

# Economic Analysis of Law Review

## Law and Economics e Paradigma da Essencialidade: Um sistema de referência em prol do equilíbrio socioambiental

*Law and Economics and the Essentiality Paradigm: A reference system for social and environmental balance*

Ewerton Ricardo Messias<sup>1</sup>  
Universidade de Marília (UNIMAR)

### RESUMO

A presente pesquisa objetiva analisar os contornos teóricos da *Law and Economics* e do Paradigma da Essencialidade, bem como analisar a questão da proteção do equilíbrio ambiental, enquanto direito fundamental e unidade de medida do critério de eficiência, eficácia e efetividade econômica, social e ambiental. Para a obtenção dos resultados almejados pela pesquisa, os métodos de abordagem e de procedimento a serem seguidos serão, respectivamente, o empírico-dialético e o bibliográfico, tendo, como pano de fundo, um referencial teórico qualificado pelo diálogo epistemológico promovido entre a *Law and Economics* e o Paradigma da Essencialidade. Em conclusão, a proteção do equilíbrio ambiental consubstancia-se em um valor de relevância para a sociedade, podendo ser reconhecida como unidade de medida dos critérios de eficiência, eficácia e efetividade econômica, social e ambiental.

**Palavras-chave:** *Law and Economics*. Paradigma da Essencialidade. Sistema de referência. Ponderação.

**JEL:** K15, K42.

### ABSTRACT

This research aims to analyze the theoretical contours of Law and Economics and the Paradigm of Essentiality, as well as the issue of protecting the environmental balance, as a fundamental right and unit of measurement of the criterion of efficiency, effectiveness and economic, social and environmental effectiveness. To obtain the results sought by the research, the methods of approach and procedure to be followed will be, respectively, the empirical-dialectic and the bibliographic, having, as a background, a theoretical framework qualified by the epistemological dialogue promoted between Law and Economics and the Essentiality Paradigm. In conclusion, the protection of the environmental balance is reflected in a value of relevance to society, which can be recognized as a unit of measurement for the criterion of economic, social and environmental efficiency, efficacy and effectiveness.

**Keywords:** Law and Economics. Essentiality Paradigm. Reference System. Weighting.

**R:** 23/07/21 **A:** 05/05/22 **P:** 30/04/24

<sup>1</sup> E-mail: ewerton\_messias@hotmail.com

## 1. Introdução

A proteção do equilíbrio ambiental alcançou os *status* de direito e dever da sociedade pós-moderna. Em diferentes instrumentos jurídicos internacionais e nacionais, o equilíbrio ambiental é reconhecido como *conditio sine qua non* para a existência de vida digna no Planeta Terra.

Diante de tal fato surge um problema de pesquisa que pode ser delimitado na seguinte indagação: Sendo a proteção do equilíbrio ambiental um valor de relevância para a sociedade, pode ser ela reconhecida como unidade de medida do critério de eficiência, eficácia e efetividade socioambiental, de forma a revelar uma atuação sustentável das empresas e, assim, mitigar a tríplice responsabilidade ambiental?

Assim, a presente pesquisa objetiva verificar se a proteção do equilíbrio ambiental pode ser reconhecida como unidade de medida do critério de eficiência, eficácia e efetividade socioambiental, de forma a revelar uma atuação sustentável das empresas e, assim, mitigar a sua tríplice responsabilidade ambiental.

Para tanto, inicialmente serão analisados os contornos da *Law and Economics*, enquanto uma forma de interpretação do Direito. Em seguida, será analisada a questão da eficiência no âmbito da *Law and Economics*. Mais a frente será estudado o Paradigma da Essencialidade, enquanto método de resolução razoável e proporcional de conflitos entre direitos fundamentais. Por fim, será abordada a questão da proteção do equilíbrio ambiental, enquanto direito fundamental e unidade de medida do critério de eficiência, eficácia e efetividade socioambiental.

A justificativa para a realização da presente pesquisa é necessidade premente de verificação de um referencial teórico apto a conferir razoabilidade e proporcionalidade às decisões judiciais e/ou administrativas proferidas no âmbito da tríplice responsabilidade ambiental, diante da comprovação de uma atuação eficiente, eficaz e efetiva pelas empresas na proteção do equilíbrio ambiental.

Para a obtenção dos resultados almejados pela pesquisa, o método de abordagem a ser seguido será o empírico-dialético, enquanto o método de procedimento será o bibliográfico, utilizando-se de textos doutrinários, legais e jurisprudenciais, além de pesquisas científicas publicadas em periódicos qualificados, tendo, como pano de fundo, um referencial teórico qualificado pelo diálogo epistemológico promovido entre a *Law and Economics* e o Paradigma da Essencialidade.

## 2. A *Law and Economics*.

A aplicação da ciência econômica ao Direito dá-se por meio do uso dos instrumentais microeconômicos<sup>2</sup> para a realização de um prognóstico dos fatos, visando à identificação, no

---

<sup>2</sup> Segundo ensinamentos de Henrique Tomé da Costa Mata os fenômenos econômicos, no mais das vezes, são tratados sob dois enfoques ou duas dimensões, o primeiro enfoque ou a primeira dimensão liga-se à “[...] observação e análise, segundo o enfoque agregado, como se pretendêssemos observar a sobrevivência de um sistema florestal como um todo, e relaxando sobre peculiaridades individuais dessa floresta”, trata-se da macroeconomia; e o segundo enfoque ou a segunda dimensão liga-se à “[...] análise segundo a abordagem de crescimento e sobrevivência de cada espécie individual dentro dessa floresta”, trata-se da microeconomia. MATA, Henrique Tomé da Costa. *Macroeconomia*. Salvador: UFBA, Faculdade de Ciências Contábeis; Superintendência de Educação a Distância, 2018, p. 13.

sistema jurídico, das alternativas legais vigentes e as consequências da sua adoção, comparando a eficiência na escolha de uma ou de outra, a partir de uma análise de custo-benefício.

A *Law and Economics* consiste em uma forma de interpretação do Direito que vai além da interpretação positivista, vez que propicia uma interpretação a partir de uma visão econômica<sup>3</sup>, por meio da qual os direitos são ou não implementados de acordo com os interesses econômicos envolvidos, tendo por base a otimização da relação custo-benefício, que é levada a efeito por meio de processos voltados à correção das falhas de mercado, dentre os quais podem ser citados o controle de externalidades e a neutralidade econômica. Segundo Richard Allen Posner:

A análise econômica do direito, como atualmente existe não só nos Estados Unidos mas também na Europa, que tem a sua própria associação de direito e economia florescente, tem aspectos positivos (que é descritivo) e aspectos normativos. Ela tenta explicar e prever o comportamento dos participantes e nas pessoas reguladas pela lei. Ela também tenta melhorar a aplicação da lei por chamar a atenção para aspectos em que as leis existentes ou propostas têm consequências não intencionais ou indesejáveis, quer sobre a eficiência econômica ou a distribuição do rendimento e da riqueza, ou outros valores. Ela não é uma simples empresa de marfim, pelo menos nos Estados Unidos, onde o movimento de direito e economia é entendido por ter influenciado a reforma jurídica num certo número de áreas importantes. [...] Análise econômica do direito é geralmente considerada o desenvolvimento mais significativo no pensamento jurídico nos Estados Unidos desde o desaparecimento do realismo jurídico há meio século (tradução nossa)<sup>4</sup>.

A aplicação da *Law and Economics*, em ramos didaticamente autônomos do Direito, dá-se por meio da aplicação do método da escolha racional, método utilizado pela economia<sup>5</sup>, “[...] que tem como pressuposto a estabilidade das preferências, das escolhas individuais, ao longo de certo lapso temporal”. Por meio da escolha racional é possível a eficiência e a eficácia na produção de normas jurídicas, dando-lhes, respectivamente, “[...] aptidão para produzir efeitos e [...] para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira mais produtiva”. Segundo SZTAJN, a eficiência e a eficácia “[...] deveriam ser metas de qualquer sistema jurídico”, pois, “[...] a perda de recursos/esforços representa custo social, indesejável sob qualquer perspectiva que se empregue para avaliar os efeitos”<sup>6</sup>.

Partindo-se da premissa de que os seres humanos agem racionalmente, o método da escolha racional, utilizado pela Economia, revela-se como uma poderosa ferramenta para analisar as normas jurídicas, pois os seres humanos responderão melhor a incentivos externos, os quais podem induzi-los a certos comportamentos, por meio de um sistema de prêmios e punições<sup>7</sup>. Dessa forma,

<sup>3</sup> GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010, p. 18.

<sup>4</sup> *The economic analysis of law, as it now exists not only in the United States but also in Europe, which has its own flourishing law and economics association, has both positive (that is, descriptive) and normative aspects. It tries to explain and predict the behavior of participants in and persons regulated by the law. It also tries to improve law by pointing out respects in which existing or proposed laws have unintended or undesirable consequences, whether on economic efficiency, or the distribution of income and wealth, or other values. It is not merely an ivory-towered enterprise, at least in the United States, where the law and economics movement is understood to have influenced legal reform in a number of important areas. [...] Economic analysis of law is generally considered the most significant development in legal thought in the United States since legal realism petered out a half century ago.* POSNER, Richard Allen. Values and consequences: As an introduction to economic analysis of law. **John M. Olin law & Economics**, Chicago, Working Paper n. 53, 2D Series, 1998, p. 2. Disponível em: [https://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values\\_0.pdf](https://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf). Acesso em: 26 mar. 2022.

