

A ANÁLISE ECONÔMICA AMBIENTAL: INVESTIGAÇÃO DA COMPATIBILIDADE COM A TEORIA DE RICHARD POSNER

ENVIRONMENTAL ECONOMIC ANALYSIS: INVESTIGATION OF COMPATIBILITY
WITH THE THEORY OF RICHARD POSNER

BORGES, Felipe Garcia Lisboa¹

RESUMO

Richard Posner, professor da Universidade de Chicago e juiz federal norte-americano, principal representante do movimento direito e economia, defende, em sua teoria, que a análise econômica não somente é compatível em ambientes mercadológicos, como também serve muito bem aos contextos não mercadológicos, como o Direito. De acordo com esta teoria, por meio da análise econômica, instrumentos como a lei também poderiam servir à denominada maximização da riqueza, intentada por Posner. Além da maximização da riqueza em si, a eficiência também seria um fim objetivado pela teoria. Embora receba críticas relevantes por sua visão pragmática, Posner têm muitos adeptos e notável aceitação por parte dos juristas, em especial pela eficiência da análise que oferece. Segundo os críticos, o grande problema da análise econômica sugerida por Posner fica evidenciado quando, na busca pela eficiência na maximização de riqueza, acaba por descurar da questão ética, ignorando ou afastando elementos importantes, como igualdade ou justiça. O presente artigo direciona a análise econômica de Posner para o âmbito jurídico das políticas de proteção ambiental no Brasil e propõe-se a investigar a compatibilidade desta teoria com o princípio do poluidor pagador, positivado no artigo 4º, inciso VII, da Lei 6.938/81, enquanto princípio fundamental da Política Nacional do Meio Ambiente. Pretende-se analisar, também, o discurso relativo ao suposto problema ético da teoria, para concluir se este pode prejudicar, ou não, a análise econômica no contexto supracitado. O referencial teórico para tratar da análise econômica está na teoria de Richard Posner, e, para tratar do princípio do poluidor pagador, o referencial teórico está na obra de Maria Alexandra de Sousa Aragão, intitulada: “O princípio do poluidor pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Meio Ambiente”. O método de pesquisa será exclusivamente a análise bibliográfica, constituída de doutrina e artigos científicos.

¹ Mestrando - Centro Universitário do Pará.

Concluiu-se, ao fim, que, no que tange ao princípio do poluidor pagador, enquanto princípio de oneração e desestímulo do poluidor, Posner e sua análise econômica podem oferecer a eficiência almejada pelas políticas de proteção ambiental. A teoria de Posner, no entanto, não é capaz de fornecer, por si, as bases éticas e morais para o sistema jurídico de proteção ambiental.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Richard Posner; Princípio do Poluidor Pagador; Políticas de Proteção Ambiental.

ABSTRACT

Richard Posner, professor at the University of Chicago and american federal judge, chief representative of the law and economics movement, discusses in his theory that economic analysis is not only compatible in market environments, but also serves very well to not marketing contexts, such as Law. According to this theory, through economic analysis, instruments like the law could also serve the so-called wealth maximization brought by Posner. Besides maximizing the wealth itself, the efficiency would also be an objectified aim by the theory. Although Posner receives significant criticism for his pragmatic, he has many supporters and remarkable acceptance by lawyers, particularly because of the efficiency of the analysis that he offers. According to critics, the big problem of economic analysis suggested by Posner, it is evidenced when, in the quest for efficiency in maximizing wealth, ends up neglecting the ethical question, ignoring or removing important elements, such as equality or fairness. This article directs the economic analysis of Posner to the legal framework of environmental protection policies in Brazil and it is proposed to investigate the compatibility of this theory with the polluter pays principle, written in Article 4, Paragraph VII of Law 6.938/81 as a fundamental principle of National Environmental Policy. The aim is also to analyze the discourse on the supposed ethical problem of the theory, to conclude whether this can damage or not, the economic analysis in the context above. The theoretical framework to deal with the economic analysis, it is in the theory of Richard Posner, and to deal with the polluter pays principle, the theoretical framework is the work of Maria Alexandra de Sousa Aragão entitled: "O princípio do poluidor pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Meio Ambiente". The research method will be exclusively bibliographic analysis, consists of doctrine and scientific articles. It was concluded at the end, which, in regard to the polluter pays principle, a principle of burden and discouragement of the polluter, Posner and his economic analysis can provide the objective for the environmental protection policies.

