



DIREITO, ECONOMIA E MEIO AMBIENTE: A FUNÇÃO PROMOCIONAL DA ORDEM JURÍDICA E O INCENTIVO A CONDUTAS AMBIENTALMENTE DESEJADAS

João Luis Nogueira Matias¹
Germana Parente Neiva Belchior²

RESUMO

As relações entre direito e economia sempre estiveram na pauta de discussões de autores dos mais variados setores da ciência, sendo certo que a relação que se estabelece é de influência recíproca, em que o ordenamento jurídico impacta decisões econômicas e é por elas impactado. Surge, assim, a necessidade de estudos que correlacionem as importantes esferas do conhecimento, passando a ter destaque o movimento doutrinário denominado Análise Econômica do Direito – AED que, em suas diversas vertentes, dedica-se a estudar as relações entre direito e economia. Deparamo-nos, ainda, com um período em que a proteção do meio ambiente é valor fundamental para a sociedade contemporânea, sendo necessário fomentar as discussões sobre um novo modelo de desenvolvimento, ecologicamente correto. O presente trabalho, portanto, pretende adequar a teoria geral do direito às transformações da sociedade contemporânea e ao crescimento do Estado social, na medida em que as funções clássicas do ordenamento jurídico de proteção e repressão não são suficientes para promover as condutas reputadas interessantes ao convívio social, em especial, condutas ambientalmente desejadas.

Palavras-chave

Teoria geral do direito. Função promocional. Análise econômica do Direito. Estado social. Meio ambiente.

ABSTRACT

The connections between Law and Economics have always been included in the list of debates in academic circles. Nowadays, the idea that Law and Economics exert influence upon each other is commonplace, meaning that the legal system affects decision-making in economy and vice versa. In this context, academic research connecting both fields becomes more necessary and, in this sense, the movement known as Economic Analysis of Law – EAL, dedicated to the study of

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Doutorando em Direito na USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC. Professor do curso de Mestrado em Direito da UFC. Juiz Federal da 5ª. Vara da Seção Judiciária do Ceará

² Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Advogada. Especialista em Direito e Processo Trabalhista pela Faculdade Christus – Fortaleza

the relations between Law and Economics, grows in relevance. At the same time, environmental protection is nowadays deemed as a fundamental value for society, which clearly takes to the exigence of promoting discussions on a new and ecologically correct development model. This paper, therefore, intends to adapt the Theory of Law to the changes found in contemporary society, considering that classic roles of the legal system aimed at assuring protection and promoting repression are not satisfactory to encourage behaviours considered interesting to social life, especially environment-friendly behaviours.

Key-words

Theory of Law. Promotional role. Economic Analysis of Law. Social State. Environment.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As relações entre direito e economia sempre estiveram na pauta de discussões de autores dos mais variados setores da ciência, sendo certo que a relação que se estabelece é de influência recíproca, em que o ordenamento jurídico impacta decisões econômicas e é por elas impactado.

Surge, assim, a necessidade de estudos que correlacionem as importantes esferas do conhecimento, o que tem levado diversas doutrinas a se dedicar sobre o tema. A partir da década de 60, do século XX, passou a ter destaque o movimento doutrinário denominado Análise Econômica do Direito – AED que, em suas diversas vertentes, se dedica a estudar as relações entre direito e economia.

É postulado da AED a reflexão crítica sobre a ordem jurídica, dedicando-se, entre outros aspectos, à análise da eficácia social das normas e da verificação da capacidade da ordem jurídica de resolver os conflitos sociais, do que pode resultar a proposição de novas formulações jurídicas.

Por outro lado, deparamo-nos com um período em que a proteção do meio ambiente é valor fundamental para a sociedade contemporânea, sendo necessário fomentar as discussões sobre um novo modelo de desenvolvimento, ecologicamente correto. Desta forma, a preservação do meio ambiente compõe novo fator na relação direito e economia.

O que importa considerar é se as funções clássicas da ordem jurídica são suficientes para possibilitar a necessária mudança de paradigma. Atesta-se que a intervenção estatal baseada na regulação sancionatória clássica não vem sendo suficiente como mecanismo de proteção ao meio ambiente. É mister que sejam criados instrumentos econômicos de política ambiental que possam acarretar, de uma forma efetiva, mudanças no comportamento dos agentes econômicos poluidores por meio de incentivos financeiros e de mercado, ou seja, o Estado deve fazer uso da função promocional do direito.

O nosso trabalho, portanto, pretende discutir a adequação da teoria geral do direito às transformações da sociedade contemporânea, sendo certo que as funções clássicas do ordenamento jurídico de proteção e repressão não são suficientes para promover as condutas reputadas interessantes ao convívio social, em especial, condutas ambientalmente desejadas.

2. DIREITO, ECONOMIA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

2.1. Caracterização geral da AED

As relações entre economia e direito são objeto de estudo de movimento acadêmico denominado, entre nós, como Análise Econômica do Direito, cuja finalidade é abordar o direito sob perspectiva econômica.³

A atualidade do movimento é indiscutível, na medida em que o direito passa a ser abordado sob viés econômico, o que permite identificar os efeitos das normas jurídicas no comportamento dos indivíduos e se estes efeitos são socialmente desejáveis. Tal abordagem enseja a compreensão do que foi ou é o direito, facultando a projeção do que ele pode ser.

A perspectiva econômica é crucial para a análise da eficiência das normas jurídicas ou para o estudo do efeito das normas regras na distribuição da riqueza ou renda. Trata-se de reconhecimento de que o direito influencia e é influenciado pela economia.

Em linhas gerais, e na perspectiva do presente trabalho, as idéias centrais do movimento são o paradigma do *homo oeconomicus*, que alberga em sua conformação as idéias da lei da oferta e da procura, o custo de oportunidade e a gravitação dos recursos em torno de sua utilização mais valorosa; o sistema de mercado como modelo de decisão ótima e a eficiência econômica como princípio de explicação e justificativa última da tomada de decisões.⁴

Com a identificação dos elementos utilizados na nova perspectiva de análise, cuja premissa é que os indivíduos e firmas são racionais e focados no melhor proveito de suas condutas, constata-se que o seu objeto e abrangência são amplos, estendendo-se pelos mais variados ramos do direito, como o penal, civil, normas de governança corporativa, entre outros. Em nosso trabalho, o foco será o direito ambiental.

