

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO
LINHA DE PESQUISA: ESTADO, TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE
PROJETO DE PESQUISA: DIREITO AMBIENTAL, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
DUPLA TITULAÇÃO: PROGRAMA DE PESQUISA INTERNACIONAL CONJUNTO PARA
PRODUÇÃO CIENTÍFICA E TÉCNICA PPCJ/UNIVALI E DELAWARE LAW SCHOOL –
ESTADOS UNIDOS

PRAGMATISMO JURÍDICO E A TOMADA DE DECISÃO EM CASOS DIFÍCEIS EM MATÉRIA AMBIENTAL

***LEGAL PRAGMATISM AND DECISION-MAKING ON HARD
ENVIRONMENTAL CASES***

DANIEL RAUPP

Itajaí-SC, julho de 2024.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO

LINHA DE PESQUISA: ESTADO, TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE

PROJETO DE PESQUISA: DIREITO AMBIENTAL, TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE

DUPLA TITULAÇÃO: PROGRAMA DE PESQUISA INTERNACIONAL CONJUNTO PARA PRODUÇÃO CIENTÍFICA E TÉCNICA PPCJ/UNIVALI E DELAWARE LAW SCHOOL – ESTADOS UNIDOS

PRAGMATISMO JURÍDICO E A TOMADA DE DECISÃO EM CASOS DIFÍCEIS EM MATÉRIA AMBIENTAL

LEGAL PRAGMATISM AND DECISION-MAKING ON HARD ENVIRONMENTAL CASES

DANIEL RAUPP

Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica, em dupla titulação com a Widener University Delaware Law School.

Orientador: Professor Dr. Marcelo Buzaglo Dantas

Itajaí-SC, julho de 2024.

AGRADECIMENTOS

À minha amada esposa, Rubia, e às nossas queridas filhas, Clara e Laura, que com amor e compreensão suportaram minhas ausências e com paciência infinita compartilharam os desafios e conquistas desta jornada.

Ao meu estimado orientador, professor Dr. Marcelo Buzaglo Dantas, por sua cuidadosa e detalhada revisão do texto, cujo incentivo foi fundamental para a realização do doutorado, e cujos conselhos e parceria constante iluminaram o caminho percorrido.

Ao professor Dr. Orlando Luiz Zanon Junior, que me guiou nas árduas e solitárias trilhas da filosofia do direito, tema sempre desafiador na vida acadêmica.

Aos professores membros da banca de qualificação, Dr. Paulo Márcio Cruz, Dr. Marcus Alexander Dexheimer e Dr. João Daniel Macedo Sá, pela correção de rumos, bússola para a continuidade do trabalho.

Aos professores da Widener University James R. May e Amanda Krasinski-Konyk, entusiastas do direito ambiental, cujo auxílio inestimável e dedicação enriqueceram profundamente minha experiência e conhecimento durante o período em Delaware.

Ao colega e professor Dr. Gilson Jacobsen, cujo encorajamento foi decisivo para o meu retorno ao mundo acadêmico, e cuja amizade valorizo imensamente.

Aos demais colegas e professores do PPCJ/UNIVALI, na pessoa do coordenador Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz, e da Widener University Delaware Law School, na pessoa da *Assistant Dean* Eileen Grena-Piretti, pela amizade e pelo ambiente acolhedor que tanto contribuíram para o meu crescimento pessoal e profissional.

Ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, expresse minha gratidão pelo apoio e compreensão, fornecendo o suporte necessário que viabilizou minha imersão nos estudos.

Aos colegas de vara, juízes federais substitutos Ana Lúcia Silva Mello Monteiro, da 1ª Vara Federal de Tubarão, e Timóteo Rafael Piangers, da 1ª Vara Federal de Laguna, cuja colaboração e companheirismo foram essenciais para manter a qualidade da atividade jurisdicional.

Aos servidores e estagiários da 1ª Vara Federal de Laguna e da 1ª Vara Federal de Tubarão, cujo comprometimento e eficiência foram pilares que me permitiram a tranquilidade e a confiança para me dedicar aos estudos.

Por último (e em primeiro), acima de todos, Àquele que, sem revelar o destino, me apontou a direção; sem prometer atalhos, me guiou pelo caminho; sem me eximir do trabalho, me socorreu na fadiga. **Chegamos!**

A todos vocês, meu sincero agradecimento e a certeza de que cada um foi parte essencial nesta caminhada.

*Dedico a todos aqueles que se preocupam em
resolver problemas, não apenas processos.*

*The best books [...] are those that tell you what you
know already.*

(George Orwell, 1984)

*Devemos convir que não há coisa mais difícil de se
fazer, mais duvidosa de se alcançar, ou mais
perigosa de se manejar do que ser o introdutor de
uma nova ordem, porque quem o é tem por inimigos
todos aqueles que se beneficiam com a antiga
ordem, e como tímidos defensores todos aqueles a
quem as novas instituições beneficiariam.*

(Maquiavel, O Príncipe, cap. VI)

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca deste trabalho.

Itajaí-SC, julho de 2024.

**Daniel Raupp
Doutorando**

PÁGINA DE APROVAÇÃO**DOUTORADO**

Conforme Ata da Banca de defesa de doutorado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu em Ciência Jurídica* PPCJ/UNIVALI, em 16/07/2024, às nove horas, o doutorando Daniel Raupp fez a apresentação e defesa da Tese, sob o título "PRAGMATISMO JURÍDICO E A TOMADA DE DECISÃO EM CASOS DIFÍCEIS EM MATÉRIA AMBIENTAL".

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Marcelo Buzaglo Dantas (UNIVALI), como presidente e orientador, Doutor Vladimir Passos de Freitas (PUC/PR), como membro, Doutor Talden Queiroz Farias (UFPB), como membro, Doutor João Daniel Macedo Sá (UFPA), como membro, Doutor Orlando Luiz Zanon Junior (UNIVALI), como membro, Doutor Bruno Makowiecky Salles (UNIVALI), como membro, Doutora Maria Claudia da Silva Antunes de Souza (UNIVALI), como membro suplente e Doutora Luciene Dal Ri (UNIVALI), como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Tese foi aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 16 de julho de 2024.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAI	Avaliação Ambiental Integrada
AC	Apelação Cível
ACB	Análise de custo-benefício
ACBA	Análise de custo-benefício ambiental
ACP	Ação Civil Pública
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AED	Análise Econômica do Direito
AEDA	Análise Econômica do Direito Ambiental
AGU	Advocacia-Geral da União
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
AI	Agravo de Instrumento
AIR	Análise de Impactos Regulatórios
APA	<i>Administrative Procedure Act</i>
APP	Área de Preservação Permanente
ARR	Avaliação de Resultados Regulatórios
BAT	<i>Best Available Technology</i>
BNDES	Banco Nacional do Desenvolvimento
CAA	<i>Clean Air Act</i>
CAR	Cadastro Ambiental Rural
CC	Código Civil
CERCLA	<i>Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act</i>
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
CPC	Código de Processo Civil brasileiro
CPDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CRA	Cota de Reserva Ambiental
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CWA	<i>Clean Water Act</i>

EIA	Estudo de Impacto Ambiental
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
EPA	<i>Environmental Protection Agency</i>
EUA	Estados Unidos da América
ESA	<i>Endangered Species Act</i>
FDD	Fundo de Defesa de Direitos Difusos
FRCP	<i>Federal Rules of Civil Procedure</i>
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
GEE	Gases de efeito estufa
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LINDB	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
MPF	Ministério Público Federal
NEPA	<i>National Environmental Policy Act</i>
NMSA	<i>National Marine Sanctuaries Act</i>
ODS	Objetivo de Desenvolvimento Sustentável
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
OPA	<i>Oil Pollution Act</i>
OSHA	<i>Occupational Safety and Health Administration</i>
PGR	Procuradoria-Geral da República
PSA	Pagamento por Serviços Ambientais
PSPSA	Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (PSPSA)
PSRPA	<i>Park System Resource Protection Act</i>
PRA	Planos de Recuperação Ambiental
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RIMA	Relatório de Impacto Ambiental
SISNAMA	Sistema Nacional do Meio Ambiente
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCD	Teoria Complexa do Direito
TRF1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região

TVA	<i>Tennessee Valley Authority</i>
UHE	Usina Hidrelétrica

ROL DE CATEGORIAS

Adjudicação de direitos: procedimento legal pelo qual uma autoridade judicial ou órgão competente determina a existência, extensão e a quem pertencem determinados direitos, após a devida análise de fatos e aplicação do direito.

Análise de custo-benefício: “procedimento pragmático para a avaliação dos impactos das decisões públicas sobre o bem-estar da população. Esse procedimento é particularmente aplicado nas decisões públicas que têm por características atingir parcelas significativas da população e demandar investimentos de vultosas quantias de recursos públicos e tem por objetivos principais: classificar políticas públicas prioritárias; reduzir os custos da efetivação das políticas públicas; identificar e evitar os principais efeitos não desejáveis da atuação governamental; assegurar que os governos invistam cada centavo na melhor maneira possível na busca pelo bem-estar da população.”¹

Análise econômica do Direito: “disciplina que estuda o direito e suas instituições, tendo como eixo central da análise a racionalidade individual. Pode ser definida como a aplicação da teoria econômica, e dos métodos econométricos, ao exame da formação, da estrutura, dos processos e dos impactos do direito e das instituições legais”.²

Casos difíceis (*hard cases*): são aqueles em que a resposta não é facilmente extraída das fontes tradicionais de direito, por carregarem dilemas morais ou conflitos principiológicos, que alargam o campo discricionário do julgador. Tais casos também incluem situações em que “as dificuldades decorrentes da produção probatória e da análise das possíveis consequências” geram impacto psicológico sobre o magistrado, além de aspectos subjetivos do julgador, como “a capacitação técnica e a disposição

¹ WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. **Análise do custo-benefício como procedimento de avaliação dos impactos das decisões públicas**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Porto Alegre, 2016, p. 39.

² PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 59.

física, [...] caracteres individuais que certamente se projetam no cálculo da dificuldade.”³

Casos fáceis (easy cases): são aqueles mais rotineiros, cujas fontes convencionais de direito mostram-se suficientes para a atividade jurisdicional, mediante mera aplicação de raciocínio lógico-dedutivo. Em tais casos, os juízes encontram pouco espaço para discricionariedade, pois as normas são claras e objetivas, e a decisão judicial pode ser facilmente prevista com base no entendimento estabelecido da lei.⁴

Ciência jurídica: estudo dos procedimentos intelectuais empregados para verificar, interpretar, integrar e conciliar normas e princípios dentro de um sistema jurídico, considerando valores morais e contextos sociais, com o objetivo de promover a justiça substantiva e o bem-estar social.

Civil Law: “Família jurídica de matriz romano-germânica que, inspirada por pensamentos doutrinários e categorias dogmáticas, pretende operar mediante a instituição de regras de conduta gerais e abstratas destinadas a ordenar o funcionamento da sociedade. Possui na lei a fonte primária do direito, a qual deve ser aplicada pelos juízes, por uma operação de silogismo, a partir de um raciocínio dedutivo que retira das disposições abstratas a decisão incidente no caso concreto.”⁵

Common Law: “Família jurídica de tradição inglesa, posteriormente expandida para outros países da mesma língua, na qual o direito foi concebido dentro de quadros processuais desenvolvidos jurisprudencialmente, cujos rigores formais passaram a ser amenizados por um sistema paralelo fundado na equidade (*equity*). A dinâmica daí resultante destaca, por um lado, o caráter jurisprudencial, prático e casuístico do direito, e, por outro, a discricionariedade judicial para corrigir injustiças. Nela, cabe aos

³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Casos fáceis ou difíceis sob a perspectiva do julgador. In: Carla Pife, Francisco José R. de Oliveira neto, Maria Chiara Locchi (org.). **Direito, globalização e transnacionalidade**. Coleção Principiologia Constitucional e Política do Direito, tomo 4. Itajaí: Univali, 2018. Disponível em: <https://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 21 nov. 2022. p. 196.

⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Casos fáceis ou difíceis sob a perspectiva do julgador. In: Carla Pife, Francisco José R. de Oliveira neto, Maria Chiara Locchi (org.). **Direito, globalização e transnacionalidade**. Coleção Principiologia Constitucional e Política do Direito, tomo 4. Itajaí: Univali, 2018.

⁵ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre Civil Law e Common Law**. 2019. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Univali, Itajaí/SC, 2019.

juízes extrair indutivamente, dos precedentes judiciais, os princípios vinculantes que guiam as decisões, para, na sequência, aplicá-los dedutivamente a novos casos.”⁶

Comunicação transjudicial ou transjudicialismo: fenômeno caracterizado pela comunicação e intercâmbio de ideias, práticas e decisões judiciais entre tribunais de diferentes jurisdições, sem uma hierarquia formal entre eles.⁷

Consequencialismo: “ideia de que a escolha entre diversas interpretações e explicações de fenômenos deve ser feita a partir de suas respectivas consequências práticas - o que leva a uma atitude empiricista e experimentalista”.⁸

Contextualismo: compreensão e interpretação de ideias e conceitos com base no contexto em que estão inseridos, considerando as circunstâncias sociais e históricas.⁹

Degradação da qualidade ambiental: “alteração adversa das características do meio ambiente”.¹⁰

Desenvolvimento sustentável: estratégia de desenvolvimento que abrange crescimento econômico, bem-estar social e proteção ambiental, implicando um compromisso da geração atual em proteger os interesses das gerações futuras.¹¹

Direito ao desenvolvimento: direito de realização das potencialidades individuais e coletivas nos campos social e econômico, para satisfação de necessidades materiais e não materiais.¹²

Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito humano fundamental que assegura a todas as pessoas a prerrogativa de viver em um ambiente que não

⁶ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático:** intercâmbios entre Civil Law e Common Law. 2019.

⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review Association**, vol. 29, p. 99, inverno, 1994.

⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.) **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 176.

⁹ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 17.

¹⁰ Art. 3º, II, da Lei n. 6.938/1981.

¹¹ DERNBACH, John C. **Acting as if Tomorrow Matters:** Accelerating the Transition to Sustainability. Washington, DC: Environmental Law Institute, 2012. Edição do Kindle.

¹² MOLLER, Diana E. Intervention, coercion, or justifiable need? A legal analysis of structural adjustment lending in Costa Rica. **Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas**, vol. 2, p. 483, outono, 1995.

apenas sustenta a vida, mas também promove a saúde e o bem-estar, reconhecendo a interdependência e a necessidade de preservação dos ciclos naturais, da biodiversidade e dos recursos naturais. Este direito impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.¹³

Direito transnacional: Refere-se ao direito que ultrapassa as fronteiras nacionais, refletindo a crescente interconexão e interdependência dos sistemas jurídicos em um mundo globalizado.¹⁴

Direitos fundamentais: “normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamental e legitimam todo o ordenamento jurídico.”¹⁵

Ecopragmatismo: abordagem que equilibra a necessidade de proteção ambiental com considerações pragmáticas de custo-benefício e bem-estar social, reconhecendo a incerteza científica e a dinâmica dos sistemas naturais. Este método pragmático enfatiza a importância de estabelecer um nível mínimo de proteção ambiental para sustentar a economia e refletir valores sociais adicionais, ao mesmo tempo em que considera as implicações de longo prazo das ações ambientais e a necessidade de adaptar-se a novas informações e condições em evolução.¹⁶

Fontes jurídicas: “argumentos teóricos (elementos de determinação) admitidos pelo direito como legítimos limitadores na tomada de decisões em uma sociedade específica”.¹⁷

Formalismo jurídico ou “legalismo”: “teoria (da justiça) segundo a qual ato justo é aquele conforme à lei, e injusto, o que é diferente. [...] tem em comum com toda teoria

¹³ Art. 225, *caput*, da CRFB.

¹⁴ KOH, Harold Hongju. Why transnational law matters. **Penn State International Law Review**, v. 24, n. 4, 2006, p. 745.

¹⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 18.

¹⁶ RUHL, J. B. Working Both (Positivist) Ends Toward a new (Pragmatist) Middle in Environmental Law Eco-pragmatism. **The George Washington Law Review**, vol. 68, p. 522, abril, 2000.

¹⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 144.

formalista da ética a afirmação de que o juízo ético consiste em um juízo de conformidade de um ato com a norma, e por isso é bom o ato realizado para fazer cumprir lei, e é mau o ato praticado para transgredi-la.”¹⁸

Fundacionalismo: visão de que existem crenças inatas e indubitáveis nas quais o conhecimento deve ser baseado.¹⁹

Interdisciplinaridade: “É a intersecção de dois ou mais ramos científicos, para fins de investigação de determinado fenômeno sem sujeição às limitações decorrentes da fragmentação do conhecimento”.²⁰

Jusnaturalismo: corrente filosófica do direito que afirma “a existência de uma ordem jurídica universalmente válida, historicamente invariável e axiologicamente superior àquela produzida pelo estado, a qual decorreria da própria natureza humana e seria aferível somente pela boa razão”.²¹

Meio ambiente: “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.”²²

Norma jurídica: “resultado da produção normativa na modalidade aplicação, com pretensão de correção, consistente na articulação das fontes jurídicas para formulação de um direcionamento de conduta diante de determinados fatos aferidos por aproximação, sem olvidar de eventuais influxos de outras áreas do conhecimento, a serem admitidos a depender da argumentação quanto à sua relevância na espécie.”²³

Poluição: “degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016. p. 103.

¹⁹ MINTZ, Joel A. Some Thoughts on the Merits of Pragmatism as a Guide to Environmental Protection. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, vol. 31, p. 1, 2004.

²⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 210.

²¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 64.

²² Art. 3º, I, da Lei n. 6.938/1981.

²³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 184.

desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;”.²⁴

Poluidor: “pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.²⁵

Positivismo jurídico ou juspositivismo: teoria que defende a separação entre direito e moral, priorizando a aplicação de leis positivadas independentemente de considerações morais. Caracteriza-se pela crença na validade das normas jurídicas baseada em sua forma e origem, e não em seu conteúdo ético, com o direito sendo um conjunto de regras estabelecidas e reconhecidas oficialmente. A interpretação e aplicação do direito, segundo essa corrente, devem ocorrer por meio de um processo lógico de subsunção dos fatos às normas, embora reconheça a discricionariedade judicial em casos complexos.²⁶

Pragmatismo cotidiano: “atitude mental destacada pelo uso popular da palavra ‘pragmático’, significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios”, avessa à teoria abstrata e à pretensão intelectual.²⁷

Pragmatismo filosófico contemporâneo ou “neopragmatismo”: considerada o renascimento e reinterpretação do pragmatismo no contexto contemporâneo, é uma corrente filosófica que avalia crenças e teorias com base em sua capacidade de resolver problemas práticos e suas consequências efetivas, rejeitando a ideia de verdades fixas e enfatizando a adaptação e a utilidade no avanço do conhecimento e na prática social.²⁸

Pragmatismo filosófico: método de investigação que liga teoria e prática, avaliando ideias pela sua aplicabilidade e impacto na vida diária, não apenas pela busca de felicidade, mas pela sua utilidade prática e orientação da ação humana. É uma abordagem que valoriza a utilidade do conhecimento científico e filosófico na medida

²⁴ Art. 3º, III, da Lei n. 6.938/1981.

²⁵ Art. 3º, IV, da Lei n. 6.938/1981.

²⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 72.

²⁷ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 38.

²⁸ RORTY, Richard. **Verdade e progresso**. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 3.

em que este pode ser testado e verificado através de suas consequências na realidade prática.²⁹

Pragmatismo jurídico: corrente filosófica que aplica os princípios do pragmatismo ao direito, enfatizando a experiência e a adaptação das leis à realidade social e aos fatos concretos, em detrimento de uma aplicação rígida de regras. Defende uma interpretação das leis que seja sensível ao contexto e às consequências sociais, promovendo uma abordagem mais flexível e interdisciplinar na tomada de decisões judiciais.³⁰

Precedentes judiciais: decisões anteriores tomadas por tribunais que servem como referência ou guia para decisões futuras em casos semelhantes.

Psicologia cognitiva: campo da psicologia que estuda os processos internos envolvidos no pensamento humano, enfatizando a compreensão de como as pessoas percebem, aprendem, lembram e pensam sobre as informações. Ao identificar dois tipos de pensamento, um rápido e intuitivo e outro lento e reflexivo, examina como esses processos afetam as decisões, inclusive judiciais, e como vieses inconscientes e experiências pessoais podem levar a erros de julgamento.³¹

Segurança jurídica: preceito que visa garantir previsibilidade, estabilidade e confiança no ordenamento jurídico e nas decisões judiciais, manifestando-se através da consistência na aplicação de leis e na observância de precedentes, a fim de assegurar que indivíduos e entidades possam fundamentar suas ações e expectativas em uma compreensão clara e estável do direito.

Utilitarismo: doutrina filosófica consequencialista que busca determinar a melhor ação pela qualidade de suas consequências, geralmente definidas em termos de maior felicidade ou menor sofrimento para o maior número de pessoas.³²

²⁹ MADEIRA, Marcelo Silvano. Pragmatismo ou pragmaticismo? Considerações sobre o conceito de pragmatismo a partir da análise do artigo “o que é o pragmatismo”. **Revista Eletrônica Espaço Teológico**, São Paulo, v. 6, n. 10, 2012. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/reveleteo/article/view/13137> Acesso em: 06 nov. 2023.

³⁰ MINTZ, Joel A. Some Thoughts on the Merits of Pragmatism as a Guide to Environmental Protection. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, vol. 31, p. 1, 2004.

³¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar:** duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

³² POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** p. 51.

SUMÁRIO

RESUMO.....	xxii
RESUMO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA 01	xxiv
RESUMO NA SEGUNDA LÍNGUA ESTRANGEIRA 02.....	xxvi
INTRODUÇÃO	28
Capítulo 1	46
PRAGMATISMO FILOSÓFICO.....	46
1.1 PRAGMATISMO FILOSÓFICO CLÁSSICO.....	46
1.1.1 Charles Sanders Peirce (1839-1914).....	50
1.1.2 William James (1842-1910)	54
1.1.3 John Dewey (1859-1952).....	59
1.2. PRAGMATISMO FILOSÓFICO CONTEMPORÂNEO.....	63
1.2.1 Richard Mckay Rorty (1931 – 2007)	63
1.2.2 Susan Haack (1945).....	66
1.3 FUNDAMENTOS DO PRAGMATISMO FILOSÓFICO	69
1.3.1 Experiência	70
1.3.2 Verdade	72
1.3.3 Consequências	75
1.4 INFLUÊNCIAS DO PRAGMATISMO FILOSÓFICO SOBRE A ADJUDICAÇÃO PRAGMÁTICA DE DIREITOS	77
1.4.1 Antifundacionalismo	79
1.4.2 Contextualismo	82
1.4.3 Consequencialismo.....	85
Capítulo 2.....	90
PRAGMATISMO JURÍDICO	90
2.1 PERCURSO DA FILOSOFIA JURÍDICA.....	90
2.2 O PRAGMATISMO DE RICHARD POSNER.....	109
2.3 CARACTERÍSTICAS DA ADJUDICAÇÃO PRAGMÁTICA	114
2.4 INTERDISCIPLINARIDADE.....	134

2.4.1 Direito e economia	140
2.4.1.1 Análise econômica do direito (AED).....	148
2.4.2 Psicologia cognitiva aplicada à jurisdição.....	155
2.4.2.1. Sistemas 1 e 2.....	162
2.4.2.2. Heurísticas	165
2.4.2.3. Vieses	168
2.4.2.4. Ancoragem.....	176
2.4.2.5. Ruído	180
2.4.2.6. Estratégias para reduzir erros de julgamento	184
2.5 CRÍTICAS DE RONALD DWORKIN AO PRAGMATISMO	193
2.6 PRAGMATISMO JURÍDICO NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)	199
Capítulo 3.....	212
PRAGMATISMO AMBIENTAL	212
3.1 CASOS DIFÍCEIS EM MATÉRIA AMBIENTAL.....	212
3.1.1 Casos fáceis e difíceis na ótica do julgador	212
3.1.2 Casos difíceis sob a perspectiva do pragmatismo jurídico	219
3.1.3 Contribuições do pragmatismo jurídico para a solução de casos difíceis	225
3.1.4 Casos difíceis em matéria ambiental.....	231
3.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AMBIENTAL	237
3.2.1 Análise de custo-benefício em questões relacionadas ao meio ambiente	250
3.3 PRAGMATISMO AMBIENTAL OU “ECOPRAGMATISMO”	263
3.4 O ECOPRAGMATISMO DE DANIEL FARBER	277
3.4.1 Reserve Mining.....	278
3.4.2 Ambientalismo x economia	281
3.4.3 O dilema do risco	284
3.4.4 Linha de base ambiental.....	288
3.4.5 Geração atual x gerações futuras.....	292
3.4.6 Regulação ambiental dinâmica	295
Capítulo 4.....	300
JURISDIÇÃO AMBIENTAL	300

4.1 DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NO BRASIL E NOS EUA	300
4.1.1 A origem da expressão direitos fundamentais.....	300
4.1.2 Conteúdo dos direitos fundamentais.....	303
4.1.3 “Gerações” de direitos.....	306
4.1.4 Estrutura dos direitos fundamentais.....	309
4.1.5 Aplicação e conflito de direitos fundamentais.....	311
4.1.6 Direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição do Brasil.....	316
4.1.7 Direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição dos EUA.....	329
4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS NO BRASIL E NOS EUA	338
4.2.1 Responsabilidade civil por danos ambientais no Brasil.....	338
4.2.2 Pressupostos da responsabilidade civil por dano ambiental no Brasil..	340
4.2.3 Responsabilidade civil por danos ambientais nos EUA.....	346
4.2.4 Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA).....	350
4.3 PROCESSO CIVIL AMBIENTAL NO BRASIL E NOS EUA	354
4.3.1 Processo civil ambiental no Brasil.....	354
4.3.1.1 <i>Ação civil pública</i>	355
4.3.2 Processo civil ambiental nos EUA.....	374
4.3.2.1 <i>Direito processual civil nos EUA</i>	374
4.3.2.2 <i>Fases do processo civil norte-americano</i>	375
4.3.2.3 <i>Discovery</i>	376
4.3.2.4 <i>Procedimento em ação cível ambiental</i>	378
4.3.2.5 <i>Class action</i>	381
4.4 TRANSJUDICIALISMO AMBIENTAL	385
4.4.1 Transnacionalidade e direito transnacional.....	385
4.4.2 Diálogo judicial transnacional ou “transjudicialismo”.....	390
4.4.3 Transjudicialismo ambiental.....	397
4.4.4 Transjudicialismo em prática nas cortes constitucionais do Brasil e dos EUA: uma experiência pragmática.....	400
4.4.4.1 <i>Suprema Corte dos EUA</i>	403
4.4.4.2 <i>Supremo Tribunal Federal</i>	408
Capítulo 5	415

ESTUDOS DE CASOS RELACIONADOS A QUESTÕES AMBIENTAIS SOB A PERSPECTIVA DO PRAGMATISMO JURÍDICO.....	415
5.1 ESTUDOS DE CASOS NOS EUA	418
5.1.1 <i>Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council (NRDC), Inc.</i>	418
5.1.2 <i>Massachusetts v. Environmental Protection Agency (EPA)</i>.....	430
5.1.3 <i>Tennessee Valley Authority v. Hill</i>	438
5.2 ESTUDOS DE CASOS NO BRASIL.....	450
5.2.1 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) ns. 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937, e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 42 (Novo Código Florestal)	450
5.2.2 Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) ns. 747, 748 e 749	478
5.2.3 Ações judiciais envolvendo a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Pará (Suspensão Liminar n. 125)	498
CONCLUSÃO	515
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	557
RESUMO DA TESE EM LÍNGUA ESTRANGEIRA.....	579

RESUMO

A tese aborda a tomada de decisão em casos difíceis em matéria ambiental sob a perspectiva do pragmatismo jurídico, inserindo-se na linha de pesquisa Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade e na área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito, com dupla titulação pela *Widener University Delaware Law School* (EUA). O projeto de pesquisa está incluído no campo Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade. O objetivo geral é investigar a aplicação da corrente filosófica do pragmatismo no julgamento de casos ambientais complexos, justificada pela crescente judicialização dessas questões e os desafios decorrentes na implementação das respectivas decisões judiciais. A pesquisa explora a complexidade de resolver litígios ambientais que demandam uma análise interdisciplinar e ponderada de fatores científicos, econômicos e normativos, muitas vezes resultando em desafios na implementação das decisões judiciais, o que suscita indagações sobre a efetividade e desempenho do sistema judiciário. O primeiro capítulo examina as bases do pragmatismo filosófico e sua influência na filosofia jurídica, mais precisamente na teoria pragmatista do direito. O segundo capítulo se debruça sobre os fundamentos teóricos do pragmatismo jurídico, as características da adjudicação pragmática, com destaque para a interdisciplinaridade, e a influência dessa corrente no ordenamento jurídico brasileiro. O terceiro capítulo discute a aplicação dos princípios do pragmatismo jurídico na tomada de decisão em casos difíceis de direito ambiental, baseado na teoria denominada “ecopragmatismo”. O quarto capítulo analisa aspectos destacados da jurisdição ambiental, a prática judiciária nesta matéria, e as formas de proteção, nos âmbitos constitucional e legislativo, no Brasil e nos EUA. O quinto capítulo examina, por meio de estudos de casos, decisões ambientais das Supremas Cortes do Brasil e dos EUA a partir da perspectiva do pragmatismo jurídico. A originalidade da tese reside na aplicação do pragmatismo jurídico para resolver casos ambientais desafiadores, adotando uma abordagem que integra diversas disciplinas, incluindo ciências sociais, naturais e econômicas. A pesquisa está em sintonia com os ODS das Nações Unidas, em particular o Objetivo 16. Quanto à Metodologia, considerou-se os parâmetros do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ da UNIVALI. Na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de

tratamento de dados o procedimento cartesiano, e o relatório dos resultados está composto na base lógica-indutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, nacional e estrangeira, aproveitando-se de período de pesquisa na *Delaware Law School*.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Direito; Ecopragmatismo; Jurisprudência Ambiental; Pragmatismo Jurídico; Tomada de Decisão; Transnacionalidade.

ABSTRACT

This dissertation addresses decision-making in challenging environmental cases from the perspective of legal pragmatism. It is aligned with the line of research Transnationality, and Sustainability, and the area of concentration Constitutionalism, Transnationality, and the Production of Law, culminating in a joint degree with Widener University Delaware Law School (USA). The research project is included in the field of Environmental Law, Transnationality, and Sustainability. Its general aim is to investigate the feasibility of applying the philosophical current of pragmatism to complex environmental cases, a study justified by the increasing judicialization of these issues in Brazil and the subsequent challenges in implementing the respective judicial decisions. The research delves into the intricacies of resolving environmental litigation, a task that requires a multidisciplinary and balanced analysis of scientific, economic, and normative factors, often leading to difficulties in judicial enforcement, which raises questions about the effectiveness and performance of the judiciary system. The first chapter scrutinizes the foundations of philosophical pragmatism and its impact on legal philosophy, specifically on the pragmatist theory of law. The second chapter focuses on the theoretical underpinnings of legal pragmatism and the characteristics of pragmatic rights adjudication, emphasizing interdisciplinarity and its influence on the Brazilian legal system. The third chapter discusses the potential application of the principles of legal pragmatism in the decision-making process for challenging cases in environmental law, based on the theory known as "ecopragsmatism." The fourth chapter examines notable aspects of environmental jurisdiction, the judicial practice in this field, and the sphere of protection within the constitutional and legislative realms in Brazil and the USA. The fifth chapter analyzes, through case studies, environmental decisions of the Supreme Courts of Brazil and the USA from the standpoint of legal pragmatism. The originality of this dissertation is its use of legal pragmatism to resolve challenging environmental cases, adopting an approach that integrates multiple disciplines, including social, natural, and economic sciences. The research is aligned with the United Nations SDGs, particularly Goal 16. As regards the methodology, the parameters set by the *Stricto Sensu* Graduate Program in Legal Science – PPCJ at UNIVALI were considered. The inductive method was used during the research phase, Cartesian procedures in the data treatment, and a logical-inductive basis in the

presentation of the results. Throughout the research, the techniques of referencing, categorization, operational concepts, and national and international bibliographic and jurisprudential research were employed, benefiting from a research period at Delaware Law School.

Keywords: Constitutionalism; Law; Ecopragmatism; Environmental Cases; Legal Pragmatism; Decision Making; Transnationality.

RESUMEN

La tesis aborda la toma de decisiones en casos difíciles en materia ambiental bajo la perspectiva del pragmatismo jurídico, insertándose en la línea de investigación Estado, Transnacionalidad y Sostenibilidad y en el área de concentración Constitucionalismo, Transnacionalidad y Producción del Derecho, con doble titulación por la Widener University Delaware Law School (EE.UU.). El proyecto de investigación se incluye en el campo de Derecho Ambiental, Transnacionalidad y Sostenibilidad. El objetivo general es investigar la viabilidad de la aplicación de la corriente filosófica del pragmatismo en casos ambientales complejos, justificada por la creciente judicialización de estas cuestiones en Brasil y los desafíos resultantes en la implementación de decisiones judiciales en este área. La investigación explora la complejidad de resolver litigios ambientales que requieren un análisis interdisciplinario y ponderado de factores científicos, económicos y normativos, lo que a menudo resulta en desafíos en la implementación de las decisiones judiciales, suscitando preguntas sobre la efectividad y el rendimiento del sistema judicial. El primer capítulo examina las bases del pragmatismo filosófico y su influencia en la filosofía jurídica, más precisamente en la teoría pragmatista del derecho. El segundo capítulo se centra en los fundamentos teóricos del pragmatismo jurídico, las características de la adjudicación pragmática de derechos, destacando la interdisciplinariedad, y la influencia de esta corriente en el ordenamiento jurídico brasileño. El tercer capítulo discute la posibilidad de aplicación de los principios del pragmatismo jurídico en la toma de decisiones en casos difíciles de derecho ambiental, basándose en la teoría denominada "ecopragmatismo". El cuarto capítulo analiza aspectos destacados de la jurisdicción ambiental, la práctica judicial en esta materia y la esfera de protección, en los ámbitos constitucional y legislativo, en Brasil y en EE.UU. El quinto capítulo examina, a través de estudios de casos, decisiones ambientales de las Cortes Supremas de Brasil y de EE.UU. desde la perspectiva del pragmatismo jurídico. La originalidad de la tesis reside en la aplicación del pragmatismo jurídico para resolver casos ambientales desafiantes, adoptando un enfoque que integra diversas disciplinas, incluyendo las ciencias sociales, naturales y económicas. La investigación está alineada con los ODS de las Naciones Unidas, en particular con el Objetivo 16. En cuanto a la Metodología, se consideraron los parámetros adoptados por el

Programa de Posgrado *Stricto Sensu* en Ciencia Jurídica – PPCJ de la UNIVALI. En la fase de investigación se utilizó el método inductivo, en la fase de tratamiento de datos el procedimiento cartesiano, y el informe de los resultados está compuesto en base lógico-inductiva. En las diversas fases de la investigación, se activaron las técnicas del referente, de la categoría, del concepto operacional y de la investigación bibliográfica y jurisprudencial, nacional e internacional, aprovechando el período de investigación en la Delaware Law School.

Palabras clave: Constitucionalismo; Derecho; Ecopragmatismo; Jurisprudencia Ambiental; Pragmatismo Jurídico; Toma de Decisiones; Transnacionalidad.

INTRODUÇÃO

Esta tese está inserida na área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito, sob a linha de pesquisa Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade, e o projeto de pesquisa está incluído no campo Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade. O trabalho faz parte do programa de pesquisa internacional conjunto para produção científica e técnica PPCJ/Univali e Delaware Law School (EUA).

O objetivo institucional da tese é a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali, em dupla titulação com a Widener University Delaware Law School (EUA).

A tese é fruto das experiências do autor, que, na condição de juiz federal há quase duas décadas, enfrentou intensos dilemas ao julgar questões ambientais, com a complexa tarefa de equilibrar interesses conflitantes.

Na busca por soluções ponderadas, realistas e condizentes com o seu tempo, que considerassem tanto a proteção ambiental quanto outros interesses legítimos da sociedade, o autor se deparou com o ecopragmatismo, teoria que se apresentou como uma abordagem promissora, distante das generalidades de outras correntes filosóficas que pouco contribuía para o julgamento do caso específico, e, principalmente, para a implementação concreta das decisões judiciais. Era a escola de pensamento que prometia trazer fundamentos teóricos ao que o autor já via na prática.

Nesse contexto, o objetivo científico geral é investigar a possibilidade de aplicação da teoria do pragmatismo jurídico na tomada de decisões em casos difíceis relacionados a questões ambientais.

Para alcançar esse objetivo, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos:

a) Examinar os fundamentos do pragmatismo filosófico e sua possível influência na adjudicação³³ pragmática de direitos;

b) Analisar os fundamentos teóricos do pragmatismo jurídico, diferenciando-o de outras correntes de filosofia jurídica, e aferir sua influência na prática judiciária brasileira;

c) Avaliar a viabilidade da aplicação dos princípios do pragmatismo jurídico na tomada de decisões em casos difíceis no campo do direito ambiental, com base na teoria do "ecopragmatismo";

d) Analisar aspectos relevantes da jurisdição ambiental, a prática judicial nessa área e o contexto de proteção ambiental nos âmbitos constitucional e legal, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos;

e) Investigar se o pragmatismo ambiental tem sido utilizado como fundamento em decisões judiciais no Brasil e nos Estados Unidos, e de que forma isso tem sido feito.

Esses objetivos específicos visam aprofundar a compreensão do pragmatismo jurídico, sua aplicação no campo ambiental e a influência desse movimento na jurisprudência brasileira e norte-americana. Além disso, busca-se investigar a pertinência do pragmatismo ambiental como um instrumento apto a lidar com casos complexos envolvendo questões ambientais, considerando as particularidades e desafios presentes nessa área.

A pesquisa se justifica em razão da crescente judicialização de questões ambientais no Brasil, uma realidade que traz consigo a dificuldade de resolver casos complexos, nos quais a tomada de decisão envolve uma rede intrincada de considerações científicas, econômicas e normativas. Esta complexidade, muitas vezes, resulta em desafios na implementação das

³³ O termo "adjudicação" empregado aqui refere-se ao ato de julgar, isto é, ao processo de tomada de decisão judicial, à semelhança do uso no direito norte-americano, e não à estrita acepção atribuída pela legislação civil brasileira. Nesse sentido: "*adjudication* – s – adjudicação; decisão; julgamento; sentença". (VICTORINO, Luanda Garibotti. **Glossário jurídico**: inglês, português, português, inglês. Barueri, SP: DISAL, 2009)

decisões judiciais, suscitando indagações sobre a efetividade e desempenho do sistema judiciário.

A pesquisa está em sintonia com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) das Nações Unidas (Agenda 2030), em particular o Objetivo 16, que almeja “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.³⁴ A promoção do Estado de Direito, com igualdade de acesso à justiça para todos (meta 16.3), o desenvolvimento de instituições eficazes, responsáveis e transparentes (meta 16.6) e a garantia de uma tomada de decisão responsiva, inclusiva e representativa em todos os níveis (meta 16.7) são elementos fundamentais abordados neste estudo.

Além disso, os objetivos da tese se alinham às metas nacionais estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para o ano de 2024, que priorizam o julgamento de ações coletivas e, mais especificamente, o impulsionamento dos processos relacionados a questões ambientais (Metas 6 e 10, respectivamente)³⁵. Ambos almejam um sistema judiciário mais eficiente e consciente das questões ambientais, priorizando soluções práticas, justas e sustentáveis.

Do mesmo modo, a pesquisa está em harmonia com a Política Nacional do Poder Judiciário para o Meio Ambiente instituída pelo CNJ.³⁶ Ambos destacam a relevância de princípios ambientais, uso de tecnologia, direitos de comunidades indígenas, cooperação entre instituições e formação contínua.

³⁴ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Objetivo 16: Paz, Justiça e Instituições Eficazes. Brasil ONU, [s.d.]. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 09 nov. 2023.

³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Metas Nacionais 2024: Aprovadas no 17º Encontro Nacional do Poder Judiciário. [Brasília], 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/12/metas-nacionais-aprovadas-no-17o-enpj-1.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2024.

³⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 433, de 27 de outubro de 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4214>. Acesso em: 09 nov. 2023.

Integrar essas abordagens pode melhorar a forma como o Judiciário lida com questões ambientais.

Nesta perspectiva, o pragmatismo ambiental surge como uma teoria valiosa para orientar decisões ambientais bem fundamentadas. O direito ambiental, repleto de valores diversos e muitas vezes conflitantes, se beneficia do pragmatismo jurídico, que busca equilíbrio através de análises críticas, focando em resultados tangíveis e avaliando consequências práticas. O pragmatismo, ao focar no que é efetivo e questionar continuamente normas, pode trazer clareza aos debates ambientais.

O pragmatismo, com sua ênfase em fatos, adaptabilidade e soluções práticas, aliado à sua perspectiva democrática e equitativa, oferece uma estrutura lógica para inovar e aperfeiçoar decisões ambientais em situações desafiadoras. Embora seja uma filosofia mais recente, originada nas décadas de 1980 e 1990, o pragmatismo ambiental tem ganhado força, especialmente nos EUA, ligando princípios pragmáticos à solução de problemas ambientais concretos. Isso reforça o interesse em estudos avançados nos EUA para enriquecer a prática jurídica no Brasil.

No contexto brasileiro, o pragmatismo tem se consolidado tanto no âmbito acadêmico quanto no judiciário. Indicativos desta tendência é sua inclusão como disciplina obrigatória no concurso público para ingresso na carreira da magistratura³⁷, e as alterações realizadas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) em 2018, que refletem influências nitidamente pragmáticas.

Assim, o pragmatismo, já presente no Brasil em áreas como direito penal e administrativo, tem potencial para enriquecer o direito ambiental. Ao equilibrar os pilares da sustentabilidade, proteção ambiental e desenvolvimento,

³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 423, de 5 de outubro de 2021 ((item "G" do anexo VI). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4147>. Acesso em: 09 nov. 2023.

o pragmatismo pode desempenhar um papel preponderante na tomada de decisões judiciais.

Para a pesquisa, foram apresentados os seguintes problemas:

a) Em que medida o pragmatismo filosófico, originado nos Estados Unidos no final do século XIX como uma alternativa ao fundamentalismo, influencia a compreensão e abordagem de questões filosóficas e jurídicas, dada sua ênfase em ações, experimentações e soluções viáveis em detrimento de construções teóricas?

b) Em que medida o pragmatismo jurídico, com suas características e fundamentos teóricos, influencia a adjudicação de direitos no ordenamento jurídico brasileiro, considerando a interdisciplinaridade e as diversas correntes de pensamento?

c) Como o pragmatismo jurídico pode ser aplicado na tomada de decisão em casos difíceis de direito ambiental, considerando a teoria do "ecopragmatismo"? E, diante da diversidade de valores presentes no direito ambiental, que são sujeitos a múltiplas e concorrentes reivindicações de verdade, de que forma o pragmatismo jurídico pode encontrar um equilíbrio entre esses valores?

d) Considerando a crescente necessidade de proteção ambiental e a judicialização dessa questão tanto no Brasil quanto nos EUA, em que medida a jurisdição ambiental pode efetivamente garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado, levando em conta os direitos fundamentais, responsabilidades civis por danos ambientais e os processos civis ambientais em ambos os países?

e) O pragmatismo ambiental tem sido adotado como base para decisões judiciais no Brasil e nos Estados Unidos? Se sim, quais são as metodologias e abordagens específicas empregadas nos julgamentos desses dois países ao aplicar o pragmatismo ambiental?

Diante dos problemas apresentados, foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) O pragmatismo filosófico, ao enfatizar a ação, experimentação e preocupação com o que funciona na experiência humana, proporciona uma abordagem mais adaptável e contextualizada das questões filosóficas e jurídicas. Essa abordagem pragmática pode oferecer soluções mais alinhadas com as realidades e necessidades contemporâneas, em vez de se ater estritamente a teorias e princípios estabelecidos.

b) Os fundamentos teóricos do pragmatismo jurídico, ao se distinguirem de outras correntes de filosofia jurídica, evidenciam sua ênfase na aplicação prática do direito e na valorização dos resultados concretos. Esta perspectiva pragmática pode influenciar a prática jurídica no Brasil, promovendo decisões mais flexíveis e contextualizadas, alinhadas às realidades e desafios contemporâneos da sociedade brasileira.

c) A aplicação dos princípios do pragmatismo jurídico na tomada de decisões em casos difíceis de direito ambiental, com base na teoria do "ecopragmatismo", pode ser benéfica ao proporcionar um equilíbrio entre os interesses ambientais, econômicos e sociais. Ao se concentrar nas consequências práticas e sustentáveis das decisões, o pragmatismo jurídico pode oferecer soluções que respeitem tanto a integridade do meio ambiente quanto as necessidades e demandas da sociedade.

d) A efetivação da jurisdição ambiental em garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser alcançada através de uma combinação de reconhecimento e aplicação rigorosa dos direitos fundamentais ao meio ambiente, estabelecendo responsabilidades claras por danos ambientais e otimizando os processos civis ambientais. Além disso, o diálogo judicial transnacional pode desempenhar um papel crucial na troca de práticas e soluções eficazes entre os sistemas judiciais do Brasil e dos EUA.

e) O pragmatismo ambiental tem sido incorporado em decisões judiciais tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, e sua aplicação pode variar

de acordo com as especificidades jurídicas e culturais de cada país. Em ambos os contextos, essa abordagem busca alcançar julgamentos mais adaptáveis e eficazes diante dos desafios ambientais contemporâneos.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na tese, de forma sintetizada, como segue.

O pragmatismo surgiu nos Estados Unidos no final do século XIX como uma alternativa à ideia de que existem crenças inatas e indiscutíveis. Em vez disso, essa corrente filosófica valoriza a ação, a experimentação e o que é prático e eficaz na experiência humana. Ela enfatiza fatos e consequências em vez de teorias abstratas.

O capítulo 1 investiga a influência do pragmatismo na filosofia do direito. Alguns filósofos pioneiros na formação do pragmatismo incluem Charles Peirce, William James e John Dewey. Peirce é reconhecido como o precursor dessa filosofia, mas foi James quem introduziu o termo "pragmatismo". Eles viam o pragmatismo mais como um método de abordar questões do que um conjunto de doutrinas.

John Dewey expandiu a ideia de experiência no pragmatismo, relacionando-a à prática social. O pragmatismo também foi revivido e reinterpretado por filósofos contemporâneos como Richard Rorty e Susan Haack. Rorty desafiou a ideia de que existem padrões absolutos de verdade, enquanto Haack propôs um equilíbrio entre experiência e coerência nas crenças.

A tese explora três eixos do pragmatismo: experiência, verdade e consequências. Sugere que a filosofia pragmatista vê o conhecimento como proveniente da experiência, desafia a ideia de uma verdade absoluta e se concentra nas consequências práticas das crenças.

O texto também examina como o pragmatismo pode influenciar o campo jurídico, referindo-se ao pensamento de Oliver Wendell Holmes Jr., juiz da Suprema Corte dos EUA no início do século XX, que aplicou princípios pragmatistas ao direito. Ele argumentou que enquanto a lógica tem seu lugar no

direito, ela não é tudo. Decisões judiciais também devem levar em consideração o contexto histórico e cultural.

Em resumo, o pragmatismo é uma filosofia centrada na experiência humana, na busca prática da verdade e nas consequências reais das ideias, e tem implicações significativas para a forma como entendemos e aplicamos o direito.

O capítulo 2 foca no pragmatismo jurídico, sua teoria, prática e influência no sistema legal brasileiro, examinando as contribuições de acadêmicos de correntes filosóficas diversas, como Richard Posner, Ronald Dworkin, Robert Alexy, entre outros.

Historicamente, o jusnaturalismo dominou o cenário jurídico, postulando a presença de um direito universal fundamentado na essência humana ou divina. Contudo, com a evolução do pensamento jurídico, emergiu o positivismo jurídico, que reconhecia apenas o direito estabelecido formalmente pela sociedade.

No entanto, percebeu-se que ambos os sistemas tinham falhas. Enquanto o jusnaturalismo carecia de previsibilidade, o positivismo, ao separar direito e moral, falhou em abordar a verdadeira natureza das decisões judiciais. Surgiram, então, as correntes pós-positivistas, entre elas o pragmatismo jurídico.

O pragmatismo, especialmente na visão de Richard Posner, busca alinhar a teoria jurídica à realidade da prática legal. Ele percebeu uma desconexão entre a academia e a prática judicial, identificando deficiências em ambos os lados. Sua ideia era focar no que é eficaz e prático ao invés de teorias abstratas.

O pragmatismo enfrentou críticas, especialmente de Dworkin, que o vê como incoerente com a tradição legal. Todavia, no Brasil, o pragmatismo tem ganhado reconhecimento, sendo inclusive abordado em concursos públicos para a magistratura, e com reflexos recentes na legislação.

Posner é uma figura central no pragmatismo, e precursor da análise econômica do direito nos EUA. Portanto, este capítulo examina a fundo seu pensamento e contribuições.

Nesse sentido, a segunda parte do capítulo discute a "adjudicação pragmática", detalhando 12 princípios chave desta abordagem, entre eles, a consideração das consequências das decisões, a rejeição da distinção entre aplicação e criação de leis, e a ênfase na razoabilidade.

Adicionalmente, a interdisciplinaridade é destacada como fundamental para a tomada de decisão no pragmatismo. Há uma especial atenção à economia e psicologia cognitiva, campos que influenciam diretamente as decisões judiciais. A economia, em particular, é vista como uma parceira do direito, já que ambas estudam comportamentos humanos e tomadas de decisão em contextos de escassez.

Finalmente, o capítulo investiga a relação entre direito e economia, explorando como o pragmatismo jurídico pode se beneficiar de uma perspectiva econômica para resolver problemas legais.

O capítulo 3 analisa como o pragmatismo jurídico pode ser aplicado em casos ambientais complexos, baseado na teoria do "ecopragmatismo". Busca-se entender quais são os casos considerados difíceis sob a ótica do pragmatismo jurídico e se essa abordagem auxilia na resolução de tais casos. Há uma diferenciação entre casos complexos, que têm implicações morais ou econômicas significativas, e os mais rotineiros. A aplicabilidade dessa classificação no contexto brasileiro, influenciado pelo sistema de *civil law*, é discutida, pois pode ajudar a melhorar a eficiência no Poder Judiciário.

O foco principal é compreender quais casos são considerados difíceis sob a perspectiva pragmática e como o pragmatismo pode oferecer respostas mais adequadas, considerando os objetivos da lei e as consequências da decisão. Também se investiga a natureza de casos complexos em direito ambiental.

A análise econômica do direito, já abordada anteriormente, é explorada com ênfase em temas ambientais, discutindo o equilíbrio entre eficiência e impacto social. O texto destaca a relevância da clara alocação de direitos de propriedade e a análise de custo-benefício como ferramentas para resolver externalidades negativas.

A teoria do pragmatismo ambiental busca aplicar conceitos do pragmatismo filosófico a questões ambientais reais. A abordagem pragmática pode ajudar a harmonizar diferentes visões em direito ambiental e oferecer soluções práticas para problemas concretos.

Ao mergulhar nos fundamentos do pragmatismo ambiental, percebe-se que esta abordagem oferece uma maneira promissora e realista de abordar questões ambientais. Em vez de se apegar a ideais rígidos ou abordagens dogmáticas, ela enfatiza a prática, a aprendizagem e a adaptação. Esse foco no que "funciona" pode ser fundamental para enfrentar os desafios ambientais do século XXI.

Nesse ponto, o "antropocentrismo esclarecido" é introduzido como uma visão que considera a percepção humana e seus valores na tomada de decisão ambiental. O pragmatismo reconhece a tensão entre interesses coletivos e individuais, e sugere que as decisões considerem ambas as perspectivas.

Daniel Farber, proeminente acadêmico, é destacado por sua abordagem "ecopragmática". Essa abordagem propõe soluções para desafios centrais do direito ambiental, equilibrando custos, benefícios, incertezas e considerações de curto e longo prazo.

O capítulo explora a teoria de Farber em detalhes, usando o caso *Reserve Mining Co. v. EPA* como um estudo de caso. A teoria de Farber sobre a interação entre economia e meio ambiente, riscos, proteção ambiental mínima e interesses intergeracionais é particularmente examinada.

O capítulo 4 explora e aprofunda o estudo da jurisdição ambiental, práticas judiciais nesta área e as normas de proteção ambiental na constituição

e legislações do Brasil e dos EUA. Busca-se conectar os conceitos de filosofia jurídica discutidos nos capítulos anteriores com casos práticos que serão examinados no capítulo seguinte.

Destaca-se, nesse ponto, que o constitucionalismo moderno enfoca na garantia de direitos fundamentais do indivíduo e do cidadão, essenciais na interpretação e aplicação das leis. Além disso, o constitucionalismo ambiental, em crescimento global, é crucial para a proteção do meio ambiente, fundamental para a qualidade de vida das gerações atuais e futuras.

Inicialmente, o capítulo investiga a origem dos direitos fundamentais, desde o Estado absoluto até o Estado de Direito, passando por marcos importantes como as declarações de direitos na Inglaterra, EUA e França, além de documentos pós-Segunda Guerra Mundial. Ressalta-se que os direitos fundamentais evoluíram conforme o contexto histórico e variam entre culturas.

Examina-se também quais elementos definem um direito como "fundamental", destacando a dignidade humana como elemento central. Adicionalmente, discute-se a classificação histórica das "gerações" de direitos fundamentais, enfatizando o direito a um meio ambiente equilibrado, e se esclarece que os direitos fundamentais não são hierárquicos, mas representam diferentes dimensões de valores em busca de reconhecimento constitucional.

O capítulo prossegue analisando como os tribunais aplicam os direitos fundamentais e resolvem conflitos entre direitos igualmente importantes. O texto destaca a contribuição de Robert Alexy para a teoria dos direitos fundamentais, a distinção entre regras e princípios, e a influência do Tribunal Constitucional Federal alemão quanto ao uso do teste da proporcionalidade. Percebe-se, contudo, que a Suprema Corte dos EUA segue uma abordagem menos influenciada pela teoria alemã, ressaltando o princípio do balanceamento para resolver conflitos de direitos.

Após comparar proporcionalidade e balanceamento, o texto investiga como essas abordagens podem se influenciar mutuamente. São feitas referências às decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão e da Suprema Corte dos EUA devido à sua influência global na jurisprudência dos direitos fundamentais.

O capítulo foca também na existência de um direito fundamental a um meio ambiente equilibrado nas constituições do Brasil e dos EUA. Evita-se conclusões simplistas baseadas na ausência de menção expressa nos textos constitucionais, e se demonstra que outros direitos fundamentais foram reconhecidos implicitamente nos EUA, apesar da jurisprudência cautelosa quanto ao constitucionalismo ambiental.

A seguir, o capítulo discorre sobre a proteção ambiental no âmbito judicial civil, focando na responsabilização por danos ambientais e nos instrumentos processuais nas legislações brasileira e norte-americana. No Brasil, o texto detalha a responsabilidade civil por danos ambientais, suas características, pressupostos, definição e classificação do dano ambiental, condutas lesivas, nexo de causalidade, mencionando-se a ação civil pública como instrumento coletivo para proteção e recuperação ambiental. Também se abordam as dificuldades no cumprimento das decisões judiciais, sugerindo uma abordagem pragmática que considere o contexto factual e as consequências das medidas.

Na sequência, o texto propõe-se a apresentar uma visão abrangente do direito processual civil nos Estados Unidos, com um foco especial no sistema probatório. São citadas as várias fases do processo civil, com ênfase na fase de *Discovery* e na modalidade de prova conhecida como *deposition*. Além disso, são abordados os procedimentos em ações civis ambientais e as *class actions*, que permitem que litigantes se unam como uma "classe" na busca por reparação, permitindo que um ou mais membros do grupo apresentem a ação em nome de todos.

O texto também menciona as dificuldades relacionadas ao cumprimento das decisões em matéria de proteção e reparação ambiental,

destacando que, muitas vezes, os instrumentos processuais disponíveis não são adequados ou suficientes para garantir a efetividade da proteção ambiental. Portanto, é proposta a avaliação de uma abordagem mais pragmática da atividade jurisdicional, na qual o contexto factual e as consequências da medida adotada são considerados, a fim de evitar o deferimento de pedidos cuja realização seja inviável.

Atendendo a linha de pesquisa do programa de pós-graduação da Univali, a última parte deste capítulo é dedicada à análise do transjudicialismo ambiental, que envolve o diálogo judicial transnacional nas cortes constitucionais do Brasil e dos Estados Unidos. O dano ambiental não conhece fronteiras geográficas, e a efetiva proteção ambiental muitas vezes depende da cooperação de diversos atores, tanto estatais quanto não estatais. Nesse sentido, a qualidade da jurisdição ambiental e a efetiva implementação de decisões judiciais passam pelo diálogo judicial transnacional, que busca encontrar as melhores soluções para problemas comuns da humanidade.

O objetivo desta parte do capítulo é investigar a importância da comunicação transjudicial na tomada de decisões e no cumprimento de decisões em matéria ambiental, particularmente nas cortes constitucionais. Em um contexto de globalização jurídica, especialmente diante de demandas transnacionais como as relacionadas ao meio ambiente, a legitimidade de uma decisão não se baseia apenas na sua publicação ou divulgação, mas também em uma motivação adequada e abrangente, que leve em consideração o contexto factual e as suas consequências. Portanto, a inclusão de diferentes perspectivas, provenientes de realidades diversas, é vista como um passo importante em direção ao aprimoramento na tomada de decisão em questões ambientais.

O capítulo conclui que a proteção ambiental é um desafio global e demanda esforços coordenados. A jurisprudência ambiental é um campo em evolução, e a comparação das abordagens judiciais no Brasil e nos EUA oferece *insights* sobre as melhores práticas, bem como as deficiências de cada sistema. A cooperação entre nações e o entendimento mútuo sobre os sistemas judiciais podem auxiliar na proteção mais eficaz do meio ambiente em nível global.

Por fim, o capítulo 5 examina decisões judiciais relacionadas ao meio ambiente sob o olhar do pragmatismo jurídico. São estudados casos relevantes da Suprema Corte dos EUA e do Supremo Tribunal Federal no Brasil. O foco não é avaliar a correção das decisões baseando-se no direito de cada país, mas se foram usados argumentos pragmáticos na decisão.

O estudo de decisões judiciais em casos emblemáticos é fundamental para a tese, pois elas refletem o equilíbrio entre diferentes valores no direito ambiental e mostram como os juízes lidam com esses dilemas. Ao estudar essas decisões, é possível entender melhor os problemas e buscar soluções mais eficazes.

Três categorias guiam a seleção dos casos: 1) regulação governamental; 2) análise de custo-benefício ou uso da "melhor tecnologia disponível"; e 3) equilíbrio entre proteção ambiental e desenvolvimento econômico.

Foram escolhidos três casos julgados pela Suprema Corte de cada país, com paralelos significativos, mas outros julgamentos também são mencionados no decorrer do texto. A análise inclui: 1) um breve histórico do litígio, os pontos controvertidos e o que foi decidido pela corte inferior, quando for o caso; 2) os principais argumentos da Suprema Corte ao decidir a questão; 3) a importância do caso para o direito ambiental no respectivo país; e 4) se foram usadas bases pragmáticas na decisão.

No caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* de 1984, a Suprema Corte dos EUA estabeleceu a doutrina chamada *Chevron deference*, que orienta os tribunais a respeitarem a interpretação razoável de uma agência governamental quando a lei for ambígua. Isso permitiu uma maior flexibilidade na definição de "novas fontes" de poluição do ar.

Já em *Massachusetts v. EPA*, de 2007, a Corte decidiu que a *Environmental Protection Agency* (EPA) tinha autoridade para regular as emissões de gases de efeito estufa, considerando não apenas a letra da lei, mas

também os objetivos gerais da legislação ambiental e o consenso científico sobre as mudanças climáticas.

Em *Tennessee Valley Authority v. Hill*, de 1978, a Suprema Corte dos EUA priorizou a proteção de uma espécie de peixe ameaçada de extinção, impedindo a conclusão de uma barragem, ressaltando o conflito entre preservação ambiental e desenvolvimento econômico.

No Brasil, casos relevantes julgados pelo STF também são analisados à luz do pragmatismo jurídico.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 42, de 2018, que tratou do Novo Código Florestal, o Ministro Luiz Fux destacou a necessidade de equilibrar valores conflitantes na política ambiental e a importância da análise econômica. Nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) n. 747, 748 e 749, a ministra Rosa Weber enfatizou a necessidade de proteção ambiental efetiva. Já as ações judiciais envolvendo a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Pará, especialmente a Suspensão Liminar n. 125, ilustram o desafio de conciliar desenvolvimento econômico com a proteção de comunidades indígenas e do meio ambiente.

Esses casos evidenciam a complexidade e a importância das decisões judiciais no campo ambiental, onde frequentemente se busca um equilíbrio entre desenvolvimento, proteção ambiental e considerações de ordem econômica.