Posner's theory, however, is not able to provide by itself, the ethical and moral basis for the legal system of environmental protection.

Keywords: Economic Analysis of Law; Richard Posner; Polluter Pays Principle; Environmental Protection Policies.

1 INTRODUÇÃO

O movimento direito e economia, mais conhecido como Análise Econômica do Direito (AED) teve muitos defensores renomados, como Gary Becker, Ronald Coase e Guido Calabresi. Contudo, é inegável que o movimento tornou-se popular após a obra *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner (1973). Dada a esta grande difusão da análise econômica do direito de Posner no meio jurídico, e as controvérsias que provocou, optou-se por testar a análise econômica no contexto jurídico das políticas de proteção ambiental sob sua ótica.

Em sede ambiental, a baixa eficiência dos instrumentos legais talvez seja o maior problema enfrentado pelos gestores públicos. Destarte, o que se pretende neste trabalho é analisar a possibilidade de cooperação entre direito e economia em prol de uma proteção ambiental mais eficiente. O objetivo geral do presente artigo é investigar a compatibilidade da análise econômica de Richard Posner no contexto jurídico das políticas de proteção ambiental, na medida em que representa uma análise que se propõe a oferecer maior eficiência ao objeto da análise. Antes da abordagem relativa ao objetivo geral, pretende-se analisar o discurso relativo ao suposto problema ético da teoria, para concluir se este pode prejudicar, ou não, a análise econômica no contexto aqui trabalhado.

De fato, os problemas ambientais decorrentes da ação humana estão assumindo proporções cada vez mais desesperadoras. A preservação do meio ambiente para a presente e para as futuras gerações é um dos desafios da nossa época, além de ser um dever do Estado e da coletividade, nos termos do artigo 225, da Constituição Federal.

A proteção do meio ambiente deve ser alvo dos esforços conjuntos dos Estados, dos Países, enfim, de toda a comunidade planetária. Requer-se, sobretudo, a conciliação entre o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental, em especial, a racionalidade na utilização dos recursos ambientais, de modo que esta utilização seja perene, e não se esgote no presente.

No plano das ciências, faz-se necessária uma atuação transdisciplinar dos cientistas, um cotejo entre os mais variados ramos do saber em busca de um fim comum, que

é o desenvolvimento sustentável, a conciliação entre o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental.

Muito embora mereça destaque o fato de que não há um consenso sobre a definição de desenvolvimento sustentável, aqui se trabalha com a idéia de conciliação entre desenvolvimento e preservação, na medida em que reflete as principais preocupações contidas na Constituição Federal de 1988.

Diante do problema ambiental, os gestores públicos passaram a trabalhar com políticas em prol de uma proteção ambiental mais rígida, instituindo, inclusive, a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), para punir criminalmente aqueles que violarem o bem jurídico ambiental. No Brasil, há o destaque para a Lei 6.938/81, que normatiza a Política Nacional do Meio Ambiente.

No âmbito legal, os sistemas jurídicos estão realmente repletos de legislações ambientais, tributos *verdes*, modelos de responsabilização civil, criminal e administrativa por danos ambientais. A degradação, por sua vez, continua presente, em especial na região amazônica. Um exemplo, segundo matéria veiculada no sítio do IPEA (2011), é a crescente taxa de desmatamento na Amazônia:

A taxa de desmatamento na Amazônia, maior floresta tropical do mundo, mais do que dobrou em maio na comparação com o mesmo mês de 2010, segundo dados divulgados ontem pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe). De acordo com o levantamento, cerca de 268 quilômetros quadrados de floresta foram desmatados em maio, contra 110 quilômetros quadrados no mesmo mês do ano passado. (IPEA, 2011)

Além desse, há inúmeros outros exemplos de poluição crescente ocorrendo longe das grandes mídias e da preocupação dos ambientalistas, como a poluição sonora nas grandes metrópoles e o aumento progressivo na emissão de gás carbônico decorrente do incremento no mercado automobilístico brasileiro.

