

O PERFIL PRAGMÁTICO NA TOMADA DE DECISÃO DE POLÍTICAS AMBIENTAIS

THE PRAGMATIC PROFILE IN DECISION-MAKING OF ENVIRONMENTAL POLICIES

Rogério Sganzerla*

RESUMO

Dentro da perspectiva ambiental, o lado econômico é um fato que muitas vezes aparece como determinante nas tomadas de decisões. O pragmatismo, por mais que tenha um viés econômico, não se contenta somente com esse lado, vinculando fatos e conseqüências à melhor decisão possível ao caso. O que se pretende demonstrar aqui é que para uma melhor tomada de decisão em políticas ambientais, a perspectiva pragmática é uma alternativa possível, viável e necessária. Será feito um breve resumo sobre o pragmatismo jurídico e como se dá o processo de escolha de uma decisão. Após isso, será feita uma análise da influência econômica sobre o Direito Ambiental e até que ponto há essa vinculação entre os dois ramos. Após isso, será apresentada uma conciliação entre essas duas áreas e uma alternativa prévia de proteção do dano ambiental, balizada exatamente num entendimento pragmático. Por fim, faz-se uma interlocução entre o pensamento pragmático e a sua utilização na vinculação entre a Economia e o Direito Ambiental, demonstrando como é possível a aplicação do pragmatismo jurídico ao dano ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Pragmatismo, Direito e Economia, Direito Ambiental

ABSTRACT

Within the environmental perspective, the economic side is a fact that often appears as a determinant in decision making. Pragmatism, however it has an economic bias, is not content with just that side, linking facts and consequences to the best possible decision in the case. The intention is to demonstrate that for better decision making in environmental policy, the pragmatic perspective is a possible, viable and necessary alternative. It will be made a brief summary of the legal pragmatism and how is the process of decision making. After that, an analysis of the economic impact on environmental law will be made and until what point there is this link between the two sides. After that, will be presented a conciliation between these two areas and prior alternative for protecting the environmental damage buoyed by a pragmatic understanding. Finally, will be made a dialogue between the pragmatic thinking and its use linking Economics and Environmental Law, demonstrating how it is possible to apply the legal pragmatism to environmental damage.

KEYWORDS: Pragmatismo, Law & Economics, Environmental Law.

* Assessor Jurídico vinculado à 2ª Procuradoria da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Mestrando em Direito pela UNIRIO, Graduado em Direito pela Escola de Direito (FGV-RJ), Graduando em Filosofia pela UNIRIO. Contato: rogeriosganzerla@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Dentro da perspectiva ambiental, o lado econômico é um fato que muitas vezes aparece como determinante nas tomadas de decisões. O pragmatismo, por mais que tenha um viés econômico, não se contenta somente com esse lado, vinculando fatos e conseqüências à melhor decisão possível ao caso.

O que se pretende demonstrar aqui é que para uma melhor tomada de decisão em políticas ambientais, a perspectiva pragmática é uma alternativa possível, viável e necessária. Será feito um breve resumo sobre o pragmatismo jurídico e como se dá o processo de escolha de uma decisão. Após isso, será feita uma análise da influência econômica sobre o Direito Ambiental e até que ponto há essa vinculação entre os dois ramos.

Após isso, será apresentada uma conciliação entre essas duas áreas e uma alternativa prévia de proteção do dano ambiental, balizada exatamente num entendimento pragmático. Por fim, faz-se uma interlocução entre o pensamento pragmático e a utilização na vinculação entre a Economia e o Direito Ambiental, demonstrando como é possível a aplicação do pragmatismo jurídico ao dano ambiental.

2. AS CONSEQÜÊNCIAS PRAGMÁTICAS E A ESCOLHA DA “MELHOR DECISÃO POSSÍVEL”

Atualmente, o maior divulgador da teoria pragmática é o juiz norte-americano e professor universitário Richard Posner. Ele insurge em um esforço explícito para mostrar que sua concepção de pragmatismo jurídico não é apenas uma aplicação do pragmatismo filosófico ao Direito. Explicitar a concepção dele.

O pragmatismo metafísico ou filosófico é uma posição relativista que nega que o conhecimento possa assentar-se sobre fundamentos absolutos. O pragmatismo metodológico ou intelectual é uma posição que atribui grande importância às discussões animadas, à uma atitude aberta e à flexibilidade nas ciências, nas humanidades e nas artes. O pragmatismo político é uma posição que atribui grande importância às liberdades civis, à tolerância e à experimentação flexível nas discussões e instituições que moldam os arranjos da interação humana. Esses três modos de pragmatismo não implicam uns aos outros (KRAMER, 1996, p.

465, 475-478). O pragmatismo filosófico não obriga a aceitação do pragmatismo jurídico ou de qualquer outra posição jus filosófica.

A ideia de que juízes **não** devem ser pragmatistas seria perfeitamente compatível com o pragmatismo filosófico, assim como a ideia de que eles não devem se conceber como maximizadores da utilidade seria perfeitamente compatível com o utilitarismo.

O pragmatismo de Posner, por jurídico, quer basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações. Um pragmatista que julga o sistema jurídico pelos resultados por ele gerados pode concluir que os melhores resultados seriam produzidos se os juízes não tomassem decisões pragmáticas, mas simplesmente aplicassem as normas jurídicas (POSNER, 2012, p. 380).