Para a melhor compreensão da AED e das possibilidades de sua aplicação no âmbito do direito ambiental, apontaremos os estudos pioneiros sobre a matéria e suas diferentes vertentes.

2.2. Pioneiros da análise econômica do direito

Os primeiros estudos sobre a interferência do direito no comportamento dos indivíduos foi realizado pelo utilitarista Bentham, que analisou como os

³ Na doutrina americana, pioneira no assunto, a denominação do movimento é Law and economics.

⁴ V. PACHECO, Pedro Mercado. *El analisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994 e ZYLBERSZTAJN, Décio e Outros. Apresentação do Projeto "Diálogos FEA & Largo de São Francisco" - Relevância para transformação das instituições no Brasil Contemporâneo. *Revista de Direito Mercantil*, n.126, p. 101-116, abr./jun., 2003.

indivíduos deveriam se comportar em face de incentivos legais, confrontando os resultados com o bem estar social. Também Adam Smith foi pioneiro na abordagem econômica do direito, ao analisar os efeitos econômicos da legislação.

Contemporaneamente, foi com os estudos de Ronald Coase, ganhador do Prêmio Nobel de 1992, especialmente os artigos *The Nature of the Firm* e *The Problem of Social Cost*, que o tema passou a ganhar destaque.⁵

As duas principais idéias de Coase são a constatação de que a realização de negócios é inversamente proporcional aos custos de transação e que as firmas não são meras unidades de produção, sendo organizadas como feixe de contratos.

Coase defende que no mundo de custos de transação zero, os agentes negociarão os direitos independentemente da posição inicial, de forma a chegar à alocação mais eficiente de recursos.⁶ Aponta o autor que os custos de transação são positivos, as instituições legais se refletem sobre o comportamento dos agentes econômicos, o que interfere na realização de negócios e no exercício de direitos.

A firma, dessa forma, passou a ser encarada como feixe de contratos organizados da forma que melhor atenda à eficiência alocativa de recursos, na perspectiva dos diversos interessados, descaracterizando-se como mera unidade de produção.

Guido Calabresi, professor da Faculdade de Direito de Yale, é outro autor importante para a consolidação do movimento de análise econômica do direito. Seus estudos iniciais demonstram a importância da análise dos impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil.

Trimararchi ajustou ao *civil law* as regras desenvolvidas para o sistema de *common law*, demonstrando que no direito continental também é possível a adoção de critérios que induzam as pessoas a buscar eficiências alocativas.

Entre as idéias centrais, a maximização da riqueza passa a ser definida como paradigma, defendendo-se que os indivíduos respondem racionalmente às condicionantes externas, como o direito, o que permite a compreensão de que a teoria dos preços é importante na análise e escolhas do sistema jurídico. Percebe-se que a racionalidade econômica, que pode ser aferida por relação de custo/benefício, deve se sobrepor à racionalidade jurídica.

2.3. Vertentes da Análise Econômica do Direito

Mais recentemente, a partir dos estudos de Douglas North e Oliver Williamson, têm-se valorizado a análise da importância das instituições e

⁵ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

⁶ COASE, Ronald. *The Firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

organizações sociais, na vertente que se convencionou chamar, no Brasil, de Análise econômica do direito e das organizações ou Nova Economia Institucional.⁷

Esta corrente rejeita a premissa de escolhas racionais e comportamento maximizador, ou seja, de comportamento sempre tendente à melhor alocação de recursos. Baseia-se no conceito de racionalidade limitada, desenvolvido por Herbert Simon e comportamento oportunístico. As instituições não evoluem de forma eficiente, sendo freqüente a existência de direitos, institutos jurídicos e maneiras de alocação de recursos que são ineficientes economicamente.⁸

A ampliação do campo de abrangência da Análise Econômica do Direito demonstra a sua evolução e constante renovação.

Sob outro enfoque, é possível apontar diferentes vertentes do movimento, a partir dos centros universitários das escolas de pensamento e dos fins a que destinam as ferramentas metodológicas, sendo apontadas a análise econômica positiva, a análise econômica normativa e a análise econômica funcional.

2.3.1. Análise Econômica Positiva

A análise econômica do direito positivo tem sido elaborada pela vertente do movimento centrada na Faculdade de Direito de Chicago, especialmente por Posner.⁹

Tem por postulados centrais as idéias de que a *commow law* resulta de esforços na busca da eficiência econômica, sendo esta o fator preponderante para regras, procedimentos e instituições. Posner defende que, em razão da grande ambigüidade que acarreta a idéia de justiça, a eficiência econômica deve ser a medida das decisões judiciais.

Procuram os autores vinculados a esta linha da análise econômica do direito explicar o que o direito é, tem sido ou será, não se dedicando à realização de proposições normativas.

2.3.2. Análise Econômica Normativa

A análise econômica normativa é elaborada por autores que desenvolvem seus estudos na Faculdade de Direito de Yale, predicando a necessidade de intervenção legal para corrigir falhas de mercado. Voltada para análise e proposição de políticas públicas, formula proposições normativas sobre o que o direito deveria ser. Afastam-se do dogma da eficiência econômica como eixo central da interpretação e aplicação das normas jurídicas.¹⁰

⁷ V. ZYLBERSZTAJN, D. SZTAJN, R. op. cit.

⁸ V. idem.

⁹ V. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

¹⁰ POLINSKY, Mitchell; SHAVELLS, Steven. *Economic Analysis of law*: Social Science Research Network Eletronic Paper Collection. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=859406>. Acesso em 08 ago.

2.3.3. Análise Econômica Funcional

Formulado pelos doutrinadores da Faculdade de Direito da Virgínia, baseia-se em direito, economia e teoria das escolhas públicas, e abordagem funcional, passando ao largo da diferenciação entre as vertentes positiva e normativa.

Renova o debate sobre a elaboração de normas jurídicas, sugerindo que a valoração comparativa de fontes alternativas pressupõe a análise das estruturas que ensejam a sua criação. Identifica falhas políticas na elaboração do direito, destacando a importância de mecanismos de mercado para a criação e seleção de normas jurídicas. Faz, ainda, correlação entre escolhas individuais e resultado social, com ênfase em aspectos institucionais.

Referida vertente contraria a idéia de eficiência econômica tão cara aos autores da formulação positivista. Afasta-se da Escola Normativista, defendendo que os modelos econômicos são limitados extratos da realidade, não podendo ser usados para definir políticas públicas intervencionistas ou para corrigi-las.