Maria Alexandra de Sousa Aragão, em estudo pioneiro sobre o princípio do poluidor pagador como fundamento das políticas de proteção ambiental, destaca que a proteção ambiental não depende somente da existência de leis protecionistas, mas da eficiência destas no contexto ambiental. A *poluição normativa*, segundo Aragão (1997, p. 56), está presente quando as leis, a despeito de estarem em conformidade com os ditames das políticas de proteção ambiental, não são capazes de colocar em prática aquilo que enunciam.

Fato é que não há mais espaço para belos discursos jurídicos em defesa do ambiente, políticas e leis bem fundamentadas na teoria, mas sem funcionalidade. As políticas de proteção ambiental precisam caminhar para maior diligência prática.

Neste sentido, Gonçalves e Stelzer (2014) defendem que a sociedade deve procurar um equilíbrio entre utopia e realidade, na medida em que não há espaço para uma ordem jurídica romântica e desconectada com a realidade, assim como, também não o há para o realismo cego e intolerante:

A sociedade compete perceber ideal de justiça necessariamente atrelado às condições reais da vida, na qual seja possível avaliar os benefícios e os custos advindos da tomada de decisão em ambiente (de mercado), sem se socorrer de um mundo utópico e idealizado. Em síntese, não há mais espaço para especulações, o sistema econômico precisa interagir com o sistema jurídico-institucional, mesmo em condições adversas. Sob tal contexto, o Estado e o Direito assumem papel defensor da ação dos indivíduos, segundo suficiente flexibilidade para a adjudicação de direitos e fixação de obrigações próprias da ação eficiente. (GONÇALVES; STELZER, 2014)

Em resposta à urgente necessidade de conexão científica em busca de efetiva proteção ambiental, verifica-se que, no mundo capitalista globalizado, vêm ganhando maior destaque as já conhecidas teorias pragmáticas que defendem a análise econômica do direito. Trata-se da união de forças entre a ciência econômica e o direito.

Um notável exemplo é a teoria da análise econômica, protagonizada por Richard Posner, cuja noção central é a eficiente consecução da *maximização da riqueza*. No cálculo desta maximização entram não apenas as *satisfações monetárias*, mas também as *não-monetárias*, na medida em que para a maioria das pessoas o dinheiro é um meio para se atingir um fim (POSNER, 2007, p. 474).

Posner explica que se “A”, que está disposto a pagar \$100 por uma coleção de selo, compra, por este valor, a coleção de “B”, que está disposto a vender ela por \$90, a riqueza da sociedade aumenta em \$10. Neste caso, “B” extrai um acréscimo monetário de \$10 da venda. Contudo, o verdadeiro acréscimo à riqueza social, segundo Posner, consiste no incremento de \$10 em satisfação *não pecuniária* que “A” extrai da compra, pois a coleção vale \$100 para “A”. Assim, para Posner (2007, p. 477-478), o conceito de riqueza não representa uma simples medida monetária. A maximização da riqueza representa, para este teórico da análise econômica, verdadeira maximização de felicidade.

A eficiência também é um postulado da teoria de Posner para a dita maximização. Posner acredita que a análise econômica busca oferecer o meio mais eficiente para se chegar à

maximização de riqueza. A análise econômica de Posner funcionaria como uma bússola nas mãos de um navegador, na medida em que aponta o caminho correto para se chegar aonde se quer.

Segundo Posner, cuja análise econômica não somente é compatível em ambientes mercadológicos, mas também em contextos não mercadológicos, o objetivo da análise econômica é tentar explicar e prever o comportamento dos grupos que participam do sistema jurídico, partindo do pressuposto de que as pessoas são racionais em suas interações sociais. Defende, ainda, que não se trata de um empreendimento meramente idealista, tendo a análise econômica influenciado reformas em diversas áreas, como no direito antitruste, e até na que diz respeito à regulamentação ambiental, apresentando incrementos positivos em todas as áreas (POSNER, 2010, p. 8).