A originalidade da tese, portanto, está em empregar a corrente filosófica do pragmatismo jurídico na resolução de casos difíceis no direito ambiental brasileiro. A singularidade desta abordagem está na sua propensão a buscar soluções fundamentadas em uma diversidade de fontes, abarcando não apenas o campo jurídico, mas também as ciências sociais, naturais e econômicas.

Dentro desse escopo, o "ecopragmatismo" emerge como uma abordagem teórica que procura equilibrar os imperativos de preservação ecológica com as demandas antropocêntricas. A essência deste paradigma,

conforme postulado por Daniel Farber, repousa na compreensão de que a tutela ambiental requer uma dedicação contínua, assemelhando-se mais a uma maratona do que a um *sprint*.³⁸ Aqui reside o potencial impacto social e político da tese.

É importante, ainda, destacar a pertinência da interdisciplinaridade neste campo, e, portanto, o caráter inédito da tese, essência de sua originalidade, pois se trata de tema ainda não suficientemente explorado no país. A integração de conhecimentos advindos de áreas como a psicologia comportamental e a economia mostra-se não apenas enriquecedora, mas também essencial para uma tomada de decisão mais robusta e bem-fundamentada na temática ambiental. Tal intercâmbio epistemológico contribui para consolidar o direito como uma ciência, permitindo que suas conclusões sejam avaliadas por métodos rigorosos.

Além disso, no cenário nacional, observa-se uma lacuna significativa quanto à utilização da análise econômica do direito no contexto ambiental. Portanto, este estudo não só se coloca na vanguarda do pensamento jurídico brasileiro, mas também tem o potencial de enriquecer substancialmente a prática judiciária no país.

A Tese se encerra com a conclusão, nas quais são apresentados aspectos destacados da pesquisa, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a aplicação do pragmatismo jurídico na tomada de decisão de casos difíceis em matéria ambiental.

Quanto à Metodologia, foram considerados os parâmetros adotados pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica

³⁸ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p. 13.

– PPCJ da UNIVALI. Na fase de investigação³⁹ foi utilizado o método indutivo⁴⁰, na fase de tratamento de dados o procedimento cartesiano, e o relatório dos resultados expresso na tese está composto na base lógica-indutiva.

Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente⁴¹, da categoria⁴², do conceito operacional⁴³ e da pesquisa bibliográfica⁴⁴ e jurisprudencial, nacional e estrangeira, aproveitando-se a realização de período de pesquisa na Widener University Delaware Law School (EUA).

Por fim, justifica-se a relevância da dupla titulação no fato de que a Delaware Law School possui um dos programas de direito ambiental mais extensos e antigos do mundo. Foi uma das primeiras faculdades de direito nos Estados Unidos a oferecer regularmente direito ambiental, iniciando em 1981.⁴⁵

Com base nisso, a tese, centrada nos desafios do julgamento de questões ambientais à luz do pragmatismo jurídico, adquire uma profundidade internacional com a dupla titulação com a Widener University Delaware Law School (EUA). Esta colaboração é de suma importância, considerando que o pragmatismo, uma corrente filosófica originada nos Estados Unidos, tem se

³⁹ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. rev., atual., e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

⁴⁰ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 114.

⁴¹ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 69.

⁴² “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 41.

⁴³ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.

⁴⁴ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 217.

⁴⁵ DELAWARE LAW: WIDENER UNIVERSITY. Environmental Rights Institute. Disponível em: <https://delawarelaw.widener.edu/current-students/jd-academics/signature-programs/environmental-law/>. Acesso em: 9 nov. 2023.

destacado, em especial o pragmatismo ambiental, que vincula princípios pragmáticos à resolução de problemas ambientais concretos. A integração com uma instituição de renome como a *Delaware Law School*, reconhecida por sua excelência em direito ambiental, enriquece a pesquisa, possibilitando uma comparação e análise mais aprofundada entre as práticas judiciais brasileiras e norte-americanas em relação às questões ambientais.

A pesquisa foi realizada com apoio institucional do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por meio do Programa de Estímulo ao Aperfeiçoamento dos Magistrados de 1º e 2º Graus da 4ª Região (PEAM), com recursos do Fundo de Aperfeiçoamento de Magistrados (FAM).

Capítulo 1

PRAGMATISMO FILOSÓFICO

"O pragmatismo flexibiliza todas as nossas teorias, torna-as mais ágeis e coloca cada uma em ação".⁴⁶

1.1 PRAGMATISMO FILOSÓFICO CLÁSSICO

No campo da filosofia, "pragmatismo clássico" refere-se a uma corrente filosófica nascida nos Estados Unidos da América (EUA) no final do século XIX, inicialmente destinada a fornecer uma alternativa ao fundacionalismo, ou seja, à visão de que existem crenças inatas e indubitáveis nas quais o conhecimento deve ser baseado.⁴⁷ É, nas palavras de Paulo Ghiraldelli Junior, "a contribuição original dos Estados Unidos para a filosofia universal", cuja criação atribui-se a três pioneiros: Charles Sanders Peirce (1839-1914), William James (1841 - 1910) e John Dewey (1859 - 1952)."⁴⁸

Etimologicamente, o termo "pragmatismo" vem do grego "pragma", que significa "ação" ou "assunto". Originalmente, portanto, o pragmatismo filosófico era entendido como "a consideração das questões filosóficas a partir de um ponto de vista prático." Há, contudo, uma ampliação conceitual no uso do termo, segundo o qual o pragmatismo consiste na "consideração das coisas tendo em vista suas consequências práticas". Nesse sentido, um indivíduo pragmático "é aquele que não se prende de antemão a princípios ideológicos ou

⁴⁶ No original: "*Pragmatism unstiffens all our theories, limbers them up and sets each one at work*". (JAMES, William. **Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking**. 2012. Edição do Kindle. p. 33. Tradução livre).

⁴⁷ MINTZ, Joel A. Some Thoughts on the Merits of Pragmatism as a Guide to Environmental Protection. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, vol. 31, p. 1, 2004.

⁴⁸ GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo** (Primeiros Passos). Tatuapé, SP: Brasiliense, 2017. Edição do Kindle. p. 9.

fundamentações metafísicas, mas sim lida com as questões tendo em vista suas consequências práticas.⁴⁹ A “prática”, nesse aspecto, tem origem no grego *pragma*, que, assim como *práxis*, derivam de *prasso*, que significa “praticar”. E quem pratica “tende a acumular experiências.”⁵⁰

Desse modo, até o século XVIII, definir alguém como pragmatista era atribuir-lhe a característica de pessoa prática, ativa. No idioma inglês, a palavra *pragmatist* designava simplesmente “uma pessoa ocupada (*a busy person*).”⁵¹ No fim do século XIX e início do século XX, a palavra adquiriu um tom pejorativo, e pragmático passou a significar “intrometido, opinioso”, “uma pessoa enxerida (*a busybody*), alguém que se intromete indevidamente nos interesses alheios”, e “pragmatismo”, analogamente, “interferência inoportuna”. Mais recentemente, a palavra ganhou a atual conotação, de alguém que age por conveniência, e não por princípio; alguém que possui uma preocupação maior “com questões factuais, excluindo-se muitas vezes as de natureza intelectual ou artística”; alguém “prático, em contraposição ao idealista”.⁵²

Para Richard Posner, há três razões principais porque esta corrente filosófica surgiu e frutificou nos EUA.

Em primeiro lugar, motivada pela ascensão do comércio e, portanto, do capitalismo norte-americano. Embora não sejam comerciantes, os filósofos “fazem parte da sociedade e absorvem suas atitudes.” Assim, a “filosofia pragmática começou como um pragmatismo cotidiano academizado.”⁵³

Em segundo lugar, a boa receptividade da teoria da evolução de Charles Darwin. De acordo com Posner, a inteligência humana é essencialmente

⁴⁹ KINOUCI, Renato Rodrigues. Notas introdutórias ao pragmatismo clássico. **Scientiae Studia**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 215-26, 2007, p. 215.

⁵⁰ GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo** (Primeiros Passos). p. 20.

⁵¹ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2015. p. 128.

⁵² HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 31.

⁵³ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 24.

instrumental e não contemplativa. O raciocínio teórico dá continuidade ao raciocínio prático, não sendo uma faculdade humana separada.⁵⁴ É o que o autor denomina de “prioridade do empírico”.⁵⁵

Em terceiro lugar, a diversidade religiosa e étnica, e, portanto, moral, dos EUA. Quanto mais diversa e individualista é uma cultura, diz Posner, “mais permeável é a influências externas; e quanto mais livre e móvel a população, menores as certezas.” O pragmatismo, assim, com sua lição de tentativa e erro, “floresce num clima de valores heterogêneos.”⁵⁶

Max Farrand confirma as hipóteses de Posner, ao verificar um “senso comum pragmático” nos autores da Constituição dos EUA, reunidos na Convenção da Filadélfia de 1787. Essa conclusão decorre da análise da conduta e das abordagens adotadas pelos delegados da Convenção, composta majoritariamente por fazendeiros e comerciantes. Apesar de estarem imersos em uma era de intensa especulação filosófica e teorização política, esses indivíduos mostraram uma tendência a priorizar soluções pragmáticas e baseadas em experiências reais, ao invés de se apegarem a teorias abstratas. Farrand observa que, ao enfrentarem os desafios concretos de remediar as falhas da Confederação norte-americana, os membros da Convenção se guiavam predominantemente por suas observações pessoais e conhecimento prático. Este enfoque pragmático foi essencial não apenas para identificar as deficiências específicas da Confederação, mas também para formular uma estrutura constitucional eficaz e duradoura, refletindo assim o senso comum

⁵⁴ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 3.

⁵⁵ Posner dá o seguinte exemplo: “se você fosse um homem que quisesse se casar, faria mais sentido formular um conceito da esposa ideal e depois buscar a melhor aproximação para ele no mundo real ou, sem pré-concepções, tentar conhecer várias mulheres solteiras disponíveis (em termos de idade e formação) e, por meio desse processo exploratório, descobrir que tipo de mulher com quem você seria mais feliz casado? Meu palpite é que a segunda opção, o processo pragmático de busca, seria a mais sensata atualmente, assim como, com certeza, era há 30.000 anos. Isso é verdade em várias outras situações de resolução de problemas, inclusive legais e políticas também.” (POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 25.)

⁵⁶ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 27.

pragmático que Farrand identifica como característica central dos autores da Constituição.⁵⁷

Historicamente, o primeiro impulso à sistematização da filosofia pragmatista foi dado por Charles Sanders Peirce, para quem “o significado de um conceito intelectual caracterizava-se pelas consequências ‘pragmáticas’ (práticas, empíricas) de sua aplicação”.⁵⁸ Porém, foi William James quem pela primeira vez, em 1898, utilizou o termo “pragmatismo” no contexto filosófico. Susan Haack relata que James admitia que “a ideia central do movimento surgira em discussões que travara com Peirce no Clube Metafísico em Cambridge, Massachusetts, logo no início dos anos 1870.” A autora percebe algumas sementes do pragmatismo na série de ensaios anticartesianos que Peirce trouxera a público em 1868.⁵⁹

Pierce e James afirmavam conceber o pragmatismo “não como um corpo de doutrinas filosóficas, mas antes como um método, uma abordagem de questões filosóficas voltada para suas consequências pragmáticas”.⁶⁰ Nasceu como uma teoria relativa ao *modus operandi* da ciência, transmitindo a ideia de um *método* para abordar problemas, sem esquecer o papel da utilidade prática.⁶¹

Explica Marcelo Silvano Madeira:⁶²

Em termos gerais, podemos responder que o pragmatismo é concebido como um método de investigação lógica com o intuito de alinhar teoria e prática. Mas, para não criarmos falsas impressões de que este método seja, assim, um método

⁵⁷ FARRAND, Max. **A criação da Constituição**: a Convenção da Philadelphia de 1787 e a formação do Estados Unidos da América. Tradução de Bruno Santos Cunha, Lucas Pieczarcka Guedes Pinto. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023. p. 58.

⁵⁸ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 31.

⁵⁹ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 31.

⁶⁰ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 32.

⁶¹ KINOCHI, Renato Rodrigues. Notas introdutórias ao pragmatismo clássico. p. 215.

⁶² MADEIRA, Marcelo Silvano. Pragmatismo ou pragmaticismo? Considerações sobre o conceito de pragmatismo a partir da análise do artigo “o que é o pragmatismo”. **Revista Eletrônica Espaço Teológico**, São Paulo, v. 6, n. 10, 2012. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/reveleiteo/article/view/13137>. Acesso em: 23 dez 2021.

“utilitarista” — [...] a origem do termo pragmatismo decorre das ponderações feitas por Peirce a partir de seu trabalho em laboratório em conciliação com seus estudos filosóficos decorrendo, dessa maneira, numa relação entre o conhecimento racional e com o propósito racional. De outro modo, Peirce pretendeu criar um vínculo lógico entre um conhecimento racional e teórico que tenha, por assim dizer, um certo propósito prático e que incidisse sobre a conduta da vida em geral.

Desde o início, a filosofia pragmatista “revelou-se extraordinariamente variada, abarcando uma vasta gama de interesses, área e ângulos”.⁶³ Além de Peirce e James, outro nome de destaque foi John Dewey, que, segundo Posner, foi quem mais contribuiu para o direito e a democracia.⁶⁴ Ao observar seus dois antecessores, Dewey “procurou dissertar sobre o termo experiência de modo a torná-lo mais amplo e útil”, e assim, “reconduziu o termo a seu campo primordial, o da prática social.”⁶⁵

Pela importância ao estudo do pragmatismo clássico, a seguir serão aprofundados os trabalhos destes três pioneiros.

1.1.1 Charles Sanders Peirce (1839-1914)

Graduado em ciências em Harvard, interessava-se por filosofia. Lecionou na universidade Johns Hopkins, onde foi professor de John Dewey. Para Susan Haack, o maior de todos os filósofos norte-americanos.⁶⁶

Segundo William James⁶⁷, Peirce foi quem introduziu o termo pragmatismo na filosofia pela primeira vez, derivando-o do mesmo termo grego que significa ação, da qual se originaram as palavras inglesas *practice* e *practical*.

⁶³ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 32.

⁶⁴ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 10.

⁶⁵ GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo** (Primeiros Passos). p. 12.

⁶⁶ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 158.

⁶⁷ JAMES, William. **Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking**. 2012. Edição do Kindle. p. 28.

Em um artigo intitulado *How to Make Our Ideas Clear*, publicado na revista *Popular Science Monthly* em janeiro de 1878, Peirce, depois de apontar que as crenças das pessoas são realmente regras de ação, afirmou que, para desenvolver o significado de um pensamento, é preciso apenas determinar qual conduta ele está apto a produzir. Essa conduta resolutiva seria o seu único significado. Assim, o fato tangível e concebivelmente prático, por mais sutil que seja, é “a raiz de qualquer distinção real do pensamento”, e “não há distinção de significado por mais fina que seja que não consista numa possível diferença da prática.”⁶⁸

De acordo com o autor em questão, para atingir a clareza perfeita nos pensamentos sobre um determinado objeto, é preciso apenas considerar quais os efeitos concebíveis o objeto pode envolver na prática, ou seja, quais sensações se deve esperar dele e quais reações merecem ser preparadas. A concepção desses efeitos, sejam eles imediatos ou remotos, é, então, a totalidade da concepção do objeto, na medida em que tenha um significado positivo. Este é o chamado “princípio de Peirce”, em suma, o “princípio do pragmatismo”.⁶⁹

Contudo, a despeito de ter sido o precursor da corrente filosófica denominada pragmatismo, preferiu, em sua última fase, chamá-la de “pragmaticismo”, para diferenciá-la das muitas vertentes homônimas que floresciam nas primeiras duas décadas do século XX.⁷⁰

Com poucas obras publicadas nas décadas de 1880 e 1890, Peirce inspirou duas gerações de pragmatistas, entre os quais William James e John

⁶⁸ PEIRCE, Charles Sanders. **Como tornar as nossas ideias claras**. Collected Papers V, pp. 388-410. Tradução de António Fidalgo. p. 11. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-peirce-how-to-make.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

⁶⁹ JAMES, William. **Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking**. p. 29.

⁷⁰ Renato Rodrigues Kinouchi menciona episódio em que Peirce dizia que “sua criança (o pragmatismo) havia sido raptada”, e posteriormente, “para circunscrever sua definição original, ele a rebatizou de pragmaticismo — um nome ‘feio o suficiente para ficar a salvo de raptadores’”. (KINOUCI, Renato Rodrigues. Notas introdutórias ao pragmatismo clássico. p. 217)

Dewey. É, na opinião de John Shook, um dos principais responsáveis para que o pragmatismo seja “hoje uma tradição filosófica americana viva e frutífera.”⁷¹

Shook explica que a filosofia de Peirce “parte de um ponto de vista empirista que rejeita todas as espécies de dualismos.” De acordo com o empirismo, “todo conhecimento decorre de eventos da experiência visual, auditiva, gustativa, olfativa e tátil que o homem tem do mundo através do uso dos sentidos.” O empirismo pragmático, por seu turno, não era dualista, pois “negava que a experiência humana se desse fora do mundo natural.” A experiência, nesse caso, “é experiência imediata de coisas que estão no ambiente em que vivemos.” Quando observamos um objeto, “é simplesmente o próprio objeto que é experienciado, e não algum tipo de ideia contida na mente e causada por um objeto externo.”⁷²

Em razão de sua formação acadêmica, “Peirce entendia a experiência (*experience*) como ‘experimento’ (*experiment*), ou seja, como prática de laboratório.”⁷³ Assim, considerando que todo conhecimento tem origem na experiência (princípio do empirismo), “nosso conhecimento está protegido do ceticismo quando concebemos nossa experiência do mundo natural real ao nosso redor.”⁷⁴

Podem-se apontar quatro princípios básicos do empirismo peirciano, descritos na obra *Some Consequences of Four Incapacities*, publicada pela primeira vez em 1868, em espírito de oposição ao método cartesiano:⁷⁵

⁷¹ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 32.

⁷² SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 33.

⁷³ GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo** (Primeiros Passos). p. 12.

⁷⁴ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 35.

⁷⁵ “No último número desta revista será encontrada uma peça intitulada ‘Questões sobre certas faculdades reivindicadas para o homem’, que foi escrita neste espírito de oposição ao cartesianismo. Essa crítica de certas faculdades resultou em quatro negações, que por conveniência podem ser repetidas aqui: 1. Não temos o poder da introspecção, mas todo conhecimento acerca do mundo externo deriva, por raciocínio hipotético, de nosso conhecimento acerca de fatos externos. 2. Não temos o poder da intuição, mas todo ato de cognição é determinado logicamente por atos de cognição anteriores. 3. Não temos o poder de pensar sem uso de signos. 4. Não podemos conceber o absolutamente incognoscível.”

In the last number of this journal will be found a piece entitled "Questions concerning certain Faculties claimed for Man," which has been written in this spirit of opposition to Cartesianism. That criticism of certain faculties resulted in four denials, which for convenience may here be repeated:

- 1. We have no power of Introspection, but all knowledge of the internal world is derived by hypothetical reasoning from our knowledge of external facts.*
- 2. We have no power of Intuition, but every cognition is determined logically by previous cognitions.*
- 3. We have no power of thinking without signs.*
- 4. We have no conception of the absolutely incognizable.*

Os dois primeiros princípios são essenciais para bem compreender o pragmatismo de Peirce. De acordo com o primeiro princípio, o conhecimento humano deriva de nossa experiência imediata do mundo. O conhecimento “não se inicia com nossa própria mente ou em nossa própria experiência psíquica,” ainda que “possamos aprender como funcionam nossas mentes estudando o modo como conhecemos o mundo.” O segundo princípio proclama que “todo conhecimento adquirido precisa da contribuição de outros tipos de conhecimento já adquiridos.” O conhecimento “surge gradualmente a partir de hábitos mais simples de ação em nossa infância.”⁷⁶

Peirce, portanto, não acreditava na existência de “poderes especiais de introspecção ou intuição”, mas também não afirmava que a única alternativa remanescente seria o ceticismo. Assim como os demais pragmatistas, sustentava que “os processos do pensamento devem ser avaliados tendo como critério sua capacidade de nos ajudar na realização de nossas atividades no mundo.”⁷⁷

Marcelo Silvano Madeira diz que Peirce se refere indiretamente a Descartes quando menciona que: “Um deles propõe que comecemos por duvidar

(PEIRCE, Charles Sanders. **Some Consequences of Four Incapacities** (Readings in Pragmatism Book 4). Local Vandals Publishing, 2020. Edição do Kindle. p. 5.)

⁷⁶ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. pp. 49/50.

⁷⁷ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 51.

de tudo, e por dizer que só há uma coisa de que não podemos duvidar, como se duvidar fosse ‘tão fácil quanto mentir’”. E explica:⁷⁸

Para Peirce, a adoção desse tipo de raciocínio é uma das formas mais absurdas de se iniciar uma filosofia, mesmo que seja um simples método, esse método não busca descobrir a verdade ou a falsidade de uma proposição que se deseja conhecer, mas, apenas, busca atingir uma certeza que dúvida alguma possa abalar. Esse tipo de abordagem filosófica opta por adotar um estado subjetivista, psicológico, em detrimento a um estado objetivista de conhecimento, lógico.

Peirce critica, assim, o método cartesiano “por anular todo conhecimento prévio, toda certeza, ao instaurar uma dúvida, mesmo que seja uma dúvida metódica.” Peirce não concebe “abdicar do conhecimento prévio, já fundamentado na experiência, em detrimento de um método ‘faz-de-conta’, um processo da imaginação.”⁷⁹

Em suma, considerando que “a experiência sempre se refere à nossa interação com o mundo”, o pragmatismo peirceano pode ser visto como o resultado da associação do empirismo ao naturalismo darwiniano.⁸⁰

1.1.2 William James (1842-1910)

Formado em medicina por Harvard, William James tinha interesse especial em psicologia. Como a psicologia teorizava sobre o funcionamento da mente, era considerada na época parte da filosofia.⁸¹

James lecionou psicologia e filosofia em Harvard. Foi amigo de Charles Peirce, tendo influenciado a obra de John Dewey.

⁷⁸ MADEIRA, Marcelo Silvano. Pragmatismo ou pragmaticismo? Considerações sobre o conceito de pragmatismo a partir da análise do artigo “o que é o pragmatismo”.

⁷⁹ MADEIRA, Marcelo Silvano. Pragmatismo ou pragmaticismo? Considerações sobre o conceito de pragmatismo a partir da análise do artigo “o que é o pragmatismo”.

⁸⁰ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. pp. 52/53.

⁸¹ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 87.

Sob a influência de Peirce, declarou, em 1898, sua adesão ao pragmatismo, defendendo sua versão do pragmatismo empírico contra as duas filosofias dominantes daquela época: o realismo e o idealismo.⁸²

De acordo com James, a experiência é direcionada ativamente a um objetivo. “Nossos pensamentos visam a controlar nossa conduta, de modo que todos os pensamentos são direta ou indiretamente envolvidos na decisão sobre como agir.” A experiência humana, desse modo, não é apenas um processo, ela é também criativa. “A função que os pensamentos têm de controlar nossas ações e incorporar aspectos de pensamentos anteriores sem ser completamente predeterminados por eles confere ao ser humano o livre-arbítrio.” A psicologia de James conferia, assim, suporte a seu pragmatismo, asseverando que “os pensamentos devem estar a serviço das atividades do ser humano.”⁸³

Com efeito, James parte de um ponto de vista “mais psicológico” no que diz respeito ao conceito de “experiência”. Não desprezava “a maneira pela qual Peirce, como ‘homem de laboratório’, via a experiência, mas trouxe o termo para perto da noção de ‘vivência’.⁸⁴ Dizer que uma crença é verdade, de acordo com James, é dizer que a crença é bem-sucedida em fazer sentido no mundo e não é contrariada pela experiência.⁸⁵ Em sua ótica, portanto, o pragmatismo era um “método para a verdade,”⁸⁶ , a qual deve ter um valor prático em termos de experiência. Segundo ele:

Pragmatism asks its usual question. "Grant an idea or belief to be true," it says, "what concrete difference will its being true make in any one's actual life? What experiences [may] be different from those which would obtain if the belief were false? How will the truth be realized? What, in short, is the truth's cash-value in experiential terms?" The moment pragmatism asks this question, it sees the answer: TRUE IDEAS ARE THOSE THAT WE CAN

⁸² SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 88.

⁸³ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 101.

⁸⁴ GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo** (Primeiros Passos). p. 12.

⁸⁵ PARKER, Kelly A. Pragmatism and environmental thought. In: LIGHT, Andrew; KATZ, Eric (editores). **Environmental pragmatism**. Nova York: Routledge, 1996, p. 22.

⁸⁶ GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo** (Primeiros Passos). p. 13.

*ASSIMILATE, VALIDATE, CORROBORATE, AND VERIFY. FALSE IDEAS ARE THOSE THAT WE CANNOT. That is the practical difference it makes to us to have true ideas; that therefore is the meaning of truth, for it is all that truth is known as.*⁸⁷

John Shook relata que James foi bastante religioso em toda a sua vida. Acreditava que “a religião e a moralidade estão relacionadas e que elas não poderiam existir isoladas uma da outra”.⁸⁸ Ainda segundo Shook, a ideia jamesiana de religião é uma teoria empirista, pois “alega que as crenças religiosas são oriundas da experiência humana e porque ele pensa que o valor da religião está na utilidade da religião nesta vida mortal.” Igualmente, é uma teoria pragmática, pois “afirma que a verdade das crenças religiosas deve ser testada com base nas consequências da conduta do crente enquanto este vive sua vida mortal.” James defendia que “o real valor da religião é que ela aumenta a felicidade humana nesta vida, e não em uma possível vida após a morte.”⁸⁹

Para James, o progresso religioso é mais célere nas sociedades democráticas porque estas toleram a diversidade religiosa e a divergência,⁹⁰ o que corrobora a hipótese de Posner sobre um dos motivos por que o pragmatismo floresceu nos EUA.

Segundo John Shook, o pragmatismo de James está relacionado ao seu “empirismo radical”, segundo o qual “todas as coisas discutidas pela

⁸⁷ "O pragmatismo faz sua pergunta usual. 'Suponha que uma ideia ou crença seja verdadeira', ele diz, 'qual diferença concreta isso fará na vida real de alguém? Quais experiências podem ser diferentes daquelas que ocorreriam se a crença fosse falsa? Como a verdade será realizada? Em resumo, qual é o valor prático da verdade em termos de experiência?' No momento em que o pragmatismo faz essa pergunta, ele vê a resposta: IDEIAS VERDADEIRAS SÃO AQUELAS QUE PODEMOS ASSIMILAR, VALIDAR, CORROBORAR E VERIFICAR. IDEIAS FALSAS SÃO AQUELAS QUE NÃO PODEMOS. Essa é a diferença prática que faz para nós ter ideias verdadeiras; portanto, esse é o significado da verdade, pois é tudo o que a verdade é conhecida como." (JAMES, William. **The meaning of truth: a sequel to 'Pragmatism'**. The Project Gutenberg eBook. 2004. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/cache/epub/5117/pg5117-images.html#link2> Acesso em: 15 nov. 2023. Tradução livre.)

⁸⁸ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 103.

⁸⁹ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 109.

⁹⁰ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 113.

filosofia devem ser definidas apenas com termos extraídos da experiência”. Toda realidade, de acordo com James, “é formada por várias experiências.”⁹¹

Radicalizar o empirismo, no entendimento de James, “significava fazer da experiência uma pedra de toque melhor para obter resultados sobre decisões que se necessitava tomar, quando do julgamento a respeito de se um enunciado é ou não verdadeiro.”⁹²

James se baseou em dois princípios fundamentais para construir sua versão do pragmatismo. Em primeiro lugar, “um pensamento ou ideia sempre leva a outros pensamentos futuros na experiência. Os pensamentos não são passivos e desligados um do outro.” Em segundo lugar, “os pensamentos têm sentido apenas porque sempre se referem a outra experiência e podem ajudar a produzir outras experiências, motivando-nos a agir.”⁹³

Para James, quando se tem uma oportunidade de aprender com outras pessoas e comparar os pensamentos sobre o mundo, é possível fazer experimentos com pensamentos para observar se se produz as consequências pretendidas. A teoria jamesiana da verdade, esclarece John Shook, explica como se pode avaliar as ideias testando suas consequências pretendidas. A verdade das ideias, nesse sentido, “somente pode ser determinada se as ideias têm consequências práticas; duas ideias diferentes podem ser comparadas se suas consequências práticas são diferentes.” Assim como Peirce, James entendia que o método pragmático de avaliar ideias com base em suas consequências práticas, que também pode ser usado na filosofia, é a essência do método científico.⁹⁴

Renato Rodrigues Kinouchi considera que o pragmatismo jamesiano está associado ao *practicalismo*, e, portanto, contido em sua visão de ciência. Ainda que se refira “ao deleite teórico proporcionado pela ciência, seu

⁹¹ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. pp. 113, 115, 116.

⁹² GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo** (Primeiros Passos). p. 14.

⁹³ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 119.

⁹⁴ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 119.

aspecto contemplativo”, James pensava as teorias científicas “do ponto de vista de sua utilidade prática, como guias de nossas ações no mundo.”⁹⁵

No ponto, esclarecedor é o seguinte trecho de James, transcrito da obra *Pragmatism*, publicada em 1907:⁹⁶

The pragmatic method is primarily a method of settling metaphysical disputes that otherwise might be interminable. Is the world one or many? — fated or free? — material or spiritual? — here are notions either of which may or may not hold good of the world; and disputes over such notions are unending. The pragmatic method in such cases is to try to interpret each notion by tracing its respective practical consequences. What difference would it practically make to anyone if this notion rather than that notion were true? If no practical difference whatever can be traced, then the alternatives mean practically the same thing, and all dispute is idle. Whenever a dispute is serious, we ought to be able to show some practical difference that must follow from one side or the other's being right.

James relata que costumava perguntar aos alunos em sala de aula: em que aspectos o mundo seria diferente se esta ou aquela alternativa fosse verdadeira? Se eu não consigo encontrar nada que a tornasse diferente, então a alternativa não faz sentido.⁹⁷

Referindo-se ao sistema da *common law*,⁹⁸ James dizia que os juízes às vezes falam do direito de modo a fazer seus ouvintes pensarem que

⁹⁵ KINOCHI, Renato Rodrigues. Notas introdutórias ao pragmatismo clássico. p. 219.

⁹⁶ “O método pragmático é primordialmente um método de liquidar disputas que, de outro modo, seriam intermináveis. O mundo é uma unidade ou uma multiplicidade? Determinado ou contingente? Material ou espiritual? – uma ou outra dessas ideias pode estar certa ou não a respeito do mundo; disputas baseadas nessas ideias são infundáveis. O método pragmático, nesses casos, propõe interpretar cada ideia localizando suas respectivas consequências práticas. Que diferença faria para alguém, na prática, se esta ou aquela ideia fosse a verdadeira? Se não for localizada uma diferença prática, as alternativas têm, na prática, o mesmo sentido, o que toma vã toda a disputa. Ao nos depararmos com uma disputa séria, devemos ser capazes de demonstrar alguma diferença prática que deve resultar necessariamente do fato de um ou outro lado litigante estar com a razão”. (JAMES, William. **Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking**. p. 28).

⁹⁷ JAMES, William. **Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking**. p. 28.

⁹⁸ Ao longo da maior parte da história dos Estados Unidos, o sistema da *common law* foi o principal método de resolução de disputas judiciais. Em 1854, o Juiz Lemuel Shaw, da Suprema

aquele diz respeito a entidades pré-existentes às decisões, determinando-as inequivocamente e exigindo obediência. Entretanto, o direito, assim como o idioma, em vez de serem princípios, são resultados. As distinções entre o lícito e o ilícito na conduta, ou entre o correto e o incorreto no discurso, surgiram incidentalmente entre as interações das experiências dos homens em detalhes, e de nenhuma outra forma crescem as distinções entre o verdadeiro e o falso na crença. A verdade se enxerta na verdade anterior, modificando-a no processo, assim como o idioma se enxerta no idioma anterior e o direito no direito anterior. Diante de uma lei anterior e um caso novo, o juiz os transforma em novo direito. “*Previous truth; fresh facts: — and our mind finds a new truth.*”⁹⁹

Em conclusão, para James, o pragmatismo mostra hostilidade apenas em relação a opiniões metafísicas que não podem ser avaliadas por meio das suas consequências práticas na experiência humana.¹⁰⁰

1.1.3 John Dewey (1859-1952)

Doutor em Filosofia pela Universidade Johns Hopkins, John Dewey lecionou nas universidades de Michigan, Chicago e Columbia, onde se aposentou. Na universidade de Chicago, foi chefe do Departamento de Filosofia, Psicologia e Pedagogia.¹⁰¹

Sua filosofia também iniciou sob o impacto das teorias evolucionárias do século XIX, particularmente o darwinismo. Dewey “considerava as habilidades humanas em continuidade com a história natural

Corte de Massachusetts, descreveu a *common law* como “um conjunto de princípios amplos e abrangentes, alicerçados na razão, na justiça natural e em uma política pública esclarecida, modificados e adaptados às circunstâncias de todos os casos particulares que se enquadram nele” (*Norway Plains Co. v. Boston & Maine R.R.*, 67 Mass. 263, 267 (1854)). No original: “*a few broad and comprehensive principles, founded on reason, natural justice, and enlightened public policy, modified and adapted to the circumstances of all the particular cases which fall within it*”). Essa afirmação mostra por que o pragmatismo ainda é tão evidente na prática judicial norte-americana.

⁹⁹ “Verdade anterior; fat os novos: — e nossa mente encontra uma nova verdade.” (JAMES, William. **Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking**. p. 139. Tradução livre).

¹⁰⁰ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 120.

¹⁰¹ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 137.

das espécies.” O enfoque naturalista de seu pensamento foi influenciado pela obra de William James.¹⁰²

De acordo com Renato Rodrigues Kinouchi, a percepção de que o pragmatismo de Peirce é de natureza lógica e o de James, humanista, possibilitou Dewey “sintetizar um novo tipo de pragmatismo que, em uma linguagem atualizada, entrelaça valores cognitivos, éticos e sociais.” O pragmatismo elaborado originalmente por Peirce “era um método de esclarecer conceitos ou representações concernentes a termos teóricos presentes na ciência,” ou seja, “tratava-se de uma questão de otimização do raciocínio, dizendo respeito mais a valores cognitivos.” James, por sua vez, interpretou essas noções “em um outro contexto, aplicando-as a temas muito mais abrangentes, especialmente a questões de natureza ética e religiosa.” Nesse momento, o pragmatismo começou a se ocupar de valores éticos e sociais, transcendendo aquilo que Peirce originalmente imaginara.¹⁰³

A filosofia da educação foi um campo em que Dewey se destacou. Segundo ele, a “parte mais significativa do aprendizado é a solução habilidosa de problemas. [...] Cria crenças e habilidades verdadeiramente novas. É diferente de memorização e de imitação. [...] não duplica o que os outros já fizeram.” Desse modo, “a necessidade de buscar uma melhor solução de problemas nunca termina”,¹⁰⁴ sendo função da inteligência, precisamente, controlar a formação de juízos valorativos.

Nas palavras de Dewey:¹⁰⁵

¹⁰² KINOUCI, Renato Rodrigues. Notas introdutórias ao pragmatismo clássico. pp. 221 e 223.

¹⁰³ KINOUCI, Renato Rodrigues. Notas introdutórias ao pragmatismo clássico. p. 222.

¹⁰⁴ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. pp. 140, 159.

¹⁰⁵ “Seguem-se duas conclusões importantes para a educação. (1) A experiência é primordialmente um caso de atividade-passividade; não é primordialmente cognitiva. Porém, (2) a medida do valor de uma experiência está na percepção das relações ou continuidade às quais essa experiência conduz. Ela inclui a cognição, na medida em que é cumulativa ou remete a algo ou tem um sentido.” (DEWEY, John. **Democracy and Education**. The John Dewey Collection. Blackmore Dennett, 2019. Edição do Kindle. p. 128.)

Two conclusions important for education follow. (1) Experience is primarily an active-passive affair; it is not primarily cognitive. But (2) the measure of the value of an experience lies in the perception of relationships or continuities to which it leads up. It includes cognition in the degree in which it is cumulative or amounts to something, or has meaning.

Em sua época, o realismo científico confrontou-se com dois rivais: o "ceticismo" e o "antirrealismo". John Shook explica que o realista científico “não apenas sustenta que existe de fato uma realidade que transcende a experiência, como também sustenta que a ciência visa legitimamente ao conhecimento dessa realidade e possui esse conhecimento.” Por sua vez, o cético “é um realista transcendentalista que não questiona a realidade fora da experiência, nem os esforços da ciência em adquirir conhecimento acerca dessa realidade”, porém questiona se a ciência de fato conseguiu adquirir algum conhecimento. O antirrealista, assim, “rejeita como incoerente a ideia de que a ciência deve tentar conhecer alguma coisa dotada de realidade fora da experiência.”¹⁰⁶

Para Dewey, uma filosofia pragmática da ciência deve assumir o posicionamento antirrealista, pois o pragmatista afirma que “as entidades transcendentais não são objetos próprios do conhecimento científico.” Isso não significa que não exista uma realidade fora da experiência, mas sim que “a ciência não deve tentar descrever corretamente seus postulados nunca observáveis.” O antirrealista “não interpreta teorias científicas como se elas tentassem descrever corretamente a realidade transcendente.”¹⁰⁷

Nesse aspecto, Dewey compreende a experiência “não como algo que diz respeito exclusivamente a eventos que ocorrem na mente de observadores passivos”, mas sim “como um processo natural que ocorre sempre que seres humanos interagem ativamente com seu ambiente.”¹⁰⁸

¹⁰⁶ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 199.

¹⁰⁷ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. pp. 199, 200, 202

¹⁰⁸ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 205.

Sua definição de experiência o levou a reconhecer no sistema de precedentes um aprimoramento do sistema jurídico. Para Dewey, geralmente não há a concepção de um princípio geral de justiça, nem de um direito positivo promulgado como a vontade expressa do povo. A princípio, o juiz ou governante não pode agir por nenhum direito posto, exceto o de manter os costumes. Cada decisão é então um caso especial. Um passo à frente é dado quando os chefes, anciãos ou sacerdotes da tribo decidem os casos, não independentemente de todos os outros, mas de acordo com certos precedentes ou costumes. Estabelece-se assim uma tradição jurídica que, por mais imperfeita que seja, tende a ser mais imparcial do que o arbitrário capricho do momento, suscetível de ser influenciado pela posição ou poder das partes envolvidas. Um direito baseado em precedentes ou na tradição é, assim, o método normal neste ponto.¹⁰⁹

Discorrendo sobre a teoria de Dewey, John Shook considera falsa a distinção entre justificações epistêmicas e pragmáticas para a crença em teorias científicas. O uso gratuito do termo “epistêmico”, diz Shook, no sentido de algo que é “relevante para a verdade”, identifica tudo que é pragmático como “contrário ao apoio evidencial de uma teoria”. Nesse sentido, a “ideia mesma de razões pragmáticas para a crença na verdade de uma teoria deve ser classificada como uma contradição em termos.” Contudo, do ponto de vista do pragmatismo, não deve haver qualquer razão, seja ela de ordem epistêmica ou pragmática, para crer que é correta a teoria sobre postulados nunca observáveis. Logo, no caso de teorias sobre postulados observáveis, desmorona a definição epistêmico-pragmática. Assim, “Usar pragmaticamente uma teoria para produzir o postulado observável é o mesmo que encontrar experimentalmente a melhor evidência em relação à justificação racional para a aceitação dessa teoria.”¹¹⁰

Em outras palavras, o pragmatismo não pretende desprezar a noção de teorias científicas como modelos de realidade. O que deve ser

¹⁰⁹ DEWEY, John; TUFTS, James Hayden. **Ethics**. The John Dewey Collection. Blackmore Dennett, 2019. Edição do Kindle. p. 1251.

¹¹⁰ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 206.

descartado, para John Shook, é a ideia de que “as teorias são modelos simplesmente por serem representações.”¹¹¹ Por conseguinte, O pragmatismo não é hostil a todas as teorias, mas sim àquelas que são consideradas inúteis.

Desse modo, o teste de uma teoria científica, segundo o pragmatismo deweyano, “é sua capacidade de guiar, de modo seguro e eficiente, a produção do objetivo da teoria.” O pragmatismo, assim, rende-se “ao objetivismo do realista científico, propondo que o objetivo de uma teoria é direcionar a aplicação de tecnologia com vistas a produzir seu objeto onde ele antes não existia.”¹¹²

1.2. PRAGMATISMO FILOSÓFICO CONTEMPORÂNEO

Adormecido desde a década de 1930, o pragmatismo filosófico tem sido objeto de um reavivamento nas últimas décadas. O também denominado "neopragmatismo" remete ao desenvolvimento, no fim do século XX, de uma teoria associada “aos ataques de Richard Rorty ao fundacionalismo, ao essencialismo e ao cientismo.”¹¹³

Além de Rorty, outro nome de destaque nesse campo é Susan Haack, professora de direito e filosofia da Universidade de Miami. Pela importância do trabalho de ambos no âmbito da filosofia pragmatista contemporânea, apresenta-se a seguir um resumo de suas ideias.

1.2.1 Richard Mckay Rorty (1931 – 2007)

Filósofo norte-americano com doutorado na Universidade de Yale, é tido por Richard Posner como “o filósofo pragmático contemporâneo eminentemente legível.”¹¹⁴

¹¹¹ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 207.

¹¹² SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 207.

¹¹³ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 31.

¹¹⁴ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 9.

Rorty combatia a corrente filosófica que se conhece por fundacionalismo, isto é, a “ideia de que os padrões para se definir evidências melhores ou piores, crenças mais justificáveis e menos justificáveis, não devem ser simplesmente convencionais, mas fundados em alguma relação de justificação e verdade”.¹¹⁵ Para ele, “crenças e sentenças são verdadeiras ou falsas sempre em razão de sua relação com outras crenças e sentenças, e não com algo mais básico ou profundo que seja indiscutível, evidente, óbvio, ou qualquer adjetivo dessa estirpe.”¹¹⁶

Rorty não negava a existência da verdade. Sua filosofia pragmatista suspeita da distinção aparência-realidade. Afirmava que “há várias maneiras de enunciar o que está acontecendo, e nenhuma delas aproxima-se mais do que outras da forma como as coisas são em si mesmas”. Por isso, sugeria que a distinção aparência-realidade fosse abandonada “em favor da distinção entre modos de falar mais e menos úteis.”¹¹⁷

Segundo o autor, “Os pragmatistas pensam que se algo não faz diferença na prática, então não deve fazer diferença para a filosofia”, que progredirá melhor sem as noções de “natureza intrínseca da realidade” e “correspondência com a realidade”. Refere que “essa convicção faz com que eles (pragmatistas) suspeitem da distinção entre justificação e verdade, pois essa diferença não tem utilidade para minhas decisões sobre o que fazer.”¹¹⁸

Para Rorty, se um objetivo for considerado como algo do qual se possa dizer que se está mais próximo ou mais distante, a contribuição do pragmatismo é mostrar que a verdade não é objetivo de investigação, visto que “não temos como saber a que distância estamos da verdade, nem mesmo se estamos mais próximos dela do que nossos ancestrais”.¹¹⁹ Do ponto de vista

¹¹⁵ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 62.

¹¹⁶ TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito e a urgência de um “pós-pós-positivismo” no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 29.

¹¹⁷ RORTY, Richard. **Verdade e progresso**. Barueri, SP: Manole, 2005. p. VII.

¹¹⁸ RORTY, Richard. **Verdade e progresso**. p. 3.

¹¹⁹ RORTY, Richard. **Verdade e progresso**. p. X.

pragmático, portanto, a finalidade da investigação não é atingir a verdade, mas solucionar problemas, uma vez que a investigação não caminha para um ponto estático, pois seus horizontes estão continuamente se expandindo, conforme se apresentam novos problemas.

Sobre esse ponto, Rorty explica que:¹²⁰

[...] o único critério que temos para aplicar a palavra verdade é a justificação, e esta depende sempre de um público. Assim, ela depende também das opiniões desse público – dos propósitos que ele deseja atingir e da situação em que se encontra. Isso significa que a pergunta “Nossas práticas de justificação levam à verdade?” é tão irresponsável quanto não pragmática. Ela é irresponsável porque não há como privilegiar nossos objetivos e interesses atuais. E ela não é pragmática porque a sua resposta não faria qualquer diferença em nossa prática.

Nessa linha, o autor sustenta que “a explicação da ‘verdade’ e da ‘moralidade’ é uma questão de detalhamento da cultura dentro da qual tais noções se desenvolveram.” A verdade, nesse sentido, “é sempre relativa à linguagem, e a linguagem é sempre uma criação humana. Isso equivale a dizer que a noção de verdade é uma propriedade de um instrumento criado por seres humanos”.¹²¹

O autor concordava com a afirmação de que, quando um enunciado é qualificado como “verdadeiro”, está-se em uma situação diferente daquela em que se fala que um enunciado é “bem justificado”. No entanto, ponderava que, em determinado limite, não há como separar, de modo rígido, uma coisa de outra. De fato, “dizer que um enunciado *p* qualquer é verdadeiro é algo válido para um determinado momento *T*, para um específico lugar *X* e para um encontrável público *W*.” Todo enunciado, ao ser chamado de “verdadeiro”, está sendo qualificado como “bem justificado”, ou seja, “verdadeiro neste

¹²⁰ RORTY, Richard. **Verdade e progresso**. p. XI.

¹²¹ TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito e a urgência de um “pós-pós-positivismo” no Brasil**. p. 40.

momento, para este público que está aqui, segundo as informações que este público possui".¹²²

Em seu projeto contra o fundacionalismo, Rorty defendia que a filosofia "não teria mais razão para se circunscrever à atividade de encontrar fundamentos últimos (ou primeiros), de caráter metafísico e/ou epistemológico, para toda a cultura, para toda a ação humana."¹²³

Compartilhava do ponto de vista de William James, no sentido de que "atribuições de realidade ou verdade são [...] tributos que prestamos a entidades e crenças que se distinguiram, deram sua contribuição, demonstraram ser úteis e, portanto, foram incorporadas às práticas sociais aceitas."¹²⁴

Logo, para saber se uma crença é verdadeira, "o máximo que podemos fazer, dentro do contexto vivido, é refletir sobre se essa crença se encontra, no momento e na contingência, adequadamente justificada," ou seja, nas palavras de Rorty, "buscando e acessando razões adicionais a favor e contra". "Eventual acerto e erro, com distinção entre verdade e justificação, mostra-se clara apenas na medida em que o tempo, exercendo sua autoridade, passe a nos permitir olhar para trás e dizer: ali eu acertei e ali eu errei."¹²⁵

Por esse motivo, Rorty, assim como Dewey, acreditava que o estilo de pensamento pragmatista pode se estender a campos não filosóficos, inclusive a atividade de julgar (adjudicatória), com bons resultados.¹²⁶

1.2.2 Susan Haack (1945)

Outra importante filósofa pragmatista contemporânea é Susan Haack. Sua abordagem, por ela mesma chamada de "funderentismo"

¹²² GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo** (Primeiros Passos). p. 101.

¹²³ GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo** (Primeiros Passos). p. 90.

¹²⁴ TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito e a urgência de um "pós-pós-positivismo" no Brasil**. p. 35.

¹²⁵ TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito e a urgência de um "pós-pós-positivismo" no Brasil**. p. 38.

¹²⁶ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 33.

(*foundherentism*), concilia os “elementos plausíveis do fundacionalismo (por conferirem um papel apropriado à experiência) e do coerentismo (por também conferirem um papel apropriado ao apoio mútuo entre crenças).” Embora se trate de neologismo, a autora sustenta que as ideias são essencialmente semelhantes: “a abordagem ‘baseada em fatos’ é fundacionalista em estrutura e espírito, a abordagem ‘baseada em histórias’ é coerentista, e o funderentismo mostra que podemos combinar os pontos fortes, e evitar os fracos, de ambas as teorias.”¹²⁷

Marcelo Meireles Lobão assim distingue as três teorias (coerentismo, fundacionalismo e funderentismo):¹²⁸

(O coerentismo) baseia-se na ideia de que um enunciado será verdadeiro se integrar um conjunto coerente de proposições fáticas. Parte de uma visão algo cética, quer quanto à existência de fenômenos empíricos independentes do sujeito cognoscente, quer quanto à possibilidade de se produzirem conhecimentos seguros acerca dessa realidade. Taruffo (2012, p. 97) alude a essa concepção construtivista ou “radicalmente contextualizada da verdade” como conhecimento circular ou em rede.

O fundacionalismo, por sua vez, assenta-se em uma noção oposta: do ponto de vista metafísico, prega que existe um mundo real. Sob a perspectiva gnosiológica, os fundacionalistas sustentam que o conhecimento objetivo acerca dos elementos constitutivos do mundo – as crenças básicas – está ao alcance do sujeito cognoscente, embora sem a pretensão de que esse conhecimento seja infalível.

[...]

Afirma Michele Taruffo que o núcleo do funderentismo é a *inferência justificada* que, segundo ele, consiste na confirmação ou refutação do enunciado com base na prova e, eventualmente, em fatos secundários e na credibilidade da fonte da prova.

¹²⁷ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 158.

¹²⁸ LOBÃO, Marcelo Meireles. *Quaestio facti*: uma crítica à teoria funderentista de Susan Haack. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. Salvador, v. 4, n. 1, p. 1 – 22, 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/3932> . Acesso em: 23 dez 2021. p. 2.

Percebe-se, pois, que o funderentismo é uma tentativa de integrar as palavras fundacionalismo e coerentismo, a fim de criar uma terceira via, que supostamente evitaria os problemas das duas teorias originais: a possibilidade de regressão infinita do fundacionalismo puro, e a circularidade do coerentismo (antifundacionalismo) puro.

Para ilustrar sua teoria, Haack sugere a metáfora das palavras cruzadas (*crossword puzzle*), em que se busca encontrar uma resposta usando uma pista (fonte fundamental), ao mesmo tempo em que se assegura que as palavras interligadas se apoiam mutuamente (justificação por meio da coerência). Com isso, a autora “atribui relevância ao conhecimento por contato e à coerência interna da narrativa na determinação dos fatos a julgar.”¹²⁹

Crítica de Rorty, Susan Haack é considerada representante do realismo moderado ou crítico, o qual se contrapõe ao relativismo filosófico, que nega por completo a possibilidade de juízos cognitivos de aproximação da realidade histórica.¹³⁰

Fiel a seu viés pragmatista, a autora “não incorre no equívoco de defender que haja, no mundo físico, verdades absolutas e incontrastáveis, verdade real ou Verdade com “V” maiúsculo.” De outro lado, adverte que, “conquanto não seja possível atingir-se um conhecimento absoluto sobre os fatos, está ao alcance do ser humano obter um conhecimento aproximativo da verdade.”¹³¹

Assim, “diante da inaptidão do ser humano de produzir um conhecimento fiel de fatos que ocorreram no passado distante, e diante das limitações ao emprego de certos meios de prova e restrições de tempo,” mostra-se adequado, em uma visão pragmatista, “recorrer à razão e à presumida

¹²⁹ LOBÃO, Marcelo Meireles. *Quaestio facti*: uma crítica à teoria funderentista de Susan Haack. p. 8.

¹³⁰ LOBÃO, Marcelo Meireles. *Quaestio facti*: uma crítica à teoria funderentista de Susan Haack. p. 5.

¹³¹ LOBÃO, Marcelo Meireles. *Quaestio facti*: uma crítica à teoria funderentista de Susan Haack. p. 6.

capacidade do julgador de produzir inferências com base nas experiências acumuladas”.¹³²

Para exemplificar sua teoria, a autora cita caso decidido pela Suprema Corte dos EUA em 1966 (*Tehan v. United States*), em que se asseverou que "o propósito básico de um julgamento é a determinação da verdade". Contudo, em 1993, no caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, que estabeleceu novos padrões para a admissibilidade de testemunho científico especializado, o juiz da Suprema Corte (*Justice*) Harry Blackmun foi, na opinião de Haack, um pouco mais cuidadoso, escrevendo que há "diferenças importantes entre a busca da verdade no tribunal e a busca da verdade no laboratório".¹³³

A autora conclui, com base nesse exemplo, que um julgamento, mesmo quando a questão principal é uma questão de fatos, “não é exatamente uma investigação da verdade.”¹³⁴ Não obstante, alerta que a verdade “certamente é relevante para os procedimentos legais, porque não queremos simplesmente resoluções, mas resoluções justas; e a justiça substancial exige verdade factual.”¹³⁵

1.3 FUNDAMENTOS DO PRAGMATISMO FILOSÓFICO

Descritas as principais correntes do pragmatismo clássico e contemporâneo, com suas distintas visões filosóficas,¹³⁶ passa-se a explorar

¹³² LOBÃO, Marcelo Meireles. *Quaestio facti*: uma crítica à teoria funderentista de Susan Haack. p. 7.

¹³³ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 323.

¹³⁴ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 323.

¹³⁵ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 324.

¹³⁶ Haack, citando William James, ilustra esta diversidade: “Como o jovem pragmatista italiano Papini bem disse, [o pragmatismo] encontra-se no meio de nossas teorias, tal qual o corredor de um hotel. Inúmeros quartos se abrem a partir dele. Num deles pode-se encontrar um homem a escrever um volume ateísta; no seguinte, alguém de joelhos suplicando fé e força; num terceiro, um químico investigando as propriedades de um corpo, num quinto, excogita-se a impossibilidade da metafísica. Mas todos são donos do corredor e por ele precisam passar caso queiram de entrar e sair de seus respectivos aposentos de uma forma prática.” (HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 99).

suas convergências e a analisar se há pontos de contato que permitam dizer que existe uma corrente uniforme de pensamento pragmatista, para, após, avaliar suas possíveis influências sobre o campo do direito.

Nesse aspecto, a compreensão da filosofia pragmatista passa pela análise de três eixos principais: experiência, verdade e consequências, que serão vistos separadamente.

1.3.1 Experiência

John Shook sintetiza que o pragmatismo é fundamentalmente uma teoria do conhecimento que visa dar uma resposta à pergunta “Como se dá o conhecimento?”. Afirma que os três pragmatistas clássicos (Peirce, James e Dewey) concordavam “que a inteligência humana diz respeito essencialmente ao conhecimento oriundo da experiência – um dos pilares do empirismo,¹³⁷ este caracterizado pela “crença de que a filosofia nunca deve levar em consideração qualquer realidade fora da experiência humana real e possível.”¹³⁸

A ideia inicial do pragmatismo, de acordo com Paulo Ghiraldelli Junior, era “a eliminação dos dualismos característicos da metafísica, como ‘realidade’ e ‘aparência’, ‘corpo’ e ‘mente’, ‘sujeito’ e ‘objeto’ etc., por meio da noção de experiência.”¹³⁹

Isso não significava que o pragmatista rejeitasse a metafísica. Ele rejeitava “a possibilidade de estabelecer a verdade a partir das proposições metafísicas *a priori* e é da natureza da metafísica que suas proposições não possam ser estabelecidas empiricamente.”¹⁴⁰

A noção de que o pragmatismo deveria ser instrumental e, portanto, capaz de colaborar com procedimentos de decisão, estava baseada na observação da experiência de um ponto de vista pragmático, isto é,

¹³⁷ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 12.

¹³⁸ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 17.

¹³⁹ GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo** (Primeiros Passos). p. 12.

¹⁴⁰ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 4.

“considerando as alterações no âmbito da vida cotidiana, prática, das relações que eram, enfim, as experiências.”¹⁴¹ E porque os pragmatistas acreditavam que o método experimental de investigação é o melhor, Posner associa o pragmatismo ao modelo de seleção natural, visto que “a inteligência é adaptativa ao ambiente em vez de um meio pelo qual podemos encontrar, pela razão, um caminho até verdades últimas”. Na opinião desse autor, “isso significa tentar uma coisa e depois uma outra num esforço de descobrir meios de melhorar a previsão e o controle de nosso ambiente, tanto físico quanto social.”¹⁴²

Ademais, a distinção entre fatos e valores não possui, aos olhos do pragmatismo, base sólida, “pois os métodos de pesquisa científica aplicam-se a ambas as categorias. Desde que se formule experimentalmente um princípio teórico - seja ético ou químico -, ele pode ser testado na experiência humana.”¹⁴³ Além disso, é por meio da observação e da consideração da experiência que é possível a avaliação das condições “textuais e contextuais”, já que a todo enunciado deve ser atribuído “um prazo de validade e um conjunto de condições textuais e contextuais de uso, de aplicabilidade e, portanto, de ser tomado como verdadeiro ou não”.¹⁴⁴

É nesse campo - submissão da teoria à prática – que o pragmatismo sofre as maiores críticas, que ainda perduram no senso comum. Porém, como expõe Bruno Torrano, o melhor que se pode fazer para tomar decisões mais qualificadas é “avaliar e comparar os experimentos históricos que nos dizem algo, que nos ensinam os erros de nossos antepassados, e que, dessa forma, nos ajudam a olhar para frente”.¹⁴⁵

A criação da Constituição dos Estados Unidos em 1787 é um exemplo emblemático do pragmatismo em ação, especialmente no contexto

¹⁴¹ GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo** (Primeiros Passos). p. 14.

¹⁴² POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 7.

¹⁴³ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 26.

¹⁴⁴ GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo** (Primeiros Passos). p. 15.

¹⁴⁵ TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito e a urgência de um “pós-pós-positivismo” no Brasil**. p. 62.

político e filosófico. A Convenção da Filadélfia de 1787, que deu origem à Constituição, foi essencialmente “um trabalho prático para propósitos bastante práticos”, tendo sido “projetada para atender a determinadas necessidades específicas”. O documento foi, em síntese, “o resultado de uma tentativa de remediar os defeitos experimentados no governo sob os Artigos da Confederação”, que haviam regido os Estados Unidos desde a independência até aquele ponto.¹⁴⁶

Max Farrand explica que, embora os delegados da convenção federal estivessem bem preparados e versados em teoria política, na prática, eles se guiaram principalmente pelas próprias experiências com as constituições estaduais e os Artigos da Confederação. John Dickson resumiu essa orientação durante os debates, afirmando que “a experiência deve ser nosso único guia. A razão pode nos enganar.” De fato, considerando os compromissos alcançados e reconhecendo que as constituições estaduais representaram evoluções dos governos coloniais, pode-se atribuir as bases da Constituição Federal norte-americana às experiências vivenciadas pelo país entre 1776 e 1787.¹⁴⁷

Este caso revela o pragmatismo como uma teoria filosófica e prática para resolver problemas complexos, sublinhando a experimentação, adaptação, e aprendizado contínuo através da experiência. Além disso, ao “ênfatisar o papel da experiência humana, com suas crenças, tradições e ideais no resultado de qualquer investigação científica ou filosófica”¹⁴⁸, destaca-se uma das características básicas do pragmatismo: o *contextualismo*.

1.3.2 Verdade

¹⁴⁶ FARRAND, Max. **A criação da Constituição**: a Convenção da Philadelphia de 1787 e a formação do Estados Unidos da América. Tradução de Bruno Santos Cunha, Lucas Pieczarcka Guedes Pinto. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023. p. 171.

¹⁴⁷ FARRAND, Max. **A criação da Constituição**: a Convenção da Philadelphia de 1787 e a formação do Estados Unidos da América. p. 172.

¹⁴⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.) **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 176.

O pragmatismo almeja, da mesma forma que as demais correntes filosóficas, mas fundamentado na experiência, alcançar a verdade. Todavia, não a “natureza da verdade”, mas simplesmente “aquilo que é conhecido neste momento”,¹⁴⁹ ou “o modo pelo qual na prática da vida, na prática social, podemos apostar que não corremos relativamente perigo de errar quando, diante de um enunciado, dizemos: ‘é verdadeiro’.”¹⁵⁰

Os pragmatistas clássicos rejeitavam qualquer definição racionalista de “verdade” ou “conhecimento” criada independentemente de uma compreensão de como o homem realmente conhece, ou seja, não admitiam a existência de uma verdade e uma realidade transcendentem e independentes do conhecimento humano. Ao usar o termo “verdade”, “um pragmatista refere-se simplesmente àquilo que é e será conhecido, porque qualquer outra ideia de ‘verdade’ carece de significado útil.”¹⁵¹

O intento dos pragmatistas sempre foi “trabalhar na investigação de procedimentos para julgar discursos, e não com a ideia de ver se enunciados correspondem ou não ao mundo, ou se representam exatamente o mundo ou não”.¹⁵² Nesse sentido, o pragmatista “desconfia (e dá condolências) àqueles que dizem estar em busca da ‘Verdade’”; “não se encanta com belas teorias que não se mostram úteis a nossas necessidades e interesses”; fomenta a teoria “apenas quando ela se mostra capaz de facilitar a prática”; e desconfia “da indeterminação da alta teoria na resolução de problemas concretos”.¹⁵³

Observando, retomando e ressignificando as experiências, o pragmatista constantemente (re)avalia enunciados e comportamentos para alcançar a “verdade possível”. Reconhece o falibilismo como uma consequência da compreensão de como se dá o conhecimento humano num contexto histórico,

¹⁴⁹ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 21.

¹⁵⁰ GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo** (Primeiros Passos). p. 13.

¹⁵¹ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. pp. 14 e 16.