Baseia-se, dessa forma, no individualismo normativo, sustentando que apenas o julgamento individual pode criar condições para a valoração de alternativas normas jurídicas. Assim, a sua perspectiva funcional pressupõe a compreensão da estrutura que origina a regra legal e que verifica a relação de custo/benefício da mesma.

A análise econômica funcional trata, ainda, da interferência de estruturas de mercado e alheias ao mercado no sistema jurídico, realizando o estudo comparativo de fontes alternativas de elaboração do direito, centralizadas ou não, que podem oferecer regras eficientes.

2.4. Direito, Economia e Meio Ambiente

As relações entre atividade econômica e meio ambiente relevam-se, segundo Eugênio Battesini, “complexas e multifacetárias e, em ambiente globalizado, permeadas por componente dinâmico caracterizado pela elevada mobilidade de pessoas, bens, capitais e informações através do mundo”.¹¹

A utilização dos postulados da Análise Econômica do Direito muitas vezes é realizada sem a noção exata de fazê-lo, como destaca Cabanellas¹², citando a obra de Vellez Sasfield no Código Civil Argentino como precursora da análise econômica naquele país.

2007.

¹¹ BATTESINI, Eugênio. Da teoria econômica à prática jurídica: origem, desenvolvimento e perspectivas dos instrumentos tributários de política ambiental. *Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFGRS*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. v. III, n. VI, p. 125-142, maio, 2005, p. 125-126.

¹² CABANELLAS, Guillermo. *El análisis económico del derecho*. Evolución histórica, metas e instrumentos, en análisis económico del derecho. Coordenação de Viviana Kluger. Buenos Aires: Heliasta, 2006, p. 21-37.

No âmbito do direito ambiental, a construção teórica da idéia de “uso sustentável” dos recursos naturais, equiparada ao uso ótimo, ao longo da década de sessenta, é efetiva demonstração não apenas do possível uso das técnicas de AED ao direito ambiental, mas também do efetivo uso que vem sendo feito há algum tempo do instrumental da AED neste ramo do direito.

A própria justificativa para a atuação do Estado na seara do direito ambiental é oferecida pela análise econômica, a partir dos modelos de Artur C. Pigou e de Ronald Coase.¹³

Para Pigou, a poluição é custo imposto aos demais pelos produtores (externalidade negativa), que o mercado não tem força de internalizar, ou seja, que o mercado não consegue seja assumido apenas pelo seu causador, necessitando da atuação do Estado. Defende, ainda, que deve haver revalorização das preferências individuais através do Estado, com a internalização das externalidades ambientais, que afetam a alocação ótima de recursos.¹⁴

Segundo Coase, tudo que é de ninguém é usado por todos e cuidado por ninguém, devendo toda a propriedade ser individual. A atuação estatal deve ser guiada para evitar o surgimento de externalidades, garantindo, assim, a eficiência da completa internalização dos efeitos externos pelos sujeitos do mercado.¹⁵

A política ambiental, dessa forma, é necessária para a introdução ou adoção de posturas e procedimentos menos agressivos ao meio ambiente, objetivando o desenvolvimento sustentável.¹⁶ Os instrumentos econométricos da análise econômica do direito, portanto, podem ser utilizados para a formação, estruturação e bom funcionamento das técnicas do direito ambiental.^{17 18}

Dentre os instrumentos de política ambiental, Battesini¹⁹ divide-os em

¹³ COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 133 e ss.

¹⁴ COASE, R. op. cit. p. 133 e ss.

¹⁵ Ibidem, p. 133.

¹⁶ BATTESINI, E. op. cit., p. 132.

¹⁷ A título de exemplo, podemos mencionar o princípio do poluidor-pagador, oriundo da pioneira formulação econômica de Pigou, através do qual se permite que o poluidor repare o prejuízo causado pela sua atividade danosa ao meio ambiente. Referido princípio está disseminado no direito ambiental e foi expressamente previsto na Conferência RIO 92.

¹⁸ Guido Soares destaca três conseqüências importantes visualizadas após a ECO-92, quais sejam: “a introdução do conceito de ‘sustentabilidade’, que passou a adjetivar todos os posteriores atos internacionais adotados após a ECO-92”; “a noção de futuridade, ou seja, as preocupações com as gerações futuras, e, tendo-se transformado em direito intergeracional, o Direito Internacional do Meio Ambiente passaria a dar ênfase especial ao princípio da prevenção, em reforço aos tradicionais princípios da reparação”; e, por fim, “o definitivo espraiamento da temática do meio ambiente, em todos os campos do Direito Internacional, selando a característica de ser o Direito Internacional do Meio Ambiente uma verdadeira manifestação da globalidade de nossos dias.” SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergências, Obrigações e Responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 37-38.

¹⁹ BATTESINI, E. op cit., p. 133.

três categorias, quais sejam: instrumentos legais, instrumentos econômicos e instrumentos de comunicação e persuasão moral.

Os *instrumentos legais*, chamados de instrumentos de comando-controle ou de regulação direta, atuam no controle direto sobre a atividade danosa ao meio ambiente. Dá por meio de criação de normas, procedimentos e padrões a serem observados pelos agentes poluidores, assim como previsão para penalidades havendo violação dos ditames.

Quanto aos *instrumentos econômicos*, denominados também de instrumentos de mercado ou de regulação indireta, “implicam na geração de incentivos, considerados mediante análise da relação custo-benefício”.²⁰ É o caso, por exemplo, da tributação ambiental, concessão de subsídios, criação de mercados de transferência de quotas de poluição²¹, dentre outros.

Já os *instrumentos de comunicação e coerção moral*, de acordo com Battesini²², são mecanismos utilizados para conscientizar e informar os agentes poluidores sobre o dano ambiental. Alguns exemplos que podemos mencionar é o marketing ambiental, a educação e selos ambientais.

3. AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO, DA ORDEM JURÍDICA E DA TEORIA DO DIREITO

É necessário analisar, neste tópico, as transformações que o Estado social, e a ordem jurídica que dele emana, acarretam na teoria geral do direito, para o conceito de norma e, conseqüentemente, para o estudo das sanções jurídicas.