Os juízes pragmatistas sempre tentam fazer o melhor possível em vista do presente e do futuro, irrefreados pelo sentido de terem o *dever* de assegurar a coerência de princípios com as decisões tomadas no passado por outras autoridades. A diferença entre um juiz pragmático e um juiz positivista é que o último se ocupa essencialmente em assegurar a coerência com as decisões passadas, ao passo que o primeiro só se ocupa em assegurar a coerência com o passado na medida em que a decisão tomada de acordo com os precedentes seja o melhor método para a produção de melhores resultados para o futuro (POSNER, 2012, p. 381).

O juiz positivista começa e geralmente termina sua atividade com um exame da atividade da jurisprudência, da legislação, da regulamentação executiva e dos dispositivos constitucionais – as “fontes” diante das quais devem se curvar quando têm o dever de assegurar a coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado. Se todas as fontes dizem a mesma coisa, o mais provável é que a decisão do caso em pauta já esteja predeterminada, uma vez que, na ausência de fortes razões em contrário, contrapor-se às fontes seria uma violação do dever para com o passado. A razão mais forte para decidir em sentido contrário seria a existência de outra “linhagem” jurisprudencial que tivesse adotado um princípio incompatível com as fontes que mais imediatamente têm relação com o caso em pauta. Nessa hipótese, o juiz teria o dever de comparar as duas linhagens e aplicar ao caso outros princípios manifestos ou latentes na jurisprudência, na legislação ou na Constituição a fim de encontrar aquela solução que melhor promova ou melhor se coadune com a melhor interpretação do histórico jurídico em seu conjunto (POSNER, 2012, p. 381).

O juiz pragmático tem outras prioridades. Ele quer encontrar a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras. Não há um desinteresse pela jurisprudência, pela legislação, etc. Muito pelo contrário. Em primeiro lugar, essas fontes são depósitos do

conhecimento e até, às vezes, de sabedoria: por isso, mesmo que não tenham valor dispositivo, seria loucura ignorá-las. Em segundo lugar, uma decisão que se afaste abruptamente das decisões passadas, podendo causar uma insegurança jurídica, pode vir a desestabilizar o Direito e ter, no saldo, consequências ruins. Os juízes frequentemente têm de escolher entre fazer a justiça substantiva no caso sob sua apreciação, de um lado, e manter a segurança jurídica e a previsibilidade do direito, de outro. Em contradição, acarreta às vezes o sacrifício da justiça substantiva no caso individual em favor da compatibilidade com a jurisprudência ou a legislação, ou, em resumo, com as expectativas bem fundamentadas que são necessárias para a condução ordeira dos negócios sociais. Outra razão para não se ignorar o passado é que em geral é difícil determinar o objetivo e a amplitude de uma norma sem estudá-la em suas origens (POSNER, 2012, p. 382).

Isso significa que o juiz pragmatista encara a jurisprudência, a legislação e o texto constitucional sob dois aspectos: como fonte de informações potencialmente úteis sobre o provável melhor resultado no caso sob exame e como marcos que ele deve ter o cuidado de não obliterar nem obscurecer gratuitamente, pois as pessoas os tomam como pontos de referência. Assim, tanto o positivista quanto o pragmatista se interessam pelas fontes do direito (jurisprudência, legislação, regulamentação executiva, dispositivos constitucionais) e pelos fatos. A diferença é que o positivista parte dessas fontes e atribui-lhes um peso maior, ao passo que o pragmatista parte dos fatos e atribui-lhes um peso maior (POSNER, 2012, 391).

O juiz pragmático acredita que o futuro não deve ser escravo do passo ao passo que se atribui esse peso maior das fontes sobre os fatos, mas também não está obrigado a encarar determinados conjuntos de dados como diretrizes para a tomada da decisão que terá melhores efeitos para o futuro.

Nessa esteira, numa possível alegação de que os juízes exerceriam função legislativa e que as suas decisões não são determinadas por fontes incontestes, Posner argumenta que mesmo na função de criador de normas, o juiz é diferente do legislador. Ele não escreve sobre uma tábula rasa, sem qualquer parâmetro. Em uma causa qualquer, o juiz de um tribunal recursal tem de decidir se aplica uma norma antiga sem modificá-la, se modifica a norma antiga e depois a aplica ou se cria e aplica uma norma nova. Nesse processo decisório, o pragmatista será orientado pelo objetivo de fazer a escolha que produza os melhores resultados. Para fazer isso, não basta que o juiz consulte a jurisprudência, a legislação, as regulamentações administrativas, as constituições, os tratados de doutrina e outras fontes de direito ortodoxas; mas ele **tem** de consultá-las, e o legislador não tem (POSNER, 2012, p. 392-393).

Para isso, os juízes também terão de levar em conta questões políticas, empíricas, institucionais e a jurisprudência. Além disso, também é preciso tomar cuidado com a receptividade do público a uma decisão que declare o novo direito. Mais ainda, é preciso também olhar a viabilidade e a desejabilidade de deixar o assunto em banho-maria por certo tempo antes de por em ação a artilharia pesada da criação de direitos constitucionais (POSNER, 2012, p. 396).

Os principais críticos do pragmatismo argumentam que os juízes não devem enredar em disputas que não têm nenhuma consequência prática, por exemplo, a que visa determinar se eles “criam” ou “descobrem” o direito. Não se trata de aconselhá-los a criar normas jurídicas por pura tentativa e erro; não é assim que procedem os cientistas experimentais. Decidir uma causa sem ter em conta as finalidades do direito aplicável é uma atividade peremptoriamente não pragmática (POSNER, 2012, p. 402).