Para os críticos da teoria da análise econômica, um dos grandes problemas da análise sugerida por Posner fica evidenciado quando, na busca pela eficiência na maximização de riqueza, acaba por descurar da questão ética e moral, ignorando ou afastando elementos importantes, como igualdade ou justiça. Assim, por não apresentar uma análise preocupada com a ampla gama de considerações (de ordem moral ou ética) que devem ser feitas antes de qualquer decisão, judicial ou política, os críticos defendem que a análise econômica não pode ser bem sucedida no âmbito jurídico.

Diante dessa problemática, surgiu o questionamento que impulsionou o presente trabalho: a análise econômica de Posner é compatível no contexto das políticas de proteção ambiental?

2 ANÁLISE ECONÔMICA E O PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR

Posner (2007, p. 480) acredita que a análise da relação de custo-benefício, análise fundamentalmente econômica, oferece um eficiente meio de maximização da riqueza. O raciocínio funcionaria, aproximadamente, da seguinte maneira: quando os custos do resultado indesejado forem menores do que os custos da ação preventiva, fatalmente, estas estarão fadadas ao fracasso. Outro seria o resultado se “um custo esperado de acidente \$3 pudesse ser evitado a um custo de \$1” (POSNER, 2007, p. 473), quando estaria alcançada a maximização da riqueza objetivada por Posner. O homem racional, segundo Posner (2007, p. 473), faz esses cálculos em muitas de suas decisões e, quase sempre, procura maximizar a sua riqueza.

Atenta à problemática situação da eficiência das políticas de proteção ambiental, Aragão (1997) faz uma relevante consideração, fundada na relação custo-benefício, ao

defender que as normas e as taxas seriam instrumentos compatíveis com o princípio do poluidor pagador (PPP) justamente por sua aplicação permitir impor ônus sobre o poluidor, o que resultaria em mudança comportamental do agente racional:

Instrumentos de política comunitária compatíveis com o PPP, são as normas e as taxas.

Normas e taxas prescrevem regras de comportamento ou impõem ônus complementares de tipo monetário sobre o poluidor. A sua aplicação permite obter dois resultados positivos: a redução da poluição (função de incentivo) e o financiamento dos custos que qualquer política pública de protecção do ambiente comporta (função de redistribuição). (ARAGÃO, 1997, p. 169)

A imposição de ônus monetário sobre o agente poluidor, sob a ótica do homem racional, por afetar o patrimônio, seria um incentivo à mudança de comportamento. A desafetação, por conseguinte, dependeria de um comportamento não poluidor.

A utilização de instrumentos econômicos em favor da protecção ambiental não é recente e decorre, sobretudo, da necessidade de internalização dos custos das externalidades ambientais negativas no agente da ação poluidora. Imputando estes custos aos poluidores, a atividade prejudicial ao ambiente, sob uma ótica econômica, torna-se cada vez menos vantajosa e, por outro lado, torna viável financeiramente a prestação de serviços públicos reparadores e preventivos. A esta modalidade de imputação de custos, dá-se o nome de princípio do poluidor pagador (PPP), que está positivado no artigo 4º, inciso VII, da Lei 6.938/81, como objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente.

Este – a necessidade de eficiência das políticas de protecção ambiental – pode ser o ponto de contato entre a teoria de Posner e as políticas de protecção ambiental, na medida em que a análise econômica se propõe a oferecer o meio mais eficiente para se chegar ao fim desejado (maximização da riqueza). Uma vez que a baixa eficiência é o grande problema das leis e das políticas de protecção ambiental, a análise econômica, por apresentar todo um aparato disposto a quantificar e qualificar objetivamente o problema e oferecer a solução mais eficiente, pode ser de grande utilidade para os fins preservacionistas.

Antes, porém, deve-se analisar o discurso relativo ao suposto problema ético da teoria, para concluir se este prejudica, ou não, a análise econômica no contexto ambiental.