<sup>5</sup> GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010, p. 22.

<sup>6</sup> SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 78-85, p. 83.

<sup>7</sup> SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 78-85, p. 84.

em um Estado Democrático de Direito, a eficiência do sistema jurídico<sup>8</sup> será proporcional à quantidade de normas positivadas alinhadas às instituições socioambientais, tornando-se a legislação um dos incentivos externos.

A *Law and Economics* não lida apenas com formas de indução econômica, vez que pode ser aplicada a ramos autônomos do Direito em que não se estabeleçam relações econômicas propriamente ditas, mas sim relações de interesse, cujas escolhas dos envolvidos dar-se-ão por meio da escolha racional, que melhor atenda ao interesse próprio de cada envolvido. A tal respeito faz-se importante citar a “tragédia dos comuns”, abordada, em 1968, por Garret Hardin, que a explicou da seguinte forma:

A tragédia dos comuns se desenvolve desta forma. Imagine um pasto aberto a todos. É de se esperar que cada vaqueiro vai tentar manter o maior número possível de gado no terreno comum. Tal mecanismo pode funcionar de modo razoavelmente satisfatório durante séculos, devendo-se às guerras tribais, à caça furtiva, e à doença manter o número de homens e animais bem abaixo da capacidade de absorção do solo. Por último, no entanto, vem o dia do julgamento, ou seja, o dia em que o objetivo a longo prazo desejado de estabilidade social se torne uma realidade. Neste ponto, a lógica inerente do que é comum impiedosamente gera tragédia. Como um ser racional, cada vaqueiro procura maximizar o seu ganho. Explícita ou implicitamente, mais ou menos conscientemente, ele pergunta: "Qual é o utilidade para mim de acrescentar mais um animal para o meu rebanho?" Esta utilidade tem um componente negativo e um positivo.

1) O componente positivo é uma função do incremento de um animal. Desde que o pastor receba todos os lucros provenientes da venda do animal adicional, a utilidade positiva é quase um.

2) A componente negativa é uma função do sobrepastoreio adicional criado por mais um animal. Como, no entanto, os efeitos do excesso de pastagem são compartilhados por todos os pastores, a utilidade negativa para tomada de decisão (decision-making) de qualquer pastor particular é apenas uma fração de -1.

Somando-se os componentes parciais de sua utilidade, o vaqueiro racional conclui que o único caminho sensato para ele seguir é o de adicionar outro animal a seu rebanho. E outro, e outro .... Mas esta é a conclusão alcançada por todos e cada pastor racional partilha de um bem comum. Aí é se encontra a tragédia. Cada homem está preso em um sistema que o compele a aumentar seu rebanho sem limites - num mundo que é limitado. Ruína é o destino para o qual todos os homens correm, cada um perseguindo seu próprio interesse em uma sociedade que acredita na liberdade dos bens comuns. Liberdade num terreno baldio (common) traz ruína para todos (tradução nossa)<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Segundo Valter Moura do Carmo e Ewerton Ricardo Messias: “O direito é um sistema composto por três planos de linguagem: a Ciência do direito, o direito positivo e a linguagem social. Assim, didaticamente, pode-se conceber o sistema jurídico ou direito como um sistema composto pelos subsistemas da Ciência do direito, do direito positivo e da linguagem social, que interagem entre si”, compondo “[...] a norma jurídica, a qual se projeta sobre a região material das condutas humanas, disciplinando-as nas suas relações de intersubjetividade, tendo por objeto a realidade social”. CARMO, Valter Moura do; MESSIAS, Ewerton Ricardo. Pós-modernidade e principiologia jurídica: O ativismo judicial e sua validade no âmbito do Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 189-205, set.-dez. 2017, p. 192; 195. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2163/1404>. Acesso em: 26 mar. 2022.

<sup>9</sup> *The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching, and disease keep the numbers of both man and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes a reality. At this point, the inherent logic of the*

Para elucidar, serão apresentados, abaixo, exemplos de aplicação da *Law and Economics* em ramos autônomos do Direito, tendo por base a Teoria dos Jogos.

No Direito Penal, pode-se citar, como exemplo, o “dilema dos prisioneiros”<sup>10</sup>, o qual relata o caso de duas pessoas que cometeram um crime, estão presas, mas estão cientes de que não há provas suficientes para incriminá-las. A condenação pelo crime somente ocorrerá se algum dos dois confessar o crime. No caso de nenhum deles confessar o crime, ambos ficariam detidos por um crime menor, com uma pena de apenas um ano. Entretanto, se um confessar e o outro não, há um ganho – a liberdade – para aquele que colaborou com a Justiça e uma punição para o outro, que seria condenado a 5 anos. Nesse caso, um contrato entre os dois presos que restringisse a possibilidade de confissão, levaria os dois signatários do contrato a uma posição melhor para ambos. Embora seja melhor para ambos não colaborar com a Justiça, individualmente, a decisão racional de cada um é confessar. Isso ocorre porque, qualquer que seja a decisão de seu parceiro, cada preso está em uma situação individualmente melhor ao confessar.

Como exemplo, no Direito Civil pode-se citar, adaptando o exemplo de Nicholas Gregory Mankiw<sup>11</sup> de jogo de soma zero ou jogo não cooperativo, o exemplo de duas empresas que vendem o mesmo produto, sendo que somente elas o produzem, o qual possui grande aceitação no mercado. A estratégia de comum acordo, ou seja, o contrato firmado entre ambas é de manter baixa a produção para manter o preço do produto elevado. Após o acordo, basta que cada uma delas realmente coopere com a outra e respeite o contrato. O quadro abaixo mostra como os lucros das duas empresas dependem das estratégias escolhidas por elas.

**Quadro 01:** Vinculação entre a lucratividade e a estratégia empresarial adotada

		Decisão da empresa 01	
		Produção alta	Produção baixa
Decisão da empresa 02	Produção alta	Empresa 01 – R\$ 40 milhões Empresa 02 – R\$ 40 milhões	Empresa 01 – R\$ 30 milhões Empresa 02 – R\$ 60 milhões
	Produção baixa	Empresa 01 – R\$ 60 milhões Empresa 02 – R\$ 30 milhões	Empresa 01 – R\$ 50 milhões Empresa 02 – R\$ 50 milhões

Fonte: Elaboração própria

*commons remorselessly generates tragedy. As a rational being, each herdsman seeks to maximize his gain. Explicitly or implicitly, more or less consciously, he asks, "What is the utility to me of adding one more animal to my herd?" This utility has one negative and one positive component. 1) The positive component is a function of the increment of one animal. Since the herdsman receives all the proceeds from the sale of the additional animal, the positive utility is nearly +1. 2) The negative component is a function of the additional overgrazing created by one more animal. Since, however, the effects of overgrazing are shared by all the herdsmen, the negative utility for any particular decisionmaking herdsman is only a fraction of -1. Adding together the component partial utilities, the rational herdsman concludes that the only sensible course for him to pursue is to add another animal to his herd. And another; and another... But this is the conclusion reached by each and every rational herdsman sharing a commons. Therein is the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit-in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all. HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons. **Science Review**, New York, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dez. 1968, p. 1244. Disponível em: [https://pages.mtu.edu/~asmayer/rural\\_sustain/governance/Hardin%201968.pdf](https://pages.mtu.edu/~asmayer/rural_sustain/governance/Hardin%201968.pdf). Acesso em: 26 mar. 2022.*

<sup>10</sup> Segundo Fernando Barrichelo, “o Dilema dos Prisioneiros foi inventado em 1950 por Merrill Flood e Melvin Dresher, e foi adaptado e divulgado por A.W.Tucker”. BARRICHELO, Fernando. **Estratégias de decisão: Decida melhor com insights da Teoria dos Jogos**. São Paulo: Crayon Editorial, 2016, p. 101.

<sup>11</sup> O autor faz referência ao caso do petróleo, em que a Organização dos Países Exportadores de Petróleo (*Organization of the Petroleum Exporting Countries* - OPEC), representa um exemplo claro de formação de cartel. MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à Economia**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011, p. 356.

**Law Aand Economics e Paradigma da Essencialidade:  
Um sistema de referência em prol do equilíbrio socioambiental**

Ao analisar-se o raciocínio do Diretor da Empresa 01, pode-se observar que a produção pode ser mantida em um nível baixo, conforme o contrato firmado, ou pode ser aumentada. Se o Diretor da Empresa 02 respeitar o contrato e mantiver sua produção em níveis baixos, então a Empresa 01 irá obter lucro de R\$60 milhões com produção alta e R\$50 milhões com produção baixa. Neste caso a Empresa 01 fica em melhor situação com produção alta. Se a Empresa 02 desrespeitar o contrato e aumentar a produção, então a Empresa 01 ganhará \$40 milhões com produção alta e R\$30 milhões com produção baixa. Novamente a Empresa 01 fica em melhor situação com produção alta.