Um dos perigos de se convidar o juiz a ir além das fontes ortodoxas do direito é que os juízes não têm uma formação que os habilite a analisar e absorver as teorias e os dados das ciências sociais. Além disso, essa abordagem pode criar o hábito de julgar por “realidade instintiva”. Quando os juízes tentam tomar a decisão que produzirá “os melhores resultados”, mas não dispõem de nenhum conjunto organizado de conhecimento no qual possam recorrer, são obrigados a confiar em suas intuições. Uma das espécies do conjunto de intuições que orientam a decisão judicial nos casos mais difíceis é o “direito natural”. Assim, suscita-se a questão de saber se a abordagem pragmática da atividade judicial não seria apenas mais uma espécie de jus naturalismo. A resposta negativa a essa pergunta se justifica, pois os pragmatistas não fazem apelo à noção de Deus e a outras fontes transcendententes de princípios morais quando fundamentam seus desvios e relação à legislação, à jurisprudência ou a outras fontes convencionais do Direito (POSNER, 2012, p. 404-405).

Essas críticas giram em torno da ambiguidade do termo “voltado para frente”. Se ele implica o desprezo pela história, pelas origens e pelas tradições, as críticas são justas. Porém, esse termo se refere em valorizar o passado não por si mesmo, mas somente em relação ao presente e ao futuro. Posner não especifica o que são os “melhores resultados”. Afirma somente que esses resultados não são apenas os melhores para o caso em pauta sem levar em conta as consequências para outros casos. O pragmatismo não nos diz o que é melhor; mas se houver suficiente consenso de valores na magistratura, o pragmatismo pode ajudar os juízes a buscar os melhores resultados sem se enredar em dúvidas filosóficas (POSNER, 2012, 413-415).

Mais ainda, o pragmatista rejeita a ideia de que o direito não é direito a menos que seja constituído por normas, pois esse tipo de análise conceitual não é pragmática. Mas ele permanece aberto a qualquer argumento pragmático em favor das normas. A ideia de que o juiz pragmático sempre tomará decisões *ad hoc* e sem fundamentá-las em princípios é uma paródia da atividade judicial pragmática. O que distingue o magistrado pragmático é que seu estilo nada deve a esta ou àquela ideia sobre a natureza do direito, ao dever moral de respeitar as decisões passadas ou a qualquer outra justificativa não pragmática das atitudes judiciais (POSNER, 2012, 414-415).

O maior perigo do pragmatismo judicial é a preguiça intelectual. É muito mais reagir visceralmente a um litígio do que analisá-lo. O juiz pragmático não deve esquecer jamais que é um magistrado, ou seja, que deve levar em conta **todas** as fontes do direito e os argumentos jurídicos pertinentes a determinada causa. Se o raciocínio jurídico for definido de modo modesto como aquele que toma por referência as fontes do direito, como a legislação e a doutrina, e incorpora ainda as preocupações tradicionais do direito com a estabilidade, o direito de audiência e outras virtudes do “Estado de direito”, por exemplo, é certo que ele deve ser um elemento de todas as decisões judiciais, embora não as sintetize nem as determine (POSNER, 2012, p. 415).

O juiz pragmático não pode ignorar os benefícios da obediência às normas jurídicas pacificadas. Se um juiz federal concede uma medida cautelar que não tem fundamento algum no direito constitucional simplesmente porque pensou que essa medida terá bons resultados, o que se vê aí não é atividade judicial pragmática; é tirania judicial. Essa concepção é a que muitos, tais como Dworkin, enxergam do pragmatismo, é errada e não deve prosperar.

Assim, na lacuna deixada por Posner sobre o “melhor resultado possível”, Diego Werneck Arguelhes (ARGUELHES, 2009, p. 171 a 211) apresenta um aspecto mais detalhado sobre os custos dessa decisão. Como relacionar algum tipo de deferência à coerência do sistema com uma teoria de decisão jurídica que se afirma, em princípio, descompromissada com o passado?

A resposta para essa questão está na racionalidade e no método científico proposto pelo pragmatismo. O problema se reduz a saber se os benefícios vinculados à busca incessante pelas melhores consequências em cada caso concreto superam, no limite, os custos relacionados à tentativa de alcançar respostas maximizadoras para cada um dos mesmos, ainda que o componente de incerteza seja alto (ARGUELHES, 2009, P. 199). Para isso, resta saber quais são os custos dessas decisões que centram sobre a fixação das estratégias de

decisão capazes de reduzir os problemas gerais vinculados a decisões de casos específicos (demandas de primeira ordem), quais sejam, as decisões de segunda ordem.

Os custos de decisão são aqueles envolvidos para se tomar uma decisão (encontrar o resultado), enquanto os custos de erro envolvem a quantidade e a magnitude dos erros que possam advir de uma decisão. Daí a pergunta: se o risco de erro é tão alto, será que vale a pena investir o máximo possível na decisão de cada caso? A resposta, na maioria dos casos, é negativa. O ponto fundamental está no processo interpretativo. Como o processo satisfatório de interpretação orienta-se por aquela apresentada boa o suficiente, não se preocupando com uma ponderação dos custos de erro e da decisão na busca pela melhor solução (processo de otimização), ele irá parar de procurar uma solução quando já achar uma opção boa o suficiente para o caso.

Por isso é que nem sempre as melhores consequências são alcançadas diretamente por meio de uma adoção de estratégias consequencialistas vinculadas a casos específicos. Por isso é que, embora pareça contraditório, adotar uma postura formalista na decisão do caso individual, em termos de consequências, pode ser preferível a posturas consequencialistas, o que justifica o juiz pragmático como se fosse um formalista.