Nesse sentido, está a crítica de Misabel Derzi, dentre tantos outros, como Dworkin (2006, p. 82), para o qual a teoria de Posner padece de justificação moral:

Posner constrói, portanto, uma teoria que é rigorosamente indiferente ao valor da igualdade ou da justiça (*fairness*), que são vistos como irrelevantes

para a interpretação do direito. Ao tratar das desigualdades de renda e da distribuição de justiça, por exemplo, o autor não descarta redistribuir a riqueza em favor dos mais ricos, caso essa medida se revele apta a maximizar a riqueza global da sociedade. (DERZI; BUSTAMANTE, 2013)

A crítica formulada contra a análise econômica de Posner tem a pretensão de deslegitimar a teoria integralmente. Segundo os críticos, a falta de justificção moral, a indiferença quanto ao valor da igualdade e da justiça são suficientes para afastá-la do âmbito jurídico.

Dentre as críticas mais severas está a de John Rawls (2008) e Ronald Dworkin (2005), para os quais o grande problema está na distribuição não equitativa de benefícios sociais entre os membros da sociedade, implicando em desigualdade e injustiça.

Como tentativa de superar esta crítica, Gonçalves e Stelzer (2014) argumentam em favor da criação de um critério, preestabelecido e não aleatório, que defenda a inclusão das externalidades negativas no cálculo econométrico (pertencente à análise econômica). Isto permitiria emergir critério de eficiência socialmente inclusor e conciliar a análise econômica da teoria da análise econômica com as teorias de Rawls e Dworkin:

Com isso, torna-se possível o alcance de igualdade de oportunidades, de recursos distribuídos, enfim, de bem-estar social mínimo. Do ponto de vista doutrinário, permite-se conciliar, também, a LaE com a Teoria da Justiça Equitativa, de Rawls; com Dworkin e sua Chain of Law; e, com Habermas e sua Razão Comunicativa, no âmbito na tomada de decisão com a racionalidade e ética da eficiência. (GONÇALVES; STELZER, 2014)

Para além desta nobre tentativa de conciliação entre teorias, que provavelmente seria uma boa solução, defende-se, neste artigo, que a análise econômica não demanda tal esforço conciliador. Acredita-se que as críticas à análise econômica estão equivocadas por fustigarem a teoria em um nível que esta nunca pretendeu alcançar. Cumpre explicar melhor esta posição.

Advém que se devem distinguir, *a priori*, dois níveis da norma jurídica: a) da justificção moral e ética da norma jurídica; e b) da concretização da conduta prevista na norma. Um mesmo discurso pode estar bem fundamentado ética e moralmente, mas ter sérias falhas no plano prático, sendo o inverso verdadeiro. Esta distinção não busca eliminar a discussão sobre a moral e ética, mas firmar que, no caso da análise econômica, o objeto não está no primeiro nível.

Assim, ainda que se reconheça que a análise econômica de Posner seja precária no primeiro nível da norma jurídica, porquanto entenda que a eficiência e a maximização da riqueza são os objetivos prementes, mais urgentes que a igualdade, por exemplo, as críticas

sobre o problema ético e moral da teoria da análise econômica de Posner, embora possam ter força entre os filósofos do direito, não estão a impedir a análise econômica em si, pois, fazem suas censuras no primeiro nível, quando a análise econômica situa-se no segundo nível, o pragmático.

Como sustenta o Professor Jean Carlos Dias, em trabalho sobre a análise econômica no processo civil brasileiro:

A eficiência não é um valor que por si só deva ser considerado como estruturante do núcleo moral que as normas jurídicas possam eventualmente revelar. A eficiência diz respeito a uma reflexão posterior ligada à possibilidade de concretização da conduta consagrada por uma norma. (DIAS, 2009, p. 21)

Assim, ainda que a teoria careça de uma base ética menos discutível, afirmar que isso impede sua utilização como instrumento de análise do direito seria igualmente arbitrário, pois, é suficiente sustentar que o campo de aplicação da análise econômica deve ser restrito ao campo jurídico pragmático. Assim como o Dias (2009) sustentou, a importância da análise econômica deriva da necessidade de prever como as normas operarão no nível pragmático.

No contexto ambiental, o problema verificado situa-se no segundo nível das normas jurídicas, o pragmático. Verifica-se uma imensa quantidade de leis e atos normativos ambientais, mas uma ineficiente realidade das políticas de preservação do meio ambiente e das leis derivadas destas políticas.

A análise de Aragão situa-se no segundo nível, o prático, e decorre de uma análise econômica, na medida em que, verificando que a utilização de instrumentos fiscais produz uma espécie de controle comportamental dos agentes econômicos, encontra modo eficiente de aplicação do princípio do poluidor pagador.