¹⁵² GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo** (Primeiros Passos). p. 16.

¹⁵³ TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito e a urgência de um “pós-pós-positivismo” no Brasil**. pp. 12/14.

já que “qualquer objeto do conhecimento humano pode ser suplantado pela experiência futura”.¹⁵⁴ Sabe que seus olhos não são como “câmeras filmadoras”: não enxergam as coisas como elas são de fato, mas sim ressignificadas com base em experiências anteriores.¹⁵⁵ Por isso é que, para o pragmatista, teorias científicas são adotadas não porque sejam verdadeiras, ou melhores aproximações da verdade, mas porque são mais bem adaptadas aos interesses e necessidades existentes.¹⁵⁶

Dessa constatação vem a segunda característica do pragmatismo filosófico: o *antifundacionalismo*. Stanley Fish assim o define:¹⁵⁷

[...] o anti-fundacionalismo ensina que questões de fato, verdade, exatidão, validade, e clareza não podem nem ser colocadas nem ser respondidas por referência a alguma realidade extracontextual, a-histórica, não-situacional, ou alguma regra, ou lei, ou valor; ao contrário, todas essas coisas, assevera o anti-fundacionalismo, são inteligíveis e discutíveis apenas dentro do recinto dos contextos ou situações ou paradigmas ou comunidades que conferem a eles suas fornias locais e mutáveis. Não é que o anti-fundacionalismo substitua os componentes da visão de mundo do fundacionalismo com outros componentes; ao contrário, ele nega a esses componentes a estabilidade e independência e mesmo a identidade que é tão necessária para que eles sejam pensados como base ou âncora. Entidades como o mundo, a linguagem, e o *self* podem continuar a serem nominadas; e juízos de valor que tenham a ver com validade, factualidade, rigor, e propriedade podem continuar a ser feitos; mas em todos os casos essas entidades e valores, acompanhadas com os procedimentos por intermédio dos quais elas são identificadas e empacotadas, serão inextricáveis das circunstâncias sociais e históricas dentro das quais eles fazem o seu trabalho.

¹⁵⁴ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 25.

¹⁵⁵ TOSCANO JUNIOR, Rosilvado. **O cérebro que julga: neurociência para juristas**. Florianópolis: EMais, 2023. Edição do Kindle. Posição 898.

¹⁵⁶ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 29.

¹⁵⁷ Citado em: TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito e a urgência de um “pós-pós-positivismo” no Brasil**. p. 29.

Como antes exposto, Susan Haack, considerada uma pragmatista contemporânea, não adere completamente à premissa antifundacional, ironizando, ante “os esforços de Peirce, James e Dewey em articular o significado da verdade”, a observação de Richard Rorty de que o pragmatista pensa que “a verdade não é o tipo de coisa sobre a qual se possa esperar uma teoria interessante.”¹⁵⁸

De todo modo, certo é que o pragmatismo rejeita qualquer ideia de “verdade” independente da cognição e do conhecimento humanos, ou seja, rechaça a ideia de que possa existir um fundamento último, estático e definitivo para qualquer teoria ou argumento. O verdadeiro “é apenas aquilo que é conhecido, e a verdade absoluta é aquilo que é absolutamente cognoscível.”¹⁵⁹

1.3.3 Consequências

Posner pontua que nem o protocolo lógico nem o protocolo empírico garante a verdade. Até mesmo o conhecimento científico é tentativo e, portanto, falível. No ocidente, a visão científica de mundo triunfou sobre a visão religiosa “não porque a primeira seja verdade e a segunda falsa, julgamento impossível de se fazer porque partem de premissas diferentes, mas porque é mais bem-sucedida em dar aos seres humanos o controle sobre o ambiente.”¹⁶⁰

A relevância de uma proposição não está em sua correspondência com uma realidade última (fundacional) e, por consequência, não cognoscível, nem em sua derivação de premissas aceitas, mas em suas consequências. Isso é tudo que está ao alcance e é de interesse de um ser humano normal. Os pragmatistas não questionam quais enunciados ou proposições podem ser qualificados como 'verdadeiros' ou 'falsos'. Preferem dizer que uma proposição é verdadeira “o bastante” se as consequências esperadas realmente ocorrerem.

¹⁵⁸ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 100.

¹⁵⁹ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 22.

¹⁶⁰ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 7.

Por exemplo, “está chovendo” é verdadeiro se fico molhado quando saio na rua sem guarda-chuva.¹⁶¹

Igualmente preciso é Bruno Torrano, ao afirmar que o pragmatista, em vez de se empenhar em expor com estrita fidelidade o que o teórico escolhido falou, deve indagar “se e como a construção intelectual por ele criada pode colaborar para resolver algum problema concreto.” Citando Alan Malachowski, esclarece:¹⁶²

Uma ‘boa leitura’ de um texto não é necessariamente aquela que extrai de forma precisa o seu ‘significado intrínseco’, o seu ‘significado pretendido’, ou qualquer outra coisa como essa, e sim aquela que coloca o escrito do autor diante do melhor uso prático.

De fato, para compreender quais abordagens são melhores para alcançar determinadas metas, é preciso testar diferentes ideias e modos de vida, e comparar suas consequências. Este é o método, segundo Posner, pelo qual os princípios morais se desenvolvem.¹⁶³

Tal ênfase nas consequências dá nome ao terceiro atributo do pragmatismo: o *consequencialismo*, “expresso na ideia de que a escolha entre diversas interpretações e explicações de fenômenos deve ser feita a partir de suas respectivas consequências práticas - o que leva a uma atitude empiricista e experimentalista”.¹⁶⁴

Não é toda e qualquer consequência, por outro lado, que impressiona o pragmatista. Apenas as consequências reais, não as hipotéticas, é que são levadas em conta na tomada de decisão. Para Posner, “isso implica em que os pragmatistas sejam antitradicionalistas e voltados para o futuro. O

¹⁶¹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 4.

¹⁶² TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito e a urgência de um “pós-pós-positivismo” no Brasil**. pp. 64/65.

¹⁶³ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 7.

¹⁶⁴ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. p. 176.

passado é um repositório de informações úteis, mas não pode reivindicar nada de nós.” Ainda segundo este autor, “o critério para decidir se devemos aderir a práticas passadas são as consequências de fazê-lo para o presente e o futuro. Mas isso não torna o pragmatismo anti-historicista.”¹⁶⁵

Do mesmo modo, o compromisso do pragmatismo com o progresso humano, científico e moral, não se baseia no otimismo exacerbado de que o progresso é inevitável, mas na avaliação das consequências pragmáticas que a formulação de regras de conduta produz na experiência humana. Nesse aspecto, o mau uso da ideia de "verdade" pelos racionalistas é que se transforma em um dos principais exemplos de entraves ao progresso humano.¹⁶⁶

Em resumo, portanto, os três principais fundamentos do pragmatismo filosófico são: antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo. Resta examinar as possíveis influências destes atributos sobre o pragmatismo jurídico.

1.4 INFLUÊNCIAS DO PRAGMATISMO FILOSÓFICO SOBRE A ADJUDICAÇÃO PRAGMÁTICA DE DIREITOS

A ideia de aplicar os fundamentos do pragmatismo filosófico ao pensamento jurídico foi concebida, inicialmente, por Oliver Wendell Holmes Jr., juiz da Suprema Corte dos EUA entre 1902 e 1932. Holmes foi influenciado pelas teorias de William James e Charles Peirce, seus contemporâneos, embora estes filósofos pragmatistas clássicos não se ocupassem de filosofia do direito.¹⁶⁷

De modo geral, a ideia de James de que o pragmatismo “desenrijece” as teorias “oferece uma consideração ‘variável’ e ‘flexível’ de

¹⁶⁵ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 5.

¹⁶⁶ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 26.

¹⁶⁷ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 34.

fenômenos jurídicos”,¹⁶⁸ mostrando-se plenamente compatível com a atividade adjudicatória.

Também a percepção de John Dewey, de que não existe um raciocínio tipicamente jurídico, mas sim “um raciocínio prático desdobrado em problemas jurídicos”, foi o que mais contribuiu, na opinião de Posner, para o direito e a democracia. De fato, a noção de que o raciocínio jurídico é uma continuidade do raciocínio prático comum é a essência da adjudicação pragmática.¹⁶⁹

Dewey e Rorty acreditavam, nesse ponto, que o estilo de pensamento pragmatista poderia se estender a campos não filosóficos, inclusive a atividade de julgar (adjudicatória), com bons resultados.¹⁷⁰

Na opinião de Susan Haack, contudo, o pragmatismo filosófico, assim como o jurídico, tem sido frequentemente vulgarizado e abusado nas últimas décadas, e, ultimamente, viu-se cooptado em favor desse ou daquele modelo neoanalítico. É, citando Thomas Grey, a “libertação da culpa por não se ter uma teoria”.¹⁷¹

A autora descreve vários conceitos de pragmatismo jurídico dados por diversos juristas, concluindo que não há praticamente qualquer concordância quanto ao seu significado. Como ponto de aproximação entre o pragmatismo filosófico e o pensamento jurídico, Haack remete às definições de Luban e Tamanaha como os mais próximos de Holmes e do pragmatismo filosófico clássico.¹⁷²

De acordo com Luban, o pragmatismo jurídico pode ser descrito como um “antiformalismo eclético, com uma abordagem histórica voltada para

¹⁶⁸ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 100.

¹⁶⁹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 210.

¹⁷⁰ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 33.

¹⁷¹ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 99.

¹⁷² HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 63.

os resultados."¹⁷³ Essa descrição captura, de maneira sucinta e precisa, alguns dos principais elementos da jurisprudência de Holmes. Por outro lado, Tamahana faz referência a um "meio-termo" ao afirmar que o pragmatismo jurídico representa uma crítica ao formalismo essencialista/conceitualista e uma advertência para evitar teorizações ou abstrações excessivas. Ele insiste na importância de um maior diálogo, tradicionalismo e atenção ao contexto e ao meio-termo, assimilando um aspecto importante da tradição pragmatista.¹⁷⁴

Desse modo, visto que o pragmatismo jurídico é autônomo em relação às teses centrais do pragmatismo filosófico (clássico ou contemporâneo), aquele "deve ser enfrentado nos seus próprios termos, não devendo simplesmente ser rejeitado por quem rejeita também a filosofia pragmatista, nem necessariamente aprovado por quem simpatiza com as teses de Peirce, James, Dewey e/ou Rorty".¹⁷⁵

Em outras palavras, em vez de ter "suas amarras cortadas da filosofia", como sugere Posner,¹⁷⁶ é necessário verificar em que pontos os fundamentos do pragmatismo filosófico podem servir de guia à atividade adjudicatória.

1.4.1 Antifundacionalismo

Susan Haack relata que William James chegou a dizer, referindo-se a um conhecido "juiz versado" que "poucos são os casos sobre os quais vale a pena nos debruçarmos muito tempo; a grande questão é decidi-los com base em qualquer princípio aceitável e tirá-los do caminho."¹⁷⁷

Posner, de modo semelhante, entende que o "pragmatismo não leva, em linha reta, a uma filosofia de adjudicação, mas fortifica o ceticismo

¹⁷³ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 29.

¹⁷⁴ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 63.

¹⁷⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. p. 181.

¹⁷⁶ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 3.

¹⁷⁷ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 99.

quanto a qualquer filosofia de adjudicação que ponha o juiz num papel de buscador da certeza.” A tomada de decisão deve ser avaliada “por um critério do ‘que funciona’ em vez de por sua correspondência com a verdade, o direito natural ou algum outro princípio validador abstrato.”¹⁷⁸

Também Susan Haack, como já exposto, considera que um julgamento, mesmo quando a questão principal é uma questão de fatos, “não é exatamente uma investigação da verdade.”¹⁷⁹ A exclusão de determinadas provas do processo, por exemplo, demonstra que a “busca da verdade” pode ceder em algumas situações, e que há valores maiores do que a “verdade”, como a intimidade, ainda que a “verdade dos fatos” seja um objetivo relevante para se alcançar uma solução justa.

A narrativa convergente destes três pragmatistas, de épocas e concepções distintas sobre filosofia do direito, deixa transparecer o papel que a “busca da certeza” deve exercer na atividade adjudicatória.

Na opinião de Marcelo Lobão, o pensamento de Susan Haack é, neste ponto, irreparável: “É impossível alcançar uma verdade absoluta ou real no âmbito do processo”, considerada aquela uma realidade transcendente e independente do conhecimento humano.¹⁸⁰ Mesmo assim, “o direito não pode abdicar-se de uma suficiente aproximação da realidade factual em torno do suposto fato e do suposto autor, desde que respeitadas as regras do jogo.”¹⁸¹

Com efeito, Haack adverte que, embora não seja possível atingir-se um conhecimento absoluto sobre os fatos (crenças básicas, de cunho fundacional), “está ao alcance do ser humano obter um conhecimento

¹⁷⁸ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 36.

¹⁷⁹ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 323.

¹⁸⁰ “Fomos educados dentro do paradigma da racionalidade, de fundo iluminista e a formação do ator jurídico é, igualmente, baseada na suposição de que, com base na razão, conseguiremos alcançar a verdade real. Mas a real verdade dessa busca é que ela é uma ilusão.” (TOSCANO JUNIOR, Rosilvado. **O cérebro que julga: neurociência para juristas**. Florianópolis: EMais, 2023. Edição do Kindle. Posição 985.)

¹⁸¹ LOBÃO, Marcelo Meireles. *Quaestio facti*: uma crítica à teoria funderentista de Susan Haack. p. 7.

aproximativo da verdade”,¹⁸² e este deve ser o objetivo da atividade adjudicatória.

Por outro lado, sabe-se que “o falso pode ser coerente ou incoerente, e o ser coerente não o torna necessariamente verdadeiro.” Assim, diante da inaptidão humana, da escassez de tempo e das limitações probatórias, “recorrer à razão e à presumida capacidade do julgador de produzir inferências com base nas experiências acumuladas é [...] uma via adequada.”¹⁸³

Mesmo as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece é um meio de prova admitido pela legislação processual,¹⁸⁴ afinal, como aponta Zulmar Duarte, “nem tudo o que é discutido no processo exige uma atividade probatória”. Em certos aspectos, o juiz pode se basear nas regras de experiência comum, que são entendimentos baseados no que geralmente ocorre e são reconhecidos por qualquer pessoa. Estas regras não precisam ser comprovadas, pois representam um conhecimento compartilhado.¹⁸⁵

Nesse sentido, destaca-se a importância das máximas de experiência no direito processual, definidas como juízos gerais baseados na experiência cotidiana, que não estão ligados a fatos específicos do processo. São juízos de valor que se baseiam no que comumente acontece, excluindo o atípico ou o extraordinário. Essas máximas são o conhecimento que o juiz, como um homem comum, tem sobre a vida e o conhecimento adquirido na prática diária. Elas surgem da repetição de fatos diários e podem ser aplicadas sempre que circunstâncias semelhantes se apresentem. O juiz frequentemente recorre a essas máximas ao lidar com conceitos jurídicos vagos. Utilizar as regras de

¹⁸² LOBÃO, Marcelo Meireles. *Quaestio facti*: uma crítica à teoria funderentista de Susan Haack. p. 6.

¹⁸³ LOBÃO, Marcelo Meireles. *Quaestio facti*: uma crítica à teoria funderentista de Susan Haack. p. 7.

¹⁸⁴ CPC, Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

¹⁸⁵ DELLORE, Luiz *et al.* **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 590.

experiência não torna a decisão do juiz subjetiva, mas exige que ele reconheça uma realidade amplamente aceita. O foco não está em suas percepções sensoriais, mas em seu conhecimento e entendimento.¹⁸⁶

Em síntese, a despeito da rejeição, pelo pragmatismo filosófico, de uma estrutura lógica autônoma que proporcione segurança e elevado grau de certeza às decisões, sua influência na filosofia jurídica pragmatista é sentida na medida em que ambos se alicerçam em questões empíricas como meio de se atingir a verdade possível, mediante reconhecimento fática.

A prática leva à experiência, e a experiência, à verdade, ainda que, na adjudicação pragmática de direitos, o silogismo puro ou a obediência irrestrita a precedentes, seja, em certas situações, uma estratégia acertada.

1.4.2 Contextualismo

Dois temas caros ao pragmatismo são importantes no quesito “experiência” para a adjudicação de direitos: a teoria evolucionária e a abordagem inclusiva de diferentes campos do conhecimento.

No primeiro aspecto, Holmes, precursor do pragmatismo no direito, seguiu os pragmatistas clássicos ao assimilar, primordialmente, o trabalho de Charles Darwin sobre a teoria da evolução.

Susan Haack refere escritos de Holmes nesse sentido, para quem “O desenvolvimento de nosso direito tem se estendido por quase mil anos, [...] qual o desenvolvimento de uma planta, com cada geração dando o inevitável

¹⁸⁶ Note-se que “Também é dado ao juiz utilizar regras de experiência técnica de uma dada área de conhecimento, desde que obviamente as mesmas sejam compartilhadas pelos indivíduos no geral. Existem diversas regras técnicas que, pelo emprego continuado na vida das pessoas, acabam por incorporar e compor a cultura geral. Porém, não se permite ao juiz a utilização de regra técnica decorrente de seu conhecimento próprio, mas que não seja de conhecimento comum. [...] Demandas pautadas em questões técnicas sempre demandam a realização de perícia.” (DELLORE, Luiz *et al.* **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 590). No mesmo sentido, acórdão do STJ: “(para aplicação pelo juiz) as regras da experiência técnica devem ser de conhecimento de todos, principalmente das partes, exatamente porque são vulgarizadas; se se trata de regra de experiência técnica, de conhecimento exclusivo do juiz ou ‘apanágio de especialistas’, que por qualquer razão a tenha (o magistrado também tem formação em Medicina, por exemplo), não pode ser utilizada.” (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.819.387, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 19 de outubro de 2020)

passo seguinte, [...] simplesmente obedecendo a uma lei de crescimento espontâneo". Explica a autora que, como sistemas jurídicos não são, evidentemente, organismos biológicos, mas fenômenos culturais, quando Holmes se refere à evolução do sistema jurídico, está na realidade se referindo ao fato de que "o direito se altera e se adapta constantemente, respondendo 'espontaneamente' às circunstâncias cambiantes."¹⁸⁷ E não só os sistemas jurídicos passam por mudanças, mas também os conceitos jurídicos, adquirindo novos significados e perdendo conotações antigas conforme vão se adaptando às novas circunstâncias.¹⁸⁸

Por certo, esta abordagem evolucionária do direito não corresponde aos modelos lógicos e as concepções formalistas acerca da tomada de decisão. Ainda que os juízes apresentem suas conclusões como se as tivessem deduzido de princípios, precedentes ou textos legais, é uma ingenuidade, expõe Haack, "imaginar que as decisões a que chegam decorram de inferências puramente lógicas. Muito frequentemente, na verdade, eles estão adaptando silenciosamente o direito existente a novas circunstâncias," e seus argumentos nada mais são, como escreveu Holmes, do que "o traje de gala que o recém-chegado enverga para fazer-se apresentável conforme os requisitos convencionais".¹⁸⁹

Proposições gerais, afirmou Holmes, não decidem casos concretos. Isso "não significa que a lógica definitivamente não se relacione com o direito; [...] Mas, sim, [...] que a lógica não é capaz de atingir o cerne da questão, que, conquanto 'seja alguma coisa [...] ela não é tudo'."¹⁹⁰

Dessa assertiva pode-se deduzir o segundo aspecto do contextualismo para a adjudicação de direitos: a abordagem inclusiva de diferentes campos do conhecimento (interdisciplinaridade).

¹⁸⁷ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 108.

¹⁸⁸ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 114.

¹⁸⁹ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. pp. 115/116

¹⁹⁰ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 69.

Richard Posner assevera que, se o pragmatismo americano clássico tem pouco a oferecer ao direito, a cultura pragmática norte-americana, chamada por ele de “pragmatismo cotidiano” (*everyday pragmatism*), tem muito a contribuir à atividade adjudicatória. O autor define pragmatismo cotidiano como uma “atitude mental destacada pelo uso popular da palavra ‘pragmático’, significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios”, avessa à teoria abstrata e à pretensão intelectual.¹⁹¹ Sua afirmação lembra o dito de Holmes: “*For the rational study of the law the blackletter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics*”.¹⁹²

A ideia de Holmes, conta Susan Haack, é de que cumpre aos intérpretes e aplicadores do direito manterem-se bem instruídos, não apenas a respeito do ordenamento jurídico, mas também “dos desenvolvimentos nas ciências sociais potencialmente relevantes àquelas questões envolvendo consequências, avaliação de prós e contras, com as quais inevitavelmente estarão envolvidos.” Trata-se de uma abordagem inclusiva (além da economia, Holmes imagina papel para a psicologia no direito), e “modesta”, pois “reconhece que o que nos dizem as ciências sociais sobre causas e efeitos não nos pode absolver de decisões sobre os fins almejados.” Holmes sugere, em suma, “um ecletismo educacional em que o saber jurídico, as ciências sociais e a lógica são, cada qual, ‘alguma coisa, mas não tudo’.”¹⁹³

Para Holmes, os textos legais não se apresentam como “o único caminho”, ou nem sempre “o melhor caminho”, para o direito se adaptar às circunstâncias presentes. Em verdade, “as adaptações e readaptações

¹⁹¹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 38.

¹⁹² “Para o estudo racional do direito, o homem da toga é o homem do presente, mas o homem do futuro é o homem da estatística e o mestre da economia” (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Path of the Law*. **Harvard Law Review**, 1897. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>. Acesso em: 24 dez 2021. Tradução livre.)

¹⁹³ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 96.

promovidas mediante reinterpretação judicial são tanto inevitáveis quanto desejáveis.”¹⁹⁴

É o que defende, igualmente, Susan Haack:¹⁹⁵

[...] ainda que a consistência, e portanto a previsibilidade, seja inegavelmente desejável no direito, igualmente inegável é o fato de que ela não significa tudo. Eu poderia colocar nestes termos: algumas questões jurídicas são muito claras e inequívocas (cut-and-dried) - talvez até mesmo capazes, em princípio, de ser realizadas por uma máquina de calcular; mas conceitos juridicamente importantes podem ser indeterminados em aspectos relevantes, novos arranjos sociais e tecnologias podem exigir que princípios jurídicos mais antigos sejam adaptados, e a cambiante sensibilidade moral pode fazer com que certos precedentes - como as decisões que sustentam o direitos dos donos de escravos, por exemplo - não sejam mais toleráveis.

Enfim, a observação do texto e do contexto, nos âmbitos histórico e culturais particulares e multidisciplinares é, na visão pragmatista, o que funciona para justificar uma decisão, e disso pode bem se servir a atividade de adjudicação de direitos. O pragmatismo foca na experiência humana e é desse contexto, no qual o julgador está inserido, que a tomada de decisão deve provir.

Como expõe o pragmatismo filosófico, todo enunciado possui um prazo de validade, e assim também acontece, no mundo jurídico, com as “verdades” impostas pelos textos legais e precedentes judiciais, proferidos em determinado momento histórico e cultural que pode não mais existir.

1.4.3 Consequencialismo

Reportando-se à teoria de John Dewey, Posner afirma que “o que o direito precisava era de uma lógica relativa a consequências e não a antecedentes.” Necessita de um método que considere princípios e textos legais como “hipóteses de trabalho, precisando ser constantemente testadas pelo

¹⁹⁴ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 70.

¹⁹⁵ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 117.

modo como funcionam na aplicação a situações concretas.” Nesse cenário, “a infiltração no direito de um método mais experimental e lógico é uma necessidade social e intelectual.”¹⁹⁶

Isso não significa, na opinião de Dewey, que o pragmatismo queira simplesmente “descartar a ideia de teorias científicas como modelos de realidade; o que deve ser descartado é a ideia de que as teorias são modelos simplesmente por serem representações.”¹⁹⁷ Do mesmo modo, para William James, “o pragmatismo é hostil apenas em relação a opiniões metafísicas que não podem ser testadas com base em suas consequências práticas para a experiência humana.”¹⁹⁸

Dessa maneira, é possível dizer que o pragmatismo filosófico não é hostil a toda teoria, mas à teoria inútil ou às teorias altamente abstratas, que nada auxiliam na solução do caso concreto. Tal constatação pode auxiliar a atividade adjudicatória no que se refere a focar no que realmente importa para a tomada de decisão.

A própria escolha das palavras que comporão a decisão é, segundo Posner, uma escolha pragmática, embora a clareza seja um fator importante para a compreensão e o cumprimento do que foi decidido. Mas o mais importante para o autor é que “os juízes e outros tomadores de decisão pensem em termos de consequências sem levar a sério a retórica do formalismo legal e sem esquentar a cabeça com a filosofia pragmática; que eles sejam, em suma, pragmatistas cotidianos.”¹⁹⁹

Em resumo, um pragmatista, filosófico ou jurídico, prefere começar com o que tem em mãos e “avaliar propostas para mudança com base em suas consequências do que começar com uma concepção idealizada e perguntar que

¹⁹⁶ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 33.

¹⁹⁷ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 207.

¹⁹⁸ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. p. 120.

¹⁹⁹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 42.

medidas teriam que ser tomadas para se chegar lá, partindo de onde estamos.”²⁰⁰

Semelhantemente, Neil MacCormick afirma que, para avançar na argumentação jurídica quando tiverem “esgotado as normas”, os fundamentos da decisão devem envolver uma “justificação de escolhas”, isto é, escolhas entre possíveis deliberações rivais, a serem feitas “dentro do contexto específico de um sistema jurídico operante.”²⁰¹

As decisões judiciais, assim, devem ser orientadas não apenas pela estrita aplicação de normas, mas também pela avaliação das consequências dessas decisões no mundo real. Em outras palavras, “as decisões jurídicas devem fazer sentido no mundo e devem também fazer sentido no contexto do sistema jurídico”.²⁰² Tal abordagem enfatiza a importância de considerar os efeitos práticos e os resultados advindos das deliberações judiciais, visando garantir não somente a legalidade, mas também a efetividade e a justiça social das decisões.

Segundo MacCormick, é importante entender que as leis são criadas com objetivos lógicos e racionais, visando promover benefícios sociais e prevenir prejuízos à sociedade de forma justa para cada indivíduo. Nesse sentido, a aplicação dessas leis deve “exibir uma coesão racional”, garantindo que as consequências de uma decisão particular estejam alinhadas com os objetivos dos princípios jurídicos relacionados.²⁰³

Diante disso, no processo de adjudicação, o consequencialismo propõe uma análise detalhada das possíveis ramificações de cada decisão judicial. A argumentação consequencialista identifica a “melhor” alternativa levando em conta todas as considerações. Para isso, em vez de focar em uma

²⁰⁰ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 143.

²⁰¹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 129.

²⁰² MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, p. 131.

²⁰³ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, p. 192.

única escala de avaliação, no sentido utilitarista, expressa-se como “soma dos resultados cumulativos ou concorrentes da avaliação por meio de referência a uma série de critérios de valor, aí incluídos a ‘justiça’ e ‘senso comum’, bem como o ‘proveito público’ e a ‘conveniência’.”²⁰⁴ Isso implica considerar como diferentes desfechos podem afetar a sociedade e os indivíduos envolvidos.

Desse modo, o consequencialismo na atividade de adjudicação de direitos orienta os juízes a buscar julgamentos que, além de se alinharem às normas jurídicas, produzam os melhores resultados gerais possíveis em termos de justiça, equidade e benefício social.

Nessa linha, de acordo com MacCormick:²⁰⁵

Considerando-se que a concepção que se tem das leis é racional e deliberada, parece de fato essencial que a justificação de qualquer decisão numa área não comandada por uma norma expressa que envolva obrigação, ou quando uma norma semelhante for ambígua ou incompleta, prossiga pela verificação das decisões propostas à luz de suas consequências. Entretanto, como a justificação se dá por meio da demonstração do motivo pela qual tal decisão deveria favorecer um lado em vez do outro, as consequências pertinentes são as da deliberação genérica envolvida na decisão, de uma forma ou de outra, não simplesmente os efeitos específicos da decisão específica sobre as partes consideradas individualmente. [...] esse modo de procedimento é exigido necessariamente pelo elemento prospectivo no princípio da justiça em decisões judiciais – o tratamento igual para casos semelhantes. Logo, tratar o caso em tela de uma forma pela qual seja justificável tratar futuros casos semelhantes.²⁰⁶

²⁰⁴ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, p. 147.

²⁰⁵ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, p. 193.

²⁰⁶ É necessário considerar que o autor escreve no contexto da *common law*, onde os precedentes estabelecidos pelas cortes superiores se tornam “lei” para casos futuros (*case law*). Portanto, nessa perspectiva, ao decidir entre duas soluções possíveis para um caso, prioriza-se a avaliação das consequências gerais das decisões, isto é, não se avaliam consequências específicas do caso individual, pelo menos não como razão ou justificativa explícita da decisão.

Assim é que o consequencialismo pode influenciar a atividade de adjudicação de direitos, no sentido de buscar, entre as alternativas de julgamento, aquelas baseadas nas melhores consequências, isto é, no que realmente funciona na prática, como motivação e para o efetivo cumprimento da decisão.

Em arremate, embora não determinantes, são inegáveis as influências do pragmatismo filosófico sobre a adjudicação pragmática de direitos. A prática leva à experiência e a experiência, à verdade. Não à verdade absoluta, que é utópica, mas à verdade dentro do que é possível conhecer e provar, observando consequências realizáveis.

Além disso, uma vez que o pragmatismo não segue um perfil específico e pode ser adotado por pessoas com diferentes ideologias, é considerado por Posner como "o melhor guia para melhorar o desempenho judicial", e a maioria dos juízes adota uma postura pragmática no sentido comum do termo.²⁰⁷ Essa abordagem pragmática evita debates filosóficos abstratos sobre a natureza da verdade e se concentra em soluções concretas, enfocando a efetividade da decisão, o que deve ser uma preocupação central para o adjudicador de direitos.

Nesse cenário, como se verá a seguir, a concepção de pragmatismo filosófico pode ter aplicação relevante no campo jurídico.

²⁰⁷ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, p. 1.

Capítulo 2

PRAGMATISMO JURÍDICO

“A vida do direito não tem sido lógica, tem sido experiência”.²⁰⁸

2.1 PERCURSO DA FILOSOFIA JURÍDICA

Em geral, as pessoas não veem utilidade prática na filosofia. Fora do ambiente acadêmico, reflexões altamente abstratas não cativam. Apenas quando crenças até então aceitas como “verdade científicas” são postas em dúvida, por não mais explicarem de modo suficiente os fenômenos de determinado campo do conhecimento, é que a filosofia ganha mais espaço, revelando-se “determinante para o diagnóstico e a superação de uma crise, mediante a revolução paradigmática.”²⁰⁹

Com o Direito não é diferente. Ao se reconhecer seu *status* de ciência (jurídica)²¹⁰ por empregar metodologias e técnicas específicas de

²⁰⁸ No original: “*The life of the law has not been logic: it has been experience*”. (HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm> . Acesso em 27 dez 2021. Tradução livre.)

²⁰⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 41.

²¹⁰ Norberto Bobbio define ciência jurídica como o “estudo dos procedimentos intelectuais empregados pelos juristas para verificar, interpretar, integrar, conciliar as regras de um sistema jurídico”. Sobre a caracterização do direito como ciência, o autor explica que “Não se fala de ciência jurídica como ciência formal, no sentido mais estrito e rigoroso da palavra, segundo o qual se distinguem as ciências formais (como a lógica) das ciências empíricas (como a biologia). Fala-se dela em sentido mais amplo, como forma de saber, que não tem por objeto fatos do mundo físico ou humano, mas qualificações normativas de fatos, e cuja tarefa não é a explicação, própria das ciências naturais, mas a construção e, em última instância, o sistema.” (BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016. pp. 67 e 113)

investigação que ultrapassam a discussão racional abstrata,²¹¹ o Direito também está sujeito a “crises paradigmáticas”.

Crenças até então admitidas como verdades (ainda que transitórias) em determinado momento histórico são perturbadas por questionamentos que levam a mudanças de paradigmas. A crise paradigmática requer uma nova forma de pensar a ciência, momento em que a filosofia mostra seu valor.

Neste sentido é que se costuma dizer que o jurista, principalmente aquele envolvido na rotina judiciária, é hostil à filosofia do direito, mas, em geral, ele é hostil à filosofia do direito que não entende e cuja utilidade prática não reconhece.²¹² Para Bobbio, no fundo, “a tarefa da filosofia do direito, do ponto de vista didático, é a de romper os diques que mantêm as disciplinas jurídicas tradicionais no lago artificial de um sistema positivo”.²¹³

No campo da ciência jurídica, os dois paradigmas que historicamente predominaram foram o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. O modelo do jusnaturalismo prevaleceu na cultura jurídica ocidental por mais tempo (cerca de dois mil anos), até a afirmação do positivismo jurídico nos meados do século XIX.²¹⁴ Sua característica mais marcante foi sustentar “a existência de uma ordem jurídica universalmente válida, historicamente invariável e axiologicamente superior àquela produzida pelo estado, a qual decorreria da própria natureza humana e seria aferível somente pela boa razão”.²¹⁵ Fosse derivado da natureza em si ou de origem divina, o direito natural era descrito como anterior e superior ao direito criado artificialmente pela cultura humana.

²¹¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 47.

²¹² BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. p. 69.

²¹³ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. p. 71.

²¹⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 119.

²¹⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 64.

Sinteticamente, o jusnaturalismo é “a corrente que admite a distinção entre direito natural e direito positivo e sustenta a supremacia do primeiro sobre o segundo”.²¹⁶ Embora ainda perdure, a teoria atualmente possui poucos adeptos, e sofre críticas contundentes de estudiosos do direito. Bobbio, por exemplo, afirma que é uma doutrina que continua a renascer, não porque está sempre viva, mas porque tem dificuldade de crescer, o que identifica como “eterna crise do direito natural”.²¹⁷ O autor critica a imprecisão do termo “natureza” e salienta que, “se um dos ideais de uma sociedade juridicamente constituída é a certeza, uma convivência fundada sobre os princípios do direito natural é aquela na qual reina a máxima incerteza”, pois “esse grande livro da natureza não fornece critérios gerais de avaliação, e cada um lê a seu modo.”²¹⁸

Em resumo, Bobbio argumenta que falta o atributo da eficácia ao direito natural, que não consegue alcançar a finalidade que é atribuída aos sistemas jurídicos, “porque não garante nem a paz, nem a segurança”. Afirma que “A noção de natureza é tão equívoca que foram considerados como naturais direitos diametralmente opostos”. Diz que, “Ainda que o acordo sobre o que é natural tivesse sido unânime, não se seguiria daí, necessariamente, o acordo unânime sobre o que é justo e injusto”, e que “Ainda que o acordo sobre o que é justo porque natural tivesse sido unânime, isso não implica a validade dele também para o tempo presente.”²¹⁹

Em resposta a estas deficiências, tidas por insuperáveis, optou-se por uma teoria que não admitisse a distinção entre direito natural e o direito positivo, isto é, o direito criado e posto artificialmente pela cultura humana. Enquanto o jusnaturalismo afirmava a superioridade do direito natural sobre o

²¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. p. 156.

²¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. p. 217.

²¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. p. 204.

²¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. p. 214.

positivo, o positivismo jurídico não afirmava a superioridade do direito positivo sobre o natural, mas a exclusividade do direito positivo.²²⁰

Orlando Luiz Zanon Junior descreve os cinco principais pilares do positivismo jurídico²²¹: a) separação entre direito e moral; b) ordenamento jurídico formado exclusivamente (ou preponderantemente) por regras positivadas; c) sistema jurídico construído e escalonado somente pelo critério de validade formal; d) aplicação do direito posto mediante subsunção; e) discricionariedade judicial para resolução dos chamados casos difíceis (*hard cases*).²²²

Quanto ao primeiro ponto (separação entre direito e moral), o autor ressalta que tal distinção comporta gradações: juspositivismo exclusivo (*hard positivism*), com exclusão absoluta das questões morais do objeto da ciência jurídica, e juspositivismo inclusivo (*soft positivism*), segundo o qual “a moralidade não está necessariamente afastada ou inserida no âmbito do direito, consubstanciando uma questão meramente contingente, a depender do que o texto legal expressa.”²²³

No segundo ponto (ordenamento jurídico formado exclusivamente ou preponderantemente por regras jurídicas), o autor descreve regras jurídicas como sinônimo de normas jurídicas positivadas, “devidamente fixadas pelos

²²⁰ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. p. 156.

²²¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 72.

²²² Citando Luis Roberto Barroso, Bruno Torrano explica que casos fáceis são aqueles que têm uma solução pré-pronta no direito. Casos difíceis são gerados, dentre outros fatores, pela ambiguidade da linguagem, pelos desacordos morais razoáveis e pela colisão de normas constitucionais ou de direitos fundamentais. Nos casos difíceis é função do magistrado exercer o controle de racionalidade de suas decisões: “as decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes”. Assim, “A distinção entre casos fáceis e casos difíceis vincula-se a uma tensão entre a necessidade de segurança jurídica e a necessidade de soluções justas.” (TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito e a urgência de um “pós-pós-positivismo” no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. pp. 119/120.)

²²³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 74.

parlamentares (no sistema codificado) ou estabelecidas em precedentes judiciais.”²²⁴

Com relação à terceira característica (sistema jurídico escalonado pelo critério de validade formal), explica que o sistema jurídico juspositivista é considerado unitário, “porque consubstancia um corpo único de disposições prevalecentes sobre todos os demais eventualmente existentes em um mesmo território ou com força dentro de determinado grupo social”. Também é completo, “porquanto apresenta critérios para resolução de todos eventuais casos futuros (inexistência de lacunas)”. E, por fim, é coerente, “pois devidamente articulado para evitar contradições (ausência de antinomias).”²²⁵

No quarto item (aplicação por subsunção), a tese juspositivista é de que as normas jurídicas são aplicadas pelo juiz “através de um procedimento lógico dedutivo, [...] com vistas a descobrir a resposta latente preestabelecida pelo legislador ou em precedente judicial, que servirá como solução do novo caso.”²²⁶

Por último, a quinta característica (discricionariedade judicial) admite que o juiz empregue discricionariedade na interpretação e aplicação do direito, a fim de produzir a regra jurídica que reputar mais adequada para a resolução do caso concreto, nos chamados casos difíceis.²²⁷

Com o passar do tempo, contudo, percebeu-se que tais características não explicavam o fenômeno jurídico de modo fidedigno.

Em primeiro lugar, são inegáveis os reflexos da moral na produção normativa, tanto na fase de criação de textos legais (fase de positivação), como na fase de tomada de decisão (etapa de interpretação e aplicação o direito). Os temas morais “estão intrinsecamente interligados com as questões jurídicas, pois

²²⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 77.

²²⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 79.

²²⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 81.

²²⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 84.

voltados ao sentido material (axiológico) finalístico do direito, que é disciplinar a tomada de decisões corretas, boas e justas, e não qualquer deliberação, a despeito do conteúdo.”²²⁸

A abordagem do direito sob a ótica juspositivista, que considera o direito como um fato, não como valor, e, portanto, sua validade fundamenta-se em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal, prescindindo de seu conteúdo, ignora que o “direito objetiva determinar quais as decisões passíveis de serem tomadas em sociedade e, conseqüentemente, implica juízos de valor.”²²⁹ Ou seja, não basta que a decisão seja formalmente correta, mas materialmente correta (justa).

Bobbio reconhece, no ponto, que a concepção legalista da justiça, formulada como “A lei positiva é justa pelo único fato de ser lei” (redução da justiça à validade), é bastante rara, assim como rara é a doutrina oposta, que se atribui aos jusnaturalistas, em sua formulação extrema: “A lei (positiva) é válida só se for justa” (redução da validade à justiça).²³⁰

Considerando que o princípio que interessa ao jurista é o de que “a lei deve ser obedecida”, Bobbio chega à seguinte fórmula: “A lei, mesmo se injusta, pode ser válida”, fundada na distinção entre validade e justiça, isto é, “Uma norma pode ser justa sem ser válida e válida sem ser justa”. Assim, “quem afirma que a justiça consiste na correspondência às leis divinas ou naturais dá uma definição legalista da justiça, de maneira não diferente daquele que afirma que a justiça é correspondente às leis positivas”.²³¹

Entretanto, a separação entre direito e moral, mesmo no modelo juspositivista inclusivo (*soft positivism*), não parece retratar a realidade, considerando que há uma “necessária relação fática entre direito e moral e que

²²⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 91.

²²⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 92.

²³⁰ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. p. 105.

²³¹ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. p. 106.

a própria finalidade histórica do conhecimento jurídico é justamente permitir a tomada de decisões corretas, boas e justas.”²³²

Zanon Junior prossegue:²³³

Também sob a ótica científica não se justifica que os juristas descuidem do estudo dos impactos sociais, políticos e económicos da moral, apenas porque se trata de um tema complexo e variável, para construir uma ciência do direito pura e outra talvez impura (como a ética, que para Kelsen é o ramo de estudo da moralidade). Considerando que os influxos morais são inafastáveis (não é faticamente possível uma efetiva blindagem do ser humano racional com relação à moral), cabe a uma ciência jurídica efetivamente útil internalizar tal tema e, assim, traçar proposições sobre ele, com vista a promover a disseminação de conhecimentos e aprimorar sua área de estudos.

Além disso, a segurança jurídica tem por base a possibilidade de controle público das inevitáveis fundamentações morais contidas nas decisões.²³⁴ Porém, para que esse controle seja possível, as fundamentações de ordem moral devem estar explícitas no texto.

Em segundo lugar, ainda que se reconheça a prevalência do texto legislativo como ponto de partida do intérprete, é necessário admitir que os discursos jurídicos não contêm somente argumentos inerentes ao direito, mas também argumentos éticos, empíricos e pragmáticos.²³⁵

Em terceiro lugar, deve-se notar que no interior do sistema normativo há outros elementos, além da regra jurídica, que precisam ser devidamente tratados pela teoria do direito. Assim é que “A dinâmica unidirecional da pirâmide jurídica, no sentido de cima para baixo, proposta

²³² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 96.

²³³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 93.

²³⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 96.

²³⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 97.

inicialmente por Kelsen, não reflete a complexidade das interações entre as diversas fontes jurídicas que se articulam no interior do ordenamento jurídico.”²³⁶

Em quarto lugar, a ideia da norma jurídica em abstrato, ou seja, antes dos fatos, não se verifica na prática, da mesma forma que inexistem respostas antes das perguntas.²³⁷ O que existe antes da norma jurídica, isto é, da decisão no caso concreto, são as fontes jurídicas, admitido o emprego de conhecimentos extraídos de outros campos do saber. Em outras palavras, o texto de lei, por si só, não representa uma norma jurídica, a qual apenas surge quando há a atividade de interpretação e de aplicação, diante de um caso, ainda que hipoteticamente imaginado.²³⁸ O que o jurista tem à disposição são “materiais em bruto”, oferecidos pelo sistema geralmente por meio de enunciados (textos legislativos e jurisprudenciais, por exemplo), que ele tem que transformar em normas aplicáveis ao caso por meio de interpretação.

Em resumo, a norma jurídica não é “uma resposta preestabelecida, fixada pelo órgão legiferante, que oferece soluções para os futuros casos concretos, mediante processo dedutivo e lógico de subsunção (encaixe dos fatos nas respostas prefixadas).”²³⁹

Neste sentido, o positivista Bobbio já advertia que:²⁴⁰

Ninguém mais acredita realmente que as operações realizadas pelo juiz para interpretar o direito sejam apenas lógicas, no sentido estrito da palavra, isto é, que sejam operações de dedução de certas conclusões a partir de determinadas premissas; em outras palavras, que a atividade do juiz seja meramente mecânica ou automática. Os juristas e os filósofos do direito tornaram-se cada vez mais atentos à presença, manifesta ou escondida, consciente ou inconsciente, dos juízos de valor. Vale para todos a retratação de Calamandrei sobre a

²³⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 102.

²³⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 105.

²³⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 106.

²³⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 107.

²⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. p. 118.

famosa teoria da sentença como silogismo. Isso não impede que exista diferença entre uma interpretação fundada no exame dos chamados conceitos jurídicos e outra fundada na avaliação dos interesses, e que a escolha de uma ou de outra [...] tenha consequências na diversidade da decisão. Só que não se trata de uma diferença entre uma decisão entendida como a consequência de uma operação lógica e outra vista como a consequência de uma avaliação, mas, talvez, de uma decisão mais atenta às questões logico-linguísticas, que podemos chamar 'formais', e de uma decisão mais atenta às questões de fato (interesses em jogo, fins sociais a alcançar), ou substanciais.

Ademais, é preciso reconhecer que, caso a técnica da subsunção tivesse atingido seu objetivo, o positivismo teria superado os problemas típicos do jusnaturalismo: falta de previsibilidade e de segurança jurídica, o que nunca aconteceu. Pelo contrário, o positivismo confere uma significativa margem de manobra no julgamento de casos difíceis, onde não há uma solução claramente preestabelecida, afetando o grau de previsibilidade das decisões e, por consequência, a taxa de satisfação da segurança jurídica.²⁴¹

Em contrapartida, Zanon Junior aponta heranças do positivismo jurídico que não devem ser abandonadas pelas correntes filosóficas que se propõem a substituí-lo em uma mudança paradigmática na ciência do direito, que se convencionou chamar de "pós-positivistas".

Primeiro, o positivismo jurídico teve o mérito de identificar que as fontes jurídicas são efetivamente uma produção cultural da sociedade, superando "a ficção de uma ordem jurídica universalmente válida, historicamente invariável e axiologicamente superior àquela produzida pelo estado".²⁴² De fato, "todos os elementos que podem ser empregados para fundamentar uma determinada deliberação foram construídos pela sociedade, como um produto

²⁴¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 114.

²⁴² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 120.

artificial voltado à finalidade de se decidir de acordo com valores prevalecentes no sistema político.”²⁴³

Segundo, é preciso levar em conta a importância das limitações impostas pelos textos legais, que devem guiar a atividade judicial, mesmo reconhecendo que “os magistrados não estão intelectualmente blindados de influências de cunho moral.” Assim, “os juízes estão vinculados ao texto legislativo anteriormente fixado, que serve de limite para sua atividade deliberativa, e, conseqüentemente, de fronteira para seu julgamento moral.”²⁴⁴

O mesmo autor, citando Macell Cunha Leitão, elenca pontos de convergência entre as propostas juspositivistas e pós-positivistas de maior projeção nos cenários acadêmico e forense:²⁴⁵

(a) Não existe um conteúdo de justiça transcendente válido em si mesmo independentemente do tempo e do lugar; (b) sociedades modernas convencionam o conteúdo ético imposto coercitivamente através de regras jurídicas oficiais; (c) Não é possível interpretar mecanicamente o direito positivado, agindo como mera 'boca da lei'; (d) O direito moderno revela um compromisso com o ideal de segurança jurídica mediante aplicação igualitária e previsível das normas jurídicas; (e) A história pessoal de cada intérprete influencia suas convicções morais; e (f) Existe um amplo desacordo, inclusive dentro de uma mesma cultura, sobre quais valores morais devem nortear a conduta humana.

Entre as correntes pós-positivistas de maior projeção no panorama brasileiro, podem ser mencionadas a procedimentalista, de Robert Alexy; a substancialista, de Ronald Dworkin; e a pragmatista, de Richard Posner.

Em breve resumo, Alexy, ressoando a crítica pós-positivista, afirma que o principal problema acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Todas as teorias positivistas, cujos conceitos tacha de insuficientes,

²⁴³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 121.

²⁴⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 127.

²⁴⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 130.

defendem a tese da separação, ou seja, que o direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. Em contrapartida, todas as teorias não positivistas defendem a tese da vinculação. Segundo ele, “quem identifica o direito com a lei escrita, ou seja, quem defende a tese do positivismo legal deve afirmar que, nos casos duvidosos, a decisão é determinada por fatores extrajurídicos.” Diversa é a compreensão do não positivista, que, “por não identificar o direito com a lei, entende que a decisão também pode ser determinada pelo direito, se a lei não a estipular de modo coercitivo.”²⁴⁶

Para demonstrar sua tese, Alexy elabora um quadro conceitual que distingue a “perspectiva do participante”, centralizada na figura do juiz, que “participa de uma argumentação” sobre o que é ordenado, proibido, permitido e autorizado no sistema jurídico, e a “perspectiva do observador”, que é adotada por aquele que não pergunta o que é a decisão correta num determinado sistema jurídico, e sim como de fato se decide em determinado sistema jurídico.²⁴⁷

Nesta segunda perspectiva, o autor aduz à conhecida versão do argumento da injustiça relacionado a normas individuais (fórmula de Gustav Radbruch):²⁴⁸

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como 'direito incorreto', deva ceder lugar à justiça.

Alexy reconhece que, nesta perspectiva, a tese positivista da separação é, em sua essência, correta. Somente “no caso extremo e, na realidade, improvável de um sistema normativo que nem sequer formule uma

²⁴⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 12.

²⁴⁷ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 30.

²⁴⁸ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 34.

pretensão à correção é que ela esbarrará num limite”²⁴⁹. Situação diferente surge quando se observa o direito a partir da perspectiva do participante, para quem a tese da separação é inadequada, pois mostra-se difícil desvincular direito e moral.

Outra característica importante desta teoria é que, segundo Alexy, as normas jurídicas podem “assumir a forma estrutural de uma regra jurídica aplicável por subsunção ou de um princípio jurídico aplicável por ponderação, de acordo com a lei da colisão e a metarregra da proporcionalidade.”²⁵⁰

O autor sustenta que todo direito positivo tem uma estrutura aberta, tendo em vista o caráter vago da linguagem do direito, a possibilidade de contradições entre as normas, a falta de uma norma na qual a decisão possa ser apoiada e a possibilidade de decidir até mesmo contra o enunciado de uma norma em casos especiais. Um caso que se enquadre no âmbito de abertura deve ser caracterizado como “caso duvidoso”. Assim, como para o positivista somente o direito positivo é direito, o juiz deve decidir no campo de abertura, ou seja, em todos os casos duvidosos, com a ajuda de critérios não jurídicos ou extrajurídicos.²⁵¹

Em contraposição a isso, o argumento dos princípios diz que “o juiz também está legalmente vinculado no âmbito da abertura do direito positivo, ou seja, do direito estabelecido e eficaz, e isso de uma maneira que cria uma vinculação necessária entre direito e moral.”²⁵²

Neste tópico, o autor expõe sua conhecida distinção entre regras e princípios. Em suma, regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, por isso, podem ser designadas como “mandamentos definitivos”, aplicados por subsunção. Já os princípios são “mandamentos de otimização”, isto é, são normas que ordenam

²⁴⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 43.

²⁵⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. p. 230.

²⁵¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 83.

²⁵² ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 84.

que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos, aplicados por ponderação.²⁵³

Deste modo, na ótica de um participante, o sistema jurídico não é apenas um sistema normativo, no sentido de resultados, mas também um sistema de procedimentos (por isso a denominação desta corrente de procedimentalista). Assim, partindo-se do ponto de vista do participante, as razões que ele considera no processo de decisão e de fundamentação fazem parte do procedimento e, por conseguinte, do sistema.²⁵⁴ Disso se infere que, “a partir de um estágio mínimo de desenvolvimento, todos os sistemas jurídicos contêm necessariamente princípios.”²⁵⁵

Do mesmo modo, como os princípios morais, por seu conteúdo, estão incorporados ao direito, o juiz que neles se apoia decide com base em critérios jurídicos, portanto os princípios fazem parte do ordenamento jurídico.²⁵⁶ Mais do que isso, o juiz está juridicamente obrigado a proceder a uma otimização relacionada ao caso concreto. Assim, “a conexão necessária entre o direito e a moral correta é estabelecida pelo fato de a pretensão à correção incluir uma pretensão à correção moral que se estende aos princípios que são tomados como base.”²⁵⁷

Discutindo as ideias de Robert Alexy, Neil MacCormick argumenta que “sempre há princípios subjacentes disponíveis para restringir, derrotar ou até mesmo revogar um discurso expresso em termos de normas”. Ele enfatiza que,

²⁵³ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 85.

²⁵⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 88.

²⁵⁵ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 90.

²⁵⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 92.

²⁵⁷ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 95.

na aplicação das normas, frequentemente surgem desafios que demandam a incorporação de argumentos de princípios no passado (e no futuro) para resolver questões de interpretação e aplicação. Isso evidencia que o raciocínio puramente normativo é insuficiente para uma justificação jurídica autossustentável, estando imerso em um contexto mais amplo de princípios e valores.²⁵⁸

Maccormick observa ainda que a argumentação baseada unicamente em normas é limitada, ou seja, “somente pode nos levar até certo ponto, e é inerente à própria natureza do direito que as normas com frequência fiquem aquém de sua própria virtude essencial”, revelando-se vagas ou inadequadas em contextos práticos específicos. Portanto, a justificação legal requer a integração de normas com os princípios subjacentes do Estado de Direito.²⁵⁹

Por sua vez, Zanon Junior destaca que a ponderação, não sendo um processo que sempre leva a uma única solução correta para cada caso concreto, “é suscetível de resultar em soluções discrepantes para o mesmo problema”.²⁶⁰ Ecoa, assim, a crítica de Lenio Luiz Streck, ao afirmar que “a aplicação de princípios mediante ponderação revela mera nova roupagem para já conhecida discricionariedade inerente ao positivismo jurídico, ainda que mediante um método explicativo.”²⁶¹

De fato, a ideia de tomada de decisão baseada em um processo de ponderação e em um sopesamento orientado pela metarregra da proporcionalidade e seus subpreceitos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) pouco auxilia o julgador e não reflete o que ocorre na prática judiciária, pois acaba sendo mero recurso argumentativo

²⁵⁸ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. XIV.

²⁵⁹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. p. XV.

²⁶⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. p. 221.

²⁶¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. p. 221.

amplamente discricionário. Afinal, caberá ao juiz avaliar internamente o que é adequado, necessário e proporcional para a solução do caso concreto.

Semelhantemente, Bruno Torrano censura a vulgarização recorrente da proporcionalidade pensada por Alexy. Adverte que o “o idealismo da principiologia pós-positivista”, rapidamente incorporado por juízes brasileiros, serviu apenas “para dar ares de legitimidade a suas opiniões pessoais”, por meio de “argumentos de autoridade vindos da academia, é dizer, alguma sustentação aparentemente científica ou filosófica.”²⁶² O autor desaprova como as teorias pós-positivistas mais usadas no Brasil, entre elas a teoria da argumentação jurídica de Alexy, foram mal compreendidas e empregadas, pois concedeu aos magistrados licenciosidade para “criarem um novo princípio sempre que suas crenças ou desejos morais estivessem em desacordo com a moralidade que se adequa às fontes jurídicas fáticas.”²⁶³

Com efeito, se o objetivo desta teoria era o de reduzir o arbítrio ou a discricionariedade judicial, necessário reconhecer que não serviu ao seu intento. A linguagem constitucional frequentemente atribui diferentes denominações aos supostos métodos de solução de conflitos entre interesses protegidos pela Constituição. Termos como razoabilidade, proporcionalidade, ponderação, sopesamento e concordância prática são usados ora com base em teorias específicas, ora de maneira equivalente por erro ou escolha, com o propósito de resolver questões constitucionais. No entanto, esses termos “não passam de operações semântico-sintáticas que se balizam pela coerência e coesão argumentativa, mais do que por seu aspecto pragmático, embora seja esse, no fundo, o mais decisivo”.²⁶⁴ O juiz acaba escolhendo o princípio que melhor reflete seus valores, até mesmo para afastar uma regra vigente. Afinal,

²⁶² TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito**. p. 88.

²⁶³ TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito**. p. 87.

²⁶⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. Ambiente: um direito de segunda classe? (Excurso sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADC nº 42/DF). *In*: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; FREITAS, Vladimir Passos; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Comentários aos acórdãos ambientais: paradigmas do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 309.

“Para conferir ares de legitimidade a uma postura ativista, basta chamar o significante de ‘princípio’ e ponderá-lo a gosto.”²⁶⁵

Outra destacada corrente pós-positivista é a capitaneada por Ronald Dworkin, que também desafia a tese vigente entre os positivistas de separação conceitual necessária entre direito e moral. Sua teoria é afinada com a corrente substancialista, pois defende a “aplicação dos direitos segundo uma interpretação construtivista, que visa preservar os aspectos morais decorrentes da Constituição.”²⁶⁶

Em suma, o autor descreve uma concepção de direito como um ramo da moral, e não como um sistema rival de regras que podem entrar em conflito com aquela. Para ele, a estrutura da moral em geral é como uma árvore: “o direito é um ramo da moral política, que é um ramo da moral pessoal mais geral, que é por sua vez um ramo de uma teoria ainda mais geral do bem viver.”²⁶⁷

Ao negar que o direito e a moral sejam sistemas paralelos, Dworkin busca na teoria do interpretacionismo (*interpretativism*) a resposta para a influência da moral na tomada de decisão. Segundo esta teoria, “o direito inclui não somente as regras específicas postas em vigor de acordo com as práticas aceitas pela comunidade, mas também os princípios que proporcionam a melhor justificativa moral para essas regras promulgadas.” Desse modo, o direito “também inclui as regras que decorrem desses princípios justificadores”.²⁶⁸

Dworkin argumenta que o significado de um valor somente pode ser compreendido e construído na sua relação com os demais valores a ele associados. Assim, refuta a ideia de que é inevitável, na experiência prática humana, a necessidade de escolher entre valores e fins que competem entre si.

²⁶⁵ TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito**. p. 137.

²⁶⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. p. 286.

²⁶⁷ Estrutura da moral geral, em ordem decrescente: ética → moral pessoal → moral política → direito. (DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 10)

²⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. p. 614.

Para ele, os valores não conflitam, mas se complementam e se apoiam na busca da única decisão correta para o caso concreto.

O ordenamento jurídico, para Dworkin, possui a forma estrutural de uma teia inconsútil (inteiriça, que não tem costura), “formada pela conjunção concatenada dos diversos fatores levados em consideração para fundamentar as deliberações jurisdicionais,”²⁶⁹ que vão sendo “tecidos” pelos juízes ao longo do tempo.

A decisão jurídica, por sua vez, é tomada através de duas formas: procedimento lógico dedutivo de subsunção de regras jurídicas, ou, alternativamente, mediante “operação argumentativa de balanceamento dos demais padrões de julgamento menos densos”, elaborada de acordo com uma “interpretação construtivista da história institucional das práticas jurídicas da comunidade, considerando a integralidade do sistema”.²⁷⁰

Dworkin defende a integridade política como uma virtude, portanto o Estado deve agir segundo um conjunto único e coerente de princípios. A integridade exige que o direito seja criado e interpretado, na medida do possível, de modo a expressar “um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”.²⁷¹

Também esta teoria, de inegável importância no salto paradigmático pós-positivista, não é isenta de críticas.

Zanon Junior, por exemplo, argumenta que a correta representação do ordenamento jurídico não é nem a pirâmide hierárquica de Kelsen, nem a teia inconsútil de Dworkin, mas “deve refletir a correlação dos diversos tipos de fontes jurídicas [...], bem como suas relações com outras áreas do saber (interdisciplinaridade) e, ainda, não ter suas fronteiras fechadas à

²⁶⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. p. 321.

²⁷⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. p. 321.

²⁷¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. p. 264.

transnacionalidade.”²⁷² Ou seja, a posição da Constituição não está no ápice de uma pirâmide ou diluída em uma teia inconsútil, mas deve assumir a centralidade formal e material inerente às suas características essenciais.

Outras críticas contundentes à teoria de Dworkin são feitas pelos defensores do pragmatismo jurídico, principalmente por Richard Posner, como se verá mais adiante. Dworkin mesmo reconhece que o pragmatismo é o mais poderoso rival da integridade.²⁷³

Esta terceira corrente pós-positivista (pragmatismo jurídico), por alguns considerada “pós-pós-positivismo”,²⁷⁴ por outros, uma “meta-teoria da decisão judicial”,²⁷⁵ busca aproximar a filosofia jurídica da “vida como ela é” na ciência do direito. Identificando metas irrealistas na corrente substancialista e a ampla discricionariedade (e, por consequência, a inocuidade) da corrente procedimentalista, que têm um impacto limitado na solução de problemas concretos, o pragmatismo jurídico, liderado por Richard Allen Posner, percebe a cisão do mundo judicial com o mundo acadêmico.

De um lado, vê os juízes sem tempo para “abstrações filosóficas” ou para escalar as “terras altas teóricas, onde os ideais democráticos e judiciais são debatidos”, as quais “tendem a ser áridas e exauridas”. Nota os operadores (ou operários) do direito engatinhando pelas “terras baixas empíricas”, que são

²⁷² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 177.

²⁷³ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 264.

²⁷⁴ Bruno Torrano vê a necessidade de uma (re)aproximação do pragmatismo com um “positivismo ético”, que acredita que “o respeito às formas jurídicas e a orientação por regras constitui a alternativa mais atraente entre as disponíveis, combatendo também a farra dos princípios.” Não enxerga o pragmatismo como uma corrente pós-positivista, ao defender que “O pragmático não vê a conversa entre positivista e pós-positivista como um verdadeiro impasse teórico que deva ser desenrolado para o bem do esclarecimento do conceito de direito ou das futuras gerações, porque está ciente do vasto número de maneiras de abordar a questão pelos lados e tentar sobrepujar o adversário, sabe que não há uma ordem de discussão fixa, e admite movimentos pelos flancos” (TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito**. p. 83). De modo semelhante, Posner considera sua teoria uma “tentativa de reconciliação do pragmatismo legal com o positivismo jurídico.” (POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 1).

