo do qual seja parte. Tal raciocínio não deixa de se aplicar à instituição estatal, que, por deter o monopólio legítimo da violência, deve visar ao fornecimento de benefícios públicos que não seriam transacionados no mercado por problemas de ação coletiva. Com efeito, cada indivíduo pode conferir um valor diferente ao benefício público almejado por seu grupo (OLSON, 1999, p. 34).

Assim, eventual satisfação de uma pretensão individual se dará com o fornecimento de benefícios, os quais podem ser excludentes ou não – conforme as pessoas possam ser impedidas ou não de usá-los – e rivais ou não – conforme o fato de uma pessoa usar certa quantidade implicar, ou não, na diminuição da quantidade disponível para os demais interessados.

Desse modo, os bens privados seriam tanto excludentes quanto rivais. Normalmente os bens privados são os negociados mediante transações voluntárias em regime de mercado e são atribuídos mediante alocação de direitos de propriedade. Uma das formas utilizadas para a internalização de externalidades para dentro do mercado é a emissão de títulos negociáveis de emissão de dióxido de carbono, previsto no Protocolo de Kyoto. Em tal caso, o espaço atmosférico para tais emissões seria “locado”, incorrendo o produtor nos respectivos custos, fazendo com que as externalidades sejam internalizadas nos preços praticados na circulação de bens e serviços que necessitem de tais emissões⁴³.

Por sua vez, os bens públicos seriam não excludentes nem rivais. Um exemplo simplório de bem público seria uma rua não congestionada, em que o fato de um carro trafegar nela não implicaria em diminuição da possibilidade dos demais interessados fazerem o mesmo. Normalmente, como não é possível fazer com que os que não paguem por um bem público sejam

⁴³ Silveira e Amaral (2008, p. 302) elencam, ainda, que é exigida uma série de outros requisitos redistributivos para a aferição da sustentabilidade das reduções de emissões, tais como contribuição para a distribuição de renda e contribuição para geração líquida de empregos e desenvolvimento das condições de trabalho. No limite, pode-se afirmar que uma diminuição nas desigualdades na distribuição de renda pode levar a uma diminuição da taxa de desconto de uso presente do capital, pois, com o aumento da renda, as pessoas tendem a ter uma utilidade marginal decrescente da riqueza adicionada. Isso, por sua vez, contribui para que o processo político consiga internalizar melhor projetos de longo prazo, se tomada a perspectiva *ex ante* de distribuição de renda mais desigual.

impedidos de usufruí-lo, a estratégia dominante destes é não pagar voluntariamente por eles, ainda que a utilidade do benefício, para os interessados, na sua totalidade, exceda o seu custo individual. A estratégia dominante para os interessados é simplesmente não contribuir para a concretização do benefício na esperança de que seus interesses serão atendidos pela ação dos demais, situação esta denominada como “problema do carona” (COOTER; ULLEN, 2010, p. 63). Exemplos de bens públicos seriam a defesa nacional e a pesquisa científica de base, isto é, a geração de conhecimentos não patenteáveis. Registre-se, ainda, a redistribuição de renda para fins de eficiência alocativa (MANKIWI, 2008, p. 227-228).

Como bens não excludentes, mas rivais, tem-se os recursos comuns, sobre os quais já foi discorrido acima. Como alternativa para a impossibilidade de solução voluntária do problema, provocada pelo problema de ação coletiva, o governo pode reduzir o uso de recursos comuns por meio dos regulamentos ou impostos. Como exemplos de recursos comuns, podem ser citados água e ar puros e animais selvagens⁴⁴. Registre-se que Mankiw (2008, p. 224-236), ao relacionar externalidades, bens públicos, recursos comuns e as decisões privadas sobre produção e consumo, afirma que, em decorrência desses efeitos externos, as decisões privadas de consumo e produção podem levar a uma alocação ineficiente de recursos e que a intervenção estatal pode potencialmente aumentar o bem-estar econômico. No que se refere aos recursos comuns, note-se que os exemplos apresentados pelo autor são característicos dos recursos naturais bióticos (fauna e flora) e abióticos, tais como água limpa e ar puro (MILARÉ, 2009, p. 213).

Por fim, quando o bem é excludente, mas não é rival, tem-se o caso de monopólios naturais. Em tais situações, o interessado pode ser impedido de

⁴⁴ Sunstein (2008, p. 286-287) parece considerar como bens públicos todos os bens não excludentes, sejam eles rivais ou não, incluindo em tal rol até mesmo as informações de interesse público. No entanto, para o presente trabalho, considera-se a capacidade de absorção dos corpos d'água e da atmosfera como um bem público não rival, mas excludente, dado que há escassez acerca da capacidade de recepção de tais “fossas” para atender a demanda na ausência de incentivos seletivos negativos.

usá-lo, mas a sua utilização não implica em diminuição da quantidade disponível para os demais interessados⁴⁵.

Dito isso, pode-se ver que a manifestação de interesses ou preferências individuais não quer dizer nada sobre a forma como ela será satisfeita⁴⁶. Como se pode ver, necessidades individuais podem ser satisfeitas pelas espécies mais variadas de recursos, rivais ou não, excludentes ou não. Isso é importante para constatar que as pretensões sobre recursos não podem ser analisadas sem se abstrair do seu aspecto individual. Mesmo as ações coletivas não podem ser consideradas como abstrações que coloquem os indivíduos que as compõem num plano secundário. Com efeito, nem o processo político nem o Estado são instituições cujas decisões são baseadas em princípios superiores de maximização holística do bem-estar da coletividade. As decisões são sempre decisões que têm por base indivíduos sujeitos a alguma estrutura de incentivos. Ocorre que outras escolhas institucionais (como o mercado, por exemplo) podem ser piores ou melhores para o atendimento de certos interesses (TULLOCK; SELDON; BRADY, 2002, p. 3-16).

Adotada tal premissa, passemos, agora, a uma análise do conceito de interesses difusos e de sua operacionalidade no mundo dos fatos.

3.3 DOS INTERESSES DIFUSOS COMO CATEGORIA JURÍDICA FACTÍVEL APENAS SE TOMADA POR BASE O PLANO INDIVIDUAL

Pode ser constatado, a partir da teoria da ação coletiva, que os chamados interesses difusos são aqueles cujos titulares não conseguem transpor a barreira de ação coletiva no sentido causal-explicativo do termo, sendo o bem coletivo eventualmente promovido por sentença judicial de cunho

⁴⁵ Mankiw (2008, p. 224-236) faz uma descrição mais pormenorizada das categorias de bens em referência.

⁴⁶ Sunstein (2008, p. 241-253), ao entender que o processo de deliberação pública é o meio pelo qual as preferências públicas das pessoas serão discutidas, estatuidando várias situações pelas quais uma dada preferência que logre aprovação em tal processo possa ser atendida, a meu ver, autoriza o entendimento de que a identificação de preferências não traduz necessariamente a forma pela qual elas são satisfeitas, necessitando, no mais das vezes, uma discussão sobre que preferências deverão, e como deverão ser, satisfeitas.

indivisível (isto é, não excludente). De fato, como o custo individual da ação coletiva, ainda que os interessados se organizem em grupos para tal fim, supera o benefício individual marginal, a decisão racional a ser tomada por pessoas que têm interesse no fornecimento de um determinado benefício seria, simplesmente, não tomar decisão nenhuma⁴⁷.

Por outro lado, ocorre que a utilização de termos, como transindividuais, metaindividuais ou mesmo supraindividuais (vide Capítulo 2) pode proporcionar uma compreensão enviesada do tema. Com efeito, esta abordagem, digamos, “sacrossanta”, acaba transformando os conceitos de interesses coletivos e difusos e do procedimento da ação civil pública como a panaceia de todos os males, justificando até mesmo a intervenção judicial sobre o processo político, mesmo em situações nas quais o processo judicial tende a ter um desempenho ainda pior que o do Poder Legislativo⁴⁸. “Comparar juízes verdadeiros com legisladores ideais equivale a cair na falácia do Nirvana” (POSNER, 2007, p. 192).

Com efeito, a dogmática jurídica das ações judiciais coletivas simplesmente ignora que há pessoas que estejam até mesmo racionalmente opostas ao fornecimento de um dado bem público e simplesmente cria uma ficção de quem seriam aqueles interessados no fornecimento de um dado bem público. Tal compreensão leva inevitavelmente à abstração da figura do próprio indivíduo nos conflitos envolvendo os interesses em discussão e, por conseguinte, a uma abordagem metafísica do problema.

O direito é um sistema nomoempírico prescritivo e, embora, no plano semântico, o direito tolere antinomias, as normas que emite devem ser suficientemente incontroversas intersubjetivamente para que sejam operáveis (NEVES, 1988, p. 16-38). Portanto, o abandono do referencial empírico significa o abandono do próprio direito enquanto técnica normativa.

⁴⁷ Registre-se: não é desconsiderado que interesses inicialmente defensáveis, seja mediante ação individual, seja mediante ação grupal, possam deixar de sê-lo em momento posterior em decorrência de reconfiguração das variáveis de custos e benefícios prospectivos.

⁴⁸ Os posicionamentos de Hartmann (2005) e Krueger (2005) são exemplos desses pontos de vista, defendendo intervenções baseadas simplesmente na imposição heterárquica de preferências pelo Judiciário ao Legislativo. Cabe frisar que tal posicionamento tem tido ampla aceitação no Poder Judiciário brasileiro.

Assim, para que seja mantida a factibilidade do conceito, com base no pensamento de Komesar (2001, p. 48-49), podemos conceituar os interesses difusos, no plano jurídico-dogmático, como aqueles que envolvem um número tão grande de partes e informações tão complexas que é possível que boa parte dos interessados sequer seja conhecida e, mesmo que estes consigam obter informações suficientes acerca de sua situação, tendam a se manter racionalmente inertes por problemas de ação coletiva. Interesses difusos seriam uma “forma qualificada” de interesses individuais homogêneos. Ou melhor, interesses individuais homogêneos seriam uma forma qualificada de interesses difusos, pois naqueles todos os potenciais beneficiários estariam identificados, enquanto nestes, não.

Quando, por exemplo, uma determinada pessoa ou grupo de pessoas – como alguma forma de associação – dirige-se ao Ministério Público na defesa de um suposto interesse difuso, na verdade, tal grupo, ou pessoa, está a defender interesses próprios; isto é, o grupo atua na defesa dos interesses individuais dos seus membros. No caso, está transposta a barreira de ação coletiva na medida em que os custos da ação (dirigir-se ao Ministério Público e oferecer-lhe representação para que promova as gestões necessárias para a cessação das lesões aos supostos interesses difusos, que na verdade são interesses individuais dos membros dos grupos⁴⁹) são excedidos pelos benefícios marginais daí possíveis, daí emergindo e conclusão prospectiva do benefício vir a ser fornecido.

Destaque-se, ainda, que o interesse do grupo não pode ser dissociado do interesse dos seus membros, pois o grupo atua na maximização racional do bem-estar destes. O mesmo ocorre quando um indivíduo atua em tal sentido: ele está, simplesmente, atuando de forma a maximizar seu bem-estar individual. O mesmo ocorre quando um grupo, ou um indivíduo, propõem demanda judicial visando à proteção de seus interesses meramente individuais (ressarcimento de danos individuais decorrentes de acidente de trânsito, por exemplo). Em todos os casos, trata-se de uma atuação, grupal ou individual,

⁴⁹ Note-se que o grupo ou a pessoa normalmente não internalizam os custos das ações posteriores ao oferecimento da representação.

que culmina na provocação do aparato estatal (seja o Ministério Público, seja o próprio Poder Judiciário, ou até mesmo um órgão administrativo encarregado de um leque de atribuições fiscalizatórias) para que tome alguma medida, em que a decisão do indivíduo ou grupo é tomada com base em uma análise prospectiva, mais ou menos informada, de custos de participação esperados para a provocação da ação estatal e os benefícios daí possíveis.

Por isso, quando uma associação – que não deixa de ser uma modalidade de grupo juridicamente qualificada – ajuíza uma ação visando à defesa de algum interesse difuso, ou quando solicita atuação do Ministério Público em tal sentido – normalmente por meio de representação – está, na verdade, a defender os interesses individuais de seus associados. O mesmo ocorre quando um indivíduo manifesta-se perante o Ministério Público para tal fim: está ele a postular a defesa de um interesse individual. O fato dos interesses defendidos eventualmente coincidirem com o de outras pessoas alheias ao grupo ou do representante é uma circunstância meramente acidental.

De fato, se não for adotada a conceituação proposta para o termo “interesses difusos”, este inevitavelmente terá uma função meramente retórica (à semelhança da realidade de custos de transação zero ou do mundo físico sem atrito), porquanto negligenciado um aspecto básico da sociedade enquanto articulação comunicativa: o indivíduo, que sempre será o emissor e receptor das mensagens comunicativas que influenciarão na decisão acerca de ajuizar, ou não, uma ação judicial que vise à defesa de interesses difusos.

Disso decorrem, ainda, duas constatações. A primeira é que, para os problemas que, em tese, o conceito de interesses difusos se proporia a resolver, o próprio ordenamento reconhece os custos excessivos de informação para identificação de todos os envolvidos. Simplesmente se cria uma “falácia da solução perfeita”. No entanto, conflitos que envolvam interesses difusos são marcados por números extremamente altos de pessoas envolvidas e altos custos de informação. Isso faz com que a ação civil pública tenha um desempenho aquém do desejado justamente nas áreas em que isso seria mais necessário e tenha um desempenho excepcional em áreas em que

a litigância individual já seria realizada de uma forma ou de outra. Com efeito, o alto número de envolvidos e a alta complexidade da matéria em jogo (que é o caso típico das emissões atmosféricas, notoriamente marcada por alta dispersão geográfica de impactos com baixíssimas perspectivas *per capita* dos interessados, tanto anteriormente como posteriormente a um evento indesejado) fazem com que o desempenho dos processos judiciais coletivos tenda a não atender as expectativas da sociedade como um todo (KOMESAR, 2001, p. 46). O ordenamento jurídico reconhece o problema, mas simplesmente cria uma solução desvinculada do mundo real e de pouca utilidade prática na resolução dos problemas a que se propõe.

A segunda é que, como não se sabe quem são os interessados no fornecimento de um bem público por meio de uma ação civil pública (excetuado os casos das associações, as quais, conforme será visto no capítulo seguinte, têm tido uma atuação pouco expressiva nas ações civis públicas ambientais), questiona-se: que interesses são defendidos, de fato, quando o Ministério Público ou a Defensoria Pública⁵⁰ ajuízam uma ação civil pública para determinar, por exemplo, que uma fábrica deixe de emitir material particulado inalável na atmosfera? A questão piora quando inexistente uma norma jurídica (seja constitucional, legal ou infralegal a respeito do tema), dadas as limitações do processo judicial em obter informações para o deslinde do problema⁵¹. Apenas importa que, na ausência de uma decisão política prévia, é possível que tais órgãos, simplesmente, não tenham a mínima ideia que estejam fazendo. Isso também se dá com o Poder Judiciário.

No entanto, é possível que variáveis sistêmicas possam determinar uma reconfiguração dos custos de transação e diminuir os problemas relativos às barreiras de ação coletiva. Isso pode se dar por diversos fatores, tais como melhoras no conhecimento agregado e no estado da técnica; utilização de novas instituições que diminuam os custos de acesso pelos interessados etc. (KOMESAR, 2001, p. 62-63).

⁵⁰ Por questões de pragmatismo, espera-se que as pessoas jurídicas de direito público apenas utilizem do poder de polícia para conseguir o benefício que seria proporcionado por uma ação civil pública.

⁵¹ Sobre isso será discutido no decorrer do trabalho.

Então, quando o Estado diz defender um interesse difuso (seja por algum dos entes da Administração Direta, seja pelo Ministério Público, seja por alguma outra instituição que integre sua estrutura), não está a fazê-lo, por, simplesmente, desconhecê-lo, pois tais preferências foram manifestadas, de uma forma ou de outra. O que não se pode fazer é presumir o conhecimento de preferências não manifestadas⁵².

Está, sim, a fazer uma opção pela defesa de um interesse individual ou coletivo em conflito com outro, ou outros (ainda que ignore quem sejam os interessados no seu fornecimento ou na sua negativa). Qualquer argumentação no sentido de que estaria defendendo interesses sociais transcendentais ao próprio indivíduo, por conseguinte, é falaciosa, e pode acabar apenas por servir como veste formal simbólica sacrossanta de legitimação de algum corpo social perante os demais indivíduos, quando, na verdade, estaria apenas tomando parte num determinado conflito social.

Com efeito, mesmo quando um sujeito externa um pensamento até então não manifestado (por exemplo: defendendo oralmente uma ideia numa conversa informal, por exemplo), ele está agindo, na margem, com o propósito de obter algum benefício individual (ainda que seja para evitar um malefício, que nada mais seria um benefício “com sinais trocados”⁵³). É possível que ele simplesmente esteja a procurar alguém que compartilhe de suas preferências para uma futura união de forças, embora mudanças marginais na alocação dos custos de transação/organização durante o desenrolar dessa atuação inicial

⁵² Neste sentido: Sunstein (2008, p. 219, 225 e 234). O autor, em que pese não falar explicitamente sobre a manifestação de preferências, entende que os julgamentos coletivos públicos, num regime democrático, pressupõe a manifestação de preferências por parte dos cidadãos e que, inevitavelmente, o governo respeita determinadas motivações e não outras, tomando posições parciais num conflito coletivo.

⁵³ Não podemos esquecer que o ser humano só existe em sociedade enquanto ente comunicador, e só é a partir das interações comunicacionais entre indivíduos, através da linguagem (digital ou analógica), que a troca de informações se torna possível. Para uma abordagem dos conceitos de linguagem digital e analógica, ver Carvalho (2005, p. 67-72).

possam ter efeitos no bloqueio da ação futuramente, levando ao seu abandono⁵⁴.

De fato, pode até ocorrer que, ao emitir sua mensagem, um dado indivíduo tenha manifestado seu interesse pessoal na obtenção de algum benefício e que, no seu íntimo, ele desejasse que tal benefício fosse, de alguma forma, fornecido, mas que, após um certo número de interações, tenha abandonado o desiderato por ter obtido novas informações que, a seu ver, sugerem que a opção racional seja manter-se inerte.

É possível, ainda, que um dado indivíduo, percebendo que foi lesado (por exemplo, constatando que uma fábrica emite fumaça que compromete a pintura do muro de sua casa), após algumas trocas de mensagens, mesmo com outras pessoas interessadas que estejam em condições semelhantes à sua, conclua que os custos de organização superem, numa análise prospectiva, os benefícios marginais, levando, assim, a um problema de ação coletiva.

Diante de tal panorama, a utilização do aparelho institucional do Estado em associação ao mecanismo da coercibilidade para reconfigurar custos de transação pode servir como meio para canalizar a solução de conflitos envolvendo interesses individuais comuns relativos ao fornecimento de bens não excludentes – sejam eles rivais ou não –, simulando a transação que não seria possível no regime de livre mercado.

Desnecessário dizer que, em termos de bem-estar, pelo menos numa análise prospectiva, os custos dessa mudança institucional marginal deve ser inferior ao benefício social daí decorrente⁵⁵. Do contrário, a solução poderia ser

⁵⁴ Registre-se que o raciocínio possui caráter meramente retórico, não tendo qualquer intuito de investigar a respeito de como se dá, no plano psicológico, o processo cognitivo sensorial e comunicacional pelo qual o indivíduo procura maximizar o seu bem-estar.

⁵⁵ Registre-se que, para os fins deste trabalho, custos e benefícios devem ser aferidos em termos de utilidade, não tendo correlação necessária com o valor monetário das medidas, mas sim no custo de oportunidade da decisão tomada face às alternativas factíveis e as perdas e ganhos de utilidade em cada um dos cenários. Obviamente, não se dispõe de instrumental confiável para comparações de preferências individuais (ordinais ou cardinais), excetuada a disposição para pagar. Mas isso ignora questões relativas à utilidade monetária entre indivíduos, e, assim, volta-se ao problema. Assim,

mais gravosa que o próprio problema que se quer solucionar, situação na qual poderá ser possível – e até mesmo recomendável – que determinados bens públicos simplesmente não sejam fornecidos, pois a sociedade poderia, *ex post*, estar melhor se não tomasse decisão nenhuma.

Num exemplo hipotético da poluição de um rio por um dado sujeito, há várias ocasiões em que a população prejudicada – mesmo que perfeitamente informada a respeito de sua situação – seja menos eficiente que o Estado na consecução de tal fim. É provável que os custos de transação envolvidos – tais como os custos de operacionalização dos esforços coletivos, a repartição de atribuições a serem realizadas e as dificuldades de controle da ação dos demais agentes, que podem levar ao bloqueio da ação pelo problema do carona ao impor altos custos de barganha – para a consecução do benefício coletivo (que sinteticamente corresponderia ao desfrute dos benefícios proporcionados pelo acesso ao rio não poluído) frustrem a realização de tal fim.

Dessa forma – e reiterando o que foi exposto acima – é provável que a atuação do Estado, utilizando do monopólio da violência potencial financiada pelo contribuinte, consiga, pela tarifação e/ou pela regulação direta, o fornecimento do benefício em questão.

Em outras palavras, o Estado pode utilizar-se de tais mecanismos para induzir o particular responsável pelo dano e os terceiros potenciais poluidores influenciáveis pela estrutura de incentivos a ser proporcionada pela atuação governamental a agirem cooperativamente com os interesses que aquele optou em defender. Isso pode se dar, por exemplo, mediante inserção de algum elemento na estrutura de incentivos dos indivíduos (tais como o estabelecimento de uma penalidade pelo descumprimento de um comando ou a internalização dos custos das externalidades negativas nas suas transações), de modo que eles incorporem tais variáveis e, assim, tragam o custo marginal de produção para mais próximo do ótimo social. Para tanto, pode ser necessária, ainda, a atuação especializada de eventual agência ou autarquia que consiga identificar a autoria da conduta danosa de forma mais eficiente

o processo político apresenta-se como uma aproximação por estimativa de tais preferências.

que a atuação direta dos particulares individualmente interessados na sua solução.

Assim, haverá casos em que será mais vantajoso facilitar o uso dos meios que os interessados dispõem de levar ao conhecimento do Estado, para que este diligencie na solução de conflitos de interesses interindividuais, do que deixar a solução para as regras ordinárias da responsabilidade civil. Isso ocorre, por exemplo, com a difusão de informações que aumentam o estoque cognitivo dos potenciais lesionados, diminuindo os custos futuros de informação, o que ordinariamente se dá pelo processo de educação ambiental. Também contribuiriam para tal fim a otimização de mecanismos de controle dos agentes públicos encarregados, em tese, da decisão dos conflitos e a instituição de procedimentos que, na margem, aumentassem o fluxo comunicacional para as instituições.

Dentro de um quadro como esse, o Direito Econômico passa a ganhar uma nova dimensão, a da sua **procedimentalização**. Na linha do pensamento de Max Weber, dir-se-ia estar-se nos dias de hoje nos albores de um Prozeduralisierung, voltado a permitir decisões onde aberta e transparentemente os diversos interesses aflorem, façam-se ouvir, choquem-se e acabem por conduzir a um resultado pelo menos aceitável para todas as partes direta ou indiretamente envolvidas dentro de uma procedimentalização **objetiva e eficiente**.

Esta mesma dimensão aplicar-se-ia igualmente ao próprio processo de elaboração de normas legais ou regulamentares, as quais não podem ser fruto exclusivo de decisões por órgão puramente político (parlamento, câmaras de vereadores, assembleias) permeáveis a grupos de pressão, mas devem envolver, de forma aberta, a presença de interesses relevantes por elas afetados em diferentes estágios (NUSDEO, 2008, p. 225, grifo nosso).

O procedimento jurisdicional da ação civil pública para a defesa de interesses coletivos e difusos, normalmente associado à postulação pelo Ministério Público – o qual, ao ajuizar a demanda, estaria aderindo às pretensões de um grupo em determinado conflito envolvendo interesses individuais e coletivos – não é uma decisão política que possa, *per sí*, ser valorada como boa ou ruim. É simplesmente uma escolha institucional imperfeita, dentre outras possíveis (menos, mais ou tão imperfeitas quanto) à disposição do legislador.

O que importa é saber se existe alguma alternativa institucional que melhor atenda aos interesses da sociedade do que a arquitetura atualmente adotada. Para os fins do presente trabalho, procura-se investigar se existe uma escolha institucional menos imperfeita para a internalização de externalidades ambientais negativas causadas por emissões atmosféricas. Para tanto, será necessário identificar qual o modelo institucional adotado no Brasil para a produção normativa, o que será feito mais adiante.

Dito isso, retoma-se o raciocínio relativo à ausência de factibilidade do conceito de interesses difusos por incongruência estrutural.

Foi visto que, no aspecto empírico, não existe interesse que ultrapasse a esfera do próprio indivíduo, mesmo nos casos dos interesses ditos “transindividuais”; isto é, caso seja ultrapassada a barreira de percepção do risco⁵⁶ e o agente deixe de se tornar racionalmente desinteressado em determinada questão e se torne interessado nela, ainda resta analisar se é necessário tomar algum curso de ação. Assim, optará ele, se julgar útil, em aderir à ação coletiva de um grupo organizado que possa satisfazer suas pretensões ou em agir individualmente caso entenda que esta escolha seja comparativamente mais vantajosa ao seu bem-estar do que as demais.

Por fim, ainda que se possa dizer que a sociedade como um todo tenha interesse num meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado (até mesmo um poluidor contumaz pode ter essa opinião), isso não quer dizer, necessariamente, que todos cooperarão na concretização das opções institucionais que substanciem tal objetivo se não forem instituídos os mecanismos de coerção necessários.