O comportamento de um agente econômico racional, em muitos casos, funciona da seguinte forma: lucro mais se produzir mais que meu concorrente por um preço menor que ele. E a análise econômica, dentre outras ferramentas, leva em consideração instrumentos técnicos de medição e informação, os chamados indicadores, para auxiliar a tomada de decisão.

Existem princípios conhecidos e que são utilizados como medidores de eficiência, são eles: ótimo de Pareto e o critério Kaldor-Hicks.

Segundo Posner (2010, p. 105), o primeiro princípio avalia que uma forma de alocação de recursos é superior a outra se puder melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a de ninguém, sendo, por conseguinte, a solução ao problema clássico do

utilitarismo prático, qual seja: medir a felicidade das pessoas para avaliar o efeito de uma política na utilidade total da sociedade. O critério Kaldor-Hicks, ao invés de exigir que ninguém saia prejudicado por uma alteração na alocação de recursos, estabelece que o aumento no valor seja suficiente para compensar os prejudicados (POSNER, 2010, p.105).

Ambos os princípios sofrem as mesmas críticas dirigidas à teoria da análise econômica de Posner, sendo o afastamento da ética, segundo os críticos, um empecilho a aplicação dos princípios no campo jurídico, que não pode se distanciar da ética e da moral. Inclusive, Amartya Sen (1999), em sua obra *Sobre Ética e Economia*, destaca este crescente distanciamento entre ética e economia e o empobrecimento que isto traz para a economia moderna.

Nied (2012), ao analisar a crítica de Sen (1999), defende que a eficiência econômica é apenas uma das facetas da complexa atividade que o legislador e o aplicador do direito desempenham.

Ao reaproximar a economia da ética e da filosofia, AMARTYA SEN permite questionar até que ponto a maximização do bem-estar se assemelha à busca pela Justiça. Pode-se concluir, diante disso, que uma das grandes contribuições de SEN foi justamente demonstrar que a eficiência econômica é apenas mais uma das facetas que o legislador e o aplicador do direito devem considerar em sua complexa atividade. (NIED, 2012)

De fato, como se afirmou antes, a análise econômica, que pretende analisar a eficiência do objeto analisado, não descarta que outros elementos possam ser considerados em uma análise mais geral. O fato de a ética e a moral não integrarem especificamente a análise econômica não significa que elas não possam estar presentes em um contexto geral, do qual a análise, como bem disse Nied (2012), é apenas uma das facetas.

Posner (2010, p. 111) destaca que a abordagem oferecida por Pareto e Kaldor só é satisfatória se acompanhada do pressuposto de que o governo toma decisões segundo critérios éticos. O que Posner parece ter sugerido é que a análise econômica é aplicável ao âmbito jurídico independentemente de ser justificada pela ética. A análise econômica, por ser um instrumento para o alcance eficiente de um fim almejado, não descarta a ética e a moral daqueles que a utilizam, que seriam outro aspecto de uma mesma atividade. Isto reforça a necessária diferenciação feita anteriormente entre os dois níveis da norma jurídica.

Fato é que, se em análise viabilizada por indicadores precisos, os gestores e decisores públicos puderem concluir que determinada externalidade ambiental negativa pode ser desestimulada pela afetação dos lucros, na medida em que, em um ambiente concorrencial,

pode incentivar agentes não poluidores oferecendo a estes mais oportunidades de lucro e maior competitividade, pode-se dizer que a análise econômica, proposta por Posner, atingiu seu fim, pois elegeram um modo eficiente de proteção ambiental.

A teoria proposta por Posner pretende fornecer um instrumental analítico não apenas aos gestores públicos como também os operadores do direito. Com isso, busca suprir as carências informacionais, que normalmente possuem os agentes decisores, e permitir uma melhor detecção do problema, formulação de soluções, implementação e avaliação destas soluções. A análise econômica visa tornar o processo decisório o mais eficiente possível.