Assim, o Diretor da empresa 01 pode observar que, independentemente do que a Empresa 02 decidir fazer, a Empresa 01 ficará em melhor situação se desrespeitar o contrato e aumentar a produção. Ou seja, o nível de produção elevado é a estratégia dominante para a Empresa 01. O Diretor da Empresa 02 raciocina exatamente da mesma maneira, de modo que as duas empresas produzem mais, não sendo este o melhor resultado para ambas as empresas.

No Direito do Consumidor, utilizando do jogo de soma não-zero ou jogo cooperativo, pode-se citar o exemplo de duas pessoas, Consumidor e Vendedor, com interesses comuns e opostos. O Consumidor e o Vendedor têm um interesse comum, pois ambos querem fazer o negócio. Eles têm também interesses opostos, pois o Consumidor quer economizar e o Vendedor quer lucrar. O quadro abaixo mostra como economia e lucro dependem das estratégias escolhidas pelo Consumidor e pelo Vendedor.

**Quadro 02:** Condicionamento da economia e do lucro empresarial à escolha do consumidor e do vendedor

		Vendedor			
		Custo alto com lucratividade	Custo alto sem lucratividade	Custo baixo com lucratividade	Custo baixo sem lucratividade
<b>Consumidor</b>	<b>Preço alto, sem economia</b>	Há 50% de interesse do vendedor e 100% de desinteresse do comprador	Há 100% de desinteresse do vendedor e 100% de desinteresse do comprador	Há 100% de interesse do vendedor e 100% de desinteresse do comprador	Há 100% de desinteresse do vendedor e 100% de desinteresse do comprador
	<b>Preço baixo, com economia</b>	Há 50% de desinteresse do vendedor e 100% de interesse do comprador	Há 100% de desinteresse do vendedor e 100% de interesse do comprador	Há 100% de interesse do vendedor e 100% de interesse do comprador	Há 50% de interesse do vendedor e 100% de interesse do comprador

**Fonte:** Elaboração própria

Ao analisar-se o raciocínio do Vendedor, pode-se observar ser interessante a produção a um custo baixo e com lucratividade, estratégia que lhe permitirá um maior interesse do Comprador, pois este terá acesso a um produto com preço baixo e com economia. Nesse panorama, o Vendedor alcançará maior lucratividade, pois alcançará um número maior de Compradores que, informados acerca do menor preço do produto, o comprarão, em virtude de alcançarem uma maior economia. A produção sem lucratividade não interessa ao Vendedor. De igual forma, a aquisição a um preço alto não interessa ao Comprador. Neste tipo de jogo fica clara a importância, para o Vendedor, de que o Comprador seja bem-informado acerca do preço e da economia na compra do produto.

A Teoria dos Jogos propõe-se a definir qual a melhor decisão em um ambiente em que a análise de custo e benefício depende, principalmente, da escolha de outro indivíduo.

### 3. A Eficiência no Âmbito da *Law and Economics*.

Importante se faz a distinção entre os termos eficiência e eficácia, portanto, para tal finalidade, na presente pesquisa serão utilizadas as definições de Idalberto Chiavenato, para quem:

[...] eficácia é uma medida normativa do alcance dos resultados, enquanto eficiência é uma medida normativa da utilização dos recursos nesse processo. [...] A eficiência é uma relação entre custos e benefícios. Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível [...]. À medida que o administrador se preocupa em fazer corretamente as coisas, ele está se voltando para a eficiência (melhor utilização dos recursos disponíveis). Porém, quando ele utiliza estes instrumentos fornecidos por aqueles que executam para avaliar o alcance dos resultados, isto é, para verificar se as coisas bem feitas são as que realmente deveriam ser feitas, então ele está se voltando para a eficácia (alcance dos objetivos através dos recursos disponíveis)<sup>12</sup>.

Para a *Law and Economics*, eficiência representa a otimização ou a maximização de alguma medida de valor<sup>13</sup>, portanto, haverá maximização da eficiência quando houver melhor utilização de meios, atendendo a “[...] determinados bens sociais eleitos como sendo de significativa importância”<sup>14</sup>, isto de acordo com a hipótese regulatória de Guido Calabrese, a qual será objeto de estudo adiante.

Dessa forma, no âmbito da *Law and Economics*, o termo eficiência liga-se à regra de maximização de alguma medida de valor. Para tanto, escolhe-se um componente de valor e se confere relevância a ele, buscando processos decisórios que proporcionem resultados de maximização desse valor. Nesse sentido, Antônio José Maristrello Porto e Guilherme Mello Graça afirmam que:

[...] o termo eficiência é comumente associado ao dinamismo da iniciativa privada, ao empreendedorismo do mundo dos negócios, e essencialmente a ideia de riqueza. No entanto, em uma acepção mais geral, o termo eficiência refere-se apenas a otimização de alguma medida de valor. Face à realidade da escassez de recursos, podemos, por exemplo, ser levados a preferir as opções que extraem do uso dos fatores de produção o máximo de produtividade. Podemos eleger um valor, como, por exemplo, a proteção do meio ambiente, e, por considerá-lo importante, buscar opções que tenham como resultado a maximização deste valor. Neste sentido, o termo eficiência designa apenas uma regra de maximização<sup>15</sup>.

Portanto, no âmbito da presente pesquisa, haverá eficiência se houver uma melhor utilização de meios, visando atender um determinado objetivo comum relevante, através de um olhar para o futuro – arranjo institucional (políticas, programas e planos institucionais<sup>16</sup>), o qual

<sup>12</sup> CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos humanos na Empresa**: pessoas, organizações e sistemas. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 70.

<sup>13</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, mar. 2008, p. 24. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 mar. 2022.

<sup>14</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito tributário e análise econômica do Direito**: Uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 71.

<sup>15</sup> PORTO, Antonio Jose Maristrello; GRAÇA, Guilherme Mello (Colab.). **Análise econômica do direito (AED)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p.15.

<sup>16</sup> Na presente pesquisa, adotam-se as definições de políticas, planos e programas dadas por Christopher Wood e Mohammed Dejeddour, as quais afirmam que: “*A policy thus may be considered as the inspiration and guidance for action, a plan as a set of co-ordinated and timed objectives for implementing the policy, and a program as a set of projects in a particular area*”. Uma política assim pode ser considerada como a inspiração e orientação para a ação, um plano como um conjunto de objetivos coordenados e cronometrados para implementar a política e um programa como um conjunto

permita que os processos decisórios se pautem em custos e benefícios gerais que permitam uma potencial proteção do equilíbrio ambiental; de outro giro haverá eficácia se o arranjo institucional implementado e executado resultar no aumento de benefícios (proteção do equilíbrio ambiental) – e na redução dos malefícios (danos ambientais); por fim haverá efetividade se o aumento dos benefícios e a redução dos malefícios refletir em economia de meios, em ganhos socioambientais e for duradoura, ou seja, for econômica, social e ambientalmente viável, além de prolongar-se no tempo, não se revelando simplesmente como um evento pontual.

Importante explicitar que, para a determinação do objetivo a ser maximizado (bens sociais eleitos como sendo de significativa importância), como realizado no parágrafo anterior, é “[...] fundamental a definição da “*unidade de medida*” (*measuring rod*, sendo que *Rod* significa em inglês bastão ou vara) do critério de eficiência”<sup>17</sup>.

Na *Law and Economics*, há três hipóteses para a definição da unidade de medida do critério de eficiência, quais sejam as hipóteses fundacional e pragmática, ambas de Richard Allen Posner, e a hipótese regulatória de Guido Calabresi, as quais serão abordadas a seguir.

Por razão de corte metodológico, a presente pesquisa utilizará a hipótese regulatória de Guido Calabresi para a definição da unidade de medida do critério de eficiência ligado à proteção do equilíbrio ambiental, permeando a hipótese pragmática de Richard Allen Posner, apenas para o fim de demonstrar que a aplicação exclusiva da *Law and Economics* não será suficiente para mitigar eventual responsabilização ambiental, necessitando dialogar com outro referencial, qual seja o Paradigma da Essencialidade, conforme se verá adiante.

De acordo com esta hipótese, o Direito é entendido como uma fonte de regulação de atividades e, portanto, de concretização de políticas públicas. A *Law and Economics* serviria para “[...] primeiro, definir a justificativa econômica da ação pública; segundo, analisar de modo realista as instituições jurídicas e burocráticas; terceiro, definir papéis úteis para os tribunais dentro dos sistemas modernos de formulação de políticas públicas”<sup>18</sup> (tradução nossa).

Para esta hipótese, nem tudo que é eficiente é justo. Nesse sentido, Guido Calabresi afirma que nem mesmo as sociedades ocidentais modernas e desenvolvidas estão comprometidas com a noção de que a vida deva ser preservada a qualquer custo<sup>19</sup>, como exemplo, cita a construção de um túnel sob o *Mont Blanc*, em virtude de sua essencialidade para o mercado comum europeu, expressa na diminuição de tempo de viagem entre Roma e Paris, o qual foi construído mesmo havendo o risco de morte de um homem por quilômetro de túnel construído<sup>20</sup>.