⁵⁶ A barreira de percepção do risco ocorre quando uma pessoa, ao não vislumbrar as perdas potenciais de um determinado evento, simplesmente ignora-o e toma-o como inexistente. Ressalte-se que tal processo não é necessariamente consciente no sentido de que o agente envolvido fará alguma consideração a respeito. Simplesmente pela inexistência de informação que justifique maiores perquirições a respeito de uma potencial contingência, tal processo é, simplesmente, descartado. Decorre do chamado “desinteresse racional”. Como uma das consequências de tal fenômeno, pode ser mencionado o chamado “mercado de limões”. Este trabalho, reitera-se, não pretende investigar as causas psicológico-cognitivas que influenciam a percepção de determinado risco. Apenas parte do pressuposto de que, em alguns casos, a barreira será transposta, mas em outros, não. Para maiores informações a respeito, ver Schäfer e Ott (2004, p. 240-241 e 348).

Aliás, a ausência de cooperação, na ausência de incentivos seletivos externos, tenderá a ser cada vez maior quanto maior for o nível de percepção de que uma determinada ação individual será irrelevante para a concretização, na margem, de tal objetivo. Seria o caso típico de problema de ação coletiva e do “problema do carona”, sobre os quais já foi visto acima.

O problema, obviamente, não ocorre em questões que envolvem pequenos números de interessados e que necessitem assimilação informações simples. Em tais casos, as instituições (mercado, processos políticos, processos informais, processos adjudicatórios) tendem a ter um desempenho fungivelmente satisfatório (KOMESAR, 2001, p. 8). O problema ocorre, conforme já visto, em questões complexas e multitudinárias; isto é, quando a estratégia dominante dos agentes na ausência do mecanismo da coerção (não cooperar na ação coletiva) terá por consequência o não fornecimento do bem público desejado.

3.4 A IMPORTÂNCIA DO PAPEL DA ESCOLHA INSTITUCIONAL PARA A DEFESA DAS CONTINGÊNCIAS QUE ENVOLVAM INTERESSES DIFUSOS LESADOS POR EXTERNALIDADES AMBIENTAIS

Feitas as considerações acima, emerge a seguinte indagação: o que, no mundo dos fatos, as ações civis públicas para defesa de interesses difusos em matéria ambiental visam concretizar? São escolhas melhores que as outras disponíveis para atingir os fins a que se destinam?

O questionamento ganha relevância quando se percebe que a categoria “interesses difusos” – enquanto algo que pertence a todos coletivamente, mas a ninguém individualmente (MENDES, A., 2010, p. 214) ou, nos termos do art. 81, inc. I, do CDC, os interesses “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” – torna-se empiricamente insubsistente em decorrência de ser fora de propósito falar em interesse que não seja meramente individual.

Tal raciocínio, conforme visto acima, não se aplica aos benefícios que os indivíduos, na perquirição de seus interesses, visam concretizar

espontaneamente, seja atuando de forma isolada, seja atuando de forma coletiva (em grupo, ainda que mediante algum tipo de incentivo seletivo para orientar a cooperação na realização dos objetivos acordados). Conforme já visto, como eles agem na maximização de seu bem-estar, a coincidência com os interesses de outras pessoas ou grupos alheios aos que empreendem é meramente accidental, o que não quer dizer que seja irrelevante.

Reitere-se, por oportuno, o conceito de grupos latentes. Estes são caracterizados pela virtual incapacidade de uma ação isolada ter uma repercussão sobre a atuação do grupo como um todo, sendo tal estado de latência influenciado por três fatores: 1) quanto maior o tamanho do grupo, menores tendem a ser os ganhos individuais; 2) quanto maior o grupo, menos os subgrupos terão como capturar frações maiores do excedente para repartição entre seus membros, pois maiores os custos de transação para tanto à medida que o tamanho do grupo aumenta e 3) quanto maior o grupo, maiores os custos de organização (OLSON, 1999, p. 60).

Viu-se, ainda, que a violência pode servir como incentivo seletivo nos grupos latentes, pois pode servir como mecanismo eficaz de efetivar a cooperação grupal no fornecimento de um benefício coletivo que não seria fornecido mediante transações espontâneas entre as partes interessadas, ainda que considerada a hipótese do grupo lhes oferecer incentivos seletivos positivos (isto é, não coercitivos).

É a partir daí que emerge o papel do Estado como fornecedor de benefícios coletivos que, de outra forma, não seriam fornecidos. Em tempo, aqui não é defendido um papel transcendente do Estado, mas, sim, que tal instituição “é uma faceta dos interesses dos indivíduos” (MELLO, 2010, p. 61).

O papel do Estado, aqui, é relevante, pois a ele cabe o monopólio legítimo da violência, sendo seus atos dotados de coercibilidade, isto é, de violência potencial⁵⁷. É a coerção e não a coação que dá a característica

⁵⁷ “Se o Direito não deixa de ser Direito onde e quando impunemente violado, e, mais ainda, se a coação a todo instante invocada não fosse antes a morte de que a vida do Direito, uma conclusão única se impõe: **é a tendência ao recurso da coação que pode ser considerada essencial à ordem jurídica. Não é da sua essência a inexorável passagem do virtual para o atual, pelo menos enquanto nos**

diferencial do direito em relação a outros sistemas de regras e instituições (regras morais, regulamentações sociais informais etc.).

Independentemente da forma pela qual a civilização ocidental chegou a esse ponto, fato é que a instituição Estado, salvo raríssimas exceções (v.g., o desforço imediato na defesa da posse ou a legítima defesa como excludente de ilicitude em ilícitos penais, entre outros), detém o monopólio da violência. Com efeito, é o próprio Estado que é a fonte de reconhecimento da licitude de exercício de tais permissivos excepcionais.

A par de tais considerações, vale a pena fazer, ainda, uma análise do art. 225 da Constituição Federal. Pelos termos de tal disposição, pode se constatar que: 1) o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos; 2) o meio ambiente ecologicamente equilibrado é **bem de uso comum do povo**; 3) é dever tanto do Poder Público (isto é do Estado) como da coletividade defendê-lo para as presentes e futuras gerações (princípio da equidade intergeracional).

Dito isso, importa afirmar que o poder constituinte originário considerou o meio ambiente ecologicamente equilibrado⁵⁸ – em que pese a ausência de estabilização intersubjetiva do que quer que isso possa significar, tendo tal conceito variações intersubjetivas no tempo e no espaço – como bem de uso comum do povo.

A colocação de tal disposição em nível constitucional apresenta importância informacional marcante, pois, ao mesmo tempo em que reconhece o meio ambiente como problema social a ser enfrentado por todos, reconhece, também, a virtual impossibilidade dele ser enfrentado sem recurso à implementação de um incentivo seletivo negativo, qual seja a violência. Basta apenas lembrar que é a Constituição que dá o regramento básico do *modus operandi* do Estado brasileiro.

situarmos de um ponto de vista lógico ou deontológico” (REALE, 2002b, p. 683-684, grifo nosso).

⁵⁸ Não se quer fazer aqui uma análise acurada das disposições constitucionais acerca do meio ambiente em suas dimensões possíveis (que incluem a natural, a artificial e a cultural, todas interagindo de forma relacionada) e das medidas que seriam aptas, em concreto, a aproximá-lo do estado de equilíbrio ideal, boa parte delas constantes das demais disposições do art. 225 da CF. Para maiores informações sobre tais pontos, ver Milaré (2009, p. 144 *et seq.*).

Assim, é inevitável reconhecer que a concretização do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado se apresenta como um bem comum, porquanto não passível de fruição individualizada. Normalmente, benefícios de caráter ambiental são concedidos ou a todos sem distinção (isto é, de forma não excludente, ainda que possam ocorrer concursos de redistribuição *ex post* em decorrência do caráter de rivalidade de tais bens) ou a ninguém. E, pelo caráter multitudinário dos potenciais beneficiários das medidas que visem a concretizar tal termo – que não deixa ser uma opção de meta, ou *goal choice* -, não há incentivos para que aqueles solucionem os impasses que envolvam os recursos ambientais, sejam eles bióticos (flora e fauna) ou abióticos (ar, terra e água), sem recurso à coação. Com efeito, mesmo completamente ultrapassada a barreira de percepção de determinado conflito social de cunho ambiental⁵⁹ (por exemplo, quando todos os lesionados pelas externalidades negativas decorrentes das emissões atmosféricas de uma atividade poluidora), a dificuldade, ou melhor, a impossibilidade de aferição do nível de cooperação de todos os interessados faz com que cada envolvido tenha a propensão de “pegar carona” na ação dos demais, ocasionando, assim, o problema de ação coletiva.

O problema é que o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, enquanto opção de meta (seja ela baseada em critérios de eficiência, seja ela baseada em critérios principiológicos), não diz muita coisa sobre o que se quer concretizar, é somente por meio das escolhas institucionais - das decisões governamentais tangíveis – que se pode viabilizar o seu fornecimento à população.

Dessa forma, a determinação jurídico-normativa de que é necessário defender o meio ambiente em nada significa que ali está contida a maneira pela qual a concreção de tais objetivos deva se dar concretamente. Komesar (1994, p. 34-42), ao criticar Rawls, expõe a problemática que envolve a escolha

⁵⁹ Destaque-se que não se entende o meio ambiente apenas como opção de meta abstrata, mas também os vários problemas empíricos que devem ser solucionados para a sua concretização, tais como a biodiversidade e o manejo adequado das espécies e dos ecossistemas, a internalização das externalidades negativas decorrentes de atividades poluidoras – como no caso das emissões de rejeitos físicos, químicos e biológicos –, dentre outros.

institucional, que está longe de ser algo que pode ser qualificado como simples dotado de formas apriorísticas intangíveis, ou soluções nirvana. O autor enfatiza que a necessidade de se definir, implementar e harmonizar objetivos sociais nos leva de volta ao propósito central da discussão acerca dos objetivos, em que é a escolha de instituições e não a escolha de objetivos que deve ser o ponto relevante. O autor afirma que a escolha de objetivos, por si só, não nos diz nada sobre normas jurídicas e escolhas políticas e, à medida que os objetivos se tornam mais numerosos e complexos, determinar, *ex ante*, a concreção de resultados específicos se torna algo demasiado difícil. A maior parte das tarefas relativas à definição e implementação desses objetivos complexos deve ser outorgada a futuros agentes decisórios, tais como legisladores, agências administrativas e tribunais. O citado autor entende, ainda, que, à medida que mais poder e responsabilidade são atribuídos a tais processos de tomada de decisão, seu comportamento e a alocação de decisões por eles realizada vão adquirindo importância progressiva. Assim, fazer com eficiência a alocação de recursos na criação de leis e na tomada de decisões políticas requer uma análise institucional difícil e exaustiva. Por conseguinte, a transformação de configurações mais complexas de objetivos sociais em leis e em decisões políticas requer análises e escolhas igualmente difíceis e complicadas.

Ingressando no pensamento de Rawls, Komesar (1994) destaca dois aspectos gerais de sua teoria.

Primeiramente, afirma que muita atenção é dispensada à “posição original”, uma instituição perfeitamente funcional, que seria parecida com o mundo sem custos de transação, que é de onde Rawls⁶⁰ extrai sua teoria da justiça. Segundo, pouquíssima atenção é dispensada às instituições do mundo real e às escolhas institucionais. Ainda segundo o autor, o primeiro aspecto é interessante; o segundo é preocupante.

⁶⁰ Segundo Morrison (2006, p. 468-474), Rawls tenta conciliar justiça social com crescimento de riqueza ao propor a alocação inicial de direitos sob o véu da ignorância e a teoria minimax daí decorrente. No entanto, tal alocação inicial nada diz a respeito das opções institucionais necessárias para assegurar sua efetividade.

A posição original, assim como o mundo sem custos de transação, é uma ferramenta argumentativa e analítica poderosa e tem recebido considerável atenção por Rawls e seus críticos. Em situação oposta, no entanto, Rawls dispensa quase nenhuma atenção às instituições do mundo real e às escolhas institucionais, pois, quando ele se refere a instituições, ele quer dizer regras idealizadas, e não os processos de tomadas de decisão do mundo real.

Assim, a constituição rawlsiana resultante talvez só precise de um preâmbulo que estabeleça os seus princípios. Mas Komesar (1994) registra que, quando muito, tal constituição apenas serviria como lembrete aos cidadãos sobre o que eles, de qualquer forma, desejariam fazer e, assim, as decisões acerca da estrutura do governo e da alocação de competências decisórias poderiam ser deixadas para momentos posteriores. Instituições não seriam difíceis de serem criadas ou redesenhadas à medida que o processo social se desenrola. Em tal perspectiva, liberdades, enquanto garantias contra a intervenção do Estado, seriam desnecessárias. Direitos, recursos judiciais e outros mecanismos estruturais também seriam desnecessários. Assim como no mundo sem custos de transação o mercado atingiria a eficiência pouco importando a forma em que direitos fossem alocados, pois uma população verdadeiramente inclinada à justiça, altruística, entenderia, em consenso, que indagações acerca das constituições, dos direitos constitucionais e da elaboração de constituições seria algo supérfluo. “Tal visão de mundo é tanto etérea como árida” (KOMESAR, 1994, p. 39, tradução do autor).

O citado autor registra ainda que a constituição rawlsiana precisaria de nada mais que uma noção intuitiva de justiça esquadrinhada em partes integrantes – liberdade, igualdade de oportunidades, e por aí vai – que poderiam melhor ser integradas e implementadas pelos cidadãos justos. Nem os princípios elencados por Rawls seriam necessários.

No entanto, e aqui já ingressando no segundo aspecto, Komesar (1994) registra que o resultado decorrente do pensamento de Rawls é parcamente simples e direto, e, por isso, impassível de estabilização semântica

intersubjetiva, pois relativa apenas a escalonamento de valores⁶¹. A necessidade de adivinhação e de discricionariedade ao se aplicar até mesmo um padrão simplificado requer apreciação cautelosa sobre as características do agente que aplica tal teste. Assim, Komesar (1994) afirma que ambiguidade e discricionariedade levam a escolha institucional para o centro das atenções e, mesmo na versão mais direta do princípio da diferença⁶², a captura da essência desejada desenvolvida por Rawls depende de decisões das instituições que ele mesmo se omitiu de examinar.

Conclui que o bem-estar da população depende da presença de instituições capazes de concretizar o teor abstrato dos princípios e determinar a principal característica de um poder legislativo ou de uma agência é primordial nesse contexto. A efetivação concreta da ideia rawlsiana depende de tal determinação. Assim, porquanto caracterizadas por vários componentes indefinidos que são inerentes à escolha de objetivos e à articulação institucional, qualquer teoria de justiça depende essencialmente das escolhas institucionais para viabilização do que seja uma sociedade justa e, quanto mais complexa e menos densa a concepção do bem, mais a importante se torna a questão de **decidir quem vai decidir**, que é o problema da escolha institucional por definição. Dito isso, fica evidente uma vez mais que o instrumento da ação civil pública constitui-se em uma das várias opções institucionais disponíveis ao governo para a concretização da opção de meta consistente no fornecimento do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado à população em geral e para o controle de externalidades ambientais decorrentes de emissões atmosféricas.

⁶¹ Reale (2002a, p. 160-163) elenca como características dos valores a bipolaridade, implicação, referibilidade, preferibilidade, incomensurabilidade e graduação hierárquica, frisando que o direito é marcado nitidamente pela valoração de condutas. Aqui, importa registrar a preferibilidade e graduação hierárquica; isto é, valores são escalonados em ordem de importância. No entanto, dado que se parte da perspectiva de que decisões são individuais, é inevitável concluir que, mesmo que bem intencionados, é muito difícil esperar que os agentes decisórios naturalmente disporão de valores escalonados (preferências) de forma coincidente com os demais interessados na decisão.

⁶² Pelo princípio da diferença, desigualdades econômicas ocorridas pela distribuição de renda e riqueza deverão ser toleradas apenas caso beneficiem especialmente os menos favorecidos (MORRISON, 2006, p. 472-473).

Por oportuno, acresça-se que a circunstância do instituto em comento se tratar de uma via procedimental jurisdicional – dotada de nítido caráter instrumental -, não tendo uma característica substantiva imediata (como nas normas de direito ambiental material), não faz com que deixe de ser uma escolha institucional, assim como as normas substantivas ambientais – isto é, normas de comportamento dirigidas à sociedade em geral – também o são. Apenas se diferenciam enquanto umas são normas de comportamento, enquanto outras normas de procedimento (ou de produção normativa).

Sendo assim, vê-se que a ação civil pública para a defesa de interesses difusos constitui-se em instrumento institucional destinado à concreção de um benefício coletivo. Outrossim, se nem todos os interessados sequer chegam a ser identificados, é difícil imaginar como poderiam ser feitas compensações pecuniárias individuais em substituição à utilização de comandos injuntivos (determinações judiciais dotadas de coercibilidade que imponham obrigações de dar, fazer ou não fazer).

3.5 DAS DEFICIÊNCIAS NA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS COMPENSATÓRIOS UTILIZADOS NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO INTERESSES DIFUSOS

Neste tópico, será visto que as medidas judiciais condenatórias nas ações civis públicas ambientais - sejam elas consistentes na restauração integral do bem agredido, na adoção de medida substitutiva que assegure o resultado prático material equivalente à restauração integral, ou ainda, na indenização em dinheiro (MILARÉ, 2009, p. 873-874) – destinam-se ao passado e não ao futuro. No entanto, conforme será visto, inferir a recomposição do *status quo ante* nos casos da espécie unicamente a partir de uma perspectiva filosófica embasada na justiça compensatória constitui-se numa perspectiva nada útil ao incremento do bem-estar da sociedade. Tal perspectiva se mostra anacrônica para o adequado manejo dos problemas que a ação civil pública ambiental visa solucionar relativamente a conflitos

envolvendo interesses difusos⁶³, muitas vezes servindo para afastar outras escolhas socialmente mais vantajosas para o mesmo fim. Com efeito, utiliza-se uma solução para questões envolvendo baixa complexidade e poucos interessados (regras de responsabilidade civil inspirada na Lei Aquília de dano, ainda que na sua variante moderna da teoria do risco⁶⁴) para situações em que, ante a complexidade e o alto número de envolvidos, não é certo o sucesso de sua efetividade.

Feitas tais considerações, deve ser frisado, ainda, que as regras de responsabilidade civil podem ter um efeito preventivo sobre os acidentes que sejam resultados de atividades planejadas de firmas ou organizações, não se referindo ao comportamento dos indivíduos considerados em si mesmos. A emissão de prescrições normativas, sejam elas individualizadas ou não, não deve ter por fim o restabelecimento de uma ordem violada, mas justamente impedir que tais fatos indesejados ocorram no futuro. O mal que está feito está feito e qualquer forma de recomposição do dano realizado, na verdade, não terá por fim o retorno ao *status quo ante*. A riqueza destruída numa colisão automobilística não se recupera. Caso o ofensor seja responsabilizado, apenas se tem uma redistribuição de riqueza deste à vítima, como incentivo para que o ofensor e a sociedade não mais incorram futuramente na conduta indesejada, servindo tal decisão como sinal da orientação de conduta emitido pelo Estado, a ser adotada pelos demais membros da sociedade. Conforme os pleitos indenizatórios sejam ou não acolhidos, serão emitidos sinais alertando se o

⁶³ Sunstein (2008, p. 417-418) afirma, no que interessa, que, como senso comum, “o sistema legal restaura o *status quo*. Ele não ambiciona alterar nada”, mas que, em várias áreas do direito (público ou privado), os princípios compensatórios acabam servindo para excluir alternativas plausíveis ou simplesmente criam situações indesejadas, especialmente em situações que envolvem mais um risco coletivo compartilhado que um direito individual. E finaliza: **“Talvez mais importante, o próprio *status quo* deveria ser questionado, ou tomado por injusto ou não neutro, ou como um produto da regra legal ou da decisão em questão”** (SUNSTEIN, 2008, p. 417-418, grifo nosso).

⁶⁴ Segundo Cretella Júnior (2007, p. 355) “no regime da Lei Aquília, é introduzido um novo delito civil - o *damnum injuria datum* – , isto é, prejuízo causado à coisa alheia, delito que, à semelhança do furto, empobrece a vítima, sem no entanto enriquecer seu autor”. Como se pode ver, já no início, a própria indenização causada pela ofensa a propriedade alheia era tratada como penalidade, com punição, de modo que fossem evitadas condutas então tidas como socialmente indesejadas.

potencial autor do dano é quem deve incorrer na prevenção; se a vítima é quem deve se precaver das condutas daquele, sob pena de ter de internalizar tais prejuízos; ou mesmo se o autor do dano deve ser responsabilizado, desde que a vítima tome os cuidados mínimos necessários para evitar a concretização de um dado risco (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 110-111).

Assim, os princípios da compensação não seriam suficientes para guiar as regras de responsabilidade civil. Ou melhor, seriam suficientes apenas para reger eventos agudos cuja descrição, tanto do fato como do ofensor e da vítima seja determinável no tempo e no espaço. Tais princípios seriam aplicáveis apenas para um determinado leque de eventos, mas tão somente pela circunstância de que tal regra pode ser justificada à luz de ponderações consequencialistas e de maximização do bem-estar social. Para simplificar num exemplo: Tício conduz seu automóvel e imprudentemente colide com a traseira do veículo de Mélvio, num determinado momento e num determinado lugar. Em outras palavras, princípios compensatórios possuem aplicabilidade socialmente útil, mas muito restrita, e suas regras podem muito bem ser derivadas, de forma independente, de ponderações de eficiência e bem estar⁶⁵.

Todavia, quando se quer dizer que a vítima deve ser compensada pelo dano sofrido, não se quer dizer que o dano será desfeito, mas, sim, que os custos serão suportados pelo ofensor (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 111).

Por exemplo, suponha-se que uma pessoa, por um ato qualquer, cause um dano a outra no valor de dez mil reais e que, pela singularidade do caso – qualquer que ele seja –, não seja vislumbrada a possibilidade de que eventual decisão judicial (seja rejeitando, seja acolhendo eventual pleito indenizatório) seja capaz de incrementar marginalmente o bem-estar da sociedade como um todo por total ausência de qualquer capacidade de sinalização na estrutura de incentivos dos demais indivíduos. Em tal caso, eventual processo judicial

⁶⁵ Sunstein (2008, p. 417) elenca cinco ideias básicas que organizam padrões de decisão baseados em critérios de justiça compensatória: “1. O evento que produziu o dano é tanto desconexo quanto unitário. 2. O evento é definido de forma aguda no tempo e espaço. 3. A conduta do réu claramente ocasionou o dano sofrido pelo autor. O dano deve ser atribuível ao réu, e não a alguma parte terceira ou à ‘sociedade’. 4. Ambos, autor e réu, são facilmente identificáveis. 5. Tirante o objetivo de compensação, definido estreitamente, os direitos existentes – e o *status quo* – são mantidos constantes.”

apenas significará uma redução da riqueza social, pois consistirá apenas num concurso de redistribuição de riqueza entre os litigantes – situação na qual não há incremento do bem-estar da sociedade, consistindo num jogo de soma-zero⁶⁶ –, da qual deverão ser deduzidos, também, os custos de litigância de cada uma das partes bem como os custos de operação da máquina judiciária. Em suma, ao final do processo, haverá destruição de riqueza social.

Assim, pode claramente ser constatado que, sem essa possibilidade de sinalização dos demais indivíduos a incorrerem nos padrões de conduta socialmente desejados, a ação civil pública, assim como qualquer escolha institucional, não teriam nenhuma razão de ser. Aliás, qualquer litígio só será socialmente compensador se for capaz de incrementar o bem-estar da sociedade como um todo, isto é, se os custos privados e públicos da litigância forem inferiores ao benefício social marginal daí decorrente (PATRÍCIO, 2005, p. 47).

Colocado tal ponto, emerge, então, o questionamento acerca da possibilidade do Poder Judiciário e dos demais agentes (públicos ou privados) com capacidade postulatória na ação civil pública para a defesa de interesses difusos serem, ou não, capazes de tomar decisões menos imperfeitas que os agentes encarregados do poder de polícia no que se refere à indução de externalidades ambientais negativas causadas por emissões atmosféricas⁶⁷.

Em tempo, é necessário fazer mais uma releitura dos eventos abrangidos pelo sistema brasileiro de processos coletivos para diferenciá-los dos casos típicos de responsabilidade civil no seu modelo “clássico”, acima delineado.

⁶⁶ Fiani (2009, p. 176) estabelece que jogos de soma-zero (ou jogos estritamente competitivos) são aqueles em que a soma dos resultados *ex post* auferido pelos jogadores será zero. Assim, se duas pessoas, “A” e “B”, possuem preferências incompatíveis sobre um dado conjunto de ativos (cada um pretendendo o seu total, em que uma quantidade a mais para um significa igual quantidade a menos para outro), qualquer que seja o arranjo *ex post* das recompensas de cada um, a soma delas será zero, pois apenas haverá uma concorrência pela redistribuição. Baird, Gertner e Picker (1994, p. 43) trazem uma definição mais simples. Segundo estes, jogos de soma-zero são aqueles nos quais os ganhos de um jogador são realizados à custa do outro.

⁶⁷ Esclareça-se, aqui, que decisões adequadas não significam decisões perfeitas, mas decisões boas o suficiente a incrementar o bem-estar da sociedade como um todo no fornecimento de bem públicos, isto é, decisões cujos custos sejam excedidos pelos seus benefícios.

Pode-se dizer que os danos ambientais – ou, sendo mais preciso, eventos ambientais adversos provocados pela ação antrópica - constituem-se em eventos marcados pela repercussão em um número não facilmente (ou melhor, dificilmente) determinável de pessoas. Normalmente os custos de transação para tanto seriam tão altos que a sociedade como um todo ficaria melhor se tomasse, *ex ante*, a decisão de não fazer tal avaliação.