²⁷⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e implicações. p. 211.

férteis, porém “raramente cultivadas”.²⁷⁶ Percebe-os frustrados por não conseguirem “fazer justiça”, e dar vazão ao gigantesco número de processos que se avolumam em seus escaninhos.

De outro lado, repara nas críticas acadêmicas sobre a prática judiciária, a baixa qualidade das decisões, a delegação da atividade judicial a assessores e a carência de uma teoria com mais “substância”.

A aproximação buscada pelo pragmatismo não é, igualmente, isenta de críticas, exploradas mais adiante, baseadas principalmente na falta de uma teoria mais sólida, na suposta irresponsabilidade consequencialista e desrespeito ao ideal democrático, principalmente em um sistema jurídico baseado na *civil law*.

De todo modo, é inegável o incremento no número de adeptos desta corrente, nos meios acadêmico e judicial.²⁷⁷ No Brasil, “função judicial e pragmatismo” é tema obrigatório nos concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura, tendo em vista a fusão de “elementos provenientes da *Civil* e da *Common Law*” no Código de Processo Civil de 2015, e as alterações feitas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei no 4.657/1942), que consagra “o pragmatismo e seus alicerces: contextualismo e consequencialismo”.²⁷⁸

Dentre as diversas vertentes, a teoria que mais se destaca é a desenvolvida por Richard Posner, juiz federal norte-americano, hoje aposentado, e professor da Universidade de Chicago. Posner foi o precursor da análise econômica do direito naquele país (*Law and Economics*), tendo se filiado à

²⁷⁶ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 3.

²⁷⁷ “[...] o pragmatismo revoluciona o modo como se problematizam as funções institucionais dos magistrados, bem como a relação entre prática judicial e filosofia deontológica. Cada vez mais, Cortes constitucionais têm adotado explicitamente o discurso consequencial para resolver conflitos, especialmente em contextos de crise política e econômica. Antes um ideário distante, o pragmatismo tornou-se *common place* na prática adjudicativa.” (STF, Ação Originária n. 1.773/DF, relator Ministro Luiz Fux, publicada em 16 nov. 2018).

²⁷⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 423, de 5 de outubro de 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4147>. Acesso em: 09 nov. 2023.

corrente do pragmatismo jurídico após a publicação do livro *The problems of jurisprudence*, em 1990.²⁷⁹ Desde então assumiu o protagonismo desta corrente de pensamento, sendo o responsável por seu fortalecimento no final do século XX.

Dessa forma, pela importância do “pragmatismo posneriano” para a ciência jurídica em geral e para esta tese em particular, seu histórico e seus fundamentos serão examinados em item específico.

2.2 O PRAGMATISMO DE RICHARD POSNER

Como já exposto, o emprego dos princípios do pragmatismo filosófico no campo do direito tem origem nos escritos de Oliver Wendell Holmes Jr., influenciado pelas ideias dos filósofos contemporâneos William James e Charles Peirce. Para Holmes, *“the life of the law has not been logic, it has been experience”*²⁸⁰, frase que, segundo Posner, poderia ser o slogan do pragmatismo jurídico (considerando-se “lógica” como formalismo²⁸¹ e “experiência” como

²⁷⁹ ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, set./dez. 2019. p. 121. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 03 mai. 2023.

²⁸⁰ Citação completa: *“The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.”* (“A vida do direito não tem sido lógica, tem sido experiência. As necessidades sentidas na época, as teorias morais e políticas predominantes, as intuições de políticas públicas, declaradas ou inconscientes, até mesmo os preconceitos que os juízes compartilham com seus semelhantes, tem tido muito mais a ver do que o silogismo na determinação das regras pelo qual os homens devem ser governados.” (HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm> . Acesso em 27 dez 2021. Tradução livre)

²⁸¹ Bruno Farage da Costa Felipe explica que o termo “formalismo”, como empregado por Posner, “significa a negação do componente político-ideológico e de políticas do direito. Ele, o formalismo, retrata o direito como um sistema de normas e decisões judiciais como resultado de dedução, com a norma aplicável fornecendo a premissa maior do silogismo e os fatos do caso específico sua premissa maior. Posner alega que o direito continua sendo formalista quando se pensa que os resultados são determinados por princípios imanentes dentro da lei bem como por normas, apesar de os procedimentos intelectuais usados para conectar os princípios e casos sejam complexos e menos definidos do que o silogismo.” (FELIPE, Bruno Farage da Costa. A abordagem pragmática da decisão judicial: uma introdução ao pragmatismo “antiteórico” de Richard A. Allen Posner. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, n. 17, jul/dez de 2014.)

empirismo.)²⁸² Assim, o pragmatismo jurídico admite que, diante dos mesmos fatos e textos legais, não se decida necessariamente da mesma forma.

A doutrina pragmática de Holmes foi complementada por Benjamin Cardozo, que sucedeu a Holmes na Suprema Corte dos EUA, onde atuou até 1938. Em um contexto de *common law*, Cardozo rejeitava a ideia de “*preexisting rules of law which judges found but did not make.*” Segundo ele, “*when a rule, after it has been duly tested by experience, has been found to be inconsistent with the sense of justice or with the social welfare, there should be less hesitation in frank avowal and full abandonment.*”²⁸³

Os realistas norte-americanos perceberam que a forma tradicional de entender o direito, “baseada na análise lógica de regras estáticas conformadoras de um sistema de proposições gerais,” não se prestava a decidir casos concretos, e que as características “mais nítidas das decisões judiciais é que elas são proferidas por pessoas – os magistrados – que reagem antes aos fatos (em sentido emocional) do que às normas (em sentido racional).”²⁸⁴

Embora tenha se inspirado no pragmatismo filosófico, o pragmatismo jurídico com ele não se confunde. Isso não significa que não tenham relação, mas que o segundo não segue necessariamente o primeiro. Os pragmatistas jurídicos não presumem que o pragmatismo filosófico, por si só, tenha algo a ver com a melhoria das práticas jurídico-institucionais. Ou seja, um bom juiz pragmático não precisa conhecer nem considerar a filosofia pragmática.²⁸⁵

²⁸² POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 45.

²⁸³ “regras de direito preexistentes que os juízes encontraram, mas não elaboraram”. [...] “quando uma regra, depois de devidamente testada pela experiência, for considerada incompatível com o senso de justiça ou com o bem-estar social, deve haver menos hesitação na admissão sincera e abandono total (*apud* MINTZ, Joel A. Some Thoughts on the Merits of Pragmatism as a Guide to Environmental Protection. **Boston College Environmental Affairs Law Review**. Tradução livre.)

²⁸⁴ TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito**. p 68.

²⁸⁵ TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito**. p 71.

Bruno Torrano explica:²⁸⁶

[...] a ênfase do temperamento pragmático é depositada radicalmente na análise do contexto. O que conta para o pragmático é a investigação que não se volta à busca da verdade, e sim para a solução de problemas contingentes.

[...] é possível e consistente que um pragmatista filosófico, ao falar sobre aplicação do direito, defenda algum tipo de formalismo normativo, rejeitando, com isso, a transposição do temperamento pragmático que deve guiar o mundo acadêmico ao âmbito institucional da responsabilidade pública dos juízes. O pragmatismo jurídico é *freestanding* quando cotejado com o pragmatismo filosófico.

É como se o filósofo pragmatista dissesse ao pragmatista jurídico: estas são minhas ferramentas filosóficas; se você quiser usá-las, fique à vontade, mas não precisa. Eu seria incoerente se o exigisse, se o que importa não é a teoria (a investigação da verdade), mas a solução de casos concretos. Afinal, “não se supera uma teoria apenas com uma teoria melhor”, devendo a teoria “ser encorajada apenas quando pode facilitar a prática”.²⁸⁷

O pragmatismo jurídico imprime, assim, os métodos e princípios do pensamento pragmático na ciência do direito. Esta tentativa tomou muitas formas, às vezes conflitantes. Um fator unificador do pragmatismo jurídico, no entanto, é sua antipatia ao formalismo, ou seja, à noção de que questões jurídicas complexas podem ser respondidas com mera aplicação de conceitos, sem necessidade de mais do que um exame superficial de sua relação com o mundo dos fatos.²⁸⁸

Desse modo, os métodos apropriados de investigação são aqueles que facilitam a tomada de decisão pragmática: os métodos da ciência social e

²⁸⁶ TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito**. p 72.

²⁸⁷ Citando Thomas Grey e Richard Rorty: TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito**. p 78.

²⁸⁸ Referindo-se ao pensamento de Richard Posner: MINTZ, Joel A. Some Thoughts on the Merits of Pragmatism as a Guide to Environmental Protection. **Boston College Environmental Affairs Law Review**.

do senso comum.²⁸⁹ Assim é possível, e até desejável, que o julgador se valha de outras ciências para alcançar o melhor resultado possível no caso concreto, como a economia e a psicologia cognitiva. Nesse sentido, “o pragmático prefere uma filosofia conversacional a uma filosofia analítica”²⁹⁰, ou seja, o pragmatismo dialoga com outras ciências.

Posner²⁹¹ argumenta que a filosofia, especialmente a filosofia do pragmatismo, incita a dúvida, e a dúvida incita a investigação, tornando um juiz menos dogmático, mais pragmático, ou, pelo menos, de mente aberta. Segundo ele, os juízes pragmáticos sempre tentam fazer o melhor que podem para o presente e o futuro, sem a obrigação de garantir coerência principiológica com o que foi decidido no passado. Nesta interpretação, a diferença entre um juiz pragmático e um juiz positivista no sentido forte do termo (aquele que acredita a lei é um sistema de regras estabelecido pelo legislador e meramente aplicada por juízes) é que, enquanto este está preocupado em assegurar a coerência com as decisões anteriores, o primeiro preocupa-se em garantir coerência com o passado apenas na medida em que decidir de acordo com o precedente pode ser o melhor método para produzir os melhores resultados para o futuro.

Em outras palavras, o juiz pragmático busca a melhor decisão considerando as necessidades presentes e futuras, sem se vincular ao passado. Não que deseje simplesmente ignorar a lei e a jurisprudência, o que seria equivocado, já que estas são muitas vezes repositórios de conhecimento e de sabedoria, e o desvio daquelas pode ter consequências negativas ao gerar insegurança jurídica. Porém, ao ter que optar entre fazer justiça no caso concreto, de um lado, ou manter a segurança jurídica e a previsibilidade do direito, de outro, o juiz pragmático prioriza os fatos e a decisão que considera mais justa para resolver a disputa.

²⁸⁹ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. XII.

²⁹⁰ TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito**. p. 86.

²⁹¹ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. p. 381.

Assim, embora tanto o juiz positivista quanto o pragmático estejam interessados nas fontes do direito e nos fatos, o positivista parte das fontes e lhes atribui um peso maior, ao passo que o pragmático parte dos fatos e lhes atribui um peso maior. Desse modo, “O juiz pragmático acredita que o futuro não deve ser escravo do passado, mas não está obrigado a encarar determinados conjuntos de dados como diretrizes para a tomada de decisão que terá melhores efeitos para o futuro.”²⁹²

Conquanto o autor norte-americano escreva em um contexto de *common law*, onde os precedentes também são considerados lei (*case law*), ao lado da legislação propriamente dita (*statutory law*), suas ideias também podem ser estudadas sob o prisma da *civil law*, onde a valorização dos precedentes é cada vez mais visível, e é garantida ao aplicador da lei a autonomia para interpretá-la de forma a alcançar o melhor resultado no caso concreto, mesmo sem desbordar das balizas impostas pelo legislador²⁹³. Além disso, tem-se observado, neste sistema, clara dissintonia entre teoria e prática do direito, tendo em vista a superioridade atribuída à doutrina e a enunciados principiológicos abstratos, que, apartados muitas vezes do contexto factual e histórico, deixam em segundo plano a análise dos fatos e a resolução de problemas concretos.²⁹⁴

Posner²⁹⁵ alerta, contudo, que pragmatismo judicial não é sinônimo de “preguiça intelectual”, por ser “muito mais fácil reagir visceralmente a um litígio do que analisá-lo”. O juiz pragmático não toma decisões inopinadas, sem reflexão, baseadas em achismos, mas “deve levar em conta todas as fontes do direito e os argumentos jurídicos pertinentes a determinada causa”. Pelo contrário, o menor esforço intelectual pode vir de uma decisão puramente

²⁹² POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. p. 392.

²⁹³ RAUPP, Daniel. O Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a possibilidade de ocupação da zona costeira mediante desenvolvimento sustentável. *In*: DANTAS, Marcelo Buzaglo; JACOBSEN, Gilson (organizadores). **Coleção Direito, Meio Ambiente e Sustentabilidade**, vol. 25. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 122.

²⁹⁴ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. 2019. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Univali, Itajaí/SC, 2019. p. 412.

²⁹⁵ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. p. 415.

formalista, que encaixa a lide na lei e na jurisprudência postas, sem considerar de forma adequada os fatos em questão e as consequências específicas daquela decisão, deixando de alcançar, muitas vezes, a almejada pacificação social.

Ser pragmático, nesse aspecto, não significa simplesmente “ir direito ao ponto”, rejeitar regras ou princípios em favor de tomadas de decisão *ad hoc* ou de pura intuição. Significa, sim, renunciar à visão de que as regras, por si mesmas, ditam os resultados, sem esperar que alguma técnica milagrosa forneça respostas precisas a questões políticas difíceis.²⁹⁶

Em síntese, aos olhos do pragmatista jurídico, uma lei deve ser interpretada de modo a garantir as consequências práticas desejadas, dispensando a interpretação literal se esta leva a resultados absurdos. Os juízes, assim, devem evitar se envolver em debates que não têm significado prático, mas apenas teórico, pois, em muitos casos, o melhor que o juiz pode fazer pelo presente e o futuro é insistir em que as rupturas com o passado sejam devidamente consideradas.

Esse ponto de vista se apresenta como uma ferramenta bastante útil em matéria ambiental, onde o conhecimento científico, os fatos, a percepção da sociedade, e a legislação, estão em constante mudança.

2.3 CARACTERÍSTICAS DA ADJUDICAÇÃO PRAGMÁTICA

No livro “Direito, Pragmatismo e Democracia”,²⁹⁷ Richard Posner lista alguns princípios fundamentais para a compreensão desta corrente filosófica do direito.

Em síntese, suas principais características são:

1. Não implica em um julgamento *ad hoc*;

²⁹⁶ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism: making sensible environmental decisions in an uncertain world**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 10.

²⁹⁷ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 47.

2. Reconhece que circunstâncias específicas do caso podem dominar completamente o processo de tomada de decisão;
3. Enfoca a razoabilidade do julgador, que deve tomar a decisão mais razoável no caso concreto, sopesando prós e contras;
4. Embora enfatize as consequências, não é uma forma de consequencialismo²⁹⁸, levando em conta outros valores desejados pela sociedade;
5. Considera que seguir decisões passadas é uma estratégia, não uma obrigação;
6. Não faz distinção entre o raciocínio jurídico e o raciocínio prático do julgador;
7. Tem uma abordagem empirista, reconhecendo que os juízes possuem um conhecimento limitado sobre questões técnicas submetidas a julgamento;
8. Não é hostil a toda teoria, mas a teorias inúteis, que incluem frases feitas e abstrações que pouco contribuem para a fundamentação;
9. Opera de dentro para fora, ou seja, a partir dos fatos presentes (*sub judice*), em vez de se basear em previsões para casos futuros;
10. Não faz distinção entre a atividade judicial de aplicar e criar leis nos casos difíceis, pois considera que o direito não possui lacunas;
11. Simpatiza com a concepção sofista e aristotélica de retórica como modo de raciocínio;
12. Distingue-se de correntes de pensamento como o realismo jurídico e os estudos jurídicos críticos.

²⁹⁸ “O ‘consequencialismo’ pode ser definido como o conjunto de doutrinas filosóficas que avalia ações pelo valor de suas consequências e prega que a melhor ação é aquela que tem as melhores consequências. Conforme a enciclopédia de filosofia Routledge Encyclopedia of Philosophy: ‘O Consequencialismo avalia a correção ou incorreção a partir da valoração de suas consequências’.” (FELIPE, Bruno Farage da Costa. A abordagem pragmática da decisão judicial: uma introdução ao pragmatismo “antiteórico” de Richard Allen Posner. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, n. 17, jul/dez de 2014.)

Assim, num breve resumo elaborado por Posner, o pragmatismo jurídico:²⁹⁹

[...] não está preocupado apenas com consequências imediatas, não é uma forma de consequencialismo, não é hostil à ciência social, não é um positivismo hartiano, não é realismo legal, não é estudos jurídicos críticos, não é sem princípios e não rejeita a norma jurídica. Ele é resolutamente antiformalista, nega que o raciocínio jurídico difira de forma substancial do raciocínio prático comum, favorece fundamentos estreitos em vez de amplos para as decisões no início do desenvolvimento de uma área do direito, simpatiza com a retórica e antipatiza com a teoria moral, é empírico, é historicista, mas não reconhece 'dever' em relação ao passado, desconfia da norma jurídica que não abre exceções e se pergunta se os juízes não poderiam fazer melhor em casos difíceis do que chegar a resultados razoáveis (em oposição a resultados demonstravelmente carretos).

Importa examinar com detalhes os atributos listados acima:

1. Pragmatismo jurídico “não é só um termo na moda para adjudicação *ad hoc*; ele envolve a consideração de consequências sistêmicas e não apenas específicas ao caso.”³⁰⁰

Pragmatismo jurídico não é sinônimo de tomada de decisão *ad hoc*, ou seja, decidir de forma alcançar a melhor consequência imediata, sem considerar possíveis consequências futuras. “Visão curta” não faz parte do conceito de pragmatismo, que requer uma devida consideração (não exclusiva, pois há escolhas) do “valor político e social da comunidade, coerência, generalidade, imparcialidade e previsibilidade na definição e administração de direitos e deveres legais.” Reconhece o desejo não de extinguir, mas de limitar o arbítrio judicial.³⁰¹

²⁹⁹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 65.

³⁰⁰ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 47.

³⁰¹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 48.

Na opinião de Posner, o pragmatismo não deixa os juízes se movimentarem livremente. Ainda que o juiz pragmático esteja menos confinado pela teoria do que o juiz formalista, as restrições materiais, psicológicas e institucionais sobre juízes pragmáticos “são consideráveis e limitam o arbítrio mesmo do juiz pragmático perfeitamente consciente de suas ações.”³⁰²

Existem decisões pragmáticas fáceis e difíceis, de final aberto e com base em “todos os fatos e circunstâncias relevantes”. Nem todas as adjudicações pragmáticas demandam um quadro do amplo leque de consequências possíveis de resultados alternativos. A incerteza e a indeterminabilidade são preocupações pragmáticas, não valores pragmáticos.³⁰³

Neste ponto, Posner menciona algumas críticas direcionadas ao pragmatismo. Primeiro, de que é difícil demais, pois exige que o juiz avalie todas as consequências e alternativas possíveis e imagináveis. Posner rebate argumentando que “As consequências que preocupam o pragmatista são consequências reais, não as hipotéticas”.³⁰⁴ Segundo, em outro extremo, de que é fácil demais, pois falta a estrutura e disciplina do formalismo jurídico, o que diz que também não é verdade, pois a análise pragmática responsável também exige que se domine a retórica e o vocabulário do formalismo.³⁰⁵ O pragmatista reconhece que “o positivismo jurídico é uma teoria que faz parte da nossa tradição de pensamento e que deve ser estudada e compreendida para que nos tornemos mais informados e mais imaginativos.³⁰⁶ Afinal, “Um juiz pragmático não é um ignorante em matéria de direito, fazendo o que lhe dá na veneta.”³⁰⁷

2. Apenas em circunstâncias excepcionais o juiz pragmático “dá peso controlador a consequências sistêmicas, como o formalismo jurídico faz, isto é, apenas raramente o formalismo jurídico será uma estratégia pragmática.”

³⁰² POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 73.

³⁰³ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 49.

³⁰⁴ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 5.

³⁰⁵ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 49.

³⁰⁶ TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito**. p. 78.

³⁰⁷ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 10.

Às vezes, circunstâncias específicas ao caso dominarão completamente a tomada de decisão.³⁰⁸

Ou seja, “pelo viés pragmático, a intuição e a opinião são instruídas pela análise circunstancial detalhada.” Posner fala, neste tópico, em “imersão nos fatos”, fatos, todavia, “não no sentido limitado do direito probatório, mas em um sentido que engloba os métodos analíticos, as técnicas empíricas e as descobertas das ciências sociais, inclusive da história.”³⁰⁹

3. O critério definitivo da adjudicação pragmática é a razoabilidade. O juiz pragmático profere a decisão mais razoável que puder, pesando todos os prós e contras, o que inclui consequências específicas da decisão, análise do material jurídico padrão (texto legal ou constitucional, o texto de um contrato, a jurisprudência etc.), o desejo de preservar os valores do ordenamento jurídico, e até mesmo considerações de ordem psicológica.³¹⁰ O objetivo do julgador é, assim, a obtenção de um resultado razoável, e não um resultado demonstravelmente certo.³¹¹

É por isso que, apesar da valorização das melhores consequências, como detalhado a seguir, Posner prefere uma abordagem pragmática do direito baseada na razoabilidade, isto é, uma decisão é justa se ela “equilibra de forma razoável o risco de erro em relação ao custo de reduzir o erro. Da mesma forma, o tratamento é ‘injusto’ num sentido ofensivo se as consequências globais desse tratamento forem ruins.”³¹²

Para Posner, o ponto de partida natural do pragmatista é o balanceamento (embora este não seja o único método de tomada de decisão),

³⁰⁸ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 47.

³⁰⁹ FELIPE, Bruno Farage da Costa. A abordagem pragmática da decisão judicial: uma introdução ao pragmatismo “antiteórico” de Richard Allen Posner. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, n. 17, jul/dez de 2014.

³¹⁰ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 50.

³¹¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. p. 311.

³¹² FELIPE, Bruno Farage da Costa. A abordagem pragmática da decisão judicial: uma introdução ao pragmatismo “antiteórico” de Richard Allen Posner. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, n. 17, jul/dez de 2014.

cujo teste significa pesar as consequências específicas ao caso, comparando prós e contras da decisão.

Diz que a análise custo-benefício não se restringe a termos monetários, abrindo espaço para seu uso em casos não-econômicos. Afirma que “custos e benefícios não precisam ser balanceados a partir do zero em cada caso”, se a análise custo-benefício de determinado tema o direcionar a uma regra já estabelecida (jurisprudência consolidada, por exemplo).³¹³ O juiz pragmático reconhece sua limitação de repensar questões já uniformizadas, isto é, não pretende “inventar a roda” em todos os casos que lhe são submetidos.

Pode-se observar aqui uma certa convergência com o pensamento de Daniel Farber, estudioso do pragmatismo aplicado ao direito ambiental, como se verá no capítulo 3. Farber defende a importância de estabelecer uma linha de base ambiental (*baseline*), isto é, uma referência inicial de proteção ao meio ambiente, como uma opção legítima da sociedade atual, rejeitando a ideia de neutralidade de valores.

4. Embora o pragmatismo jurídico enfatize as consequências, não deve ser confundido com o consequencialismo, que é um conjunto de doutrinas filosóficas, sobretudo o utilitarismo, que avaliam as ações com base em suas consequências, buscando determinar a melhor ação com base nas melhores consequências. Além disso, por razões práticas e jurisdicionais, não se exige que o juiz leve em conta todas as possíveis consequências de suas decisões.

O consequencialismo é uma filosofia moral, cujo “objeto diz respeito à moralidade. Seu reino é a discussão filosófica acerca da natureza da moral. Trata-se de definir o valor de determinada conduta a partir do valor das consequências.”³¹⁴ Para Neil MacCormick, porém, é um equívoco pensar que os argumentos consequencialistas no direito são apenas utilitaristas. Esses

³¹³ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 281.

³¹⁴ ARAUJO, Thiago Cardoso; FERREIRA Jr., Fernando; MONTENEGRO, Lucas dos Reis. Consequencialismo, pragmatismo e análise econômica do direito: semelhanças, diferenças e alguns equívocos. **Quaestio Juris**, vol. 14, n. 4, Rio de Janeiro, 2021, p. 2113.

argumentos buscam mostrar que uma decisão específica é a melhor considerando vários aspectos. Diferente do “utilitarismo hedonista” de Jeremy Bentham, que avalia a escolha apenas na escala de soma do prazer e ausência de dor, a argumentação consequencialista usa diversos critérios para determinar o que é “melhor”. Esses critérios incluem justiça, senso comum, interesse público e conveniência, formando um julgamento final baseado na soma de todos esses fatores. Algumas formas de “utilitarismo ideal” também consideram esses critérios mais complexos para definir o que é melhor, o que sugere que a justificção consequencialista no direito pode ser vista como uma forma de utilitarismo ideal.³¹⁵

O pragmatismo jurídico, por sua vez, embora também leve em consideração as consequências das decisões judiciais, não é uma abordagem exclusivamente consequencialista, pois não possui uma concepção pré-determinada de quais consequências seriam desejáveis em todos os contextos. Nisso se difere do utilitarismo, embora compartilhem algumas características. Um cenário é se preocupar com as consequências, inclusive consequências para a utilidade (bem-estar); outro, é se comprometer com uma estratégia que “pode levar ao tipo de absurdo dogmático que os pragmatistas estão determinados a evitar”.³¹⁶

Tomando como exemplo uma lei que proíba casamento entre parentes, à semelhança dos impedimentos para o casamento no Código Civil brasileiro. Em uma ação em que se questionasse a restrição à liberdade individual, na hipótese de casal estéril, um utilitarista puro não veria boas consequências na lei, já que a união não gerará filhos, situação que a lei busca

³¹⁵ Diferentemente do pragmatismo posneriano, contudo, que leva em consideração as consequências do caso específico, MacCormick ressalta que, como o foco das justificações “é voltado para as consequências de deliberações contrárias (na forma de proposições universais do direito), não nas consequências para as partes particulares da decisão em particular, o utilitarismo envolvido é o ‘utilitarismo da norma’, não o ‘utilitarismo do ato’. Portanto, [...] precisaríamos recorrer à tecnologia ética, até certo ponto incômoda, do ‘utilitarismo da norma ideal’, se quiséssemos chegar a empregar a ideia do utilitarismo neste contexto.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 147).

³¹⁶ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 51.

evitar, mas apenas más consequências: obstáculo definitivo à felicidade do casal. O pragmatista, porém, levaria em conta outros valores existentes na sociedade.

Para Posner, portanto, a interpretação judicial deve seguir, em regra, dois estágios: o primeiro é inferir um propósito a partir da linguagem e contexto do texto legal, ou com base em precedentes. O segundo estágio consiste em decidir qual resultado no caso em questão melhor atenderia a esse propósito.³¹⁷

Neste ponto, Posner faz uma crítica a Dworkin. Diz que Dworkin pretende que a adjudicação pragmática se adéque a uma estrutura filosófica, não distinguindo pragmatismo filosófico e cotidiano. Na visão de Dworkin, o pragmatismo seria uma espécie de consequencialismo, semelhante ao utilitarismo: “uma decisão judicial é justificada em bases pragmáticas por ter provado ter as melhores consequências globais e, assim, todas as consequências devem de alguma forma ser consideradas e pesadas.” Posner explica, porém, que o pragmatismo cotidiano não é consequencialista. Ele se preocupa com as consequências, “porque são importantes para qualquer decisão prática, mas não está vinculado a uma regra de consequencialismo.” Um juiz, na perspectiva de Posner, pode optar por descartar um resultado que ele acredita que produziria as melhores consequências, se considerar que isso violaria as sensibilidades coletivas a tal ponto que não seria aceito como justo. Portanto, o critério do pragmatista cotidiano, em termos de uma decisão sólida, é que seja “a decisão mais razoável a que os juízes podem chegar naquelas circunstâncias.”³¹⁸

Além disso, os juízes cujas decisões estão sujeitas à revisão por instâncias superiores geralmente sentem-se mais vinculados aos princípios ou precedentes estabelecidos por esses tribunais do que aqueles cujas decisões não estão, como os juízes das supremas cortes. Posner faz essa afirmação em

³¹⁷ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 52.

³¹⁸ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 262.

resposta aos críticos do pragmatismo, como Dworkin, que temem que o reconhecimento do caráter pragmático da adjudicação deixaria os juízes à deriva, tornando o direito imprevisível. “Este cavalo escapou do estábulo há muito tempo”, alfineta.³¹⁹

O juiz pragmático, por outro lado, reconhece suas limitações, sabe que não tem “um canal direto com a verdade”, não é um mero meio transmissor de políticas públicas criadas alhures. “O formalismo será uma estratégia pragmática em algumas circunstâncias, o ativismo, em outras.”³²⁰

Ainda de acordo com Posner, os juízes pragmáticos, por estarem mais atentos às consequências específicas de cada caso do que os juízes formalistas, que tendem a se basear em um processo de tomada de decisão silogístico, podem ser mais propensos a reconhecer exceções a regras, e mais sensíveis aos benefícios práticos de decisões baseadas em normas que dão pouco espaço a exceções. Existem situações em que a aplicação crua do texto legal produz consequências inadequadas. Nessas circunstâncias, a adesão equilibrada à regra pode ser o melhor procedimento a seguir. Este, na opinião de Posner, é um julgamento pragmático, mas não necessariamente consequencialista.³²¹

5. O pragmatismo jurídico adota uma abordagem objetiva em relação à aceitação das decisões passadas, reconhecendo-as como uma necessidade qualificada em vez de um dever ético.

O fato de se preocupar com as consequências reais da decisão torna o pragmatista “antitradicionalista e voltado para o futuro”. O passado, segundo Posner, “é um repositório de informações úteis, mas não pode reivindicar nada de nós. O critério para decidir se devemos aderir a práticas passadas são as consequências de fazê-lo para o presente e o futuro.” Contudo, isso não faz do pragmatismo uma corrente filosófica anti-historicista. Pelo

³¹⁹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 272.

³²⁰ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 273.

³²¹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 54.

contrário, “a alegação do pragmatista de que o conhecimento é local o inclina a buscar explicações para crenças em suas circunstâncias históricas.”³²²

Posner é preciso:³²³

O pragmatismo legal olha para frente. O formalismo olha para trás, fundamentando a legitimidade de uma decisão judicial no fato de ser dedutível de uma norma ou princípio estabelecido anteriormente. Em outras palavras, para satisfazer o formalista, a decisão precisa ter *pedigree*. Essa abordagem dá ao passado poder sobre o presente. O pragmatista valoriza a continuidade com promulgações e decisões passadas, mas porque tal continuidade é de fato um valor social, mas não porque tenha um senso de dever para com o passado.

Nesse ponto, a relativização da segurança jurídica adotada por Posner não passa despercebida. Para Zanon Junior, por exemplo, “A função precípua do direito é promover a segurança jurídica mediante a redução da capacidade decisória e o aumento da previsibilidade, observados padrões de qualidade”.³²⁴ Na perspectiva de Posner, por outro lado, no confronto entre segurança jurídica e as consequências razoáveis pretendidas pelo julgador, questão essencial ao pragmatismo, os juízes devem focar nas consequências práticas das suas decisões, valorizando os resultados práticos sobre a aderência estrita ao formalismo jurídico. Segundo ele, as decisões judiciais devem considerar o contexto social e as implicações futuras, mesmo que isso signifique uma menor previsibilidade e segurança jurídica.³²⁵ Essa abordagem contrasta com a visão mais tradicional que prioriza a previsibilidade e a consistência nas decisões judiciais.

³²² POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 5.

³²³ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 55.

³²⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 143.

³²⁵ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. p. 392.

Desse modo, o teste de uma grande decisão judicial, segundo o autor, não é a sua continuidade com os princípios do formalismo jurídico, mas sim o quanto se adéqua a seu contexto social.³²⁶

6. O pragmatista jurídico acredita que nenhum procedimento analítico geral distingue o raciocínio jurídico do raciocínio prático.³²⁷

O pragmatismo jurídico não é uma teoria procedimentalista. O procedimentalismo, no fim das contas, é mais um recurso retórico, não escapando da discricionariedade do tomador de decisão. Não há como distinguir, na mente do julgador, o método utilizado para alcançar uma solução para um problema jurídico e aquele aplicado para tomar uma decisão do dia a dia.

Posner salienta, nesse aspecto, a contribuição de John Dewey, filósofo pragmatista, para o direito e a democracia, ao defender que o raciocínio jurídico é uma continuidade do raciocínio prático comum, característica essencial da adjudicação pragmática. Tal constatação, segundo Posner, aproxima o pensamento pragmatista da teoria pura do direito de Hans Kelsen, por um lado, e por outro explica o desdém de Dworkin pelo pragmatismo jurídico.

Posner chama Kelsen de “positivista pragmático”, porque sua teoria é puramente jurisdicional, não comprometida com o raciocínio jurídico formalista, avesso ao pragmatismo. “O processo de tomada de decisão do juiz é legal porque ele é um juiz, não porque esteja engajado numa forma distinta de raciocínio”. Kelsen sistematiza a percepção de John Dewey, de que não existe um raciocínio tipicamente jurídico, mas sim um raciocínio prático desdobrado em

³²⁶ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 72.

³²⁷ Sobre os adjetivos pragmático e prático, Orlando Luiz Zanon Junior esclarece que “indicam qualidades diferentes, haja vista que o primeiro se refere a algo vinculado à corrente de pensamento do pragmatismo, a qual é voltada à análise das consequências na tomada de decisões e na efetiva ação [...], enquanto o segundo termo, de outro lado, diz respeito à funcionalidade de determinada coisa para atingimento de resultados. Assim, as mencionadas duas palavras são geralmente empregadas no mesmo contexto, haja vista que a apreciação das consequências geralmente envolve também a discussão acerca dos meios mais práticos de obtenção e efeitos reais.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. p. 304).

problemas jurídicos. Ao fazer isso, na opinião de Posner, Kelsen implicitamente libera os juízes para usarem a economia e outras ciências sociais como material adjudicativo, deixando claro que a lei não dita sozinha o resultado das decisões judiciais.³²⁸

Quanto a Dworkin, assevera que o juiz Hércules (juiz que combina de forma ótima todas as qualidades morais e intelectuais num único julgador) é uma quimera. O Hércules de Posner é, por assim dizer, “pé no chão”. Ele explica:³²⁹

Valores baseados em formações pessoais, incluindo étnicas e religiosas, influenciam decisões judiciais não porque os juízes ajam de forma especialmente premeditada, mas porque muitos casos não podem ser decididos pela análise de premissas compartilhadas de fato e de valor. Isso não diminui – ao contrário, aumenta – o valor de um judiciário diverso. Tal judiciário é mais representativo e suas decisões gerarão maior aceitação numa sociedade diversa.

De fato, a adjudicação pragmática preocupa-se com consequências, mas estas não são em si definitivas para o resultado do julgamento. O pragmatismo aceita que cada juiz, “dentro dos limites do arbítrio judicial permissível (isto é, com o olhar devido, mas não submisso, para as virtudes das normas jurídicas),” fundamente sua decisão “em valores pessoais, temperamento, experiências de vida singulares e ideologia.”³³⁰

É possível observar, neste tópico, um contraponto a Dworkin, que acredita em um Estado com uma única voz, uma comunidade de princípios. Posner acredita na diversidade e acha isso desejável, pois não há como escapar de premissas particulares dos juízes como critérios de julgamento. Direito como integridade, valores comuns da sociedade que devem guiar as decisões judiciais, afastando vieses pessoais, não é uma meta realista. Decisão guiada

³²⁸ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 210.

³²⁹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 72.

³³⁰ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 260.

pelo que o juiz tomou no café da manhã, como zombou Dworkin,³³¹ é, de certa forma, uma realidade, como se verá mais adiante.³³²

Deve-se reconhecer, nesse aspecto, que a meta da justiça uniforme é inatingível. “Em todos os níveis do judiciário, os juízes exercem poder discricionário, o que quer dizer que dois juízes diferentes, ao encararem a mesma questão, podem chegar a diferentes resultados sem que nenhum dos dois seja reformado.”³³³

Embora seja lamentável, como admite Posner, que o destino de um litigante seja determinado pela ocasionalidade, ou seja, com qual juiz “caiu” o processo, a única solução imaginável, isto é, um judiciário homogêneo, com pouco ou nenhum arbítrio judicial, não só é indesejável, mas também inatingível. E, ainda que factível (Posner supõe uma corte revisora suprema que pudesse reanalisar todas as decisões de instâncias inferiores), “isso seria indesejável, porque centralizaria o poder judicial de forma indevida, esmagando a diversidade e a experimentação saudáveis.”³³⁴

7. O pragmatismo jurídico é empirista. É empírico em sua orientação, da mesma forma que o raciocínio prático comum.³³⁵

Em geral, os juízes pouco sabem sobre questões técnicas dos casos em julgamento. Assim, “caem no palpite, na intuição e em experiências pessoais que podem ser enganosas.” Esse déficit de conhecimento “não pode ser sanado ou elidido, mas apenas dissimulado, pela adjudicação formalista.”³³⁶ Em um caso, por exemplo, envolvendo desenvolvimento econômico *versus*

³³¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 187.

³³² Mesmo Dworkin provavelmente deixaria de comer algo “pesado” no almoço se tivesse uma palestra para proferir logo após. Tal escolha (do que comer) é um típico exemplo de pragmatismo cotidiano, que todos fazem, e que Posner afirma, com toda razão, que não difere do raciocínio jurídico do tomador de decisão.

³³³ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 93.

³³⁴ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 93.

³³⁵ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 58.

³³⁶ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 59.

proteção ambiental, em razão de determinado empreendimento de relevantes proporções, tentar responder à pergunta de qual princípio deve prevalecer, ou teorizar sobre colisão de princípios fundamentais, é só uma evasão. O importante é entender o sentido das consequências factuais da implementação do empreendimento, observando, por exemplo, o que aconteceu em outros países que adotaram o mesmo modelo.³³⁷

Nesse contexto, o treinamento e o profissionalismo são providências indispensáveis para o aprimoramento do direito.³³⁸

8. O pragmatismo jurídico não é hostil a toda teoria. Embora a estética filosófica ou moral de uma teoria possa não ser convincente para um pragmático, este tende a ser mais receptivo a certos tipos de teoria do que um formalista, especialmente àquelas que direcionam a pesquisa empírica. No contexto do pragmatismo jurídico, existe uma certa resistência à utilização de teorias abstratas de moral e política como fundamentos para o processo decisório.

Ainda que os filósofos pragmatistas sejam céticos quanto à possibilidade de demonstrar que as teorias científicas detêm verdades absolutas sobre a constituição do universo, eles reconhecem e valorizam a utilidade prática dessas teorias. No âmbito jurídico, um juiz com uma abordagem pragmática entende que disciplinas como economia, psicologia cognitiva e estatística são ferramentas valiosas que podem fundamentar e enriquecer o processo decisório.

É o conselho de Bruno Torrano aos magistrados: “está em dúvida sobre como chamar aquela norma que você sabe que deve aplicar? Não perca tempo. Apenas foque no que importa: solucionar o caso concreto da melhor forma possível.” Afinal, como alerta Richard Rorty, “ninguém deveria perder muito tempo hesitando sobre qual serviço de ambulância chamar em

³³⁷ Diálogo “transjudicial” e a importância de olhar para experiências estrangeiras são temas tratados no capítulo 4 da tese.

³³⁸ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. p. 291.

emergências”.³³⁹ Assim, em vez de teorizar sobre fontes jurídicas na solução do caso, entre as colocadas à sua disposição, o juiz deve se preocupar em resolvê-lo da melhor forma possível.

Zanon Junior reconhece igualmente a importância da interdisciplinaridade no uso das fontes jurídicas, visto que “a atividade decisória é altamente complexa, porquanto envolve comparar e ponderar diversos campos do conhecimento.” O direito recebe influxos de diversos ramos do saber e reflete sua influência sobre eles, ainda que, dentre os diversos campos científicos, a principal fonte é a ciência jurídica.³⁴⁰

Dentro da perspectiva pós-positivista, as fontes jurídicas atuam não só como orientadoras, mas também como limitadoras da liberdade de decisão do intérprete. O acúmulo de conhecimento técnico e interdisciplinar guia o intérprete para uma tomada de decisão menos arbitrária e mais focada.³⁴¹ Nesse contexto, o pragmatismo jurídico, classificado como corrente pós-positivista, pondera que os argumentos admissíveis no direito limitam a discricionariedade do decisor, conduzindo-o por um caminho específico e excluindo alternativas. Assim, a interdisciplinaridade torna-se essencial para uma compreensão e aplicação eficaz do direito, considerando as complexidades de cada caso.

Em suma, o pragmatista, despreocupado em manter a autonomia conceitual do direito e pretensões formalistas, está mais aberto a “contaminações” vindas de outros domínios do saber do que um filósofo jurídico mais convencional.³⁴²

Citando Brian Leiter, Posner diz que os pragmatistas jurídicos advogam “uma jurisprudência naturalizada, isto é, uma jurisprudência que evite uma análise conceitual de gabinete em favor da continuidade com investigação *a posteriori* nas ciências empíricas.” O raciocínio pragmático possui uma

³³⁹ TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito**. p. 109.

³⁴⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 159.

³⁴¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 146.

³⁴² POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 60.

abordagem empirista e, portanto, teorias que buscam orientar a investigação empírica são valorizadas na adjudicação pragmática.³⁴³

Os tipos de teoria de que os pragmatistas jurídicos desgostam não estão limitados à teoria filosófica abstrata. Eles também incluem frases feitas e abstrações comuns no discurso sobre direito, como imparcialidade, justiça, autonomia e igualdade. Os pragmatistas pensam que se a questão constitucional é, por exemplo, se deve ser demolida uma moradia de pessoas carentes construída em área de proteção ambiental, o julgador deve se interessar por biologia, economia ou outra ciência correspondente, em vez de se valer de slogans vazios como “supremacia do interesse público sobre o privado”. Que pessoa, pergunta Posner, em sua vida privada seria guiada por um filósofo ou teórico do direito em assuntos tão difíceis, contenciosos e ligados a fatos? Em suma, a objeção do pragmatista não é à teoria, mas à má teoria, à teoria inútil, e à concessão do honroso título “teoria” à mera retórica formalista.³⁴⁴

9. O juiz pragmático tende a favorecer fundamentos de decisão mais restritos em relação a fundamentos mais amplos nos estágios iniciais do desenvolvimento de uma doutrina.

Ao julgar um caso, o juiz tem diante de si fatos particulares concretos, não fatos de casos futuros. Segundo Posner, o juiz até pode tentar imaginar como seriam as hipóteses futuras, mas a probabilidade de erro em tais projeções imaginativas é grande. Assim, “Ao trabalhar de dentro para fora, em estágios, dos fatos diante dele para casos futuros com novos fatos que podem sugerir a intenção de alterar os contornos das normas aplicáveis, o juiz evita a generalização prematura.”³⁴⁵

Em sentido semelhante, Zanon Junior, mesmo sem adotar propriamente a teoria pragmatista do direito, esclarece que, “por mais similares que possam parecer duas situações fáticas, no mínimo discrepam quanto ao

³⁴³ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 60.

³⁴⁴ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 62.

³⁴⁵ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 62.

tempo em que foram tomadas, o que requer nova operação mental do intérprete.”³⁴⁶ Ou seja, “o intérprete não pensa sobre um determinado caso concreto uma vez na vida e, a partir daí, passa a ser um autômato diante de situações aparentemente idênticas”.³⁴⁷ Cada fato novo vai demandar uma nova reflexão, permitindo, inclusive, a mudança de opinião.

10. O pragmatismo jurídico não é um suplemento ao formalismo, mas é, de fato, distinto do positivismo de Herbert Hart.³⁴⁸

Hart argumenta que, nas situações em que os materiais convencionais de decisão se extinguem, os juízes têm que “legislar”. Defende a ideia de que “a fonte da incerteza jurídica reside na linguagem pouco clara do texto legal.” Assim, “se a lei fosse sempre clara, não existiriam motivos para dúvidas e incertezas na interpretação e aplicação do direito.”³⁴⁹

O pragmatista ferrenho, diz Posner, elimina a fronteira de Hart entre as áreas fechada e aberta, “a lei” e “legislar”, e discorda de que a linguagem escrita seja a única fonte de indeterminação do direito. Ao fazer isso, persegue a psicologia real dos juízes, para quem o dever de decidir é primário e apaga qualquer divisão abrupta entre aplicar e criar leis. “Um juiz não diz para si mesmo: ‘Não me resta mais nenhuma lei para aplicar então está na hora de assumir o meu papel de legislador e criar umas leis novas.’” O direito não tem lacunas, porque “não é uma coisa”; ele é a atividade dos juízes e de outros operadores jurídicos.³⁵⁰

A mesma opinião é compartilhada por Zanon Junior, para quem não existe contradição (antinomia) ou lacuna no ordenamento jurídico, pois a

³⁴⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 186.

³⁴⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 187.

³⁴⁸ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 47.

³⁴⁹ FELIPE, Bruno Farage da Costa. A abordagem pragmática da decisão judicial: uma introdução ao pragmatismo “antiteórico” de Richard Allen Posner. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, n. 17, jul/dez de 2014.

³⁵⁰ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 63.

norma jurídica é sempre construída posteriormente ao caso.³⁵¹ Da mesma forma que inexistem respostas antes das perguntas, a norma jurídica não existe em abstrato, ou seja, antes dos fatos, “flutuando no espaço como uma pré-resposta, esperando ser descoberta,” mas é construída artificialmente para fazer frente a determinado contexto fático. O que é correto dependerá da situação.”³⁵²

Por outro lado, o fato de que leis não podem ser interpretadas literalmente quando isso produzir consequências absurdas implica que existem poucos casos, se é que existe algum, na opinião de Posner, em que considerações sobre consequências não podem ser decisivas. Porém, seria enganoso inferir que, na maioria dos casos, os juízes são “legisladores”. Na maioria dos casos, faz sentido para o juiz se deter à linguagem da lei em questão.

Em suma, segundo Posner: ³⁵³

[...] o pragmatismo não é um mero suplemento, um complemento para casos nos quais o material convencional de adjudicação (o texto legal ou constitucional, o texto de um contrato, a jurisprudência e daí por diante) se esgota. [...] O material convencional da adjudicação não tem prioridade absoluta sobre outras fontes de informação referentes a consequências prováveis da decisão. Quando as consequências não são catastróficas ou absurdas, normalmente é mais sensato seguir o significado óbvio de uma lei ou de um contrato a fim de preservar as expectativas e a linguagem comum como um meio eficaz de comunicação legal. Mas [...] a raiz da decisão ainda é pragmática.

Em outras palavras, seguir o texto legal à risca também é uma opção pragmática, a qual, porém, deve ser abandonada se as consequências se mostrarem catastróficas ou absurdas.

Por óbvio, em um contexto de *civil law*, a afirmação acima é sujeita a severas críticas. Zanon Junior, por exemplo, sustenta que deve ser respeitada

³⁵¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 203.

³⁵² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 185.

³⁵³ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 63.

e mantida por uma proposta de superação pós-positivista a afirmação do positivismo jurídico de que o texto legislativo sempre prevalece sobre os demais padrões de julgamento. Argumenta que, caso não respeitada tal preferência, “estará se permitindo que o órgão decisor possa fazer preponderar sua apreciação pessoal sobre as opções fixadas legitimamente, em flagrante retrocesso no processo civilizatório.”³⁵⁴ Diz que “Um juiz que desconsidera um artigo de lei age tão antijuridicamente como um agente público que descumpre uma decisão judicial”,³⁵⁵ e que, ainda que as fontes jurídicas direcionem a uma solução inadequada ou desastrosa no caso concreto, o comportamento contrário às fontes jurídicas pode levar a um resultado antijurídico, arbitrário ou mesmo antidemocrático.³⁵⁶ Assim, discorda das teorias que permitem a pura e simples ultrapassagem dos limites impostos pela legislação, a exemplo de Posner e de Alexy, que franqueia o desrespeito à lei em sede de injustiça extrema (fórmula Radbruch). Tais afrontas, assevera, “podem representar um descaso com o estado democrático de direito, de modo a ensejar a responsabilidade política do intérprete e aplicador.”³⁵⁷

O mesmo autor reconhece, entretanto, que o hermeneuta deve procurar elaborar a norma jurídica que apresente as melhores consequências sistêmicas, e que não basta que a decisão seja formalmente correta (nos casos difíceis), mas deve ser materialmente correta (justa).³⁵⁸

Além disso, “A atividade judicial não deve ser vista como uma operação de encaixe (subsunção), tampouco como uma mera aplicação de princípios jurídicos por ponderação, mas envolve a criação de uma norma

³⁵⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 100.

³⁵⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 169.

³⁵⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 191.

³⁵⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 165.

³⁵⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 91.

jurídica”,³⁵⁹ mediante a utilização das fontes à disposição do julgador, “acrescidas de outros elementos interdisciplinares relevantes”.³⁶⁰

O pragmatismo, nessa linha, utiliza-se das diversas fontes, inclusive extrajurídicas,³⁶¹ atribuindo maior peso aos fatos e às consequências. Não aceita, contudo, um resultado absurdo ou desastroso apenas porque assim previu o texto legislativo, em interpretação literal. Nada obstante, muito raramente o julgador se verá em posição de desconsiderar as fontes jurídicas, no intuito de alcançar a melhor decisão. O texto legal, nesse caso, deve ser interpretado de modo a garantir as consequências práticas desejadas, não literalmente, se isto acarretar resultados desastrosos.

11. Os pragmatistas jurídicos são mais simpáticos à retórica, embora não à retórica formalista, em comparação com os teóricos convencionais. Enquanto Platão considerava a retórica como oposta à razão, sendo uma forma de persuasão utilizada para manipular pessoas ignorantes e emocionais, Aristóteles via a retórica como um método razoável e inevitável para persuadir em situações em que o raciocínio exato não é suficiente. Posner acredita que tanto os pragmatistas filosóficos quanto os pragmatistas cotidianos compartilham do pensamento de Aristóteles.³⁶²

Além do mais, segundo Posner, questões jurídicas complexas geralmente não têm respostas "certas" como definido por Platão. Em vez disso, existem respostas melhores ou piores, e muitas vezes é difícil determinar qual é qual. Essas incertezas são mais evidentes em situações críticas, em que os juízes se deparam com o desconhecido. Nessas circunstâncias, em meio a essas lacunas, uma percepção perspicaz, expressa de forma concisa, mesmo

³⁵⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p.199.

³⁶⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 203.

³⁶¹ Como ensina Zanon Junior, para Posner, “as Fontes Jurídicas são compostas por todos os argumentos empregados pelos magistrados para resolução dos problemas cotidianos, na consecução da tarefa de governar a comunidade, incluindo as orientações deixadas pelo passado e as opiniões acerca das melhores consequências para o futuro”. (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. p. 322).

³⁶² POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 64.

que represente apenas uma verdade parcial ou mesmo um palpite, pode desempenhar um papel importante no desenvolvimento do direito, e essa pode ser a melhor expectativa que se pode ter.³⁶³

12. Por fim, em contraste com as escolas do realismo e dos estudos jurídicos críticos, o pragmatismo jurídico, de acordo com Posner, não está ligado aos compromissos políticos dessas correntes. Ele não restringe o direito apenas às decisões judiciais e não possui uma orientação política inerente.³⁶⁴

O compromisso do pragmatismo é com o aprimoramento do processo decisório, valendo-se, se necessário, de outras áreas do conhecimento humano. Baseia-se nos avanços da economia, teoria dos jogos, ciência política e outras disciplinas socio-científicas para substituir o formalismo jurídico, em vez de preferências e aversões políticas.³⁶⁵

Nesse contexto, uma característica fundamental da abordagem pragmática na adjudicação de direitos é a interdisciplinaridade. O diálogo com outras disciplinas é essencial para uma tomada de decisão qualificada e, portanto, requer uma análise em item específico.

2.4 INTERDISCIPLINARIDADE

Como exposto anteriormente, é responsabilidade dos intérpretes e aplicadores do direito se manterem bem-informados não apenas sobre o ordenamento jurídico, mas também sobre avanços nas ciências sociais que possam ser relevantes para avaliação do contexto e das consequências de suas decisões.

Essa aproximação assume que outras áreas do conhecimento humano podem fornecer valiosas informações sobre causas e efeitos, prós e contras da decisão, direcionando o adjudicador a um “ecletismo educacional”,

³⁶³ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 64.

³⁶⁴ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 65.

³⁶⁵ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 65.

como proposto por Holmes,³⁶⁶ que agregue, além do direito, noções sobre lógica e outras ciências sociais.

Assim, desde sua origem, o pragmatismo jurídico enfatizou a interdisciplinaridade como um atributo fundamental da adjudicação pragmática de direitos. Essa abordagem reconhece que a interpretação e aplicação do direito não estão restritas a uma análise puramente legalista ou formalista. Ao contrário, o intérprete jurídico é profundamente influenciado pela totalidade do conhecimento que assimila, sendo a interdisciplinaridade um fator determinante no resultado interpretativo.³⁶⁷ A integração de conhecimentos de diversas áreas, como ética, moral, ciências sociais e humanas, desempenha um papel crucial no enriquecimento da análise jurídica.

É fundamental reconhecer, nesse aspecto, que não há uma definição *a priori* do que constitui um argumento jurídico válido. A tradição jurídica de cada comunidade determina quais elementos são considerados relevantes, refletindo a variabilidade dos argumentos conforme a história jurídica e institucional de cada sociedade.³⁶⁸ Essa compreensão destaca a importância de abordagens flexíveis e adaptativas na interpretação do Direito. Portanto, a interdisciplinaridade, aliada ao diálogo das fontes jurídicas, oferece um caminho valioso para a compreensão e aplicação do direito em um contexto mais amplo e atual. Tal abordagem permite a integração de diversas perspectivas e normas, reconhecendo a complexidade e a dinâmica dos sistemas jurídicos contemporâneos, o que facilita uma aplicação do Direito mais alinhada com as realidades sociais, culturais e econômicas variadas.³⁶⁹

Além disso, para Posner, o profissionalismo é, ao lado do pragmatismo, uma das chaves para o aperfeiçoamento do direito. Supor que o

³⁶⁶ HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 96.

³⁶⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 143.

³⁶⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 148.

³⁶⁹ TOMAZ, Roberto Epifanio. **Limites e possibilidades do diálogo entre o direito comercial e o direito empresarial**. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Univali, Itajaí/SC, 2006, p. 103.

presente e o futuro serão exatamente iguais ao passado “equivale a negar, em face de inúmeras provas em contrário, que houve progresso na compreensão do comportamento humano e das instituições sociais.”³⁷⁰

Nesse contexto, a competência na formação e atuação profissional requer uma abordagem qualificada, que deve se basear tanto nos conhecimentos práticos adquiridos pela experiência empírica quanto nos conhecimentos científicos adquiridos por meio da educação formal.³⁷¹

De acordo com as diretrizes pedagógicas da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados no Brasil (Enfam), no processo de formação contínua do magistrado, o tratamento de uma temática específica deve ter relação com a totalidade do conhecimento jurídico, e este com o conteúdo de outras áreas do saber. Na visão da Enfam, está superado o tratamento fragmentado e disciplinar que isola o conhecimento jurídico da articulação com o todo.³⁷²

Desse modo, reconhecendo a importância da interdisciplinaridade para a formação jurídica, a Enfam incentiva situações de aprendizagem que “levem o magistrado aluno a desenvolver as competências demandadas de forma interdisciplinar”. A Escola adota a interdisciplinaridade nas ações de formação do magistrado, visando seu desenvolvimento profissional integral. Defende que, no planejamento e na execução do ensino, “é preciso fazer a

³⁷⁰ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 332.

³⁷¹ VEIGA, Maria Raimunda Mendes da. **Competência no contexto da formação profissional**. Adaptações de CORDEIRO, Kátia Augusta Curado Pinheiro. Brasília-DF: Enfam, 2016.

³⁷² Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Brasil) (ENFAM). Resolução Enfam n. 7, de 7 de dezembro de 2017, dispõe sobre as diretrizes pedagógicas para a formação e o aperfeiçoamento de magistrados. Diário da Justiça Eletrônico do STJ, 14 dez. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/116264>. Acesso em: 06 jun. 2022.

articulação, sob ponto de vista prático e teórico, de áreas correlatas ao Direito, tais como Sociologia, Psicologia e Filosofia.”³⁷³

Além disso, para a Enfam, as competências a serem desenvolvidas pelos magistrados devem sempre ser contextualizadas, visto que, para alcançar o patamar de competência, o conhecimento teórico deve ser comunicado e utilizado. A produção do conhecimento é, nesse aspecto, “fruto da atividade humana que ocorre na relação entre teoria e prática.” A competência se traduz, assim, na “capacidade de agir, em situações previstas e não previstas, com rapidez e eficiência”, vinculando-se à “capacidade de solucionar problemas”.³⁷⁴

Nesse cenário, uma tomada de decisão competente, sob o enfoque pedagógico e pragmático, não se limita à esfera do direito. É necessário que a ciência jurídica “converse” com outras áreas do conhecimento humano, e, portanto, que se apresente de forma transdisciplinar, isto é, vá para além de seus domínios. Ao se utilizar de vários saberes, em uma visão multidisciplinar, o tomador de decisão reconhece a importância da interdisciplinaridade, na linha defendida pelo pragmatismo jurídico, uma vez que as ciências acabam se influenciando mutuamente.

Dependendo do caso concreto, há diversas áreas do conhecimento que podem contribuir para a tomada de decisão. Segundo Posner,³⁷⁵ os juristas devem se dedicar mais ao conhecimento de outros campos do saber, como economia, estatística, teoria dos jogos, psicologia cognitiva, ciência política, sociologia, teoria das decisões e disciplinas correlatas.

Em direito ambiental, isto se mostra ainda mais evidente, uma vez que os litígios envolvem uma miríade de questões jurídicas complexas, desde a

³⁷³ Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Brasil) (ENFAM). Resolução Enfam n. 7, de 7 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/116264>. Acesso em: 28 abr. 2022. p. 5.

³⁷⁴ Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Brasil) (ENFAM). Resolução Enfam n. 7, de 7 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/116264>. Acesso em: 28 abr. 2022. p. 10.

³⁷⁵ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. p. 333.

possibilidade de revisão do ato administrativo até questões probatórias incertas e difíceis, abrangendo campos como biologia, química, ecologia, economia, engenharia, estatística, toxicologia e várias outras disciplinas.³⁷⁶

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo, apresenta características distintas que transcendem a complexidade semântica e a exigência de conhecimentos que não se limitam ao campo jurídico. Mais do que em qualquer outra área do Direito, “as ciências auxiliares aqui são determinantes na atribuição de sentidos aos institutos e na formação de políticas públicas de promoção jusfundamental”.³⁷⁷ Este é um aspecto frequentemente negligenciado ou subestimado.

Ademais, como aponta Ana Lúcia Monteiro, a fim de superar o déficit de efetividade da tutela dos bens ambientais, faz-se indispensável “investigar os problemas sob um prisma interdisciplinar, isto é, sob os pontos de vista não só jurídico como também sociológico, político, econômico etc.”³⁷⁸ Essa interdisciplinaridade, segundo ela, é inerente à tutela coletiva.

Com efeito, decisões judiciais que determinam medidas de garantia e proteção aos bens ambientais frequentemente têm repercussões econômicas e políticas. Portanto, é essencial investigar os problemas de forma interdisciplinar, considerando não apenas os aspectos jurídicos, mas também os sociológicos, políticos, econômicos, entre outros. Essa abordagem multidisciplinar é fundamental para a efetividade do direito ambiental, que, embora seja uma disciplina jurídica autônoma, integra diversos ramos do Direito (como direito urbanístico, constitucional, civil, administrativo, penal, processual)

³⁷⁶ ISRAEL, Brian D.; MARSTON, Brett; DANIEL, Lauren. **Natural resources damages**: a guide to litigating and resolving NRD cases. Chicago: American Bar Association, 2019. p. 1.

³⁷⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. Ambiente: um direito de segunda classe? (Excurso sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADC nº 42/DF). p. 313.

³⁷⁸ MONTEIRO, Ana Lúcia Silva Mello. **Os métodos alternativos de resolução de disputas para uma tutela ambiental efetiva**. 2020. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Univali, Itajaí/SC, 2020, p. 43.

e áreas não jurídicas (como biologia, geografia, física, química, sociologia, antropologia, entre outras).³⁷⁹

Ao buscar fazer valer a ordem jurídica ambiental, os agentes responsáveis pela sua promoção devem enfrentar não apenas questões jurídicas, mas também situações relevantes sob diferentes perspectivas do saber. Assim, ao analisar questões relacionadas à proteção dos bens ambientais, o juiz inevitavelmente terá que se basear em documentos, estudos e outras fontes de informação para avaliar situações de danos, riscos ou ameaças ao meio ambiente. A prova técnica pericial, nesse contexto, torna-se muitas vezes necessária, vindo acompanhada de todas as dificuldades procedimentais na sua produção.³⁸⁰

Além do mais, no momento em que as entidades legitimadas buscam promover a proteção dos bens ambientais por meio de instrumentos de tutela jurídica coletiva, elas acabam intervindo no âmbito das políticas públicas relacionadas à proteção do meio ambiente, seja para fortalecê-las ou para criá-las. Isso implica em uma combinação interdisciplinar no campo do direito ambiental e uma possível intervenção, judicial ou extrajudicial, nas políticas públicas.³⁸¹

Desse modo, mostra-se necessária, para a adjudicação de natureza pragmática, uma perspectiva abrangente, na qual a economia e até mesmo a psicologia, como sugerido por Holmes,³⁸² desempenham um papel importante no direito. Conforme destacado a seguir, estas duas ciências

³⁷⁹ MONTEIRO, Ana Lúcia Silva Mello. **Os métodos alternativos de resolução de disputas para uma tutela ambiental efetiva**, p. 43.