3.1. A teoria do direito no Estado liberal

Pode-se afirmar que, enquanto prevaleceu a estrutura do Estado não-intervencionista, a função do direito estava limitada à preservação ou conservação de situações constituídas, em razão de interesses meramente individuais. A missão do Estado liberal era a de manter a ordem e possibilitar a convivência dentro da mais ampla liberdade. Trata-se, pois, de um Estado tipicamente negativo cuja ordem jurídica se estrutura na base de restrições e proibições para amparar a liberdade dos indivíduos.²³

²⁰ Idem, p. 134.

²¹ Podemos citar aqui os mecanismos de flexibilização previstos no Protocolo de Quioto, prova de que os instrumentos de mercado podem ser utilizados para a redução dos gases de efeito estufa, a partir da criação de valor transacional para as reduções. Referido instrumento prevê o compromisso das partes de implementar e lutar pela higidez de um conjunto de medidas objetivando assegurar o desenvolvimento limpo do planeta, por meio de mecanismos de flexibilização. Dentre as alternativas, é importante destacar o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), que permite a criação das Reduções Certificadas de Emissões (RCEs), conhecidas popularmente como créditos de carbono, negociáveis entre os países como forma de cumprimento de seus compromissos ambientais.

²² BATTESINI, E. op. cit., p. 134

²³ MELO FILHO, Álvaro. *Introdução ao Direito Premial*. Dissertação de Mestrado da Pontifícia

No entanto, o desenvolvimento técnico-científico e as mutações econômico-sociais alteraram a imagem do Estado, tornando-o cada vez mais partícipe da vida comunitária. Acerca do tema, o professor Álvaro Melo Filho ressalta que “a posição estatal de simples árbitro do respeito às regras do jogo econômico não tinha mais razão de ser, desde o momento em que os diferentes protagonistas deixavam de jogar”.²⁴

A ordem social surge, assim, como uma realidade a ser plasmada e conformada de acordo com o atuar positivo e promocional do Estado contemporâneo. Enquanto na sociedade tradicional o mecanismo de punição possibilita um maior controle, na sociedade tecnológica, globalizada, tal instrumento se torna inadequado, cedendo espaço à função promocional do direito como direção social.

Diante disso, Bobbio alerta que temos que abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo, na medida em que surge uma nova forma de ordenamento jurídico com função promocional.²⁵

Insta, *a priori*, estabelecer as distinções entre sanções positivas e negativas, por meio de uma análise da teoria estrutural do direito de Kelsen e da proposta funcionalista de Bobbio.

3.2. Sanção negativa e sanção positiva

O conceito de sanção, em sentido amplo, refere-se à medida que um ordenamento normativo dispõe com o intuito de reforçar o respeito às suas leis e, em alguns casos, remediar os efeitos de uma possível inobservância. Neste sentido, todo ordenamento assume a pretensão de ser efetivo, ou seja, de não desaparecer em conseqüência de uma generalizada falta de atenção às normas que o compõe, estatuindo medidas que podem ser classificadas em função do momento da violação.²⁶

O absentéismo do Estado liberalista, também neste aspecto de classificação das sanções, influenciou a teoria jurídica. O direito do Estado deveria deixar que as coisas fluíssem naturalmente, não lhe cabendo promover o bem-estar social, restringir a livre iniciativa, atuar sobre o mercado, pressionar o indivíduo. Pretendia impedir mais do que promover. Punir mais que recompensar.²⁷

Analisando o estudo das sanções jurídicas, Bobbio²⁸ afirma que uma coisa

Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1975, p. 13.

²⁴ Idem, p. 15.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007, p. 13.

²⁶ BENEVIDES FILHO, Maurício. *Da recompensa à sanção premial: retrospectiva e prospectivas jurídicas*. Dissertação de Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Fortaleza: 1997, p. 103.

²⁷ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 214.

²⁸ BOBBIO, N. op. cit. p. 6.

é a distinção entre comandos e proibições, outra é a distinção entre prêmios e castigos. Não há sobreposição entre ambas, pois uma norma positiva ou negativa não implica necessariamente em sanção positiva ou negativa, respectivamente.

Ainda que, de fato, as normas negativas se apresentem habitualmente reforçadas por sanções negativas, e as normas positivas se apresentem predominantemente predispostas ao (e aplicado para o) fortalecimento de normas positivas, não há qualquer incompatibilidade entre normas positivas e sanções negativas de um lado, e normas negativas e as sanções positivas, de outro. [...] As técnicas de encorajamento do Estado assistencial contemporâneo aplicam-se, embora mais raramente, também às normas negativas. Em outras palavras, pode-se tanto desencorajar a fazer quanto encorajar a não fazer. Portanto, podem ocorrer de fato quatro diferentes situações: a) comandos reforçados por prêmios; b) comandos reforçados por castigos; c) proibições reforçadas por prêmios; d) proibições reforçadas por castigos.²⁹

Podemos, assim, extrair do entendimento de Bobbio que é mais fácil premiar uma ação do que uma omissão, sendo um comportamento previsto por uma norma positiva, da mesma forma em que é mais usual punir uma ação do que uma omissão, quando o comportamento é contrário a uma proibição.

Insta observar que a função premial do direito pode ser exercida por dois tipos distintos: os incentivos e os prêmios. Para Bobbio, “ ‘incentivos’ são medidas que servem para facilitar o exercício de uma determinada atividade econômica; por ‘prêmios’, ao contrário, são medidas que visam oferecer uma satisfação àqueles que já tenham realizado uma determinada atividade.”³⁰

Assim, prêmios e incentivos, como sanções positivas, são as duas formas típicas pelas quais se manifesta a função promocional do direito.

Kelsen, após admitir a possibilidade da existência de regras cuja conseqüência normativa fosse um prêmio e não um castigo, atribuiu-lhes uma importância secundária no ordenamento jurídico, que se afigura de forma rigorosa, como ajustamento de normas coercitivas.

A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo qualquer conseqüências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana, e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (*Vergeltung*). O prêmio e o castigo podem compreendese no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se sanção somente a pena, isto é, um mal – a privação de certos bens

²⁹ Idem, p. 6.

³⁰ BOBBIO, N. op. cit. p. 71-72.

como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos – a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa.³¹

A teoria de Hans Kelsen acarretou no fato de que os estudos sobre teoria geral do direito se deram mais em direção à análise da estrutura dos ordenamentos jurídicos do que à análise de sua função. Segundo o jurista austríaco, estritamente formalista³², a ciência do direito deveria concentrar-se em descobrir o que é seu objeto, e não o que deve ser. Para o fundador da teoria pura, uma teoria científica do direito não deve se ocupar da função do direito, mas tão-somente dos seus elementos estruturais.