Os “danos ambientais” podem ser classificados como eventos adversos de repercussão sistêmica ou regulatória, que seriam mais bem manejados por uma abordagem consequencialista que contemplasse os riscos de um evento contingente, de modo que fossem eficientemente administrados, onde o máximo de eventos fosse prevenido a um custo social mínimo possível⁶⁸. Por enquanto, apenas importa dizer que o sistema compensatório não se apresenta como a melhor alternativa para lidar com os eventos em comento, inclusive em ações que envolvam pequenas pretensões (nisto compreendido as que versem sobre interesses difusos em questões ambientais), em que os custos do processo consumiriam uma boa fatia do total do benefício a ser proporcionado (SUNSTEIN, 2008, p. 419-425).

De fato, sem qualquer marco regulatório prévio, é muito difícil que o Ministério Público, a Defensoria Pública – ou qualquer outro legitimado –, junto com o Poder Judiciário, consigam, por si sós, decidir adequadamente acerca do comportamento desejado em uma ação civil pública que vise à proteção do meio ambiente.

Podemos demonstrar isso com um exemplo⁶⁹. Senão vejamos.

Primeiro, consideremos a construção de uma casa de veraneio luxuosa dentro da área de um parque nacional.

Nos termos da Lei 9.985/00, parques nacionais são unidades de proteção integral que têm como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, sendo permitida a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza

⁶⁸ Sobre o qual será visto oportunamente.

⁶⁹ Que não esgota o ponto. Apenas ressalta-se que não há espaço no trabalho para discutir todos os casos possíveis.

e de turismo ecológico (art. 11). Em tais unidades de conservação, admite-se apenas o uso indireto dos seus atributos naturais, assim entendido como aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais (art. 2º, incs. VI e IX). Cabe acrescentar que o art. 22, *caput* e § 2º, da lei em comento, determina que as unidades de conservação são criadas por ato do Poder Público conforme respectivo regulamento e que a criação de uma unidade de conservação deve ser precedida de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade, conforme se dispuser em regulamento.

Dessa forma, podemos ver que a legislação relativa ao sistema nacional de unidades de conservação visa assegurar uma proteção a tais unidades, assim como à biodiversidade e ao fluxo gênico dos recursos naturais bióticos. Pode-se ver, também, que a lei em questão claramente determina padrões de conduta semanticamente estáveis intersubjetivamente no que se refere ao manejo de parques nacionais, os quais devem ser criados mediante estudos técnicos a serem desenvolvidos por entidade dotada do instrumental cognitivo necessário para tal fim. Atualmente, a legislação estabeleceu, no nível federal, que as entidades públicas responsáveis para tal fim são o ICMBio e, em caráter supletivo, o IBAMA.

Assentado tal contexto, e retornando ao exemplo acima ofertado, constata-se, sem muitos esforços, que é vedada a construção de casas de veraneio em áreas de parque nacional.

Pode facilmente ser visto que a legislação estabeleceu, no ponto em estudo, um padrão de comportamento suficientemente incontroverso, o que não quer dizer que haja consenso absoluto quanto à exata precisão e alcance semântico de todos os termos no plano eficaz. De fato, a eliminação total da discricionariedade é uma impossibilidade antropológica, pois não existe homogeneidade semântica perfeita entre os vários sujeitos envolvidos no jogo de linguagem jurídica⁷⁰, embora, ao mesmo tempo em que a estabilidade de

⁷⁰ Segundo Posner (2007, p. 62, 67, 68, 109 e 131), “regras contraditórias do ponto de vista lógico não podem ser aplicadas à mesma atividade. O juiz tem o dever de eliminar a antinomia. A lógica, contudo, não lhe diz qual regra deve ser descartada”. Embora o direito seja suscetível à abertura de suas regras e padrões, que podem ser

sentido se dê quando não haja controvérsia em relação ao significado das palavras, a abertura cognitiva do sistema à inovação faz com que o direito e a espontaneidade social estejam em constante conflito de forças (CARVALHO, 2005, p. 210-212).

Ruídos de comunicação, ainda que mínimos, são imprevisíveis, mas, por si sós, não infirmam os fundamentos do jogo. Os problemas começam a aflorar quando as anomalias de comunicação começam a comprometer o próprio fluxo do jogo de linguagem, quando poderá ser necessário que as novas regras sejam novamente estabelecidas⁷¹.

Bem contextualizado o exemplo em foco, pode-se ver que o Ministério Público poderia tranquilamente ajuizar uma ação civil pública com vistas a um provimento jurisdicional que determinasse a desocupação do imóvel em comento com a imediata recomposição da área degradada à situação anterior à construção irregular.

No entanto – e reiterando o que foi dito acima –, um dos papéis do Poder Judiciário, ao tratar da responsabilidade civil individual, é determinar o nível adequado de cuidado a ser suportado pelos potenciais ofensores e, eventualmente, também pelas potenciais vítimas (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 135 *et seq.*), embora, pela filosofia compensatória, a maximização do bem-estar da sociedade seja um elemento meramente acidental. Normalmente, isso decorre da impossibilidade de o Poder Legislativo prever todos os acontecimentos da vida social que possam ser negativamente valorados a ponto de ensejar alguma forma de compensação às suas vítimas, motivo pelo qual o sistema de tradição romano-germânica assemelha-se, até certo ponto, ao direito consuetudinário norte-americano (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 110).

a qualquer tempo modificados, frisa ele que “os juízes realmente têm uma licença limitada para “desobedecer” às regras ao modificá-las com o jogo já iniciado”. Ainda segundo o autor, “o direito, porém, ao contrário, da ciência, preocupa-se não apenas com a obtenção de um resultado certo, mas também com a estabilidade, à qual irá frequentemente sacrificar a justiça material” e “é desejável **minimizar a discricionariedade das autoridades, inclusive a dos juízes, mas indesejável – e também impossível – eliminar totalmente a discricionariedade oficial**” (POSNER, 2007, grifo nosso).

⁷¹ A tal fenômeno denomina-se *feedback* positivo, que também pode levar a ruptura do sistema e ao advento de uma nova ordem em seu lugar (CARVALHO, 2005, p. 87).

Dito isso, coloca-se a seguinte hipótese: caso não existisse uma lei determinando o que é um parque nacional, quais seriam as suas características, como eles seriam criados e quais as condutas permitidas e proibidas dentro do âmbito de tal unidade de conservação. Com base em que parâmetros o Ministério Público – ou alguma outra entidade que ajuizasse uma ação civil pública ambiental –, e o Poder Judiciário teriam como avaliar a ilegalidade ou não da construção em comento e os seus prejuízos ao meio ambiente?

A resposta a este tipo de questionamento, no entanto, requer uma comparação da opção institucional da ação civil pública para a tutela de atos que sejam lesivos ao meio ambiente com outras escolhas, tanto no que se refere à fixação de padrões de comportamento como no que se refere à aferição das condutas desviantes (ilícitos) e à aplicação de sanções daí decorrentes. Isso é necessário para que se afira, em análise prospectiva, qual, ou quais, opções institucionais são mais adequadas para maximização do bem-estar da sociedade como um todo no que se refere ao objetivo de internalização das externalidades ambientais negativas decorrentes da poluição atmosférica, a qual não deixa de ser um instrumento para a efetivação do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado enquanto opção constitucional de meta.

Reitere-se, uma vez mais, que parâmetros de justiça compensatória não são suficientes para responder ao questionamento de como lidar com a administração dos eventos relativos a danos sistêmicos⁷² e que o procedimento judicial da ação civil pública é apenas uma das várias escolhas institucionais disponíveis para o manejo das atividades potencial ou efetivamente lesivas ao meio ambiente.

Por fim, reitere-se que critérios de justiça compensatória não são adequados para lidar com o problema proposto no presente trabalho, apesar de ser da tradição jurídica brasileira tratar do problema sobre tais parâmetros (recomposição da ordem jurídica violada) numa matriz principiológica de

⁷² Aqui entendidos como aqueles cujos efeitos ultrapassam a mera esfera individual, abrangendo um número considerável de pessoas a ponto de não ser adequadamente compreendido pelas regras de responsabilidade civil tradicional.

inspiração retribucionista nitidamente kantiana, na qual é rejeitada qualquer forma de cálculo utilitarista ou pragmático na aplicação de sanções jurídicas (MORRISON, 2006, p. 155-181). Neste particular, cabe acrescentar que Pinheiro (2008, p. 40) afirma que, por questões de politização, observa-se no Brasil um híbrido entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, mas numa interação em que a maior prejudicada é a segurança jurídica e a capacidade de predição das decisões, num contexto em que tal poder atua de forma ineficiente e funciona como entrave a um de seus papéis fundamentais, que é promover o crescimento econômico (PINHEIRO, 2001).

3.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi visto, anteriormente, que interesses e benefícios são conceitos diversos entre si e que o conceito de interesses difusos só é pragmaticamente referível se analisado a partir de uma perspectiva individual; isto é, a partir de uma perspectiva não holística. Por tal motivo, os conflitos que envolvam o fornecimento de um dado bem público de natureza ambiental, ainda que por meio da ação civil pública, devem ter por base as preferências individuais do maior número possível de pessoas afetadas pela futura decisão – considerado, aqui, que tais preferências não se manifestam necessariamente da mesma forma pela qual as pessoas manifestam suas opções de consumo em regime de mercado.

Obviamente, desconstruída a possibilidade da utilização dos critérios de justiça compensatória, deve ser apresentada alguma alternativa que seja mais viável para a concreção das opções de meta inseridas no art. 225, *caput*, da Constituição Federal (direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado). Uma parte, ainda que não significativa, da alternativa a ser proposta já foi colocada nos tópicos acima por meio da referência à utilização de uma análise calcada em critérios consequencialistas.

As possibilidades de tal critério e de se aferir se a ação civil pública se mostra como opção institucional mais útil à sociedade como um todo ante as alternativas concorrentes para a internalização de externalidades ambientais

negativas decorrentes de atividades poluidoras, seja no que se refere à fixação de padrões de conduta, seja no que se refere à efetivação de sanções decorrentes do descumprimento dos padrões de conduta juridicamente estabelecidos serão discutidos no próximo capítulo. Para tanto, será também necessária a identificação das fontes jurídicas normativas do direito brasileiro para o problema (isto é, se o Poder Judiciário realmente vem produzindo normas de decisão independentemente de alguma norma de comportamento prévia já incorporada ao ordenamento, ou se tem sido imprescindível que o processo político emita alguma norma prévia para que o Poder Judiciário possa emitir alguma decisão).

4 COMPARAÇÃO DA PERFORMANCE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM O PODER DE POLÍCIA NA INTERNALIZAÇÃO DE EXTERNALIDADES NEGATIVAS CAUSADA POR EMISSÕES ATMOSFÉRICAS

A concretização dos direitos contemplados no ordenamento jurídico em vigência depende de recursos suficientes do contribuinte para custeá-los. Assim, a proteção da vida dos cidadãos, de seu patrimônio, do meio ambiente – assim como de quaisquer outros direitos classificados na doutrina tradicional como sendo de primeira, segunda ou terceira dimensões – dependem das contribuições coletivas que o Estado recebe do contribuinte pelo mecanismo da tributação e, dada a escassez de recursos, é impossível que todos os direitos sejam efetivamente assegurados (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p.131-132).

Por consequência, dado que a efetivação de direitos depende da alocação de recursos escassos do contribuinte, é de se esperar (aliás, quase certo) que o fornecimento integral de todos os bens coletivos desejados pela sociedade não será realizado⁷³.

Outra consequência disso é que um incremento na eficiência – aqui entendida eficiência como um aumento marginal na utilidade derivada de uma unidade monetária investida no fornecimento de um bem público relativamente ao contexto imediatamente anterior – da atuação do Estado no fornecimento de bens públicos socialmente desejados fará com que seja necessária uma quantidade menor de recursos públicos para o fornecimento do mesmo benefício. Sendo assim, um aumento na eficiência da atuação estatal no fornecimento de bens coletivos cria um espaço de decisão institucional para que o excedente dos recursos públicos tornados disponíveis por tal aumento seja alocado em outra alternativa socialmente útil, mas cujo atendimento, até então, estivesse obstaculizado. Por exemplo, é possível que tal numerário seja desonerado tributariamente, acarretando um alívio da magnitude do peso morto decorrente do mecanismo da tributação. Também é possível que ele seja utilizado para o fornecimento de outros bens públicos que tenham sido

⁷³ Holmes e Sunstein (2000, p. 48) afirmam que todos os direitos, inclusive os de propriedade, porquanto dependentes do incentivo seletivo da violência para a sua assecuração, são bens públicos.

contingenciados – v.g., mais investimentos em infraestrutura ou maior cobertura dos serviços de saúde pública etc. No caso das externalidades ambientais negativas causadas pela poluição, é possível que um aumento na eficiência permita que o Estado consiga alcançar eventos cuja administração dos respectivos riscos estivesse contingenciada pela ausência de recursos disponíveis, fazendo com que o custo marginal privado das transações privadas que gerem tais externalidades seja trazido para uma posição mais próxima do custo marginal social.

No presente trabalho, é perquirido se a internalização de externalidades ambientais – por meio do fornecimento de um bem comum e não excludente – provocadas por emissões atmosféricas pode ser mais facilmente efetivada por meio das ações civis públicas ambientais ou por meio do exercício da ação fiscalizatória do Estado. Em outras palavras, procura-se determinar qual arranjo institucional tende a ser menos custoso para o contribuinte.

Foi visto, anteriormente, que critérios de justiça compensatória não são suficientes para o enfrentamento adequado do problema, sendo necessário, portanto, uma substituição de tal critério por outro que melhor incorpore as consequências de um dado fato ilícito que envolva um grande número de interessados. Com efeito,

como a ciência supera o senso comum, essa compreensão superior à intuição permite um exercício informado de diagnóstico e prognose que, por sua vez, é fundamental para qualquer exercício valorativo que leve em consideração as consequências individuais e coletivas de determinada decisão ou política pública.

[...]

Se pessoas respondem a incentivos, então, do ponto de vista de uma ética consequencialista, as regras de nossa sociedade devem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes afetados e a possibilidade de que eles mudem de conduta caso essas regras sejam alteradas. Em especial, deve-se levar em consideração que essa mudança de conduta pode gerar efeitos indesejáveis ou não previstos. Um das funções da juseconomia é auxiliar na identificação desses possíveis efeitos (GICO JÚNIOR, 2010, p. 8 e 23).

A partir daí, deve ser analisado até que ponto os agentes jurídicos tradicionalmente relacionados com a ação civil pública (magistratura, Ministério

Público, Defensoria Pública, entidades da Fazenda Pública, associações e demais legitimados) e a adoção de tal técnica procedimental se mostram adequados para tal fim ante a instituição do poder de polícia. Esta é a abordagem a ser desenvolvida no presente capítulo, no qual também se fará a identificação do modelo adotado no Brasil quanto à emanção de normas de condutas ambientais.

4.1 VANTAGENS DA ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA SOBRE O USO DE CRITÉRIOS COMPENSATÓRIOS

Para que se faça uma comparação da perspectiva consequencialista com o critério do modelo compensatório, é necessário, inicialmente, que seja feita uma abordagem analítica das características elementares da primeira. E, para que se tenha uma compreensão contextualizada do conceito, é necessário que se tenha alguma noção de quais sejam as causas da insatisfação com os critérios de justiça compensatória para a solução do problema. Antunes (2009, p. 254) registra que, no ordenamento jurídico brasileiro, também se verifica a insuficiência de critérios compensatórios para a reparação de danos ambientais, sendo mais vantajosa uma abordagem de cunho prospectivo. Afirma o citado autor que qualquer critério de reparação do dano ambiental é sempre falho e insuficiente e que, fundamentalmente, a atividade ambiental deve ser regida por critérios preventivos.

Neste particular, Sunstein (2008, p. 418-419), relativamente ao surgimento do contexto não ordinário⁷⁴ de exaustão da utilização de critérios de justiça compensatória para novos conflitos jurídicos no direito norte-americano afirma que

o crescimento das agências administrativas e a mudança dramática das cortes da *common Law* no século vinte são em parte atribuíveis à insatisfação com as ideias compensatórias e com a noção subjacente de neutralidade. Tanto no período do *New Deal* quanto na “revolução dos direitos” das décadas de

⁷⁴ Procura-se evitar o uso do vocábulo “extraordinário” pela carga semântica sensacionalista que esta possa ter. Aqui o termo significa apenas que é um fenômeno que está situado fora da esfera de normalidade em um dado momento histórico.

1960 e 1970 – que produziram proteção contra a degradação ambiental, danos ocupacionais, pobreza com base em raça, gênero e deficiências – houve respostas autoconscientes à inadequação dos princípios compensatórios. A ascensão de novas instituições administrativas, estranhas ao sistema original de freios e contrapesos, reflete um desvio do pensamento compensatório. **Uma anomalia extraordinária do direito público americano é o uso contínuo dos princípios compensatórios na definição do conteúdo e alcance das alternativas mesmas que foram criadas para tomar seu lugar** (SUNSTEIN, 2008, p. 418-419, grifo nosso).

Em que pese não ser objeto do presente trabalho discutir exaustivamente as causas históricas que levaram à emergência do direito ambiental como disciplina do direito, algumas considerações relativas ao próprio desgaste dos critérios de justiça compensatória devem ser feitas para melhor exposição do sentido de tal processo de desgaste.

No entanto, é necessário repisar o *modus operandi* de tais processos de desgaste e superação de paradigmas.

Posner (2009, p. 412-413), ao discorrer sobre o pragmatismo, assevera que “a concepção instrumental do direito rompe com a influente teoria aristotélica da justiça corretiva”. Ainda neste ponto, ele assevera que “segundo essa visão [pragmática], as instituições sociais, seja a ciência, o direito e a religião são produtos de desejos humanos cambiantes e não de uma realidade externa a esses objetos” e que (aqui destacando o pensamento de Thomas Kuhn) “as teorias científicas são uma função das necessidades e dos desejos humanos e não da forma como as coisas são na natureza”.

Kuhn, por sua vez, entende que os períodos de desenvolvimento do conhecimento científico dividem-se em extraordinário e normal. Segundo ele (2007, p. 44), o sucesso de um paradigma é, em princípio, em grande parte, uma promessa de sucesso que pode ser descoberta em exemplos selecionados e ainda incompletos. A ciência normal consiste na atualização dessa promessa, atualização que se obtém ampliando-se o conhecimento daqueles fatos que o paradigma apresenta como particularmente relevantes, aumentando-se a correlação entre esses fatos e as predições do paradigma e articulando-se ainda mais os próprios paradigmas. A maioria dos cientistas,

durante toda a sua carreira, ocupa-se com operações de acabamento. Elas constituem o que se chama de ciência normal.

Os períodos de ciência extraordinária (KUHN, 2007, p. 77 *et seq.*) são marcados pelo surgimento e pela investigação de anomalias a um ponto em que se instaure uma insegurança profissional pronunciada, pois, em decorrência da impossibilidade de ser ignoradas as anomalias e a sua crescente inaptidão em fornecer resultados confiáveis, exige-se a destruição em larga escala de paradigmas e grandes alterações nos problemas e técnicas da ciência normal. Essa insegurança é gerada pelo fracasso constante dos quebra-cabeças da ciência normal em produzir os resultados esperados. O fracasso das regras é o prelúdio para uma busca de novas regras.

O surgimento das revoluções decorre da impossibilidade de resposta adequada aos problemas propostos por um meio que ajudaram em parte a criar. O mesmo ocorreria nas mudanças científicas. O funcionamento defeituoso, que pode levar à crise, é um pré-requisito para a revolução.

Daí decorreria um segundo aspecto: o êxito requer o abandono parcial das instituições em favor de outro modelo e, quando ocorre a polarização, os recursos de natureza política fracassam. A ausência de consenso quanto às estruturas institucionais levam a mudanças por meio de eventos extrapolíticos e extrainstitucionais. Cada grupo utiliza seu próprio paradigma para se fundamentar, numa espécie de diálogo de surdos.

A habilidade relativa de resolver problemas é apenas um dos pontos relativos a disputas entre paradigmas em tempos de ciência extraordinária. Na verdade, o que acontecerá é o estabelecimento de um programa para a resolução de decisões futuras, e somente a fé na capacidade do novo paradigma pode servir a tanto (KUHN, 2007, p. 201); e o conhecimento científico⁷⁵ é resultado final de uma sequência de seleções revolucionárias, no sentido darwiniano do termo, separadas por períodos de pesquisa normal (KUHN, 2007, p. 217).

⁷⁵ Conforme já visto no capítulo 2, cabe lembrar que o próprio Kuhn já reconheceu que as aplicações de sua teoria não se restringem ao campo da ciência natural, podendo ser estendidas à política e ao direito.

Isso colocado, a necessidade de comparação entre abordagens deixa claro que a crescente inaptidão de antigos critérios para resolver novos problemas evidencia um conflito paradigmático (se é que em algum momento da história houve algum consenso epistemológico do que seja o direito, seu método e seu objeto) entre justiça corretiva e análise consequencialista. Tal análise pode ser aplicada ao direito, independentemente de se considerar este como ciência, ou não. Sendo assim, é bem possível que aquilo que chamamos de direito ambiental seja, antes de qualquer coisa, uma resposta jurídica a manifestações esotéricas não contempladas pela tradição jurídica normal da primeira metade do século XX e que com as quais estejamos aprendendo a lidar. Não deve ser esquecido que as tentativas de instrumentalização da realidade de forma sistemática e articulada (isto é, a aplicação do conhecimento científico na satisfação de necessidades humanas) é um evento relativamente recente na história da humanidade e que os critérios de justiça corretiva aristotélicos – defendidos, entre outros, por Kant – realmente tenham se tornado insuficientes para a resolução de conflitos interindividuais. Reitere-se que aqui são tecidas apenas proposições – que podem ser mais claramente investigadas no futuro – acerca do contexto que possa ter levado ao anacronismo dos critérios tradicionais em face de novos problemas.

Por fim, Antunes (2009, p. 4) destaca que “as antigas formas de tutela propiciadas pelo Direito Público ou pelo Direito Privado são insuficientes para responder a uma realidade qualitativamente diversa”.

Feitas tais considerações, apontam-se algumas deficiências sérias que afetam a performance do Poder Judiciário ao lidar com lesões a interesses difusos e que tendem a ser ignorados por ocasião da comparação da capacidade de tal ramo político ante os Poderes Legislativo e Executivo para lidar com os conflitos ora analisados.

A primeira dessas deficiências é o desinteresse racional das partes envolvidas, especialmente quando os danos individualmente sofridos sejam muito pequenos, o que leva as vítimas a estrategicamente incorrerem no “problema do carona”, acarretando, assim, um problema de ação coletiva (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 241). Neste ponto, cabe ressaltar que, quando os

danos têm repercussão imediata apenas na saúde das pessoas, e tendo em vista que boa parte delas pode possuir algum tipo de seguro de saúde, tal fator pode aumentar o desinteresse racional das partes envolvidas. Assim, mesmo com a instituição de um seguro social, as ações judiciais coletivas parecem ter limitações severas a ponto de não se tornarem uma solução atrativa para o problema (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 241). Com efeito, no caso de um seguro social universalmente custeado para a proteção contra riscos à saúde (como é o caso do sistema de seguridade social brasileiro), os prejuízos serão arcados por uma coletividade ainda mais difusa: o contribuinte⁷⁶.

O segundo problema se refere ao estabelecimento do nexo de causalidade, especialmente quando o caso se tratar de danos probabilísticos cuja demonstração do fato que embasa eventual pretensão judicial se basear na regra do tudo ou nada⁷⁷, ainda que ocorra a inversão do ônus da prova. Num contexto sem inversão do ônus da prova, espera-se que a parte lesada⁷⁸, não conseguindo provar o ônus do fato constitutivo de seu direito, não consiga, simplesmente, demonstrá-lo. Já no cenário em que seja determinada a inversão do ônus da prova, o ofensor poderá ser responsável por todos os danos possíveis, inclusive os que não tenha, de fato, causado. Mesmo que se estabeleça uma regra que associe uma obrigação de indenizar automaticamente ao fato ao qual está relacionado e à probabilidade de sua

⁷⁶ Knight e Young (2006), com base nos dados estatísticos populacionais do ano de 2005, estimam que os prejuízos anuais causados pela emissão de partículas inaláveis (MP10) por ônibus urbanos na Região Metropolitana da cidade de São Paulo (envolvendo internações hospitalares, morbidades e dias de trabalho perdidos) chegam a mais de quinhentos milhões de reais, propondo, assim, o estímulo de uso de combustíveis menos impactantes no ambiente, a exemplo do gás natural veicular. Em tempo, partículas inaláveis “podem ser definidas de maneira simplificada como aquelas cujo diâmetro aerodinâmico é menor que 10 µm. As partículas inaláveis podem ainda ser classificadas como partículas inaláveis finas – MP2,5 (<2,5µm) e partículas inaláveis grossas (2,5 a 10µm). As partículas finas, devido ao seu tamanho diminuto, podem atingir os alvéolos pulmonares, já as grossas ficam retidas na parte superior do sistema respiratório” (CETESB, 2010).

⁷⁷ Ou todos os elementos estão demonstrados, ou simplesmente não estão. Não há fato “meio provado”.

⁷⁸ Note-se que esse ponto se refere a casos em que os beneficiários dispõem de alguma regra de propriedade sobre o bem eventualmente disputado no litígio, como a integridade física. No presente trabalho, tal regra não tem aplicação integral justamente por se destinar aos casos de fornecimentos de bens não excludentes, que não são objetos de adjudicação de direitos privados de propriedade pelo ordenamento.

ocorrência⁷⁹, apenas o ofensor seria atingido pelos incentivos, mas não as vítimas, pois estas teriam de litigar contra cada um dos potenciais ofensores, o que aumenta os custos da litigância. Em qualquer situação, o problema do desinteresse racional persistiria e o benefício público que pudesse ser concretizado com o cumprimento da regra simplesmente não seria fornecido (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 241-242). No cenário brasileiro, Antunes (2009, p. 249-250) registra que, normalmente, o Poder Judiciário não tem avaliado adequadamente a ocorrência do risco de dano potencial.