Assim, adotar uma postura formalista para casos específicos pode ser uma postura fundamentalmente consequencialista em razão dos custos de segunda ordem (estratégias de decisão). E, neste ponto, ressurgem POSNER: embora as regras jurídicas não forcem os juízes a tomarem decisões estritamente baseadas nelas na mesma intensidade que o fazem com cidadãos, a maioria das pessoas vê as regras jurídicas como fonte principal de expectativas (ARGUELHES, 2009, p. 207).

Consequências, como dito, não são sempre um olhar estrito para o futuro, mas também consultar o presente e o passado. Por isso, a visão global é extremamente necessária. Discutir o “porque” e “como” adotar uma determinada postura é extremamente necessário e a melhor alternativa é que se faça isso de maneira concentrada e não difusa, de modo a não gerar consequências devastadoras para a segurança jurídica do sistema.

Avançando no pensamento, Cass Sunstein (SUNSTEIN, 2014) vai além de Posner com uma conclusão: uma estratégia interpretativa só pode ser preferível a outra quando também implicar a redução dos custos de decisão e de erro. Saber quando será conveniente o formalismo envolve três questões fundamentais: “(i) quanta imprecisão adicional seria introduzida através de uma perspectiva não-formalista? Se as cortes fizerem uma grande transação tropeçar, ou introduzirem irrelevantes considerações de política ou de princípio, o formalismo é fortificado; (ii) Que tipo incentivos ex antes são criados pelas perspectivas

formalista e não-formalista e como o Congresso responderia a tais incentivos? O formalismo judicial encorajaria o Congresso a legislar mais claramente? Corrigiria o Congresso os problemas de excessiva generalidade, pelo menos após o fato? (iii) Quanta incerteza adicional seria introduzida por uma perspectiva não-formalista, considerando que incerteza inclui necessidade de litigância e dificuldade de planejamento? O quão mau seria essa incerteza? Qual seria o seu custo?”.

Afinal, buscar dados até o limite em contextos de racionalidade limitada é sempre justificável em todos os casos? Dadas as limitações para obter e processar informações, tentar em todos os casos especular a respeito das consequências jurídicas, sociais e até econômicas aumenta ou reduz as chances de erro nas decisões? A resposta para isso é que uma estratégia pragmática de primeira ordem (caso a caso) implica um global aumento de incerteza para que o formalismo se apresente como a solução possível capaz de garantir, em uma análise de segunda ordem, os resultados que garantam a maior estabilidade possível, consequências também social e normativamente desejáveis. Para isso, para que uma postura pragmática seja defensável, ela mesma deve se submeter ao escrutínio de testes empírico-consequencialistas orientados por considerações sobre custos e análises de capacidades institucionais.

Aqui, algumas perguntas se mostram interessantes: mesmo que se adote uma abordagem pragmática, dentro de uma perspectiva social, contextual, metodológica e científica, o que é preciso para que se adote uma consequência em detrimento a outra? A decisão ficará a discricionariedade total do tomador de decisão mesmo que viole algum aspecto legal ou até constitucional? Qual o limite e a base para um argumento consequencialista?

Humberto Ávila faz uma tentativa interessante na hierarquização de argumentos jurídicos (ÁVILA, 2001). Sua tese é a de que os diversos tipos de argumentos usados não podem ter o mesmo peso no momento da interpretação jurídica. O passo, assim, é valorar estes argumentos, sendo a força deles a sua recondução ou não ao ordenamento jurídico brasileiro.

São dois os tipos de argumentos citados por ele: argumento institucional e não institucional. Os argumentos **institucionais** têm como ponto de referência o ordenamento jurídico através da identificação de um critério formal e objetivo, possíveis de serem verificados na prática. Isso significa que esse argumento possui um fundamento passível de verificação por outros participantes do discurso. Já os argumentos **não-institucionais** são decorrentes apenas ao apelo ao sentimento de justiça que a própria interpretação eventualmente evoca, possuindo, portanto, menor capacidade de objetivação. Segundo o

autor, esses últimos argumentos fazem apelo a qualquer outro elemento que não o próprio ordenamento jurídico. São argumentos meramente práticos que dependem de um julgamento, feito pelo próprio intérprete, sob pontos de vistas econômicos, políticos e/ou éticos.

Assim, o peso dos argumentos **não-institucionais** é subsidiário aos argumentos institucionais. Segundo ele, de forma a possibilitar o controle intersubjetivo da argumentação, por força das exigências da separação de poderes e do princípio democrático, este e outros argumentos práticos não poderiam obrigar a decisão da mesma forma que os argumentos baseados no ordenamento jurídico obrigam. A análise das consequências econômicas ou sociais de uma dada interpretação não pode ser reconduzida ao ordenamento jurídico, ao contrário das considerações linguísticas, sistemáticas e históricas. O argumento **institucional** possui um ponto de referência comum, de validade e obrigatoriedade *prima facie* indiscutíveis, a partir da qual a consistência da minha argumentação pode ser avaliada e pesada. Já os argumentos **não-institucionais** *“apoiam-se exclusivamente em opiniões subjetivas e individuais, contrapondo-se, portanto, às exigências de racionalidade e de determinabilidade da argumentação, insitas ao princípio do Estado Democrático de Direito”*.

Complementando essa posição, traz Diego Werneck Arguelhes (ARGUELHES, 2005) um entendimento interessante de modo a compatibilizar este pensamento às novas tendências mundiais do Direito haja vista, como citado anteriormente, da interdisciplinaridade entre diversas áreas, formas e instâncias. O ponto criticado pelo autor é que a chave do argumento não pode residir na afirmação de uma racionalidade intrínseca destes argumentos, mas sim na ideia de que eles não fornecem base para justificativas adequadas ao *tipo de racionalidade que é relevante para o direito*. Para Humberto Ávila, por não terem um ponto de apoio objetiváveis e não se compatibilizarem com o tipo de justificação mais adequada à função jurisdicional, tais argumentos são **subsidiários**. Os argumentos “práticos”, assim, têm fundamentos necessariamente **extrajurídicos**.