³⁸⁰ MONTEIRO, Ana Lúcia Silva Mello. **Os métodos alternativos de resolução de disputas para uma tutela ambiental efetiva**, p. 44.

³⁸¹ MONTEIRO, Ana Lúcia Silva Mello. **Os métodos alternativos de resolução de disputas para uma tutela ambiental efetiva**, p. 44.

³⁸² Citado em: HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. p. 96.

exercem significativa influência na tomada de decisão e estão intimamente relacionadas com o escopo deste trabalho.³⁸³

2.4.1 Direito e economia

Direito e economia são duas ciências em constante diálogo. Assim como o direito, a economia estuda formas de comportamento humano, focada na relação entre recursos limitados e necessidades ilimitadas. Baseia-se em um procedimento fortemente empírico, portanto eminentemente pragmático. Importa-se com as consequências da decisão em um cenário de escassez. Sua crítica se dá a partir do custo, ou seja, o que é eficiente ou ineficiente na tomada de decisão.³⁸⁴

Estes são pontos que, sem dúvida, aproximam-na do direito. A ciência jurídica também se preocupa (ou deveria se preocupar) com as consequências da decisão em um mundo de privações (não só monetárias), já que, se não houvesse escassez, não haveria litígio.

O principal *insight* da economia para o direito é a ideia de que as pessoas respondem a incentivos. O intuito da norma é “estimular condutas desejáveis e desestimular condutas indesejáveis, encorajando ou desencorajando a produção de recursos sociais e a eficiente alocação de recursos.”³⁸⁵ É uma teoria, portanto essencialmente comportamentalista.

A perspectiva econômica enxerga o direito como uma área do conhecimento que deve buscar a eficiência, contribuindo para o aumento do bem-estar social. No entanto, do ponto de vista econômico, o direito não deve

³⁸³ A seleção não é aleatória. A Resolução do CNJ n. 423, de 05/10/2021, acrescentou as disciplinas “Análise econômica do direito” e “Economia comportamental (Heurística e vieses cognitivos. A percepção de Justiça. Processo cognitivo de tomada de decisão)”, ao lado do Pragmatismo (item “G” do anexo VI), como conteúdo mínimo no concurso público para ingresso na carreira da magistratura.

³⁸⁴ SALAMA, Bruno. Análise econômica do direito nas decisões judiciais. In: **Seminário Teoria da Decisão Judicial**. Brasília: CJF, 2014, p. 29. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/seminario-teoria-da-decisao-judicial>. Acesso em: 20 abr. 2023.

³⁸⁵ ARAUJO, Thiago Cardoso; FERREIRA Jr., Fernando; MONTENEGRO, Lucas dos Reis. Consequencialismo, pragmatismo e análise econômica do direito: semelhanças, diferenças e alguns equívocos. **Quaestio Juris**, vol. 14, n. 4, Rio de Janeiro, 2021, p. 2120.

ser utilizado para corrigir questões relacionadas à distribuição de recursos ou desigualdades sociais. Em vez disso, deve ser associado de forma instrumental a outras áreas do conhecimento, a fim de promover elementos de distribuição. Mecanismos como política fiscal ou orçamentária, por exemplo, podem ser mais apropriados para corrigir esses aspectos com menor custo social.³⁸⁶

A diferença metodológica entre as duas ciências na compreensão da fenomenologia social é superada quando se busca examinar determinado fenômeno sob diferentes pontos de vista. “A Economia é ciência analítica por natureza e aplica-se ao Direito na medida em que lhe propicia a metodologia necessária para quantificar interesses, analisar procedimentos e indicar soluções com tendências probabilísticas”, no intuito de resolver conflitos e satisfazer necessidades, buscando eliminar o “julgamento político-volitivo e aleatório.”³⁸⁷

Percebe-se, pois, uma tendência claramente pragmática quando se reconhece a influência da economia no direito. A análise de fatos à luz de conceitos econômicos, de cunho predominantemente empírico, faz um contraponto ao procedimento de análise puramente jurídica, caracterizadamente hermenêutico. Em certas circunstâncias, as posições deontológicas não são suficientes, em especial nos chamados “casos difíceis”.³⁸⁸ Nestas situações, posições consequencialistas devem ser empregadas mediante o uso de elementos de economia, para se chegar a uma decisão mais justa, contribuindo para a racionalização de casos polêmicos.

A interatividade entre economia e direito procura, assim, evitar “o uso irracional ou ineficiente da riqueza gerada, do meio ambiente e do esforço pelo trabalho” na aplicação da norma. A convergência entre os ideais

³⁸⁶ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 61.

³⁸⁷ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência** (Florianópolis), n. 68, jun. 2014, p. 269.

³⁸⁸ CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. Edição do Kindle. p. 18.

individualistas, sociais e econômicos deve levar em conta a influência da economia sobre a tomada de decisão.³⁸⁹

É visível, nesse contexto, a utilidade do argumento econômico para uma melhor interpretação e aplicação do direito, e, portanto, o benefício que o estudo de conceitos básicos de economia traz para o tomador de decisão. Ao incorporar paradigmas teóricos da economia, o direito “se robustece enquanto ciência, na medida em que suas conclusões teóricas passam a ser testáveis partir de métodos mais exatos”.³⁹⁰

Assim surge a Análise Econômica do Direito (AED), ou *Law and Economics* para os norte-americanos, como uma metodologia que busca aplicar conceitos e ferramentas da economia na resolução de problemas jurídicos.³⁹¹ Na definição de Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa:

A AED é uma disciplina que estuda o direito e suas instituições, tendo como eixo central da análise a racionalidade individual. Pode ser definida como a aplicação da teoria econômica, e dos métodos econométricos, ao exame da formação, da estrutura, dos processos e dos impactos do direito e das instituições legais.³⁹²

Ana Paula Wedy explica que o movimento da análise econômica do direito se originou da doutrina do realismo jurídico norte-americano. Segundo a autora,

³⁸⁹ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência** (Florianópolis), n. 68, jun. 2014, p. 280.

³⁹⁰ ARAUJO, Thiago Cardoso; FERREIRA Jr., Fernando; MONTENEGRO, Lucas dos Reis. Consequencialismo, pragmatismo e análise econômica do direito: semelhanças, diferenças e alguns equívocos. **Quaestio Juris**, vol. 14, n. 4, Rio de Janeiro, 2021, p. 2120.

³⁹¹ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica do direito nas decisões judiciais. *In: Seminário Teoria da Decisão Judicial*. Brasília: CJF, 2014, p. 46. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/seminario-teoria-da-decisao-judicial>. Acesso em: 20 abr. 2023.

³⁹² PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 59.

O Realismo Jurídico, desenvolvido no período entre 1920 e 1930, surgiu como movimento acadêmico de reação ao pensamento jurídico clássico. Possibilitou o intercâmbio interdisciplinar no estudo do Direito e uma aproximação do Direito com a realidade social, abrindo espaço para o fortalecimento de várias escolas do pensamento jurídico, focadas em uma abordagem mais pragmática do Direito. Entre elas o movimento da análise econômica do Direito, como ciência que se utiliza de teorias econômicas para prever as consequências de normas jurídicas, as quais devem sujeitar-se a investigações empíricas.³⁹³

Sua origem pragmática ajuda a explicar o desenvolvimento que a AED obteve no sistema jurídico norte-americano. Por ser mais sensível à realidade prática e às consequências geradas pela aplicação o direito, a teoria se desenvolveu primeiramente na *common law* devido à busca pela eficiência nesse sistema, onde a cultura dos precedentes leva à substituição ou rejeição do precedente ineficiente.³⁹⁴ A tradição norte-americana da *Law and Economics*, nesse ponto, “implica no uso do raciocínio econômico tanto para explicar a lógica das normas jurídicas, quanto para se avaliar determinado regime jurídico do ponto de vista do custo-benefício.”³⁹⁵

Richard Posner é citado como precursor da escola clássica da AED, ao pretender “aplicar as ferramentas da economia para compreender problemas jurídicos dentro do pragmatismo que caracteriza esse pensamento”³⁹⁶. Os juízes, segundo Posner, “têm de compreender que o único fundamento sólido de qualquer norma jurídica são as vantagens que ela traz

³⁹³ WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. **Análise do custo-benefício como procedimento de avaliação dos impactos das decisões públicas**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Porto Alegre, 2016. p. 20.

³⁹⁴ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p.6.

³⁹⁵ CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. Edição do Kindle. p. 22.

³⁹⁶ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica do direito nas decisões judiciais. In: **Seminário Teoria da Decisão Judicial**. Brasília: CJF, 2014, p. 47. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/seminario-teoria-da-decisao-judicial>. Acesso em: 20 abr. 2023.

para a sociedade, e a determinação dessas vantagens depende de um juízo econômico, de ponderação de custos e benefícios.”³⁹⁷

Citando Posner, Porto e Garoupa referem que o sistema da *common law* “é capaz de promover um sistema de incentivos, coerente e consistente, que induz o comportamento eficiente da sociedade como um todo, não apenas do mercado”, o que levaria a uma maior eficiência econômica.³⁹⁸ A tese de Posner foi posteriormente complementada por outros autores, que buscaram explicar os mecanismos pelos quais a *common law* seria mais eficiente: “(i) juízes preferem normas eficientes; (ii) normas eficientes tendem a sobreviver com o decorrer do tempo, em razão do sistema de precedentes; (iii) se as cortes produzissem normas ineficientes, elas não seriam institucionalmente respeitadas”.³⁹⁹

Em suma, uma tradição jurídica baseada no respeito aos precedentes tenderia a ser economicamente mais eficiente, e, portanto, aceitaria melhor a interpretação do direito com base em conceitos econômicos.

É verdade que esta abordagem essencialmente instrumental e prática do direito sofreu importantes mudanças ao longo do tempo. Os argumentos para a maximização da riqueza apresentados pela primeira geração da AED foram construídos com base na observação empírica de que, ao longo dos séculos, a maioria dos juízes da *common law* havia desenvolvido um senso intuitivo de economia, e que as decisões judiciais eram mais adequadamente descritas como uma aplicação, mesmo que implícita, dos princípios de maximização da riqueza social ou minimização do custo social. Atualmente, porém, o princípio da eficiência social não é mais visto como um objetivo a ser defendido de qualquer maneira, mas apenas como um instrumento de avaliação da solidez das decisões judiciais. Ou seja, o estágio atual do pragmatismo

³⁹⁷ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. p. 328.

³⁹⁸ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 50.

³⁹⁹ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 51.

posneriano, mesmo sem rejeitar o uso de ferramentas econômicas para estudar fenômenos jurídicos, reconhece que a economia não tem todas as respostas, mas permanece sendo um importante instrumento de avaliação.⁴⁰⁰

Na realidade, isto demonstra a compatibilidade entre o pragmatismo jurídico e a análise econômica do direito, visto que o primeiro é “permeável ao influxo de outras teorias e áreas do conhecimento – a economia forneceria, assim, substrato para uma decisão pragmatista”. Esta, por sua vez, não se encerra na mensuração das consequências através de critérios econômicos.⁴⁰¹

De outro lado, nos sistemas de *civil law*, é gradual o desenvolvimento da AED. A concepção tradicional de que a atividade jurídica estaria imune ao pensamento econômico vem perdendo espaço para uma análise mais ampla do direito, se observados, ante a margem interpretativa das normas, a crescente preocupação com as consequências da decisão, os aspectos práticos e métodos empíricos de solução de conflitos, e a influência recíproca verificada nas tradições jurídicas da *common* e da *civil law*.⁴⁰²

Bruno Salama ressalta que esta aproximação está presente no sistema da *civil law*, onde o argumento econômico já se encontra presente nas decisões judiciais. O autor observa um incremento de seu uso no âmbito judicial brasileiro, considerando-o não como “um modismo nem uma ideia fora de lugar, mas uma decorrência da estrutura jurídico-política do nosso País, após 1988.”⁴⁰³

Extensa pesquisa realizada pelo juiz federal Guilherme Maines Caon procurou identificar como tem sido aplicada a AED pelo Supremo Tribunal

⁴⁰⁰ KRECKÉ, Elisabeth. Economic analysis and legal pragmatism. **International Review of Law & Economics**, vol. 23, p. 421, dezembro, 2003.

⁴⁰¹ ARAUJO, Thiago Cardoso; FERREIRA Jr., Fernando; MONTENEGRO, Lucas dos Reis. Consequencialismo, pragmatismo e análise econômica do direito: semelhanças, diferenças e alguns equívocos. **Quaestio Juris**, vol. 14, n. 4, Rio de Janeiro, 2021, p. 2119.

⁴⁰² PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 6.

⁴⁰³ SALAMA, Bruno. Análise econômica do direito nas decisões judiciais. In: **Seminário Teoria da Decisão Judicial**. Brasília: CJF, 2014, p. 29.

Federal (STF) ao longo do tempo, desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) até o final de 2019. O autor concluiu que a partir de 2015 houve um aumento no grau de influência do raciocínio econômico nos julgados do STF, assim como um incremento quantitativo no número de julgados em que a decisão foi, de algum modo, influenciada por argumentos econômicos.⁴⁰⁴

Caon também constatou que o autor mais citado pelos Ministros do STF foi Richard Posner, entre aqueles cuja obra apresenta maior influência na formulação do raciocínio econômico no tribunal.⁴⁰⁵

Entretanto, de acordo com a pesquisa, ainda que os argumentos econômicos tenham sido relevantes, não constituíram “o elemento decisivo, de modo exclusivo, para a solução dos casos, mas são utilizados em conjunto com outros argumentos, predominantemente jurídicos”.⁴⁰⁶

Assim, partindo da premissa de que se tem evidenciado um considerável interesse do Poder Judiciário na utilização do instrumental da AED para a fundamentação das decisões judiciais nos últimos anos, o autor observou que, “no caso dos tribunais brasileiros, o uso da Economia ocorre como técnica de previsão das consequências concretas das normas jurídicas, sendo de menor relevância as considerações de eficiência, diversamente do que ocorre no pensamento norte-americano.”⁴⁰⁷

Há situações em que, de fato, a lei brasileira exige a aplicação de raciocínio econômico. Primeiro, quando se apropria de conceitos de natureza

⁴⁰⁴ CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. Edição do Kindle. p. 201.

⁴⁰⁵ CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. p. 176.

⁴⁰⁶ CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. p. 191.

⁴⁰⁷ CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. p. 22.

econômica, como ocorre na legislação antitruste.⁴⁰⁸ Segundo, quando determina que se decida em conformidade com a racionalidade econômica, como, por exemplo, no dever de se promover a execução pelo modo menos gravoso para o executado (art. 805 do CPC), na avaliação da efetividade da penhora, na fixação do valor de pensão alimentícia, em processos falimentares e no direito da concorrência.⁴⁰⁹ A terceira hipótese, porém, é a que mais interessa ao estudo do pragmatismo jurídico: quando a aplicação de determinados princípios ou regras demanda a previsão das prováveis consequências. Como essa hipótese se encontra fora do âmbito da função normativa da lei, “os juízes enfrentam uma escolha entre o recurso ao senso comum e à experiência pessoal de como funciona o mundo ou a utilização de um conhecimento mais sistemático oriundo das ciências sociais, no que se destaca a Economia.”⁴¹⁰ A AED surge, então, como ferramenta apta a subsidiar a tomada de decisão, para que a escolha das melhores consequências não se torne um mero “achismo” (ou “consequenciachismo”) entre as alternativas possíveis no caso em exame. Há um receio de que, sem um devido balizamento teórico, desponte um “consequencialismo à brasileira, segundo o qual as consequências práticas se tornam um mero argumento teórico [...] apto a fundamentar qualquer particularismo decisório, ou mesmo voluntarista”.⁴¹¹

⁴⁰⁸ AED não se confunde com direito econômico, o qual consiste no “ramo do Direito responsável pelo equilíbrio entre os interesses dos agentes econômicos e os da coletividade”, e cujas bases, no ordenamento jurídico brasileiro, estão alicerçadas no Título VII da Constituição Federal: Da Ordem Econômica e Financeira. (THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 705)

⁴⁰⁹ Em todos esses casos, o raciocínio econômico se submete ao raciocínio jurídico. Questão diversa se verifica na “suspensão de segurança”, em que o presidente do tribunal suspende uma decisão liminar proferida contra pessoa jurídica de direito público para evitar grave lesão à economia pública, sem entrar no exame do mérito da decisão, constituindo apenas um juízo político. Nestes casos, “a racionalidade econômica supera o raciocínio jurídico, não se enquadrando, portanto, em aplicação da Análise Econômica do Direito, pois há uma análise econômica sem qualquer suporte jurídico além da previsão legal da suspensão da segurança.” (CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. p. 394)

⁴¹⁰ CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. p. 24.

⁴¹¹ ARAUJO, Thiago Cardoso; FERREIRA Jr., Fernando; MONTENEGRO, Lucas dos Reis. Consequencialismo, pragmatismo e análise econômica do direito: semelhanças, diferenças e alguns equívocos. **Quaestio Juris**, vol. 14, n. 4, Rio de Janeiro, 2021, p. 2123.

Mais do que isso, mesmo nas situações em que não se exige explicitamente a avaliação das consequências, o pensamento econômico é protagonista, ainda que nas entrelinhas, nos bastidores do raciocínio do tomador de decisão. Não entra em cena, mas está lá, como um contrarregra do processo decisório. Mesmo que não apareça no palco durante o espetáculo, pode se tornar essencial para o sucesso da apresentação.

Nesse cenário, uma maior preocupação com as consequências atrai para o juiz os ônus de uma decisão ruim, e não para um legislador que tenha vislumbrado, em abstrato, a solução para o futuro caso concreto.⁴¹² Em outras palavras, em um contexto puramente formalista, o juiz pode se livrar da culpa por uma decisão ruim, atribuindo as más consequências à má qualidade da lei.

Por outro lado, há ainda um certo receio entre os juristas de que, com o florescimento da AED, o direito se desvie de seu objetivo central, o “justo”, em direção à eficiência, distanciando-se de questões morais e éticas.⁴¹³ Assim, uma perspectiva teórica do argumento econômico-consequencialista é indispensável para o aprimoramento da tomada de decisão à luz do pragmatismo jurídico, tornando mais transparente o processo decisório.

2.4.1.1 Análise econômica do direito (AED)

A AED é fundamentada nos princípios da teoria microeconômica, segundo a qual os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos de diversas alternativas, levando em consideração não apenas aspectos econômicos, mas também sociais e culturais, antes de tomar uma decisão. Essa avaliação dos custos e benefícios é baseada nas preferências dos agentes e nas informações disponíveis no momento da análise. Trata-se de abordagem consequencialista, uma vez que considera as prováveis consequências das

⁴¹² ARAUJO, Thiago Cardoso; FERREIRA Jr., Fernando; MONTENEGRO, Lucas dos Reis. Consequencialismo, pragmatismo e análise econômica do direito: semelhanças, diferenças e alguns equívocos. *Quaestio Juris*, vol. 14, n. 4, Rio de Janeiro, 2021, p. 2122.

⁴¹³ CAON, Guilherme Maines. *Análise Econômica do Direito*: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. p. 17.

decisões tomadas em termos probabilísticos. Os agentes econômicos estão, portanto, preocupados com o futuro e não com o passado, pois o passado não pode ser alterado.⁴¹⁴

A AED é, portanto, a aplicação de uma perspectiva de "eficiência" às normas jurídicas. A suposição subjacente é que a decisão judicial deve avaliar as regras e princípios com base em um critério que determine se eles facilitam ou dificultam o uso eficiente dos recursos, não necessariamente pecuniários, levando em consideração seus custos, ou seja, por meio de uma avaliação de custo-benefício. Ao se analisarem as normas com base em sua capacidade de facilitar o uso eficiente de recursos escassos, são consideradas as consequências que terão efeitos sobre toda a sociedade. Nesse sentido, a AED está alinhada com o que é conhecido como ética consequencialista.⁴¹⁵

A análise é realizada a partir de um contexto específico de preferências, que se reflete no nível de bem-estar dos agentes e é medido pela utilidade que obtêm de suas decisões, bem como das escolhas que poderiam ter feito, mas não fizeram. São os denominados custos de oportunidade, que "consistem na diferença entre a opção escolhida e a melhor opção não escolhida em um processo de decisão".⁴¹⁶

Na linguagem cotidiana, a eficiência é frequentemente associada à ideia de riqueza. No entanto, em um sentido mais amplo, eficiência se refere à otimização de algum valor mensurável. Diante da escassez de recursos, pode-se preferir opções que maximizem o rendimento de algum valor não pecuniário, como por exemplo, a proteção do meio ambiente. Nesse sentido, certas normas jurídicas podem gerar resultados ineficientes, enquanto outras geram resultados eficientes. A eficiência, nesse caso, surge como um critério geral para avaliar se

⁴¹⁴ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 60.

⁴¹⁵ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 60.

⁴¹⁶ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 61.

uma norma jurídica é adequada e desejável.⁴¹⁷ Em suma, uma escolha eficiente é aquela que maximiza alguma medida de valor.

Na análise econômica, a medida de valor comumente utilizada é a "fórmula do bem-estar social", que consiste em "uma medida de agregação do nível de utilidade aferido por cada membro de uma determinada sociedade em face das consequências resultantes de determinada escolha política, jurídica ou social."⁴¹⁸ A associação do conceito de eficiência com a maximização da fórmula do bem-estar social leva à conclusão de que uma medida será considerada eficiente se resultar na maior satisfação do maior número de indivíduos em uma sociedade, ideia básica da filosofia utilitarista.

Outra abordagem para analisar essa questão, em contraste com a abordagem utilitarista, é através da fórmula de Pareto, segundo a qual, em um mercado competitivo, o equilíbrio alcançado naturalmente pela oferta e demanda representa eficiência, ou seja, uma situação em que não é possível melhorar a situação de alguém, sem prejudicar a situação de outrem. Nesse sentido, a maximização da riqueza não leva necessariamente à maximização da utilidade, e, portanto, à maior eficiência.

É que explicam Porto e Garoupa, comparando a teoria de Pareto com a de Kaldor-Hicks:

Maximização da riqueza é um critério de eficiência segundo o qual o valor monetário é o ponto central a ser maximizado. Já maximização da utilidade é um critério de eficiência segundo o qual os objetos de utilidade são distintos do dinheiro, portanto um critério mais subjetivo. A eficiência de Pareto define que uma mudança só será eficiente caso não haja perdas (de riqueza ou de utilidade) para qualquer uma das pessoas. Já a eficiência de acordo com Kaldor-Hicks estabelece que a mudança será

⁴¹⁷ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 62.

⁴¹⁸ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 63.

eficiente se os ganhos sociais superarem as perdas, independentemente da distribuição dos lucros e dos prejuízos.⁴¹⁹

É importante, porém, ter em mente que, para a AED, a função do direito não é exclusivamente buscar a eficiência, mas também a justiça. A AED sugere que as respostas mais eficientes podem ser úteis para auxiliar na tomada de decisão, tendo a justiça como meta principal. Considera que a eficiência é um dos critérios para alcançar o bem-estar social, juntamente com a hierarquização das utilidades. Nesse sentido, a dificuldade de implantação de políticas públicas ambientais, por exemplo, está relacionada, muitas vezes, à dificuldade de demonstrar o aumento do bem-estar social mediante as restrições impostas pelo Poder Público.

De fato, há situações em que o agir individual, concentrando-se apenas nos custos e benefícios privados, ignorando os custos e benefícios sociais, leva a resultados ineficientes, circunstâncias consideradas pela AED como “falhas de mercado”. Essas falhas são frequentemente associadas a assimetrias de informação⁴²⁰, estruturas de mercado não competitivas, problemas de monopólio natural, externalidades⁴²¹ ou a existência de bens públicos⁴²². A análise dessas falhas de mercado desempenha um papel

⁴¹⁹ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 70.

⁴²⁰ “Assimetria de informação consiste no fato de os contratantes, no momento em que celebram o contrato, não deterem todas as informações necessárias para o entendimento pleno da transação. Muitas vezes, apenas uma das partes conta com tais dados, criando um desequilíbrio de poder que pode levar a problemas de alocação de recursos.” (PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 81)

⁴²¹ Externalidades são “os custos ou benefícios que não são internalizados pelo indivíduo ou pela empresa em suas ações, e que impõem diretamente custos ou benefícios a terceiros. Podem ser definidas, portanto, como o impacto da ação de um agente sobre um terceiro que dela não participou. O terceiro, a princípio, não paga nem recebe nada por suportar esse impacto, que pode ser maléfico ou benéfico para os terceiros afetados, sendo assim classificado como externalidade negativa ou positiva, respectivamente. Quando temos uma externalidade negativa de produção, o custo de produção é maior para a sociedade que para o produtor, fazendo com que este último produza uma quantidade do bem acima da que seria desejável do ponto de vista social. Por outro lado, as externalidades positivas ocorrem toda vez que o valor social é superior ao valor privado, tendo como resultado uma produção inferior àquela socialmente desejável.” (PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 75)

⁴²² Bem público, em economia, caracteriza-se por “todo e qualquer bem que é, simultaneamente, não rival e não excludente. Classificar um bem como ‘não rival’ significa dizer que o seu

importante nas decisões de políticas públicas, justificando, muitas vezes, a regulação⁴²³. No entanto, algumas intervenções e políticas governamentais que buscam corrigir as falhas de mercado também podem levar a alocações ineficientes de recursos, também conhecidas como “falhas do governo”.⁴²⁴ Nesse caso, como é impossível que exista um mercado perfeito ou uma intervenção perfeita, a solução mais eficiente, na opinião de Porto e Garoupa, seria uma atuação governamental mais discreta.⁴²⁵

Percebe-se, assim, que a análise econômica, embora seja um método importante para a tomada de decisão do ponto de vista individual e coletivo, não é isenta de críticas, principalmente quanto à “métrica estritamente monetária, que acaba se mostrando inadequada para a aferição do valor de determinados bens jurídicos, como meio ambiente e qualidade de vida, que são, monetariamente, incomensuráveis”.⁴²⁶

Outras críticas são baseadas em novas descobertas da psicologia, que indicam a presença de desvios cognitivos que podem dificultar a tomada de decisões verdadeiramente eficientes. Questiona-se o modelo tradicional de racionalidade humana adotado pela AED, que pressupõe que as pessoas são

consumo por um indivíduo não reduz a sua disponibilidade para o consumo por outros. [...] A não exclusividade, por sua vez, está associada à possibilidade de exclusão do uso do bem por terceiros. Se ninguém pode ser efetivamente excluído de seu uso, ele é não exclusivo. [...] A principal questão relacionada aos bens públicos está ligada à existência, nestes casos, dos chamados *free riders*, ou caronas — indivíduos que se valem de determinado bem ou serviço sem arcar com os custos de sua produção, aproveitando-se do fato de que outros agentes suportam tais custos.” (PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 79)

⁴²³ Regulação é “conjunto de medidas tomadas pelo Estado para implementar políticas econômicas, sejam elas realizadas através de órgãos reguladores independentes (agências reguladoras) ou não, seja através da criação de leis, regulamentos ou portarias (regulamentação), ou até mesmo através de incentivos econômicos, como o aumento ou diminuição de impostos para desestimular ou estimular condutas (extrafiscalidade). Regulando, portanto, o Estado intervém na esfera privada de atuação, determinando os rumos de seu comportamento.” (THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 711)

⁴²⁴ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 74.

⁴²⁵ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 85.

⁴²⁶ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 65.

agentes racionais que buscam maximizar sua utilidade ou bem-estar, dado que não é o comportamento humano necessariamente verificado na prática.⁴²⁷

De fato, ao fazerem escolhas, as pessoas tendem a cometer pequenos erros de forma sistemática, devido aos vieses cognitivos ou heurísticas, que são atalhos mentais que o cérebro usa para facilitar o processo decisório. No entanto, esses atalhos muitas vezes levam a decisões que não são necessariamente as melhores em termos de maximização do bem-estar. Esses pontos serão abordados em item específico, ao tratar da psicologia cognitiva no processo de tomada de decisão.

Por ora, basta dizer que a economia e a psicologia cognitiva são ciências complementares à avaliação do processo decisório. A primeira baseia-se essencialmente na racionalidade (limitada) do tomador de decisão e a segunda agrega uma base emocional à razão do indivíduo, porém ambas reconhecem a limitação da capacidade humana de processar todas as informações necessárias para a tomada de uma decisão maximizadora, ou seja, da melhor decisão possível, considerando todas as variáveis.

Para corrigir essa situação, é importante compreender o comportamento humano. Nesse campo, a estatística pode contribuir utilizando variáveis para obter conclusões baseadas em evidências empíricas. Essa abordagem pode ser valiosa para aferir a eficácia de uma ação ou o impacto de uma decisão judicial em uma determinada população, por exemplo.⁴²⁸

Do mesmo modo ocorre com o cálculo probabilístico, processo muitas vezes natural e intuitivo no processo decisório. O maior conhecimento sobre esse método ajuda a evitar desvios cognitivos que interferem na tomada de decisão.

⁴²⁷ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 65.

⁴²⁸ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p.122.

Outra medida importante é alinhar os objetivos particulares e coletivos, criando incentivos que levem os indivíduos racionais, que buscam maximizar sua própria utilidade, a considerar todos os prós e contras em suas avaliações.⁴²⁹ Uma forma de fazer isso é criar um *nudge* (“empurrãozinho gentil”, na tradução de Porto e Garoupa⁴³⁰), que consiste em oferecer pequenos incentivos aos indivíduos, sem reduzir sua liberdade de escolha, com o objetivo de estimulá-los a tomar decisões que sejam presumivelmente melhores para si mesmos e para a sociedade. O aspecto principal dessa abordagem é que os *nudges* não são comandos, não se confundem com ordens que proíbem ou condicionam uma atividade, mas sim pequenas mudanças nas opções de escolha das pessoas, que gentilmente as incentivam a tomar decisões positivas.

Richard Thaler e Cass Sunstein assim os definem:

Esse *nudge*, na nossa concepção, é um estímulo, um empurrãozinho, um cutucão; é qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos. Para ser considerada um *nudge*, a intervenção deve ser barata e fácil de evitar. Um *nudge* não é uma ordem.⁴³¹

Em resposta às críticas dos defensores da ampla liberdade de escolha, os autores acima argumentam que é falso o pressuposto de que “praticamente todas as pessoas quase sempre fazem as melhores escolhas para si, ou pelo menos escolhas melhores que outras pessoas fariam por elas”.⁴³² Como isso nem sempre ocorre, Thaler e Sunstein aduzem que, não havendo

⁴²⁹ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 73.

⁴³⁰ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 173.

⁴³¹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. Edição do Kindle. p. 12

⁴³² THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. p. 17.

coação, “determinados tipos de paternalismo devem ser aceitos mesmo por aqueles que mais valorizam a liberdade de escolha.”⁴³³ ⁴³⁴

Mais à frente, em item correspondente ao pragmatismo aplicado ao direito ambiental, examinar-se-á a possibilidade de aplicação destes *nudges* e de outros conceitos da AED na tomada de decisão em questões ambientais, e, mais detidamente, o controverso uso da análise de custo-benefício.

2.4.2 Psicologia cognitiva aplicada à jurisdição

Tomar ou fazer uma decisão? No idioma português, as pessoas “tomam” decisões, o que remete a algo pronto, acabado, do qual a pessoa se apropria.⁴³⁵ Em inglês, a decisão é “feita”⁴³⁶ (*to make a decision*), sugerindo um processo mais elaborado de criação.

Descobertas da psicologia cognitiva⁴³⁷ indicaram a existência de duas formas de raciocínio humano, uma mais rápida e intuitiva, a outra mais

⁴³³ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. Edição do Kindle. p. 20.

⁴³⁴ No contexto da tomada de decisão judicial, que é o foco deste estudo, uma questão interessante é saber se é possível utilizar um *nudge* para incentivar um juiz ou uma juíza a decidir de determinada maneira, presumidamente melhor para a sociedade (visando uniformidade jurisprudencial, por exemplo). Em Procedimento de Controle Administrativo, julgado pelo CNJ em 29/03/2023, a AMB requereu a anulação de artigo de Resolução do TRT-19, que, em concurso de promoção por merecimento, atribuíra pontuação ao magistrado conforme o número de sentenças anuladas por falta de fundamentação. Argumentava-se que tal medida feria a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado. Por maioria, o CNJ julgou improcedente o pedido, argumentando que não se tratava propriamente de um “índice de reforma de decisões”, critério de merecimento vedado pelo Conselho, mas de critérios “que buscam dar efetividade ao artigo 93, inciso IX da Constituição, que prevê que todas as decisões deverão ser adequadamente motivadas.” (PCA n. 0000782-07.2018.2.00.0000).

⁴³⁵ O novo dicionário da língua portuguesa de Cândido de Figueiredo menciona que a palavra “tomar” tem origem no saxônico *tômian*: “Deixar-se possuir, deixar-se dominar; sêr invadido”. (FIGUEIREDO, Cândido de. **Novo Dicionário De Língua Portuguesa**. 1913. Disponível em: <https://archive.org/details/DicionrioDeL.P1913>. Acesso em: 9 nov. 2023).

⁴³⁶ Do latim *facere*: cometer, executar, realizar.

⁴³⁷ Optou-se na tese pela expressão “psicologia cognitiva” em lugar de “psicologia comportamental”, pois é o termo utilizado por Daniel Kahneman em suas obras, marco teórico para esta parte do trabalho. Embora possuam áreas de sobreposição e influência mútua, as expressões não são sinônimas. Enquanto a psicologia cognitiva se concentra nos processos mentais, como pensamento, memória, percepção e linguagem, e como esses processos afetam o comportamento, a psicologia comportamental se concentra no estudo do comportamento observável e nas respostas a estímulos externos.

lenta e deliberativa, cujas características interferem nos erros de julgamento a que todos estão sujeitos.

A tomada de decisão judicial não é diferente. Os efeitos das suposições, valores e experiências anteriores de um juiz, mesmo aquelas das quais não tem consciência, influenciam sua tomada de decisão. A noção de que tais efeitos são aptos a direcionar percepções, julgamentos, sentimentos e comportamentos dos juízes em sua atividade profissional é controversa devido às implicações para o sistema de justiça e para o Estado de Direito. Se os juízes baseiam sua tomada de decisão convictos de que existe alguma perspectiva objetiva e universal, estão ignorando princípios fundamentais da cognição. Como afirmou o *Justice Cardozo*, da Suprema Corte dos EUA, “*We may try to see things as objectively as we please. Nonetheless, we can never see them with any eyes except our own.*”⁴³⁸

É da natureza humana desejar e acreditar que se age livre de vieses e preconceitos. Para os juízes, é mais do que isso: a imparcialidade é um dever funcional, na qual se baseia a noção comum de justiça.⁴³⁹

No entanto, estudos recentes demonstraram que mesmo juízes altamente qualificados dependem de processos cognitivos de tomada de decisão que podem produzir erros sistemáticos de julgamento. Como todas as outras pessoas, os juízes são o produto de sua raça, etnia, ideologia, nacionalidade, status socioeconômico, gênero, sexualidade e religião.

Idealmente, os juízes tomam decisões baseados unicamente em fatos, provas e legislação, deixando de lado vieses pessoais, atitudes, emoções e outros fatores de individualização. Todavia, esse ideal não corresponde a

⁴³⁸ "Podemos tentar ver as coisas tão objetivamente quanto quisermos. Mesmo assim, nunca podemos vê-las com outros olhos, exceto os nossos". (NEGOWETTI, Nicole E. Judicial decisionmaking, empathy, and the limits of perception. **Akron Law Review**, vol. 47, p. 693, 2014. Tradução livre)

⁴³⁹ De acordo com o art. 8º do Código de Ética da Magistratura Nacional, “O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.” (Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 60, de 19 de setembro de 2008).

descobertas da psicologia cognitiva, cujas pesquisas mostraram que a mente humana é um mecanismo complexo e, independentemente de vieses e preconceitos conscientes ou declarados, a maioria das pessoas, não importa quão bem-educadas ou pessoalmente comprometidas com a imparcialidade, abrigam tendências inconscientes ou implícitas.

Essa realidade revela que, embora muitos acreditem que a razão predomina nas tomadas de decisão, inclusive os juízes em seus julgamentos, na verdade, as decisões são moldadas por uma racionalidade limitada. Tal limitação decorre da incapacidade de entender integralmente todos os aspectos de uma questão, das restrições no processamento cerebral, das visões pessoais e da complexidade dos contextos em que as situações se desenrolam. Porém, no fim das contas, “não existe decisão sem emoção”; “emoção e decisão estão sempre juntas. As emoções influenciam fortemente, de modo previsível e amplo, a tomada de decisão. [...], a emoção é um componente integral da maquinaria da razão”.⁴⁴⁰

Por meio de uma crença incondicional em sua imparcialidade, os juízes estão sujeitos a uma falsa sensação de confiança em suas decisões, deixando de levar em conta as influências inevitáveis a que todos estão submetidos, e a desconsiderar os limites da natureza humana e a dificuldade de trazer ao nível consciente motivações, crenças, preconceitos⁴⁴¹ e predileções

⁴⁴⁰ TOSCANO JUNIOR, Rosilvado. **O cérebro que julga**: neurociência para juristas. Florianópolis: EMais, 2023. Edição do Kindle. Posições 1603 e 2680.

⁴⁴¹ Em sua sabatina, *Chief Justice* John Roberts, presidente da Suprema Corte dos EUA, declarou: “[j]udges are like umpires. Umpires don’t make the rules, they apply them [...]. They make sure everybody plays by the rules, but it is a limited role.” (“Juízes são como árbitros. Os árbitros não fazem as regras, eles as aplicam [...]. Eles garantem que todos cumpram as regras, mas é um papel limitado” (tradução livre). Nicole Negowetti comenta que talvez os juízes sejam mais parecidos com árbitros do que *Justice* Roberts tenha percebido. Um estudo recente sobre discriminação racial na NBA (liga de basquete norte-americana) demonstrou que os árbitros não estão isentos de vieses implícitos. O estudo concluiu que mais faltas são marcadas contra os jogadores quando a equipe de arbitragem é de outra raça do que quando os árbitros são da mesma raça do atleta. Esses vieses mostraram-se significativos a ponto de equipes predominantemente negras serem mais propensas a vencer ou perder, dependendo da composição racial da equipe de arbitragem. (NEGOWETTI, Nicole E. Judicial decisionmaking, empathy, and the limits of perception. **Akron Law Review**, vol. 47, p. 693, 2014)

subjetivas.⁴⁴² A sensação de certeza ou a convicção de estar correto emergem de mecanismos cerebrais que operam independentemente da lógica racional,⁴⁴³ reforçando a ideia de que, mesmo em um ambiente que aspira à objetividade, as decisões são, em alguma medida, influenciadas por fatores subjetivos e emocionais.

A visão de que um bom juiz é capaz de isolar sua tomada de decisão de qualquer influência emocional está profundamente enraizada nas noções iluministas europeias de racionalidade e objetividade, às quais se pensava que a emoção se opunha. O desapego judicial era considerado um princípio fundamental da atividade judicial porque o julgamento sem emoção era percebido como necessário à estrutura democrática.⁴⁴⁴

Contudo, atualmente, o mito da neutralidade está superado. “Um juiz não pode ser alguém neutro, pois a neutralidade ideológica não existe, exceto se for verificada sob a forma de apatia e de irracionalidade, o que não se espera de um juiz”.⁴⁴⁵ Se neutralidade significa estar isento de influências de origem subjetiva, ela é inatingível e indesejável. “O juiz, quando interpreta, não

⁴⁴² No Brasil, o Ministro Dias Toffoli, na época presidente do STF, disse, durante a 280ª Sessão Ordinária do CNJ, em outubro de 2018: “Gostaria de registrar que nós temos 16 mil juízes no Brasil. Nós temos que ter a magistratura que seja absolutamente imparcial e que seja a magistratura que saiba receber as petições, as contestações, as respostas, ouvindo as partes, os seus representantes, os seus advogados, o Ministério Público e decidir. [...] E há nove anos parei de ter desejos, um juiz não pode tê-los. Quando eu quiser realizar os meus tenho que deixar a magistratura. Para ser imparcial, impessoal e de acordo com a Constituição Federal, tem que ter consciência que a magistratura é incompatível com desejos. O juiz é um eunuco.” (“Juiz tem que ser absolutamente imparcial”, diz o ministro Dias Toffoli. *Correio Braziliense*, publicado em 23 de outubro de 2018. Disponível em: <https://blogs.correio braziliense.com.br/servidor/juiz-tem-que-ser-absolutamente-imparcial-diz-o-ministro-dias-toffoli/>. Acesso em: 09 nov. 2023.)

⁴⁴³ TOSCANO JUNIOR, Rosilvado. **O cérebro que julga**: neurociência para juristas. Posição 2729.

⁴⁴⁴ NEGOWETTI, Nicole E. Judicial decisionmaking, empathy, and the limits of perception. **Akron Law Review**, vol. 47, p. 693, 2014.

⁴⁴⁵ MARTINO, Fabio Nunes de. **O Poder Judiciário visto por dentro**: a atuação dos assistentes judiciais como personagens invisíveis no processo decisório brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2021, p. 43.

atua com neutralidade, pois o seu sistema de convicções é central na definição da regra que vai aplicar e como será interpretada no caso concreto”.⁴⁴⁶

Imparcialidade, por outro lado, diz respeito a “conseguir decidir de maneira justa considerando todas as visões existentes, ou seja, na imparcialidade, o julgador tem as suas visões próprias, mas tem a capacidade de observar e de se colocar em diferentes pontos de vista.”⁴⁴⁷ A imparcialidade, nesse aspecto, é vista como uma ferramenta para superar possível erros de julgamento originados da inevitável ausência de neutralidade.

Um exemplo dessa tentativa é a adoção de um julgamento com “perspectiva de gênero”, estabelecida pelo CNJ por meio da Resolução n. 492, de 17 de março de 2023,⁴⁴⁸ que institui diretrizes para uma abordagem jurídica que leve em consideração as desigualdades de gênero existentes na sociedade ao interpretar e aplicar a lei. Essa perspectiva reconhece que as experiências, necessidades e realidades das mulheres e de outras pessoas não conformes com o gênero normativo podem diferir daquelas dos homens e que, muitas vezes, são ignoradas ou negligenciadas por sistemas tradicionais de justiça.

Esse ponto de vista não compromete a imparcialidade do julgador. A imparcialidade, na concepção clássica, exige a ausência de interesse egoístico e pessoal de quem julga. No entanto, a concepção contemporânea da imparcialidade apresenta uma nova perspectiva: a imparcialidade objetiva, que visa promover uma atividade jurisdicional sob o enfoque do “devido processo legal substancial”, mediante tomada de decisões sem a influência de preferências pessoais, interesses próprios ou emoções.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ MARTINO, Fabio Nunes de. **O Poder Judiciário visto por dentro**, p. 47.

⁴⁴⁷ MARTINO, Fabio Nunes de. **O Poder Judiciário visto por dentro**, p. 43.

⁴⁴⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 492, de 17 de março de 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original144414202303206418713e177b3.pdf> . Acesso em: 16 set. 2023.

⁴⁴⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, 2021. p. 35.

Nesse sentido, agir de forma supostamente neutra pode desafiar o comando da imparcialidade. A aplicação de normas que perpetuam estereótipos e preconceitos, assim como a interpretação enviesada de normas supostamente neutras ou que geram impactos diferenciados entre os diversos segmentos da sociedade, acabam por reproduzir discriminação e injustiça. A ideia de que há neutralidade nos julgamentos informados pela universalidade dos sujeitos é suficiente para gerar parcialidade, visto que a neutralidade pode ser prejudicada pelo fato de que, embora a interpretação se proponha neutra e abstrata, na realidade, ela muitas vezes reproduz experiências do julgador, em detrimento das experiências concretas de grupos subordinados. Um julgamento verdadeiramente imparcial pressupõe uma postura ativa de desconstrução e superação dos vieses e uma busca por decisões que levem em conta as diferenças e desigualdades históricas.⁴⁵⁰

Nessa acepção, a resolução do CNJ demonstra a necessidade de se adotar uma abordagem mais ampla na tomada de decisões, incorporando uma base interdisciplinar e aproveitando as ferramentas estudadas pela psicologia cognitiva, com nítida aplicação para o pragmatismo.

De fato, considerando que a noção tradicional de imparcialidade se baseia na perspectiva do sujeito dominante, um julgamento genuinamente imparcial, portanto equidistante das partes, requer uma compreensão precisa de onde cada parte realmente se encontra, que nem sempre corresponde à posição que o julgador presume que ela esteja. Aqui deve estar a perspectiva do julgador pragmático.

O direito ambiental, por seu turno, é especialmente sujeito a tendências de ordem subjetiva, haja vista a pluralidade de opiniões, diversidade de crenças, variedade de valores, interesses concorrentes e predileções culturais que os permeiam.

⁴⁵⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. p. 36.

Estudos empíricos indicaram uma alta taxa de divergência na percepção dos indivíduos sobre o risco e os valores ambientais. Ole Pedersen⁴⁵¹ menciona que pesquisas recentes identificaram variações nas percepções de risco de acordo com sexo, raça e histórico socioeconômico do indivíduo, indicando que as mulheres estão mais preocupadas com o risco associado a resíduos perigosos do que os homens, riscos associados à poluição do solo, e menos favoráveis à energia nuclear. Já os homens brancos, em geral, consideram menores os riscos ambientais do que mulheres brancas, homens negros e mulheres negras. Além disso, pessoas negras estão mais preocupadas com riscos associados à energia nuclear, resíduos sólidos e tóxicos, enquanto pessoas brancas estão mais preocupadas com os riscos associados ao esgotamento do ozônio e às mudanças climáticas.

Do mesmo modo, para o CNJ, em demandas que envolvam questões de direito ambiental, o julgador deve ter especial atenção com os impactos da discriminação direta, indireta, institucional, adotando uma “perspectiva de interseccionalidade”, já que os indivíduos comparecem em juízo confrontando o Estado de forma direta.⁴⁵²

⁴⁵¹ PEDERSEN, Ole W. Modest Pragmatic Lessons for a Diverse and Incoherent Environmental Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 33, p. 103, 2013.

⁴⁵² “Dados relevantes trazidos pelo relatório organizado pela ONU Mulheres Brasil, o Escritório no Brasil da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal) e a representação no Brasil da Fundação Friedrich Ebert (FES), reforçam a necessidade do julgamento com perspectiva de gênero:

- Mulheres negras, indígenas, quilombolas, periféricas, pobres e corpos feminizados que saem da norma são grupos especialmente expostos aos impactos da inação climática, o que sublinha o racismo ambiental.
- O aumento da frequência e da intensidade de eventos climáticos extremos (secas prolongadas, inundações, tempestades, deslizamentos de terra, picos de calor e de frio etc.), nesse contexto de profundas desigualdades estruturais, torna as mulheres mais expostas a adversidades que os homens.
- Mulheres em condições de vulnerabilidades socioeconômicas tendem a contar com menos ferramentas e rendas para enfrentar os impactos da mudança climática (por exemplo, para mudar para uma residência em área menos suscetível a deslizamentos de terras ou a inundações), dadas as brechas de salário, empregos, acesso a bens e serviços públicos, representação e direitos.
- As mulheres também tendem a ter uma maior pobreza de tempo com a mudança climática, já que são elas que mais se inclinam a cuidar dos doentes, feridos, amputados e enlutados devido

Nesse aspecto, reconhecer a existência de particularidades e tendências nas pessoas em geral e nos juízes em específico é um importante passo na busca pela superação de erros de julgamento, e, portanto, no aprimoramento da tomada de decisão, na linha do que defende o pragmatismo.

Os tópicos seguintes se ocuparão em, primeiramente, apontar as descobertas da psicologia cognitiva nessa área, para, então, mencionar estratégias para mitigar possíveis erros de julgamento.

2.4.2.1. Sistemas 1 e 2

Cientistas que estudam o raciocínio humano em vários domínios cognitivos, como aprendizado, tomada de decisão e cognição social, afirmam que o raciocínio ocorre por meio de um processo duplo, isto é, as pessoas empregam dois sistemas cognitivos. O Sistema 1 é rápido, intuitivo e sujeito a erros. O Sistema 2 é deliberativo, calculista, mais lento e, portanto, mais propenso a ser livre de erros. Muitos processos mentais implícitos funcionam fora do foco consciente e estão enraizados no Sistema 1, incluindo memórias, percepções, atitudes e estereótipos implícitos. Os processos mentais do Sistema 1 afetam os julgamentos sociais e operam sem percepção ou controle consciente. Desse modo, as pessoas nem sempre têm o comando consciente e intencional sobre os processos de percepção social, formação de impressões e julgamento que motivam suas ações.⁴⁵³

Um dos pioneiros do assunto, Daniel Kahneman explica que o “Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário.” Já o Sistema 2 “aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos.”

aos eventos extremos.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**, p. 81)

⁴⁵³ NEGOWETTI, Nicole E. Judicial decisionmaking, empathy, and the limits of perception. **Akron Law Review**, vol. 47, p. 693, 2014.

Dessa forma, “as operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração.”⁴⁵⁴

À medida que o indivíduo se especializa em uma tarefa, a demanda de energia diminui. Na economia da ação, esclarece Kahneman, “esforço é um custo, e a aquisição de habilidade é impulsionada pelo equilíbrio de benefícios e custos.”⁴⁵⁵ Assim, “quando as pessoas acreditam que uma conclusão é verdadeira, também ficam muito propensas a acreditar nos argumentos que parecem sustentá-la, mesmo que esses argumentos não sejam confiáveis.” Assim, “se o Sistema 1 está envolvido, a conclusão vem primeiro e os argumentos se seguem.”⁴⁵⁶

Pessoas que agem intuitivamente tendem aceitar outras sugestões do Sistema 1, cuja medida do sucesso é a coerência da história que se consegue criar. A quantidade e qualidade dos dados em que a história está baseada não são relevantes. “Quando a informação é escassa, o que é uma ocorrência comum, o Sistema 1 opera como uma máquina tirando conclusões precipitadas.”⁴⁵⁷ Nesse cenário, a “combinação de um Sistema 1 que busca coerência com um Sistema 2 preguiçoso vai endossar muitas crenças intuitivas, as quais refletem intimamente as impressões geradas pelo sistema 1.”⁴⁵⁸

Kahneman utiliza o acrônimo WYSIATI (iniciais de *what you see is all there is*; em tradução livre: “o que você vê é tudo o que há”) para explicar que tirar conclusões precipitadas com base em evidência limitada facilita a busca de coerência e do conforto cognitivo que leva o indivíduo a aceitar uma afirmação como verdadeira, assim como também ajuda a entender um extenso rol de vieses de julgamento e escolha. Por exemplo, a “confiança que os indivíduos depositam em suas crenças depende principalmente da qualidade da narrativa

⁴⁵⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

⁴⁵⁵ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 48.

⁴⁵⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 60.

⁴⁵⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 111.

⁴⁵⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 112.

que podem contar acerca do que veem, mesmo se veem pouco”, viés que o autor denomina de superconfiança (*overconfidence*). Muitas vezes se deixa de lado a possibilidade de que uma evidência imprescindível ao julgamento esteja faltando.⁴⁵⁹

Outra tendência atribuída ao WYSIATI são os “efeitos de enquadramento” (*framing effects*), pois “modos diferentes de apresentar a mesma informação frequentemente evocam diferentes emoções”.⁴⁶⁰ Assim, alimentos descritos como sendo 90% livre de gordura são mais atraentes do que se descritos como sendo com 10% de gordura.

Em suma, a ideia de Kahneman é a de que as pessoas formam julgamentos intuitivos acerca de muitas coisas sobre as quais pouco sabem. Ou seja, se a decisão já está tomada, dispensam informações adicionais que possam prejudicar a história, ou seu conforto cognitivo.

Enquanto o Sistema 2 dirige a atenção e procura na memória as respostas para o problema enfrentado, o Sistema 1 monitora continuamente o que está acontecendo dentro e fora da mente, gerando “avaliações dos vários aspectos da situação sem intenção específica e com pouco ou nenhum esforço.” Essas avaliações básicas (*basic assessments*) “desempenham importante papel no julgamento intuitivo, pois elas facilmente entram no lugar de questões mais difíceis”.⁴⁶¹

Comparado com o Sistema 2, o Sistema 1 gera impressões, sentimentos e inclinações que, “quando endossados pelo Sistema 2, tornam-se crenças, atitudes e intenções”; “liga uma sensação de conforto cognitivo com ilusões de veracidade, sentimentos prazerosos e vigilância reduzida”; “reage com mais intensidade a perdas do que a ganhos (aversão à perda)”; e

⁴⁵⁹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 114.

⁴⁶⁰ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 114.

⁴⁶¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 116.

“contextualiza os problemas de decisão estreitamente, em isolamento uns dos outros”.⁴⁶²

Desse modo, a noção de que existem dois sistemas contrapostos operando conjuntamente no raciocínio humano é a ideia central da abordagem de heurísticas e vieses, tratados a seguir.

2.4.2.2. Heurísticas

De acordo com estudos da psicologia cognitiva, os seres humanos se baseiam em experiências anteriores para avaliar novas situações, pessoas e a si mesmos. As pessoas se utilizam de “atalhos mentais”, que os psicólogos costumam chamar de “heurísticas”, para tomar decisões complexas. A confiança nessas heurísticas facilita o julgamento correto e eficiente na maioria das vezes, mas também pode criar ilusões cognitivas que produzem julgamentos errôneos e tendenciosos. Como grande parte do pensamento ocorre em nível subconsciente, muitas vezes não se tem consciência das causas reais do próprio comportamento, pensamento, emoções, percepções e preconceitos.⁴⁶³

Kahneman explica que a palavra heurística vem da mesma raiz da palavra “heureka” (do grego *heureka*: “achei”). Trata-se de “um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis.”⁴⁶⁴ Quando demandadas a julgar uma probabilidade, “as pessoas na verdade julgam alguma outra coisa e creem ter julgado a probabilidade. O Sistema 1 toma essa atitude quando confrontado com perguntas-alvo difíceis, se a resposta para uma pergunta heurística relacionada e mais fácil vem prontamente à cabeça.”⁴⁶⁵

Por exemplo, se a pergunta-alvo (mais difícil) é “Até que ponto você contribuiria para salvar espécies em risco de extinção?”, a pergunta heurística

⁴⁶² KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 136.

⁴⁶³ NEGOWETTI, Nicole E. Judicial decisionmaking, empathy, and the limits of perception. **Akron Law Review**, vol. 47, p. 693, 2014.

⁴⁶⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 127.

⁴⁶⁵ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 127.

(mais fácil, portanto, substitutiva) é “Até que ponto me emociono quando penso em golfinhos morrendo?”.⁴⁶⁶

Para Kahneman, um Sistema 2 preguiçoso tende a seguir o caminho do menor esforço e endossar uma resposta heurística sem examinar cuidadosamente se é realmente adequada. Talvez nem perceba que a pergunta-alvo era difícil, porque uma resposta intuitiva prontamente surgiu.⁴⁶⁷

A prevalência de conclusões apressadas sobre argumentos é mais acentuada quando há emoções envolvidas, pois “as pessoas deixam que suas simpatias e antipatias determinem suas crenças acerca do mundo.”⁴⁶⁸ A atitude emocional em relação ao meio ambiente, por exemplo, controla crenças sobre os benefícios e riscos envolvendo determinado empreendimento. Se o indivíduo é um ambientalista convicto, provavelmente crê que os riscos são elevados e os benefícios, desprezíveis.

O autor alerta, contudo, que a primazia das conclusões não significa que a mente está completamente fechada, nem que as opiniões são inteiramente imunes à informação e à argumentação sensata. As convicções e atitude emocional podem mudar quando o indivíduo descobre que o risco da atividade à qual é contrário é menor do que pensava. Mas essa informação sobre riscos menores também muda a visão sobre os benefícios, que tende a melhorar, ainda que nada tenha sido dito a esse respeito. A autocrítica é uma das funções do Sistema 2.⁴⁶⁹

Em resumo, as pessoas são ávidas por padrões, coerência e regularidades, e tendem a rejeitar a ideia de que haja um processo aleatório. Apreciam uma visão de mundo que é mais simples e mais coerente do que os

⁴⁶⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 128.

⁴⁶⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 129.

⁴⁶⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 133.

⁴⁶⁹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 134.

dados justificam. É mais seguro pular para conclusões precipitadas, já que atalhos mentais geram conforto cognitivo.⁴⁷⁰

Esta constatação não significa, contudo, que os atalhos são sempre negativos, ou que levam necessariamente a falhas de julgamento.

Especificamente sobre a atividade jurisdicional, Posner afirma que a intuição exerce papel importante na tomada de decisão, pois a experiência do juiz cria um repositório de conhecimento que se encontra incorporado na sua mente. Defende que o “intuicionismo judicial” é uma realidade inevitável, até mesmo imposta pela estrutura institucional de tomada de decisão.⁴⁷¹ Considera um erro confundir intuição com “palpite”, uma descrição enganosa e depreciativa da atividade interpretativa. A interpretação, segundo este autor, é uma faculdade humana inata, universal, e essencialmente intuitiva.⁴⁷²

Realmente, não há como esconder que o Sistema 1 também opera nos julgamentos realizados por juízes, principalmente nos casos menos complexos, em que a carga de trabalho a que o juiz é submetido autoriza uma resposta rápida e intuitiva. Uma decisão salomônica,⁴⁷³ resultante da sabedoria

⁴⁷⁰ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 151.

⁴⁷¹ POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. Edição do Kindle. p. 110.

⁴⁷² POSNER, Richard A. **How Judges Think**. p. 113.

⁴⁷³ Expressão relacionada ao Rei Salomão, de Israel. A Bíblia relata que “Certo dia duas prostitutas compareceram diante do rei (Salomão). Uma delas disse: “Ah meu senhor! Esta mulher mora comigo na mesma casa. Eu dei à luz um filho e ela estava comigo na casa. Três dias depois de nascer o meu filho, esta mulher também deu à luz um filho. Estávamos sozinhas; não havia mais ninguém na casa. “Certa noite esta mulher se deitou sobre o seu filho, e ele morreu. Então ela se levantou no meio da noite e pegou o meu filho enquanto eu, tua serva, dormia, e o pôs ao seu lado. E pôs o filho dela, morto, ao meu lado. Ao levantar-me de madrugada para amamentar o meu filho, ele estava morto. Mas quando olhei bem para ele de manhã, vi que não era o filho que eu dera à luz”. A outra mulher disse: “Não! O que está vivo é meu filho; o morto é seu”. Mas a primeira insistia: “Não! O morto é seu; o vivo é meu”. Assim elas discutiram diante do rei. O rei disse: “Esta afirma: ‘Meu filho está vivo, e o seu filho está morto’, enquanto aquela diz: ‘Não! Seu filho está morto, e o meu está vivo’”. Então o rei ordenou: “Tragam-me uma espada”. Trouxeram-lhe. Ele ordenou: “Cortem a criança viva ao meio e deem metade a uma e metade à outra”. A mãe do filho que estava vivo, movida pela compaixão materna, clamou: “Por favor, meu senhor, dê a criança viva a ela! Não a mate!” A outra, porém, disse: “Não será nem minha nem sua. Cortem-na ao meio!” Então o rei deu o seu veredicto: “Não matem a criança! Deem-na à primeira mulher. Ela é a mãe”. Quando todo o Israel ouviu o veredicto do rei, passou a respeitá-lo profundamente, pois viu que a sabedoria de Deus estava nele para fazer justiça.” (1 Reis 3:16-28, Nova Versão Internacional).

e experiência do julgador, com pouco ou nenhum discurso, que aceita “os limites da razão deliberativa em contextos de dúvida”, às vezes é bem-vinda.⁴⁷⁴ O erro ocorre quando, ao cortar caminho, a mente do julgador se vale de vieses ou preconceitos que não deveriam influenciar sua decisão.