Por exemplo, um determinado recurso ambiental (v.g., um rio), pode estar no limite de saturação com relação à sua capacidade de intervenção antrópica sem comprometimento significativo da qualidade de vida das populações circunvizinhas (v.g., o rio pode estar no limite de sua capacidade de diluição dos efluentes físicos, químicos e biológicos, tais como adubos e inseticidas, provenientes das fazendas localizadas na respectiva bacia). No entanto, uma unidade marginal de um poluente qualquer pode ser o estopim para uma reação que acarrete um aumento sem precedentes das externalidades negativas em decorrência da transposição dos limites de saturação.

Em tal hipótese, como identificar o nexo de causalidade na abordagem tradicional? Os produtores *ex ante* à transposição do limite de saturação poderiam simplesmente dizer que não contribuíram para problema nenhum, mas sim o produtor marginal. Este, por sua vez, dirá que sua ação, isoladamente, seria irrelevante para a concretização do evento indesejado.

O terceiro problema é o relativo à avaliação dos danos, o qual, assim como a aferição do nexo de causalidade, é um problema informacional. Não há método de exatidão cartesiana para tanto, e o Poder Judiciário normalmente precisa de auxílio especializado para tal fim, o qual, também, não fornece critérios seguros, e a divergência de métodos pode, não raro, levar a resultados

⁷⁹ Considere-se, por exemplo, que a emissão de poluentes no ar por uma determinada fábrica seja responsável por dez por cento dos casos de degradação do valor das propriedades circunvizinhas. Em tal situação, as externalidades negativas das atividades da fábrica seriam responsáveis por parte da deterioração do valor dos imóveis. Assim, em todos os casos, cada uma das vítimas teriam direito a dez por cento do total dos danos em que incorreram.

inaceitavelmente discrepantes (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 242)⁸⁰. Segundo Antunes (2009, p. 247), a utilização do conceito de dano, por si só, “não é suficiente para a apuração e quantificação do dano ambiental, pois as características deste não são apropriáveis pelo Direito comum, em especial pelo direito privado”.

Neste particular, e para que se tenha uma maior nitidez a respeito dos problemas de demonstração do nexo de causalidade e de avaliação dos danos, é importante frisar que muitas vezes os riscos são percebidos de uma forma heurística, influenciada, também, pelo efeito herança⁸¹. Sunstein (2008, p. 223) afirma que a percepção de riscos muitas vezes se dá de forma heurística, isto é, a potencialidade de um evento contingente passa a ser avaliada de forma mais enfática pelas pessoas a partir do momento em que esse evento se apresenta de forma mais imediata nos sentidos e na consciência.

Assim, para traduzir num exemplo⁸², segundo o *National Safety Council* (2010), a probabilidade de que uma pessoa que viaje de avião entre duas localidades venha a morrer em um acidente aéreo (1:5.862) é consideravelmente menor do que a probabilidade de que essa pessoa venha a óbito em um acidente automobilístico (1:85) percorrendo esse mesmo trajeto. No entanto, uma notícia amplamente divulgada de um acidente aéreo (por exemplo, uma queda em que ocorra a morte de todos os passageiros de um dado voo) faz com que as pessoas em geral percebam o risco de acidentes aéreos com mais intensidade do que o risco de morrerem numa colisão automobilística. Por esse raciocínio, a regulação de riscos mais percebidos na consciência tende a ser mais rigorosa que a regulação de riscos menos percebidos.

⁸⁰ Cabe destacar que, por consequência – e dado que o problema de avaliação dos riscos, do nexo de causalidade e do dano é informacional –, nem o Poder Judiciário nem o Ministério Público dispõem do instrumental cognitivo necessário para avaliar a necessidade ou não de sanção de alguma conduta tida eventualmente por lesiva ao meio ambiente. Com efeito, existem sérias dúvidas sobre a capacidade do processo judicial em lidar com políticas públicas de larga escala em que existam vários interesses em conflito e uma necessidade contínua de supervisão (KOMESAR, 1994, p. 139).

⁸¹ Sobre o qual já foi discorrido no capítulo anterior.

⁸² O exemplo é meramente ilustrativo e serve apenas para ajudar a elucidar o ponto. Não pretendo fazer análises estatísticas a respeito.

Voltando à análise do problema da avaliação probatória, frise-se que os juízes, porquanto ordinariamente desprovidos do instrumental necessário para o entendimento total do problema, terão apenas o conhecimento comum para lidar com os fatos que subjazem os litígios sob sua apreciação. Isso, por sua vez, aumenta a tendência de que julguem de forma mais idiossincrática os casos de questões ambientais em que seja necessária uma avaliação sistêmica dos fatos norteada por informações complexas não disponíveis a baixo custo à população em geral.

O quarto problema é o relativo aos direitos de propriedade que levam, por consequência, aos bens econômicos não excludentes. Uma condição básica para que uma determinada pessoa seja beneficiada com um provimento judicial de cunho compensatório é que seja ofendida num direito individual legalmente protegido. No entanto, danos à biota, a extinção de espécies, a degradação de paisagens naturais ou culturais não são exatamente violações a direitos pessoais. Mesmo os danos decorrentes de poluição atmosférica, se identificados, dificilmente são alocáveis em alguma espécie de propriedade. Com efeito, conceitos jurídicos dificilmente correspondem a um significado direto extraível de suas terminologias (KOMESAR, 2001, p. 179). O direito público parece inevitável em tais situações (SCHÄFER; OTT, 2004, p. 243)⁸³.

Por fim, cabe destacar que uma análise consequencialista que vise uma indução de comportamentos baseada na administração dos riscos de um evento contingente requer, *a priori*, o compartilhamento de danos sistêmicos⁸⁴ e visa menos a restauração de *status quo ante* que a provocação de algum tipo de rearranjo social. Tal tipo de abordagem pode ser encontrada, dentre outros, no trabalho de agências reguladoras (SUNSTEIN, 2008, p. 436).

Dito isso, passa-se agora a algumas das implicações que a tomada de decisões jurídicas com base numa perspectiva consequencialista teria na ação governamental.

⁸³ Sunstein (2008, p. 437-438) também destaca causas semelhantes para o abandono da utilização de critérios compensatórios nas controvérsias que se relacionem com o meio ambiente e que é muito difícil avaliar com precisão os danos sistêmicos e probabilísticos.

⁸⁴ Isto é, não agudamente definidos na fórmula clássica percorrida no capítulo anterior.

A primeira delas é que o Estado teria de permitir alguns riscos, especialmente aqueles triviais. De fato, os recursos públicos são insuficientes para a administração de todos os riscos existentes, e a ação governamental terá de escalonar prioridades a partir de certo ponto, em que não haveria mais recursos públicos disponíveis para o custeio marginal de um risco adicional. Acrescente-se que qualquer critério diverso pode implicar na administração inadequada dos riscos mais relevantes. No presente estudo, isso implica dizer que determinados riscos ambientais podem ser simplesmente “deixados de lado” caso o dispêndio de recursos públicos tenha se exaurido em opções tidas como mais relevantes (SUNSTEIN, 2008, p. 439).

À medida que o número de envolvidos e a complexidade das questões aumentam, aumenta a demanda por decisões jurídicas das instituições, mas diminui a capacidade de oferta delas. Assim, sem mudanças significativas no desenho das instituições, a decisão sobre quem vai decidir, no fim das contas, consistirá na escolha da “menos pior” dentre instituições extremamente ruins (KOMESAR, 2001, p. 185).

A segunda implicação é que o funcionamento dos mercados pode ser complementado pela propagação, mediante ação governamental, de informações acerca de níveis de risco (SUNSTEIN, 2008, p. 439). No particular, o art. 225, inc. VI, da Constituição Federal – que estabelece a diretriz da educação e da conscientização ambiental – caminha em tal sentido. Com efeito, o fornecimento de informações constitui-se num elemento extrassistêmico que gera externalidades positivas para a sociedade como um todo, diminuindo, assim, os custos de participação institucional (KOMESAR, 2001, p. 63).

A terceira é que o Governo poderia desenvolver métodos que garantissem que os poluidores pagassem pelos danos que produzissem. Atualmente, por exemplo, uma fábrica que emita uma quantidade considerável de dióxido de carbono na atmosfera não precisa pagar pela utilização de tal *commodity* como “fossa de resíduos” para a emissão de seus rejeitos gasosos. Apesar de a previsão de mecanismos econômicos (isto é, aqueles que não sejam estritamente regulatórios, tal como o Mecanismo de Desenvolvimento

Limpo do Protocolo de Kyoto) ser uma tendência para boa parte do que atualmente é sujeito exclusivamente aos mecanismos de comando-e-controle (regulação direta), esta última ainda é a forma preponderante de controle de externalidades no Brasil (CÁNEPA, 2010, p. 82), ainda que a previsão de mecanismos econômicos seja considerada mais eficaz por ter consequências não só na indução de comportamentos individuais, mas por repercutir no incremento de pesquisa e desenvolvimento de tecnologia limpa.

A quarta implicação é a necessidade de coordenação dos sistemas regulatórios eventualmente difusos em vários agentes decisórios (SUNSTEN 2008, p. 440). Um exemplo, no Brasil, é o da Política Nacional de Recursos Hídricos, inspirada no modelo francês de gestão por bacias e sub-bacias hidrográficas (CÁNEPA, 2010, p. 82). No que se refere ao direito brasileiro, deve ser destacado que a repartição de competências em matéria ambiental entre os entes federativos mostra-se como o problema jurídico-constitucional mais complexo a ser enfrentado, independentemente do arranjo institucional adotado. Antunes (2009, p. 77-82 e 155-156) registra o problema da ausência de delimitações claras de competências legislativas ambientais entre os entes federados⁸⁵. Afirma que

um adequado equacionamento das dificuldades geradas pela repartição de competências em matéria ambiental é fundamental para que a proteção do meio ambiente possa, verdadeiramente, acontecer de forma efetiva e dentro dos limites da ordem jurídica democrática.

A quinta implicação consiste na necessidade de se reconhecer os altos custos esperados da conduta governamental (tanto comissiva como omissiva) nas situações em que sejam administradas em contexto de incompletude informacional. Não se pode exigir que o Governo comprove, de antemão e em caráter peremptório, a lesividade das condutas que devam ser inibidas. No direito ambiental, os princípios da precaução e da prevenção exercem tal papel⁸⁶.

⁸⁵ No mesmo sentido: Trennepohl (2009, p. 69).

⁸⁶ Para uma conceituação dos princípios da prevenção e da precaução, ver Milaré, (2009, p. 822-826) e Antunes (2009, p. 29-33 e 45-46).

Sexto, o Poder Judiciário deve viabilizar as regulamentações dos centros de decisão jurídica especializados (v.g., agências) que visem à inibição de condutas danosas que necessitem a assimilação de informações complexas, pois o capital humano de tal Poder dispõe de aparato cognitivo instrumental mais imperfeito para sua elucidação que o daqueles. Além disso, deve abandonar os princípios compensatórios ao lidar com a ação coletiva de pequenas pretensões⁸⁷.

Sem prejuízo do exercício ocasional do controle de constitucionalidade e de legalidade das decisões governamentais, lembre-se que a capacidade do Poder Judiciário de oferta de decisões adequadas tende a diminuir com o aumento da demanda respectiva, especialmente em situações envolvendo alto número de interessados e complexidade informacional. No aumento da complexidade, a regulação governamental pode ser um valioso, ainda que extremamente imperfeito, instrumento de proteção da propriedade individual (KOMESAR, 2001, p. 142).

Sétimo, nos danos probabilísticos, a exposição do risco deveria ser em si mesma um evento criador de responsabilidades (SUNSTEIN, 2008, p. 441). A partir daí, pode-se ter uma concepção do direito ambiental como um veículo instrumental para a prevenção de danos à saúde, à vida e à propriedade de das pessoas.

Diante de tais considerações, espera-se ter demonstrado que é anacrônica a utilização de critérios de justiça corretiva para prevenção e repressão de condutas lesivas ao meio ambiente e que uma análise consequencialista das decisões jurídicas, baseada na incorporação dos riscos de acontecimento de um evento contingente e na alocação eficiente de competências decisórias pode gerar resultados muito mais satisfatórios no incremento do bem-estar social.

⁸⁷ Sunstein (2008, p. 441, grifo nosso) afirma que “na área ambiental em particular, mas também em outros programas que buscam administrar e reduzir riscos, é especialmente apropriado para as cortes submetê-lo às agências, dando-lhes o **benefício da dúvida**”.

4.2 OS SUJEITOS PROCESSUAIS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A FIXAÇÃO DE PADRÕES DE COMPORTAMENTO EM MATÉRIA AMBIENTAL: UMA IDENTIFICAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A importância deste tópico decorre do papel do Poder Judiciário nas condutas relativas a ilícitos civis e à responsabilidade daí decorrente. Conforme visto anteriormente, o Poder Judiciário normalmente deve atuar como legislador marginal, uma vez que o Poder Legislativo não dispõe de informações perfeitas para prevenir todas as contingências sociais possíveis, ao mesmo tempo em que há posicionamentos no sentido de que o Brasil, por questões políticas do próprio Poder Judiciário, segue um híbrido entre os arquétipos da tradição romano-germânica e do direito consuetudinário. Cabe analisar se esse seria o modelo para o caso em estudo, marcado por baixas distribuições perspectivas tanto anterior como posteriormente a um dado evento contingente, alto número de envolvidos e alta complexidade das informações necessárias para futura decisão.

Cabe acrescentar, ainda, que, muitas vezes, a fixação de padrões de comportamento, até mesmo em sede de responsabilidade civil, é auxiliada por outras normas jurídicas, penais ou extrapenais, que também estabeleçam padrões de comportamento, e que, na maior parte dos casos, o problema cinge-se a como fazer a adequada valoração de condutas culposas e à fixação de padrões objetivos de cuidado a serem seguidos pelas partes envolvidas.

Colocados tais critérios, pode ser constatado que o critério proposto não é nada mais que uma técnica que procura orientar o processo de tomada de decisões futuras de modo a serem minimizadas as probabilidades de contingências, dotadas de nítido caráter consequencialista. No entanto, isso não diz nada sobre quais devam ser precisamente as decisões que deverão ser tomadas e nem quem deverá proferi-las. Não obstante, vale ressaltar que tais decisões são norteadas por três matrizes: regulação direta (políticas de comando e controle); instrumentos econômicos (taxas, subsídios, alocação de direitos de propriedade pela emissão de certificados transacionáveis etc.); e instrumentos de comunicação que viabilizem o fornecimento de dados e

símbolos relativos à correção ambiental na produção de certo bem ou serviço (LUSTOSA; CÁNEPA; YOUNG, 2010, p. 169).

De fato, as opções institucionais da Política Nacional do Meio Ambiente - e de outras políticas ambientais setoriais⁸⁸ - podem ser resumidas a tais opções. Mesmo a política nacional de educação ambiental – cujos objetivos estão descritos no art. 5º da Lei 9.795/99 e podem ser sintetizados como a propagação de informações a respeito da problemática que envolve o meio ambiente e da capacidade de valoração de tais informações – estabelece regulações a respeito da educação ambiental no ensino formal e não formal e atribui competência a um órgão gestor para supervisionar sua execução.

No que se refere aos agentes jurídicos que atuam na ação civil pública (já referidos no capítulo anterior), seriam eles capazes de estabelecer instrumentos de administração de riscos ambientais, seja por meio da regulação por meio de precedentes, seja por meio da utilização de instrumentos econômicos por meio das condenações proferidas nas causas da espécie?

Antes de se começar a responder a tal quesito, cabe destacar que, em que pese a resposta intuitiva da possibilidade de estabelecimento de instrumentos econômicos de tributação ambiental, por meio da ação civil pública, ser um enfático não, isso não quer dizer que a tributação deve ser tomada como um fim em si mesma, mas sim, que deve ser cotejada com opções concorrentes. Komesar (2001, p. 170, tradução do autor) afirma que

as forças estruturais impulsionadas por altos números e complexidade significam que juízes são mais necessários e elss podem ser menos capazes. A tensão entre oferta e demanda significa que entender e projetar o papel do judiciário requer que sejam evitadas figuras atrativas e respostas fáceis. Esses problemas prometem assombrar cortes tanto das democracias ocidentais como nos países em desenvolvimento.

Mas não se deve esquecer aqui que estamos identificando a matriz normativa no Brasil para normas relativas a emissões atmosféricas. Não se

⁸⁸ Tais como a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97) e a Política Nacional da Biodiversidade (Leis 4.771/67, Lei 5.197/67, 9.985/00, MPV 2.186-16/2001, dentre outros diplomas normativos) e Política Nacional de Saneamento Básico (Lei 11.445/2007), dentre outras.

defende, aqui, um experimentalismo institucional desmesurado, até por que, segundo Posner (2009, p. 478),

não se deve pensar que a experimentação social não tenha seus custos ou que estes sempre se justifiquem e um pragmatista deve se interessar pelos resultados dos experimentos anteriores e não por mais experimentação.

No presente trabalho, as comparações institucionais, por isso mesmo, serão limitadas àquelas já conhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, sem prejuízo da possibilidade de que modificações circunstanciais sejam propostas. Mudanças significativas são importantes, mas um ciclo vazio de substituição de agentes decisores por outros (em que os custos de readaptação tendem a recair de forma desproporcionalmente elevada naqueles com menos capacidade de adequação ao novo cenário, i.e., aqueles que dispõem de menos recursos e menos informação) causa destruição de riqueza social. E, “se não encararmos o problema da escolha institucional e os dilemas que ela coloca, nós apenas continuaremos a incorrer em ciclos entre panaceias” (KOMESAR, 2001, p. 176, tradução do autor).

Registrado isso, inicia-se a resposta ao questionamento com uma análise comparativa de instrumentos econômicos, tais como níveis de tributação em função de externalidades ambientais negativas sem possibilidades de solução negociada entre as partes envolvidas em decorrência dos custos de transação proibitivos – isto é, os tributos de Pigou, os quais foram vistos no capítulo anterior.

Pela teoria dos custos dos direitos, o nível de proteção dos direitos em si – não importando de que dimensão seja – dependem do nível de tributação da sociedade como um todo (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 30). Sendo assim, pode ser constatado que eventual atribuição de competência ao Poder Judiciário e demais agentes que atuam na ação civil pública para estabelecerem níveis de tributação e alocação de direitos de propriedade, dada a complexidade do assunto, não parece ser uma alternativa muito atrativa.

De fato, delegar aos juízes, em conjunto com os demais agentes que tenham participação na ação civil pública, competência normativa para a

fixação de níveis de tributação, assim como para o manejo de instrumentos econômicos de intervenção, automaticamente terá implicações na alocação dos direitos de propriedade. Não se deve esquecer que o mandato dos juízes é vitalício, motivo pelo qual, diante de tais circunstâncias, teriam eles uma tendência generalizada a não considerar a opinião da população em geral, pois juízes não fazem parte de uma relação principal/agente em relação aos eleitores. Registre-se que os agentes legislativos necessitam, de uma forma ou de outra, sinalizar favoravelmente às expectativas de seus incumbentes, pelo menos em nível suficiente que assegure a sua reeleição para mandatos subsequentes. A ausência de alocação clara de direitos de propriedade – com a perspectiva de que o nível de tributação pode ser alterado conforme o sabor do posicionamento do juiz, o qual pode variar imensamente – poderá gerar problemas de segurança jurídica que podem comprometer o desenvolvimento econômico e social. Enfim, as consequências negativas, em análise prospectiva, parecem tão nefastas que o modelo atualmente adotado – calcado na deliberação do Poder Legislativo composto por representantes eleitos em escrutínio popular, com eventual sanção do Presidente da República –, apesar de suas imperfeições, apresenta-se como a alternativa mais recomendável para estabelecer níveis de intervenção na economia. Tal possibilidade simplesmente consistiria na descaracterização do Poder Judiciário enquanto instituição e, aí, sim, estaríamos ingressando num experimentalismo sem precedentes e de resultados incertos.

Além disso, ainda que o Poder Judiciário estivesse perfeitamente alinhado com os interesses da sociedade como um todo, faltaria o instrumental cognitivo necessário para a avaliação das repercussões das decisões tomadas no âmbito extrafiscal. Como a instrução formal necessária para o desempenho da função de juiz (e o mesmo vale para os promotores, procuradores, advogados públicos e das associações, defensores públicos etc.) resume-se apenas ao bacharelado em direito, é de se presumir que não lhes será fornecido o instrumental cognitivo necessário para analisar os efeitos das

decisões tomadas, seja no nível microeconômico, seja no macroeconômico⁸⁹, motivo pelo qual seria de se tomar como dada a probabilidade considerável de que fossem realizadas escolhas socialmente desastrosas, se tomado por referência o modelo atualmente adotado. Esse tipo de fechamento cognitivo, ademais, poderia criar *feedbacks* positivos que, sem uma *recalibração* de sua homoestase, aumentará as perspectivas de ruptura do sistema com grande probabilidade (CARVALHO, 2005, p. 245). Assim, vê-se que, no direito brasileiro, permitir que a ação civil pública seja utilizada para a expedição de normas de políticas econômicas ambientais (por exemplo, condenar o Estado a tarifar as emissões num determinado valor) pode ser desastroso.

Quanto ao que se refere ao estabelecimento de regras de conduta – isto é, regulação –, o desenho institucional da ação civil pública também se mostra igualmente inútil para, com um mínimo de solidez, induzir os indivíduos a incorrerem nos padrões condutas que representem o ótimo social.

De fato, e também pelos fundamentos acima, mesmo que as partes envolvidas fossem as mais bem intencionadas possíveis, não disporiam do instrumental cognitivo necessário para a tomada das decisões adequadas⁹⁰.

Sobre o ponto, Antunes (2009, p. 101-107), ao criticar decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, que obriga o Poder Executivo à coleta de resíduos sólidos, afirma, numa abordagem dogmática, que isso se constitui em ingerência no mérito da ação administrativa, pois a forma pela qual será realizada pressupõe um juízo de conveniência e oportunidade, sobretudo em razão das limitações materiais da Administração Pública. O autor registra, ainda, que, nos Estados Unidos, o Poder Judiciário tem agido com uma postura de maior deferência em relação aos demais, postura esta influenciada pela Doutrina Chevron⁹¹.

Bobbio (1995, p. 38), por sua vez, num viés mais filosófico, ao analisar a transferência do absolutismo do monarca para o liberalismo político pós revolução francesa, diz que este toma emprestado daquele o dogma da

⁸⁹ Para uma síntese de como funciona a dinâmica das alterações de tributos na demanda agregada, ver Mankiw (2008, p. 768-771).

⁹⁰ Isso leva ao papel dos peritos, sobre o que será discorrido mais adiante.

⁹¹ Pela Doutrina Chevron, sendo encontrada alguma ambiguidade numa norma jurídica, os juízes devem dar deferência à interpretação das agências reguladoras.

onipotência do legislador e a rejeição de outros tipos de agentes intermediários (tal como o Poder Judiciário, que, a partir de então, torna-se “a boca da lei”). No entanto, em ambos, há uma aversão a uma produção não monopolística de normas jurídicas. A única diferença entre tais doutrinas políticas é que o liberalismo preconiza a soberania do poder legislativo – estabelecendo o princípio da separação de poderes e da representatividade como mecanismos de coibição do arbítrio –, enquanto o último defende a soberania do príncipe. Sobre esse processo de transição, Moreira (2007, p. 63-81) entende que o Estado moderno teria tomado emprestado parte de seu arranjo institucional da igreja pré-moderna (relembre-se que no absolutismo ainda prevalecia a doutrina do direito divino dos reis). Segundo ele,

a invocação da tutela constitucional garantiria a instauração do rito de passagem de uma esfera profana a uma esfera sacrossanta. Tal sacralidade fica ainda mais evidente na aura de intocabilidade, de ato fundador, de manancial que é conferida ao ato constituinte: fiat lux! [...] Afinal, é a Constituição norma científica ou religiosa? Sendo a normatividade jurídica o último recurso da teologia moral, caberia à racionalidade jurídica a efetividade do domínio da consciência orquestrado pelo catecismo e efetivado pelo confessionário, assumindo o Estado o papel de grande confessor.

Um exemplo emblemático dessa deficiência informativa do Poder Judiciário em relação ao Legislativo é o discorrido no capítulo anterior, relativo ao estabelecimento de padrões de conduta relativa à criação de unidades de conservação e o leque de condutas que sejam permitidas ou proibidas nas respectivas áreas.

Mas os exemplos não param por aí, e aqui serão citados apenas alguns mais, uma vez que não se pretende realizar uma abordagem exaustiva dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Os manuais já fazem esse trabalho.

De início, cite-se a fixação de padrões de qualidade ambiental (seja do ar, da água, padrões de ruídos etc.), instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente previsto no art. 9º, inc. I, da Lei 6.938/81. Milaré (2009, p. 343) afirma que, no processo de fixação de padrões de qualidade ambiental, deve ser

visado o estabelecimento de níveis ou graus de qualidade, de elementos, relações ou conjuntos de componentes em termos quantitativos, que sejam aceitos pela sociedade.

Daí, ainda segundo o supracitado autor, decorrem duas características essenciais. A primeira é que o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental deve visar um enfoque específico, como a proteção da saúde pública. A segunda é que a discussão das propostas deve encontrar uma aceitação social, necessitando, também, do desenvolvimento de conhecimentos tecnológicos e científicos em certo grau. Normalmente, a fixação de tais padrões é feita pelo CONAMA (MILARÉ, 2009, p. 343).

Mencionado o ponto, questiona-se quais são as vantagens comparativas de se instituir padrões de qualidade de emissões atmosféricas de material particulado inalável, compostos orgânicos voláteis, de monóxido de carbono (CO) etc. pela via da ação civil pública ante outras opções institucionais, inclusive a atualmente adotada (fixação de padrões mediante deliberação do CONAMA), que possui uma composição muito mais diversa e plural que os agentes envolvidos na ação civil pública⁹². Aparentemente, nenhuma.