Isso deve ser revisto. Sustenta Diego Werneck (ARGUELHES, 2005) de que

“em um regime de separação de bens, o juiz tem o dever de obedecer às decisões do legislador, cujas decisões constituem o ordenamento jurídico. Logo, o juiz tem o dever de obedecer ao ordenamento jurídico. Ainda que existam formas distintas de obedecê-lo na tomada de uma decisão judicial, existem inúmeras outras maneiras de desobedecê-lo, e a linha entre estes dois grupos pode ser traçada com nitidez. Em um nível mais amplo, pode-se falar na “obediência ao ornamento” de forma binária: ou se obedece ao Direito, ou não se obedece ao Direito. Uma decisão que não possa ser reconduzida ao ordenamento jurídico de alguma forma não honra este dever de obediência, por mais valiosa que essa decisão possa ser do ponto de vista econômico, político,

filosófico, social, etc. Assim, o dever de obediência ao ordenamento jurídico é definido de forma independente do valor que uma decisão ou outra possa ter sob pontos de vista não jurídicos. O fundamento da atribuição de caráter subsidiário aos argumentos consequencialistas não é outra coisa senão a adoção de uma exigência forte de obediência às decisões institucionais que formam o Direito vigente”.

Ou seja, o raciocínio consequencialista parece ser inerente ao trabalho de interpretação e aplicação do Direito quando houver **princípios** envolvidos, na medida em que, nesses casos, sempre é possível argumentar pela promoção do estado de coisas visado pela norma jurídica.

Outrossim, por mais que toda esse tratamento consequencialista trazido por Humberto Ávila e, conseqüentemente, reformulado por Diego Werneck tenha trazido uma solução aparente ao caso, vale ainda mais um próximo passo evolutivo para a teoria pragmática.

O ponto aqui defendido será o de que essa abordagem consequencialista não pode ser tampouco um argumento subsidiário ou, ainda assim, ter um peso relativo menor na justificação das decisões judiciais. O argumento pragmático consequencialista deve ter o **mesmo peso** que um argumento jurídico haja vista que este argumento deve ter, acima de tudo, obediência ao ordenamento jurídico vigente numa sociedade. Isso quer dizer que um argumento **não-institucional**, em tese, não pode sequer existir, pois o fato dele se basear em argumentos estritamente econômicos, políticos, éticos e/ou sociais não existe. Além disso, por mais que se argumente que estes argumentos **não-institucionais** não sejam baseados estritamente em argumentos não-jurídicos, mas com uma base imediata em fundamentos jurídicos, o que se quer dizer de fato são que eles são argumentos mais fracos, porém não *a priori* ou por terem uma base de fundamentos jurídicos fraca, mas sim porque os **argumentos jurídicos** sobre os quais se baseiam a interpretação jurídica são fracos.

Explicando: os argumentos são os mesmos e devem ser sopesados da mesma forma, sejam eles jurídicos, sejam eles consequencialistas. O que diferencia esses argumentos é que os argumentos jurídicos se baseiam estritamente em fundamentos (redundantemente) jurídicos, enquanto os argumentos consequencialistas se baseiam nas conseqüências de uma determinada ação, mas também com um fundamento jurídico. O fato de um argumento ser melhor que outro não é o fato dele se basear em uma norma jurídica e o outro não, mas sim o fato de que um argumento jurídico ser baseado num fundamento jurídico melhor que o outro. Há aqui uma diferença nítida em termos de qualidade do fundamento jurídico e a quantidade

do fundamento jurídico. A qualidade do fundamento é que fará uma distinção entre quais argumentos (sejam eles consequencialistas ou estritamente jurídicos) serão determinantes para a decisão. Um argumento sem um fundamento jurídico (quantidade) é, em si próprio, um não-argumento, pois ele não existe. O argumento para ser adotado juridicamente é um argumento que precisa ter suas bases em fundamentos jurídicos.

Não é possível falar que hoje em dia um assunto possa ser excluído da dimensão dos direitos humanos, sociais, políticos, ou qualquer outra forma, sem levar em conta qualquer aspecto jurídico mínimo. Isso não é uma banalização do fundamento jurídico a ponto de tratar qualquer argumento que se apresente como algo que tenha uma base jurídica. É tratar todas as questões dentro do âmbito dos direitos humanos, sociais, ambientais, políticos, etc. Chegou-se num estágio civilizatório no qual dizer que o *apartheid*, o racismo, a homofobia, a escravidão, entre outras formas, são insustentáveis como argumentos jurídicos, pois a discriminação e o prejuízo à humanidade são riscos que não merecem ser tomados.

A seguir, será feita uma associação entre essa perspectiva pragmática que foi apresentada e a sua relação com o Meio Ambiente. O objetivo é demonstrar que ao abordar a Lei Ambiental ou qualquer assunto que envolva a proteção do meio ambiente não é possível usar um argumento estritamente positivista e incondicional do direito a propriedade. Obviamente, há casos extremos nos quais estas posições serão adotadas, mas são exceções. A colisão de direitos é normal dentro de uma sociedade democrática e a ponderação entre eles é inevitável de modo a conseguir uma permanência mais duradoura do sistema social. Logo, como será tratado à frente, o Meio Ambiente possui certa dependência de interesses econômicos que podem fazer com que sejam adotados lados extremistas. Seria essa a melhor solução para o caso concreto? De que forma uma proteção ao meio ambiente poderia ser utilizada de modo a maximizar esse desacordo?