Gonçalves e Stelzer (2014) fizeram uma investigação da análise econômica a partir de seus críticos, e destacaram outro aspecto importante da análise econômica, que surge a partir da tentativa de minimizar os efeitos de uma análise de caráter subjetivo e aleatória. Os autores defendem que a análise econômica, através de seu instrumental, propicia uma análise de caráter objetivo, que a torna indispensável ao direito e às políticas públicas, ao processo decisório judicial e de produção normativa.

A Ciência Econômica, como instrumental metodológico delimitador e orientador tanto das políticas públicas, quanto da tomada de decisão privada, pode parametrizar o interesse jurídico que, a sua vez, deve ser justo sem descuidar do custo social. A Economia sendo intrinsecamente analítica é passível de aplicação ao ordenamento jurídico na medida em que lhe propicia os elementos necessários para quantificar interesses, analisar procedimentos e indicar soluções com tendências probabilísticas que levem à resolução dos conflitos e à satisfação das necessidades, sem se olvidar da produção legislativa. A partir da LaE emerge a tentativa de minimizar, no processo decisório e na produção normativa, o julgamento político-volitivo e aleatório de caráter subjetivo. (GONÇALVES; STELZER, 2014)

Gonçalves e Stelzer (2014) citam como exemplo de aplicação da análise econômica no direito os esforços do Conselho Nacional de Justiça, para quantificar e qualificar interesses judicializados e, mesmo, para implementar a necessária reestruturação institucional do Poder Judiciário.

No que tange ao plano de concretização da norma, e da política por detrás dela, a análise econômica não é apenas útil, como necessária. O instrumental da análise econômica já está sendo efetivamente utilizado no direito e produzindo resultados. Dados e indicadores estão sendo utilizados na tomada de decisão e servindo como base para a fixação de caminhos a serem seguidos.

No contexto ambiental, a importância de uma análise defendida por Posner torna-se evidente quando, por exemplo, o princípio do poluidor pagador, no caso da legislação brasileira, exige que se imponha, ao poluidor e ao predador, a obrigação de “recuperar e/ou

indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”, conforme disposição expressa do artigo 4º, inciso VII, da Lei 6.938/81. A imposição desse ônus busca atuar como fator desestimulador do comportamento degradante. No caso do princípio do poluidor pagador, a eficiência da lei protetiva encontra-se, essencialmente, nesta relação.

Trujillo e Pardo (2002) pontuam esta idéia, que reflete uma das principais aspirações da teoria da análise econômica no direito: a eficácia real da lei, a qual serve como incentivadora ou desestimuladora de comportamentos de agentes racionais. Segundo os autores, para a teoria da análise econômica, o critério de avaliação da lei é justamente se ela conseguiu modificar o comportamento dos destinatários da lei.

Como se dijo antes, una de las principales ideas que defiende el AED es que la ley opera como un modificador de incentivos de agentes racionales. El objetivo que persigue la ley es, mediante la generación de incentivos, modificar el comportamiento real de los individuos, de manera que se alcancen resultados deseables (tales como disminuir el crimen hasta su nivel óptimo o fomentar la negociación privada). Por esta razón, el AED da una gran importancia a la eficacia real de la ley; aún más, el criterio a partir del cual juzga si una ley es buena o mala es apelando a sus resultados, es decir, a qué tanto se modificó el comportamiento de los destinatarios de la ley. (TRUJILLO; PARDO, 2002)

Há que se destacar que Richard Posner não propõe uma teoria do direito, muito menos pretende definir a maximização de riqueza como a base ética e moral para qualquer sistema jurídico. Ele coloca a análise econômica em um patamar diverso, alheio à moral e ética, compromissada única e exclusivamente com a eficiência e com a maximização de riqueza.

Essa análise é honesta, sua pretensão é dar ao jurista, ao juiz, ao advogado, aos gestores públicos, um ferramental, um método para se analisar a legislação e o direito com vistas à solução eficiente dos problemas.

No caso das políticas de proteção ambiental, esse ferramental é imprescindível, na medida em que permite não apenas uma melhor avaliação e tomada de decisão por parte dos gestores, mas também uma melhor avaliação da ação dos próprios gestores, por parte da sociedade.