Seja na regulação da qualidade do ar, seja na da água (inclusive no controle de uso do solo para evitar a contaminação de lençóis freáticos e de aquíferos), seja na de ruídos etc., é muito comum que as causas sejam atribuídas não a um agente isolado apenas, mas a vários. A contribuição marginal da ação de um poluidor atmosférico pode ser imperceptível, mas, na soma, as externalidades negativas são percebidas a tal ponto que alguma atuação estatal se torna socialmente desejada. Por outro lado, dadas suas propriedades físicas de matéria gasosa (forma e volume indefinidos), os custos de identificação dos lesados e os custos de informação⁹³ necessários para uma

⁹² O art. 5º do Decreto Federal 99.274/00, com suas alterações posteriores, estabelece a composição do CONAMA, que dispõe de representantes de cinco setores: órgãos federais, estaduais e municipais, setor empresarial e sociedade civil.

⁹³ As quais envolvem questões complexas como velocidade de dispersão local e extralocal, consideração global das fontes emissoras, além das repercussões empíricas das decisões tomadas etc.

avaliação de alternativas possíveis podem exceder os recursos materiais e cognitivos dos agentes jurídicos que atuam na ação civil pública.

Considerada a hipótese de que os custos de transação para uma solução negociada é inviável (e provavelmente o será, dadas a ausência de direitos de propriedade sobre a fruição do ar e a dificuldade de se estabelecer um nexo de causalidade entre a ação de cada um dos poluidores e os danos à saúde, à vida e à propriedade dos ofendidos), pode emergir, daí, um entendimento no sentido de que o processo político é o menos incapacitado para o estabelecimento dos limites de emissões.

Komesar (1994, p. 131), embora se referindo ao direito norte-americano e às *class actions*, entende que, nos casos em que os réus se encontrem dispersos, os custos de cumprimento das decisões – especialmente no que se refere ao monitoramento dos comandos judiciais – aumentam à medida que aumenta o número de requeridos e a complexidade das informações necessárias para a decisão. Sendo assim, ainda segundo o autor, o custo de controlar milhares de fontes poluidoras de caráter fluido é extremamente alto. As regras do processo judicial coletivo teriam pouco a contribuir para alguma solução do problema. Em tais situações, os ofendidos se encontram numa média de prejuízos *per capita* relativamente baixa. E tal entendimento persiste ainda que a fonte do dano possa ser facilmente identificada.

Registra o citado autor, ainda, que, em tais situações, somente quando um litigante tiver incentivos suficientes para custear, por si só, uma demanda judicial – isto é, com benefícios marginais, em perspectiva, superiores aos custos privados de litigância -, ele tomará racionalmente tal decisão. Um exemplo seria o caso de habitantes que morassem muito próximos de uma fábrica poluidora, sofrendo mais com a poluição que os demais habitantes de uma região onde os incentivos a litigar, mantidas intactas as demais variáveis, seriam mais marcantes nos primeiros. Em tal situação, haveria um indivíduo, ou um subgrupo, com mais interesse na ação judicial que os demais (KOMESAR, 1994, p. 131-134). Ainda assim, o referido autor defende que o Poder Judiciário não dispõe de capacidade para atuar no foco prospectivo, mas

apenas no retrospectivo, situação na qual seria a escolha institucional ideal somente após a ocorrência do dano e pela litigância individual ordinária⁹⁴.

Não bastasse isso, é bem possível que os juízes sejam seletivos quanto ao tipo de informação que pretendam absorver nos processos que eventualmente julguem, e que, enquanto “generalistas” nos seus conhecimentos, tendam a assimilar com menos competência as informações de interesse público necessárias para a tomada de uma decisão socialmente desejável do que agentes públicos que integrem ramos especializados da administração cujas competências sejam instituídas por meio do processo legislativo (KOMESAR, 1994, p. 141).

Por outro lado, se analisarmos a composição pluralista do CONAMA, embora escolhas institucionais complexas que envolvam alto número de interessados sejam sempre ruins, parece que alocar-lhe a competência de deliberação acerca de padrões de emissão de qualidade do ar se apresenta como uma opção institucional mais atrativa do que deixá-la a cargo do Poder Judiciário (com o eventual auxílio do Ministério Público e de outros entes que tenham competência juridicamente estabelecida para figurarem nas ações civis públicas).

Para ficarmos com um exemplo, consideremos os dados relativos à emissão de material particulado de ônibus na Região Metropolitana de São Paulo, que proporciona efeitos adversos significativos na saúde das pessoas⁹⁵. Imagine-se que o Ministério Público do Estado de São Paulo ingresse com uma ação civil pública para determinar que Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo - EMTU/SP deixe de utilizar ônibus com motor a óleo diesel por considerar que a lesão à saúde dos habitantes de tal MetrÓpole deve ser preservada a qualquer custo e que os magistrados que atuem no feito acolham tal pleito. Em tal cenário, uma análise fundamentada em critérios de justiça compensatória (recomposição do *status quo ante*) é perfeitamente

⁹⁴ Mas relembre-se que se constitui em objeto do presente estudo justamente as hipóteses em que as partes interessadas, mesmo após a concreção de uma lesão individual direta, não terão incentivos a litigar. Diante disso, a litigância individual não será exercida perante o Poder Judiciário, pois os custos respectivos excederão os benefícios esperados.

⁹⁵ Vide considerações feitas anteriormente.

cabível como parâmetro decisório formal para o pleito, justificando, em tese, a condenação da empresa a parar de utilizar ônibus movidos a óleo diesel, os quais emitem MP10. No entanto, é possível que as repercussões negativas de tal decisão (ausência de fornecimento de transporte público rodoviário à população) possam ter efeitos ainda mais nefastos na população de baixa renda, que não dispõe de recursos suficientes para a utilização de um substituto (como o automóvel particular) a um custo próximo. Esse é um exemplo crasso, mas que demonstra que o Poder Judiciário pode ser uma opção muito pior para fixação de padrões de conduta do que o extremamente defeituoso processo político.

Os limites da exposição acima não param por aqui. O mesmo ocorre com a Política Nacional de Recursos Hídricos (com gestão focalizada na divisão territorial por bacias hidrográficas), instituída pela Lei 9.433/97, cujo órgão máximo é o Conselho Nacional de Recursos Hídricos (art. 34), com gestão composta por agentes integrantes de segmentos estatais de todos os níveis da Federação e da sociedade civil. Em tal cenário, é igualmente questionável a capacidade do Poder Judiciário de assimilar mais satisfatoriamente que o CNRH as informações necessárias e tomar decisões relativas à fixação de diretrizes complementares para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, à aplicação de seus instrumentos e à atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Outro exemplo é a fixação de normas e procedimentos para o licenciamento ambiental de atividades potencialmente poluidoras. Com efeito, o instrumental cognitivo ordinário dos juízes e de outros agentes que de alguma forma atuem no procedimento da ação civil pública é comparativamente menos adequado que a opção institucional de alocação de competência normativa ao CONAMA para tal fim.

Por tais motivos, vê-se que a ação civil pública, porquanto relacionada à competência institucional do Poder Judiciário para a emissão de normas substantivas (isto é, de normas de comportamento) por meio de precedentes, é mais inadequada que o processo político para a fixação de normas de conduta gerais e abstratas relativamente a emissões atmosféricas de atividades

poluidoras.⁹⁶ Indo mais além, se o Poder Judiciário reiteradamente encampar para si a competência de emitir normas substantivas, é de se esperar que tal ramo do Estado, confrontado pelas suas limitações de recursos cognitivos e humanos, rapidamente abdique de tal competência decisória em favor do processo político. No entanto, isso propicia a ocorrência de ciclos viciosos de sucessivas alocações institucionais decisórias socialmente custosas (KOMESAR, 2001, p. 162-163).

Não se ignora que a delegação regulamentar para entidades da administração, como é a situação do CONAMA enquanto órgão normativo do SISNAMA, pode conter sérios desvios de representação política. Segundo Komesar⁹⁷ (1994, p. 95-97), é possível que o Poder Legislativo (leia-se, o Congresso Nacional) aprove uma legislação que seja sensível ao interesse da maioria dos seus incumbentes, mas que, ao mesmo tempo, aloque os detalhes da implementação para arranjos administrativos menos observáveis e mais complexos, o que aumentaria os custos de informação. Nisto, a maioria do eleitorado poderia reagir favoravelmente nas urnas, mas o risco de captura continuaria o mesmo, apenas a sua percepção pela maioria dormente é que fica menos evidente. No entanto, aí o problema ganha uma nova feição, decorrente da ação concentrada de grupos de interesse.

Tal distorção do processo político (super-representação da minoria) não é facilmente solucionável pelo Poder Judiciário e depende principalmente dos fatores que condicionam o seu desempenho, isto é, dos custos de informação dos incumbentes em relação aos seus agentes legislativos. Uma diminuição de tais custos, especialmente com o aumento do nível geral de informação disponibilidade pela população, poderia diminuir os entraves à superação do problema de ação coletiva e aumentar a capacidade de percepção do nível de cooperação dos órgãos inferiores.

Tudo isso registrado, insta dizer que a sanção de ilícitos ambientais por meio do mecanismo da ação civil pública com a finalidade de corrigir decisões

⁹⁶ Registre-se que, pelo ponto em questão envolver altos custos de transação que ensejam barreiras de ação coletiva, mercado e arranjos informais comunitários não são tidos como alternativas factíveis.

⁹⁷ Registre-se que o autor se refere especificamente à questão da poluição, para desenvolver o problema.

tomadas no processo político que não se constituam em violação de preceito de cunho peremptório de conteúdo semântico estável intersubjetivamente⁹⁸ pode ser um remédio pior que os problemas que ela se propõe a resolver. Ainda que extremamente imperfeito, o processo político ainda é o lugar mais apropriado para a solução de tais tipos de contenda. E isso se dá por dois fatores.

O primeiro se refere à capacidade e competência dos agentes envolvidos no processo judicial. Quando se trata de responsabilidade do Estado por omissões na fiscalização, sendo o caso de inexistência de alocação de recursos suficientes para o nível pretendido pelo eventual requerente (no mais das vezes, objeto de pretensões jurídicas postuladas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública), deve ser consignado que o acolhimento judicial de um pleito de tal espécie significa que o Poder Judiciário está rescindindo uma decisão legislativa e impondo o que eventualmente entender como devido no seu lugar. Ocorre que o Poder Judiciário possui sérias limitações informacionais, pois, normalmente, apesar do processo judicial ter uma tendência a ser mais imparcial, as informações necessárias para uma decisão adequada serão extremamente custosas de se obter, fazendo com que o próprio Poder Judiciário, na ação civil pública, tenha uma tendência a ouvir menos e a considerar menos que o processo político. Neste último, a capacidade de capilarização dos agentes legislativos é consideravelmente maior, a ponto de estes, apesar de todos os desvios daquilo que poderia ser chamado de processo ideal⁹⁹, conseguirem incorporar as aspirações de seus incumbentes sem maiores formalidades que o processo judicial, ainda que de forma turva. Por tais motivos, constata-se, também, que o custo de

⁹⁸ Por exemplo, eventos como omissões legislativas, alocação de recursos públicos em magnitude aquém do ideal, no que se inclui a responsabilidade do Estado por omissões de fiscalização, excetuados fatos em que seus agentes deviam e tinham condições materiais de agir.

⁹⁹ Isto é, um processo político sem desvios minoritários nem majoritários, refletindo simétrica e perfeitamente as aspirações da sociedade como um todo.

oportunidade entre imparcialidade e informação é um dos aspectos mais difíceis da escolha institucional (KOMESAR, 1994, p. 141-142)¹⁰⁰.

Além disso, quando o Poder Judiciário se diz mais competente que o Poder Legislativo a ponto de rever decisões alocativas de recursos públicos por este último realizadas, não fica claro com base em que critérios ele deriva tal conclusão. Há uma tendência geral que isso se dê por máximas principiológicas. Mas, como visto, estas não dizem nada sobre as escolhas institucionais que devem ser feitas. E aqui há um corolário negativo derivável do cenário de ausências de restrições: o exercício de tal competência “revisora” pelo Poder Judiciário pode chegar até mesmo a decisões sobre defesa nacional e sobre a própria alocação de recursos destinados a si mesmo e ao Poder Legislativo.

As consequências empíricas da assunção de tal regra de competência tendem a ser, todavia, ignoradas. O exercício desse tipo de competência gera extrema insegurança jurídica, colocando em xeque a própria capacidade do Estado para criar um espaço adequado para assegurar o cumprimento dos contratos e garantir direitos de propriedade. E, pior, o atendimento dos “n” milhões de demandas que podem ser submetidas ao escrutínio judiciário fariam com que tal Poder necessitasse de uma expansão em orçamento e recursos materiais e humanos sem precedentes (KOMESAR, 1994, p. 251-252). Como tal alocação extraordinária não é de se esperar, o excesso de demandas no Poder Judiciário pode fazer com que ele deixe de fazer justamente o que sabe fazer melhor: assegurar o cumprimento de contratos e garantir direitos de propriedade (PINHEIRO, 2008, p. 21-25). Assim, a persistirem tais condições, revisão política (isto é, o controle de constitucionalidade) e problemas de segurança jurídica poderiam criar um efeito sinérgico negativo que colocaria em risco a própria capacidade do Estado em gerar eficiência e em maximizar o bem-estar da sociedade.

Assim, independentemente da atual configuração da ação civil pública ter decorrido de ação concentrada dos interesses dos agentes públicos

¹⁰⁰ Carvalho (2005, p. 230) e Salama (2008) também reconhecem a necessidade de se lidar com a questão das escolhas institucionais na alocação de direitos e regras.

relacionados ao exercício de sua postulação (membros do Ministério Público, Defensoria Pública, magistrados etc.)¹⁰¹, a utilização de tal instrumento contra o Estado em situações nas quais o processo político tenha sido omissivo - com visível impossibilidade material de atuação do agente público encarregado - pode ser uma solução inadequada, especialmente se houver algum tipo de dissonância cognitiva ou captura provocada por algum grupo de interesse minoritário em busca de renda. Esse tipo de decisão tem por consequência um aumento nos custos de participação política para a sociedade como um todo. No entanto, tal aumento recai de forma mais perversa à maioria dos incumbentes, que já tende a ser dormente por definição. Com efeito, ainda que se aumentem os custos para a minoria concentrada, ela ainda continuará no dispêndio de mais recursos para obter o benefício pretendido, pois ele será buscado enquanto exceder os custos respectivos. Por outro lado, a maioria dormente ficará ainda mais dormente, pois estará em menos condições de fazer frente aos gastos da minoria (KOMESAR 1994, p. 221). Assim, aumentar os custos de participação em contextos marcados por forte captura por grupos de interesse minoritários pode ser prejudicial para a maioria da população.

Aliás, contrariamente ao que defende Mancuso (2004, p. 136-137), as deficiências do processo político não autorizam a conclusão intuitiva de que o Poder Judiciário se mostra como um mais capacitado para corrigi-lo, pois, conforme visto acima, tal Poder tende a considerar menos informações que as demais escolhas institucionais disponíveis. Aqui, é pertinente a observação de Komesar (1994, p. 73-74), no sentido de que, além da complexidade da matéria, os custos de informação (e, por conseguinte, os custos de transação) são influenciados pelo nível de conhecimento geral (símbolos culturais, educação formal e cobertura pela imprensa e pela mídia) de que as pessoas dispõem. E não há nada que o Poder Judiciário possa fazer para diminuir tais custos, pois eles são extrassistêmicos.

A utilização da ação civil pública para o controle de omissões legislativas ou trará a consequência acima ou consistirá no estabelecimento de

¹⁰¹ O que seria logicamente compatível com o “princípio do ingurgitamento”, visto anteriormente.

uma norma de decisão que não corresponda às preferências da maioria. Neste último caso, não podem ser ignoradas as possíveis incongruências de uma decisão judicial com a alocação e com o escalonamento de prioridades realizadas pelo processo político relativamente aos recursos vertidos pelo contribuinte (tais como fornecimento de saneamento básico, educação, tratamentos médicos, transportes públicos etc.).

No próximo tópico, será investigada a utilidade da ação civil pública como meio de indução de comportamento frente a uma escolha institucional que pode ser utilizada para os mesmos fins, qual seja o poder de polícia.

4.3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES POLÍTICAS: UMA COMPARAÇÃO INSTITUCIONAL COM O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL

O presente tópico pretende fazer uma comparação institucional entre a ação civil pública e o exercício do poder de polícia como mecanismos de indução dos indivíduos a cumprirem os padrões de comportamento fixados pelos órgãos competentes – os quais, conforme o caso, podem ser o Poder Legislativo ou algum dos órgãos normativos do Poder Executivo, tais como o CONAMA e o CNRH, entre outros.

Inicialmente, serão estabelecidos os aspectos conceituais do poder de polícia atualmente adotados enquanto escolha institucional na tradição jurídica brasileira. Após, será demonstrado como a ação civil pública e o poder de polícia podem ser utilizados como mecanismos para o fornecimento dos mesmos bens públicos, isto é, das mesmas normas de decisão¹⁰². Em seguida, será feita uma análise das vantagens comparativas de cada um dos mecanismos apresentados.

4.3.1 Poder de polícia: noções conceituais e características

¹⁰² Reitera-se a premissa de que os padrões de comportamento, para a análise comparativa em comento já foram fixados previamente pelos órgãos normativos competentes.

Inicialmente, registre-se o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 819-822) no sentido de que a utilização da expressão “poder de polícia” traz uma carga semântica equívoca¹⁰³. Registra ele que a expressão traria referência ao Estado de Polícia, trazendo consigo um viés absolutista no sentido de que tal poder seria exercido em prol do príncipe e que a expressão “poder de polícia” vem sendo substituída por “limitações administrativas à liberdade e à propriedade” em vários países europeus, sendo a França uma das exceções. No entanto, considerada a tradição que vem sendo adotada no direito brasileiro, será utilizado o termo “poder de polícia”. Registre-se, ainda, que está excluída da análise a polícia judiciária, porquanto relativa apenas à apuração de infrações criminais (CARVALHO FILHO, 2005, p. 72), cujo estudo encontra-se alheio aos propósitos do presente trabalho.

Cabe realizar, ainda, uma diferenciação entre o poder de polícia em sentido amplo e em sentido estrito. O primeiro é conceituado como

a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“*non facere*”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo (MELLO, 2010, p. 837)¹⁰⁴.

Di Pietro (2005, p. 129), por sua vez, apresenta conceituação semelhante, inclusive fazendo referência à classificação que Mello faz entre poder de polícia em sentido amplo e em sentido estrito¹⁰⁵. Carvalho Filho (2005, p. 65-70), por sua vez, também realiza tal distinção e conceitua poder de polícia como a “prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade”. Além disso, entende ele que, preenchidos determinados requisitos (autorização legal, atuação por ente

¹⁰³ Antunes (2009, p. 130) também faz observação semelhante.

¹⁰⁴ CARVALHO FILHO (2005, p. 73) também fundamenta o poder de polícia na supremacia geral do interesse público.

¹⁰⁵ Note-se, ainda, que os arts. 145, inc. II, da CF, e 78, do CTN, também trazem uma definição jurídica do poder de polícia para fins de fixação dos contornos normativo de incidência das taxas enquanto espécie tributária.

integrante da estrutura da administração pública e restrição às práticas de natureza fiscalizatória), o poder de polícia pode ser delegado a empresas públicas. Por outro lado, Antunes (2009, p. 132) registra o posicionamento do STF e do STJ acerca da indelegabilidade do exercício do poder de polícia a entes privados, ainda que integrantes da estrutura da Administração Pública, no que é seguido por Trennepohl (2009, p. 60)

No sentido mais estrito, o poder de polícia se relaciona unicamente com as intervenções do Poder Executivo – quer gerais e abstratas (como os atos normativos em geral), quer concretas e específicas – destinadas a alcançar o fim de prevenir¹⁰⁶ e obstar o desenvolvimento de atividades particulares incompatíveis com os interesses sociais (CARVALHO FILHO, 2005, p. 74).

No presente tópico, interessa apenas a concepção mais estrita, referente a condutas concretas, uma vez que já foi discorrido sobre as desvantagens da ação civil pública servir como supedâneo do processo político e como instrumento normativo de medidas de política ambiental de cunho geral e abstrato, apesar do processo político em si ser uma opção dotada de uma série de imperfeições, normalmente decorrentes de problemas de super-representação de interesses, ora da minoria, ora da maioria (KOMESAR, 1994, p. 56-57).

O poder de polícia, na quase totalidade dos casos, tem um sentido negativo, mas não numa perspectiva de consistir numa abstenção da administração pública, pois o exercício de tal poder, enquanto voltado ao incremento do bem-estar da sociedade, tem uma feição sempre positiva. O sentido negativo se refere à própria conduta dos administrados, isto é, no sentido de impor-lhes a abstenção de alguma conduta tida por socialmente lesiva (MELLO, 2010, p. 830; DI PIETRO, 2005, p. 130; CARVALHO FILHO, 2005, p. 73). No entanto, ressalva, ainda, que tal caráter negativo é excepcionado no que se refere ao uso da propriedade imobiliária, que deve

¹⁰⁶ Pode-se ver aqui alguma semelhança com a abordagem prospectiva desenvolvida anteriormente. Di Pietro (2005, p. 129) afirma que, mesmo quando exercido repressivamente, o poder de polícia tem finalidades preventivas. Carvalho Filho (2005, p. 76), por sua vez, também faz afirmação semelhante, estabelecendo o duplo aspecto (preventivo e repressivo) do exercício das ações fiscalizatórias.

atender à sua função social, nos termos do artigo 182 da CF – se se tratar de imóvel urbano –, ou nos termos do art. 186 da CF – se se tratar de propriedade rural (MELLO, 2010, p. 831-832)¹⁰⁷.

A supremacia geral que fundamenta o poder de polícia decorre da própria supremacia das leis, contrapondo-se à supremacia especial da administração, presente em vínculos específicos entre esta e determinados indivíduos (normalmente decorrendo de uma relação jurídica previamente constituída), tais como o vínculo estatutário entre esta e um servidor público, o vínculo institucional entre um estudante de instituição pública de ensino e esta, ou, ainda, entre o usuário de serviço público e a respectiva concessionária, enquanto na condição de delegatária do poder concedente, isto é, do Estado.

O poder de polícia pode ser vinculado – bastando o preenchimento de determinados requisitos para seja franqueado o exercício de alguma prerrogativa jurídica – ou discricionário, em que a administração pode avaliar o exercício de um determinado direito, como o porte de arma, mediante critérios de conveniência e oportunidade (MELLO, 2010, p. 833)¹⁰⁸. Ainda no que se refere à discricionariedade do exercício do poder de polícia, o citado autor registra que discricionário é o exercício da competência normativa outorgada pelo agente legislativo, o qual estabelece uma gama de decisões jurídicas a serem tomadas diante de uma dada situação (MELLO, 2010, p. 833).

Um atributo, ainda não mencionado, relativo ao exercício do poder de polícia é o seu caráter autoexecutório¹⁰⁹, segundo o qual a Administração Pública pode prover a conformação do comportamento particular

¹⁰⁷ Registra tal autor, ainda, que, em casos em que o exercício preventivo do poder de polícia esteja condicionado a uma conduta do administrado (como a expedição de carteiras de habilitação), tem-se apenas uma mera aparência de obrigação de fazer. Em tais situações, a finalidade da administração seria apenas evitar a ocorrência de condutas socialmente lesivas no futuro. Carvalho Filho, (2005, p. 74-75) classifica os atos de polícia em consentimentos – quando exercidos preventivamente – e determinações (normalmente ocorrentes nas ações fiscalizatórias do Estado), frisando que tanto em uma situação como noutra, a finalidade do exercício do poder de polícia é prevenir a ocorrência de condutas socialmente lesivas.

¹⁰⁸ Relembre-se, conforme visto no capítulo anterior, que sempre existe um espaço mínimo de discricionariedade, mesmo para a realização de atos tidos por vinculados.

¹⁰⁹ Carvalho Filho (2005, p. 77-80) frisa que nem sempre os atos de polícia podem ser imediatamente executados pela administração, como a execução de penalidades pecuniárias, normalmente sujeitas ao princípio da reserva da jurisdição.

independentemente de prévia apreciação do Poder Judiciário¹¹⁰. Por exemplo, como implicação de tal atributo, pode a administração determinar a cessação das atividades de uma indústria caso esta exceda os limites de ruídos normativamente fixados e não adote as medidas cabíveis para adequação a tais diretivas (MELLO, 2010, p. 841-842).

Mais especificamente na abordagem do poder de polícia no âmbito ambiental, Antunes (2009, p. 129) registra que o poder de polícia exercido pelo Estado destina-se à harmonização do exercício dos direitos individuais dos diferentes sujeitos de direito, de modo que os interesses coletivos correspondam, na verdade, a algum reflexo dos interesses individuais dos demais membros da sociedade¹¹¹. Cabe frisar que todas as atividades capazes de alterar negativamente as condições ambientais estão sujeitas ao controle estatal e que as normas relativas ao poder de polícia administrativo são aplicáveis ao direito ambiental, em que pese a necessidade de algumas modificações conceituais marginais (ANTUNES, 2009, p. 152).

Com o advento do Estado social, a atividade estatal intensifica-se com um aumento do seu poder regulamentar e de planejamento (ANTUNES, 2009, p. 132). Nessa esteira, o exercício do poder de polícia deve ser feito de forma proporcional ao dano infligido pelo sujeito eventualmente penalizado¹¹² (ANTUNES, 2009, p. 134) e que tal exercício se destina a assegurar um mínimo de salubridade por meio da obediência às normas ambientais, seja por meio da atuação preventiva, seja por meio da atuação repressiva (ANTUNES, 2009, p. 135).

Aduz também que, conforme redação do art. 10 da Lei 6.938/81, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente - IBAMA pode exercer, em caráter supletivo, medidas fiscalizatórias em razão da inércia de órgão ambiental estadual ou municipal (ANTUNES, 2009, p. 141).