3. A CONCILIAÇÃO POLÍTICA NECESSÁRIA ENTRE ECONOMIA E MEIO AMBIENTE

Essa perspectiva pragmática da “melhor decisão possível” tende a ser encarada como algo estritamente econômico (o que de fato não é). Muito se distorce a teorica econômica do direito ao associá-la a uma visão **estritamente** econômica de interpretação. Simplesmente pelo fato de ser uma abordagem **através** da economia não significa que interessa unicamente

essa visão ou mesmo que ela é a mais relevante. Como já tratado no tópico anterior, uma decisão que seja realmente pragmática olhará para todos os vieses envolvidos, sejam eles econômicos, sociais e/ou políticos.

Por isso, a tentativa, neste tópico, é demonstrar quais são esses interesses que surgem à tona quando se fala em desenvolvimento econômico e proteção ambiental. Por tratar-se de um artigo que visa uma abordagem pragmática, o tratamento sobre política econômica e ambiental pode ficar um pouco comprometida em termos de profundidade. Contudo, o objetivo a ser alcançado é diverso, pois vislumbra aplicar as características dessa teoria e, por fim, demonstrar como ela é importante para o futuro do Direito Ambiental e a proteção do desenvolvimento mundial. Ambos estão coadunados em seus objetivos. Não é difícil compreender que um dos principais objetivos de qualquer país é o desenvolvimento econômico, mas a sustentabilidade já é também uma dos principais assuntos em debate.

Na associação de uma política econômica e proteção ao meio ambiente, surgiram, como já destacado, diversos meios de proteção, sejam eles sociais ou legais. O dano ambiental foi o tema central para a ideia de que é preciso haver um tipo de proteção necessária para que o Meio Ambiente não se esgote e seja possível manter um desenvolvimento sustentável. Nessa esteira, os EUA são um bom exemplo de proteção. É possível delimitar uma política ambiental dividida pelos períodos de Governo.

Na Nova República de 1776 a 1860, o desenvolvimento de recursos naturais, a criação de uma economia nacional e a escravidão dominaram as leis e políticas. Casa sessão do Congresso considerou novos projetos de desenvolvimento promovendo canais e portos, rodovias e outras melhorias. Houve, assim, uma primazia da terra com a criação de terras públicas foi o primeiro passo para o estabelecimento da comunidade e de uma ideia de interesse publico. Muitos pontos do sistema do parque nacional foi uma das maiores conquistas do país.

Houve também um relaxamento de leis para a fácil aquisição. O Congresso estendia o prazo para pagamento e dava crédito fácil para a compra de terras. O problema disso foi que mais de 90 casos envolvendo fraude chegaram à Suprema Corte dos EUA. Porém, além disso, o Congresso também fez investimentos internos como rodovias, canais, portos e outras melhorias.

A era seguinte foi o Governo Ativo, de 1860 a 1864. A revolução americana mudou a forma do país de atuar. Liberdade, antes da guerra, significava desprendimento do poder governamental; depois, tomou o lugar de liberdade de oportunidade. Sem a oposição do Sul no Congresso, o novo partido Republicano em controle do Executivo e Legislativo passou o

“Homestead Act”, criando um sistema de terras, que incluía um progressivo sistema de taxas, a criação do Departamento de Agricultura e a Academia Nacional de Ciência, e também a venda de terras a fim de fundar a primeira rodovia transcontinental.

Já a partir de 1865 a 1900 foi a era dos escândalos e reformas. Depois da guerra civil, o governo federal lançou um programa de rápido desenvolvimento sem se preocupar com conseqüências secundárias. O Congresso colocou condições nas transferências de terras que influenciariam diretamente nos pequenos produtores rurais. Estudos concluíram que os pequenos acres remanescentes nas mãos de agricultores privados foram passados para grandes ranchos. A conclusão foi a de que a lei serviu a interesses distintos: homens de negócios, especuladores, mercantilistas, advogados.

Já na era Progressiva, de 1900 a 1920, houve um combate muito forte à política antitruste. O ar das montanhas, águas, barulhos e a negativa da população levaram a um pensamento populacional sobre a qualidade ambiental. Nessa era, muitos cidadãos não organizados providenciaram serviços municipais. Conservacionistas focaram suas energias no level federal nas terras públicas. Os reformadores urbanos consideraram a poluição uma matéria crucial e criam um sistema local de regras. Esse era o início de uma divisão de recursos naturais e poluição nas leis de proteção ao meio ambiente.

No governo de Roosevelt o programa conservador foi uma das principais conquistas do seu Governo. Houve uma unificação de políticas públicas baseadas na forte relação entre o manejo de recursos naturais e os recursos do solo e água. A batalha entre utilitaristas e preservacionistas seria reformado muitas vezes a seguir. Contudo, a era Progressiva e a causa conversadora, com sua ênfase em múltiplos planos de conservação, era o maior avanço na criação de um sistema ambiental legal.

Na era do Boom e da Depressão, de 1920 a 1932, o intenso moralismo da era progressista eclodiu em três cruzadas contemporâneas: o movimento de justiça social, uma guerra sangüenta em prol de fazer um mundo seguro para a democracia e a Proibição.

Posteriormente, na era do New Deal, de 1933 a 1945, a aproximação comunitarista com diversos aspectos de leis e políticas ambientais marcou seu Governo. Havia um temor de que um possível desastre econômico estivesse relacionado ao desastre ambiental. Nasce assim a economia ambiental que deu ao campo diversos projetos e melhorias de sustentabilidade.