Em relação à sanção, Kelsen entendia que a característica da sanção jurídica consiste no uso da força física, sendo sanções jurídicas apenas a pena e a execução forçada. Nessa linha, Bobbio conclui que, embora Kelsen não se tenha dado conta disso, referido entendimento acaba por excluir as sanções positivas do rol das sanções jurídicas.³³

Importante, assim, reconhecer a exaustão do sistema kelseniano, uma vez que este não mais consegue explicar a realidade estimuladora do Estado social, a fim de ser possível a inclusão da sanção premial na teoria estrutural.

3.3. A reformulação da teoria estrutural de Kelsen

Para Kelsen, não só a análise funcional e estrutural estão diametralmente opostas, como esta separação é a base teórica sobre a qual ele funda a exclusão da primeira em favor da segunda. No entendimento kelseniano, a análise funcional é matéria pertencente aos sociólogos e até para os filósofos, nunca para um jurista.

Limitar a tarefa de uma teoria do direito à análise estrutural, como fez Kelsen, era uma forma de salvaguardar a pesquisa teórica da intrusão de juízos de valor e de evitar conflito entre o direito positivo e o direito ideal.

Procurando explicar a omissão de Kelsen, Bobbio afirma que o jurista austríaco jamais se ocupou dos problemas relativos ao aspecto funcional do direito, pois sua intenção era de construir uma teoria pura. Mas o direito para Kelsen era um meio e não um fim. Do ponto de vista funcional, a principal tese de Kelsen é que o direito é uma técnica específica de organização social, resumindo-se na organização do aparato coativo.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 27-28.

³² O normativismo kelseniano é formalista na medida em que se limita a descrever o fenômeno jurídico, sem jamais formular juízos de valor. Dessa forma, prende-se a esse seu exclusivo aspecto: estuda e descreve as normas, o processo de sua formação, validade e vigência (sem lhes analisar ou valorar o conteúdo); examina as relações das normas entre si, dentro do ordenamento jurídico; não se propõe a sugerir qualquer conteúdo à norma, nem lhe recusa o caráter jurídico em razão de seu eventual teor ou da maior correspondência a tal ou qual concepção de justiça.

³³ BOBBIO, N. op.cit. p. 28.

Com o intuito de manter viva a teoria estrutural de Kelsen, o autor italiano procurou adequá-la às novas funções do direito, dentre elas, a sanção positiva, de forma a flexibilizar o formalismo kelseniano com os avanços do Estado e da sociedade. Neste sentido, Bobbio explica que

a sanção jurídica não consiste, diferentemente das sanções sociais, no uso da força, ou seja, no conjunto de meios que são empregados para constranger pela força, isto é, para “forçar” no recalcitrante, mas consiste, sim, em uma reação à violência, qualquer que seja, mesmo econômica, social ou moral, que é garantida, em última instância, pelo uso da força.³⁴

Isto se deve pelo fato de que, a pura e simples redução da sanção jurídica à coação, impede-nos de inserir as sanções positivas entre as sanções jurídicas. Assim, é mister entender a coação como garantia do cumprimento da sanção, e, por decorrência disto, as sanções jurídicas também incluem as sanções positivas.

Entretanto, apesar de Kelsen não ter valorizado a sanção premial, Bobbio explica que a função promocional do direito não invalida os resultados da estrutura kelseniana. Diante disso, o jurista italiano insiste em afirmar que a análise estrutural do ordenamento jurídico está em condições de absorver sem demasiada perturbação as mudanças introduzidas pela análise funcional.³⁵

A justificativa encontrada por Bobbio para conservar o ordenamento estrutural de Kelsen é que o direito, do ponto de vista estrutural, pode continuar sendo definido como norma hipotética fundamental (no plano da nomostática), mesmo após o aparecimento do direito promocional. Da mesma forma, defende o autor italiano que a teoria do ordenamento em graus (no plano da nomodinâmica) também continua válida, do ponto de vista funcional, só que, uma vez individualizada a categoria do direito promocional, não pode mais o direito ser definido como uma forma de controle social.³⁶

A utilização do conceito de controle é adequado se continuarmos a considerar o direito na função tradicional de proteção-repressão. Com o Estado social, a função do ordenamento jurídico, além de controlar o comportamento dos indivíduos, baseia-se no direcionamento de comportamentos desejáveis.

Assim, Bobbio conclui no sentido de que, hoje, a teoria estrutural kelseniana deve ser interpretada no sentido de que, do ponto de vista funcional, o direito deve ser definido como forma de controle (repressivo) e de direção social (estimulador).³⁷

³⁴ Idem, p. 28.

³⁵ BOBBIO, N. op. cit. p. 77.

³⁶ Idem, p. 78-79.

³⁷ Idem, p. 43.

3.4. A função do direito: novas tendências

Atentando-se ao novo quadro político-social contemporâneo, Bobbio explica ser necessário apreender as tendências das transformações do direito, ou seja, perceber quais são os reflexos das mudanças sociais sobre as mudanças jurídicas.

A primeira tendência seria que, para caracterizar a passagem do Estado liberal clássico ao Estado assistencial, recorreu-se à distinção entre normas de conduta e normas de organização, consistindo essa transição, do ponto de vista estrutural, em um progressivo aumento das normas de organização em relação às de condutas.³⁸

A diferença entre normas de conduta e de organização, segundo Bobbio, indica não tanto uma diferença entre tipos de Estado, mas uma diferença entre duas funções distintas do direito. As normas de conduta tornam possível a convivência de indivíduos (ou grupos) que perseguem mediante fins individuais, enquanto as normas de organização viabilizam a cooperação de indivíduos (ou grupos) que perseguem um fim comum.³⁹

Outra prospectiva analisada por Bobbio é a passagem de um controle social fundado predominantemente em normas providas de sanção (“se fazes, ou não fazes, X, imputar-se-á a ti a consequência Y”) para o controle social confiado, por meio de normas técnicas.⁴⁰

Estas normas técnicas possuem duas espécies: será uma *norma instrumental* se prever um determinado meio como necessário para atingir um fim, ou, por outro lado, poderá ser *norma diretiva* caso indique o fim a ser atingindo pelo meio mais adequado.