---

de projetos em uma área específica (tradução nossa). WOOD, Christopher; DEJEDDOUR, Mohammed. Strategic Environmental Assessment: EA of policies, plans and programmes. **Impact Assessment**, United Kingdom, v. 10, n.1, p.3-22, 1992, p. 8. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/07349165.1992.9725728>. Acesso em: 26 mar. 2022.

<sup>17</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito tributário e análise econômica do Direito**: Uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 71.

<sup>18</sup> *The task of Law and economics is threefold: first, to define the economic justification for public action; second, to analyze political and bureaucratic institutions realistically; third, to define useful roles for the courts within this modern policymaking system.* ROSE-ACKERMAN, Susan. **Rethinking the progressive agenda**: the reform of the American regulatory state. Canadá: Maxwell Macmillan, 1992, p. 3.

<sup>19</sup> *Our society is not committed to preserving life at any cost. In Its broadest sense, The rather unpleasant notion that we are willing to destroy lives should be obvious.* Nossa sociedade não se compromete em preservar a vida a qualquer custo. Em seu sentido mais amplo, a noção bastante desagradável de que estamos dispostos a destruir vidas deve ser óbvia (tradução nossa). CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents**: A Legal and Economic Analysis. New Haven: Yale University Press, 1970, p. 17.

<sup>20</sup> CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents**: A Legal and Economic Analysis. New Haven: Yale University Press, 1970, p. 17-18.

Continuando seu raciocínio, afirma que “[...] decisões que sopesem vidas humanas contra dinheiro e conveniência não podem ser exclusivamente monetárias, de modo que o método via mercado não é jamais o único a ser utilizado” (tradução nossa)<sup>21</sup>.

Essa hipótese não busca igualar a eficiência à justiça, mas sim demonstrar que a justiça deve ser construída sobre bases éticas, a partir da análise de prós e contras, custos e benefícios<sup>22</sup>, a ser realizada por meio de novas metodologias, inclusive levantamentos empíricos e estatísticos, para que o Direito possa responder de modo mais eficaz às necessidades da sociedade, por meio de um discurso jurídico, gramaticalmente enriquecido com novas terminologias, que auxilie o formulador e o aplicador da lei a utilizar o Direito como instrumento do bem comum.

Inicialmente, a noção de eficiência econômica ligava-se à ideia de que somente um cenário apto a produzir um produto superior ao *status quo ante*, sem proporcionar perdas para nenhum dos atores socioeconômicos envolvidos, seria capaz de possibilitar uma situação de eficiência econômica, trata-se da ideia de Vilfredo Pareto<sup>23</sup>. Segundo tal ideia, haveria Superioridade de Pareto em um cenário em que, ao menos, um agente alcançasse benefícios sem que outros fossem acometidos por prejuízos. Ou seja, haveria Superioridade de Pareto se o agente que alcançasse os benefícios efetivamente reparasse o prejuízo dos demais que não alcançassem tais benefícios. Importante observar que, segundo tal ideia, não haveria compensação de um prejuízo, mas sim sua efetiva reparação<sup>24</sup>.

Dessa forma, por exemplo, não haveria Superioridade de Pareto no caso em que uma instituição, pública ou privada, obtivesse as licenças ambientais para atuar na atividade econômica, mediante a compensação dos danos ambientais decorrentes de seus processos produtivos, em virtude da impossibilidade de realização da recuperação ambiental no local de ocorrência dos danos (reparação dos danos ambientais).

Afirma-se isso, pois a Superioridade de Pareto exige a efetiva reparação dos danos ambientais, ou seja, a realização da recuperação ambiental *in loco* e não a sua compensação em local diverso do da sua ocorrência. Pode-se representar a Superioridade de Pareto da seguinte forma:  $X < X_1$  se, e somente se,  $X_1 \geq 1$  e  $X = 0$ . Sendo  $X$  uma situação inicial e  $X_1$  a situação posterior à situação inicial. Neste sentido, de acordo com Jefferson Aparecido Dias:

---

<sup>21</sup> *But decisions balancing lives against money or convenience cannot be purely monetary ones, so the Market method is never the only one used.* CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis.** New Haven: Yale University Press, 1970, p. 18.

<sup>22</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, mar. 2008, p. 36. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 mar. 2022.

<sup>23</sup> COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p.1-44, oct. 1960, p. 2. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2022.

<sup>24</sup> Na presente pesquisa adotar-se-á o termo recuperação como gênero, e os termos reparação e compensação como espécies de tal gênero. Assim, o gênero recuperação ambiental abrange as espécies reparação ambiental e compensação ambiental. A reparação ambiental é a recuperação realizada no local onde ocorreu o dano ambiental, ou seja, é a recuperação ambiental realizada *in loco*. A compensação ambiental é a recuperação ambiental realizada em local diverso do da ocorrência do dano, em virtude da inexistência de alternativa técnico locacional, ou seja, quando as alternativas técnicas ou de alocação da recuperação ambiental não permitirem a sua realização no local onde ocorreu o dano, como nos casos de ocupação de Áreas de Preservação Permanente urbanas, já altamente antropizadas por processos anteriores, por residência que consista no único imóvel da família, oportunidade em que o juízo de proporcionalidade entre o direito fundamental à moradia, previsto no *caput* do Art. 6º, da Constituição Federal de 1988, e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no *caput* do Art. 225, da Constituição Federal de 1988, indica a compensação do dano ambiental. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 13 MAR.2022.

## Law Aand Economics e Paradigma da Essencialidade: Um sistema de referência em prol do equilíbrio socioambiental

Segundo a regra da Superioridade de Pareto, uma situação “ $X_1$ ” é melhor que uma situação “ $X$ ” se, e somente se, a mudança de “ $X$ ” para “ $X_1$ ” não deixar nenhuma pessoa pior do que antes, e permitir que pelo menos uma pessoa passe a uma melhor posição, partindo da concepção de que cada indivíduo tem seu próprio bem-estar; ou seja, “ $X_1$ ” é superior em termos de Pareto a “ $X$ ” se ninguém prefere “ $X$ ” e pelo menos uma pessoa prefere “ $X_1$ ”<sup>25</sup>.

De acordo com o Ótimo de Pareto as situações poderiam alterar-se de  $X_1$  para  $X_2$ , de  $X_2$  para  $X_3$ , e assim sucessivamente, até chegar a uma situação  $X_n$ , na qual nenhuma mudança seria possível em termos de Pareto, oportunidade em que se atingiria uma espécie de perfeição segundo essa regra<sup>26</sup>.

No entanto, enquanto instrumentos de regulação econômica, as normas jurídicas e as decisões judiciais e administrativas geram distorções na economia<sup>27</sup>, uma vez que nem a sua forma de escolha, nem os próprios instrumentos de regulação econômica são neutros<sup>28</sup>, pois se revelam como uma forma de intervenção e condição de existência do Estado, já que se trata de algo necessário ao seu funcionamento.

Nesse contexto, na maioria das vezes as normas jurídicas, a prestação jurisdicional e as decisões administrativas resultam em decisões que geram ganhos para algumas partes e prejuízos para outras, sendo raras as situações que resultam em ganhos para todas as partes envolvidas. Dessa forma, tanto as normas jurídicas como as decisões judiciais e administrativas, na maioria das situações, encontram-se à margem do conceito de eficiência de Pareto. A esse contexto somam-se as externalidades negativas, as quais também não são assumidas por tal conceito.

Verifica-se, portanto, que o princípio normativo da eficiência de Pareto não permite a consideração de importantes questões pelos economistas e juristas, tais como as externalidades negativas decorrentes dos processos produtivos de atividades econômicas, fato que impossibilita a sua utilização no âmbito da Análise Econômica do Direito Ambiental.

Diante dessa realidade fática, na qual as externalidades negativas e os custos de transação impedem os mercados de atingirem resultados eficientes segundo Pareto, surge o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, no qual se destaca a relevância dos ganhadores compensarem os prejuízos dos perdedores. Segundo tal conceito, haverá eficiência econômica se os benefícios dos

---

<sup>25</sup> DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência & moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 77.

<sup>26</sup> DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência & moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 77.

<sup>27</sup> O princípio 16 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento prevê que: “As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio de Janeiro da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a13.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

<sup>28</sup> Existem dois sentidos para a neutralidade. O primeiro é que a regulação econômica não deve prejudicar ou favorecer grupos específicos dentro da economia, por isso mesmo deve ser neutra quanto a produtos ou serviços de natureza similar, processos de produção e formas de empresas, visando evitar qualquer influência negativa na livre concorrência. O segundo é que a regulação econômica deve intervir para suprimir ou atenuar eventuais imperfeições (falhas de mercado), como a não incorporação das externalidades negativas de uma prestação de serviço ou produção de um produto. A neutralidade trata-se, portanto, de uma forma de oposição à intervenção do Estado sobre o processo econômico, de forma a transformar o Estado-interventor em Estado-polícia, onde a regulação econômica ocorre de forma isonômica, tratando agentes econômicos e contribuintes equiparados de maneira igual, conferindo condições adequadas para o exercício das atividades econômicas.

vencedores forem suficientes ou superiores para compensar (e não reparar) os prejuízos dos perdedores<sup>29</sup>.