2.4.2.3. Vieses

Um importante atalho mental estudado pela psicologia, a que todos estão sujeitos, é o viés (*bias*), que se caracteriza como uma inclinação ou predisposição para um lado, “mais sutil do que o preconceito (*prejudice*), que se refere a uma ideia já consolidada antes de analisar os fatos, sendo algo mais visível.”⁴⁷⁵

Kahneman menciona diversos tipos de vieses. Denominando de “viés de disponibilidade”, o autor sustenta que experiências pessoais são mais “disponíveis” do que incidentes acontecidos com outros, ou que meras palavras ou estatísticas, por isso tendem a afetar o julgamento do envolvido. Também um evento dramático, como um acidente de avião ou um grande desastre ambiental altera temporariamente os sentimentos pessoais sobre esse tipo de evento.⁴⁷⁶ Essa tendência de supervalorizar as próprias experiências pode acarretar uma “cascata de disponibilidade”, isto é, um não evento que é exagerado pela mídia e pelo público, inundando o noticiário, a ponto de afetar o julgamento individual.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ BARZOTTO, Luciane Cardoso. Justiça e Sorte - A Dimensão Salomônica dos Acordos Judiciais. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/noticias/248264947/artigo-justica-e-sorte-a-dimensao-salomonica-dos-acordos-judiciais-de-autoria-da-juiza-luciane-cardoso-barzotto>. Acesso em: 26 mai. 2022.

⁴⁷⁵ MARTINO, Fabio Nunes de. **O Poder Judiciário visto por dentro**, p. 54.

⁴⁷⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 167.

⁴⁷⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 185. Exemplo concreto pode ser visto no risco ambiental exacerbado pela mídia a respeito da revogação da Resolução n. 303/02 pelo CONAMA, que levou o STF a declarar o ato inconstitucional (ADPF 747 e 749), embora fosse equivocado afirmar que teria sido eliminada a proteção ambiental dessas áreas, uma vez que permanecia em vigor o Código Florestal (Lei 12.651/12), norma hierarquicamente superior e posterior à Resolução. Nesse sentido: RAUPP, Daniel. A revogação da Resolução 303/02 do CONAMA e a proteção ambiental da costa. **Revista Consultor Jurídico**, 22 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-22/daniel-raupp-revogacao-resolucao-30302-CONAMA>. Acesso em: 26 mai. 2022.

No “viés retrospectivo”, o indivíduo avalia a qualidade da decisão sem considerar se o processo foi sólido, mas se o desfecho foi bom ou ruim. A tendência, nesse caso, é culpar os tomadores de decisão por boas decisões que funcionaram mal e dar-lhes pouco crédito por medidas bem-sucedidas que pareceram óbvias apenas após o ocorrido. Há um claro “viés de resultado” (*outcome bias*)⁴⁷⁸, já que “atitudes que pareciam prudentes quando vistas previamente podem parecer uma negligência irresponsável quando vistas retrospectivamente.” O autor cita um exemplo real:⁴⁷⁹

[...] Baseados em um caso legal verdadeiro, perguntou-se a estudantes da Califórnia se a cidade de Duluth, Minnesota, deveria ter assumido o considerável custo de sistema de monitoração de ponte para se proteger contra o risco de que o entulho no rio viesse a se acumular e bloquear o livre fluxo da água. A um grupo foi apresentada apenas a evidência disponível na época em que a cidade tomou sua decisão; 24% dessas pessoas acharam que Duluth devia ter arcado com as despesas da monitoração contra enchentes. O segundo grupo foi informado de que o entulho havia bloqueado o rio, causando enormes danos com a inundação; 56% dessas pessoas disseram que a cidade devia ter contratado o serviço de monitoração, embora houvessem sido explicitamente instruídos a não permitir que a percepção tardia distorcesse o seu julgamento.

De fato, frequentemente, as decisões são avaliadas pelo resultado, e não pelo processo que as originou, considerando as informações disponíveis na época. Consequências negativas intensificam o viés retrospectivo. Esse viés tem um impacto significativo em casos de responsabilidade civil, pois a identificação de erros individuais se torna mais fácil apenas após a conclusão de todos os eventos e a manifestação de seus resultados. Em outras palavras, não

⁴⁷⁸ Retratado no Brasil pelo dito popular “engenheiro de obra feita”.

⁴⁷⁹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 255.

avaliar as decisões no contexto em que foram tomadas e desconsiderar o viés que influencia a percepção pode conduzir a decisões desproporcionais.⁴⁸⁰

Diante disso, Kahneman conclui que, “como a adesão a procedimentos operacionais padronizados é difícil de ser analisada *a posteriori*, os tomadores de decisão que esperam submeter suas decisões a um exame retrospectivo são motivados por soluções burocráticas”, e relutam em assumir riscos. O autor exemplifica com a atitude dos profissionais médicos, que, diante da elevação do número de ações judiciais por erro médico, passaram a exigir mais exames, encaminhar o caso a outros especialistas e adotar tratamentos mais conservadores, nem sempre em benefício dos pacientes.⁴⁸¹ Também se pode dar o exemplo do juiz que, diante de uma jurisprudência consolidada, evita tomar uma decisão inovadora, mais razoável e adaptada ao caso concreto, preferindo repetir a jurisprudência posta.

Outro importante viés, mencionado anteriormente como obra do Sistema 1, é o “viés da superconfiança”. Para Kahneman, a confiança subjetiva em um julgamento não é uma avaliação refletida da probabilidade de que o julgamento esteja correto. Confiança “é um sentimento que reflete a coerência da informação e o conforto cognitivo de processá-la”, e a confiança excessiva demonstra que o “indivíduo construiu uma história coerente em sua mente, não necessariamente que essa história seja verdadeira.”⁴⁸²

Como observou Posner, mesmo juízes experientes, com o passar dos anos, tornam-se mais confiantes em decisões com as quais não se sentiam confortáveis em outra época. Como o juiz não costuma ficar revisando suas decisões passadas, a fim de verificar se estavam ou não corretas, o estoque de

⁴⁸⁰ TOSCANO JUNIOR, Rosilvado. **O cérebro que julga**: neurociência para juristas. Posição 3855.

⁴⁸¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 256.

⁴⁸² KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 265.

juízos proferidos acaba gerando uma superconfiança que o leva a duvidar se as decisões mais recentes não sejam sensatas.⁴⁸³

Ante a dependência do Sistema 1, as pessoas são inconsistentes ao fazerem juízos concisos quando a informação é abundante e complexa. Estímulos despercebidos ocorridos no ambiente tem substancial influência nos pensamentos e ações. Kahneman cita estudo que concluiu que as perspectivas de um condenado receber condicional podem mudar significativamente durante o tempo transcorrido entre os intervalos para refeição na agenda do juiz.⁴⁸⁴

Também a aversão à perda é um viés que deve ser observado. O autor afirma que as pessoas são mais induzidas a evitar perdas do que a obter ganhos. Aversão à perda “é uma poderosa força conservadora que favorece mudanças mínimas do *status quo* nas vidas das instituições e dos indivíduos”.⁴⁸⁵ As pessoas que perdem sofrem, em regra, mais do que as que deixam de ganhar, e isso pode se refletir na proteção legislativa.⁴⁸⁶ Além disso, na opinião do autor, a aversão à perda induz precaução exagerada. As pessoas superestimam as probabilidades de eventos improváveis, atribuindo peso excessivo a acontecimentos incertos em suas decisões, uma característica do Sistema 1. O Sistema 2 pode até saber que a probabilidade é baixa, mas o Sistema 1, que confere o conforto cognitivo, não pode ser desligado.⁴⁸⁷

Outro viés característico dos tomadores de decisão profissionais é uma certa tendência ao “arrependimento antecipado”, e o prenúncio desse sentimento ruim desempenha papel importante na tomada de decisão. O risco de arrependimento, segundo Kahneman, favorece escolhas convencionais e avessas ao risco. Em retrospecto, é fácil imaginar a decisão conservadora. Uma decisão inovadora de bons resultados dará boa reputação ao decisor que ousou,

⁴⁸³ POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008. Edição do Kindle. p. 289.

⁴⁸⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 280.

⁴⁸⁵ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 381.

⁴⁸⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 385.

⁴⁸⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 403.

mas “o benefício potencial é menor do que o custo potencial, pois o sucesso de um modo geral é um resultado mais normal do que o fracasso”.⁴⁸⁸

O autor relaciona o viés da aversão ao risco com o que ele define como princípio da precaução. Diz Kahneman:⁴⁸⁹

A aversão intensa a trocar o risco aumentado por alguma outra vantagem desempenha um papel em larga escala nas leis e regulamentações que governam o risco. Essa tendência é particularmente forte na Europa, onde o princípio da precaução, que proíbe qualquer ação que possa causar um dano, é uma doutrina amplamente aceita. No contexto regulador, o princípio da precaução impõe todo o ônus de comprovar a segurança àquele que empreenderá as ações que possam causar mal às pessoas ou ao ambiente. Inúmeros órgãos internacionais já especificaram que a ausência de evidência científica não é justificativa suficiente para assumir riscos. Como observa o jurista Cass Sunstein, o princípio de precaução é custoso, e quando interpretado estritamente pode ser paralisante. Ele menciona uma lista impressionante de inovações que não teriam passado no teste, incluindo “aviões, ar-condicionado, antibióticos, automóveis, cloro, vacina contra sarampo, cirurgia cardíaca, rádio, refrigeração, vacina contra varíola e raios X”. A versão mais forte do princípio de precaução é obviamente insustentável. Mas a *aversão à perda acentuada* (*enhanced loss aversion*) está embutida em uma intuição moral poderosa e amplamente partilhada; ela se origina no Sistema 1. O dilema entre atitudes morais intensamente avessa à perda e gerenciamento de risco eficiente não possui uma solução simples e convincente.

Outro relevante viés observado pela psicologia cognitiva, e bastante significativo na esfera judicial, é a tendência do indivíduo de iniciar o processo de julgamento já inclinado a chegar a uma determinada conclusão, o que o autor denomina de “viés de conclusão”, ou “prejulgamento”. A pessoa autoriza o Sistema 1 a sugerir uma conclusão, chega depressa demais a ela,

⁴⁸⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 437.

⁴⁸⁹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 439 (*itálico* no original).

contornando o processo de coletar e integrar informações, ou mobiliza o Sistema 2 para elaborar argumentos que apoiem o prejulgamento. A evidência, nesse caso, é seletiva e distorcida. Devido ao “viés de confirmação” ou ao “viés de desejabilidade”, tende-se a reunir e interpretar evidências seletivamente a favor de um julgamento em que já se acredita ou que se quer que seja correto.⁴⁹⁰

Mesmo na ausência de um prejulgamento, um viés em relação a uma conclusão particular pode se desenvolver à medida que a evidência se acumula, devido à tendência à simplicidade e coerência (“viés da coerência excessiva”). Formam-se rapidamente impressões coerentes, que costumam a alterar, pois o viés de confirmação faz atribuir menos importância do que se deveria aos dados subsequentes.⁴⁹¹ Conforme uma conclusão provisória surge, o viés de confirmação coleta e interpreta a nova evidência a seu favor. O julgador prossegue reunindo evidências que confirmam a decisão já tomada, descartando as demais, a fim de que “os fatos não atrapalhem seu julgamento”.

Nesse aspecto, interessante pesquisa voltada ao direito ambiental concluiu que indivíduos com orientação “hierárquica e individualista” são mais propensos a expressar que há pouco consenso científico sobre o aumento das temperaturas médias globais e que isso é resultado de atividades humanas do que indivíduos de inclinação “igualitária e comunitária”. Indicando certo viés de confirmação, a pesquisa observou que, quando solicitados a examinar se um cientista fictício era um especialista experiente e confiável, os indivíduos forneceram respostas correlacionadas com suas próprias crenças e perspectivas culturais. Ou seja, os indivíduos classificaram um especialista como “confiável” se ele coadunava com as crenças do próprio indivíduo, independentemente do currículo, e “menos confiável” se o especialista não o fazia.⁴⁹²

⁴⁹⁰ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído: Uma falha no julgamento humano**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 166.

⁴⁹¹ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 169.

⁴⁹² PEDERSEN, Ole W. Modest Pragmatic Lessons for a Diverse and Incoherent Environmental Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 33, p. 103, março, 2013.

A pesquisa também destacou que vieses cognitivos agravam a tendência de se interpretar informações de risco de acordo com visões de mundo *a priori* e com valores culturais subjetivos. Atribuiu à “dissonância cognitiva”, isto é, o estado que os indivíduos buscam evitar quando apresentados com informações que desafiam ideias e atitudes preconcebidas, a tendência de manter impressões e opiniões anteriores, apesar de evidências contrárias que desafiam essas ideias. Quando confrontado com informações conflitantes (ou seja, uma dissonância), a maneira mais fácil para o indivíduo reduzir essa dissonância é simplesmente evitar e, finalmente, negar as informações indutoras de divergência. Em outras palavras, a dissonância produz desconforto que o indivíduo buscará reduzir ou eliminar.⁴⁹³

Isso dá origem a uma série de vieses pelos quais os indivíduos criticam, distorcem ou descartam evidências e opiniões que diferem das que eles próprios possuem. Tal comportamento de desaprovação é, na opinião de Pedersen, uma forma de “realismo ingênuo”, pelo qual as pessoas estão mais inclinadas a acreditar que as opiniões que possuem são as mais razoáveis e que estas são alcançadas mediante processos racionais de deliberação. Se as pessoas, por assim dizer, discordam de seu ponto de vista, é porque obviamente “não estão vendo claramente”. Essa dinâmica em grupo resulta em uma situação em que os indivíduos cada vez mais passam a confiar em informações que consolidam suas ideias pré-existentes e descartam opiniões e evidências de fora do grupo. Gradualmente, essa dinâmica leva a vieses que se autorreforçam.⁴⁹⁴

Em suma, no processo decisório, as pessoas tendem a chegar a uma conclusão rapidamente e a se prender a ela. Esse efeito é difícil de controlar porque a informação recebida inicialmente é impossível de ignorar e muitas vezes difícil de esquecer.

⁴⁹³ PEDERSEN, Ole W. Modest Pragmatic Lessons for a Diverse and Incoherent Environmental Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford University Press, 2013.

⁴⁹⁴ PEDERSEN, Ole W. Modest Pragmatic Lessons for a Diverse and Incoherent Environmental Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford University Press, 2013.

Por exemplo, para a psicologia cognitiva, a instrução dada ao júri para desconsiderar evidências inadmissíveis não é realista⁴⁹⁵, assim como extrair da mente do juiz a impressão gerada por provas posteriormente consideradas ilícitas, ainda que essa primeira impressão não sirva de fundamento explícito da decisão.

Qualquer informação, ainda que irrelevante ou incorreta, uma vez incorporada nas redes neurais do cérebro, é integrada associativamente aos dados já existentes. Diferentemente de um computador, “na rede neural humana não existe um botão ‘delete’ nem o comando ‘CTRL + z’”.⁴⁹⁶ Portanto, é importante que o julgador esteja consciente das informações às quais se expõe. O sino, como observou Posner, não pode ser “destocado”; os juízes e jurados não podem excluir de sua análise o que não deveriam ter lido ou ouvido.⁴⁹⁷

De modo semelhante, no que toca à atividade do juiz, Fabio Nunes de Martino salienta:⁴⁹⁸

Idealmente, os juízes tomam decisões com base em fatos, nas provas e na lei, deixando de lado vieses, emoções e características pessoais. Mas não é isso que ocorre na prática, pois não é possível que o juiz, ao decidir, não seja influenciado por suas condições pessoais internas como idade, religião, valores, temperamento, condição psíquica, ou por influências externas como a cultura em que vive o juiz, as forças políticas, entre outras influências. Muitas vezes, ao decidir, o juiz é influenciado por esses vieses de forma consciente ou inconsciente.

Dentro do contexto judicial, uma forma de viés amplamente estudada é a "ancoragem", que será abordada no próximo tópico. Esse viés

⁴⁹⁵ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 170.

⁴⁹⁶ TOSCANO JUNIOR, Rosilvado. **O cérebro que julga: neurociência para juristas**. Florianópolis: EMais, 2023. Edição do Kindle. Posição 780.

⁴⁹⁷ POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008. Edição do Kindle. p. 9.

⁴⁹⁸ MARTINO, Fabio Nunes de. **O Poder Judiciário visto por dentro: a atuação dos assistentes judiciais como personagens invisíveis no processo decisório brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2021. p. 55.

sugere que o julgador pode ser influenciado por elementos que não deveriam afetar sua decisão.

2.4.2.4. Ancoragem

Pesquisas no campo da psicologia cognitiva demonstraram que, quando as pessoas precisam fazer julgamentos de modo contínuo, muitas vezes são influenciadas por âncoras sem sentido.

Em estudos tradicionais de ancoragem, os sujeitos são solicitados a estimar o valor de uma quantidade alvo, mas, antes de fazê-lo, são expostos a uma determinada cifra que serve como âncora. Percebe-se, então, que o número inicial, mesmo que seja altamente implausível ou definido aleatoriamente, tende a influenciar a avaliação final.

Por exemplo, quando solicitados a estimar com que idade Mahatma Gandhi morreu, os indivíduos que foram questionados se ele morreu antes ou depois dos 140 anos estimaram que sua idade de morte foi de 66,7, enquanto os indivíduos que foram questionados se ele morreu antes ou depois da idade de 9 anos, estimaram que sua idade de morte foi de 50,1. Esse estudo foi replicado diversas vezes em contextos distintos e com um amplo conjunto de sujeitos. Como um dos estudos concluiu, os efeitos de ancoragem estão entre os fenômenos psicológicos mais robustos e onipresentes na tomada de decisão.⁴⁹⁹

Um efeito da ancoragem alude à tendência das pessoas de estimar valores relacionando a certas medidas (âncoras), para as quais são atraídas enquanto tomam suas decisões. Pesquisas neste campo demonstraram que as âncoras podem influenciar indevidamente as escolhas das pessoas, atraindo os tomadores de decisão na sua direção e, assim, fazer com que estes sistematicamente subestimem os valores-alvo.⁵⁰⁰

⁴⁹⁹ FELDMAN, Yuval; SCHURR, Amos; TEICHMAN, Doron. Anchoring Legal Standards. **Journal of Empirical Legal Studies**, vol. 13, p. 298, junho, 2016.

⁵⁰⁰ FELDMAN, Yuval; SCHURR, Amos; TEICHMAN, Doron. Anchoring Legal Standards. **Journal of Empirical Legal Studies**, vol. 13, p. 298, junho, 2016.

Em um de seus primeiros artigos, Tversky e Kahneman demonstraram como essas âncoras irrelevantes podem alterar as avaliações das pessoas. Os participantes deste estudo foram solicitados a estimar a porcentagem de países africanos nas Nações Unidas. Antes de dar suas estimativas, no entanto, os participantes observaram o giro de uma "roda da fortuna" que foi manipulada para parar em 10 ou 65 e foram questionados se a porcentagem de países africanos nas Nações Unidas era maior ou menor do que o número que surgiu na roda. Esse giro inicial sem relevância influenciou as decisões dos participantes. Enquanto os que foram expostos a um resultado de roda de 10 estimaram o número de países em 25 por cento, aqueles que foram expostos a um resultado de 65 estimaram o número em 45 por cento.⁵⁰¹

Outra pesquisa relatada por Kahneman disse respeito à quanto as pessoas doariam para salvar aves marinhas de vazamentos de óleo. Quando o questionário sugeria o valor de cinco dólares, as doações ficaram em média de 20 dólares. Quando nenhum valor era mencionado, as doações ficavam em 64 dólares, em média. Quando a âncora era mais elevada (400 dólares), as contribuições subiam para uma média de 143 dólares.⁵⁰² A explicação disso, segundo o autor, é que “pessoas confrontadas com questões difíceis agarram-se a uma quimera, e a ancora é uma quimera plausível.”⁵⁰³

Na tomada de decisão judicial, a relevância da ancoragem tem sido bastante estudada, principalmente no que se refere a valores de indenização em ações cíveis e à quantidade de pena imposta aos réus em processos criminais.

Experimento realizado sobre valores de indenização em ações de responsabilidade civil nos EUA demonstrou que a imposição de um limite de US\$ 1 milhão reduziu o número de acordos por meio de um processo denominado "ancoragem motivada", no qual um limite monetário relativamente alto ancora desproporcionalmente a estimativa do autor da ação da provável indenização.

⁵⁰¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 152.

⁵⁰² KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 159.

⁵⁰³ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 160.

Os resultados foram comparados com estudos anteriores, em que um limite relativamente baixo produziu mais acordos. O estudo concluiu que a imposição de um teto pode não ter o efeito desejado de evitar indenizações desproporcionais, uma vez que, ao mesmo tempo que elimina indenizações maiores do que o teto, ao estabelecer uma âncora, joga para cima o valor de muitas indenizações que, de outro modo, seriam menores.⁵⁰⁴

Outro estudo, realizado na Alemanha, avaliou a influência de âncoras irrelevantes na tomada de decisão em processos criminais.⁵⁰⁵ No primeiro experimento, foram recrutados 42 juristas experientes, que receberam material sobre um suposto estupro. Os participantes foram instruídos a imaginar que, durante um recesso judicial, recebiam um telefonema de um jornalista que lhes perguntava diretamente, “Você acha que a sentença para o réu neste caso será superior ou inferior a 1/3 ano(s)?”. Cerca de metade dos participantes foram expostos à âncora alta, a outra metade à âncora baixa. A conclusão foi de que a sentença para o mesmo caso variava de absolvição a 5 anos de prisão. Uma análise da média das decisões de condenação indicou que os juízes foram claramente influenciados pela sentença potencial sugerida pelo jornalista. Os participantes que foram expostos a âncora de sentença alta aplicaram penas consideravelmente mais altas (média de 33,38 meses) do que os participantes que foram confrontados com uma âncora baixa (média de 25,43 meses).

Em outro experimento, os participantes tinham que decidir um caso fictício de furto de alguns itens de um supermercado, realizado por uma mesma mulher pela 12^a vez. Antes de responder ao questionário, porém, eram instruídos, mediante uma explicação qualquer, a lançar um par de dados, somar e anotar os números, sendo advertidos que isso não deveria interferir na sentença. Metade dos participantes recebeu dados alterados para que sempre mostrassem os números 1 e 2. A outra metade recebeu dados que sempre indicavam os

⁵⁰⁴ POGARSKY, Greg; BABCOCK, Linda. Damage Caps, Motivated Anchoring, and Bargaining Impasse. **The Journal of Legal Studies**, University of Chicago, 2001.

⁵⁰⁵ ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: The influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, v. 32, n. 2, p. 188-200, 2006.

números 3 e 6. Também aqui as decisões variaram substancialmente, de 1 mês a 12 meses, com pena média de 6,6 meses.

Os estudos demonstram que, mesmo entre juristas experientes, as decisões podem ser influenciadas por uma âncora determinada aleatoriamente e claramente irrelevante.

No Brasil, George Lima cita estudo realizado na Fundação Getúlio Vargas, intitulado “O direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro”. Relata o autor:⁵⁰⁶

Os pesquisadores tiveram à disposição uma base de dados de 30.620 processos reais, julgados em uma unidade dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro. A ideia era analisar apenas os casos em que houve condenação do dano moral para verificar se seria possível identificar o efeito de ancoragem entre o pedido do autor e o valor arbitrado pelos juízes. Em face disso, após realizarem a devida filtragem, a base de dados resultou em 1.102 processos julgados entre 2004 a 2015.

O estudo fornece algumas conclusões interessantes. Em primeiro lugar, os pesquisadores não conseguiram identificar uma correlação significativa entre o valor pedido pela parte autora e o montante arbitrado pelo juiz, o que sugere que o efeito de ancoragem não se manifestou nos casos analisados. Nas palavras dos autores, “as correlações não foram fortes o suficiente para justificarem a constatação de influência da heurística de ajuste e ancoragem nos julgamentos”.

Por mais contraditória que seja, essa conclusão é compatível com a ideia geral da ancoragem. Afinal, as heurísticas ocorrem em situações de incerteza, e os casos de dano moral decididos nos juizados especiais costumam ser rotineiros. Nessas hipóteses, os juízes costumam se apegar mais aos modelos decisórios passados (adotando as chamadas “sentenças chapadas ou padronizadas”), sem levar em conta os valores sugeridos na petição inicial. Para um juiz que já tem seus próprios parâmetros decisórios, um pedido artificialmente inflado

⁵⁰⁶ LIMA, George. A âncora da justiça: o efeito de ancoragem nas decisões judiciais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, 2021, p. 18. Disponível em: <https://civilistica.com/a-ancora-da-justica/>. Acesso em: 26 mai. 2022.

pelo autor terá pouco ou nenhum efeito sobre o valor arbitrado, sobretudo em casos repetitivos e usuais.

Também se reportando à realidade judiciária brasileira, outra espécie de âncora foi identificada por Fabio Nunes de Martino, em dissertação de mestrado intitulada “O Poder Judiciário visto por dentro: a atuação dos assistentes judiciais como personagens invisíveis no processo decisório brasileiro.” Nesse estudo, Fabio discorre sobre a influência dos assessores dos magistrados na elaboração de decisões, funcionando como âncoras aptas a interferir, mesmo que de forma inconsciente, no resultado do julgamento. Segundo o autor, “com a delegação de parte das funções decisórias, o juiz acaba não utilizando a sua intuição que [...] constitui um meio eficaz para a tomada de decisões.”⁵⁰⁷

Enfim, sabe-se que as decisões judiciais devem ser guiadas por fatos, não pelo acaso, e devem ser imunes a influências aleatórias. Na prática, porém, âncoras relevantes e irrelevantes acabam se tornando personagens determinantes no julgamento, mesmo para juristas experientes. Estes erros gerados pela âncora caracterizam um viés indesejado e ocasionam possíveis ruídos no sistema, quando, diante de um mesmo caso, julgadores profissionais tomam decisões em sentidos bastante diversos.

2.4.2.5. Ruído

Como visto, o Sistema 1, intuitivo, funciona por meio de atalhos (heurísticas), que exigem menos esforço no processo decisório. Estes atalhos não são necessariamente ruins, pois muitas decisões, na prática, podem (ou devem) ser tomadas intuitivamente. O problema é quando se corta caminho mediante o emprego de ideias preconcebidas (vieses), em situações que o Sistema 2, refletido, deveria estar no comando.

Prosseguindo em sua pesquisa sobre erros de julgamento, Daniel Kahneman, acompanhado de Cass R. Sunstein e Olivier Sibony, observaram que tão maléfico quanto o viés é o ruído, isto é, a variabilidade de julgamento em

⁵⁰⁷ MARTINO, Fabio Nunes de. **O Poder Judiciário visto por dentro**, p. 130.

um mesmo caso, por pessoas diferentes, independentemente de quem esteja certo.

Gera perplexidade, por exemplo, o fato de dois indivíduos receberem sentenças totalmente diferentes em decorrência de um mesmo fato. Por esse motivo, após um estudo sobre disparidade de sentenças coordenado por juízes federais norte-americanos em 1974,⁵⁰⁸ houve, nos EUA, uma tentativa de impor, por meio de lei, diretrizes obrigatórias de aplicação de pena em processos criminais. A medida foi objeto de severas críticas por parte de muitos juízes, que viam nisso uma intromissão indevida que os proibia de levar em consideração os pormenores do caso concreto. Diante disso, a Suprema Corte dos EUA, em 2005, invalidou a obrigatoriedade das diretrizes, que passaram a ter caráter apenas orientador.⁵⁰⁹

De acordo com Kahneman, Sibony e Sunstein, o viés psicológico compartilhado leva a viés estatístico: média de julgamentos que se desviam da verdade na mesma direção. Mas quando os juízes são enviesados de maneira diferente ou em diferente medida, os vieses psicológicos produzem ruído de sistema.⁵¹⁰

O ruído de sistema é indesejado, mas nem sempre a variabilidade em julgamentos é inoportuna. Referindo-se a julgamentos judiciais, Posner argumenta que um judiciário homogêneo, com pouco ou nenhum arbítrio judicial, é inatingível e indesejável, “porque centralizaria o poder judicial de forma indevida, esmagando a diversidade e a experimentação saudáveis.”⁵¹¹ Todavia, a diversidade de ideias leva a erros de julgamento quando a preferência pessoal

⁵⁰⁸ PARTRIDGE, Anthony; ELDRIDGE, William B. **The Second Circuit Sentencing Study: A Report to the Judges of the Second Circuit.** Washington, DC: Federal Judicial Center, 1974. Disponível em: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/second-circuit-sentencing-study-report-judges-second-circuit>. Acesso em: 27 mai. 2022.

⁵⁰⁹ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 25.

⁵¹⁰ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 159.

⁵¹¹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 93.

é transformada em julgamento profissional.⁵¹² Ou seja, em uma tomada de decisão qualificada, não se misturam valores com fatos.

Casos difíceis são mais ruidosos do que os fáceis porque evidências múltiplas e conflitantes geram ambiguidade, isto é, se há mais de uma maneira de ver alguma coisa, o modo como as pessoas a veem varia. Julgamentos fundamentados em expressões vagas, como “além da dúvida razoável”, “provas claras e convincentes”, “desempenho excelente”, “acontecimento improvável” são ruidosos porque interpretados de maneira diferente por quem fala e por quem escuta.⁵¹³ Além disso, “as pessoas podem escolher diferentes evidências para formar o núcleo de sua narrativa, de modo que há muitas conclusões possíveis.”⁵¹⁴

Principalmente em julgamentos avaliativos, amplas discordâncias sobre um mesmo caso violam as expectativas de imparcialidade e consistência. Se existem amplas diferenças nas sentenças dadas a um mesmo réu, está-se no domínio das “crueldades arbitrárias”.⁵¹⁵ Mesmo aqueles que aceitam uma ampla discricionariedade judicial concordam que um nível de discordância que transforme o julgamento em loteria é problemático. A pessoa afetada pelos julgamentos avaliativos espera que os valores desses julgamentos reflitam os valores do sistema, e não as preferências de juízes individuais. O ruído do sistema é uma inconsistência, e a inconsistência prejudica a sua credibilidade.⁵¹⁶

Ao lado dessa variabilidade indesejável nos julgamentos de um mesmo caso, em que os julgadores discordam entre si, há outro tipo de ruído relevante, que afeta a qualidade dos julgamentos: o ruído de ocasião. Nesse caso, há variabilidade intrapessoal, de efeitos transitórios, em que os julgadores

⁵¹² KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 32.

⁵¹³ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 185.

⁵¹⁴ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 196.

⁵¹⁵ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 55.

⁵¹⁶ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 56.

discordam de si próprios.⁵¹⁷ Ou seja, o juiz poderia tomar uma decisão diferente em outro dia, influenciado pelo humor do momento.

Kahneman, Sibony e Sunstein alertam, nesse aspecto, que o bom humor deixa as pessoas mais propensas a adotarem a primeira impressão como verdadeira, sem contestá-la; deixa o indivíduo mais crédulo de modo geral. O estresse e o cansaço tendem a levar o julgador a uma solução mais rápida. Até mesmo o clima pode influenciar: sentenças judiciais tendem a ser mais severas quando está calor.⁵¹⁸

Também a ordem em que os casos são apresentados podem afetar o resultado. Pessoas que tomam decisões em sequência tendem a um equilíbrio. Depois de muitas decisões em um sentido, tendem a decidir em sentido contrário.⁵¹⁹

De todo modo, em sistemas ruidosos, os erros não se cancelam, se somam. A circunstância de um réu, por exemplo, ser condenado a uma pena excessiva e outro a uma pena muito branda por fatos semelhantes não significa que, na média, o sistema funcionou bem.

A redução do ruído, assim, é importante para aprimorar o julgamento, mesmo nos casos em que não se pode verificar se o resultado está correto, como na hipótese de decisões judiciais, cujo acerto não é objetivamente verificável.

Com esse intuito, o tomador de decisão deve considerar múltiplas opções e admitir, mesmo que de forma relutante, que pode estar errado. Além disso, a avaliação da qualidade do julgamento não deve recair apenas sobre o resultado, mas também sobre o processo de julgar. A qualidade do julgamento geralmente é avaliada com base na coerência entre os fatos e a decisão.

⁵¹⁷ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 79.

⁵¹⁸ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 90.

⁵¹⁹ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 91.

Contudo, deve-se dar mais atenção ao processo de julgar que produza o melhor julgamento em um conjunto de casos similares.⁵²⁰

Por outro lado, o foco na diminuição do ruído não diminui a importância de medir e combater vieses compartilhados. Talvez por isso, segundo os autores citados, a fixação de diretrizes obrigatórias para sentença nos EUA tenha tido tantos críticos, porque a simples avaliação pela média dos julgamentos não observou que poderiam estar enviesados, retirando o subjetivismo do julgador.⁵²¹

A seguir, serão relatadas estratégias passíveis de utilização pelo decisor para reduzir a possibilidade de erros de julgamentos.

2.4.2.6. Estratégias para reduzir erros de julgamento

O primeiro passo para atenuar erros de julgamento é admitir que eles existem e que são um problema. Reconhecer, em algum momento, que pode estar errado é uma medida sensata para o tomador de decisão que busca aprimorar seu julgamento. Bons juízes “tendem a ser experientes e inteligentes, mas também costumam ser ativamente receptivos e se mostrar dispostos a aprender com informações novas”,⁵²² ou seja, estão abertos a novos argumentos. Isso explica, segundo Kahneman, Sibony e Sunstein, por que alguns juízes são melhores do que seus colegas igualmente qualificados e experientes, com menos chance de serem ruidosos ou enviesados. A seleção destes profissionais deve procurar “o tipo de pessoa que busca ativamente informações novas capazes de contradizer suas crenças prévias, que é metódica em integrar essas informações a sua perspectiva atual e que está disposta e até ansiosa a mudar de ideia em consequência disso.”⁵²³

Embora as pessoas sejam propensas a apreciar o estereótipo do líder decidido e superconfiante, a evidência sugere que, “se o objetivo é reduzir

⁵²⁰ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 54.

⁵²¹ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 73.

⁵²² KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 219.

⁵²³ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 228.

o erro, seria melhor para o líder permanecer aberto a contra-argumentos e imaginar que pode estar enganado. Se ele acaba se mostrando decidido, é no fim de um processo, não no começo.”⁵²⁴

Os autores acima citam estratégias de desviesamento que podem auxiliar o julgador a aprimorar o processo decisório, que denominam “higiene da decisão”: não expor informações irrelevantes no início do processo avaliativo, para evitar uma primeira impressão equivocada, e, posteriormente, uma busca pela coerência; estruturar os julgamentos complexos, ou seja, “dividir o julgamento em suas partes componentes”; “gerenciar o processo de coleta de dados para assegurar que os *inputs* sejam independentes entre si”; e “protelar a discussão holística e o veredicto final até todos os *inputs* terem sido coletados.”⁵²⁵

As estratégias de desviesamento podem ser adotadas antes ou depois da decisão (*ex ante* ou *ex post*), isto é, intervindo antes que o viés aconteça ou corrigindo o julgamento após ser emitido. Os autores dão o exemplo de uma balança que sempre acrescenta 200 g no peso final (viés de aumento). Pode-se corrigir o resultado subtraindo 200 g do valor mostrado sempre que for se pesar (*ex post*), ou ajustar o equipamento para que se torne mais preciso (*ex ante*).⁵²⁶

Uma das formas de corrigir o enviesamento *ex ante* é treinar o tomador de decisão para reconhecer seus vieses e dominá-los.⁵²⁷ Aperfeiçoar suas capacidades pessoais, por exemplo, com domínio básico de outros saberes (interdisciplinaridade), tal como conceitos básicos do pensamento probabilístico, é outro modo de “disciplinar a intuição”.⁵²⁸

⁵²⁴ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 228.

⁵²⁵ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 217.

⁵²⁶ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 230.

⁵²⁷ As regras de impedimento e suspeição dos juízes, extensivas “aos sujeitos imparciais do processo” (artigos 144 a 148 do CPC, e artigos 252 a 255 do CPP) podem ser vistas como uma forma da lei processual civil brasileira de prevenir vieses.

⁵²⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 196.

Também, obter opiniões independentes de outras pessoas tende a qualificar o julgamento, o que os autores denominam de “sabedoria das multidões”.⁵²⁹ Se isso não for possível, sugerem que a própria pessoa faça um segundo julgamento e produza uma “multidão interior”. Revisar o julgamento em outro momento é uma forma de se defender do ruído de ocasião, causado por emoções do momento. Esperar algum tempo ou debater consigo até encontrar uma outra perspectiva para o problema são medidas salutares e obedecem ao conselho de que decisões importantes devem ser deixadas para o dia seguinte, após um boa noite de sono.⁵³⁰ Além disso, deve-se, quando possível, proceder-se a uma avaliação comparada em vez de uma avaliação isolada, pois isso diminui a incoerência. Quando se vê o caso isoladamente, a tendência é se pautar por uma reação emocional do Sistema 1.⁵³¹

Entretanto, quando não se conhece o viés de antemão, nem sua direção, fica difícil agir *ex ante*. O viés psicológico, como exposto, pode ser variável entre julgadores, e essencialmente imprevisível, resultando em ruído de sistema.⁵³² Nesse caso, como o ruído é imprevisível e pode não ser percebido ou explicado facilmente, o conselho é adotar medidas profiláticas, que prevenirão muitos erros, mesmo que sem se saber quais.⁵³³

Além disso, o ideal é que a procura por vieses ocorra não antes ou depois da decisão, mas conforme ela é tomada. As pessoas tendem a reconhecer os vieses com mais facilidade nos outros do que em si mesmas. No entanto, “detectar os vieses é inútil se os tomadores de decisão não se comprometem a combatê-los.”⁵³⁴

Os autores sugerem um *check list* para observação do viés, com perguntas que devem ser respondidas por um “observador de decisão” durante

⁵²⁹ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 85.

⁵³⁰ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 86.

⁵³¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**, p. 453.

⁵³² KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 234.

⁵³³ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 237.

⁵³⁴ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 234.

o processo decisório, tais como se o tomador de decisão demonstra já estar comprometido com uma conclusão, ou se a equipe é excessivamente cautelosa a respeito da decisão a ser tomada.⁵³⁵

Logicamente, tal solução não é apropriada ao campo judicial, onde o processo decisório possui natureza essencialmente individual. Nesse caso, a motivação pessoal para combater vieses é indispensável. Não importa quanto treinamento os juízes recebam, só podem evitar vieses que são conhecidos por eles mesmos. Ainda que genuinamente almejem atingir uma solução justa para o caso, influências subconscientes podem obscurecer as decisões e estorvar o raciocínio jurídico. Portanto, para que os juízes sejam justos, devem identificar e então neutralizar os efeitos de suas influências subconscientes.⁵³⁶

Aqui entra em cena a “empatia judicial”, isto é, a perspectiva sob o ponto de vista de outra pessoa, como uma ferramenta valiosa para mitigar os inevitáveis vieses que cada juiz tem. Julgadores que não fazem nenhuma tentativa de exercer empatia e assumem que sua própria perspectiva é universal, em vez de fazer o esforço imaginativo para entender o que motiva os outros, podem ser portadores de “cegueira mental” (*mind-blindness*). Juízes que são incapazes de avaliar os problemas de qualquer ponto de vista diferente do seu podem não ser capazes de administrar a justiça de forma igual e imparcial.⁵³⁷

O emprego da filosofia pragmatista tem o potencial, nesse ponto, de aliviar vieses e heurísticas que dão origem à compreensão estritamente individual, pois ajuda a conciliar valores inconsistentes e conflitantes encontrados no direito, destacadamente no direito ambiental.

Para o pragmático, a atenção está voltada para o que funciona na prática em uma determinada situação e a chave para conseguir isso é a

⁵³⁵ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 236.

⁵³⁶ NEGOWETTI, Nicole E. Judicial decisionmaking, empathy, and the limits of perception. **Akron Law Review**, vol. 47, p. 693, 2014.

⁵³⁷ NEGOWETTI, Nicole E. Judicial decisionmaking, empathy, and the limits of perception. **Akron Law Review**, vol. 47, p. 693, 2014.

investigação desinteressada e imparcial. O pragmatismo lembra que a melhor maneira de encontrar um equilíbrio muitas vezes é através de apuração falibilista, com foco no meio termo, ao mesmo tempo em que se presta atenção ao que é habilmente possível.⁵³⁸

Deve-se ter cuidado, como defende o pragmatismo, para não assumir que todos os fins e valores compartilhados foram identificados e tudo o que resta fazer é identificar os meios mais adequados para atingir determinados objetivos. É necessário considerar o valor da diversidade de pontos de vista, fundamentadas em diferentes visões de mundo, e o pragmatismo, ao reconhecer a falta de certeza absoluta e a complexidade de muitas questões postas em juízo, alerta para a tolerância sobre opiniões opostas.

Ole Pedersen⁵³⁹ relata um fato ocorrido com William James, um dos precursores do pragmatismo, que, ao viajar pelas montanhas do estado norte-americano da Carolina do Norte, deparou-se com uma série de pequenos vales em que a floresta havia sido desmatada. James observou que o que sobrara era horrível, uma “espécie de úlcera”, sem um único elemento apto a compensar a perda da beleza natural. No entanto, ao encontrar o fazendeiro responsável pela “limpeza” da área, James percebeu que, para o agricultor, o desmatamento da floresta era uma necessidade para poder cultivar a terra. James acaba concluindo que:

*In short, the clearing which to me was a mere ugly picture on the retina, was to them a symbol redolent with moral memories and a very paeon of duty, struggle and success. I had been as blind to the peculiar ideality of their conditions as they certainly would also have been to the ideality of mine, had they had a peep at my strange indoor academic ways of life at Cambridge.*⁵⁴⁰

⁵³⁸ PEDERSEN, Ole W. Modest Pragmatic Lessons for a Diverse and Incoherent Environmental Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford University Press, 2013.

⁵³⁹ PEDERSEN, Ole W. Modest Pragmatic Lessons for a Diverse and Incoherent Environmental Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford University Press, 2013.

⁵⁴⁰ “Em suma, a clareira que para mim era uma mera imagem feia na retina, era para eles um símbolo redolente com memórias morais e uma ode ao dever, luta e sucesso. Eu tinha sido tão cego para o idealismo peculiar de suas condições como eles certamente também teriam sido

A descrição de James, em seu espírito essencialmente pragmático, transmite, a despeito de qualquer valoração atual do fato, a necessidade de ouvir o outro lado da história, de reavaliar opiniões *a priori*, livres de inclinações prévias.

O pragmatismo, desse modo, com sua ênfase no questionamento, no falibilismo, no antifundacionalismo e no conhecimento temporário e contingente, tem valiosas lições no sentido de neutralizar os erros do julgamento humano.

Por outro lado, é importante destacar que a total eliminação do ruído do sistema pode ser indesejável, pois pode resultar em uma abordagem mecanizada das questões judiciais, ignorando as peculiaridades de cada caso individual. Kahneman, Sibony e Sunstein admitem, nesse ponto, que se o objetivo é que as pessoas sintam que são tratadas com respeito e dignidade, talvez seja preciso tolerar algum ruído. O ruído proporciona “uma audiência individualizada, a oportunidade de influenciar o exercício da discricionariedade e o sentimento de que têm uma chance de serem visto e ouvidos.”⁵⁴¹

O ruído também pode ser essencial, de acordo com estes autores, para “acomodar novos valores e, portanto, ensejar uma evolução moral e política.” Se eliminado, reduz-se a capacidade de reagir quando compromissos morais e políticos movem as pessoas em direções novas e inesperadas. “Um sistema livre de ruído pode congelar valores existentes.”⁵⁴²

Em resumo, diferentemente da atividade psicanalítica, em que se espera do profissional uma escuta amoral, acrítica, despida de influências subjetivas, no intuito de auxiliar o paciente na busca da cura através do autoconhecimento, não é de todo ruim que a atividade judicial sofra influências dos ambientes externo e interno, tendo em vista que a intuição, aos olhos do

para o idealismo da minha, se tivessem dado uma espiada no meu estranho modo de vida acadêmico recluso em Cambridge.” (tradução livre)

⁵⁴¹ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 317.

⁵⁴² KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**, p. 317.

pragmatismo, é um ingrediente importante na tomada de decisão. O processo decisório se torna mais democrático quando submetido a influências subjetivas de diferentes julgadores, que, no agregado, a partir de suas experiências pessoais, acabam formando uma jurisprudência mais consentânea com seu meio social e cultural.

Nesse cenário, a resposta à pergunta anterior (“tomar ou fazer uma decisão?”) é “depende”. Depende de quem está no comando: o Sistema 1 ou o Sistema 2. Se o primeiro está no controle, agindo de forma rápida e intuitiva, a decisão é “tomada”. Se o segundo, mediante processo mais elaborado, a decisão é “feita”. Mas, diferentemente do que se possa imaginar à primeira vista, nem sempre o ideal é que o Sistema 2 esteja no controle. Para fazer frente ao imenso volume de processos, muitas vezes é necessária uma decisão intuitiva, baseada na experiência do julgador. Juízes que se restringem a “fazer” uma decisão acabam inviabilizando a unidade judiciária. O importante é ter cuidado com os atalhos e vieses gerados pelo Sistema 1, a fim de corrigir o rumo quando necessário.

Por outro lado, em casos difíceis, que exigem maior ponderação e análise profunda de provas e argumentos, conforme classificação que será detalhada mais adiante, é melhor que o Sistema 2 atue. Nessa hipótese, juízes que deixam o Sistema 1 agir sozinho acabam proferindo decisões padronizadas, com pouca reflexão. Pode-se dizer, portanto, que decisões judiciais são mais qualificadas se obtidas através do Sistema 2, mas isso só ocorre se os juízes são munidos das ferramentas necessárias para “fazer” uma decisão.

Dito de outra forma, nos casos fáceis, é possível que os juízes utilizem com frequência heurísticas, ou atalhos cognitivos, para simplificar a análise processual, devido ao grande volume de trabalho e à clareza das soluções jurídicas. No processo decisório, os juízes podem confiar mais em suas intuições e sentimentos iniciais, para, em seguida, procurarem justificativas legais para apoiar essa visão. A justificação nestes casos é mais direta, apoiando-se fortemente em textos legais e precedentes.

Já nos casos difíceis, caracterizados pela ausência de precedentes claros ou por conflitos diretos entre normas ou princípios legais, a decisão é mais complexa e muitas vezes carregada de valor moral. A motivação e a justificação das decisões nesses casos são influenciadas por fatores externos significativos, como opiniões de pares, intuições morais, preferências pessoais, pressões políticas ou ideológicas e considerações sobre a reputação pessoal e profissional. Por exemplo, estudo citado por Ricardo Horta e Alexandre Costa acerca de julgamentos sobre liberdade de expressão indicou que a percepção da ação policial em protestos variava conforme a concordância ou discordância dos sujeitos com o conteúdo da manifestação.⁵⁴³

Assim, o processo de justificação em casos difíceis envolve a criação de uma narrativa jurídica que alinhe a intuição inicial do juiz com as normas legais e precedentes estabelecidos. Este processo é mais desafiador e requer um raciocínio mais sofisticado, pois o juiz deve conectar sua intuição com os argumentos jurídicos de forma convincente.

Para Neil MacCormick, os juízes enfrentam intensas pressões para atender às expectativas do que se presume que eles sejam, segundo a tradição política dominante. São nomeados para “fazer ‘justiça de acordo com a lei’, e os cães de guarda do interesse público estão perpetuamente em alerta para ladrar atrás deles se parecerem agir de qualquer outro modo.” Consequentemente, as justificativas que apresentam ao público para suas decisões precisam ser

⁵⁴³ “Dan Kahan e sua equipe buscaram testar se o julgamento sobre os limites da liberdade de expressão dependeria do posicionamento político-ideológico do observador. A tarefa consistia em assistir a um mesmo vídeo, com imagens de um protesto e avaliar a atuação da polícia ao dispersá-lo. Os dizeres das faixas e dos cartazes da manifestação estavam tarjados no vídeo. Dividindo 202 pessoas em dois grupos, os pesquisadores primeiro aplicaram um questionário sobre os posicionamentos políticos dos sujeitos. Em seguida, disseram à metade deles que a manifestação era contra o aborto; e à outra metade, que se tratava de um protesto contra a discriminação direcionada à população LGBT. Conforme concordassem ou não com o conteúdo da manifestação, os participantes tendiam a ver ou não excessos na atuação da polícia ao dispersá-la, ou seja, a extensão do direito à liberdade de expressão dependia, em última análise, à concordância ou não com seu conteúdo político. Embora a amostra desse estudo não seja de magistrados, é de se questionar se estes não estariam sujeitos às mesmas influências ao autorizarem ou não a atuação de forças policiais em ações de reintegração de posse e de retirada de ocupantes em protestos.” (HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 271-297, jan./jun. 2017. p. 284)

convincentes e sérias, baseadas no que se espera deles, de forma a reforçar a percepção de que estão cumprindo seu papel de “solucionadores imparciais de disputas”, mesmo considerando a possibilidade, consciente ou não, de falta de sinceridade na motivação.⁵⁴⁴

Toscano Jr. sugere, nesse ponto, que a distinção entre o livre convencimento motivado e o raciocínio motivado é extremamente sutil, quase imperceptível. Por essa razão, é fundamental que as decisões judiciais sejam não apenas bem fundamentadas, mas também permeadas de facticidade, o que implica em levar em consideração, durante a fundamentação, as peculiaridades do caso concreto.⁵⁴⁵ Esse requisito, em sintonia com o contextualismo da abordagem pragmática, impõe um esforço adicional ao julgador e torna o processo de raciocínio motivado mais complexo, eventualmente exigindo a superação de evidências já estabelecidas.

Essas diferenças têm implicações significativas para a teoria jurídica e a prática judicial. Para a teoria jurídica, observa-se a necessidade de uma abordagem mais integrada que leve em conta os elementos estratégicos, cognitivos e psicológicos, além dos argumentos jurídicos. Para a prática judicial, percebe-se a necessidade de mecanismos para mitigar vieses e promover a imparcialidade, especialmente em casos difíceis.⁵⁴⁶

De um ou de outro modo, certo é que o conhecimento pelo julgador dos elementos e avanços da psicologia cognitiva tende a auxiliá-lo na tomada da melhor decisão, confirmando a necessidade de uma abordagem interdisciplinar para a adjudicação pragmática de direitos.

⁵⁴⁴ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pp. 18 e 21.

⁵⁴⁵ TOSCANO JUNIOR, Rosilvado. **O cérebro que julga: neurociência para juristas**. Florianópolis: EMais, 2023. Edição do Kindle. Posição 2883

⁵⁴⁶ HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. p. 290.

2.5 CRÍTICAS DE RONALD DWORKIN AO PRAGMATISMO

A despeito das muitas virtudes do pragmatismo jurídico relatadas anteriormente, é necessário mencionar as críticas direcionadas a esta corrente de pensamento, as mais contundentes provenientes de Ronald Myles Dworkin, renomado professor de direito norte-americano conhecido por suas contribuições na área da filosofia jurídica.

De modo geral, Dworkin critica o pragmatismo por falta de compromisso (coerência) com o passado. Na visão de Dworkin, para o pragmatismo, a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribuiria, em princípio, para a justiça ou para a virtude de uma decisão atual.⁵⁴⁷ Assim, o juiz pragmático não se sente compelido a respeitar precedentes quando “o alcance de uma decisão anterior é obscuro e polêmico”, ou seja, não tem motivos para se empenhar em descobrir o verdadeiro fundamento dessa decisão.⁵⁴⁸

Para Dworkin, admitir que o pragmatismo corresponde àquilo que os juízes fazem e dizem nos casos difíceis significa aceitar “as razões da nobre mentira para formular e acatar a interpretação dos casos anteriores como tendo o mesmo fundamento que a presente situação”.⁵⁴⁹ Ou seja, como não seria adequado (e jurídico) o juiz pragmático fundamentar a decisão nas suas crenças, busca ilustrá-la com precedentes e teoria, o que seria uma “nobre mentira”.⁵⁵⁰

⁵⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 185.

⁵⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 193.

⁵⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 194.

⁵⁵⁰ A fim de ilustrar o que considera a real atividade dos juízes e a interpretação constitucional, Posner conta a seguinte anedota: em uma pequena e conservadora cidade do interior, um *Mohe!* (pessoa responsável pelo ritual de circuncisão no judaísmo tradicional) inaugurou um novo local de trabalho. Um amigo, ao visitá-lo, após elogiar a beleza e modernidade do novo estabelecimento, pergunta: - Tudo muito bonito, mas por que todos estes relógios expostos na vitrine, se você não é relojoeiro? Ao que o *Mohe!* responde: - E você acha que eu deveria expor o quê? (Adaptado de entrevista concedida em 2007. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=lq7pfFoV6OY>. Acesso em: 15 nov. 2021.)

Essa prática, segundo Dworkin, destina-se a enganar o público⁵⁵¹, conforme destaca:

(o pragmatismo) Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direito, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direito atribuído a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamentos independentes.

[...]

O pragmatismo pretende correr o risco de errar, pelo menos no que diz respeito à questão correta. Se as divisões judiciais e as opiniões polêmicas são, de qualquer modo, inevitáveis, pergunta o pragmático, por que a controvérsia não deveria voltar-se para o que realmente importa, para a decisão que produzirá a prática menos ineficiente ou que reduzirá ao mínimo a ocorrência de injustiças no futuro? Como esse objetivo pode ser, em si, injusto? Como pode a coerência de princípio ser importante por si mesma, [...]?⁵⁵²

Dworkin defende a integridade política como uma virtude. Insiste que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios; o compromisso com a coerência de princípio valorizada por si mesma. A integridade é “a vida do direito tal qual o conhecemos”.⁵⁵³ Divide a “exigência da integridade” em dois princípios: a integridade na legislação e no julgamento. O legislador e o juiz devem se manter coerentes quanto aos princípios. A integridade no julgamento explica por que se deve atribuir ao passado poder especial, contrariando o que diz o pragmatismo, para o qual isso teria apenas um “interesse estratégico”.⁵⁵⁴ Assim, o pragmatismo não teria compromisso com o passado, portanto com a coerência, e, portanto, com a integridade.

⁵⁵¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. pp. 195/196.

⁵⁵² DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. pp. 195 e 199.

⁵⁵³ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 202.

⁵⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 203.

Para Dworkin, a integridade é uma meta. Reconhece que a prática jurídica não a aplica de modo perfeito. Admite que não seria possível reunir, num único e coerente sistema de princípios, todas as normas especiais e outros padrões estabelecidos pelos legisladores. A seu ver, contudo, o compromisso com a integridade significa que se deve considerar esse fato como um defeito, e o objetivo deve ser sempre tentar remediar qualquer incoerência de princípios.⁵⁵⁵

No que diz respeito à integridade na decisão judicial, Dworkin afirma que o juiz deve tratar o sistema jurídico como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios, interpretando as normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. Para ele, “a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal.”⁵⁵⁶ O litigante tem direito de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, “como se o Estado tivesse uma única voz”,⁵⁵⁷ uma “comunidade de princípios”.⁵⁵⁸

Prossegue o autor:⁵⁵⁹

O princípio de integridade na deliberação judicial, portanto, não tem necessariamente a última palavra sobre de que modo usar o poder de coerção do Estado. Mas tem a primeira palavra, e normalmente não há nada a acrescentar àquilo que diz.

A primeira afirmação não contradiz necessariamente o pragmatismo. Pode-se dizer que a decisão pragmática também parte do conjunto de princípios definidos pela comunidade (normas e precedentes

⁵⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 261. Ou seja, Dworkin reconhece a dificuldade de se atingir tal coerência, aparentemente utópica. Posner é mais realista: esta coerência absoluta nunca será atingida. Mais do que isso, nem é desejável, pois em uma sociedade heterogênea a diversidade tem um papel importante na prática judiciária.

⁵⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 261.

⁵⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 263.

⁵⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 291.

⁵⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 263.

judiciais), mas sempre há algo a acrescentar: as consequências particulares e sistêmicas no caso concreto, e essa análise não é menos importante do que a primeira.

Ainda, a integridade exige que o direito seja criado e interpretado, na medida do possível, de modo a expressar “um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”. Aceitando esse ideal, admite-se afastar das decisões anteriores, “em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo”.⁵⁶⁰ Ou seja, a integridade também aceita desconsiderar o precedente no caso concreto (coerência não é mera repetição do passado), mas de modo bem menos flexível que o pragmatismo.

Para Dworkin, “Uma concepção do direito erigida sobre o princípio interpretativo da integridade deixa muito menos espaço para argumentos práticos [...] ao estabelecer direitos constitucionais substantivos.”⁵⁶¹

Percebe-se, pois, a tentativa deste autor de fixar o direito como integridade em um meio termo entre convencionalismo (voltado para o passado, baseado nas convenções da comunidade) e pragmatismo jurídico (voltado para o futuro). Combina elementos das duas correntes de pensamento. Interpreta a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.⁵⁶²

Neste ponto, Dworkin aparentemente confunde pragmatismo com consequencialismo ou utilitarismo, e não diferencia pragmatismo filosófico do cotidiano, defendido por Posner. O pragmatismo também olha para o passado, não apenas para as consequências da decisão, porém não é seu “escravo”. Tem menos pudor em desconsiderar o precedente.

⁵⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 264.

⁵⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 266.

⁵⁶² DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 272.

Também se assemelha ao pragmatismo jurídico ao pedir ao juiz que continue interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso.⁵⁶³ Do mesmo modo, o direito como integridade “começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine.”⁵⁶⁴

Nas palavras de Dworkin:⁵⁶⁵

[...] o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem coerção (*direito é, em essência, o que autoriza coerção pelo Estado*) – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa. A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o status quanto o conteúdo dessas decisões anteriores.

Dworkin faz uma analogia muito interessante com um “romance em cadeia”, que pode ser utilizada inclusive como comparação com o pragmatismo jurídico.⁵⁶⁶

Em síntese, ele descreve um hipotético livro em que cada autor deve escrever um capítulo. O objetivo é criar o melhor romance possível, como se fosse obra de um único autor. Cada escritor recebe o enredo em determinada situação. Deve respeitar o que já foi escrito. Não pode mudar o passado, nem pode fechar a porta para o futuro (matar todos os personagens, por exemplo). Tem que respeitar parâmetros mínimos do enredo: se a história se passa no século XIX, não pode situar seu capítulo no século XXI, e se for escrever algo extraordinário, como reviver um personagem morto, deve ser suficientemente criativo para que a história fique palatável e não caia no ridículo.

⁵⁶³ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 273.

⁵⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 274.

⁵⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 273.

⁵⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 275.

A diferença para o pragmatismo, nessa analogia, é que, primeiro, o pragmatismo é transparente ao dizer que a obra foi escrita por vários autores. Não esconde isso. Pelo contrário, considera até mesmo mais honesto e frutífero deixar claro que a obra foi escrita por várias pessoas, com ideias e experiências diferentes. Segundo, o pragmatista também se baseia, como ponto de partida, no enredo já escrito, porém não ficaria tão restrito a ele. Teria mais flexibilidade em fazer as modificações necessárias para que as vendas aumentassem, que houvesse mais patrocínio (aumentando o ganho para a editora), ou seja, estaria autorizado a levar em conta as consequências particulares (daquele capítulo específico) e sistêmicas (da obra como um todo) se a situação assim exigisse. Levaria em conta a experiência de outros autores ou livros semelhantes: se tiveram sucesso, se venderam bem etc.

Em outras palavras, nessa analogia, o pragmatismo confere liberdade ao escritor para usar sua criatividade, instrumentos e fontes com a finalidade de redigir a melhor obra possível, admitindo inclusive que cada escritor tenha suas inclinações, que serão retratadas no texto. Mas reconhece que, no conjunto da obra, os diferentes vieses culminarão em um texto diversificado e de melhor qualidade. Eventuais contradições que possam surgir nos capítulos, embora não desejáveis, serão aceitas como parte da estratégia de alcançar o melhor romance possível.

Em síntese, as críticas feitas ao pragmatismo provêm, quase inteiramente, da má assimilação de seus princípios ou da excessiva simplificação dos seus fundamentos. No entanto, um raciocínio pragmático responsável e bem compreendido tem muito a contribuir, pelas razões já expostas, ao processo decisório.

Não por outro motivo algumas de suas características serviram de inspiração para o legislador brasileiro, que, no intuito de “elear os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público”,⁵⁶⁷

⁵⁶⁷ ANASTASIA, Antonio. Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Brasília, DF: Senado Federal,

incorporou alguns de seus fundamentos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), como exposto no próximo item.

2.6 PRAGMATISMO JURÍDICO NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)

O objetivo da LINDB é nortear a interpretação e a aplicação das normas no direito brasileiro, portanto, o reconhecimento de que a alteração feita pela Lei n. 13.655/18 teve inspiração em fundamentos do pragmatismo jurídico é determinante para a indagação sobre a influência desta corrente de pensamento na prática jurídica do país.

A justificativa do projeto de lei deixou bastante claro que seu objetivo era de submeter a atividade de regulamentação e aplicação das leis “a novas balizas interpretativas, processuais e de controle”, ante um suposto retrocesso na segurança jurídica percebido no desenvolvimento de uma legislação reguladora do funcionamento, atuação e controle da administração pública. Ainda, segundo o projeto, “O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional.”⁵⁶⁸

Assim, é possível dizer que o projeto buscou introduzir uma “boa dose de pragmatismo e contextualização na interpretação e operação das normas de direito público”,⁵⁶⁹ e o fez da forma que o país mais está habituado: por texto de lei.

2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em: 9 nov. 2023.

⁵⁶⁸ ANASTASIA, Antonio. Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em: 9 nov. 2023.

⁵⁶⁹ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, p. 63–92, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>. Acesso em: 18 nov. 2021. p. 65.

Três artigos especificamente têm uma relação íntima com os compromissos do pragmatismo: artigos 20 e 21, com foco nas consequências da decisão, e artigo 22, com foco nos fatos e circunstâncias, ou seja, na contextualização do problema.