A administração de Roosevelt aprofundou em diversas questões de reflorestamento, a criação da Administração de Assistência à Agricultura deram mais gás à restauração da terra.

Na era de 1945 a 1964, o público focou na conservação da economia pacífica e a criação de uma nova ordem internacional enquanto houve uma ignorância a diversos

problemas domésticos. As cidades se segregaram em subúrbios e os prédios deram lugares a milhões de estacionamentos. O aumento do número de automóveis resultou no aumento de poluição sobre Los Angeles. O primeiro problema ambiental foi o medo de um caos gerado pela testagem de armas atômicas.

Por fim, nas eras seguintes, a partir de 1970 até 1980, na primeira década do Ambientalismo e na era Reagan de 1980 a 1992, houve diversas melhorias como a criação de institutos específicos para a proteção ambiental, a crise de energia que fez eclodir preocupações concretas com o consumo exacerbado e desmesurado, a integração à análise da legislação ambiental e dos problemas do meio ambiente.

Portanto, o desenvolvimento sustentável, a partir de 1970, se tornou uma diretriz balizadora. Pode-se notar que a preocupação ambiental teve sempre origem através de problemas ambientais e que o consumo sempre foi o carro chefe de todas as diretrizes do país. Com diversos problemas, não houve alternativa senão proteger o meio ambiente em prol de um futuro mais sustentável, razão pela qual foi criado o desenvolvimento sustentável sem o necessário cancelamento do crescimento econômico.

Assim, o importante é frisar a ideia de que a poluição e o dano ambiental são construídos social e culturalmente e que não existem de forma abstrata. A poluição deve ser tratada dentro de um determinado contexto. Poluição é a **transgressão** de um padrão, estabelecido como o *normal* para uma determinada atividade. O normal é definido por uma escala, não se admitindo que os valores nela constantes sejam desconsiderados, sendo certo, entretanto, que compromissos são estabelecidos com o objetivo de permitir a continuidade da atividade econômica. Já o dano ambiental é, assim como a poluição, uma categoria geral das outras. Uma possibilidade é classificar os danos ambientais pelo: (i) dano ecológico, que é a alteração adversa da biota, como resultado da intervenção humana; (ii) dano à saúde; (iii) dano às atividades produtivas (iv) dano à segurança; (v) dano ao bem-estar e tantos outros que atinjam bens que, integrando o conceito de meio ambiente, não se reduzam à flora, fauna ou minerais (ANTUNES, 2000, p. 176-182).

Dessa forma, cabe à economia investigar a fórmula da compatibilização adequada e racional entre a **necessidade de utilização dos recursos** e a sua escassez, tornando-se o instrumento capaz de realizar “administração da escassez” (ANTUNES, 2000, p. 201).

Portanto, como afirma o Paulo de Bessa Antunes (ANTUNES, 2000, p. 203), pensar proteção ambiental fora de uma pungente realidade econômica é abandonar o meio ambiente à própria sorte ou, pior do que isto, é relegar a vida humana à condição de insignificância e desvalor.

Na aplicação pragmática destes direitos, chegamos à conclusão de que todas as partes possuem direitos iguais a desenvolverem as suas atividades. Uma vez que todos os direitos de propriedades estejam bem definidos, elas poderão negociar entre si uma solução adequada para o problema, solução esta que, necessariamente, atenderá aos interesses de cada um, em função do papel regulador exercido pelo mercado. Para Coase, as normas de responsabilidade exercem o papel de criar um custo de transação, não raras vezes elevado, mas, do ponto de vista econômico, estão longe de garantir a alocação mais eficiente de recursos. Seu argumento central é que o mercado é capaz, por si só, de solucionar os problemas ambientais de forma socialmente mais equilibrada, desde que não seja onerado por custos de transação.

Uma alternativa que eclodiu foi o princípio do poluidor pagador. Sua atuação é preventiva e inteiramente diferente do princípio da responsabilidade, *a posteriori*. O seu desiderato é o de evitar o dano ao meio ambiente ou, pelo menos, de diminuir o impacto, e faz isto por meio da imposição de um custo ambiental àquele que se utiliza o meio ambiente em proveito econômico. A delimitação e a cobrança de um preço pela utilização do recurso ambiental objetiva onerar o agente econômico, na proporção em que ele se utilize de maior ou menos quantidade de recursos. Busca-se, portanto, a aplicação de uma medida de justiça que se funde não na responsabilidade, mas na solidariedade (ANTUNES, 2000, p. 222).

Por tudo isso, resgatando as conclusões anteriores sobre o pragmatismo, é possível fazer alguns paralelos. O primeiro deles diz questão sobre a questão de casos “fáceis” e os casos “difíceis”. Nos primeiros, o custo de buscar uma solução além daquela formalista é alto, em razão de trazer problemas sistêmicos e uma solução eficiente já ser aquela trazida pela norma descritiva. Questões ambientais poderiam ser casos fáceis? Ao que parece, não se encaixam nesse perfil. A maioria das questões envolve o desmatamento de grandes áreas, a alteração da vida de várias vidas rurais, um vazamento num rio que afeta diversas comunidades, etc. Tratar questões ambientais, tendo em vista a complexidade do tema e sua influência humana seria, em tese, um caso mais delicado do que a aplicação simples e pura do direito (quando há). Assim, o custo de procurar uma alternativa melhor do que o formalismo é, em tese, tentador. Diz-se “em tese” em razão da tendência econômica de auto-regulação do mercado, sendo o ponto de equilíbrio aquele no qual há um acordo social entre os envolvidos. O problema desta afirmação é que há parâmetros e princípios não meramente econômicos por detrás do Meio Ambiente, o que traz ao debate questões morais, sociais e também políticas. Logo, não é possível simplesmente reduzir a parâmetros econômicos causas que envolvem a extinção de uma espécie animal ou o desmatamento de uma área de preservação ambiental.