¹¹⁰ Di Pietro (2005, p. 130) inclui, ainda, entre os atributos do poder de polícia, a coercibilidade, que consiste na possibilidade do Estado fazer uso da força para promover o cumprimento de um ato de polícia.

¹¹¹ Pode-se ver, aqui, alguma semelhança com a argumentação desenvolvida no capítulo anterior, no sentido de que não existe interesse que não seja individual.

¹¹² Aqui parece tal autor entender que a punição deveria ser orientada por critérios compensatórios.

Quanto aos modos pelo qual o poder de polícia é exercido pelo Estado, cabe inicialmente fazer uma diferenciação entre controle ambiental e licenciamento ambiental. A primeira consiste na exigência estatal (um dever-poder) de que as atividades humanas sejam exercidas de acordo com as normas jurídicas de proteção ambiental, independentemente de estarem licenciadas ou não (ANTUNES, 2009, p. 146). A segunda é espécie da primeira, juridicamente conceituada no art. 1, inc. I, da Resolução CONAMA 237/97, que tem suporte normativo no art. 8º, inc. I, da Lei 6.938/81¹¹³ e nela normalmente recai a exigência de estudo prévio de impacto ambiental¹¹⁴.

Assim, vê-se que o licenciamento ambiental é um procedimento administrativo que imporá limitações às liberdades de iniciativa e de exercício do direito de propriedade ao qual deve ser dada ampla publicidade, de modo que seja viabilizado seu controle pelos demais cidadãos. As licenças são juridicamente classificadas, nos termos do art. 19 do Decreto 99.274/90, em prévia, de instalação e de operação.

Tal procedimento deve obedecer a uma série de etapas, descritas no art. 10 da Resolução CONAMA 237/97, mas não necessariamente anteriores à concessão da licença prévia (ANTUNES, 2009, p. 158), embora seja de se esperar que tal ordem seja obedecida.

O licenciamento ambiental, em caso de deferimento do pleito do administrado, culmina na expedição do respectivo alvará ambiental, que pode

¹¹³ No entanto, cabe frisar que há normas especiais relativas ao licenciamento de exploração de jazidas de petróleo, empreendimentos elétricos etc., motivo pelo qual a Resolução CONAMA 237/97 possui aplicação apenas residual, sendo considerada como norma geral.

¹¹⁴ Milaré (2009, p. 383-395) traz uma abordagem um pouco diversa no que se refere ao licenciamento ambiental, onde a avaliação de impactos ambientais constitui-se em etapa do licenciamento e não em gênero procedimental do qual este último seria espécie. Frisa ele que a avaliação de impactos ambientais é um meio destinado a fornecer informações para que o órgão competente exerça um adequado controle prévio acerca dos riscos e eventuais impactos que devam ser prevenidos, sanados, mitigados ou compensados para a implantação de uma certa atividade ou obra e o estudo de impacto ambiental é uma das modalidades de avaliação de impacto ambiental, relativa a obras ou atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, segundo, art. 225, § 1º, inc. IV da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

ser de tipos diversos (ANTUNES, 2009, p. 146-147)¹¹⁵. Além disso, frise-se que, em decorrência de suas peculiaridades – especialmente a vultuosidade dos investimentos contraposta à dificuldade de se conceder alvarás por prazos indefinidos (como ocorre nas licenças de administrativas), uma vez que os padrões tecnológicos são superados de tempos em tempos –, tem sido de praxe a concessão de alvarás a prazo certo¹¹⁶. Durante o prazo de sua vigência, a modificação de padrões ambientais não seria obrigatória para aquele que estivesse licenciado segundo padrões vigentes à época da concessão da licença, embora nada impeça que o órgão competente negocie a adoção voluntária de novos padrões ambientais (ANTUNES, 2009, p. 153).

Ao lado dos procedimentos de controle ambiental, têm-se, ainda, as sanções administrativas¹¹⁷, que, nos termos do art. 72, da Lei 9.605/98 (regulamentado pelo Decreto 3.179/99, e, posteriormente, pelo Decreto 6.514/2006, que revogou o primeiro), são as seguintes: advertência, multa (simples ou diária), apreensão (dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração), destruição ou inutilização do produto, suspensão de vendas e fabricação do produto, embargo de obra ou atividade, demolição de obra, suspensão parcial ou total das atividades, restrição de direitos e reparação dos danos causados. Destaque-se que a aplicação de tais sanções pressupõe a desobediência de normas estabelecidas pelo Estado. E

¹¹⁵ O autor em referência adota a tradicional distinção entre licenças (que são classificadas como atos vinculados e não revogáveis por motivos de conveniência e oportunidade – exceto se por ato imputável ao próprio administrado por ela beneficiado –, mas de difícil presença nos processos de controle ambiental) e autorizações, concedidas a título precário.

¹¹⁶ Em tempo, Antunes (2009, p. 164) registra que a responsabilidade técnica, administrativa e judicial cabe ao órgão colegiado responsável pela aprovação do respectivo parecer técnico. Sobre tal ponto, cabe ressaltar que pese tal responsabilidade fora “diluída” pela lei 11.516/2007 (anteriormente a responsabilidade era restrita ao parecerista técnico, não ao órgão competente para deliberação do pedido de licença). No entanto, ainda assim, esse tipo de responsabilidade – mesmo na configuração atual – constitui-se em forte incentivo para indeferimento excessivo de licenças, pois há uma perspectiva razoável da responsabilização de agentes públicos, que não estão dispostos a incorrerem em tais riscos.

¹¹⁷ Milaré (2009, p. 879) também entende que as ações fiscalizatórias e o procedimento de licenciamento são as formas mais expressivas do exercício do poder de polícia ambiental.

nesse rol se inclui o descumprimento das condicionantes previstas nos alvarás ambientais, pois estes atos também são normas de conduta que resultam de normas de procedimento integrantes do ordenamento.

O art. 70, §§ 1º e 2º, da referida lei, estabelece a competência de todos os órgãos do SISNAMA, além dos agentes das capitâneas dos portos, para fins de lavratura de autos de infração e instauração de processos administrativos sancionatórios¹¹⁸. Os pormenores do procedimento estão descritos no Decreto acima referido. Por oportuno, destaque-se que, no procedimento¹¹⁹, devem ser observadas as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal; pode ele ter início de ofício ou a pedido de interessado alheio aos quadros da administração; o ato formal pelo qual se inicia é o auto de infração¹²⁰ e é assegurado ao interessado ampla liberdade probatória, sendo ônus do autuado – e não da administração – a desconstituição dos fundamentos apresentados no auto (MILARÉ, 2009, p. 935; TRENNEPOHL, 2009, p. 53), bem como a demonstração de alguma excludente de responsabilidade, tais como o caso fortuito, a força maior e o fato de terceiro (MILARÉ, 2009, p. 891).

Salvo exceção prevista no art. 72, §3º, da Lei 9.605/98 (hipóteses em que a penalidade aplicada seja a de multa simples), é irrelevante que o agente tenha agido com culpa, sendo necessário que este apenas tenha incorrido na

¹¹⁸ “Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitâneas dos Portos, do Ministério da Marinha.

§ 2º Qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades relacionadas no parágrafo anterior, para efeito do exercício do seu poder de polícia.”

¹¹⁹ Dallari e Ferraz (2001) discorrem acerca da Lei 9.784/99, e Milaré (2009, p.977-939) discorre sobre as disposições relativas do procedimento previsto no Decreto 6.514/2008. Cabe acrescentar que Milaré (2009, p. 923) afirma, ainda, que o art. 69 da Lei 9.784/99 autoriza entendimento no sentido da aplicação subsidiária deste último diploma legal aos procedimentos administrativos ambientais sancionatórios.

¹²⁰ Trennepohl (2009, p. 55) registra que, quanto aos requisitos mínimos do auto de infração, deve ser aplicado o art. 10 do Decreto 70.235/1972, que trata do processo administrativo fiscal.

conduta ilícita – inclusive nas situações em que haja descumprimento das condicionantes constantes do alvará concessório da licença ambiental –, daí sendo constatado que a responsabilidade do agente, no plano dogmático, é de natureza objetiva (MILARÉ, 2009, p. 883), embora pessoal, pois limita-se apenas ao agente (pessoa física ou jurídica) que tenha contribuído para a prática da infração (MILARÉ, 2009, p. 885). Ademais, há a possibilidade de convocação de audiências públicas, de oitiva de entidades da sociedade civil que tenham interesse no fato em apuração, além da requisição de documentos e informações de outros entes da administração que tenham alguma ligação com o problema. O julgamento deve ser motivado; ao interessado é assegurado direito de recurso até o CONAMA, com possibilidade de juízo de retratação pelas instâncias recorridas (MILARÉ, 2009, p. 938) e, finalmente, as decisões proferidas em tais procedimentos estão sujeitas aos princípios da autotutela e do controle de legalidade jurisdicional, inclusive pela via da ação civil por atos de improbidade administrativa (MILARÉ, 2009, p. 945).

Assim, elencados os contornos conceituais e procedimentais relativos ao do poder de polícia ambiental – tanto o preventivo como o repressivo –, cabe registrar, ainda, que o exercício do poder de polícia preventivo¹²¹ pode, conforme visto anteriormente, ser mais bem exercido por órgãos que disponham de capital especializado na área de conhecimento a que se refira. De fato, pelo tópico acima, tal procedimento é extremamente complexo e requer do agente da administração conhecimentos científicos (isto é, de cunho causal-explificativo) e capacidade de análise dos cenários consequenciais possíveis, que não estão normalmente presentes nos agentes que atuam no âmbito da ação civil pública. Apesar disso, é importante frisar que, mesmo assim, tais decisões não serão perfeitamente informadas¹²², embora a

¹²¹ Isso pode se dar por meio do licenciamento (precedido de alguma forma de avaliação prévia de impactos ambientais prévia), que fixa padrões de comportamento a serem obedecidos de forma individualizada. Pode se dar, também pela fixação de padrões de comportamento gerais e abstratos (limites de emissões atmosféricas, ruídos, emissão de efluentes em corpos d'água etc.), ou por algum outro instrumento de política ambiental, seja ele previsto na Lei 6.938/81 ou em outro diploma que regule alguma política ambiental específica, como a PNRH.

¹²² Concordo aqui com Bobbio (1995, p. 179), quando afirma que a eleição de uma finalidade a ser alcançada não implica, necessariamente a concordância quanto aos

especificidade dos ativos humanos ajude a reduzir tal problema, se compararmos com instituições que não disponham de tais ativos específicos.

Os arts. 61 e 62 do Decreto 6.514/2008 determinam as hipóteses em que a poluição (atmosférica, hídrica etc.) será considerada infração ambiental. Neste particular, vale destacar que a punição a ser aplicada deverá estar relacionada com o montante do dano identificado e os danos são presumidos quando excederem os padrões fixados pelos órgãos normativos, notadamente o CONAMA (TRENNEPOHL, 2009, p. 280), conforme art. 61, inc. V, da referida lei. A estipulação de multa se dá sem prejuízo de eventual embargo da obra ou atividade (TRENNEPOHL, 2009, p. 282).

Mencionados os delineamentos do aparato repressivo do poder de polícia ambiental, passemos à análise comparativa deste com a ação civil pública.

4.3.2 A ação civil pública e o poder de polícia: institutos destinados ao fornecimento de bens públicos

Superada a análise descritiva feita no tópico anterior, a indagação a ser respondida no restante desse trabalho pode ser assim registrada: qual o meio socialmente mais eficiente para que seja evitado que os agentes econômicos descumpram obrigações impostas por normas qualificadamente reconhecidas como pertencentes ao ordenamento jurídico (v.g., licença ambiental, resolução do CONAMA, lei federal etc.) para fins de internalização das externalidades ambientais negativas causadas pela poluição atmosférica? Ainda: a atividade fiscalizatória do órgão competente (v.g., IBAMA) ou a ação civil pública?

Reitere-se que, conforme visto anteriormente, a utilização de critérios de justiça compensatória não tem qualquer repercussão prática para o deslinde

meios e que a concordância dos meios não implica dizer o acordo quanto aos fins a serem alcançados. Por exemplo, embora feministas radicais e muçulmanos possam concordar quanto ao banimento da pornografia (POSNER, 2009, p. 382), a finalidade pretendida por cada uma dessas categorias é diversa. Acrescento aqui, por consequência, que discordo da afirmação de Dworkin (2007, p. 167-168) de que, para cada caso somente haverá uma, e apenas uma, decisão jurídica correta, em que o juiz, desde que adequadamente contemplasse as normas e princípios fundamentadores da comunidade política, seria capaz de derivar a solução ideal.

do questionamento. A operacionalização dos mecanismos de coercibilidade do Estado só tem importância quando capazes de repercutir na estrutura de incentivos dos demais agentes econômicos. Sendo assim, no plano empírico, não tem nenhuma relevância qualificarmos uma determinada reprimenda como “responsabilidade administrativa” ou “responsabilidade civil”, que nada mais são que instrumentos da técnica jurídica. Importa, apenas, que um comando estatal (não importando o agente que o emita) terá o mesmo grau de sinalização nos demais agentes¹²³. Por conseguinte, o que é relevante é descobrir como essa sinalização pode se dar ao menor custo possível para o contribuinte, de modo que o benefício público desejado pela sociedade como um todo seja fornecido com o mínimo de ônus.

Tanto a ação civil pública como o procedimento sancionatório previsto no Decreto 6.514/2008 são procedimentos destinados à imposição de direitos de propriedade e de indenização¹²⁴. Destaque-se que, na ação civil pública, as regras de responsabilidade civil ambiental são norteadas marcadamente por regras de propriedade, pois a recomposição do *status quo ante* pressupõe, também, a cessação da atividade lesiva. Por outro lado, as punições constantes do Decreto 6.514/2008 possuem um teto pecuniário, não existente nas regras de responsabilidade civil ambiental.

No entanto, considerados apenas que os comandos jurídicos são mensagens emanadas de agentes jurídicos dotados de competência para tanto, a capacidade de sinalização para a estrutura de incentivos dos agentes privados de uma decisão do IBAMA que imponha uma multa no valor de um milhão de reais e a obrigação de um poluidor a recuperar uma área degradada é a mesma de uma decisão judicial de igual teor proferida no âmbito de uma ação civil pública. Sendo assim, em termos prospectivos, fora as limitações acima consideradas, apesar dos comandos provirem de agentes diversos do

¹²³ Relembre-se que condenações pecuniárias devem ser excepcionais.

¹²⁴ Calabresi e Melamed (1972, p. 1.092) definem direitos de propriedade como aqueles em que, se alguém quiser usufruí-lo, deverá obtê-lo do titular mediante uma transação voluntária. Por outro lado, quando alguém quer destruir um determinado direito titularizado por uma pessoa e está disposto a pagar um determinado valor pré-determinado para tanto, temos uma regra de indenização.

Estado, ambas as decisões possuem a mesma carga informativa para indução dos comportamentos dos respectivos destinatários.

Da mesma forma que a ação civil pública, o exercício da atividade fiscalizatória ambiental se apresenta como uma forma de fornecimento de bens públicos, cujos interessados não conseguiriam obter voluntariamente sem a instituição do incentivo seletivo da violência.

Tal bem público, para os fins do presente trabalho, é a internalização de externalidades negativas decorrentes de emissões atmosféricas por meio de políticas de comando-e-controle.

Uma observação é pertinente: o exercício da propriedade no direito romano (incorporado na tradição civilística moderna por meio do código civil francês de 1804), em que pese traduzir-se na faculdade de usar, gozar e dispor de um bem desde o céu até o inferno, já encontrava limitações fundadas no interesse da vizinhança (árvores limítrofes, águas pluviais etc.) e no interesse da coletividade (rios navegáveis, largura das estradas e possibilidade de desapropriação fundada no interesse coletivo). O art. 544¹²⁵ do código civil francês, por sua vez, também trouxe o conceito acima, condicionando o seu uso e sua disposição de forma absoluta às limitações impostas pelas leis e pelos regulamentos (BOBBIO, 1995, p. 72; PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 21 e 94-97).

Pode-se constatar, assim, que o condicionamento do exercício do direito de propriedade (isto é, de bens excludentes e rivais), há muito, já encontrava limitações de ordem pública¹²⁶. A inovação, aqui, consiste numa nova concepção da abrangência jurídica de tais limitações, as quais, mais recentemente, passaram a compreender os conceitos associados à preservação dos recursos abióticos – principalmente por meio das limitações de emissões atmosféricas e de efluentes líquidos, ou que possam ter alguma repercussão no ar e na água – e bióticos, tais como a instituição de áreas de preservação permanente, como a reserva legal e a limitação do direito de

¹²⁵ “Art. 544 Propriedade é o direito de usar e dispor de coisas da forma mais absoluta possível, desde que tal uso não seja vedado pelas leis ou regulamentos.”

¹²⁶ Conforme visto no tópico 4.3.1, relembre-se que o tema do poder de polícia (no que se inclui o seu exercício no âmbito ambiental) é tratado como limitações administrativas à liberdade e à propriedade.

construir até certa distância das margens dos cursos d'água, entre outros¹²⁷ etc.

Cabe lembrar que as partes envolvidas tenderão a não transacionar diretamente os direitos de poluição em decorrência do problema do carona e do oportunismo, os quais nada mais são que conseqüências de problemas de ação coletiva (KAPLOW; SHAVELL, 1996, p. 749). Por outro lado, tanto os agentes reguladores como os juízes não conseguirão obter as informações necessárias para a tomada de decisões adequadas. Isto é, somente sob regras de indenização, a sociedade se torna capaz de usar o conhecimento especializado das firmas acerca dos custos de controle da poluição (KAPLOW; SHAVELL, 1996, p. 750). A utilização de taxas de poluição pode-se tornar mais vantajosa do que uma indenização *ex post*, pois o valor pago torna-se o dano esperado, e não o dano atual, e evita com que o Estado arque com custos de informação necessários para a aplicação de uma sanção (KAPLOW; SHAVELL, 1996, p. 752)¹²⁸. O mercado, assim, se torna a fonte de informação a respeito da disposição dos agentes econômicos a pagarem pelo dano, sendo que o seu alcance material, dado que já estão pré-fixados os limites de emissão, onde o elemento variável passa a ser o preço que os potenciais ofensores estão dispostos a pagar pelo exercício do direito de poluir.

Reitere-se que o direito a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, conforme visto anteriormente, é apenas uma opção de meta, e isso nada diz a respeito de quais deverão ser as medidas que consistem no fornecimento concreto de tal bem público. De fato, a estipulação de opções de meta pode ser necessária para o estabelecimento da regulamentação legal no fornecimento de bens públicos, mas está longe de ser suficiente (KOMESAR, 1994, p. 5). Para o presente trabalho, toma-se o modelo de comando-e-controle como dado, porquanto o preponderante no Brasil. No entanto, não são ignorados os graves defeitos de tal modelo, quais sejam implementação morosa, alta sujeição a contestações judiciais, deficiências informacionais dos

¹²⁷ Cf. arts. 2º e 16 do Código Florestal, com redação dada pela MPV 2.166-67/2001.

¹²⁸ Wiener (1999, p. 714), também defende que taxas e direitos negociáveis de poluição são preferíveis à imposição de padrões de performance e de tecnologia pré-fixadas pelo agente regulador.

agentes e atos custos de manutenção (LUSTOSA; CÁNEPA; YOUNG, 2010, p. 164-165)¹²⁹.

Além disso, viu-se que o caráter não excludente de tal benefício (levando ao problema de ação coletiva, dado o alto número de interessados) faz com que o seu fornecimento pelo Estado, por meio do incentivo seletivo da violência, apareça como uma alternativa mais eficiente do que esperar que as partes diretamente interessadas realizem uma transação em regime de mercado para conseguir tal fim.

Para conseguir a concreção de tal opção de meta, por outro lado, o Estado dispõe de várias opções institucionais imperfeitas, cuja operacionalização é custeada pelos recursos do contribuinte. E, *a priori*, não existe nenhum argumento peremptório que permita inferir que a ação civil pública pode servir como opção institucional mais eficiente que o exercício do poder de polícia no que se refere à sanção de violações a normas jurídicas que visem induzir o comportamento dos indivíduos para que internalizem as externalidades negativas dentro da política de comando-e-controle brasileira. Apenas com uma comparação institucional entre a ação civil pública e o poder de polícia ambiental, com identificação das variáveis relativas aos custos de informação e organização, é que se poderá aferir o nível eficiência esperado de cada uma delas em atender aos fins a que se destinam.

Ambos os institutos, conforme já visto acima, são procedimentos destinados ao mesmo fim: alocação de direitos de propriedade e de indenização. Mas, se uma das escolhas (ainda que se possa considerar a possibilidade de alguns ajustes marginais nos seus contornos), puder ser considerada como mais eficiente que a outra na efetivação das opções institucionais para a adequada sinalização aos demais integrantes da sociedade para que incorram no comportamento desejado, o meio menos eficiente deverá ser abandonado. Isso não significa que o meio tido como

¹²⁹ Margulis (1996) registra que, embora a utilização de instrumentos de mercado apresente nítidas vantagens em relação aos mecanismos de comando-e-controle, sendo a tendência atual, “o componente regulador reduz o grau de incerteza (e os custos a ela associados), enquanto o componente de incentivo admite a flexibilidade na resposta às pressões reguladoras”. Assim, mesmo com a intensificação dos instrumentos de mercado, a fiscalização ainda será necessária.

“menos vantajoso” não seja útil para a consecução de outras finalidades que não a discutida neste trabalho.

De fato, o processo de escolha institucional não é nada mais que uma reverberação do conceito econômico de custo de oportunidade, pois escolhas sociais não podem ser estudadas senão em comparação com as várias alternativas disponíveis (KOMESAR, 1994, p. 50). No que se refere aos meios de eleição de alternativas institucionais relativas ao meio ambiente, já se viu que o Poder Judiciário dispõe de uma série de desvantagens comparativas em relação ao processo político (aqui entendido como a integração entre processo legislativo e executivo), apesar deste último também ser uma alternativa cuja performance está longe de ser perfeita¹³⁰.

Mas é necessário o estabelecimento de critérios para que se isolem os elementos pertinentes para a devida a comparação institucional entre as alternativas da ação civil pública e do poder de polícia na imposição de sanções decorrentes do descumprimento de comandos relativos à política que vise à internalização de externalidades negativas decorrentes da poluição atmosférica.

Komesar (1994, p. 8) propõe uma abordagem fundamentada na participação institucional, afirmando que a essência de tal participação é determinada entre os benefícios de tal participação e os respectivos custos. No lado dos benefícios, são analisadas as características das distribuições *ex post* dos benefícios, as perspectivas¹³¹ em jogo (benefícios, custos e riscos) entre as várias alternativas. Os custos, por sua vez, podem ser classificados em duas principais categorias: custos de informação e custos de participação e são exemplificados principalmente nos custos de transação, de litigância, de participação política. Ainda segundo o autor em foco, os custos de informação são os mais importantes, deles dependendo a própria organização da ação estatal, onde devem ser consideradas a complexidade e a dificuldade de

¹³⁰ Mesmo no direito consuetudinário norte-americano, o Poder Judiciário tem dado maior deferência ao processo legislativo em questões complexas que envolvam um alto número de interessados (KOMESAR, 2001, p. 158).

¹³¹ O autor utiliza o termo “stakes” para expressar tais perspectivas, que também pode significar apostas ou participação.

assimilação dos eventuais problemas, o número de pessoas em cada um dos lados da questão e as barreiras formais associadas às regras procedimentais.

Assim, devem ser dissecadas, de um lado os elementos que correspondam aos custos da ação civil pública e do exercício do poder de polícia fiscalizatório ambiental e, de outro, os benefícios sociais de cada um. No lado dos benefícios, vale frisar que ambos os instrumentos se destinam ao mesmo fim. Apenas registre-se que, embora as multas por infrações ambientais tenham um teto legal, o que não ocorre em relação às indenizações em ações civis públicas, é de se esperar que, mantidas iguais todas as variáveis, em caso de condenações judiciais que excedam tal teto, que o Poder Legislativo estabeleça um teto para tais danos¹³².

A ação civil pública ambiental, enquanto norteadada por normas de responsabilidade civil objetiva, visa à recomposição do ambiente degradado ao *status quo ante*, ou, não sendo possível, à compensação e/ou mitigação do passivo ambiental, com eventual compensação pecuniária ao fundo previsto no art. 13 da lei 7.347/85. Como se vê, o procedimento está limitado tão somente à recomposição do *status quo ante*, em que o condenado, na pior das hipóteses, deverá desconstituir os efeitos de sua ação degradadora ou de medida equivalente – sendo compelido a incorrer involuntariamente na transação imaginada caso os respectivos custos permitissem uma negociação voluntária. Outro benefício, embora este seja mais uma espécie de subproduto da ação civil pública, são as eventuais receitas públicas decorrentes das multas coercitivas (*astreintes*), que têm por finalidade compelir os eventuais condenados ao cumprimento de uma dada obrigação imposta judicialmente.

O exercício do poder fiscalizatório ambiental, tomadas por base as leis 9.605/98 e o seu regulamento (Decreto 6.514/2008), estabelece uma série de penas para as infrações ali capituladas, as quais devem guardar proporcionalidade com os fatos e servir como elemento de informação a ser incorporado na estrutura de incentivos dos demais agentes passíveis de

¹³² Uma situação semelhante ocorreu com os danos morais. O STJ (BRASIL, 2010), todavia, antevendo a possibilidade de intervenção legislativa, procedeu a uma limitação, ainda que exemplificativa, de indenizações por dano moral em uma série de hipóteses.

incursão em uma dada infração. Neste particular, assim, como na ação civil pública, ambos são meios institucionais imperfeitos destinados, entre outras finalidades, ao cumprimento de opções regulatórias que tenham por propósito a incorporação de externalidades negativas decorrentes de atividades poluidoras. De fato, se considerarmos o caso em estudo (hipóteses em que os interessados têm pouco a ganhar agindo individualmente, excluída qualquer situação em que pelo menos um dos interessados – v.g., subgrupos com interesses diferenciados – teriam algum benefício individual caso incorressem nos custos do processo, pois o benefício seria litigado), tanto a ação civil pública como o exercício da ação fiscalizatória ambiental são instrumentos jurídicos que podem fornecer os mesmos bens públicos.