Prevê o artigo 20 da LINDB:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

As inovações na LINDB, como dito, destinaram-se a reduzir práticas que resultam em insegurança jurídica. Tiveram como finalidade “reduzir o subjetivismo e a superficialidade das decisões”, obrigando ao efetivo exame das circunstâncias do caso concreto e a avaliação das diversas alternativas, isto é, das consequências práticas da decisão.⁵⁷⁰

A determinação, direcionada também ao juiz, reprova uma decisão fundamentada apenas em princípios, ou valores jurídicos abstratos, que não assinala seu impacto no mundo dos fatos. Com efeito, a invocação de fundamentos genéricos e indeterminados pode servir de base para uma decisão em qualquer sentido, possibilitando até mesmo soluções contraditórias entre si. O apelo a fórmulas gerais e imprecisas pode funcionar como um modo de encobrir uma preferência subjetiva do tomador de decisão, que escolhe uma das alternativas possíveis mediante “processos psicológicos indeterminados”. Muitas

⁵⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, p. 13–41, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 18 nov. 2021. p. 15.

vezes, a motivação possui apenas “uma dimensão retórica, destinada a impedir a crítica e ocultar a solução arbitrária adotada.”⁵⁷¹

Em outras palavras, o artigo 20 “não impede que a decisão seja fundada em valores abstratos, mas exige um processo de sua concretização em vista das circunstâncias verificadas no mundo dos fatos”,⁵⁷² assim como a previsão dos efeitos práticos, para que se possa verificar a compatibilidade entre a decisão e o valor invocado de modo abstrato.

Assim também o pragmatismo jurídico não é hostil a toda teoria ou a todas as abstrações, mas sim àquelas que nada acrescentam na solução do caso concreto. É avesso a frases feitas, slogans vazios, que podem justificar uma decisão para qualquer dos lados, pois nada esclarecem quanto aos verdadeiros motivos que levaram a determinado resultado. Uma motivação baseada exclusivamente na “supremacia do interesse público sobre o privado” ou na “dignidade da pessoa humana”, por exemplo, pode acobertar qualquer conclusão, que, sem um suporte contextual, inquietam o pragmatista.

O pragmatismo não nega que a solução é orientada por valores, visto que não desassocia direito e moral. Admite a utilização de princípios abstratos como fundamento para a decisão, desde que acompanhado de uma contextualização dos fatos e de uma “exposição clara e evidente do processo de concretização dos valores”, até para permitir a revisão da decisão. Para isto ocorrer, os fundamentos devem estar expressos, já que a ausência de transparência quanto ao processo de tomada de decisão “pode ocultar os valores que realmente informaram o processo decisório”.⁵⁷³

Exigência semelhante é feita pelo Código de Processo Civil brasileiro (CPC) no que diz respeito à fundamentação das decisões judiciais. De

⁵⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. p. 23.

⁵⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. p. 25.

⁵⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. p. 27.

acordo com o artigo 489, §1º, do CPC, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

[...]

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

Desse modo, também bebe na fonte do pragmatismo jurídico a exigência legal de que o juiz fundamente sua decisão considerando circunstâncias específicas do caso, e não apenas princípios genéricos e abstratos.

O artigo 20 exige ainda que o julgador projete os possíveis cenários resultantes da decisão adotada. Tal qual o pragmatismo jurídico, não impõe uma concepção consequencialista do direito, pois não demanda do julgador a escolha da decisão que produza as melhores consequências, mas que as leve em consideração na tomada de decisão. Trata-se de avaliação importante, mas não determinante, para o resultado.

Além disso, a lei não impõe a necessidade de prever o imprevisível ou conhecer aspectos impossíveis de serem avaliados. Não reclama do decisor uma condição sobre-humana, de avaliar todas as consequências e alternativas possíveis e imagináveis. As consequências que preocupam o pragmatista são consequências reais, não as hipotéticas.

Na verdade, sabe-se hoje que é impossível ao tomador de decisão, nem é esperado dele, que avalie todas as possíveis consequências de seu julgamento. Contrariando a noção clássica sobre o processo decisório, reconhece-se atualmente, por meio da neurociência, que o cérebro naturalmente limita as opções consideradas. Isso ocorre porque, “quando um feixe de

neurônios é ativado na rede neural, ele inibe a ativação de outros neurônios que estão conectados a ele e que poderiam ativar proposições contrárias”, devido ao alto consumo de tempo e energia que seria necessário para avaliar todas as possibilidades.⁵⁷⁴ Segundo a psicologia cognitiva, como visto anteriormente, devido à capacidade limitada de processamento de informações, o julgador tende a utilizar atalhos mentais ou heurísticas, normalmente através de associação e categorização antes da tomada de decisão. A tendência do cérebro em formar preconceitos e estereótipos é uma estratégia para economizar energia na formação de convicções. Assim, é natural e esperado que um juiz, assim como qualquer indivíduo, não analise todas as possíveis consequências de suas decisões.

Reconhecendo esta limitação, o artigo 3º, §2º, do Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamentou a Lei em tela, previu:

Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

As consequências práticas que um decisor diligente consegue vislumbrar são aquelas identificadas “segundo juízos mentais que projetam relação de causalidade”, os quais “fundam-se no conhecimento técnico-jurídico e na experiência da vida social.”⁵⁷⁵ Ouve-se aqui também a voz do pragmatismo jurídico: empirista e atento a outros campos do saber.

Em síntese, a inovação legislativa especifica o comando que já constava do artigo 5º da LINDB (“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”), pois o atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum, embora sejam fórmulas gerais,

⁵⁷⁴ TOSCANO JUNIOR, Rosilvado. **O cérebro que julga**: neurociência para juristas. Florianópolis: EMais, 2023. Edição do Kindle. Posição 2811.

⁵⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. p. 29.

apontam na direção de que isso só é viável se houver uma avaliação das consequências práticas da decisão.⁵⁷⁶

Quanto ao parágrafo único do artigo 20, a menção aos preceitos da necessidade e da adequação revela nítido caráter procedimentalista. O pragmatismo jurídico prefere o critério da razoabilidade, sopesando prós e contras da medida adotada. Necessidade e adequação não apontam necessariamente as consequências práticas da decisão. É necessário, de todo modo, avaliar as possíveis alternativas quando se decidir com base em valores jurídicos abstratos.

Em sentido semelhante, prossegue o artigo 21 da LINDB:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Do mesmo modo que o artigo 20, o artigo 21 foca nas consequências da decisão, administrativa ou judicial, que deve indicá-las expressamente na motivação. Este artigo, contudo, mira na invalidação de atos administrativos em geral, preconizando a regularização quando o interesse público assim o admitir.

Consequências jurídicas e administrativas, de acordo com José Vicente Santos de Mendonça,⁵⁷⁷ são estados de fato e de direito a) admissíveis

⁵⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. p. 38.

⁵⁷⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, p. 43–61, 2018. Disponível

pela Constituição Federal e exequíveis; b) certos e prováveis, não apenas plausíveis; c) imediatos e imediatamente futuros, não remotos no tempo; e d) com alguma base de evidenciação, lógica ou empírica, não mero palpite.

Nesse aspecto, a adoção da teoria da causalidade direta e imediata⁵⁷⁸ torna objetiva a avaliação das consequências da decisão e responde à crítica feita ao pragmatismo jurídico, mencionada anteriormente, no sentido de que é excessivamente difícil, já que não exige do decisor a aferição de todas as consequências e alternativas possíveis e imagináveis. Cabe a ele “indicar as consequências mais importantes, seja em termos econômicos, político-administrativos e/ou sociais.”⁵⁷⁹

Na opinião de Teresa Arruda Alvim, o consequencialismo é inevitável. Não o emprego de argumentos frutos de mera intuição ou do subjetivismo de quem decide, mas no sentido de que “Das interpretações possíveis, a ‘melhor’ será a que causar impacto mais positivo no mundo dos fatos”. Para ela, havendo mais de uma interpretação possível, argumentos consequencialistas podem “desempatar” a questão. Além disso, dentre os limites impostos à utilização de argumentos consequencialistas, está a necessidade de que as consequências sejam “estimadas/aferidas/projetadas por cientistas/técnicos/estudiosos do tema”,⁵⁸⁰ isto é, o julgador não se restringe ao campo do direito na avaliação de qual a melhor decisão, característica típica do pragmatismo.

em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>. Acesso em: 18 nov. 2021. p. 48

⁵⁷⁸ Teoria expressa no art. 403 do Código Civil (“Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”), em que, salvo previsão diversa, “causa é o evento que necessariamente produz o resultado, e, daí, a consequência”. (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. p. 49.)

⁵⁷⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. p. 50.

⁵⁸⁰ ALVIM, Teresa Arruda. Consequencialismo nas decisões: não se pode ignorar os impactos no mundo dos fatos. *Conjur*. 24 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-24/consequencialismo-decisoes-judiciais>. Acesso em: 19 nov. 2021.

Perceba-se que a consideração das consequências não é novidade na legislação brasileira. O STF pratica atividade judicial pragmática ao modular os efeitos de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, como permite o artigo 27 da Lei 9.868/1999.⁵⁸¹ De fato, para um intérprete puramente positivista, se uma norma é declarada inconstitucional pelo STF, ela não deveria, em nenhum momento, produzir efeitos no ordenamento jurídico. Entretanto, é possível à Corte constitucional, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, isto é, baseada no contexto dos fatos e nas consequências práticas da decisão, assentir na aplicação da lei inconstitucional a determinadas situações.⁵⁸²

Do mesmo modo, o art. 15 da Lei n. 12.016/2009,⁵⁸³ que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, não impõe ao presidente do tribunal, em um pedido de suspensão da execução, a avaliação do conteúdo jurídico da decisão, mas suas consequências. Nesse caso, o presidente do tribunal funciona não propriamente como um juiz, “mas como um administrador consequencialista de decisões alheias.”⁵⁸⁴

Igualmente, o Código de Processo Civil, ao vedar a concessão de tutela de urgência de natureza antecipada “quando houver perigo de

⁵⁸¹ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁵⁸² RAUPP, Daniel. O Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a possibilidade de ocupação da zona costeira mediante desenvolvimento sustentável. p. 131.

⁵⁸³ Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

⁵⁸⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. p. 50.

irreversibilidade dos efeitos da decisão”,⁵⁸⁵ nada mais faz do que inserir na atividade judicial a avaliação das consequências práticas da solução adotada.

Enfim, como assevera José Vicente Mendonça, “A retórica das consequências é melhor que a retórica dos princípios, pois, como apela a estados da realidade, pode ser verificada/falseada.” Corrobora esta afirmação com exemplo de hipotético licenciamento ambiental de um empreendimento de grande porte⁵⁸⁶:

Uma coisa é discutir, à luz da decisão de licenciar o empreendimento, a “dimensão objetiva do direito fundamental à dignidade da pessoa humana enquanto dever de proteção”; outra é decidir se o estado de coisas A (“os peixes vão morrer na lagoa”) é preferível ao estado B (“a hidroeétrica não será construída e provavelmente faltará energia”). Consequências jurídicas e administrativas podem ser muita coisa, mas são menos coisa de que, por exemplo, a *vis expansiva* dos direitos fundamentais ou a dignidade da pessoa humana.

Puro pragmatismo jurídico. Decisão baseada nas circunstâncias específicas do caso e não em princípios genéricos (que muito falam, mas pouco explicam) é a essência desta corrente filosófica.

Ademais, ao admitir a regularização do ato administrativo inválido (“de modo proporcional, equânime e sem prejuízo aos interesses gerais”), o parágrafo único do artigo 21 abraça o pragmatismo jurídico, avesso ao formalismo, não aceitando um resultado absurdo ou desastroso apenas porque assim previu o texto legislativo, em interpretação literal.

Por fim, o artigo 22 da LINDB dispõe:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e

⁵⁸⁵ Art. 300, §3º, do CPC.

⁵⁸⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. p. 55.

as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

[...]

A interpretação e aplicação do direito deve estar conectada ao contexto dos fatos. Não se pode fechar os olhos para a realidade, para os obstáculos materiais, para as dificuldades de cumprimento da decisão, nem se defender que tais condições são juridicamente irrelevantes e que o julgador não deve se preocupar com elas.

De acordo com Eduardo Jordão, o artigo consagra o “primado da realidade”, em que “a exigência de contextualização produz uma espécie de ‘pedido de empatia’ com o gestor público e com suas dificuldades.”⁵⁸⁷ Ou seja, o julgador deve se colocar na posição do outro.

Além disso, em num contexto de indeterminação jurídica real, o decisor deve se limitar “a avaliar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pelo administrador público”. Assim como o pragmatismo se baseia na razoabilidade como critério de julgamento, o artigo 22 impõe ao tomador de decisão que preste deferência à escolha interpretativa razoável do gestor, “mesmo que ela não corresponda à escolha interpretativa específica que ele próprio (controlador) faria, se coubesse a ele a interpretação em primeira mão.”⁵⁸⁸

Rafael Carvalho Rezende Oliveira já defendia, acertadamente, antes mesmo da edição da Lei, uma aproximação do direito administrativo com o pragmatismo jurídico, na medida em que circunstâncias específicas do caso

⁵⁸⁷ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, p. 63–92, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>. Acesso em: 18 nov. 2021. p. 70.

⁵⁸⁸ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. p. 78.

podem dominar completamente o processo decisório, com ênfase na razoabilidade da solução adotada.

Afirma este autor:⁵⁸⁹

O direito não pode ser desconectado dos fatos. As disposições genéricas e abstratas devem ser conformadas à realidade com o objetivo de se assegurar a justiça e a equidade. A interpretação deve ser apoiada no contexto dos fatos. Com isso, o texto legal é ponto inicial da interpretação e da aplicação das normas jurídicas que deve ser complementado com a realidade. O real significado das palavras contidas nos textos normativos depende de seu uso pela sociedade em determinado momento histórico, o que impede abstrações definitivas, imutáveis.

Isso significa dizer que a interpretação jurídica é contextualizada, isto é, o sentido da norma depende do respectivo contexto histórico, social, econômico e político em que se encontra inserida. Vislumbra-se, aqui, a íntima ligação entre a atividade interpretativa e o pragmatismo, notadamente pela necessidade de criação da norma a partir do texto da lei, com a conseqüente valorização do contexto e das conseqüências da interpretação.

Do mesmo modo, ao exigir do tomador de decisão o conhecimento da realidade administrativa e de peculiaridades da política pública, o artigo impõe a compreensão de outras áreas do saber humano que vão além do direito, em mais uma conformidade com o pragmatismo jurídico.

Eduardo Jordão expõe o problema de fechar os olhos para outras ciências no processo de tomada de decisão:⁵⁹⁰

Esta supervalorização do direito (como técnica para o inventário de solução dos diversos problemas sociais) favorece os bacharéis em direito, na medida que os empodera. Afinal, eles

⁵⁸⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-63, jan./abr. 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496/7245>. Acesso em: 20 nov. 2021. p. 135.

⁵⁹⁰ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. p. 67.

se posicionam como oráculos, capazes de desvelar a determinação escondida e específica do ordenamento jurídico, da qual ninguém poderia se afastar licitamente. Mas ela é socialmente problemática, por afastar soluções igualmente possíveis de acordo com outra leitura razoável do direito, bem como por minimizar o input que outras expertises, não jurídicas, podem dar para a melhor aplicação das regras jurídicas.

O mesmo autor vê um paralelo do artigo 22 com o caso *Chevron* do direito norte-americano,⁵⁹¹ advogando a adoção de uma teoria semelhante no direito brasileiro.

A doutrina norte-americana faz referência a “dois passos” na análise do caso *Chevron*,⁵⁹² o que seria exatamente o procedimento sugerido no artigo 22: primeiro, o julgador verifica se a dificuldade jurídica do gestor é real ou não há espaço para dúvida interpretativa; sendo real, num segundo passo, o julgador verifica a razoabilidade da interpretação dada pela Administração.⁵⁹³

A análise da razoabilidade, nesse caso, fica evidente no parágrafo primeiro do artigo 22, que impõe ao julgador a avaliação das circunstâncias práticas a que submetido o gestor público, quando for aferir a regularidade de sua conduta, à semelhança do raciocínio prático do dia a dia defendido pelo pragmatismo.

⁵⁹¹ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

⁵⁹² Em suma, a ação judicial envolveu a interpretação dada pela Agência de Proteção Ambiental (*Environmental Protection Agency* – EPA, em inglês) sobre o que seriam “novas fontes” de poluição do ar, para as quais se exigiria autorização administrativa para implantação industrial, de acordo com alteração feita pelo Congresso norte-americano em 1977 na *Clean Air Act* (“Lei do Ar Limpo”). Antes considerada como qualquer acréscimo na planta de uma fábrica que produzisse poluição, a nova interpretação, dada em 1981, permitia que uma indústria já existente pudesse obter licença para novas instalações que não atendessem aos padrões desde que as emissões da indústria como um todo não aumentassem. A decisão da Suprema Corte dos EUA estabeleceu que, caso não esteja clara a intenção do Congresso sobre a questão (primeiro passo na análise), não cabe à Corte simplesmente impor sua interpretação da lei. Em vez disso, se a lei é silenciosa ou ambígua sobre determinado assunto, cabe à Corte analisar se a interpretação dada pela Administração é uma “construção possível” da lei (segundo passo).

⁵⁹³ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. p. 79.

Diante dessas considerações, é possível inferir que, propositadamente ou não, a alteração na LINDB feita em 2018 se valeu de características importantes do pragmatismo jurídico. Ainda que com o objetivo explícito de aprimorar a segurança jurídica na atividade do gestor público, a novidade legislativa pode ser vista como o reconhecimento de que o pragmatismo jurídico é uma realidade na atividade judicial no país, e deve guiar o intérprete e aplicador do direito brasileiro.

Capítulo 3

PRAGMATISMO AMBIENTAL

“Só podemos ser éticos em relação a algo que podemos ver, sentir, compreender, amar ou ter fé”.⁵⁹⁴

3.1 CASOS DIFÍCEIS EM MATÉRIA AMBIENTAL

3.1.1 Casos fáceis e difíceis na ótica do julgador

Previamente à análise das contribuições do pragmatismo jurídico para a tomada de decisão em casos difíceis em matéria ambiental, é essencial estabelecer quais tipos de casos se enquadram nessa categoria.

Prática e teoria da decisão judicial costumam dividir os casos submetidos ao Poder Judiciário entre casos fáceis (*easy cases*) e difíceis (*hard cases*), segundo seu grau de complexidade, na perspectiva de quem tem a tarefa de julgá-los.

Na visão tradicional, casos fáceis são aqueles mais rotineiros, cujas fontes convencionais de direito mostram-se suficientes para a atividade jurisdicional, mediante mera aplicação de raciocínio lógico-dedutivo. Casos difíceis, por outro lado, são aqueles em que a resposta não é facilmente extraída das fontes tradicionais de direito, por carregarem dilemas morais ou conflitos principiológicos, que alargam o campo discricionário do julgador.

⁵⁹⁴ No original: “*We can be ethical only in relation to something we can see, feel, understand, love, or otherwise have faith in*”. (LEOPOLD, Aldo. A Sand County Almanac. In: MINTZ, Joel A.; DERNBACH, John C.; GOLD, Steve C.; ROBBINS, Kalyani; VILLA, Clifford; WAGNER, Wendy. **A Practical Introduction to Environmental Law**. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2017, p. 7. Tradução livre).

O positivismo tradicional, na linha de H. L. A. Hart, sustenta que, para os casos fáceis, o resultado correto é obtido mediante processo de subsunção do fato à norma. Na hipótese de inexistir, para a solução do caso, leis claras preestabelecidas, o julgador enfrentaria um caso difícil, cabendo-lhe exercer certa dose de discricionariedade. Assim, nas palavras deste autor:

[...] haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu *poder discricionário* e *criar* direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito.⁵⁹⁵

Na opinião de Hart, portanto, todo direito positivo tem uma estrutura aberta (*open texture*), tendo em vista o caráter vago da linguagem do direito, a possibilidade de contradições entre as normas, a falta de uma norma na qual a decisão possa ser apoiada e a possibilidade de decidir até mesmo contra o enunciado de uma norma em casos especiais. Um caso que se enquadre no âmbito de abertura deve ser caracterizado como um caso difícil, ou "caso duvidoso", na nomenclatura dada por Robert Alexy.⁵⁹⁶ Assim, como para o positivista jurídico somente é direito a norma criada previamente pelos órgãos legislativos competentes, o juiz deve decidir no campo de abertura, ou seja, em todos os casos duvidosos, com a ajuda de critérios não jurídicos ou extrajurídicos.

⁵⁹⁵ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 335.

⁵⁹⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 83.

Neste cenário de indeterminação, correntes pós-positivistas empenharam-se em formular teorias que pudessem impor limites ao exercício da discricionariedade judicial.

Alexy, por exemplo, sustenta, baseado no “argumento dos princípios”, que o juiz também está legalmente vinculado no âmbito da abertura do direito positivo, de modo a criar uma vinculação necessária entre direito e moral.⁵⁹⁷ Como explicado em capítulo anterior, os princípios podem ser considerados como “mandamentos de otimização”, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, levando em conta as possibilidades reais e jurídicas. Isso implica que os princípios podem ser realizados em diferentes graus e que a medida exigida para sua realização depende não apenas das possibilidades factuais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas para realizar um princípio são determinadas não apenas por regras, mas também por princípios opostos, que são aplicados por meio de ponderação.⁵⁹⁸

Ronald Dworkin também critica a tese positivista de que, em casos difíceis, ou seja, quando a lei não fornece uma regra clara estabelecida previamente, o juiz deve decidir com base na discricionariedade, supondo que uma das partes tinha o direito preexistente de sair vencedor na ação. Segundo ele, essa ideia é apenas uma ficção, pois o que o juiz faz, na verdade, é criar o direito e então aplicá-lo retroativamente ao caso concreto. No entanto, na visão de Dworkin, ainda que não exista regra clara preestabelecida para resolver o caso, uma das partes tem o direito de ganhar, e continua sendo dever do juiz, mesmo em casos difíceis, descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retrospectivamente.⁵⁹⁹

Seu conceito de caso difícil, portanto, está ligado a duas circunstâncias preponderantes: a) ausência de orientação prévia e escrita ao

⁵⁹⁷ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 84.

⁵⁹⁸ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 85.

⁵⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 105. Edição Kindle.

jugador sobre como decidir o caso, o que faz com que, na prática formalista, acabe exercendo uma discricionariedade totalmente irrestrita; b) intensa carga moral envolvida, exigindo que o juiz formule e adote um princípio que forneça melhor adequação e justificativa para o direito como integridade.⁶⁰⁰

Orlando Luiz Zanon Junior acrescenta que, além da intensa carga moral envolvida, a definição de caso difícil compreende “as dificuldades decorrentes da produção probatória e da análise das possíveis consequências”, que geram impacto psicológico sobre o magistrado, assim como aspectos subjetivos do julgador, como “a capacitação técnica e a disposição física, [...] caracteres individuais que certamente se projetam no cálculo da dificuldade.”⁶⁰¹ Refere que a classificação entre casos fáceis (casos simples massificados ou padronizados) e difíceis (casos complexos típicos ou trágicos), de acordo com critérios objetivos (cargas moral, probatória e consequencial), são relevantes para auxiliar na gestão de unidades judiciais.⁶⁰²

⁶⁰⁰ MORGAN, David R. Law's Empire by Ronald Dworkin (Book Review). **Maryland Law Review**, Baltimore, vol. 47, p. 557, inverno, 1988.

⁶⁰¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Casos fáceis ou difíceis sob a perspectiva do julgador. In: Carla Pife, Francisco José R. de Oliveira neto, Maria Chiara Locchi (org.). **Direito, globalização e transnacionalidade**. Coleção Principiologia Constitucional e Política do Direito, tomo 4. Itajaí: Univali, 2018. Disponível em: <https://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 21 nov. 2022. p. 196.

⁶⁰² a) Casos simples massificados, caracterizados por encontrarem soluções uniformizadas no sistema, dependerem de análise de prova simplificada, apresentarem grande incidência numérica e serem passíveis de resolução por mera aplicação de modelos de peças judiciais (exemplo: ações de responsabilidade civil por danos morais decorrentes de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito);

b) Casos simples padronizados, caracterizados por encontrarem soluções uniformizadas no sistema, dependerem de análise de prova mais intensa, apresentarem média incidência numérica e serem passíveis de resolução por mera aplicação de modelos de peças judiciais (exemplo: ações de responsabilidade civil por acidente de trânsito);

c) Casos complexos típicos, caracterizados por não encontrarem soluções uniformizadas no sistema, apresentarem considerável carga moral, dificuldade probatória e/ou consequências problemáticas, apresentarem baixa incidência numérica e dependerem da elaboração de peças judiciais de modo artesanal; e,

d) Casos complexos trágicos, caracterizados por não encontrarem soluções uniformizadas no sistema, apresentarem considerável carga moral, dificuldade probatória e/ou consequências trágicas incontornáveis na sua integralidade, apresentarem baixíssima incidência numérica (são relativamente raros na literatura) e dependerem da elaboração de peças judiciais de modo artesanal. (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Casos fáceis ou difíceis sob a perspectiva do julgador. p. 198).

Nesse aspecto, é possível dizer que a denominada Teoria Complexa do Direito (TCD), ao descrever o fenômeno decisório como um empreendimento voltado à resolução de cada caso concreto que leva em conta o contexto, as consequências, a reconstrução dos fatos por aproximação (segundo as provas apresentadas),⁶⁰³ além de outros elementos interdisciplinares (como a subjetividade do julgador), aproxima-se dos fundamentos do pragmatismo (contextualismo, consequencialismo e antifundacionalismo).

O pragmatismo jurídico, por sua vez, acolhe a ideia de que casos difíceis são, em linhas gerais, aqueles em que o positivismo falha em oferecer uma resposta pronta e clara para o caso posto em juízo. Richard Posner, por exemplo, reconhece a existência do “legalismo”, mas seu alcance limita-se a casos de rotina (casos fáceis), de modo que muito é permitido ao juiz, embora não tudo.⁶⁰⁴ Ainda que o legalismo oriente a maioria das decisões, pois rotineiros na atividade judicante, o autor sustenta que elas são menos importantes no desenvolvimento do direito ou no impacto na sociedade.⁶⁰⁵ Assim, a discricionariedade conferida aos juízes é uma liberdade involuntária; é consequência da incapacidade do positivismo de guiar, em muitos casos, o resultado, ou de decidir de forma tolerável, assim como da dificuldade ou mesmo da impossibilidade de verificar a correção do resultado, seja por suas consequências ou por sua lógica.⁶⁰⁶

O pragmatismo, portanto, acrescenta um importante ingrediente na definição de um caso difícil: as consequências da decisão. Casos podem ser difíceis, por exemplo, porque envolvem um conflito entre direitos individuais protegidos constitucionalmente e outros interesses coletivos importantes, como direito de propriedade ou de desenvolvimento econômico *versus* proteção

⁶⁰³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Casos fáceis ou difíceis sob a perspectiva do julgador. p. 199.

⁶⁰⁴ POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010. Edição do Kindle. p. 1.

⁶⁰⁵ POSNER, Richard A. **How judges think**. p. 8.

⁶⁰⁶ POSNER, Richard A. **How judges think**. p. 9.

ambiental. A dificuldade, nesse caso, independe do fato de que o direito, em determinada situação, pareça claro, se o resultado ditado na lei soa problemático.⁶⁰⁷

Nesse aspecto, partindo-se da premissa de que, em casos difíceis, o raciocínio lógico não é suficientemente incisivo para permitir decisões objetivas, a utilidade desta classificação não se restringe ao sistema de *common law*. Também no *civil law* os casos difíceis exigem um equilíbrio entre dois interesses, de valor moral e político, dependendo, assim, de interpretação. Tais casos apresentam, em síntese:

i) Problemas de relevância, quando nos deparamos com dúvidas acerca de qual norma aplicar ao caso; ii) problemas de interpretação, quando surgem dúvidas sobre como entender uma norma ou normas aplicáveis ao caso; iii) problema de prova, quando há questionamento sobre a ocorrência ou não de determinado fato; iv) problemas de qualificação, quando um dado fato não discutido ingressa no espectro de aplicação de um conceito jurídico contido na hipótese de incidência ou consequência da norma.⁶⁰⁸

Pierre Legrand, do mesmo modo, considera que no sistema de *common law* o poder discricionário do juiz parece bastante amplo. O precedente só é vinculante se o juiz quer aplicá-lo ao caso presente. Ele decide se os fatos do caso atual se assemelham ao precedente, não operando em uma lógica dedutiva.⁶⁰⁹ Não só as decisões frequentemente parecem, em sua opinião, pragmáticas, mas também parecem arbitrárias, com uma ampla latitude interpretativa.⁶¹⁰

⁶⁰⁷ BHAGWAT, Ashutosh. Hard Cases and the (d)Evolution of Constitutional Doctrine. **Connecticut Law Review**, Hartford, Connecticut, vol. 30, p. 961, 1998.

⁶⁰⁸ ARRUDA, Thais Nunes. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 98.

⁶⁰⁹ LEGRAND, Pierre. Alterity: about rules, for example. In: Peter Birks and Arianna Pretto (eds). **Themes in Comparative Law: In Honour of Bernard Rudden**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 28.

⁶¹⁰ LEGRAND, Pierre. Alterity: about rules, for example. p. 31.

Embora diferencie esta característica do sistema de *civil law*, é perceptível que os dois sistemas têm se aproximado, uma vez que não é raro o juiz do *civil law*, principalmente de corte superior, afastar a aplicação da lei baseando-se em princípios (isto é, em valores abstratos do ordenamento), para chegar à decisão que ele, juiz, pessoalmente, considera mais justa no caso concreto.

Esta “jornada de aproximação” foi bem demonstrada por Bruno Makowiecky Salles.⁶¹¹ A principal convergência diz respeito às fontes do direito. Nos países de *common law*, notadamente nos Estados Unidos⁶¹², “constata-se o crescimento do direito legislado, dos *statutes* e regulações administrativas, [...] uma certa relativização da força obrigatória dos precedentes (*stare decisis*) [...]” Em contrapartida, nos países de *civil law* observa-se “um fenômeno inverso de perda do espaço das leis e de lentidão da produção legislativa, acompanhado da expansão do papel dos juízes e do direito jurisprudencial”, atribuindo-se efeitos vinculantes a decisões proferidas em controle de constitucionalidade, em determinados recursos com matéria repetitiva ou de repercussão mais ampla.

As características dos processos judiciais é outro importante ponto de aproximação entre os dois sistemas. A imagem do juiz como árbitro passivo e desinteressado, o controle do andamento processual e a gestão das provas pelos litigantes, o predomínio da oralidade e a concentração dos atos processuais no *common law* têm dado lugar a atos, provas e processos escritos, e a uma postura mais ativa do juiz. De outro lado, no *civil law* percebe-se um fortalecimento da participação dos litigantes na condução dos procedimentos,

⁶¹¹ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. 2019. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Univali, Itajaí/SC, 2019. p. 432.

⁶¹² Entende-se por *common law rule* o direito criado pelas cortes (juiz atuando como legislador), fonte de direito assim como leis criadas pelo legislador (denominadas *statutes*) ou pela administração (regulamentos criados por agências reguladoras, por exemplo). Precedente é uma decisão judicial a ser seguida, que pode ter aplicado uma regra derivada da *common law*, de *statute*, regulamento etc. No sistema norte-americano, caso o legislador edite uma lei regulando o que anteriormente era regulado por uma regra de *common law*, a primeira passa a valer, pois hierarquicamente superior. (ROSS, Karen M. **Essential Legal English in Context**: Understanding the Vocabulary of U.S. Law and Government. Nova York: NYU Press, 2019. Edição do Kindle. p. 152).

nas soluções consensuais e na gestão e produção das provas, como a inquirição direta de testemunhas (*cross-examination*).⁶¹³ Há, nesse ponto, uma clara tentativa de resgate da importância dos fatos no desenvolvimento da ciência jurídica, relegados a segundo plano pelo predomínio da doutrina e sua função de “decantar e purificar” a prática judicial, o que acabou gerando “excessos de artificialidade e criticáveis abismos entre teoria e prática”.⁶¹⁴

Esta percepção de ordem empírica denota a similaridade, na ótica do juiz, do que torna um caso difícil, independentemente do sistema jurídico a que pertence. Ainda que o formalismo permeie a maior parte da atividade judicante, o dever de decidir mesmo quando as fontes convencionais de direito não são claras fazem com que muitos juízes adotem estratégias pragmáticas de adjudicação.

3.1.2 Casos difíceis sob a perspectiva do pragmatismo jurídico

Como já exposto, a origem do pragmatismo jurídico remonta à segunda metade do século XIX, derivado não só dos fundamentos do pragmatismo filosófico, mas principalmente da perda da crença na infalibilidade do direito, na ideia de que a lei tem a capacidade de resolver todas as disputas, e de que um processo judicial bem instruído está destinado a alcançar a verdade.

O Juiz da Suprema Corte dos EUA, Oliver Wendell Holmes Jr., em célebre voto proferido no início do século XX, assentou:

Great cases like hard cases make bad law. For great cases are called great, not by reason of their real importance in shaping the law of the future, but because of some accident of immediate overwhelming interest which appeals to the feelings and distorts the judgment. These immediate interests exercise a kind of hydraulic pressure which makes what previously was clear seem

⁶¹³ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. 2019. p. 435.

⁶¹⁴ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. 2019. p. 412.

*doubtful, and before which even well settled principles of law will bend.*⁶¹⁵

Esta perspectiva desafia o conceito tradicional de que casos são difíceis apenas porque ausentes regras claras estabelecidas previamente para a sua solução, ou porque o resultado não é explicitamente ditado por materiais convencionais de adjudicação, mesmo que o propósito da norma, ou as consequências práticas desejadas pela lei, sejam óbvias.

Na definição de Holmes, casos são difíceis quando a aplicação do direito, ainda que evidente, leva a um resultado absurdo, não simplesmente porque faltam regras. São essencialmente casos em que a lei ou a jurisprudência parece clara e, portanto, não deixa muito espaço para interpretação, mas o resultado prescrito na norma é, no mínimo, desconfortante para o julgador.

De fato, há momentos em que um caso se torna juridicamente difícil porque a interseção de uma regra estabelecida e um resultado ruim levanta dúvidas sobre a própria regra. São casos moralmente difíceis, mesmo que aparentemente não exijam uma análise jurídica complexa.⁶¹⁶ Nessa ótica, a expressão “casos difíceis fazem leis ruins” deve ser entendida no contexto do *common law*, em que os juízes criam leis por meio de precedentes vinculantes. No contexto do *civil law*, a expressão poderia ser substituída por “leis ruins criam casos difíceis”, pois o direito pode ser claro, mas sua aplicação traz consequências ruins, tornando o caso difícil.

O contraponto feito pelo atual presidente da Suprema Corte dos EUA, *Chief Justice* John Roberts, é se cabe ao Poder Judiciário avaliar a qualidade da lei, isto é, se cabe ou não ao Judiciário proteger as pessoas das

⁶¹⁵ ““Grandes casos, assim como casos difíceis, fazem leis ruins. Pois grandes casos são chamados de grandes, não por sua real importância em moldar o direito do futuro, mas por algum acidente de interesse imediato e avassalador que apela aos sentimentos e distorce o julgamento. Esses interesses imediatos exercem uma espécie de pressão hidráulica que faz o que anteriormente era claro parecer duvidoso, e diante da qual até mesmo princípios bem estabelecidos do direito se curvam.” (*Northern Sec. Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 400-01 (1904) – Holmes Jr, em voto vencido. Tradução livre.)

⁶¹⁶ BHAGWAT, Ashutosh. *Hard Cases and the (d)Evolution of Constitutional Doctrine*. *Connecticut Law Review*, Hartford, Connecticut, vol. 30, p. 961, 1998.

consequências das escolhas políticas do legislador. Na sua opinião, os membros da Suprema Corte possuem atribuição de interpretar o direito e invalidar leis inconstitucionais, mas não a expertise ou a prerrogativa de fazer julgamentos políticos. Estas decisões são confiadas aos líderes eleitos da nação, que podem ser tirados do cargo se a população discordar deles. Não é atribuição da Corte, segundo Roberts, proteger as pessoas das consequências das escolhas políticas dos legisladores.⁶¹⁷

Posner recorda, no entanto, que as decisões judiciais são fortemente influenciadas pelas preferências políticas do juiz ou por outros fatores extrajurídicos, como características e experiências pessoais e profissionais do julgador, que podem moldar suas preferências ou atuar diretamente no modo como vê o caso.⁶¹⁸ Um juiz não chega a um ponto em um caso difícil em que diz: “A lei se esgotou e agora devo legislar um pouco”. Ele sabe que tem que decidir e que tudo o que ele decidir será considerado lei no caso concreto.⁶¹⁹ Portanto, naqueles casos em que os materiais jurídicos tradicionais para a tomada de decisão não produzem uma decisão satisfatória, os juízes são forçados a buscar em outras fontes material para sua decisão.⁶²⁰

Atualmente, as fontes do direito são múltiplas e fragmentadas, e já não se espera do juiz apenas conhecimento jurídico, mas também que seja dotado “de critérios para decidir como lidar, dentro de sua atividade diária, com diversos conjuntos de normas”, como normas de gestão e sociais, isto é, que esteja munido de “conhecimentos que vão além do direito”.⁶²¹

A tarefa de julgar torna-se, assim, mas complexa e difícil em relação ao papel tradicional do juiz da modernidade, que imaginava-se atuando

⁶¹⁷ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519, 537-38 (2012).

⁶¹⁸ POSNER, Richard A. **How judges think**. p. 8.

⁶¹⁹ POSNER, Richard A. **How judges think**. p. 84.

⁶²⁰ POSNER, Richard A. **How judges think**. p. 211.

⁶²¹ JACOBSEN, Gilson. Jurisdição e futuro: entre o inevitável e o essencial. In: **O Direito e o futuro**. Carla Piffer, Bruno Makowiecky Salles, Paulo Márcio Cruz (org). Itajaí: Ed. da Univali, 2022. p. 168.

exclusivamente sob os ditames da lei, “já que os novos tempos o tornam também uma espécie de garante não só do ordenamento jurídico, mas do próprio desenvolvimento social”.⁶²²

Nesse ponto, classificando como difíceis aqueles casos envolvendo disputa entre dois interesses legítimos de igual importância, em que a decisão deve encontrar um equilíbrio entre eles, avaliando qual deva ceder na hipótese, Posner defende que o pragmatismo é o método que melhor descreve o comportamento judicial na solução da lide. No método pragmático, determina-se o propósito da regra (quase sempre há um propósito discernível) e então se escolhe o resultado que cumprirá aquele propósito. Identificado um propósito, a regra pode ser reafirmada em termos práticos e não formalistas. A busca da finalidade transporta o juiz da superfície verbal da lei para a realidade social que a lei está tentando moldar.⁶²³

Também em defesa da visão pragmática, Daniel Farber afirma que o pragmatismo jurídico não pretende tornar fáceis os casos difíceis ou transformar em consenso disputas tormentosas. Esforça-se, no entanto, em fazer duas coisas: trazer à luz o verdadeiro cerne das disputas e resolver os litígios com base em argumentos que possam alcançar o maior consenso possível. Embora alguns o tachem de “inerentemente *ad hoc*”, na opinião de Farber, um “pragmatismo principiológico” não é uma contradição entre termos.⁶²⁴

Logicamente, o pragmatismo não se presta a responder questões jurídicas difíceis de modo simplório. As respostas do pragmatista podem ser menos elegantes, mas no final podem mais satisfatórias do que aquelas fornecidas por outra grande teoria.⁶²⁵

⁶²² JACOBSEN, Gilson. Jurisdição e futuro: entre o inevitável e o essencial. p. 168.

⁶²³ POSNER, Richard A. **How judges think**. p. 245.

⁶²⁴ FARBER, Daniel A. Legal Pragmatism and the Constitution. **Minnesota Law Review**, Minneapolis, vol. 72, p. 1331, junho, 1988.

⁶²⁵ FARBER, Daniel A. Legal Pragmatism and the Constitution. **Minnesota Law Review**, Minneapolis, vol. 72, p. 1331, junho, 1988.

De fato, sendo antifundacionalista, o pragmatismo rejeita grandes teorias que pretendem abranger todas as respostas, afirmando transformar casos difíceis em fáceis pela sua mera aplicação. Mesmo respostas aparentemente claras na legislação podem gerar, na visão pragmática, um caso difícil.

De acordo com Chester Neal Tate, são poucos os juízes que, sob condições favoráveis, optam por exercer a autocontenção quando suas próprias preferências políticas podem ser facilitadas pela promoção da judicialização contra um regime com valores políticos contrários. O ativismo judicial, segundo pesquisa deste autor, é para a maioria dos juízes um valor instrumental, que é escolhido quando os ajuda a maximizar seus valores políticos básicos e evitá-los quando não. O resultado é uma crescente globalização do poder judicial: a judicialização da política.⁶²⁶

Para Richard Posner⁶²⁷, a noção de autocontenção, historicamente um princípio orientador para juízes e acadêmicos do direito, raramente é invocada ou defendida hoje em dia. Há uma tendência crescente entre os juízes de se desviarem dessa autocontenção em favor de um ativismo judicial quando confrontados com regimes políticos que divergem significativamente de suas próprias visões. Essa tendência reflete um pragmatismo judicial, onde os juízes, em vez de aderirem estritamente à letra da lei ou à lógica dedutiva pura, consideram as consequências práticas de suas decisões e o impacto mais amplo no contexto social e político.

Os juízes, ao longo do tempo, adaptaram a ideia de autocontenção para atender às realidades práticas enfrentadas pelo sistema judiciário. Enquanto a autocontenção enfatiza a moderação e o respeito pelas decisões dos outros poderes, o pragmatismo jurídico oferece uma lente através da qual essa moderação é aplicada, assegurando que as decisões judiciais sejam não

⁶²⁶ TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: Neal Tate e Torbjörn Vallinder (eds). **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995. p. 36.

⁶²⁷ POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. **California Law Review**, vol. 100, n. 3, p. 519-556, junho, 2012.

apenas teoricamente sólidas, mas também efetivamente viáveis e benéficas para a sociedade. Na visão de Posner, o pragmatismo jurídico, se bem compreendido, se revela plausível para advogados e professores de direito. Juízes, porém, embora o compreendam mais rapidamente, relutam em aceitar tal "heresia".⁶²⁸

Em outras palavras, observa-se que a maioria dos juízes inclina-se ao ativismo judicial, particularmente quando há um desacordo profundo com as políticas vigentes. Este padrão reforça a ideia de que os juízes frequentemente seguem uma abordagem pragmática em sua tomada de decisões, priorizando as implicações práticas e o impacto mais amplo dessas decisões, em vez de se limitarem unicamente à lógica dedutiva

Tal visão instrumental do direito é criticada por Brian Tamanaha, que argumenta que não há como identificar um padrão de quando os juízes devem se ater às regras postas ou se afastar delas para alcançar os fins almejados pela lei. Os interesses inevitavelmente entram em conflito; pessoas e grupos têm valores fundamentalmente conflitantes, e não há padrões absolutos para resolver tais disputas. Além disso, quando se trata da tarefa de julgar, a ideia de que os juízes devem se esforçar para alcançar propósitos legislativos e políticas sociais pode acarretar um conflito direto com o Estado de Direito. Por mais sensato que possa parecer pedir aos juízes que prestem atenção às consequências da decisão, na opinião desse autor, tal abordagem inevitavelmente diminui a qualidade do sistema jurídico.⁶²⁹

Zanon Junior também é severo crítico da tendência teórica "de que os magistrados devem assumir as rédeas da condução estatal, examinando a conveniência e a pertinência das políticas públicas", mesmo que isso implique em ignorar a legislação vigente e sobrepor-se aos legisladores e administradores públicos. Frequentemente, essa abordagem é justificada pela necessidade de se

⁶²⁸ POSNER, Richard A. *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, p. 540.

⁶²⁹ TAMANAHA, Brian Z. *How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law*. **DePaul Law Review**, Chicago, vol. 56, p. 469, inverno, 2007.

promover valores sociais. Contudo, tal prática, conhecida como ativismo judicial ou decisionismo, representa, na visão do autor, “um retrocesso ao paradigma jusnaturalista, na medida em que faz preponderar ponderações axiológicas dos juízes em detrimento das demais estruturas estatais”, rompendo com o equilíbrio democrático essencial dos sistemas constitucionais contemporâneos.⁶³⁰

Apesar disso, Tamanaha reconhece que uma grande proporção dos juízes atua de forma pragmática, no sentido cotidiano do termo. Com base em estudo realizado com juízes norte-americanos, conclui que tem aumentado o número de juízes que decidem “visando resultados justos e políticas sólidas”, não se considerando um mero repetidor de leis. Atualmente, as decisões judiciais citam com frequência considerações de ordem política, levam em conta os propósitos da lei e prestam atenção às consequências sociais da decisão. Não se trata, para ele, de tomada de decisão de acordo ou não com a lei, que é o que se exige de quem está vinculado a uma regra, mas de tomada de decisão de acordo com o senso do juiz sobre o que é certo, considerando todas as circunstâncias.⁶³¹

Percebe-se, pois, que mesmo os críticos do pragmatismo judicial o consideram uma realidade nos tribunais, o que leva à necessidade de avaliar quais as suas contribuições para a solução de casos difíceis.

3.1.3 Contribuições do pragmatismo jurídico para a solução de casos difíceis

No livro “The Judge in a Democracy”, Aharon Barak se propõe a examinar qual o papel do juiz em uma democracia e se existem critérios claros para avaliar como o trabalho judicial é realizado, isto é, se um juiz pode ser considerado um bom juiz. Sua conclusão é que a função do juiz é julgar o caso que lhe é apresentado e, para isso, deve decidir a lei segundo a qual a disputa será decidida. Ao fazer essa determinação, o juiz geralmente atua como a “boca

⁶³⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 146.

⁶³¹ TAMANAHA, Brian Z. How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law. **DePaul Law Review**, Chicago, vol. 56, p. 469, inverno, 2007.

do legislador”, repetindo a linguagem da lei, em vez de criar uma nova norma, e isto é tido como um “caso fácil”. Em algumas situações, porém, determinar o direito requer a criação de lei; estes são considerados “casos difíceis”. Isso acontece não só nos sistemas de *common law*, mas também quando é necessário interpretar um texto criado por outros, como constituintes, legisladores, ou partes de um contrato. Nessas situações, pode não haver lei estabelecida previamente, ou o direito contém algum grau de incerteza. Também nestes casos, o juiz faz nova lei.⁶³²

Ao criar o direito, o juiz deve buscar, na opinião de Barak, a realização de dois objetivos centrais: estabelecer uma ponte entre a realidade social e o direito, adaptando o direito às necessidades de mudança da vida; e proteger a Constituição e seus valores. Ao trabalhar na direção destes dois propósitos, o juiz deve se comportar objetivamente, mantendo-se sensível ao consenso social, na medida em que ele exista. O juiz deve manter a confiança do público em seu senso de justiça.⁶³³

Um bom juiz tem consciência de seu papel e utiliza os materiais de que dispõe para realizá-lo. Na sua ausência, analisa se é possível criar meios para ajudar a realizar a função judicial. Em alguns assuntos ele será ativista, em outros, autocontido. Mas o bom juiz é sempre limitado pelo texto segundo o qual julga o caso. O juiz não pode dar ao texto um significado que sua linguagem não possa comportar. No entanto, o texto não é o fim de tudo. Todo texto opera em um contexto, que deve ser entendido para entender o texto. O bom juiz reconhece a existência do texto legal e o vê como ponto de partida, mas não como ponto de chegada. Bons juízes levantam os olhos e veem o sistema jurídico em todas as suas nuances, valores e fundamentos. O bom juiz situa o significado do texto dentro deste contexto geral.⁶³⁴

⁶³² BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton, 2006. p. 306.

⁶³³ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**, p. 307.

⁶³⁴ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**, p. 308.

O bom juiz também não é uma pessoa de extremos. Seu mundo não é dividido em preto e branco. Bons juízes sabem equilibrar os extremos e entendem que, mesmo que a lei esteja em toda parte, o direito não é tudo. Estão cientes de que o direito não é uma estrutura fechada que vive dentro de si. Sem sociedade, o direito não tem valor, e os valores sociais nutrem o direito, afinal o direito está inseparavelmente ligado aos valores e princípios da sociedade. É verdade que os juízes não criam esses valores e princípios, mas ajudam a introduzi-los no direito e a removê-los do sistema. No campo jurídico, os valores conflitantes devem ser equilibrados.⁶³⁵

Nesta sábia compreensão do trabalho judicial, Aharon Barak, ex-presidente da Suprema Corte de Israel, capta características essenciais de um juiz pragmático, cuja filosofia de trabalho contribui significativamente para a solução de casos difíceis.

Em primeiro lugar, é certo que a figura do juiz tradicional, que se utilizava apenas do material jurídico para a adjudicação de casos difíceis, está historicamente superada. Assim, “melhor que encobrir a circunstância de que o juiz leva inúmeros fatores extrajurídicos em conta é fazer exatamente o contrário, é explicitar quais são os fatores extrajurídicos que estão sendo levados em conta”.⁶³⁶ Esta transparência e franqueza é uma das virtudes do pragmatismo, que traz à luz a prática da rotina judiciária.

Além disso, o bom juiz, ao fazer a ponte entre o direito e a realidade social e situar o texto legal dentro deste cenário (afinal, o “direito não é tudo”), mostra-se atento ao contexto dos fatos. Também, ao buscar a realização de valores almejados pela sociedade e a adaptação do direito às mudanças sociais, o juiz deve estar atento às consequências de sua decisão.

⁶³⁵ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**, p. 309.

⁶³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Casos Difíceis e a Criação Judicial do Direito. In: **Seminário Teoria da Decisão Judicial**. Brasília: CJP, 2014. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/seminario-teoria-da-decisao-judicial> . Acesso em: 23 nov. 2022. p. 27.

Posner ressalta, nesse aspecto, que o pragmatismo puro é irrealista. Reconhece que os juízes não são formuladores de políticas públicas que busquem qualquer decisão que satisfaça sua visão de bom senso e bons resultados. O modelo adequado de atividade judicial, segundo ele, é o de juízes “pragmatistas contidos”, que estão “encaixotados” por normas que exigem imparcialidade, consciência da importância da previsibilidade do direito, e respeito pela integridade dos textos legais.⁶³⁷ O formalismo é, assim, apenas uma estratégia que os juízes pragmáticos usam para perseguir, de forma mais eficaz, os objetivos da lei.

Posner explica que o pragmatismo puro sem legalismo seria míope, porque ignoraria certas consequências sistêmicas, como consistência e previsibilidade. Argumenta que qualquer sistema jurídico precisa de estabilidade, e que esse requisito prático por si só explica por que os juízes devem seguir textos legais e precedentes vinculantes.⁶³⁸ Aponta, contudo, com exemplos, que a mera repetição de jurisprudência, como defende o formalismo, não é o bastante. Muitas vezes, quando se busca o precedente original, percebe-se que nada tem a ver com o caso em exame, ou que aquele fez uma análise apenas superficial da questão. Assim, embora a adjudicação pragmática nem sempre produza informações suficientes para permitir uma decisão que produza um *optimum* social, frequentemente gera uma aproximação suficiente para os propósitos da lei.⁶³⁹

Para Walter Murphy, os juízes fazem escolhas estratégicas para atingir certos objetivos em suas decisões, com o objetivo político ocupando lugar de predominância. Agem estrategicamente no sentido de que suas escolhas dependem de suas expectativas sobre as escolhas de seus colegas e outros atores relevantes, dentro do contexto institucional onde ocorrem. De modo pragmático, os juízes “não podem esperar estabelecer uma política duradoura a

⁶³⁷ POSNER, Richard A. **How judges think**. p. 13.

⁶³⁸ GREEN, Craig. What Does Richard Posner Know About How Judges Think? **California Law Review**, Berkeley, California, vol. 98, p. 625, abril, 2010.

⁶³⁹ POSNER, Richard A. **How judges think**. p. 241.

menos que estejam atentos às preferências e prováveis ações dos atores que poderão ficar no seu caminho, incluindo colegas, políticos e o público.”⁶⁴⁰

Murphy destaca que é essencial para os juízes entenderem o impacto significativo de suas decisões nas políticas públicas e a capacidade do judiciário de influenciar essas políticas. Um único juiz, especialmente na Suprema Corte, pode moldar, por meio do poder discricionário inerente ao seu cargo, o rumo de políticas públicas específicas.⁶⁴¹ Os apelos por autocontenção são muito mais comuns entre os juízes quando percebem que suas preferências políticas podem se sair melhor em outros ambientes governamentais, evitando assim prejudicar a integridade do poder judiciário.⁶⁴²

Nessa linha, Aharon Barak destaca outro elemento relevante do bom juiz, que é considerado um ingrediente importante da atividade judicial dentro da perspectiva do pragmatismo: a intuição. De acordo com Barak, é recomendado que os juízes desenvolvam sua filosofia jurídica, pois isso representa a ferramenta mais prática para garantir que a intuição seja submetida a um processo de racionalização. Embora enfatize que a intuição não deve ser a única base para a atuação do juiz, sua ausência torna desafiador o processo decisório.⁶⁴³

Intuição, vale dizer, na forma entendida pelo pragmatismo, difere de arbitrariedade. Duas condições pragmáticas, baseadas na teoria de William James, ajudam a disciplinar o “palpite judicial”. Primeiro, exige-se que os juízes baseiem suas decisões em um senso subjetivo de certeza ou em um sentimento de racionalidade. Segundo, devem testá-las pragmaticamente por meio de suas consequências.⁶⁴⁴

⁶⁴⁰ MURPHY, Walter F. **Como os juízes decidem? Elementos de estratégia judicial**. Londrina: Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2022, p. 15.

⁶⁴¹ MURPHY, Walter F. **Como os juízes decidem? Elementos de estratégia judicial**. p. 33.

⁶⁴² MURPHY, Walter F. **Como os juízes decidem? Elementos de estratégia judicial**, p. 37.

⁶⁴³ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**, p. 308.

⁶⁴⁴ MODAK-TRURAN, Mark C. A Pragmatic Justification of the Judicial Hunch, **University of Richmond Law Review**, Richmond, vol. 35, p. 55, março, 2001.

Dada essa justificação epistemológica, os juízes estariam autorizados a adotar o método pragmático para enfrentar a complexidade factual e jurídica da atualidade. Julgar não é uma mera questão de lógica dedutiva ou estrito raciocínio técnico. Em vez disso, a melhor maneira de se alcançar um resultado justo é considerar todos os fatos relevantes e textos legais e contar com uma iminente conexão entre a controvérsia e a decisão. Em outras palavras, os juízes devem expor suas mentes à total complexidade do caso e usar sua intuição para chegar às decisões corretas. Desde que os juízes respeitem as condições pragmáticas que disciplinam os palpites, esse método de tomada de decisão tem o potencial de melhorar a administração da justiça, apesar do imenso volume de trabalho e da indeterminação do direito.⁶⁴⁵

Suzanna Sherry analisou casos reais julgados pela Suprema Corte dos EUA que demonstram como o pragmatismo pode ser útil na solução de casos difíceis. A pesquisadora verificou que, em cada tema analisado, considerações de ordem pragmática, em vez de grandes princípios, determinaram a decisão final, gerando certa imprevisibilidade, porém um resultado, em sua opinião, justo.⁶⁴⁶

Em assuntos concernentes a restrição à pornografia, por exemplo, a autora observou que o pragmatismo se mostrou uma resposta apropriada para aqueles que veem a questão como uma acomodação tanto dos direitos dos adultos quanto das necessidades das crianças. Os mais puritanos tendem a adotar uma abordagem menos flexível, considerando a pornografia como elemento de pequeno valor e, portanto, com direito a proteção mínima, ou a adotar uma abordagem superficial, dizendo prestar atenção ao contexto, mas, na verdade, apenas arranhando a superfície a fim de alcançar uma conclusão “confortável”. Mesmo os pragmatistas, reconhecendo a tendência americana ao

⁶⁴⁵ MODAK-TRURAN, Mark C. A Pragmatic Justification of the Judicial Hunch, **University of Richmond Law Review**, Richmond, vol. 35, p. 55, março, 2001.

⁶⁴⁶ SHERRY, Suzanna. Hard cases make good judges. **Northwestern University Law Review**, Chicago, vol. 99, p. 3, outono, 2004.

puritanismo, podem se inclinar a uma abordagem restritiva.⁶⁴⁷ Ou seja, embora divergindo sobre a lei aplicável, acabam por chegar ao mesmo resultado, pois há um princípio subjacente. Puro pragmatismo.

Outros casos de liberdade de expressão, segundo Sherry, fornecem exemplos dos benefícios de uma abordagem mais sutil e pragmatista no contexto de uma jurisprudência madura. Níveis rígidos de análise não são suficientemente flexíveis para acomodar tanto os objetivos legítimos do legislador quanto a necessidade de proteção contra tentativas ilícitas de mera censura de ideias impopulares. Inevitavelmente, os juízes discordarão em casos difíceis. Mas esse desacordo é menos sujeito a gerar precedentes ruins quando se trata de divergências sobre aspectos práticos em vez de princípios. Como os casos de pornografia ilustram, uma atenção cuidadosa ao contexto também força os juízes a enfrentar questões difíceis, superando seus próprios preconceitos, em vez de escondê-los por meio de análises superficiais e chavões inúteis.⁶⁴⁸

Aos olhos do pragmatismo, portanto, o julgador tem que ser demandado a analisar questões práticas da decisão, não só princípios abstratos, e nisso pode estar a grande contribuição do pragmatismo jurídico na solução de casos difíceis.

3.1.4 Casos difíceis em matéria ambiental

Considerando o conceito de caso difícil exposto nos itens antecedentes, é possível dizer que existem casos fáceis em matéria ambiental? Dito de outra forma, mesmo quando a lei é clara e permite, por meio de raciocínio lógico-dedutivo, obter fundamentos puramente objetivos para decisões judiciais, é possível que uma disputa envolvendo interesses conflitantes, de igual envergadura, seja classificada como um caso fácil?

⁶⁴⁷ SHERRY, Suzanna. Hard cases make good judges. **Northwestern University Law Review**, Chicago, vol. 99, p. 3, outono, 2004.

⁶⁴⁸ SHERRY, Suzanna. Hard cases make good judges. **Northwestern University Law Review**, Chicago, vol. 99, p. 3, outono, 2004.

Para Frederick Schauer⁶⁴⁹, casos fáceis talvez sejam como unicórnios: possíveis de definir e descrever, porém não encontrados no mundo real. A linguagem é significativamente importante na produção de um caso fácil, se fala com voz suficientemente clara, criando um consenso sobre a interpretação da norma, mas é insuficiente para gerar um caso fácil, já que vários outros fenômenos jurídicos, culturais e históricos podem interferir nesta definição.

Recorde-se que, na visão pragmatista aqui defendida, um caso é difícil não apenas porque faltam regras claras a respeito da norma a ser aplicada, mas também (e principalmente) porque, ainda que elas existam, sua aplicação pura e simples, pelo método de subsunção, leva a resultados socialmente descontextualizados ou a consequências inaceitáveis.

Situações envolvendo proteção ambiental são pródigas em problemas de prova e de relevância, principalmente quando conflitam com direitos individuais consagrados, ou põem em choque valores igualmente protegidos pela Constituição, como proteção do meio ambiente *versus* desenvolvimento socioeconômico. Também questões de natureza transnacional tendem a se encaixar na definição de casos difíceis, demandando que o diálogo judicial transnacional, baseado no conhecimento empírico adquirido pelas cortes locais, aponte para uma troca de informações sobre o que acontece na prática, não só em teoria, e sobre as consequências de determinada decisão.

Luís Roberto Barroso alerta que casos difíceis surgem muitas vezes por força da ambiguidade da linguagem; “um problema na vida em geral, e no Direito em particular”.⁶⁵⁰ Porém, há uma origem mais complexa de casos

⁶⁴⁹ SCHAUER, Frederick. Easy cases. **Southern California Law Review**, Los Angeles, vol. 58, p. 399, Janeiro, 1985.