Diferente do conceito de Pareto, no conceito de Kaldor-Hicks reconhece-se uma mudança social eficiente mesmo quando o aumento do bem-estar de uma parte causa a redução do bem-estar de outra, desde que haja a manutenção do grau de satisfação do perdedor de bem-estar por uma compensação<sup>30</sup>. Richard Allen Posner, ao explicar a definição de eficiência de Kaldor-Hicks, assevera que “[...] uma reatribuição de recursos é eficiente se permitir aos vencedores compensar os perdedores, independentemente de eles realmente o fazerem ou não”<sup>31</sup> (tradução nossa). É nesse sentido que Jefferson Aparecido Dias afirma que, no âmbito do conceito de Kaldor-Hicks, a compensação não precisa ser efetiva, mas sim potencial<sup>32</sup>.

Por exemplo, o funcionamento de uma empresa pública ou privada, com a produção e a comercialização de produtos oriundos de processos produtivos poluidores, poderá ser uma eficiência de Kaldor-Hicks se a sociedade, incluindo consumidores e vendedores, estiver disposta a realizar transações com tal empresa, mediante a potencial prevenção de riscos e danos ambientais, ou a potencial recuperação dos danos ambientais causados, por meio da implementação de potenciais medidas preventivas e mitigadoras previstas no seu modo de governança.

Nesse exemplo, a empresa, mediante a apresentação de um arranjo institucional que contemple políticas, planos e programas com potenciais medidas de prevenção e de mitigação dos riscos e dos eventuais danos ambientais causados por seus processos produtivos, terá seu bem-estar ampliado em virtude da obtenção de suas licenças ambientais para iniciar suas atividades econômicas, podendo oferecer no mercado seus produtos e serviços. Por outro lado, haverá uma redução do bem-estar da sociedade, em virtude do funcionamento da atividade potencialmente poluidora levada a efeito pela empresa pública ou privada, a qual causará riscos ou danos ambientais, de forma a ameaçar o equilíbrio ambiental, valor defendido pela sociedade, conforme previsão contida no *caput* do Art. 225 da Constituição Federal de 1988.

A redução de bem-estar da sociedade será compensada pela existência de um arranjo institucional que contemple políticas, planos e programas que possuam potenciais medidas de prevenção e de mitigação dos riscos e dos danos ambientais, de forma a tornar a atuação econômica da instituição eficiente.

No entanto, conforme previsto pela hipótese pragmática de Richard Allen Posner, somente a eficiência econômica, expressa na existência de um arranjo institucional que contemple uma potencial compensação das perdas, de acordo com o critério de Kaldor-Hicks, não será suficiente para mitigar eventual responsabilização ambiental a que estejam sujeitas as empresas<sup>33</sup> no bojo de

<sup>29</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito tributário e análise econômica do Direito: Uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 74.

<sup>30</sup> *In a welfare state the aim is that none should fall below a decent standard of life, and that all should receive certain protections against accident and misfortune—for example, unemployment compensation and medical care*. Em um estado de bem-estar, o objetivo é que ninguém deve cair abaixo de um padrão decente de vida, e que todos deveriam receber certas compensações contra acidentes e desgraças, por exemplo, desemprego e de cuidados médicos (tradução nossa). RAWLS, John. **A theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. XV.

<sup>31</sup> “[...]a reallocation of resources is efficient if it enables the gainers to compensate the losers, whether or not they actually do so”. POSNER, Richard Allen. The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman. **Journal of Legal Studies**, Chicago, vol. 9, n.2, p.243–252, mar. 1980, p. 244. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/467638>. Acesso em: 26 mar. 2022.

<sup>32</sup> DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência & moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 78.

<sup>33</sup> No âmbito da presente pesquisa, a expressão empresa é empregada no sentido *lato*, assim, tal expressão compreende as instituições, públicas ou privadas, que atuam na exploração de atividade econômica, sendo entendidas, elas, como o nexos de relações contratuais e extracontratuais coordenadas (governadas) por mecanismos (políticas, planos e programas) idealizados pelos agentes produtivos, pessoas física ou jurídica, de direito público ou privado, no

processos administrativos e/ou judiciais, devido ao amplo dever constitucional de proteção do equilíbrio ambiental previsto nos Arts. 170, *caput* e inciso VI, e Art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, cuja interpretação sistemática exige, além da eficiência, a eficácia e a efetividade do arranjo institucional na proteção do equilíbrio ambiental.

Verifica-se, portanto, que somente a aplicação da *Law and Economics*, com a identificação da eficiência econômica, revela-se insuficiente para a mitigação da tríplice responsabilidade ambiental<sup>34</sup>, razão pela qual se deve combinar a aplicação do Paradigma da Essencialidade para, além de identificação da medida de eficiência, identificar a eficácia e a efetividade da atuação econômica das empresas, por meio da análise e comprovação de uma atuação pautada na boa-fé objetiva, que garanta o equilíbrio econômico do contrato firmado junto à sociedade (arranjo institucional com potencial de evitar ou mitigar danos ambientais), bem como o cumprimento de sua função socioambiental (eficácia do arranjo institucional para evitar ou mitigar danos ambientais), garantindo uma efetiva proteção do equilíbrio ambiental, enquanto direito fundamental e valor defendido pela sociedade, conforme se verá adiante.

#### **4. Paradigma da Essencialidade: Método de resolução razoável e proporcional de conflitos entre direitos fundamentais.**

Importante observar que a proteção do equilíbrio ambiental revela-se, enquanto unidade de medida da eficiência e da eficácia econômica, um fator considerado pelo ordenamento jurídico como relevante na apreciação de conflitos entre princípios fundamentais. Nesse contexto, é capaz de dar à autoridade administrativa e/ou judicial um ponto de apoio para argumentações sensíveis às necessidades dos empreendedores e da sociedade, durante a realização do juízo de proporcionalidade que deverão realizar no âmbito das causas ambientais, dado o conflito de princípios fundamentais que a caracteriza<sup>35</sup>.

Para tanto, as autoridades administrativas e/ou judiciais podem lançar mão da aplicação do Paradigma da Essencialidade no âmbito do juízo de proporcionalidade a ser realizado diante do

---

desenvolvimento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.

<sup>34</sup> A tríplice responsabilização ambiental está prevista no Art. 225, §3º, da Constituição Federal e no Art. 14, §1º, da Lei nº 6938/81, os quais *in verbis* preveem que: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...]§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 13 MAR.2022. “Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”. BRASIL. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm). Acesso em: 04 nov. 2022.

<sup>35</sup> Afirma-se que as autoridades administrativas e/ou judiciais deverão realizar o devido juízo de proporcionalidade diante do conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito fundamental à livre iniciativa, pois, conforme afirma José Joaquim Gomes Canotilho, “[...] a especificidade (conteúdo, extensão e alcance) própria de cada princípio não exige o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, antes aponta para uma tarefa de harmonização, de forma a obter-se a máxima efetividade de todos eles”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1173.

conflito entre direitos fundamentais. Segundo Teresa Negreiros, o Paradigma da Essencialidade consiste na “[...] medida da utilidade existencial, que conecta a pessoa ao bem contratado”<sup>36</sup>.

Nesse contexto, verifica-se possível a aplicação do Paradigma da Essencialidade no âmbito dos conflitos entre princípios fundamentais, como, por exemplo, o conflito entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à livre iniciativa, pois tal aplicação possibilitará à autoridade administrativa e/ou judicial a utilização de um critério durante a realização do juízo de proporcionalidade entre os princípios fundamentais conflitantes, para verificação de qual deles irá prevalecer e qual será relativizado no caso concreto, de acordo com sua essencialidade para as atividades econômicas e para a sociedade, de forma a tornar a decisão intersubjetiva, vez que qualificada pela defesa dos valores defendidos pelas empresas e também pela sociedade e não somente pela subjetividade das autoridades administrativas e/ou judiciais<sup>37</sup>.

Trata-se, portanto, de um critério claro de complementação para a aplicação do conceito de Kaldor-Hicks (o qual se calca apenas na potencialidade), pois o ganho de bem-estar pela empresa e a perda compensada de bem-estar pela sociedade devem dar-se diante da existência de boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico do contrato firmado entre a empresa e a sociedade e do cumprimento da função socioambiental da empresa, consubstanciada na eficaz e na efetiva recuperação dos danos ambientais causados.

Dessa forma, as empresas poderão demonstrar e comprovar a sua boa-fé objetiva<sup>38</sup>, a manutenção do equilíbrio econômico do contrato firmado com a sociedade<sup>39</sup> e o cumprimento de sua função socioambiental<sup>40</sup> no âmbito de eventuais processos administrativos e/ou judiciais

---

<sup>36</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: Novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 344-345.