Descrito, assim, o plano dos benefícios proporcionados pelo poder de polícia e pela ação civil pública, passa-se agora à análise dos custos (primeiro os de informação e, após, os de organização) em cada um dos procedimentos. Os demais elementos de análise são considerados como dados: alto número de ofendidos com baixas perspectivas de ganho e com altos custos de informação *per capita* e que se encontram racionalmente desinteressados tanto em empreender individualmente qualquer ação (em decorrência do problema de carona) como em se informar suficientemente sobre as repercussões do eventual problema sobre si mesmos.

4.3.3 Os custos de informação para a ação civil pública e para o exercício do poder de polícia

Inicia-se a análise pelos custos de informação de forma precedente aos custos de organização (que, juntas, formam os custos de participação), pois estes últimos são notoriamente influenciados pelos primeiros. A importância dos custos de informação, magistralmente colocada por Coase (1960), é que a hipótese de uma transação realizada sem custos pressupõe informações perfeitas. Obviamente, informações perfeitas não existem, mas a incorporação de um determinado leque de informações úteis aos indivíduos é um evento que aumenta o bem-estar agregado da sociedade por diminuir os custos de

monitoramento e de administração. Se um dado leque de informações consegue, *ex post*, trazer mais dados fidedignos acerca da realidade, sendo mais útil na solução de problemas que o contexto *ex ante* – e considerando, ainda, que o fornecimento de informações é uma transação que normalmente não implica uma expropriação de outras pessoas¹³³ –, todas aquelas que dispõem da nova informação estarão ou mais ricas, ou, no mínimo, na mesma situação que anteriormente se encontravam. Um aumento no leque informacional das pessoas possibilita que elas realizem mais transações voluntárias do que o contexto anterior à respectiva assimilação e, assim, constitui-se num movimento marginal de aproximação a uma realidade de custos de transação zero teorizada por Coase¹³⁴.

Os custos de informação, aqui, não se confundem com os custos de informação *per capita* mencionados acima. Nesta análise, é tomado como dado que o processo político (Poder Legislativo, Poder Executivo, e entidades a este subordinadas dotadas de poder normativo) já criou o desenho institucional necessário para que os entes participantes de cada uma das opções institucionais em análise (ação civil pública e poder de polícia) consigam condensar o *pool* dos interesses ofendidos cujos titulares encontrem-se inertes por problemas de ação coletiva. Assim, em ambas as situações, os custos de

¹³³ A análise aqui é simplória e são propositadamente ignorados fenômenos como o patenteamento de invenções, que, na verdade, não se constitui em vedação do fornecimento das informações respectivas, mas, sim, no monopólio de seu uso. De fato, se alguém quer explorar comercialmente uma invenção (que não deixa de ser um conjunto de informações dotadas dos atributos de possibilidade de exploração industrial e novidade) sem ter que divulgá-la, a decisão racional a ser tomada – se a ausência de divulgação da informação disponível ao inventor for suficiente para obstar que outros repliquem sua ideia – será simplesmente não patentear a invenção. Com efeito, nos termos dos arts. 30 e 75 da LPI, salvo nos casos de interesse de defesa nacional, o pedido de patente protocolado no INPI deve ser publicado após decorrido determinado prazo.

¹³⁴ No entanto, isso não quer dizer que tal realidade seja factível. Segundo o próprio Coase (2005 p. 208), uma outra consequência de assumir a inexistência de custos de transação, geralmente despercebida, é que, quando não há custos para a realização de transações, não custa nada apenas acelerá-las, de modo que a eternidade seja sentida numa fração de segundo. Mais além, embora já no campo da filosofia, pode-se dizer que uma realidade sem custos de transação pressupõe características sobre-humanas. Talvez divinas, tais como onisciência, onipotência e onipresença. Em tal situação, não existiria assimetria de informações e a satisfação da vontade dos agentes envolvidos independeria de obstáculos.

informação são baixos o suficiente para uma tomada de uma gama de ações que, em outra situação, não seriam tomadas em regime de mercado. Mas, agora, a comparação é entre os ganhos relativos de cada uma delas.

Os custos de informação são os necessários para a obtenção dos dados relevantes para a decisão de uma dada questão. Sendo assim, tal análise deve partir do aparato cognitivo instrumental disponibilizado pelos agentes do Estado que atuam em cada uma das instituições em análise. Neste ponto, são colocados, de um lado, os agentes que atuam na ação civil pública (Ministério Público, Defensoria Pública, pessoas jurídicas de direito público, entidades privadas legitimadas e Magistratura) e, de outro, os agentes encarregados de assimilar as informações no exercício do poder fiscalizatório ambiental¹³⁵.

Apesar das decisões fixadoras de parâmetros de conduta já terem sido tomadas (este fato é dado nesta análise, pois constitui-se em um dos seus aspectos delimitadores), deve ser destacado que a complexidade do conhecimento necessário para a adequada análise dos eventos submetidos à regulamentação de comando-e-controle em atividades poluidoras não é ordinariamente disponível aos agentes atuantes na ação civil pública. Com efeito, somente mediante a contratação de um “interlocutor” entre os fatos e os agentes em comento é que será possível uma compreensão do contexto fático que subjaz à demanda.

Ocorre que tal interlocutor, se for um colaborador eventual (como um perito nomeado *ad hoc* pelo Juiz), apesar de, pelo menos formalmente, dispor (ou dever dispor) do instrumental cognitivo genérico para lidar com o problema, não necessariamente disporá do instrumental cognitivo específico para tal fim (tais como um conhecimento exaustivo da legislação ordinária ou infralegal aplicável ao assunto e rotinas e procedimentos na aferição dos fatos etc.).

No entanto, se tais colaboradores são permanentes (integrando o quadro fixo de agentes da administração), dispõe-se de ativos humanos

¹³⁵ Na esfera federal, são os analistas ambientais.

específicos¹³⁶. Tais ativos específicos são o leque de informações (capital humano) que somente os agentes de fiscalização teriam incentivos a adquiri-las, uma vez que tais informações dificilmente seriam capazes de serem tão úteis em uma segunda alternativa. Excetua-se, quando muito, a possibilidade de exercício em entidades privadas sujeitas à regulação. Mas como normalmente os agentes de fiscalização estão sujeitos a difícil processo de concurso público para ingresso na carreira, com perspectivas de estabilidade e aposentadoria razoáveis, é de se esperar que, na maior parte das vezes, estes prefiram a estabilidade do serviço público ao trabalho em regime de mercado. Assim, a possível aversão ao risco que marca os servidores – evidenciada notoriamente pela perspectiva de estabilidade e por uma série de benefícios previdenciários mais vantajosos que os disponíveis ao setor privado – não é facilmente suplantada por uma remuneração equivalente, ou mesmo superior (pelo menos até determinado ponto), à remuneração que obteriam num regime de mercado. A partir daí (e essa observação é mencionada apenas a título de informação), Pinheiro e Saddi (2005, p. 67) alertam para a possibilidade da relação entre principal (no caso em análise, o Estado) e agente (isto é, o servidor) ser marcada pelo monopólio bilateral. Neste particular, Posner (2009, p. 324), ao abordar relações de subordinação de longo prazo, apesar de perceber o problema, registra que seus efeitos tendem a ser neutralizados, pois, se, para um lado, o atual servidor seria, pelo menos inicialmente, significativamente mais produtivo que seu substituto, o capital humano específico deste último dificilmente tem alguma segunda melhor aplicação capaz de gerar uma remuneração tão boa quanto o cargo ocupado *ex ante*.

De qualquer sorte, é de se esperar que os profissionais que atuem fora da área regulada não disponham dos conhecimentos específicos ora comentados.

E é nesse ponto que pode ser constatada a vantagem comparativa informacional dos agentes da fiscalização ambiental em relação aos demais agentes encarregados da ação civil pública. Cabe destacar que “os ativos

¹³⁶ Segundo Becker (1993), conhecimentos específicos para uma firma são úteis apenas naquelas firmas que os fornecem, enquanto conhecimentos gerais podem ser utilizados em outras firmas.

específicos são mais produtivos que os genéricos quando usados nas transações para os quais foram desenvolvidos” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 65). Desta forma, em decorrência da especificidade em comento – que inclui até mesmo os conhecimentos necessários para ingresso na carreira, que são custeados pelo próprio servidor –, as informações necessárias para apuração de um dado ilícito ambiental estará disponível a um custo menor se perquiridas por um agente encarregado do poder de polícia. Tal diferença entre custos, aliás, pode ser significativamente relevante.

A importância de tais ativos específicos consiste nos ganhos de escala que daí podem ser obtidos. O capital humano específico empregado na atividade que interessa ao principal (aqui, o Estado), embora não tenha um uso tangível na segunda melhor alternativa, proporciona ganhos comparativos de eficiência em relação ao emprego único e exclusivo de conhecimentos gerais para o mesmo fim. Como consequência, o fornecimento do bem público por meio da opção institucional da regulação ambiental, associada ao poder de polícia (que visa, por sua vez, concretizar a meta consistente no meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado), torna-se mais barato que a sua concorrente, ou seja, mais barato que a ação civil pública. Em outras palavras, cada unidade monetária gerada pelo contribuinte, na utilização de capital humano específico, tem capacidade de gerar mais utilidade social que a sua não utilização. Apesar da fiscalização não ser uma atividade barata, a especificidade de tais informações pode gerar mais ganhos de eficiência no controle das externalidades ambientais causadas por atividades poluidoras que a ação civil pública. Políticas de comando-e-controle requerem profundo conhecimento da relação entre as emissões de poluentes pelo setor regulado e o valor pelo qual outros setores produtivos e consumidores são afetados por tais emissões (CÁNEPA, 2010, p. 81).

Tal ganho em eficiência, por sua vez, faz com que a administração incorra em menores custos ao processar informações relativas a infrações ambientais, o que possibilita a punição de infrações de menor repercussão

social e que não poderiam sê-lo na ausência de ativos específicos¹³⁷. Assim, como na ação civil pública não é de se esperar que tais ativos existam¹³⁸, constata-se que a diferença entre custos de informação torna mais desejável a utilização do poder de polícia na repressão de externalidades negativas causadas por emissões atmosféricas – onde, repise-se, os impactos *per capita* são muito baixos e amplamente diluídos em um número excessivo de pessoas, em que muitas vezes sequer é ultrapassada a barreira informacional do problema e, mesmo se ultrapassada, ainda persiste o problema de ação coletiva sobre que ação deverá ser tomada. Esta última, reitere-se, decorre da ausência de incentivos específicos e é potencializada pela perspectiva do problema do carona, uma vez que, mesmo que existam agentes interessados em transacionar a lesão, é racional simplesmente esperar que os outros arquem com os custos de solução do problema (KOMESAR, 1994, p. 55 e 67)¹³⁹.

Assim, passa-se agora à análise dos custos de participação em cada um dos procedimentos.

4.3.4 Análise dos custos de organização para a ação civil pública e para o exercício do poder de polícia

Inicialmente, deve ser delimitado o que se entende por custos de organização. Conforme já visto, custos de organização integram os custos de participação. Tais custos são entendidos como as barreiras formais e materiais de acesso relacionadas com as regras e procedimentos institucionais (KOMESAR, 1994, p. 8).

¹³⁷ Relembre-se que, conforme visto anteriormente, em situações marcadas por problemas de ação coletiva, sempre haverá um passivo de infrações que, pelos próprios custos de transação, não serão apuradas. Em tal contexto, mesmo na inexistência de super-representação – seja da maioria, seja da minoria –, no processo político de produção de normas jurídicas, haverá situações em que a sociedade como um todo ainda estará melhor na ausência de qualquer ação do Estado.

¹³⁸ Pois, existindo, estarão ineficientemente alocados.

¹³⁹ Conforme já visto, o aumento nos custos de transação provocado pelo aumento do número de interessados de (n) para (n+1), mantidas constantes as demais variáveis, é de menor intensidade que um aumento de tais custos quando o número de interessados sobe de (n+1) para (n+2).

O fato de que há alguma instituição com orçamento determinado e custeado pelo Estado cria a possibilidade de que partes afetadas pelos problemas das externalidades, em que sua internalização em um processo judicial individual não seja factível pelos custos privados de litigância excederem os benefícios esperados, tragam suas eventuais queixas num contexto em que parte dos custos que seriam privados agora são tornados públicos na litigância ordinária¹⁴⁰.

Do lado da ação civil pública, dois cenários devem ser analisados. O primeiro é o relativo à litigância privada, isto é, quando uma entidade não custeada por verbas estatais (isto é, por valores vertidos pelo contribuinte pela tributação) realiza uma postulação visando à sanção de ilícitos ambientais. O segundo cenário, por sua vez, ocorre quando tal postulação é realizada por algum órgão integrante da estrutura estatal (Defensoria Pública, Ministério Público, pessoas jurídicas de direito público etc.), em que tal atuação seja custeada pelo dinheiro do contribuinte.

No primeiro caso, os custos de litigância para postulação em juízo são privados¹⁴¹ (contratação de advogados, remuneração de assistentes técnicos para atuar em perícias etc.). Além disso, ainda persistem barreiras formais para a postulação judicial, quais sejam o lapso temporal mínimo de constituição prévia e a pertinência temática do provimento vindicado com a finalidade social da entidade. Por consequência, a não ser por esse meio, os interessados na internalização da externalidade indesejada não poderão ingressar em juízo, nem mesmo individualmente. Mas, quanto a esse ponto, cabe destacar que a colocação de tal barreira é inócua, pois os obstáculos materiais pressupostos para o presente trabalho já funcionam como um entrave “natural” para a ação individual e, assim, para a internalização da externalidade negativa indesejada¹⁴².

¹⁴⁰ Preferiu-se o termo queixa pela carga semântica de cunho processual normalmente atribuída aos termos demanda e pretensão.

¹⁴¹ O que não implica dizer não existam custos públicos a serem suportados pelo Estado, tais como a remuneração de juízes e de servidores do Poder Judiciário, uma vez que normalmente em tais processos sequer são exigidas custas judiciais.

¹⁴² De fato, se existir incentivo para pelo menos um indivíduo ingressar em juízo e arcar com os custos do processo até o fim, estará descaracterizado o problema de

No segundo cenário, os custos de postulação são públicos e os custos privados, quanto muito, resumem-se a uma comunicação dos fatos, com subsídios probatórios mínimos da respectiva materialidade, a algum dos órgãos públicos legitimados. Em tal situação, parte dos custos que eram privados no primeiro cenário são tornados públicos no segundo. Daí vê-se, no contexto em análise, que o Estado procedeu a uma realocação de custos de participação, financiados, em parte significativa, por suas receitas. Como consequência, é de se esperar que, para os agentes privados – incluídos aqueles legitimados pela LACP –, a estratégia racional seja simplesmente comunicar os fatos aos órgãos públicos com capacidade postulatória para ingresso em juízo, em vez de eles mesmos incorporarem os custos iniciais privados de litigância.

E, de fato, é esse o cenário que, após a promulgação da Lei 7.347/85, veio se configurando no Brasil. Mancuso (2005, p. 305) infere a notória dianteira do Ministério Público no número de ações civis públicas ajuizadas ante os demais legitimados. No Estado de São Paulo, apenas cerca de quatro por cento das ações civis públicas ambientais ajuizadas até 1993 o foram por associações civis (MOREIRA, J., 1993, p. 192).

Apesar da possibilidade de concessão de provimentos urgentes, cabe registrar que o procedimento da ação civil pública tem sido caracterizado por uma perspectiva razoável de demora devido às várias instâncias jurisdicionais passíveis de reapreciar tais feitos (primeira e segunda instâncias e tribunais superiores). Tal demora pode ser corrigida, por exemplo, com a diminuição da perspectiva de recursos a instâncias superiores por instrumentos como a súmula vinculante, a arguição de repercussão geral ou a impossibilidade de arguição de recursos repetitivos, que diminuiriam os custos de punição de uma dada infração.

ação coletiva. Um exemplo de tal situação, típico nos direitos de vizinhança, ocorre quando um proprietário de uma residência se excede na emissão de ruídos, incomodando os vizinhos. Se pelo menos um deles tiver, *ex ante* ao ajuizamento de uma demanda judicial, perspectiva de que, *ex post*, os ganhos serão superiores aos seus custos, ele ingressará com o feito, ainda que os demais vizinhos “peguem carona” nas externalidades positivas que uma eventual sentença judicial de procedência possa ocasionar.

Finalmente, cabe registrar que a questão relativa à especificidade dos ativos não tem aplicação quando algum órgão estatal viola as normas de estrutura postas pelo ordenamento. A análise da violação destas prescinde de um conhecimento especializado a respeito de fenômenos complexos do mundo empírico, uma vez que foi o próprio ordenamento que estatuiu os limites de sua produção. Por outro lado, o descumprimento de tais normas se relaciona a um desvio funcional de um agente público e, normalmente, o processo de produção de normas jurídicas (gerais ou individuais, abstratas ou concretas) está associado ao próprio Estado de Direito. Com efeito, a Constituição é, por excelência, a fonte de reconhecimento das demais normas cujo cumprimento esteja garantido pelo uso da força. O direito constitucional traz a lume a questão de decidir quem vai decidir: se o processo político ou se a Jurisdição (KOMESAR, 2001, p. 162), e é a escolha institucional que condiciona as regulamentações e o exercício de direitos (KOMESAR, 2001, p. 186).

Assim, caberia ao Poder Judiciário desconstituir o ato que não obedeceu às regras de produção estatuídas normativamente pelo ordenamento¹⁴³. A ação civil pública poderia ser, assim, um procedimento adequado para tal fim. No entanto, tal análise requer uma comparação com outras instituições, tais como o procedimento administrativo disciplinar e o processo penal mesmo, entre outros. Apenas para registro, destaque-se que o agente hierarquicamente superior, tendo conhecimento de algum ato praticado em desobediência às normas de estrutura, do ordenamento tem o dever-poder de revê-lo e, se for o caso, de anulá-lo, sob pena do cometimento das mesmas infrações que o agente emissor da norma inválida cometera. Em suma, se não for constatado vício de forma, dificilmente os agentes públicos que atuam na ação civil pública estarão em melhores condições de rever os fatos apurados

¹⁴³ Komesar (1994, p. 222), ao analisar a nota de rodapé 4 do caso “*Carolene Products*”, infere que o Poder Judiciário (norte-americano) deve apenas invalidar atos legislativos que violem uma proibição específica e peremptória inserta na Constituição e procurar proteger direitos de minorias. No caso brasileiro, deve ser destacado que a exacerbação de tais atribuições para abranger uma análise do conteúdo material das decisões legislativas pode, no limite, levar a uma expansão dos atributos de tal poder que o descaracterize enquanto tal.

por um dado órgão ou agência estatal cujos recursos humanos sejam dotados de ativos específicos.

Já no que se refere ao exercício do poder de polícia ambiental, a provocação de seu exercício não requer maiores formalidades, podendo a entidade fiscalizadora ser provocada por qualquer interessado, uma vez que pode agir, até mesmo, *ex officio*.

Neste ponto, cabe observar que o art. 75 da Lei 9.605/98 estabelece que o valor máximo da multa está limitado a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais). A estipulação de um limite máximo para as punições administrativas, no entanto, é corolário do próprio Estado Democrático de Direito, pois uma atuação dentro dos limites jurídico-normativos é medida de legitimidade da atuação do próprio Estado e de seus agentes (TAMANHA, 2004, p. 116-117) e a ausência de um limite pode colocar em cheque a própria capacidade do Estado em proteger os direitos individuais. No entanto, dado tal limite, espera-se que, quando algum sujeito de direito entender que tem a ganhar mais que cinquenta milhões de reais com o cometimento de uma dada infração, aliados aos custos não precificados relativos à incursão em outras punições estatais, ele incorrerá numa infração ambiental, pois, ainda que internalize todos esses custos, estará em melhor situação do que se decidisse não cometê-la.

As normas relativas à responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, instrumentalizadas por meio da ação civil pública, conforme já visto, não estipulam tal limite. Mas, se a fixação de danos em valores que sejam tidos como exorbitantes pelos agentes privados sujeitos à regulação ambiental se tornar um evento rotineiro no tratamento dispensado ao instituto pelo Poder Judiciário brasileiro, é de se esperar que aqueles sujeitos à regulação estatal incorram numa ação concentrada para obter uma legislação que seja mais complacente na fixação de tais danos¹⁴⁴. Se essa configuração não vingar, isso

¹⁴⁴ Komesar (1994, p. 186), ao discorrer sobre os danos punitivos no direito norte-americano, infere que, ante os valores extravagantes arbitrados pelas cortes, os poderes legislativos dos estados aprovaram legislações que limitaram os danos punitivos e/ou que estabeleceram barreiras à postulação (limites formais de ingresso, limites máximos de arbitramento etc.), dificultando a obtenção de tais danos pelos potenciais litigantes.

pode significar um sinal de que a própria Lei 9.605/98, no que se refere à fixação das infrações ambientais, pode ser alterada para expandir os limites mínimos e máximos fixados para as infrações ambientais.

Assim, tanto na ação civil pública como no exercício do poder de polícia ambiental, os indivíduos incorrem nos mesmos custos para provocar a ação do Estado. Basta que noticiem os fatos a serem apurados para que o próprio Estado tenha o dever de tomar as medidas apuratórias adequadas. Os custos privados para a atuação estatal param aí.

No entanto, na atual configuração, a ação civil pública, pela ritualística processual complexa que lhe é inerente, tende a ser mais custosa para o contribuinte do que a apuração do fato por meio do procedimento sancionatório prescrito na Lei 9.605/98, o qual inicia-se apenas com um auto de infração, devendo ser assegurado ao autuado as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (TRENNEPOHL, 2009, p. 57). Embora na ação civil pública, a efetivação de tais garantias também deva ocorrer, a sua ritualística é consideravelmente mais complexa, normalmente compreendendo um procedimento administrativo prévio por parte do próprio agente postulante (isto é, um procedimento para decidir se outro procedimento, o jurisdicional, será instaurado com futura apresentação interposição de petição inicial perante o Poder Judiciário) para coleta de informações, além das etapas posteriores à postulação judicial (defesa, instrução processual, sentença e recursos, inclusive nos tribunais superiores).

Sendo assim, mantidas constantes todas as variáveis, em análise prospectiva, espera-se que cada unidade monetária adicional destinada ao exercício do poder de polícia ambiental para internalização de externalidades decorrentes de atividades poluidoras gere mais utilidade que a destinação da mesma quantidade de ativos financeiros às entidades estatais atuantes na ação civil pública para a consecução da finalidade em comento.

Uma última observação: é possível que se argumente que, no entendimento esposado no parágrafo anterior, os interesses das partes prejudicadas por atividades poluidoras ilícitas ficassem “sub-representados” no poder de polícia, uma vez que não estariam, por exemplo, dentro da seara

adequada de defesa dos interesses sociais do Ministério Público, art. 127, *caput*, CF. No entanto, tal posicionamento parte do pressuposto de que apenas o Ministério Público seria a única instituição em posição de fazer a adequada defesa dos interesses dos membros da sociedade¹⁴⁵. Ocorre que, na ausência de regulamentação estatal, os prejudicados pelas externalidades permaneceriam inertes tanto *ex ante* como *ex post* à ocorrência de um ato lesivo praticado por uma dada fonte poluidora. Assim, a litigância relativa ao bem público meio ambiente (despoluído) só se torna possível depois de outra instituição (o processo político) ter tomado as decisões básicas quanto à alocação de regras e direitos. O Estado se torna um interesse concentrado que consolida as baixas perspectivas *per capita* em pelo menos um lado da questão (KOMESAR, 1994, p. 129).

Assim, na hipótese de se tratar de uma fonte pontual, isto é, de um particular que tenha sido autuado pelo órgão competente no exercício do poder de polícia, as partes afetadas estarão representadas pela entidade que esteja no polo passivo de eventual ação anulatória de auto de infração, uma vez que o Estado funciona como um “*pool*” dos interesses dos prejudicados, ainda que tal correspondência, em virtude dos desvios de representação inerente ao processo político, não se dê com identidade cartesiana. No entanto, quando a poluição decorrer de fontes multipontuais (v.g., emissões atmosféricas de veículos automotores), a atuação estatal pode se tornar tão custosa a ponto de a sociedade ficar melhor *ex post* em caso de não adoção de medida nenhuma ou, se for o caso, banir peremptoriamente a atividade ou o uso do produto potencialmente lesivo¹⁴⁶. Por sua vez, utilização de instrumentos de mercado – como a emissão de certificados de emissão transacionáveis – é uma alternativa que tem sido utilizada juntamente com os instrumentos de comando-e-controle

Apenas para registro (uma vez que se toma o atual arcabouço normativo como dado), Kaplow e Shavell (2002, p. 574-578) afirmam que as determinantes da atuação estatal são os custos de informação em relação aos

¹⁴⁵ Relembre-se que que interesses, enquanto preferências subjetivas, são, por definição, individuais.

¹⁴⁶ No caso dos veículos automotores, vem sendo defendida a inspeção veicular ambiental periódica para verificação dos seus níveis de emissão atmosférica.

agentes privados potencialmente afetados por atos ilícitos, a factibilidade das sanções e os custos administrativos. No que se refere à factibilidade das sanções, se as sanções baseadas em atos (ainda que apenas potencialmente lesivos) inerentes a uma atividade não forem efetivas, a proscrição da própria atividade seria recomendável. Um exemplo ocorre quando uma empresa executa uma atividade capaz de gerar grandes prejuízos a terceiros em decorrência das externalidades por elas provocadas, mas que não disponha de recursos para satisfazer os prejuízos. Uma multa, aqui, pode não servir como meio de sinalização adequada, sendo necessário, então, o embargo da própria atividade.