A análise econômica, além de ajustar-se aos objetivos das políticas ambientais, agrega valor à tarefa de diferenciar políticas públicas ambientais genuínas daquelas que utilizam o rótulo “proteção ambiental” sem uma pretensão verdadeira.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não foi pretensão deste trabalho esgotar a questão acerca da análise econômica no direito, muito menos afirmar que a teoria protagonizada por Richard Posner seja aplicável sempre e em todas as situações. O que se buscou e acredita-se haver alcançado é demonstrar que há, ao menos, uma hipótese de aceitabilidade da teoria da análise econômica do direito no contexto ambiental.

Pretendeu-se destacar que a análise econômica de Posner não pode ser vista como uma teoria do direito ou como o único ferramental utilizável em um processo decisório. Pelo contrário, defendeu-se que ela é mais um instrumento a favor da eficiência e, assim, trata-se de um incremento a qualquer atividade que demande decisão. Contudo, ela não pode e não deve ser aplicada cegamente.

A Ciência Econômica deve indicar parâmetros técnicos que viabilizem a tomada de decisão que respeite as diversas possibilidades de existência coletiva, indicando solução eficiente, sem que se gerem externalidades de quaisquer ordens ou na qual seja possível trazer para o cálculo econométrico os atributos negativos da realidade, como defendido pelo PEES. Não se trata, portanto, somente de elidir as crises, mas de encontrar soluções para a sociedade presente e para as futuras gerações. (GONÇALVES; STELZER, 2014)

Em síntese, este trabalho concluiu o seguinte: a) há que se reconhecer a veracidade das críticas sobre a insuficiência moral e ética da teoria da análise econômica de Posner. Contudo, há que se reconhecer, igualmente, que esta crítica não é suficiente para impedir a análise econômica do direito, ainda mais quando sua proposta não é a de oferecer as bases éticas e morais para um sistema jurídico de proteção ambiental; b) a análise econômica de Posner é compatível com o contexto jurídico-político ambiental, em especial, por poder conciliar a análise da relação custo-benefício aos objetivos do princípio do poluidor pagador (princípio essencial da Política Nacional do Meio Ambiente), na medida em que o raciocínio de impor ônus ao poluidor em busca do desestímulo do comportamento degradante é essencialmente econômico e induz uma avaliação de custo-benefício pelo agente racional.

Além da relação custo-benefício, a análise econômica mostra-se relevante na medida em que oferece um ferramental, como a análise de indicadores, que permite não apenas uma melhor avaliação e tomada de decisão, em especial, por parte dos gestores, considerando as diversas fases das políticas públicas, desde a detecção dos problemas, formulação de soluções, até a implementação e avaliação destas soluções.

É importante concluir, também, que o instrumental da análise econômica não serve somente aos decisores, mas igualmente à sociedade, pois propicia melhor julgamento das ações governamentais, na medida em que viabiliza avaliação objetiva da eficiência ou a ineficiência das políticas protecionistas do meio ambiente. Pode-se concluir se determinada proposta é viável e eficiente ou se representa somente retórica política.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O princípio do poluidor pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Meio Ambiente.** Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Jean Carlos. **Análise Econômica do Processo Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A Análise Econômica de Posner e a Ideia de Estado de Direito em Luhmann: Breves Considerações Críticas.** 2013. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br>. Acesso em 23 jun. 2014.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes.** Cambridge: Belknap, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **A Análise Econômica do Direito e sua crítica.** 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc5e676f4e53d229>. Acesso em 24 jul. 2014.

IPEA. **Brasil Econômico: Desmatamento cresce e ambientalista culpa a nova legislação.** 2011. Disponível em: http://ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9135. Acesso em 23 jun. 2014.

NIED, Paulo Sérgio. **O conceito de eficiência econômica e a ruptura do contrato de sociedade,** 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=21be9a4bd4f81549>. Acesso em 24 jul. 2014.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça.** São Paulo: WMFMartins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law.** Boston: Little Brown, 1973.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito.** São Paulo: WMFMartins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 3 ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

TRUJILLO, Ana María Arjona; PARDO, Mauricio Rubio. **El Análisis Económico del Derecho**. 2002. Disponível em: <https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2002/5AnaArjonaMauricioRubio.pdf>. Acesso em 25 jun. 2014.