<sup>37</sup> Nesse sentido, Valter Moura do Carmo e Ewerton Ricardo Messias afirmam que: “O subjetivismo deve ceder espaço ao intersubjetivismo, assim, em um Estado Democrático de Direito as resoluções dos conflitos eventualmente surgidos, somente se legitimam se puderem ser submetidas à verificação e justificação por parte da sociedade”. CARMO, Valter Moura do; MESSIAS, Ewerton Ricardo. Pós-modernidade e principiologia jurídica: O ativismo judicial e sua validade no âmbito do Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 189-205, set.-dez. 2017, p. 200. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2163/1404>. Acesso em: 26 mar. 2022.

<sup>38</sup> A boa-fé objetiva opera além de um critério de qualificação de comportamento, de forma a impor também deveres e constituindo-se uma autêntica norma de conduta. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: Novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120. Assim, a boa-fé objetiva representa um modo de agir honesto, digno e honrado, alinhado com os preceitos morais e éticos de uma dada sociedade, de acordo com as suas peculiaridades culturais.

<sup>39</sup> Entende-se que a assunção de medidas preventivas e mitigadoras dos riscos ambientais pelas instituições, para obtenção, manutenção e renovação de licenças ambientais junto ao Poder Público, revelam-se como um contrato firmado entre elas e o Poder Público, este, na qualidade de representante dos interesses da sociedade, sobre os quais incidem os princípios que informam a teoria dos contratos, inclusive o princípio do equilíbrio econômico do contrato, expresso na possibilidade do exercício da atividade econômica, mediante a efetiva mitigação dos riscos e danos ambientais, durante todo o período de implementação e funcionamento das instituições, bem como após o encerramento de suas atividades econômicas, enquanto persistir a existência de riscos e danos ambientais.

<sup>40</sup> A função socioambiental da empresa decorre do direito fundamental à livre iniciativa, previsto no *caput* do Art. 170, da Constituição Federal de 1988, e cuja fruição condiciona-se à observância dos princípios previstos nos incisos do mesmo artigo. Assim, de acordo com a interpretação sistemática do contido no Art. 1º, incisos III e IV; no Art. 3º, incisos I, II e III; art. 170, *caput* e incisos III e VI; e Art. 225, *caput*, todos da Constituição Federal de 1988; no exercício do direito à livre iniciativa, as instituições devem condicionar o desenvolvimento de suas atividades econômicas ao cumprimento da função socioambiental da propriedade, compreendida como o atendimento, de forma igualitária e solidária, dos anseios dos empreendedores e da sociedade, refletidos na obtenção de lucro por meio da produção e da circulação de bens e serviços, e na circulação de riquezas, de acordo com os valores da livre iniciativa, e obedecidos os limites determinados pelos anseios sociais, refletidos na valorização do trabalho humano e na defesa do equilíbrio ambiental, vez que, nos dias atuais, a empresa deve ser entendida também como um instrumento de realização dos direitos fundamentais, visando possibilitar a existência de vida digna, por meio da realização da justiça social, refletindo não somente o fator econômico, mas também os fatores social e ambiental, dada a sua essencialidade para a dignidade da pessoa humana. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

## Law Aand Economics e Paradigma da Essencialidade: Um sistema de referência em prol do equilíbrio socioambiental

ambientais, oportunidade em que deverão demonstrar sua eficiência econômica por meio da apresentação de um arranjo institucional composto por políticas, planos e programas que contemplem medidas potenciais de prevenção e de mitigação dos riscos e dos danos ambientais. Também deverão demonstrar a eficácia de tal arranjo institucional, por meio dos resultados positivos alcançados com a prevenção e a mitigação dos riscos e dos danos ambientais, demonstrando a sua efetividade para a proteção do equilíbrio ambiental, por meio da comprovação dos efeitos ambientais positivos produzidos ao longo do tempo.

Por esse motivo é que se pode afirmar que tais práticas, ao serem adotadas pelas empresas como condição, por exemplo, para a implementação e execução de projetos ligados a seus processos produtivos, além de propiciarem uma eficiente, eficaz e efetiva proteção do equilíbrio ambiental, podem mitigar a tríplice responsabilização ambiental decorrente de tais projetos.

A mitigação poderá ocorrer, pois, durante o juízo de proporcionalidade, após verificar a existência de eficiência econômica ambiental, de boa-fé objetiva, de equilíbrio econômico da relação contratual e da busca pelo cumprimento da função socioambiental por parte da empresa, a autoridade administrativa e/ou judicial, lançando mão da aplicação do Paradigma da Essencialidade, poderá sopesar qual direito fundamental irá prevalecer e qual direito fundamental irá ser relativizado no caso concreto, impondo a tríplice responsabilidade ambiental sempre pautada pelos subprincípios da adequação, da necessidade<sup>41</sup> e da proporcionalidade em sentido estrito<sup>42</sup>.

Nesse contexto, diante da constatação da existência de eficiência econômica (arranjo institucional com potencialidade para mitigar os riscos e os danos ambientais), de boa-fé objetiva, de equilíbrio econômico da relação contratual e da busca pelo cumprimento da função socioambiental por parte da empresa, a imposição da tríplice responsabilização ambiental poderá ser mitigada, oportunidade em que, observando a razoabilidade e a proporcionalidade, poderá, por exemplo, no âmbito da responsabilidade civil ambiental, ocorrer a compensação ambiental ou a indenização ambiental em detrimento da reparação ambiental, sempre diante, também, da ausência de alternativa técnico-locacional para a realização da reparação do dano ambiental.

Nesse sentido, em julgamento de Agravo Regimental interposto em face de Acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 338.774/RJ, o Ministro Benedito Gonçalves decidiu da seguinte forma:

O acórdão guerreado, quanto ao art. 944 do CC vigente, atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ao admitir, por um lado, a manutenção das edificações existentes na área de preservação permanente, em razão da possibilidade de a demolição vir a causar dano ambiental maior do que aquele já imposto por força das construções consideradas ilegais, e condenando, por outro lado, as agravantes e outros no pagamento de indenização como forma de recompor o dano ambiental ocasionado pela permanência das casas na área de preservação permanente<sup>43</sup>.

Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm). Acesso em: 13 MAR.2022.

41 A adequação e a necessidade referem-se, respectivamente, à escolha de meios adequados e menos gravosos para uma máxima realização dos princípios fundamentais em conflito no caso fático. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 588; 590.

42 A proporcionalidade em sentido estrito refere-se à realização de uma análise comparativa no caso fático, visando à manutenção do equilíbrio “[...] entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido também chamado de razoabilidade ou justa medida, já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 407.

43 BRASIL. STJ. **Agravo Regimental em Acórdão em Recurso Especial nº 338.744 - RJ**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Vera Maria do Canto e Mello e outros. Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 12 set. 2016, p. 3. Disponível em:

EALR, V. 15, nº 1, p. 31-51, Jan-abr, 2024

44

A mitigação da responsabilização civil ambiental poderá ocorrer, também, na fixação do *quantum* da compensação ou da indenização ambiental, principalmente nos casos em que não haja padrões legais e/ou técnicos para a sua realização<sup>44</sup>, oportunidade em que a decisão da autoridade administrativa e/ou judicial deverá guardar relação de razoabilidade e de proporcionalidade com o dano ocorrido, conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>45</sup>. Além disso, as responsabilidades penal e administrativa poderão ser afastadas, diante da comprovação de ausência de culpa *latu senso* por parte da empresa.

As empresas devem alinhar-se à evolução da tutela econômica ambiental, em nível nacional e internacional, com a criação de políticas, planos e programas voltados à consideração dos riscos ambientais em toda a extensão de sua atividade econômica, ou seja, do planejamento até a execução de seus processos produtivos administrativos e operacionais, visando evitar ou, ao menos, minimizar os riscos ambientais e, conseqüentemente, sua responsabilização ambiental, bem como evitar que sua reputação seja maculada frente à sociedade.

## 5. A Proteção do Equilíbrio Ambiental como Direito Fundamental e Unidade de Medida do Critério de Eficiência, Eficácia e Efetividade Socioambiental.

A Revolução Industrial, dos séculos XIX e XX, e a Revolução Tecnológica dos séculos XX e XXI, seguidas da globalização econômica e da massificação do consumo, imprimiram consideráveis transformações sociais, políticas e econômicas no mundo, que, principalmente a partir da década de 1970, geraram uma mudança de postura acerca das questões ambientais.

O desequilíbrio ambiental, instalado em virtude do modelo desenvolvimentista, motivou o início de diversas discussões, internacionais e nacionais, sobre a proteção ambiental, agora voltada

---

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1430838&num\\_registro=201301377932&data=20161124&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1430838&num_registro=201301377932&data=20161124&formato=PDF). Acesso em: 26 mar. 2022.