Por fim, cabe ressaltar a importância de um só arranjo institucional estatal, que terá a última palavra sobre um dado fato, sem prejuízo da apuração de condutas violadoras de normas de procedimento do ordenamento.

Suponha-se que uma dada conduta seja tida como lícita pelo órgão encarregado pelo poder de polícia e tida como ilícita pelo Poder Judiciário em uma ação civil pública. Registre-se que não existe um texto que seja tão claro que não deixe dúvidas quanto a sua interpretação (ROSS, 2000, p. 163-165) e suponha-se, ainda, que cada um dos decisores, por questões semânticas, tenha chegado a conclusões diversas quanto à licitude ou ilicitude da conduta em análise, em decisões conflitantes, gerando uma reconfiguração de alocação de competências institucionais (o Poder Judiciário teria se considerado um agente decisor mais perfeito que o agente da administração para a emissão de regras substanciais).

A existência de um ciclo de alocação de agentes decisores, ainda mais quando emissores de decisões conflitantes, pode gerar um ciclo vicioso de mudanças institucionais sem significado¹⁴⁷. Sendo assim, demonstrado que o poder de polícia é mais útil que a ação civil pública como mecanismo de internalização de externalidades negativas decorrentes de emissões atmosféricas, a utilização desta última, para a finalidade em comento, deve ser abandonada em definitivo.

¹⁴⁷ Vide item 4.2

4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se, neste capítulo, que a adoção de uma perspectiva compensatória na internalização de externalidades ambientais negativas em conflitos envolvendo alto número de interessados e alta complexidade informacional proporciona uma compreensão enviesada de tais institutos. Sendo assim, decisões políticas devem ser tomadas numa perspectiva voltada para o futuro e não para o passado, isto é, numa ética consequencialista. Tal raciocínio se aplica igualmente aos conflitos de interesses envolvendo externalidades provocadas por emissões atmosféricas, que são caracterizados pelo alto número de envolvidos e pela alta complexidade informacional, acima referidos. Neste cenário, a ação civil pública e o poder de polícia se apresentam como opções de implementação de tais finalidades.

Em tal perspectiva, uma identificação do arranjo mais eficiente deve levar em consideração os custos e benefícios de cada uma das opções concorrentes ante as demais. Assim, uma análise que vise aferir a performance de cada um dos institutos em análise (ação civil pública e poder de polícia) deve levar em consideração os custos e benefícios esperados de cada uma delas para a administração dos riscos de eventos sociais contingentes.

Neste particular, considerados o grande número de envolvidos e a alta complexidade informacional que envolve a matéria discutida no presente trabalho, é de se esperar que, por problemas de ação coletiva – bem como pelo “problema do carona”, que lhe é correlato -, as partes interessadas não transacionarão o fornecimento do benefício pretendido. Diante de tal cenário, o Estado, enquanto detentor do monopólio da coerção, aparece como uma segunda melhor alternativa para o fornecimento de bens públicos socialmente desejados mas que não serão transacionados em regime de livre mercado. O Estado pode influenciar o comportamento dos indivíduos por meio do mecanismo da coercibilidade, interferindo nas suas estruturas de incentivos. Tal inserção pode se dar por duas vias: por meio do processo legislativo, com emissão de prescrições formais dotadas do caráter de generalidade e

abstração ou por meio da indução de condutas através de precedentes judiciais.

Viu-se, ainda, que, em relação ao incremento do bem-estar da sociedade como um todo, o Poder Judiciário tende a ter um desempenho comparativamente inferior ao processo político na fixação de padrões de conduta em conflitos envolvendo alto número de envolvidos e alta complexidade informacional. Viu-se, também, que é de se esperar que aquela instituição, nas decisões que apreciem a violação de normas de condutas por particulares, guarde cada vez deferência ao processo político. Isso decorre dos próprios tipos de limitação que estão relacionados a tal poder, pois o Poder Judiciário só pode ponderar informações que ingressem formalmente em um dado processo – o que aumenta os custos de decisão – e sua capacidade de escala para atender a demanda por seus serviços tende a aumentar em velocidade significativamente inferior em relação ao aumento de demanda por serviços dos demais poderes.

Daí, e considerado o plexo de normas emanadas dos órgãos regulamentadores ambientais (CONAMA etc.), foi visto, no que se refere à elaboração de normas de conduta (normalmente marcadas pelos atributos de generalidade e abstração) que dirijam os comportamentos individuais, que o modelo brasileiro deve ser considerado como político e não como um modelo judicial.

Foi visto, também, que, consideradas as hipóteses em que normas de conduta relativas a limites de emissões atmosféricas tenham sido fixadas pelo processo político (legal ou infralegal), a instituição do poder de polícia tende a ter um desempenho superior ao procedimento jurisdicional da ação civil pública. Isso se dá principalmente pela presença de ativos específicos dentro dos recursos humanos integrantes dos institutos encarregados do poder de polícia. De fato, conforme visto acima, a uma dada alocação orçamentária poder de polícia ambiental tende a ter um desempenho mais eficiente que a ação civil pública na internalização de externalidades ambientais. Ressalva-se, entretanto, que as políticas de comando-e-controle, quando adotadas

isoladamente, tendem a ter uma performance menos eficiente para tal fim do que quando associadas a instrumentos de mercado.

Por fim, dada a maior eficiência do poder de polícia em relação à ação civil pública para a internalização de externalidades ambientais, deve esta última, enquanto meio de revisão da interpretação dada pelo agente administrativo competente acerca normas de conduta, ser abandonada. Do contrário, incorrer-se-á num círculo vicioso alocativo de competências decisórias que poderá gerar consequências sociais adversas. Ressalve-se que não segue daí que a ação civil pública tenha um desempenho tão pífio acerca da violação de normas de procedimento, uma vez que estas sequer são estudadas no presente trabalho.

Diante de tais premissas, retomando-se as hipóteses oferecidas na introdução do presente trabalho, resta corroborada a primeira proposição, consistente na perspectiva de desempenho superior do poder de polícia em relação à ação civil pública para a internalização de externalidades ambientais negativas causadas por emissões atmosféricas, devendo tal competência ser-lhe alocada de forma peremptória, com total prejuízo da alternativa da ação civil pública.

5 CONCLUSÕES

Pelo exposto no presente trabalho, chega-se às seguintes conclusões:

1. Na tradição jurídica brasileira, a ação civil pública vem sendo tratada como um instrumento normal para a internalização de externalidades ambientais negativas. Em tal cenário, a análise da licitude ou ilicitude de uma conduta que seja tida por socialmente lesiva dentro do cenário em cotejo tem sido pautada basicamente pela utilização de critérios de justiça compensatória. Por outro lado, a utilidade de tal instituto tem sido normalmente justificada pelas suas próprias características (tais como os entes que possuem capacidade postulatória, a competência jurisdicional para sua decisão, a própria utilização dos critérios de justiça compensatória etc.), sem referências a outras opções institucionais que possam atender os mesmos fins. Este trabalho visou colocar em xeque tais atributos e comparar a opção em comento com outras opções institucionais a partir da complexidade dos problemas que lhes subjazem e do alto número de envolvidos que fazem parte de tais conflitos. Num primeiro momento, foi feito um esboço do cenário brasileiro no que se refere ao procedimento da ação civil pública e aos critérios utilizados para as regras de responsabilidade civil ambiental.

2. Benefícios públicos desejados por um alto número de interessados com baixas perspectivas individuais, mesmo quando não houver controvérsia quanto ao seu fornecimento, tenderão a não ser fornecidos na ausência de um incentivo seletivo positivo (prêmio) ou negativo (coerção). Em tal contexto, o alto número de interessados faz com que estes não tenham incentivos a transacionar voluntariamente o fornecimento do bem, uma vez que a estratégia racional de cada um deles é “pegar carona” na ação dos demais e manter-se inertes. Como tal inércia tenderá a atingir os envolvidos de tal forma que o benefício simplesmente não será fornecido, ainda que todos os envolvidos tenham interesse no seu fornecimento, tem-se um problema de ação coletiva.

3. Em contextos envolvendo externalidades negativas causadas por emissões atmosféricas que atinjam um alto número de pessoas, mesmo que não haja controvérsia quanto à necessidade de internalização de tais

externalidades pelo seu causador, e consideradas as baixas perspectivas *ex ante* e *ex post* dos interessados a um evento que lhes seja lesivo, é de se esperar que eles não incorram em ação voluntária organizada para tal internalização. Em tais circunstâncias, tanto anteriormente como posteriormente ao evento contingente, os prejuízos continuaram sendo baixos o suficiente para levar até mesmo as partes efetivamente afetadas a se manterem racionalmente inertes. Dado o “baixíssimo nível” de interdependência entre os interessados, eles tenderão a pegar carona na contribuição dos demais e os altos custos de organização (decorrente do alto número de beneficiários) da ação coletiva tende a tornar inviável o estabelecimento de incentivos positivos (prêmios) para o fornecimento do referido bem. Espera-se, ainda, que, quanto mais longe do consenso estiver a ideia de que certo bem coletivo deva ser fornecido, maior seja a tendência de inércia racional dos seus interessados.

4. Em problemas de ação coletiva, a ação estatal pode ser o instrumento menos imperfeito para o fornecimento de um bem público. Como dispõe do monopólio legítimo da violência, e não havendo uma ação coletiva organizada, a coerção pode ser o único incentivo seletivo disponível idôneo para o alcance de tal finalidade.

5. Mesmo lançando mão de tal meio, em questões complexas e marcadas por um alto número de interessados, as escolhas institucionais possíveis tendem a ter um desempenho significativamente inferior se comparadas a situações de baixa complexidade informacional que envolvam um baixo número de interessados. Assim, geralmente a escolha se resumirá a opção menos insatisfatória dentre as várias alternativas extremamente ruins.

6. Ainda que a escolha seja entre a instituição “menos pior”, os ganhos de eficiência no fornecimento de um bem coletivo poderão contribuir para um incremento marginal do bem-estar da sociedade como um todo.

7. Além disso, a alocação de competências decisórias ao agente menos indesejado deve se dar de forma peremptória. Do contrário, cria-se a perspectiva de ciclos de alocações de competências socialmente prejudiciais, em que, por exemplo, o Poder Judiciário reveja decisões fixadoras de normas

de condutas de agentes mais capacitados informacionalmente do que tal Poder para lidar com determinada questão. Tais ciclos vazios, no entanto, geram custos de readaptação que tendem a cair de forma desproporcional entre aqueles com menos recursos disponíveis para tanto.

8. Para a escolha de opções institucionais a serem adotadas, a avaliação das preferências não pode abstrair os interesses individuais das pessoas envolvidas. As decisões governamentais dissociadas de tal parâmetro, quando não levarem a um resultado que reflitam tais interesses, terão grande probabilidade de gerar resultados sociais desastrosos. Assim, rejeita-se qualquer concepção do Estado que ignore tal individualismo metodológico. Especialmente nos propósitos do presente trabalho, rejeita-se qualquer concepção de interesses difusos que ignore a situação dos indivíduos efetivamente envolvidos e que aprecie os conflitos respectivos a partir de uma perspectiva que abstraia tal aspecto.

9. Interesses difusos não são nada mais que interesses individuais no fornecimento de um determinado benefício, caracterizados por um número extremamente alto de interessados e por uma baixa perspectiva de distribuições, tanto *ex ante* quanto *ex post*, relativamente a uma dada contingência. Em tal cenário, nenhum dos afetados estará racionalmente interessado no saneamento da perspectiva de ocorrência de eventos contingentes, mantendo-se racionalmente inertes. Assim, interesses coletivos e individuais homogêneos seriam “formas qualificadas” de interesses difusos, pois seriam interesses individuais dotados de alguns atributos não encontrados nos interesses difusos, tais como maior delimitação do potencial número de interessados ou interessados determináveis individualmente em sua totalidade.

10. Diante de tais premissas, conflitos envolvendo interesses difusos – isto é, com baixíssimas perspectivas *per capita* de distribuição dos benefícios entre os interessados - afetados por externalidades negativas causadas por emissões atmosféricas devem ser tratados como conflitos de interesses individuais marcados por alto número de envolvidos e pela necessidade de assimilação e valoração de informações complexas. Assim, a decisão governamental adequada deverá alocar competências para os agentes com

melhores condições de lidar com as informações necessárias para a administração da situação. Isso não quer dizer que este agente será o ideal, pois isso é uma impossibilidade fática, uma vez que, em contextos envolvendo alto número de interessados e alta complexidade informacional, as instituições tendem a ter um desempenho significativamente pior se tomados contextos marcados por baixo número de envolvidos e por baixa complexidade informacional. Isso quer dizer, sim, que a competência decisória deverá ser alocada para o agente o menos imperfeito para a tomada de decisões que digam respeito ao contexto em análise.

11. A apreciação da responsabilidade civil por ilícitos contra o meio ambiente, no que se inclui a geração de externalidades ambientais negativas, não deve ser apreciada por critérios de justiça compensatória. Qualquer aplicação de sanções contra autores condutas ilícitas deve estar voltada para o futuro – numa ética consequencialista –, e a estipulação dos comportamentos a serem sancionados deverá ser baseada numa análise prospectiva que considere os benefícios sociais, os custos sociais e riscos da possível contingência. Critérios de justiça compensatória só são adequadamente aplicados quando atendam os parâmetros acima propostos, não tendo, assim, importância intrínseca, e isso geralmente ocorre em situações marcadas por eventos agudos, onde existam um baixo número de envolvidos e baixa complexidade informacional. Por esse mesmo fundamento, como a dinâmica de grupos latentes (isto é, os grandes grupos) tende a ser qualitativamente diferente das ações de grupos intermediários, de grupos privilegiados e da ação individual, a aplicação de critérios de justiça compensatória presentes na litigância individual a conflitos que envolvam alto número de envolvidos, sem qualquer consideração de tais variações qualitativas entre tais grupos, pode gerar efeitos socialmente adversos.

12. Para a comparação das várias opções institucionais para a execução das normas de conduta que visam concretizar os objetivos das políticas de comando-e-controle ambientais – que se resumem à fixação de padrões de comportamento e padrões tecnológicos –, tanto a ação civil pública como o exercício do poder de polícia ambiental se mostram como instrumentos

idôneos a induzir a cooperação dos integrantes da sociedade mediante o estabelecimento do incentivo seletivo da violência potencial (coerção). A utilização de tal incentivo seletivo visa, mais que a administração de um caso individual, à sinalização da conduta dos demais agentes para incorporem tal variável na sua estrutura de incentivos ao escolherem entre cooperar e não cooperar com o cumprimento de tais normas. Cabe registrar que, no Brasil, a fixação de tais normas de conduta é feita pelo processo político (seja ele feito pelo legislador ordinário ou pelo legislador infraconstitucional), e não pela via jurisdicional por meio da fixação de precedentes, dadas as significativas limitações do Poder Judiciário frente os primeiros. Assim, no Brasil, quando o Poder Judiciário aprecia questões ambientais submetidas à Jurisdição, normalmente busca respaldo tanto em normas de conduta já fixadas anteriormente pelo próprio Poder Legislativo, como em normas já fixadas por órgãos inferiores com competência regulatória (CONAMA, CNRH etc.).

13. No entanto, a implementação de tais sanções é extremamente custosa, e a escolha de quem seja o agente menos imperfeito para tal atividade deve considerar a aptidão de geração de menor impacto orçamentário; isto é, deve ser alocada a competência decisória para o agente capaz de derivar maior utilidade social de cada unidade monetária destinada ao seu orçamento. Tal análise deve considerar os custos de participação dos interessados e os custos de organização do aparato institucional necessário para o fim.

14. Quanto aos custos de participação, tanto a ação civil pública como o exercício do poder de polícia podem ser engatilhados por mera iniciativa de um dos interessados. Assim, basta que o benefício esperado de pelo menos um interessado supere os custos necessários para a simples notícia de um fato a ser apurado para que tais entidades estejam em condições de operacionalizar os mecanismos institucionais acima referidos e, assim, instaurem os procedimentos necessários tendentes à aplicação de sanções a atos violadores das normas de conduta estabelecidas no ordenamento. Registre-se que, embora exista a possibilidade de exercício da postulação por agentes privados na ação civil pública, a perspectiva de internalização dos custos de litigância pelo Estado por meio de seus agentes (especificamente o

Ministério Público e a Defensoria Pública) tem servido de incentivo aos legitimados privados a não arcarem com tais custos. Conforme visto no decorrer deste trabalho, a quantidade de ações ajuizadas pelo Ministério Público tem sido consideravelmente superior à quantidade de ações ajuizadas por associações e outros legitimados privados. Foi visto, também, que as restrições formais constantes da legislação de regência (Leis 7.347/85 e 8.078/80) pouco contribuiu para a superação de tal inércia racional.

15. Já nos custos de organização, embora o procedimento da ação civil pública se mostre mais burocratizado e formal que o exercício do poder de polícia, isso pode ser sanado pela simplificação de alguns aspectos do procedimento ou diminuição das perspectivas de acesso a instâncias superiores sem que se altere substancialmente os caracteres institucionais da ação civil pública. No entanto, a presença de capital humano específico no exercício do poder de polícia ambiental faz com este seja uma opção significativamente mais atrativa que a ação civil pública para a internalização de externalidades ambientais negativas decorrentes de emissões atmosféricas nas políticas de comando-e-controle.

16. Mesmo que hoje se caminhe para o uso conjunto de instrumentos de comando-e-controle e de instrumentos econômicos – dados os custos extremamente altos e os problemas de informação que marcam as políticas de comando-e-controle -, a importância de tal constatação persiste. Com efeito, a utilização de instrumentos econômicos (como as certificações negociáveis de emissão) não prescinde do uso de instrumentos fiscalizatórios acerca da obediência das normas que regulam o exercício dos direitos de emissão. Estas últimas, registre-se, têm a vantagem de internalizar as externalidades negativas no preço praticado e instituir incentivos para a pesquisa e desenvolvimento de tecnologias menos impactantes, não apenas no fim do processo de produção (tecnologias *end-of-pipe*) como dentro do próprio processo de industrialização.

17. Pela teoria dos custos dos direitos, ainda que eficientemente alocados no seu máximo factível, os recursos públicos vertidos pelos contribuintes não serão suficientes para evitar todos os eventos contingentes que a sociedade como um todo desejaria para si na ausência de custos de

transação. Assim, ainda que utilizado o instrumento menos ineficiente, haverá eventos que ainda não serão objeto de sanção, pois um cenário em que ocorra a prevenção de todos os eventos taxados como socialmente contingentes não é factível. Um aumento marginal na eficiência apenas aumenta a quantidade de recursos públicos disponíveis, seja para um incremento no quantitativo da ação governamental que proporcionou tal ganho, seja para outras aplicações, inclusive desoneração tributária.

18. Já que se espera que o exercício do poder de polícia seja mais eficiente na efetivação de políticas de comando-e-controle para a emanação de normas individuais substantivas, a utilização da ação civil pública como instrumento jurídico de emanação de normas de decisão substantivas individuais deve ser abandonada. Reitere-se que ciclos de alocações sucessivas de competência decisória desvinculados de questões de eficiência devem ser evitados, pois podem gerar efeitos sociais adversos e com impactos desproporcionalmente elevados naqueles com menor capacidade de adaptação. Isso não quer dizer, todavia, que tal instrumento não seja o meio adequado para a anulação de decisões que decorram de procedimento viciado (v.g., suborno do órgão decisor). A análise deste último ponto, todavia, não é objeto do presente estudo e requer comparação com outras opções institucionais disponíveis para a consecução do mesmo fim.

19. Finalmente, no que se refere às hipóteses oferecidas na introdução do presente trabalho, confirma-se a perspectiva de que, para os fins propostos neste trabalho, o poder de polícia dispõe de um desempenho significativamente superior à ação civil pública para a efetivação de normas de comportamento relacionadas à internalização de externalidades ambientais negativas causadas por emissão atmosférica. Confirma-se, também, a perspectiva de que, na presença de um arranjo menos ineficiente, o mais ineficiente deverá ser descartado de forma peremptória, não podendo o arranjo ineficiente ser entendido como sucedâneo do primeiro. Sendo assim, restam descartadas a segunda e a terceira hipótese oferecidas na introdução e resta confirmada a primeira.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Teresa. **A Nova Lei de Defesa do Consumidor: 2ª Parte**. Disponível em: <http://www.pgr.pt/portugues/grupo_soltas/pub/difusos/12/consumidor.htm>. Acesso em: 23 set. 2009.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC, 2002.
- BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert; PICKER, Randal. **Game theory and the law**. Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- BECKER, Gary S. Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 101, n. 3, p. 385-409, jun. 1993.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Trad. Mario Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>. Acesso em 21 ago. 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 695.214/RJ, Relator: Min. Humberto Martins. **Diário de Justiça da União**, 23 ago. 2007, p. 243.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Ação civil pública nº 91.00.00157-0. **Seção Judiciária do Estado do Maranhão**. Disponível em: <<http://processual-ma.trf1.gov.br/Processos/ProcessosSecaoOra/ConsProcSecaopro.php?SECAO=MA&proc=9100001570>>. Acesso em: 22 set. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Ação civil pública nº 2007.39.00.010577-3. **Seção Judiciária do Estado do Pará**. Disponível em: <<http://processual-pa.trf1.gov.br/Processos/ProcessosSecaoOra/ConsProcSecaopro.php?SECAO=PA&proc=200739000105773>>. Acesso em: 22 set. 2010.

CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, Apr. 1972.

CÁNEPA, Eugênio Miguel. Economia da poluição. In: MAY, Peter H. (Org.). **Economia do meio ambiente: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 79-98.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2005.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico: direito, economia, tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COASE, Ronald. The problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960.

_____. The relevance of transactions costs in the economic analysis of law. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K (Orgs). **The origins of law and economic: essays by the founding fathers**. Cheltenham: Edward Elgar, 2005.

COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - CETESB. **Poluentes**. Disponível em: <http://www.cetesb.sp.gov.br/Ar/ar_saude.asp>. Acesso em: 19 ago. 2010.

COOTER, Robert. **The strategic constitution**. Princeton: Princenton University Press, 2000.

_____; ULLEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. Trad. Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Disponível em: < <https://secure.jurid.com.br/bibliotecaforense/>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12. ed. Salvador: JusPODIUM, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em economia, administração e ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex Editora, 2007.

_____. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan-jun, 2010.

GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

HARTMANN, Analúcia. A ação civil pública e a omissão na concretização das políticas públicas ambientais. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho;

HENRIQUES FILHO, Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Orgs.). **Ação Civil Pública**: 20 anos da lei 7.347/85. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 403-416.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights**: why liberties depend on taxes. New York: W. W. Norton Company, 2000.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Property Rules versus Liability Rules. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 119, n.4, p. 713-790, Feb. 1996.

_____. **Fairness versus Welfare**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

KNIGHT, Vivian Mac; YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann. Custo da poluição gerada pelos ônibus urbanos na RMSP. In: XXXIV ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 5-8 dez. 2006, Salvador. Trabalhos aprovados. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A069.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2010.

KOMESAR, Neil K. **Imperfect Alternatives**: choosing institutions in law, economics and public policy. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

_____. **Law's limits**: the rule of law and the supply and demand of rights. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

KRUEGER, Antonia Lélia Neves Sanches. A efetivação do direito à saúde através da ação civil pública. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Orgs.). **Ação Civil Pública**: 20 anos da lei 7.347/85. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 417-432.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LUSTOSA, Maria Cecília Junqueira; CÁNEPA, Eugenio Miguel; YOUNG, Carlos Eduardo. Política ambiental. In: MAY, Peter H. (Org.). **Economia do meio ambiente**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 163-179.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Malheiros 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e Legitimação para Agir. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Orgs.). **Ação Civil Pública**: 20 anos da lei 7.347/85. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 279-325.

_____. **Ação civil pública**: Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Trad. Allan Vidal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

MARGULIS, Sérgio. A regulamentação ambiental: instrumentos e implementação. **IPEA**: texto para discussão nº 437, Rio de Janeiro, 1996. Disponível em <<http://www.lepa.ufrj.br/cursox/437.pdf>>. Acesso em 21. ago. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, João Batista. Ação civil pública. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 3. p. 187-203, 1993.

MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: Dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NATIONAL SAFETY COUNCIL. **The odds of dying from...** 2010. Disponível em:
<http://www.nsc.org/news_resources/Documents/nsclnjuryFacts2011_037.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2010.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLSON JR., Mancur. Distinguished lecture on economics in government: Big bills left on the sidewalk: Why some nations are rich and others are poor. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 10, n.2, p. 3-24, 1996.

OLSON, Mancur. **Lógica da ação coletiva**. Trad. Fábio Fernandes. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo 1999.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Econômica da Litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19-47.

_____. **Economia e Justiça: Conceitos e Evidência Empírica**. Jul., 2001. Disponível em: <http://www.iets.org.br/biblioteca/Economia_e_justica_Conceitos_e_evidencia_empirica.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2010.

_____; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002a.

_____. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002b.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Alaôr Caffé Alves. Bauru: Edipro, 2000.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49-61.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. **The economic analysis of civil law**. Trad. Matthew Brahan. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.

SILVEIRA, Gustavo Madeira da; AMARAL, Renata Campetti. Créditos de redução de emissões transacionáveis: um estudo sob a ótica de Coase. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 287-305.

SUNSTEIN, Cass. **A Constituição Parcial**. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Tringelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TAMANAH, Brian Z. **On the rule of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

TRENNEPOHL, Curt. **Infrações contra o meio ambiente**: multas, sanções e processo administrativo: comentários ao Decreto nº 6.514/2008. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009.

TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Government Failure**: A Primer In Public Choice. Massachusetts: CATO Institute, 2002.

WIENER, Jonathan. Global environmental regulations: instrument choice in legal context. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 108, p. 677-800, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.