O aumento de normas técnicas, sejam elas instrumentais ou diretivas, vinculadas ao planejamento e à planificação econômica, acarreta na própria função do direito. Afirma Bobbio que “no dia em que ampliar o campo reservado às normas técnicas e se tornar cada vez mais marginal o campo das normas penais (em sentido amplo), não deveremos mais falar do direito de controle social. Neste caso, seria mais adequado falar em “direção social”.⁴¹

Por fim, a terceira tendência abordada por Bobbio trata-se exatamente da passagem da função tradicionalmente repressiva do direito para a função promocional, onde o Estado assume o papel de encorajador (leia-se premiador) ou desencorajador de condutas. Não restam dúvidas de que no Estado social é mister um constante trabalho de estímulos a comportamentos considerados economicamente vantajosos.

³⁸ BOBBIO, N. op. cit. p. 43.

³⁹ Idem, p. 44.

⁴⁰ Idem, p. 44.

⁴¹ Idem, p. 44-45.

4. A ORDEM JURÍDICA DO NOVO PARADIGMA DE ESTADO

4.1. A falência do Estado liberal e o intervencionismo estatal

No Estado Liberal, por volta do século XVIII, vigorava o constitucionalismo clássico, onde a Constituição era reduzida a um instrumento jurídico que tinha como finalidade básica limitar ou enfrear o exercício do poder estatal, declarando a normatividade do compromisso do poder com a liberdade, protegendo, assim, o indivíduo.

A industrialização e o progresso técnico trazem consigo fenômenos que, quebrando a harmonia da sociedade liberal, vão alterando profundamente as concepções da sociedade e do Estado, bem como o próprio sistema de direitos fundamentais.

As críticas ao pensamento liberalista, e, por conseqüência, ao Estado liberal, deram-se não por ter sido liberal, mas por ser liberalista, ou seja, por ter assumido descompromisso em relação à coletividade, priorizando o indivíduo⁴².

Consoante o professor Paulo Bonavides, “uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder”.⁴³

O neoliberalismo tentaria reverter a situação moribunda, só que os impactos das crises sociais, advindas de uma insensibilidade em face da justiça econômica, clamam por anteparos, transformações ativas no papel do Estado, sob pena de um antagonismo fatal entre Estado e sociedade.

Diante disso, surge uma nova tendência construtiva, no sentido de que o Estado deve intervir na economia. Há, ainda, uma forte herança do liberalismo, que nos leva a pensar que a interferência do Estado significa opressão e que a lei deve ser aplicada igualmente para todos. Se assim o fosse, tal premissa fulminaria a ação corretiva do Estado, em que pese o intento que o originou.

O Estado social tem como objetivo inicial a igualdade social contraposta à igualdade jurídica da visão liberal, que não é inerente às pessoas nem preexiste ao Estado, cumprindo-se essencialmente por meio de prestações por este devidas aos indivíduos.

De há muito o professor Falcão já adotava o referido entendimento:

É tempo de reformular a idéia de que um Estado ditando normas gerais e iguais para todos. Já se pode pensar em contrabalançar a situação dos menos favorecidos, com leis que sejam iguais para os iguais, mas diferenciadas em favor dos menos afortunados.⁴⁴

⁴² FALCÃO, R. op. cit. p. 107.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 371.

⁴⁴ FALCÃO, R. op. cit. p. 161.

Mister salientar que o Estado não deve se contentar em ser intervencionista. Ele é intervencionista para ser social. É importante deixar claro que a meta do intervencionismo é transformar o ultrapassado Estado liberalista em Estado social, objetivando solidariedade e justiça social.

O intervencionismo do Estado na economia e, por via conseqüência, nas relações sociais e na elevação geral do nível de vida é “o caminho menos cruento de ser palmilhado por aqueles que, de sã consciência e sem a venda da ganância desenfreada, efetivamente desejem nítida mudança social”.⁴⁵

Com o alargamento da posituação constitucional das aspirações humanas em termos de mais liberdades e de mais igualdade, o grande desafio dos ordenamentos nacionais passou a ser o da efetividade das normas constitucionais.

O atual Estado social e intervencionista caracteriza-se pela permanente tentativa de conciliação entre as heranças do capitalismo concorrencial e as crescentes exigências do bem comum. Esse novel constitucionalismo carrega consigo uma espécie de visão intuitiva, pragmática, razoável e plural de justiça (justiça distributiva), calcada no binômio dignidade humana-solidariedade social, cuja noção infere-se, de forma sistemática, a partir do conjunto de direitos humanos a que a ordem constitucional atribui o *status* da fundamentalidade.⁴⁶

Surge, assim, uma nova categoria dos direitos positivos ou direitos a prestações do Estado, que são os direitos dos cidadãos às prestações necessárias ao pleno desenvolvimento da existência individual, tendo o Estado como sujeito passivo, que devem ser cumpridos mediante políticas públicas. De uma forma objetiva, poderíamos dizer que são direitos não contra o Estado, tipicamente liberais, mas direitos através do Estado.

Outro aspecto importante trazido pelo Estado Social é a modificação do próprio sentido de direitos e liberdades clássicas, passando ser reconhecida uma nova dimensão e nova função. Essa nova dimensão seria a objetiva, na medida em que os direitos são vistos como conteúdo de normas de valor, que devem valer para toda a ordem jurídica, ou seja, não só para o direito público, mas também para o direito privado.

Grave problema do Direito Constitucional, segundo Paulo Bonavides⁴⁷, decorre de que ele realiza os fins do Estado social de hoje com as técnicas do Estado de Direito de ontem. Nessa linha, as dificuldades para a efetividade de uma Constituição social e democrática avultam em ambientes sociais marcados por contradições classistas e impenitentes bolsões de miséria, que fracionam o sentido de solidariedade e bloqueiam o espírito comunitário.

⁴⁵ Idem, p. 182.

⁴⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais. SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro. São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 156.

⁴⁷ BONAVIDES, P. op. cit. p. 372.

De qualquer forma, ainda perdura no Estado contemporâneo o essencial da concepção liberal, traduzindo na afirmação de que o homem, pelo simples fato de o ser, tem direitos e que o Poder Público deve respeitá-los. Assegurar o respeito da dignidade humana continua sendo o fim da sociedade política. Dignidade esta, no entanto, que não é vista apenas no âmbito do indivíduo isolado, mas sim de uma forma coletiva, em virtude da solidariedade.