Além disso, como segunda questão está a aplicação da melhor consequência possível para a questão. Tendo em vista que é preciso ter uma coerência com o passado (haja vista que também se trata de um argumento pragmático a segurança jurídica), até que ponto é necessário e positivo buscar nas consequências futuras a melhor resolução de um caso presente? A resposta desta questão está nos estudos técnicos. Conforme lembrado anteriormente, houve um aumento da formação técnica sobre os danos ambientais conforme o desenvolvimento da proteção ambiental. Isso fez com que os estudos se tornassem mais objetivos e precisos, dando mais embasamento para críticas a políticas econômicas de desmatamentos e explorações excessivas. Logo, usar tais argumentos é a principal forma de combater o uso excessivo do Meio Ambiente e trazer à realidade alternativas viáveis.

Por isso, quando se defende que argumentos pragmáticos devam ser embasados em pareceres e provas técnicas para a resolução da questão da melhor forma possível quer-se dizer que, no caso ambiental, a perspectiva econômica, ao sopesar com o dano ambiental presente e futuro terá menos chances de tornar-se eficiente. Essa postura prospectiva, antes da realização do dano, seria a melhor a ser tomada. Em razão disso, mais ainda, a utilização do princípio do poluidor pagador (PPP) surge como uma ótima alternativa para a questão. Ao introduzir a prevenção e a diminuição do impacto danoso sobre o meio ambiente faz com que haja mais opções viáveis de escolha e tomada de decisões.

Por fim, resta salientar que a adoção de posturas pragmáticas para a resolução de casos ambientais em nada significa a ruptura com o passado e a segurança jurídica do sistema. Caso se diga que a imprecisão com a introdução de novos argumentos pode gerar maiores custos para o sistema, tratar-se-ia de uma clara tentativa de manutenção do *status quo* atual, qual seja, o de instabilidade sobre a delimitação da proteção do Meio Ambiente. A proteção do passado e suas decisões/direitos ficaram abarcados na medida em que o sistema se tornar mais coeso dentro de suas garantias. No caso, o Meio Ambiente já é garantia Constitucional em diversos países, incluindo o Brasil, tendo a necessidade de proteção efetiva e concreta no ordenamento e na sua aplicação diária. A aplicação pragmática permitirá que se use não somente o arcabouço jurídico para a tomada de decisão, mas também diretivas econômicas, sociais e políticas. Nos dias de hoje, tomar uma decisão simplesmente com base na aplicação estrita do texto legal e esquecer dos princípios e das suas consequências na sociedade é, talvez, um risco maior de realizar arbitrariedades dentro do sistema jurídico e social. Por isso, não há espaço para um argumento estritamente positivista na discussão sobre o dano ambiental e sua perspectiva econômica.

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, a aplicação pragmática é e deve ser usada no tratamento do tema ambiental. O pragmatismo jurídico utiliza o seu embasamento de fatos e conseqüências sem se desvincular das preocupações com o passado e a “letra da lei”. Posturas descuidadas com os custos de aplicação de argumentos pragmáticos podem levar a vários problemas e incongruências, razão pela qual se deve entender que é preciso muita cautela e embasamento teórico na sua aplicação.

No caso específico do Direito Ambiental, por se tratar de uma matéria que envolve diversos tipos de argumentos, o argumento pragmático é algo necessário, tendo em vista a vinculação necessária entre Meio Ambiente e a Economia, incluindo custos e despesas. Logo, a melhor forma possível de se precaver nessa tomada de decisão é utilizando argumentos técnicos factíveis e projetar as conseqüências daquela decisão.

Por mais que o Meio Ambiente seja renovável na maioria das suas formas, esse processo é longo e custoso, tanto para a própria natureza quanto para o homem que sobrevive dela. Esquecer que o dano ambiental pode, muitas vezes, ser eterno e irreversível para o sistema, é um luxo pelo qual não se pode pagar.

Por isso que uma alternativa viável e compromissada com esse pensamento é a adoção de mais políticas utilizando o princípio do poluído pagador (PPP) com o intuito de precaver o dano e delimitar de uma forma mais eficiente a utilização dos recursos naturais.

5. BIBLIOTGRAFIA

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: 2000

ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentação Consequencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização. In: XIV **Encontro Nacional do CONPEDI**, 2005, Fortaleza. Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005.

ARGUELHES, Diego Werneck, LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (ORG). **Filosofia Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2009.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e Imunidade do livro eletrônico. In: **Revista Diálogo Jurídico**, v. I, nº 5. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, agosto de 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-humberto-avila.pdf. Acesso em 29 de agosto de 2012.

KRAMER, Mathew H., The Philosopher-Judge: Some Friendly Criticisms of Richard Posner's Jurisprudence, **Modern Law Review**, 1996.

MCCORMICK, John. **Rumo ao paraíso**. Rio de Janeiro: Relume Dumará.

PÁDUA, José Augusto. **Um sopro de destruição**. São Paulo: Companhia das Letras.

POSNER, Richard. A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SUNSTEIN, Cass R. **Acordos constitucionais sem teorias constitucionais**. Trad. Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. Disponível em: academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/3/32/Aula_7_texto_2.pdf. Acesso em: 20 fev. 2014.