<sup>44</sup> Em casos em que não se é possível aferir a extensão do dano ambiental causado, os *punitive damages* dão possibilidade de que as instituições sejam condenadas ao pagamento de recuperações ambientais cujos valores podem ser consideravelmente altos, bem como se prestam a prevenir o dano ambiental por meio da exigência de restituição do lucro obtido pelo degradador em razão da conduta lesiva ao ambiente, como forma de induzi-lo a não mais fazer opção pela degradação ambiental. Para exemplificar, João Paulo Fontoura de Medeiros cita o “[...] processo em que o grupo petrolífero *ExxonMobil*, em decisão proferida no ano de 1996, restou condenado ao pagamento de 507.500.000 (507 milhões e 500 mil) dólares, valor que inclui 5,9% (cinco vírgula nove por cento) de juros acumulados desde a data do primeiro julgamento, por meio de multa aplicada pelo Supremo tribunal e novamente confirmada pelo Tribunal de Recursos de São Francisco. Tudo pelo fato de, em 24 de Março de 1989, seu petroleiro *Exxon Valdez* ter enlanchado e derramado cerca de 35.000 (trinta e cinco mil) toneladas de petróleo cru na costa do Alasca, em vazamento que atingiu mais de 1.900 (mil e novecentos) quilômetros de praia”. MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Um olhar econômico-ambiental sobre a responsabilidade civil: A prevenção que vem refletida nos *punitive damages*. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 72, p.141-200, maio/ago 2012, p. 169-170.

<sup>45</sup> Ver Agravo em Recurso Especial 1.206.613, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 06/12/2017, DJe 19/12/2017. BRASIL. STJ. **Agravo em Recurso Especial Nº 1.206.613 - SC**. Agravante: Jacira Cardoso Felismino. Agravado: Global Logística e Transporte Ltda. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 03 dez. 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=79153621&num\\_registro=201702945475&data=20171219](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=79153621&num_registro=201702945475&data=20171219). Acesso em: 26 mar. 2022. Ver também Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.049.123/RJ, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017. BRASIL. STJ. **Agravo em Recurso Especial nº 1.049.123 - RJ**. Agravante: Viação Rubanil Ltda. Agravado: Wesley Leal Souza. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 19 out. 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1649304&num\\_registro=201700200380&data=20171027&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1649304&num_registro=201700200380&data=20171027&formato=PDF). Acesso em: 26 mar. 2022. Ver ainda Agravo no Recurso Especial 1.176.300/SC, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 28/11/2017, DJe 30/11/2017. BRASIL. STJ. **Agravo em Recurso Especial nº 1.176.300 - SC**. Agravante: Antonio Manoel Teixeira. Agravado: Adm do Brasil Ltda. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 28 nov. 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78613568&num\\_registro=201702397090&data=20171130](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78613568&num_registro=201702397090&data=20171130). Acesso em: 26 mar. 2022.

à garantia da vida humana digna e não mais somente à produção econômica, visto à constatação de que os recursos ambientais são finitos.

Tais discussões, levadas a efeito em nível mundial, sensibilizaram o legislador constituinte brasileiro, de forma que o mesmo dedicou um capítulo específico à proteção do equilíbrio ambiental na Constituição Federal de 1988, atribuindo, ao Poder Público e à coletividade, o dever de defender e preservar o equilíbrio do meio ambiente, havendo, então, a efetiva constitucionalização da proteção do equilíbrio ambiental no Brasil, erigindo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à condição de direito fundamental, essencial à sadia qualidade de vida.

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado amolda-se perfeitamente ao conceito de interesses ou direitos difusos, estabelecido no parágrafo único, I, do Art. 81 da Lei nº 8.078/90. Nessa senda, Paulo Affonso Machado atribui ao bem ambiental uma titularidade coletiva, afirmando que o meio ambiente é um bem coletivo, igualmente de desfrute individual e geral, e assevera que esse direito entra na categoria de interesse difuso, haja vista ser um direito que não se esgota em apenas uma pessoa, e sim atinge uma coletividade indeterminada<sup>46</sup>.

Portanto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental que se presta a zelar não só pela proteção do meio ambiente em prol de uma melhor qualidade de vida da sociedade atual, como também das futuras gerações, caracterizando, assim, o sentimento de solidariedade.

Em virtude das desigualdades materiais originadas pelo desarranjo social criado pelo Estado Liberal, houve a reestruturação do Estado com a implementação de medidas de intervenção no domínio privado, objetivando cessar ou, ao menos, mitigar os elementos causadores daquela crise. Concomitantemente, ocorreu a constitucionalização do Direito, com as Constituições assumindo o lugar das codificações no centro do sistema jurídico, irradiando-se sobre todo ele. Nessa evolução econômica, social e jurídica houve a funcionalização do contrato, pois recebeu juridicamente qualificação, reconhecendo sua pré-disposição à realização, além dos interesses dos empreendedores, do interesse coletivo.

Nesse contexto, houve também a funcionalização das empresas, uma vez que no âmbito da relação entre Direito e Economia elas são entendidas como relações contratuais e extracontratuais coordenadas (governadas) por mecanismos (políticas, planos e programas) idealizados pelos agentes produtivos.

Assim sendo, manteve-se a proteção da empresa, porém dotada de uma função socioambiental, expressa no atendimento, de forma igualitária e solidária, dos anseios dos empreendedores e da sociedade refletidos na obtenção de lucro por meio da produção e da circulação de bens e serviços, e na circulação de riquezas, de acordo com os valores da livre iniciativa, e obedecidos os limites determinados pelos anseios sociais, refletidos na valorização do trabalho humano e na defesa do equilíbrio ambiental, vez que, nos dias atuais, a empresa deve ser entendida também como um instrumento de realização dos direitos fundamentais, visando possibilitar a existência de vida digna de ser vivida<sup>47</sup>, por meio da realização da justiça

---

<sup>46</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 152.

<sup>47</sup> Vida digna é aquela vivida com dignidade, sendo, a dignidade, entendida como um fim material, um objetivo, “[...] que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens” (saúde, segurança, meio ambiente ecologicamente equilibrado, educação, entre outros) “[...] que fazem com que a vida seja “digna” de ser vivida”. FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; DIAS, Jefferson Aparecido (tradutores). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 37.

socioambiental<sup>48</sup>, refletindo não somente o fator econômico, mas também os fatores social e ambiental, dada a sua essencialidade para a dignidade da pessoa humana.

O conteúdo dos Art. 1º, 3º, 170 e 225 da Constituição Federal de 1988, levam ao entendimento de que as questões econômicas, sociais e ambientais estão interligadas, assim, somente o “[...] tratamento globalizado e conjunto de todas elas, pelo Estado e pela sociedade”<sup>49</sup>, poderá conduzir ao desenvolvimento sustentável, externalizado na realização de práticas economicamente viáveis, socialmente justas e ambientalmente equilibradas, aptas a possibilitar a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e, por via de consequência, uma vida digna de ser vivida para as presentes e futuras gerações.

O equilíbrio entre as dimensões econômica, social e ambiental deve ser incorporado não somente pelo Poder Público, mas também pela iniciativa privada e por toda a sociedade, tendo por base os princípios e normas que fundamentam a ordem econômica ambiental brasileira, principalmente os princípios da dignidade da pessoa humana e do meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>50</sup>. Portanto, qualquer atividade, inclusive as empresariais, deve conter um elemento de responsabilidade socioambiental a operar como delimitador da livre iniciativa. Nesse sentido José Afonso da Silva explica que:

[...] a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica<sup>51</sup>.

Dessa forma, para cumprirem com sua função socioambiental, as empresas devem propiciar a internalização dos custos da degradação ambiental (externalidade negativa) na sua atividade econômica, de modo a evitar que apenas os lucros sejam privatizados e os custos do dano ambiental sejam socializados, ou seja, devem evitar a socialização dos riscos ambientais, os quais devem passar a integrar os custos financeiros do empreendimento econômico.

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem por objetivo garantir a sadia qualidade de vida do ser humano para as atuais e futuras gerações, por meio de políticas de desenvolvimento sustentável, que garantam o acesso, igualitário e equitativo, à educação, à moradia, ao lazer, ao trabalho, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando à concretização e eficácia social dos princípios constitucionais da igualdade, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> A justiça socioambiental pode ser entendida como um modelo de desenvolvimento econômico e social, atrelado à proteção ambiental, considerando as diferenças culturais, políticas, econômicas, sociais e ambientais de cada continente, país ou região, afastando-se de qualquer modelo de desenvolvimento que não leve em consideração tais nuances e, portanto, revele-se como um modelo de desenvolvimento com caráter meramente retórico.

<sup>49</sup> RIBEIRO, Maria de Fátima; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. O Papel do Estado no Desenvolvimento Econômico Sustentável: Reflexões sobre a Tributação Ambiental como Instrumento de Políticas Públicas, p. 122. In: SOUZA, Paulo Roberto Pereira de; RIBEIRO, Maria de Fátima; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser (Coord.). **Tutela jurídica do meio ambiente e desenvolvimento**. São Paulo: Arte & Ciência, 2010. p.113-130.