4.2. O Estado social e a Constituição Federal de 1988

O constituinte brasileiro, inspirado em constituições sociais democratas do século anterior, inscreveu em seu art. 1º, inciso III, o postulado da dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da organização nacional. De fato, pode-se afirmar que o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano, tendo-o como eixo central. Trata-se, pois, do constitucionalismo das comunidades humanas, mais orgânico e voltado mais para a sociedade do que para o Estado.

Sendo o Estado Democrático de Direito, nossa fórmula política⁴⁸, segundo disposto no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, Willis Guerra Filho afirma que toda interpretação do texto constitucional deve ser no sentido de conferir-lhe o máximo de eficácia, apresentando-se como um programa de ação a ser partilhado por todo integrante da comunidade política.⁴⁹

Hoje, com o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, fica claro que a concepção de igualdade foi alterada, no sentido de que o Estado não só pode, mas deve, instituir normas com tratamento diferenciado, desde que as condições assim o permitam, para concretizar, e por que não assim dizer, a justiça social. Isto se deve pelo fato de que o controle do poder econômico não deve ficar desvinculado ao controle do poder político, nem do poder social, sem que isso impeça, no âmbito do aparelho estatal, a identificação de órgãos incumbidos da conduta das ações econômicas.⁵⁰

Canotilho destaca que o princípio da democracia econômica e social constitui uma autorização constitucional no sentido de o legislador e os outros órgãos encarregados da concretização político constitucional “adoptarem as medidas necessárias para a evolução da ordem sob a óptica de uma justiça constitucional nas vestes de uma justiça social”.⁵¹

⁴⁸ Willis Guerra Filho explica que, para Pablo Lucas Verdú, fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 20.

⁴⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 20.

⁵⁰ FALCÃO, R. op. cit. p. 162.

⁵¹ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 468.

Apesar da ausência de norma expressa que consagre a República Federativa do Brasil como um Estado social e democrático de direito⁵², nosso regime constitucional compromete-se, de forma implícita, a respeitar o princípio do Estado social.

No Estado social, todos os direitos são convertidos em direitos prestacionais, em direitos que exigem dos poderes públicos deveres positivos e não só abstenções, devendo, pois, consistir em direitos a prestações sociais. O Estado social brasileiro é de terceira geração⁵³, pois não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante.⁵⁴

O Estado de Direito, portanto, deixou de ser formal, neutro e individualista para transformar-se em um Estado material de Direito guiado pelo valor da justiça social, buscando promover as condições para que a liberdade e a igualdade dos indivíduos sejam reais e efetivas.

Cabe ao Estado brasileiro promover uma política dos direitos fundamentais que, por um lado, em sua dimensão assistencial asseguraria a todos o mínimo do bem-estar necessário para o exercício de seus direitos e, por outro, em sua dimensão educativa e cultural, possibilitaria a consciência em torno do importante papel desempenhado pelos direitos fundamentais.

Uma mudança de orientação somente se faz possível em um sistema político em que os interesses individuais cedam frente aos interesses coletivos, permitindo, assim, que o princípio do poder seja substituído pela responsabilidade⁵⁵.

Referida renovação dogmática, cuja formulação inicial se deve a Härbele, dos direitos fundamentais parte do princípio do Estado social e da idéia de uma democracia material, por meio da força normativa da Constituição de Korand Hesse, sendo o caminho possível para a função da igualação e de socialização desses direitos, que é própria do Estado social.⁵⁶

4.3. O Estado social e a proteção ambiental

O homem, no decorrer de sua evolução histórico-econômica, priorizou

⁵² Na Constituição Portuguesa, a previsão do Estado democrático de direito é expressa. Canotilho destaca que o art. 2º da Lei Maior de Portugal aponta como objetivo do Estado de direito democrático a realização da democracia econômica, social e cultural. CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 465.

⁵³ Paulo Bonavides aborda que, em virtude de a Carta de 1988 prever os instrumentos do mandado de injunção, mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão, é o Estado social brasileiro de terceira geração. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 373.

⁵⁴ Patente que a expressão "Estado Social" não está associada à idéia de uso freqüente na doutrina que o vincula a postura neutra na realização dos direitos fundamentais.

⁵⁵ KÜSTER, Angela. *Democracia e Sustentabilidade: experiências no Ceará, Nordeste do Brasil*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2003, p. 22.

⁵⁶ BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, 96.

a visão antropocêntrica e, por conseguinte, reservou-se o direito de dispor de todos os bens naturais. A natureza sempre foi entendida como um sistema dissociado da sociedade, ao qual se podia recorrer ilimitadamente. Nunca se imaginou que um dia a água e o verde poderiam se tornar escassos.⁵⁷

Insta deixar claro, conforme destaca Orci Teixeira^{58 59}, que o dano ambiental produzido num território pode ultrapassar suas fronteiras, gerando, assim, poluição em outros estados ou em espaços internacionais. Isto se deve pelo fato de a atmosfera ser uma unidade global, não reconhecendo as barreiras criadas pelo homem.⁶⁰

Acerca do tema, manifesta-se José Renato Nalini no sentido de que

o infrator ambiental não lesa apenas uma 'pessoa'. Ele atinge uma 'comunidade difusa' de seres humanos. Sua conduta pode impedir a vida no planeta. O sujeito protegido reflexivamente pela tutela ao meio ambiente é um 'sujeito futuro'. Pela primeira vez, o constituinte do Brasil explicitou a existência de um 'direito intergeracional'. Uma geração está obrigada a preservar o patrimônio sem o qual as gerações subseqüentes não poderão existir.⁶¹

A questão ambiental é vista, sobretudo, como problema técnico ou jurídico, motivo pelo qual são fomentadas novas tecnologias, da mesma forma em que leis estão sendo editadas diuturnamente.⁶²

O professor Paulo Afonso Machado arremata que "o Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação".⁶³

A problemática ambiental, portanto, não se limita a discutir utopias e

⁵⁷ KÜSTER, A. op. cit. p. 13.

⁵⁸ TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 30-31.

⁵⁹ A concepção biocêntrica do meio ambiente, segundo Marcelo Abelha Rodrigues, é a única forma do homem preservar a si mesmo. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental: parte geral*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 66.

⁶⁰ Peter Singer, destacando a tradição ocidental dominante, lembra que os seres humanos seriam os únicos membros moralmente importantes neste mundo. A natureza careceria de valor intrínseco. SINGER, Peter. *Vida e ética*. Tradução de Alice Xavier. 2. ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 121.

⁶¹ NALINI, José Roberto. *Ética Geral e Profissional*. 5. ed., São Paulo: RT, 2006, p. 470.

⁶² Insta deixar claro que o direito ao meio ambiente é difuso, ou seja, sua titularidade é de todos e de ninguém em exclusividade. De acordo com Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira, são interesses que não pertencem à pessoa alguma de forma isolada, tampouco a um grupo de pessoas que não guardam qualquer laço de união entre si. PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. Sobre o Direito à Vida e ao Meio Ambiente frente aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Razoabilidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 272.

⁶³ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 130.

devaneios de ecologistas românticos, mas reflete nas questões econômicas e tributárias. Uma política econômica não pode ignorar a necessidade de um programa de proteção aos recursos naturais.

No entanto, a intervenção estatal baseada na regulação sancionatória clássica não vem sendo suficiente como mecanismo de proteção ao meio ambiente. É importante, em conjunto com o sistema normativo vigente, a existência de instrumentos econômicos de política ambiental que possam acarretar, de uma forma efetiva, mudanças no comportamento dos agentes econômicos poluidores por meio de incentivos financeiros e de mercado.

Por esse motivo, em todo o globo, algumas áreas remanescentes ou de grande importância ecológica foram protegidas, onde as atividades humanas são restritas, controladas, ou até mesmo proibidas.

O Brasil, seguindo a tendência mundial, destacou especial atenção a algumas áreas, por meio do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, como os parques nacionais, áreas de proteção ambiental e as estações ecológicas.⁶⁴

A Constituição de 1988 dedicou especial atenção ao tema, reservando um capítulo da Carta para tratar exclusivamente do meio ambiente⁶⁵.

O art. 225 da Lei Maior declara que é direito de todos fruir de um ambiente ecologicamente equilibrado e a uma sadia qualidade de vida, que abrange o aspecto físico e espiritual. Nessa linha, é impossível o divórcio entre normas de incremento de práticas econômicas socialmente justas, proporcionando uma correta distribuição de riqueza, com normas destinadas à proteção do meio ambiente.

A questão ambiental ainda goza de relevo especial na missão de tutelar e de desenvolver o princípio da dignidade humana ou como desdobramento imediato da co-responsabilidade geracional. Segundo José Adércio Leite Sampaio, “pode-se falar no Brasil de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como se pode referir a uma ‘ordem ambiental’ que completa a condiciona a ‘ordem econômico’ e que, por topologia, integra-se na ‘ordem social.’”⁶⁶

⁶⁴ A diferença entre elas se dá basicamente pelo tipo de atividade que pode ser exercida dentro dos seus limites. No âmbito de um Parque Nacional, por exemplo, é possível ter atividades de ecoturismo, enquanto que numa Estação Ecológica somente biólogos vinculados em pesquisa podem ter acesso.

⁶⁵ De acordo com o art. 3º da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, trata-se o meio ambiente de um “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Atente-se que meio ambiente não é uma expressão jurídica propriamente dita, tendo origem nas ciências naturais ou biológicas, da qual o direito apropriou-se, como faz em relação a outras expressões.

⁶⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e Meio Ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional Comparado. Princípios de Direito Ambiental na Dimensão Internacional e Comparada*. SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 98.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após breve estudo, concluímos que na relação entre direito e economia há um novo elemento inserido, qual seja, a proteção ao meio ambiente, que deve conformar as políticas públicas e a ação interventora do Estado.

A fim de tornar efetivo o direito ao meio ambiente sadio, eleito pelo constituinte originário como valor central da ordem jurídica nacional e ainda erigido ao patamar de direito fundamental, não é suficiente apenas a regulação da proteção ambiental e a repressão a condutas que afrontem as normas jurídicas. É necessário, portanto, utilização de mecanismos de motivação e incentivo à concretização da proteção ao meio ambiente, por meio do qual o Estado faz uso da função promocional.

A AED, em suas vertentes normativa, positiva e funcional, revela-se como instrumento essencial para a definição da forma de atuação do Estado na proteção do meio ambiente, podendo ser útil no diagnóstico dos problemas e na proposição de alternativas que impactem em menor proporção a economia, mas que sejam eficazes na proteção do meio ambiente.

6. REFERÊNCIAS

BATTESINI, Eugênio. Da teoria econômica à prática jurídica: origem, desenvolvimento e perspectivas dos instrumentos tributários de política ambiental. *Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. v. III, n. VI, p. 125-142, maio, 2005.

BENEVIDES FILHO, Maurício. *Da recompensa à sanção premial: retrospectiva e perspectivas jurídicas*. Dissertação de Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Fortaleza: 1997.

BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CABANELLAS, Guillermo. *El análisis económico del derecho*. Evolución histórica, metas e instrumentos, en análisis económico del derecho. Coordenação de Viviana Kluger. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais. SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

COASE, Ronald. *The Firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COUTINHO, João Helio de Farias Moraes e OUTROS. Instrumentos jurídico-econômicos e preservação do meio ambiente: um enfoque no ICMS Sócio-Ambiental. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, a. 39, n. 154, p. 189-201, abr./jun., 2002.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KÜSTER, Angela. *Democracia e Sustentabilidade: experiências no Ceará, Nordeste do Brasil*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2003.

PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. Sobre o Direito à Vida e ao Meio Ambiente frente aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Razoabilidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 25. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

MELO FILHO, Álvaro. *Introdução ao Direito Premial*. Dissertação de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1975.

NALINI, José Roberto. *Ética Geral e Profissional*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

PACHECO, Pedro Mercado. *El analisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

POLINSKY, Mitchell; SHAVELLS, Steven. *Economic Analysis of law: Social Science Research Network Electronic Paper Collection*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=859406>. Acesso em 08 ago. 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental: parte geral*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e Meio Ambiente na Perspectiva do Direito Constitucional Comparado. *Princípios de Direito Ambiental na Dimensão Internacional e Comparada*. SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio (orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SINGER, Peter. *Vida e ética*. Tradução de Alice Xavier. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergências, Obrigações e Responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ZYLBERSZTAJN, Décio e OUTROS. Apresentação do Projeto "Diálogos FEA & Largo de São Francisco" - Relevância para transformação das instituições no Brasil Contemporâneo. *Revista de Direito Mercantil*, n.126, p. 101-116, abr./jun., 2003.