<sup>50</sup> Nesse sentido, ao tratar sobre a referência do Art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, à sadia qualidade de vida, Beatriz Souza Costa afirma que tal expressão “[...] está diametralmente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana. A vida deve ser desenvolvida com saúde, pois a pessoa humana deve ter condições de trabalhar e consumir todos os gêneros necessários à sua sobrevivência.” (COSTA, 2011, p. 58).

<sup>51</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 794.

<sup>52</sup> É nesse sentido que Beatriz Souza Costa disserta que se pode “[...] entender desenvolvimento sustentável como aquele que não se caracteriza pela ganância, mas pela solidariedade das pessoas umas com as outras e com a natureza”. COSTA, Beatriz Souza. A construção do sujeito constitucional ambiental. **Revista Veredas do Direito**, Belo

Assim, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito fundamental que é, atua como informador das relações contratuais e empresariais, operando como um verdadeiro delimitador da autonomia contratual e da livre iniciativa, com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

## 6. Conclusão

A utilização da *Law and Economics* para execução de uma análise normativa voltada a definir se a postura institucional  $X_1$  deve ser a adotada em detrimento da postura institucional  $X$ , necessita de uma prévia definição das alternativas.

Neste contexto, a utilização da *Law and Economics* com a finalidade de aconselhamento acerca de qual alternativa deve ser escolhida e implementada para alcançar o desenvolvimento sustentável e, com isso, a mitigação da responsabilidade ambiental, mostra-se pouco útil, devendo, ela, ser combinada com outros referenciais, em razão de suas limitações, conforme se verá adiante.

Por tal motivo, afirma-se que o diálogo epistemológico entre a *Law and Economics* com o Paradigma da Essencialidade oferece um sistema de referências apto a demonstrar a alternativa a ser escolhida para alcançar o desenvolvimento sustentável e, com isso, a mitigação da responsabilidade ambiental pelas empresas que atuem no desenvolvimento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.

Verifica-se possível a aplicação do Paradigma da Essencialidade no âmbito dos conflitos entre princípios fundamentais, como, por exemplo, o conflito entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à livre iniciativa, pois tal aplicação possibilitará à autoridade administrativa e/ou judicial a utilização de um critério durante a realização do juízo de proporcionalidade entre os princípios fundamentais conflitantes, para verificação de qual deles irá prevalecer e qual será relativizado no caso concreto, de acordo com sua essencialidade para as atividades econômicas e para a sociedade, de forma a tornar a decisão intersubjetiva, vez que qualificada pela defesa dos valores defendidos pelas empresas e também pela sociedade e não somente pela subjetividade das autoridades administrativas e/ou judiciais.

Para tanto, as autoridades administrativas e/ou judiciais podem lançar mão da aplicação do Paradigma da Essencialidade no âmbito do juízo de proporcionalidade a ser realizado diante do conflito entre direitos fundamentais.

Trata-se, portanto, o Paradigma da Essencialidade de um critério claro de complementação para a aplicação do conceito de Kaldor-Hicks (o qual se calca apenas na potencialidade), pois o ganho de bem-estar pela empresa e a perda compensada de bem-estar pela sociedade devem dar-se diante da existência de boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico do contrato firmado entre a empresa e a sociedade e do cumprimento da função socioambiental da empresa, consubstanciada na eficaz e na efetiva recuperação dos danos ambientais causados.

Não há como se negar a essencialidade da proteção do equilíbrio ambiental para o interesse da sociedade, afirma-se isto em virtude de tratar-se de um princípio da ordem econômica constitucional, previsto no Art. 170, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, bem como de

direito fundamental e de um dever constitucional, previstos no *caput* do Art. 225 da Constituição Federal brasileira.

Conclui-se, assim, que a proteção constitucional do bem ambiental se dá em virtude de ser ele bem de uso comum do povo e imprescindível à existência de vida digna de ser vivida para as presentes e futuras gerações, conforme o contido no *caput* do Art. 225, da Constituição Federal de 1988.

Portanto, a proteção do equilíbrio ambiental consubstancia-se em um valor de relevância para a sociedade, podendo ser reconhecida como unidade de medida dos critérios de eficiência, eficácia e efetividade socioambiental, critérios, estes, aptos a revelar uma atuação sustentável das empresas e, assim, mitigar a sua tríplice responsabilidade ambiental, diante da ocorrência de um crime, de um dano e/ou de uma infração administrativa ambiental.

Tal mitigação pode se dar por meio de uma atuação razoável e proporcional da autoridade judiciária e/ou administrativa, calcada em um referencial teórico qualificado pelo diálogo epistemológico entre a *Law and Economics* e o Paradigma da Essencialidade.

## **7. Referências**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

BARRICHELO, Fernando. **Estratégias de decisão: Decida melhor com insights da Teoria dos Jogos**. São Paulo: Crayon Editorial, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 13 MAR.2022.

BRASIL. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm). Acesso em: 04 nov. 2022.

BRASIL. STJ. **Agravo em Recurso Especial nº 1.049.123 - RJ**. Agravante: Viação Rubanil Ltda. Agravado: Wesley Leal Souza. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 19 out. 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1649304&num\\_registro=201700200380&data=20171027&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1649304&num_registro=201700200380&data=20171027&formato=PDF). Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. STJ. **Agravo em Recurso Especial nº 1.176.300 - SC**. Agravante: Antonio Manoel Teixeira. Agravado: Adm do Brasil Ltda. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 28 nov. 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78613568&num\\_registro=201702397090&data=20171130](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78613568&num_registro=201702397090&data=20171130). Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. STJ. **Agravo em Recurso Especial Nº 1.206.613 - SC**. Agravante: Jacira Cardoso Felismino. Agravado: Global Logística e Transporte Ltda. Relator Ministro Marco Aurélio Belizze, julgado em 03 dez. 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=79153621&num\\_registro=201702945475&data=20171219](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=79153621&num_registro=201702945475&data=20171219). Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. STJ. **Agravo Regimental em Acórdão em Recurso Especial nº 338.744 - RJ**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Vera Maria do Canto e Mello e outros. Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 12 set. 2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1430838&num\\_registro=201301377932&data=20161124&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1430838&num_registro=201301377932&data=20161124&formato=PDF). Acesso em: 26 mar. 2022.

CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARMO, Valter Moura do; MESSIAS, Ewerton Ricardo. Pós-modernidade e principiologia jurídica: O ativismo judicial e sua validade no âmbito do Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 189-205, set.-dez. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2163/1404>. Acesso em: 26 mar. 2022.

CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p.1-44, oct. 1960. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

COSTA, Beatriz Souza. A construção do sujeito constitucional ambiental. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.8, n.15, p.43-61, jan./jun. 2011. Disponível: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/163/165>. Acesso em: 26 mar. 2022.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência & moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; DIAS, Jefferson Aparecido (tradutores). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010, p. 18.

HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons. **Science Review**, New York, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dez. 1968. Disponível em: [https://pages.mtu.edu/~asmayer/rural\\_sustain/governance/Hardin%201968.pdf](https://pages.mtu.edu/~asmayer/rural_sustain/governance/Hardin%201968.pdf). Acesso em: 26 mar. 2022

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MANKIOW, Nicholas Gregory. **Introdução à Economia**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

MATA, Henrique Tomé da Costa. **Macroeconomia**. Salvador: UFBA, Faculdade de Ciências Contábeis; Superintendência de Educação a Distância, 2018.

MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Um olhar econômico-ambiental sobre a responsabilidade civil: A prevenção que vem refletida nos *punitive damages*. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 72, p.141-200, maio/ago 2012.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: Novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio de Janeiro da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a13.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

PORTO, Antonio Jose Maristrello; GRAÇA, Guilherme Mello (Colab.). **Análise econômica do direito (AED)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

POSNER, Richard Allen. The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman. **Journal of Legal Studies**, Chicago, vol. 9, n.2, p.243-252, mar. 1980. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/467638>. Acesso em: 26 mar. 2022.

POSNER, Richard Allen. Values and consequences: As an introduction to economic analysis of law. **John M. Olin law & Economics**, Chicago, Working Paper n. 53, 2D Series, 1998.

Disponível em: [https://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values\\_0.pdf](https://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf). Acesso em: 26 mar. 2022.

RAWLS, John. **A theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

RIBEIRO, Maria de Fátima; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. O Papel do Estado no Desenvolvimento Econômico Sustentável: Reflexões sobre a Tributação Ambiental como Instrumento de Políticas Públicas. In: SOUZA, Paulo Roberto Pereira de; RIBEIRO, Maria de Fátima; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser (Coord.). **Tutela jurídica do meio ambiente e desenvolvimento**. São Paulo: Arte & Ciência, 2010. p.113-130.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Rethinking the progressive agenda: the reform of the American regulatory state**. Canadá: Maxwell Macmillan, 1992.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, mar. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 mar. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito tributário e análise econômica do Direito: Uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 78-85.

WOOD, Christopher; DEJEDDOUR, Mohammed. Strategic Environmental Assessment: EA of policies, plans and programmes. **Impact Assessment**, United Kingdom, v. 10, n.1, p.3-22, 1992. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/07349165.1992.9725728>. Acesso em: 26 mar. 2022.