⁶⁵⁰ Sobre o problema da linguagem, Barroso conta a seguinte anedota: “[...] tinha uma barbearia e, em uma ocasião, colocaram uma tabuleta de publicidade, cedendo aos tempos modernos, que dizia: ‘Corto cabelo e pinto’. E aí a freguesia, pelas dúvidas, não frequentava o estabelecimento até que uma alma caridosa, um literato da cidade, orientou o seu Pedro, o barbeiro, e a tabuleta passou a dizer: ‘Corto e pinto cabelo’; ele viu renascer a clientela e a vida voltou a ficar normal.” (BARROSO, Luís Roberto. Casos Difíceis e a Criação Judicial do Direito. p. 22).

difíceis: “a existência na sociedade de desacordos morais razoáveis. Pessoas esclarecidas e bem-intencionadas pensam muitas vezes de maneira radicalmente diferente acerca das mesmas questões.”⁶⁵¹

Exemplifica com um caso relacionado ao meio ambiente:

Quem acompanhou o debate que existe sobre a construção de duas usinas hidrelétricas na Amazônia, acompanhou um debate sobre duas normas constitucionais: uma que diz que o desenvolvimento nacional em geral e o desenvolvimento regional são fins da República Brasileira, o que envolve aumentar a matriz energética, e o que diz que a proteção do meio ambiente e, conseqüentemente, das comunidades que vivem ali às margens daquelas regiões que seriam alagadas, também são protegidas constitucionalmente. De novo, uma situação de colisão de direitos fundamentais, em que não há uma solução pré-pronta.⁶⁵²

Marcio Santoro Rocha adverte sobre a necessidade de uma busca por soluções dialógicas nos conflitos socioambientais, por envolverem grandes contingentes populacionais e numerosos atores sociais. Assevera que, dentre os princípios fundamentais ambientais, “o mais fundamental, não por uma relação de hierarquia, que inexistente entre princípios, mas pela importância no que concerne ao próprio significado e razão de ser do Direito Ambiental”, é o princípio do desenvolvimento sustentável. Explica que não devem ser estabelecidas prevalências em abstrato quanto ao crescimento econômico, de um lado, ou de uma “visão de moralidade ecologista pura ou de decrescimento material”, no extremo oposto.⁶⁵³ Defende que “a defesa do meio ambiente deve ser feita em conjunto com os demais princípios constitucionais”, como a “dignidade da

⁶⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Casos Difíceis e a Criação Judicial do Direito. p. 22.

⁶⁵² BARROSO, Luís Roberto. Casos Difíceis e a Criação Judicial do Direito. p. 23.

⁶⁵³ ROCHA, Márcio Santoro. Conflitos socioambientais: notas para a construção de uma teoria da decisão judicial. *Jota*, 06 ago. 2020, p. 2. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/ajufe/conflitos-socioambientais-notas-para-a-construcao-de-uma-teoria-da-decisao-judicial-06082020>. Acesso em: 22 nov. 2022.

pessoa humana, a erradicação da pobreza e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”⁶⁵⁴

O autor propõe a adoção de uma teoria da decisão baseada em princípios, na linha de Dworkin, a fim de manter a integridade do sistema jurídico, em que o princípio mais importante, e, portanto, o norte do julgador, é o princípio do desenvolvimento sustentável. Privilegiam-se, assim, soluções que permitam a convivência harmônica do homem com o meio ambiente.

A ponderação de princípios, entretanto, na prática judiciária, não tem se mostrado suficiente para a solução deste tipo de questão, pois incapaz de limitar a discricionariedade do julgador, que acaba por escolher, de acordo com suas preferências pessoais, o princípio que deve sobressair no caso concreto.

Além disso, embora desafiadora, a dificuldade de prever com precisão as consequências futuras das decisões não atormenta o pragmatista. A tomada de decisão baseada em tendências e informações disponíveis envolve incertezas inerentes. O pragmatismo jurídico valoriza a análise de consequências, ainda que sofra críticas por sua suposta imprevisibilidade e subjetividade.

Sobre o tema, Scott Shapiro propõe uma "teoria do planejamento" como uma forma de abordar o "problema da possibilidade", argumentando que a tomada de decisão deve considerar não apenas normas e princípios, mas também os objetivos sociais visados pela lei. Esta abordagem reconhece que a previsão das consequências futuras é inerentemente incerta, exigindo flexibilidade e adaptabilidade. Shapiro argumenta que, apesar da incerteza, o planejamento legal e a consideração cuidadosa dos objetivos sociais podem

⁶⁵⁴ ROCHA, Márcio Santoro. Conflitos socioambientais: notas para a construção de uma teoria da decisão judicial. **Jota**, 06 ago. 2020, p. 5.

orientar decisões judiciais de forma mais efetiva, balanceando a necessidade de clareza legal com a flexibilidade e a adaptação às circunstâncias em mudança.⁶⁵⁵

Shapiro, embora não se identifique como pós-positivista, desenvolveu uma teoria que se alinha, pelo menos nesse ponto, com a corrente pragmatista aqui defendida. Ao abordar o direito como um plano, reconhece que qualquer sistema de planejamento precisa lidar com a incerteza e a imprevisibilidade do futuro. As decisões judiciais são tomadas com base em tendências e informações disponíveis no momento, mas sempre existe uma margem de incerteza quanto aos resultados futuros dessas decisões. A ideia é que a lei, como um plano, deve ser orientada para alcançar certos objetivos sociais. Isso implica que os juízes, ao tomar decisões, devem considerar não apenas as normas e princípios legais, mas também como essas decisões contribuirão para a realização dos objetivos planejados pelo ordenamento.

A teoria proposta por Shapiro oferece, assim, uma resposta às críticas contundentes direcionadas ao pragmatismo sobre como antever as consequências das decisões. Sob a perspectiva de que o direito consiste em planejamento, não se exige que o julgador preveja todas as possíveis consequências, nem que as delineie com precisão. Basta que as possíveis consequências da decisão estejam em consonância com os planos estabelecidos no ordenamento jurídico.

É o que se conclui do seu pensamento:

Formalism, therefore, is not only impossible - it is undesirable. Complete determinacy can only be had through the reckless settling of doubts and disagreements. Planning agents, we have seen, ought to proceed in a more cautious and thoughtful manner. Since human beings are not omniscient and lack the ability to think through the consequences of every one of their options, it would be foolish to decide up front how to act under all circumstances. Rational planning typically proceeds in a more incremental fashion, by initially settling the ends and basic

⁶⁵⁵ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011. Edição do Kindle. Posição 2681.

*strategies to be pursued, and then filling in the details over time as the future becomes comes clearer and more concrete.*⁶⁵⁶

Para Shapiro, portanto, a racionalidade exige um detalhamento dos planos, mas não necessariamente a resolução de todas as questões simultaneamente (*"What makes the law 'the law' is that it has a moral aim, not that it satisfies that aim"*⁶⁵⁷). A aplicação desta lógica ao direito ambiental sugere a importância de deixar certos aspectos dos planos abertos até que mais informações estejam disponíveis, proporcionando a flexibilidade necessária para se adaptar às mudanças ambientais e às novas informações.

Além do mais, a dificuldade relacionada às consequências da decisão em tema ambiental não se limita à fase inicial do processo, mas desborda muitas vezes para o efetivo cumprimento do que foi decidido. Neste aspecto, a capacidade de uma corte de obrigar os litigantes a cumprir a decisão decorre de sua habilidade em saber usar o poder coercitivo do Estado, ou seja, de sua aptidão em obter aceitação e apoio da comunidade de modo a tornar a força desnecessária. Tal legitimidade, mais suscetível à percepção subjetiva do que à mensuração objetiva, inclui não só inequívoca imparcialidade, oportunidade de contraditório, tomada de decisão fundamentada e consistente ao longo do tempo, mas também uma visão pragmática do papel atribuído ao Poder Judiciário e o respeito às instituições políticas em todos os níveis.⁶⁵⁸

Desse modo, uma teoria da decisão baseada no pragmatismo jurídico, ainda que com uma linha de base ambiental, tende a ser mais factível,

⁶⁵⁶ "Portanto, o formalismo não é apenas impossível - é indesejável. A determinação completa só pode ser alcançada por meio da resolução imprudente de dúvidas e desacordos. Os agentes responsáveis pelo planejamento, como vimos, devem proceder de maneira mais cautelosa e ponderada. Já que os seres humanos não são oniscientes e carecem da capacidade de pensar nas consequências de cada uma de suas opções, seria tolo decidir antecipadamente como agir em todas as circunstâncias. O planejamento racional geralmente se desenvolve de forma progressiva, estabelecendo inicialmente os objetivos e estratégias básicas a serem seguidas e, posteriormente, detalhando os planos à medida que o futuro se torna mais claro e concreto." (SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Posição 3554. Tradução livre).

⁶⁵⁷ "O que faz o direito ser 'o direito' é que ele possui um objetivo moral, não que ele satisfaça esse objetivo." (SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Posição 2958. Tradução livre).

⁶⁵⁸ HELFER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication. **Yale Law Journal**, vol. 107, p. 273, novembro, 1997.

por levar em conta o contexto e as consequências, assim como o que funciona na prática, conforme a experiência adquirida pelo julgador, e não apenas em teoria. O juiz pragmático não estabelece preferência prévia sobre um ou outro desfecho, por não vislumbrar um caso fácil onde o contexto o revela difícil.

Entre as ferramentas disponíveis para o julgador na avaliação do contexto e das consequências da decisão, destaca-se a análise econômica, cuja importância já foi enfatizada anteriormente. Esta abordagem sublinha a necessidade de uma perspectiva multidisciplinar na tomada de decisões ambientais qualificadas, especialmente na aplicação de tais métodos a temas ambientais específicos.

3.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AMBIENTAL

Proteção ambiental e progresso econômico não são objetivos necessariamente conflitantes. Para criar medidas eficazes de proteção do meio ambiente, é necessário considerar a perspectiva econômica na evolução e análise do direito ambiental. Deve-se constantemente fertilizar o diálogo frutífero entre direito e economia, desafiando a visão de que os valores ecológicos e econômicos são naturalmente excludentes.

A crescente preocupação com os problemas ambientais decorrentes de novas tecnologias tem exigido uma reflexão do sistema jurídico para lidar com questões como poluição do ar, poluição da água, poluição sonora, esgotamento dos recursos naturais e perda de qualidade de vida. Essas mudanças tecnológicas têm desempenhado um papel importante na progressiva integração entre o direito e a economia nas últimas décadas.⁶⁵⁹

Nesse aspecto, a ideia de ambientalismo baseado na economia (*economics-based environmentalism*) envolve a busca de melhorias ambientais a partir de uma abordagem que difere da abordagem tradicional de intervenção estatal. Abordagens econômicas têm vantagens comparativas sobre abordagens

⁶⁵⁹ ROONEY, Robert F. Environmental economics. **UCLA Journal of Environmental Law & Policy**, Regents of the University of California, vol. 1, p. 47, outono, 1980.

puramente intervencionistas, pois são mais dinâmicas e flexíveis. A complexidade das questões ambientais atuais demanda uma abordagem adaptável, e a economia deve desempenhar um papel de destaque nessa discussão, embora a resistência à mudança de paradigma seja comum em sistemas regulatórios tradicionais.⁶⁶⁰

Em resposta a essa realidade, o direito tem demonstrado um interesse cada vez maior em conceitos como externalidades, bens públicos, falhas de mercado e tomada de decisões coletivas no contexto do direito ambiental. Assume-se, no entanto, que a adoção cega da eficiência econômica como única base para tomada de decisão em questões ambientais pode ser irracional. Uma abordagem holística permite uma compreensão mais aprofundada das complexidades ambientais e busca equilibrar considerações econômicas e ambientais na busca de soluções legais e políticas sustentáveis.

Nesse contexto, os conceitos da AED podem ser úteis para a compreensão da realidade social e, conseqüentemente, para o aprimoramento da tomada de decisão em matéria ambiental.

No quesito eficiência, tomadores de decisão na esfera ambiental raramente têm oportunidade de solucionar uma questão de forma a melhorar a situação de um indivíduo sem piorar a situação de outro, tornando limitada a aplicação da eficiência de Pareto⁶⁶¹. A maioria dos casos envolve situações em que melhorar a situação de uma pessoa envolve a piora da situação de outra, e não existe uma maneira prática ou de baixo custo de fazer com que os "vencedores" compensem os "perdedores".⁶⁶² Por exemplo, uma norma restritiva pode gerar uma melhora no nível de bem-estar de várias pessoas, mas dificilmente não piora o nível de bem-estar de outra pessoa, com as restrições

⁶⁶⁰ KOCHAN, Donald J. Economics-based environmentalism in the fourth generation of environmental law. **Journal of Environmental and Sustainability Law**, University of Missouri School of Law, vol. 21, p. 47, outono, 2015.

⁶⁶¹ Sobre a fórmula de Pareto, item 2.4.1.1.

⁶⁶² ROONEY, Robert F. Environmental economics. **UCLA Journal of Environmental Law & Policy**, Regents of the University of California, vol. 1, p. 47, outono, 1980.

implantadas. Ainda que tencione a melhora da qualidade ambiental, para o particular que sofre a restrição (por exemplo, está proibido de construir em sua propriedade ou realizar determinada atividade), a situação acaba ficando pior do que antes.

A abordagem predominante da análise econômica do direito ambiental (AEDA) é baseada na eficiência de Kaldor-Hicks, em que um resultado é considerado mais eficiente se aqueles em melhor situação puderem teoricamente compensar aqueles em pior situação. Portanto, um resultado mais eficiente pode deixar algumas pessoas em situação pior, mas, enquanto houver a possibilidade de compensação, um resultado eficiente pode ser alcançado.⁶⁶³

A AEDA parte da premissa de que as pessoas são racionais e escolherão a alternativa que maximize seu bem-estar, mas, quando se trata de externalidades ou bens públicos, a tomada de decisão pode ser ambígua em relação às vantagens e desvantagens das atividades em questão. Os problemas ambientais mais comuns envolvem situações em que as ações de uma pessoa afetam positiva ou negativamente o bem-estar de outras pessoas, sem que ocorra uma transação de mercado para compensar as perdas ou ganhos em bem-estar.⁶⁶⁴ Portanto, a lei deve incentivar a internalização dos danos causados pelo uso da propriedade. O enfoque econômico para o ambientalismo é viável quando existem sistemas de direitos de propriedade claramente definidos e aplicáveis.⁶⁶⁵

Com efeito, na perspectiva da AEDA, a alocação clara dos direitos de propriedade e sua negociação no mercado aberto podem ser uma solução

⁶⁶³ MAMLYUC, Boris N. Analyzing the polluter pays principle through law and economics. **Southeastern Environmental Law Journal**, University of South Carolina School of Law, vol. 18, p. 39, outono, 2009.

⁶⁶⁴ ROONEY, Robert F. Environmental economics. **UCLA Journal of Environmental Law & Policy**, Regents of the University of California, vol. 1, p. 47, outono, 1980.

⁶⁶⁵ KOCHAN, Donald J. Economics-based environmentalism in the fourth generation of environmental law. **Journal of Environmental and Sustainability Law**, University of Missouri School of Law, vol. 21, p. 47, outono, 2015.

para as externalidades negativas.⁶⁶⁶ A existência de direitos de propriedade seguros e claros pode de fato facilitar o investimento na conservação do meio ambiente. Um sistema de controle de poluição baseado em princípios econômicos é viável quando os direitos de propriedade podem ser claramente identificados e as responsabilidades por danos podem ser impostas. Os proprietários têm incentivos para preservar o valor desses direitos, o que inclui a manutenção do caráter ambiental do recurso e a reação jurídica adequada contra aqueles que causam prejuízos.⁶⁶⁷

Por outro lado, devido às dificuldades quase insuperáveis de determinar o valor dos bens públicos para as diversas partes envolvidas, são significativas as chances de falha do governo em matéria ambiental, que ocorre quando os custos das ações do Poder Público ou das medidas judiciais são maiores do que os benefícios obtidos para reduzir as falhas de mercado. Nesse aspecto, a AEDA pode ser utilizada para avaliar se a afirmação de algum nível de controle governamental sobre o uso de bens públicos é eficiente em termos de maximização da riqueza.⁶⁶⁸

Por exemplo, a análise econômica pode ser usada para determinar se, em um caso específico, seria mais eficiente reduzir a poluição do ar taxando a quantidade de dióxido de enxofre emitido por hora ou regulamentando o uso de combustíveis que contenham compostos de enxofre. A abordagem utilizada pelos economistas é estimar os benefícios e custos totais de diferentes tipos e níveis de controle governamental, identificando a espécie e o nível de controle

⁶⁶⁶ MAMLYUC, Boris N. Analyzing the polluter pays principle through law and economics. **Southeastern Environmental Law Journal**, University of South Carolina School of Law, vol. 18, p. 39, outono, 2009.

⁶⁶⁷ KOCHAN, Donald J. Economics-based environmentalism in the fourth generation of environmental law. **Journal of Environmental and Sustainability Law**, University of Missouri School of Law, vol. 21, p. 47, outono, 2015.

⁶⁶⁸ As formas de controle governamental podem incluir restrições aos direitos de propriedade por meio de dispositivos como códigos de zoneamento e licenças para construção; regulação do uso da propriedade por meio de padrões de emissão de poluentes e ruídos; e a imposição de tributos aos usuários de bens públicos ou a cobrança de ingressos. (ROONEY, Robert F. Environmental economics. **UCLA Journal of Environmental Law & Policy**, Regents of the University of California, vol. 1, p. 47, outono, 1980)

que produz os maiores benefícios em relação aos custos, ou seja, o mais eficiente.⁶⁶⁹

Para Donald Kochan, contudo, nem sempre a mera existência de externalidades é prova de uma falha de mercado, e, portanto, justifica a intervenção governamental. Deve haver, segundo o autor, uma maneira de exigir que os reguladores apresentem um padrão verificável em relação à necessidade de abordagens intervencionistas, aptas a justificar as escolhas de ação regulatória.⁶⁷⁰

Em outros termos, transferir somente ao Poder Público a responsabilidade pela proteção ambiental por meio de normas regulatórias pode se mostrar, aos olhos da AEDA, uma medida ineficiente, ante problemas de fiscalização e de *compliance*. Ao auxiliar na compreensão de como as coisas realmente funcionam quando a ação humana é necessária, a AEDA reconhece, de modo pragmático, que pode haver interesses privados também nas organizações de proteção ambiental.

Outro problema apontado por Kochan na questão regulatória, é que, quando o Estado assume um papel dominante na regulamentação ambiental, isso pode levar à diminuição da demanda dos consumidores por produtos e serviços ambientalmente responsáveis. Uma das razões é que os consumidores são movidos por uma falsa segurança de que não precisam fazer tais exigências no mercado porque têm uma noção mal concebida de que o governo lidará sozinho com a tarefa de proteção ambiental. Além disso, quando o Estado impõe regulamentações ambientais rigorosas, pode haver menos incentivos para as empresas inovarem e empreenderem na área de produtos e serviços "verdes", uma vez que a conformidade com as regulamentações pode

⁶⁶⁹ ROONEY, Robert F. Environmental economics. **UCLA Journal of Environmental Law & Policy**, Regents of the University of California, vol. 1, p. 47, outono, 1980.

⁶⁷⁰ KOCHAN, Donald J. Economics-based environmentalism in the fourth generation of environmental law. **Journal of Environmental and Sustainability Law**, University of Missouri School of Law, vol. 21, p. 47, outono, 2015.

ser vista como o objetivo principal, em vez de atender às demandas do mercado.⁶⁷¹

Na opinião de Michael A. Livermore e Richard L. Revesz⁶⁷², entretanto, a existência de externalidades, custos de transação⁶⁷³ e direitos de propriedade imperfeitos denotam que é improvável que um mercado não regulamentado forneça espontaneamente níveis eficientes de qualidade ambiental, ou seja, a intervenção do governo é necessária.⁶⁷⁴

Do mesmo modo, para Richard Thaler e Cass Sunstein⁶⁷⁵, quando há externalidades, “os mercados por si sós não são capazes de obter os melhores resultados.” Os responsáveis pela poluição não arcam integralmente com os custos que impõem ao meio ambiente, e as vítimas da contaminação geralmente não têm um mecanismo viável para negociar com os poluidores e obrigá-los a corrigir seus erros. Assim, quando os custos de transação são altos, pode não haver alternativa senão a intervenção do Estado. Quando as pessoas não estão em condições de celebrar acordos voluntários, a maioria acredita que o governo deve intervir.

⁶⁷¹ KOCHAN, Donald J. Economics-based environmentalism in the fourth generation of environmental law. **Journal of Environmental and Sustainability Law**, University of Missouri School of Law, vol. 21, p. 47, outono, 2015.

⁶⁷² LIVERMORE, Michael A.; REVESZ, Richard L. **Environmental law and economics**. Nova York: Oxford University Press, 2014.

⁶⁷³ Expressão empregada por Ronald Coase para se referir a diferentes impedimentos à negociação. Ou, nas palavras de Thaler e Sunstein, “termo técnico para o custo de chegar a acordos voluntários”. (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 268. Edição do Kindle)

⁶⁷⁴ Vídeo interessante sobre a “tragédia dos comuns” produzido pela MR University, nos EUA, explica como a regulação (*command and control*) e a atribuição de direitos de propriedade podem ser meios de evitar o esgotamento de recursos naturais. Sendo o meio ambiente um bem rival (o uso de um recurso deixa menos para outros usarem) e não exclusivo (não tem dono), não há, em geral, incentivo para a preservação. A tragédia dos comuns é, assim, a tendência de qualquer recurso que não tem dono de ser usado em demasia (*overused*) e mal-conservado (*undermaintained*). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=bs2P0wRod8U>. Acesso em: 23 abr. 2023.

⁶⁷⁵ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. Edição do Kindle. p. 268.

Os incentivos nesse campo, segundo os mesmos autores, “não estão devidamente alinhados”, pois qualquer um que adotar um comportamento com consequências danosas ao meio ambiente, causadas por suas próprias escolhas como consumidor, provavelmente não precisará arcar com os custos desses prejuízos.⁶⁷⁶

A propósito, para Rômulo Sampaio, o problema central na percepção de que o sistema jurídico não previne de forma adequada os danos socioambientais está na falha de alocação dos incentivos, que, no Brasil, é feita por uma única e indistinta regra bastante rígida de responsabilização ambiental.⁶⁷⁷

Do ponto de vista econômico, a formulação de uma norma eficaz de responsabilidade civil requer a distribuição equilibrada dos deveres de cuidado entre o causador do dano e a vítima. O equilíbrio ideal é alcançado quando os níveis de prevenção impõem ao responsável pelo risco uma carga proporcional à natureza e severidade do risco, incluindo a viabilidade do custo social para induzir um comportamento preventivo adequado.⁶⁷⁸

No âmbito da responsabilidade civil extracontratual, particularmente em questões ambientais, os custos transacionais são elevados, dada a natureza indeterminada e ampla dos grupos afetados. Em situações envolvendo direitos difusos, como é o caso dos danos socioambientais, os custos de transação são ainda mais expressivos, demandando uma intervenção estatal mais robusta em comparação à responsabilidade civil contratual.

Nesse contexto, a efetividade das normas de responsabilidade civil no campo socioambiental depende da correta alocação de incentivos preventivos. No sistema jurídico brasileiro, a eficácia dessas normas é passível

⁶⁷⁶ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. p. 269.

⁶⁷⁷ SAMPAIO, Rômulo S. R. **Fundamentos da responsabilidade socioambiental das instituições financeiras**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 50.

⁶⁷⁸ SAMPAIO, Rômulo S. R. **Fundamentos da responsabilidade socioambiental das instituições financeiras**, p. 46.

de questionamento, especialmente no que tange à atual estrutura de incentivos. É necessário avaliar se a rigidez das normas de responsabilidade ambiental no Brasil efetivamente desencoraja condutas prejudiciais ao meio ambiente e à sociedade.

Rômulo Sampaio sugere que a efetividade dessas normas seja analisada considerando os seguintes fatores:⁶⁷⁹

(i) diferença de informação que naturalmente existe entre a administração pública e o administrado sobre o risco de determinada atividade ou projeto; (ii) se os administrados de um determinado setor regulado têm, em geral, liquidez suficiente para arcar com os custos de reparação; (iii) a probabilidade de responsabilização do tomador do risco em caso de dano socioambiental; (iv) os custos administrativos inerentes à gestão da regulação de controle para se evitar um dano socioambiental.

Avaliar cada uma destas variáveis fornece *insights* sobre a concretização das regras de responsabilidade.

Primeiramente, é essencial considerar os custos de informação entre a administração pública e os administrados, especialmente na quantificação de benefícios e riscos das atividades reguladas. Quando o custo de obtenção dessas informações for elevado para a administração, a ênfase deve ser colocada na imposição de regras de responsabilidade aos setores regulados.⁶⁸⁰

Em segundo lugar, ao implementar controles de riscos socioambientais, deve-se verificar se os agentes do setor regulado têm liquidez para cumprir com as exigências de uma responsabilidade civil objetiva. A falta de capacidade financeira torna ineficaz a norma, podendo levar ao fechamento

⁶⁷⁹ SAMPAIO, Rômulo S. R. **Fundamentos da responsabilidade socioambiental das instituições financeiras**, p. 48.

⁶⁸⁰ SAMPAIO, Rômulo S. R. **Fundamentos da responsabilidade socioambiental das instituições financeiras**, p. 49.

de empresas ou à inobservância da regra devido à incapacidade de arcar com as indenizações.⁶⁸¹

Terceiro, a probabilidade de um agente ser responsabilizado afeta diretamente a efetividade das normas, que varia conforme o tipo e a gravidade do dano, bem como a capacidade de fiscalização. Regras mais rígidas de prevenção e controle são necessárias quando há dificuldades na detecção e responsabilização de danos.⁶⁸²

Quarto, é essencial avaliar todos os custos associados ao sistema de Justiça e à gestão regulatória. No contexto da gestão regulatória, é importante que o gestor leve em conta os custos de *compliance* para os agentes privados. Estes custos não devem exceder aqueles relacionados à reparação de danos socioambientais. Tal análise sugere que focar em mecanismos de responsabilização pode ser mais eficaz, pois os custos do sistema de Justiça surgem apenas em caso de ocorrência, ou possibilidade concreta, de danos, diferentemente dos custos regulatórios, que, por natureza preventiva, são fixos e contínuos.⁶⁸³

Além disso, muitas vezes as pessoas não recebem um retorno claro sobre as consequências ambientais de suas ações. Quando se utiliza, por exemplo, uma fonte de energia que causa poluição atmosférica, é pouco provável que se tenha plena consciência disso, e, mesmo que se saiba, isto pode não ser suficiente para a mudança de comportamento. Os custos da poluição são muitas vezes ocultos, “ao passo que o preço na bomba de combustível salta aos olhos”. Uma alternativa seria melhorar o processo de feedback aos consumidores, fornecendo informações mais transparentes, como fez a Agência de Proteção Ambiental norte-americana (EPA) com os pesticidas e o amianto.

⁶⁸¹ SAMPAIO, Rômulo S. R. **Fundamentos da responsabilidade socioambiental das instituições financeiras**, p. 49.

⁶⁸² SAMPAIO, Rômulo S. R. **Fundamentos da responsabilidade socioambiental das instituições financeiras**, p. 49.

⁶⁸³ SAMPAIO, Rômulo S. R. **Fundamentos da responsabilidade socioambiental das instituições financeiras**, p. 50.

Antes da proibição gradual dessas substâncias prejudiciais à camada de ozônio, os produtos que continham essas substâncias nocivas deveriam conter um adesivo especial para alertar sobre os perigos.⁶⁸⁴

De acordo com Thaler e Sunstein⁶⁸⁵, sistemas baseados em incentivos devem substituir regulamentações do tipo comando e controle. Abordagens baseadas em incentivos são mais eficientes, eficazes e promovem maior liberdade de escolha.⁶⁸⁶ A verdadeira liberdade é alcançada quando se diz: “Você pode continuar agindo assim, desde que pague pelo prejuízo social que está causando”, em vez de “Você deve agir exatamente como manda o governo”. A melhor abordagem para combater a poluição, segundo eles, é taxar comportamentos prejudiciais e permitir que as forças do mercado determinem a resposta ao aumento de custos. O preço de bens cuja produção causa efeitos nocivos deve aumentar, levando a uma diminuição no consumo.

No Brasil, a legislação já adota, ao menos desde 1981, o princípio do poluidor-pagador e do usuário-pagador, visando “à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins

⁶⁸⁴ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. p. 277.

⁶⁸⁵ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. p. 271.

⁶⁸⁶ Os autores citam um experimento feito no estado de Minnesota, EUA, sobre cumprimento de obrigações fiscais, que pode servir como exemplo do comportamento humano com relação a obrigações ambientais: “Grupos de contribuintes receberam quatro tipos de informação. Um deles ficou sabendo que seus impostos eram destinados a boas causas, como educação, policiamento e serviços dos bombeiros. Outros sofreram ameaças com informações sobre os riscos de punição caso fraudassem o fisco. Outro grupo foi instruído sobre como obter ajuda caso tivessem dúvidas ou dificuldades para preencher os formulários. E, por fim, um grupo recebeu a informação de que mais de 90% dos moradores de Minnesota pagavam os impostos e estavam em dia com o fisco. Só uma dessas intervenções exerceu um efeito significativo: a última. Ao que parece, alguns contribuintes eram mais propensos a descumprir a lei devido a uma percepção equivocada — plausivelmente baseada no grande número de relatos de sonegação fiscal veiculado por meios de comunicação ou por outros modos — de que o percentual de cidadãos cumpridores da lei é bastante baixo. Quando recebem a informação de que o nível de cumprimento da lei é alto, eles se tornam menos propensos a burlar o fisco. Disso se depreende que é possível fomentar comportamentos tanto desejáveis quanto indesejáveis, pelo menos até certo ponto, apenas chamando a atenção da população para o que os outros estão fazendo.” (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. p. 101)

econômicos”.⁶⁸⁷ A poluição é vista como uma externalidade negativa que deve ser corrigida mediante modelo de tutela baseado em comando e controle, por meio de responsabilização civil, penal e administrativa por descumprimento das obrigações ambientais.

Critica-se, todavia, esse sistema por não garantir uma contrapartida direta para a manutenção da higidez ambiental. Considera-se esse modelo “muito oneroso, [...] insuficiente e ineficiente, não prescindindo de instrumentos complementares”.⁶⁸⁸ Ou seja, a fórmula poluidor-pagador não garante, por si só, a manutenção da qualidade ambiental.

Boris Mamlyuc entende que o princípio do poluidor-pagador faz sentido em contextos domésticos ou locais, onde é possível quantificar aproximadamente o dano ambiental e as partes envolvidas têm acesso a medidas legais para recuperação do meio ambiente degradado ou para prevenção da poluição futura. Argumenta, no entanto, que esse princípio tem pouca aplicação em um contexto global complexo, com danos muitas vezes transfronteiriços. Além disso, o autor destaca que os modelos conceituais de responsabilidade propostos por Ronald Coase e Guido Calabresi⁶⁸⁹ não se

⁶⁸⁷ Art. 4º, VII, da Lei 6.938/81.

⁶⁸⁸ TEIXEIRA, Carlos Geraldo. **Pagamento por serviços ambientais de proteção às nascentes como forma de sustentabilidade e preservação ambiental**. Brasília: CJP, 2012, p. 165.

⁶⁸⁹ “De forma resumida, o Teorema de Coase, quando aplicado para resolver disputas sobre os direitos de propriedade, tem a seguinte implicação: quando os custos das transações são baixos, as partes em disputa estão na melhor posição para resolver eficientemente a questão, sem participação do Direito e do Estado.” Por outro lado, “quando os custos das transações são elevados, a intervenção do sistema legal é recomendada para a alocação eficiente do direito de propriedade.” A variação do teorema proposta por Calabresi é assim expressa por Porto e Garoupa: “Se alguém assumir racionalidade, sem custos de transação e barganha, sem impedimento legal, todo desdobramento de recursos no mercado seria completamente sanado pelas barganhas.” Os autores exemplificam a aplicação deste teorema na seara ambiental: “No que toca à poluição, por exemplo, ponto de vista econômico, será socialmente vantajoso reduzir a emissão de poluentes se o custo correspondente para fazê-lo se mostrar menor do que o dano produzido pela poluição. [...] caso os custos de solução para as externalidades superem os proveitos gerados por sua eliminação, as externalidades deveriam continuar existindo”. (PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, pp. 188 e 189).

baseiam em objetivos econômicos de eficiência, mas sim em julgamentos de valor implícitos dos tomadores de decisão.⁶⁹⁰

Outro ponto levantado por Mamlyuc é que, como certos aspectos do meio ambiente podem não ser “negociáveis”, a análise coasiana, que pressupõe a alocação clara de direitos de propriedade negociáveis, fica prejudicada. Isso, por sua vez, enfraquece ainda mais os fundamentos do princípio do poluidor-pagador.⁶⁹¹

Como alternativa às imperfeições apontadas acima, e em complementação à fórmula “poluidor-pagador”, uma nova abordagem sobre o conceito de serviços ambientais trouxe uma lógica racional para essa questão, destacando que a natureza preservada também oferece benefícios para os seres humanos, com implicações econômicas, jurídicas e sociais. Isso tem levado ao surgimento de um novo mercado, o mercado de serviços ambientais, e uma de suas ferramentas, também baseada no Teorema de Coase, é o pagamento por serviços ambientais (PSA).⁶⁹²

O principal fundamento deste instrumento é compensar de forma justa os provedores dos serviços ambientais parte dos custos de conservação e preservação, por meio de incentivos econômicos suportados pelos beneficiários ou usuários desses serviços. A premissa básica desse sistema é que os beneficiários paguem aos provedores dos serviços ambientais, condicionando a remuneração à manutenção dessas atividades. Portanto, o sistema de PSA é uma estratégia de incentivo para os provedores de serviços ambientais, em que

⁶⁹⁰ MAMLYUC, Boris N. Analyzing the polluter pays principle through law and economics. **Southeastern Environmental Law Journal**, University of South Carolina School of Law, vol. 18, p. 39, outono, 2009.

⁶⁹¹ MAMLYUC, Boris N. Analyzing the polluter pays principle through law and economics. **Southeastern Environmental Law Journal**, University of South Carolina School of Law, vol. 18, p. 39, outono, 2009.

⁶⁹² TEIXEIRA, Carlos Geraldo. **Pagamento por serviços ambientais de proteção às nascentes como forma de sustentabilidade e preservação ambiental**. p. 165.

estes recebem uma contrapartida pelo custo de oportunidade, seguindo o princípio do "provedor-recebedor".⁶⁹³

No Brasil, a Lei n. 14.119, de 13 de janeiro de 2021, instituiu a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (PSPSA), no intuito de “manter, recuperar ou melhorar os serviços ecossistêmicos em todo o território nacional”. A Lei regulamenta a “transação de natureza voluntária, mediante a qual um pagador de serviços ambientais transfere a um provedor desses serviços recursos financeiros ou outra forma de remuneração” (art. 2º, IV). Menciona os princípios do provedor-recebedor e do usuário-pagador entre suas diretrizes (art. 5º, I), buscando incentivar, em resumo, a conservação ambiental no país mediante contraprestação, monetária ou não (art. 3º), aos provedores de serviços que favoreçam a manutenção, a recuperação ou a melhoria dos serviços ecossistêmicos. (art. 2º, III)

Cabe a Regulamento definir as cláusulas essenciais para cada tipo de contrato de pagamento por serviços ambientais. Haverá, evidentemente, certa dificuldade de precificação dos serviços, dada a natureza do bem contratado. Carlos Geraldo Teixeira cita algumas orientações de economistas sobre a questão:

1) definir de forma clara quais os serviços que são fornecidos pelo ecossistema; 2) identificar a demanda e a oferta por serviços ambientais [...]; 3) desenvolvimento de pagamento que ofereça incentivos adequados aos responsáveis pelas terras. Os bens e serviços devem ser "precificados". Existem dificuldades em valorar os serviços ambientais. Um cálculo que pode ser utilizado é o levantamento do custo de oportunidade do proprietário e usa-se no mínimo este valor como pagamento. Os benefícios gerados devem ser maiores que os custos, pois são esses benefícios que serão negociados (pagos), e se forem menores que os custos estimados, o fornecedor não terá incentivo para manter as práticas sustentáveis; [...] 4) estabelecimento de uma rede institucional. Necessidade de estabelecer mecanismos sustentáveis de financiamento [...] que

⁶⁹³ TEIXEIRA, Carlos Geraldo. **Pagamento por serviços ambientais de proteção às nascentes como forma de sustentabilidade e preservação ambiental.** p. 167.

garantam a chegada dos recursos aos provedores e projetar uma estrutura de monitoramento para verificar a eficiência social, econômica e ambiental do PSA.⁶⁹⁴

Realmente, a monetização do meio ambiente é um obstáculo relevante para o PSA, tratando-se, provavelmente, da maior crítica direcionada à AEDA. O item seguinte se concentrará na possibilidade de utilização da análise de custo-benefício em questões ambientais.

3.2.1 Análise de custo-benefício em questões relacionadas ao meio ambiente

As ideias de eficiência e maximização de riqueza da análise econômica do direito são fundamentais para a abordagem do custo-benefício como técnica procedimental utilizada pelos tomadores de decisão em políticas públicas, incluindo o Poder Judiciário, para realizar alocações eficientes e bem-informadas dos escassos recursos públicos. Como resultado, questões críticas relacionadas à teoria normativa da AED são comuns na análise de custo-benefício (ACB), devido à adoção desses conceitos como elementos-chave no desenvolvimento dessa matéria.⁶⁹⁵

A ACB busca, nesse contexto, equilibrar os benefícios sociais de uma regulamentação em relação aos custos que a sociedade enfrenta para cumpri-la. Identifica-se, nesse aspecto, com o método pragmático, pois permite ponderar custos e benefícios (prós e contras) de determinada atuação governamental, entre as diversas alternativas. Possibilita, assim, a avaliação de quando é justificável proceder de determinado modo e identificar oportunidades para minimizar os custos de alcançar um objetivo social (custo-efetividade) e maximizar os benefícios sociais (eficiência).⁶⁹⁶

⁶⁹⁴ TEIXEIRA, Carlos Geraldo. **Pagamento por serviços ambientais de proteção às nascentes como forma de sustentabilidade e preservação ambiental**. p. 173.

⁶⁹⁵ WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. **Análise do custo-benefício como procedimento de avaliação dos impactos das decisões públicas**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Porto Alegre, 2016, p. 28.

⁶⁹⁶ ANGELO, Mary Jane. Embracing Uncertainty, Complexity, and Change: An Eco-pragmatic Reinvention of a First-Generation Environmental Law. **Ecology Law Quarterly**, Regents of the University of California, vol. 33, p. 105, 2006.

Nesse sentido, de acordo com Ana Paula Wedy, “A análise do custo-benefício é um procedimento pragmático para a avaliação dos impactos das decisões públicas sobre o bem-estar da população”, particularmente aplicado em decisões públicas que afetam uma parcela significativa da população e exigem investimentos substanciais de recursos públicos. Seus principais objetivos são “classificar políticas públicas prioritárias, reduzir os custos de implementação das políticas públicas, identificar e evitar efeitos indesejáveis da atuação governamental e garantir que os recursos públicos sejam utilizados da melhor maneira possível em busca do bem-estar da população.”⁶⁹⁷

A análise econômica na avaliação dos impactos das decisões públicas concentra-se em duas questões principais: escassez de recursos e eficiência dos resultados. Nesse contexto, a análise de custo-benefício é proposta como um procedimento capaz de identificar os custos de oportunidade de diversas alternativas de investimentos públicos, a fim de garantir que os recursos escassos sejam utilizados de forma eficiente para atingir os objetivos sociais. A eficiência é medida pela diferença entre benefícios e custos e é o critério fundamental para avaliar as decisões públicas.⁶⁹⁸ A ACB também se justifica por sua capacidade de contornar os resultados negativos causados por vieses cognitivos na avaliação das consequências das decisões públicas, permitindo um certo distanciamento dos efeitos da intuição, quando isso se mostra necessário.

Em regra, no campo das políticas ambientais, duas abordagens são essenciais ao tomador de decisão. A primeira diz respeito aos objetivos da política ambiental, e envolve determinar o nível desejável de qualidade ambiental para a sociedade. A segunda questão está relacionada aos meios de formulação

⁶⁹⁷ WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. **Análise do custo-benefício como procedimento de avaliação dos impactos das decisões públicas**. p. 41.

⁶⁹⁸ WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. **Análise do custo-benefício como procedimento de avaliação dos impactos das decisões públicas**. p. 42.

de políticas, e foca nos instrumentos regulatórios a serem utilizados e na distribuição de responsabilidades entre os atores governamentais.⁶⁹⁹

Com relação ao primeiro objetivo, a já citada eficiência de Kaldor-Hicks é a base para a análise de custo-benefício ambiental (ACBA). A política de custo-efetividade será aquela que atinge determinada meta com o menor custo total. Ainda que haja controvérsia significativa sobre quais as metas ambientais apropriadas, é amplamente aceita a busca da melhor relação custo-efetividade.⁷⁰⁰

Com efeito, embora seja consensual a relevância de um meio ambiente limpo, pode haver divergência sobre o nível específico de qualidade ambiental que a sociedade deve almejar. Como sustentam Livermore e Revesz⁷⁰¹, a questão fundamental de "quão limpo é limpo o suficiente?" é crucial na formulação de políticas ambientais e na tomada de decisões ambientais, e é nessa seara que a economia pode fornecer uma orientação útil.

Não há dúvida de que, em um cenário de escassez de recursos, o custo da proteção ambiental deve ser considerado. Como demonstram Stephen Holmes e Cass Sunstein, também de forma bastante pragmática, "Para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recursos".⁷⁰² Todo direito tem um custo "e por isso jamais podem ser protegidos de maneira completa ou perfeita. Todos os direitos têm caráter de aspirações".⁷⁰³ Ademais, como não há direito absoluto, "a menos que o público esteja disposto a investir a imensa quantia necessária para garantir que quase nunca seja violado na prática, [...] o

⁶⁹⁹ LIVERMORE, Michael A.; REVESZ, Richard L. **Environmental law and economics**. Nova York: Oxford University Press, 2014.

⁷⁰⁰ LIVERMORE, Michael A.; REVESZ, Richard L. **Environmental law and economics**. Nova York: Oxford University Press, 2014.

⁷⁰¹ LIVERMORE, Michael A.; REVESZ, Richard L. **Environmental law and economics**. Nova York: Oxford University Press, 2014.

⁷⁰² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a Liberdade depende dos impostos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 75.

⁷⁰³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a Liberdade depende dos impostos. p. 97.

fato de esse direito ser violado com tanta regularidade mostra que o público não está disposto a fazer esse investimento.”⁷⁰⁴

Assim, no que se refere ao meio ambiente, a questão central deve ser sempre "protegido em que medida?", e não "protegido ou não protegido?". Tomadores de decisão terão que definir, em casos difíceis, “quais problemas e quais grupos têm a melhor pretensão a fazer uso dos recursos coletivos em determinadas circunstâncias.”⁷⁰⁵ Além disso, identificar o nível socialmente desejável de qualidade ambiental só é útil se houver meios para atingir esse fim.

Nesse contexto, a noção de bem-estar econômico oferece um quadro geral para responder às questões relacionadas aos objetivos da política ambiental. Recomenda-se que a política ambiental seja selecionada de forma a maximizar o bem-estar, que é medido pelo valor que os indivíduos atribuem à melhoria da qualidade ambiental, subtraindo o valor dos sacrifícios necessários para alcançar essas melhorias. Uma vez que a maioria das políticas ambientais envolve compensações entre consequências positivas e negativas, é necessário ponderar o valor dessas consequências entre si. A análise de custo-benefício é a técnica dominante para avaliar as consequências e estimar os efeitos das opções políticas.⁷⁰⁶

A principal controvérsia em torno do uso da ACB na formulação de regras ambientais está centrada no valor atribuído à natureza. Muitos defensores deste tipo de análise veem a natureza como tendo apenas valor instrumental, sendo um meio para alcançar fins humanos. Portanto, na avaliação de uma determinada medida, o tomador de decisão deve considerar os potenciais impactos ambientais em termos de perdas e ganhos monetários. Considerações

⁷⁰⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos:** por que a Liberdade depende dos impostos. p. 103.

⁷⁰⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos:** por que a Liberdade depende dos impostos. p. 103.

⁷⁰⁶ LIVERMORE, Michael A.; REVESZ, Richard L. **Environmental law and economics.** Nova York: Oxford University Press, 2014.

não antropocêntricas, como danos às espécies do ponto de vista da própria natureza, são consideradas irrelevantes.⁷⁰⁷

Por outro lado, os opositores da ACBA veem a natureza como algo muito mais do que um mero "instrumento" para o benefício humano. Para eles, a natureza possui um valor intrínseco e é uma entidade moralmente significativa em si mesma, separada da experiência humana. Ideias sobre o valor da natureza desempenham um papel fundamental na tomada de decisões ambientais. Por exemplo, se uma espécie de peixe tem um valor que vai além dos cálculos utilitários de custo e benefício, então qualquer projeto que ameace a espécie deve ser proibido, mesmo que envolva uma barragem multimilionária.⁷⁰⁸

Em suma, o desafio mais relevante para a ACBA é fornecer estimativas monetárias válidas do valor de bens difíceis de precificar, incluindo bens não mercantis. A dificuldade de monetização está no fato de que cada pessoa atribui um valor diferente à natureza, de acordo com sua experiência pessoal, não havendo muitas vezes acordo quanto a isso.⁷⁰⁹

De acordo com Franck Ackerman e Lisa Heinzerling⁷¹⁰, o mercado não pode fornecer respostas adequadas a essa questão, pois a vida e a natureza

⁷⁰⁷ SHARON, Ori. Finding Eden in a Cost-Benefit State. **George Mason Law Review**, vol. 27, p. 571, primavera, 2020.

⁷⁰⁸ SHARON, Ori. Finding Eden in a Cost-Benefit State. **George Mason Law Review**, vol. 27, p. 571, primavera, 2020.

⁷⁰⁹ Mary Jane Angelo cita o seguinte exemplo: "o fato de alguém dirigir um SUV que consome muito combustível não necessariamente implica que essa pessoa não valorize o ar limpo ou a eficiência energética. Essa pessoa pode ter comprado o SUV priorizando principalmente a segurança e o espaço para a família e seus pertences. No entanto, pode ser que ela valorize o ar limpo e a eficiência energética e apoie integralmente a imposição de normas mais rigorosas de economia de combustível para os SUVs." Mencionando experimento realizado na Universidade Johns Hopkins, nos EUA, a autora conclui que "preferências econômicas individuais (*entram*) frequentemente em conflito com os desejos da sociedade [...]. em outras palavras, deixados por conta própria, os jogadores individuais são egoístas, mas eles anseiam por alguma força externa que faça todos se comportarem melhor e melhore o resultado do jogo para todos os jogadores." (ANGELO, Mary Jane. Embracing Uncertainty, Complexity, and Change: An Eco-pragmatic Reinvention of a First-Generation Environmental Law. **Ecology Law Quarterly**, vol. 33, p. 105, 2006. Tradução livre)

⁷¹⁰ ACKERMAN, Franck; HEINZERLING, Lisa. The price of everything and the value of nothing. In: MINTZ, Joel A.; DERNBACH, John C.; GOLD, Steve C.; ROBBINS, Kalyani; VILLA, Clifford; WAGNER, Wendy. **A Practical Introduction to Environmental Law**. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2017, p. 17.

não têm preço. Embora reconheçam que há limitações de recursos e escolhas difíceis a serem feitas na política de saúde e meio ambiente, medir o valor desses bens em termos monetários não é uma maneira precisa ou adequada de tomar decisões. A análise de custo-benefício, ainda que possa corrigir potenciais vieses na estimativa dos custos, falha na avaliação dos benefícios, uma vez que estes são inestimáveis. Ao tentar expressar em unidades monetárias benefícios como vidas salvas, proteção da vida selvagem ou saúde pública, corre-se o risco de desvalorizar o verdadeiro significado de elementos fundamentais para a vida humana e para o meio ambiente. Ao monetizar os bens mais prezados pela humanidade, dizem os autores, a análise econômica acaba reduzindo seu valor e subestimando sua importância.

Sidney Shapiro e Christopher Schroeder⁷¹¹ também criticam o uso da análise de custo-benefício nas políticas ambientais, por não a considerarem pragmática. Sustentam que, para o pragmatismo, o valor de uma ideia é medido pelo quão bem ela funciona para o propósito pretendido, o que não acontece com a ACBA, que produz análises complexas, densas e altamente técnicas que não são compreensíveis para os administradores e cidadãos comuns. Apontam falhas na análise puramente de custo-benefício, visto que sua metodologia é imprecisa, sujeita a manipulações de acordo com as preferências políticas do analista. Sugerem uma justificação pragmática para a regulação ambiental, que tem por objetivo encontrar soluções que acomodem valores conflitantes na maior medida possível. Advertem que a ACB, em uma perspectiva pragmática, não pode se limitar a aspectos técnicos que visem somente a eficiência econômica, devendo levar em consideração outros valores subjacentes. Assim, para estes autores, o tomador de decisão não deve simplesmente confiar em um cálculo de custo-benefício para justificar suas decisões, devendo levar todos os argumentos em consideração, inclusive os não técnicos.

Note-se, porém, que a análise de custo-benefício é um dos elementos de análise, mas não o único, sob a perspectiva pragmática. A ACBA

⁷¹¹ SHAPIRO, Sidney A.; SCHROEDER, Christopher H. Beyond cost-benefit analysis: a pragmatic reorientation. **The Harvard Environmental Law Review**, vol. 32, p. 433, 2008.

auxilia, mas não controla a tomada de decisão em questões ambientais. Não se trata de uma mera fórmula matemática em que simples operações darão a resposta certa. É uma ferramenta de tomada de decisão que requer considerações cuidadosas e equilibradas de múltiplos aspectos, incluindo aspectos técnicos, econômicos, sociais, políticos e éticos.⁷¹²

Nesse sentido, a alegada incomensurabilidade de certos bens e valores existenciais não pode ser vista como um fundamento definitivo para rejeitar a aplicação da análise de custo-benefício como uma importante ferramenta na tomada de decisão. É equivocado acreditar que a ACB restringe a qualidade do meio ambiente, e, por consequência, da vida humana em geral, a um montante puramente pecuniário. É evidente que estes são valores imensuráveis, e, portanto, não podem ser quantificados monetariamente. No entanto, a atuação governamental deve utilizar a análise de custo-benefício como um instrumento para classificar alternativas de implementação das

⁷¹² ANGELO, Mary Jane. Embracing Uncertainty, Complexity, and Change: An Eco-pragmatic Reinvention of a First-Generation Environmental Law. **Ecology Law Quarterly**, vol. 33, p. 105, 2006.

políticas públicas voltadas à proteção do meio ambiente, visando a utilização eficiente de recursos públicos limitados.^{713 714}

No que se refere ao princípio da precaução como método alternativo à ACBA, Ana Paula Wedy adverte, citando Sunstein, que “desconsiderar os custos de implementação das regulações ambientais também pode provocar o pior cenário possível”.⁷¹⁵ Os governos devem não só considerar os riscos de baixa probabilidade de prejuízos catastróficos, mas também observar que o princípio da precaução pode ter um efeito paralisante, tornando-se um obstáculo à ação governamental. Defende que uma análise de custo-

⁷¹³ No campo do direito à saúde, a análise de custo-benefício está prevista em lei. O art. 19-Q da Lei n. 8.080/1990, incluído pela Lei n. 12.401/2011, determina que a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos deve levar em conta “a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas”. As metodologias empregadas na avaliação econômica deverão dispor sobre indicadores e parâmetros de custo-efetividade utilizados em combinação com outros critérios (§ 3º incluído pela Lei n. 14.313/2022). De acordo com a Portaria n. 26, de 12 de junho de 2015, do Ministério da Saúde, a análise de custo-efetividade deve considerar o custo global do novo tratamento, comparando sua eficácia com a de tratamentos existentes. Ou seja, para determinar se uma nova tecnologia é custo-efetiva, é necessário “estimar as despesas e os ganhos monetários de seu uso”. Uma vez que estes ganhos, no direito à saúde, não são facilmente mensuráveis, “foi criado o índice QALY (*quality-adjusted life-years*), que mede o número de anos com qualidade de vida que se espera para uma pessoa, quando da adoção de uma tecnologia. A partir dele, é possível atribuir valores monetários a cada QALY ganho. A análise de custo-efetividade que expressa o custo a cada QALY ganho é amplamente utilizada em diversos países, incluindo o *National Institute for Health and Care Excellence* (NICE), do Reino Unido, que é uma referência mundial. É possível utilizar também o índice DALY (*disability-adjusted life-year*), que expressa o número de anos perdidos pelo adoecimento, incapacidade ou óbito precoce.” (UZIEL, Daniela. A avaliação de tecnologias em saúde e sua incorporação ao sistema único. IPEA, jul. 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cts/en/topics/223-a-avaliacao-de-tecnologias-em-saude-e-sua-incorporacao-ao-sistema-unico-3#:~:text=Para%20isso%2C%20foi%20criado%20o,monet%C3%A1rios%20a%20cada%20QALY%20ganho>. Acesso em: 23 abr. 2023).

⁷¹⁴ No âmbito jurisprudencial, o STF reconheceu a constitucionalidade da avaliação econômica e do impacto atuarial como critérios para incorporação de novas tecnologias no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Segundo o Supremo, “A avaliação econômica contida no processo de atualização do rol pela ANS e a análise do impacto financeiro advindo da incorporação dos tratamentos demandados são necessárias para garantir a manutenção da sustentabilidade econômico-financeira do setor de planos de saúde. Não se trata de sujeitar o direito à saúde a interesses econômicos e financeiros, mas sim de considerar os aspectos econômicos e financeiros da ampliação da cobertura contratada para garantir que os usuários de planos de saúde continuem a ter acesso ao serviço e às prestações médicas que ele proporciona.” (STF, ADI 7.088/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 10/11/22)

⁷¹⁵ WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. **Análise do custo-benefício como procedimento de avaliação dos impactos das decisões públicas**. p. 137.

benefício bem executada pode acomodar o princípio da precaução ao incorporar a avaliação dos riscos de baixa probabilidade e de impactos significativos.

Além disso, de acordo com Sunstein⁷¹⁶, o princípio da precaução pode enfrentar desafios quando as medidas adotadas para reduzir determinados riscos ambientais resultarem em novos riscos ambientais. Pode ser igualmente problemático quando essas ações gerarem riscos que não estão relacionados diretamente com o meio ambiente. Nesse contexto, a abordagem mais adequada para a gestão de riscos é buscar um equilíbrio entre os custos e benefícios envolvidos, na medida do possível.

Embora reconheça que a ACB não fornece resultados precisos para orientar a ação pública, o mesmo autor argumenta que sem a adoção desse procedimento haveria ainda mais imprevisibilidade e incerteza em relação às consequências prováveis das decisões públicas. Sugere, portanto, uma ação governamental voltada para a redução dos riscos ambientais baseada não apenas na análise do custo-benefício, mas também em julgamentos morais e políticos das especificidades comuns aos riscos ambientais.⁷¹⁷

Por esses motivos, a análise de custo-benefício é, de acordo com Livermore e Revesz⁷¹⁸, a abordagem predominante na política ambiental dos EUA, onde se utilizam duas alternativas principais para estabelecer padrões de qualidade do meio ambiente: os padrões absolutos, que buscam definir a qualidade ambiental com risco zero de danos, e os padrões de viabilidade, que são definidos levando em consideração restrições econômicas e técnicas. Ambas as abordagens têm sido objeto de críticas. Os padrões absolutos são questionados por problemas conceituais e práticos, e os padrões de viabilidade por criar problemas de excesso ou falta de regulamentação. Apesar disso, a

⁷¹⁶ SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit revolution**. Cambridge, MA: MIT Press, 2018, p. 232. Edição do Kindle.

⁷¹⁷ WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. **Análise do custo-benefício como procedimento de avaliação dos impactos das decisões públicas**. p. 137.

⁷¹⁸ LIVERMORE, Michael A.; REVESZ, Richard L. **Environmental law and economics**. Nova York: Oxford University Press, 2014.

análise de custo-benefício tem sido exigida há várias décadas por regulamentações do Poder Executivo, ressalvadas as hipóteses em que a legislação expressamente a proíba.

No mesmo sentido, Sunstein explica que nos últimos anos, tanto a Suprema Corte quanto os tribunais inferiores nos EUA têm examinado a obrigatoriedade de os órgãos reguladores exigirem a ACB. Segundo as decisões, o Poder Legislativo pode proibir explicitamente a consideração de custos e benefícios por parte do órgão regulador, porém este não possui autoridade para desconsiderá-los por conta própria. Sunstein conclui que a revisão judicial quanto à discricionariedade administrativa reforça que apenas o Congresso tem o poder de permitir que o órgão regulador desconsidere completamente a ACB.⁷¹⁹

A análise de custo-benefício em direito ambiental é, dessa forma, uma prática amparada pela Suprema Corte dos EUA. No caso *Michigan v. EPA*,⁷²⁰ por exemplo, a Corte considerou que a agência de proteção ambiental agiu injustificadamente ao considerar o custo irrelevante para a decisão de regulamentar a poluição produzida por usinas de energia elétrica. A decisão da Corte se baseou no argumento de que o custo representa um fator centralmente relevante em quase todas as regulações razoáveis.⁷²¹ Em trecho de especial relevância para este tópico, a corte acrescentou que impor bilhões de dólares em custos econômicos em troca de alguns dólares em benefícios para a saúde ou meio ambiente não seria considerado racional ou apropriado. A consideração dos custos reflete o entendimento de que uma regulamentação razoável deve levar em conta as vantagens e desvantagens das decisões da agência.⁷²²

⁷¹⁹ SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit revolution**. Cambridge, MA: MIT Press, 2018, p. 197. Edição do Kindle.

⁷²⁰ 576 U.S. 743 (2015).

⁷²¹ SHARON, Ori. Finding Eden in a Cost-Benefit State. **George Mason Law Review**, vol. 27, p. 571, primavera, 2020.

⁷²² SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit revolution**. Cambridge, MA: MIT Press, 2018, p. 194. Edição do Kindle.

No âmbito legislativo norte-americano, a ACBA está presente, por exemplo, na *Clean Water Act*, ao exigir que a regulação leve em conta o custo total da utilização da tecnologia em relação aos benefícios de redução de efluentes a serem alcançados a partir dela, bem como a razoabilidade da relação entre os custos de obtenção de uma redução de efluentes e os benefícios dela derivados.⁷²³ Deve ainda considerar, quantos aos fatores relativos à avaliação da melhor tecnologia disponível, a idade dos equipamentos e instalações envolvidos, o processo empregado, os aspectos de engenharia da utilização de vários tipos de técnicas de controle, mudanças no processo, o custo de alcançar tal redução de efluentes, impacto ambiental da qualidade de outros elementos além da água (incluindo requisitos de energia) e outros fatores que o administrador considere apropriados.⁷²⁴

Trata-se, portanto, de assunto regulamentado naquele país. O próprio surgimento e desenvolvimento da ACB nos EUA se deu com o avanço das regulações ambientais na década de 1960, mais precisamente durante o governo de Richard Nixon (1969 a 1974), com as “Revisões de Qualidade de Vida” (*Quality of Life Reviews – QLRs*), conforme relatam Porto e Garoupa⁷²⁵. Observou-se, na época, que os órgãos reguladores deveriam avaliar os custos e benefícios de suas decisões, comparando diferentes opções regulatórias e levando em consideração postos de vista externos. A partir do governo de Ronald Reagan (1981 a 1989), as agências reguladoras, cujos relatórios de impacto tinham até então caráter meramente procedimental, passaram a obrigatoriamente ter que demonstrar que os benefícios das normas que propunham eram superiores aos seus custos. Mais recentemente, no governo de Bill Clinton (1993 a 2001), passou a ser possível a consideração de elementos que não pudessem ser quantificados e que, portanto, não poderiam integrar um cálculo simples de custos e benefícios.

⁷²³ 33 USC § 1314(b)(1)(B) e 33 USC § 1314(b)(4)(B).

⁷²⁴ 33 USC § 1314(b)(2)(B).

⁷²⁵ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, pp. 397/400.

No Brasil, o julgamento da constitucionalidade do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/12) pelo STF (ADC n. 42), em 28/02/2018, representou um marco na análise da viabilidade da ACBA no país. Na pesquisa já mencionada⁷²⁶, Guilherme Caon⁷²⁷ classificou como “alto” o nível de densidade da AED, principalmente no voto do relator, Ministro Luiz Fux.

De acordo com Fux, a escolha de políticas públicas ambientais requer equilíbrio na satisfação de diferentes valores em constante conflito. Ressaltou que os problemas ambientais surgem pelos mesmos motivos de outros conflitos em situações de escassez, portanto, é necessário abordar essas questões de forma adequada, considerando a existência de incentivos apropriados para que os envolvidos utilizem os recursos ambientais de maneira eficiente, levando em conta os interesses em jogo.

Sustentou também que a análise econômica das políticas ambientais envolve não apenas custos e benefícios difíceis de mensurar, mas questões de justiça e processo. Dessa forma, como a proteção do meio ambiente envolve “o emprego ativo de capital, trabalho e outros recursos escassos, o conceito econômico do valor ou benefício dos bens e serviços ambientais seria expresso na medida da propensão da sociedade a realizar *trade-offs* entre os usos concorrentes dos recursos escassos.” Em outras palavras, os custos das políticas ambientais correspondem aos benefícios sociais perdidos devido ao uso de recursos escassos em políticas ambientais, em vez de seu uso em alternativas mais eficientes, seguindo um raciocínio de custo de oportunidade.

O relator ainda afirmou que a organização eficiente dos recursos pode levar a um manejo racional dos bens ambientais, mesmo em um contexto de crescimento populacional, dentro do conceito de desenvolvimento sustentável. Argumentou que a proteção ao meio ambiente não implica em uma visão estática dos recursos naturais, proibindo qualquer interferência nos

⁷²⁶ Item 2.4.1.

⁷²⁷ CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 109. Edição do Kindle.

processos ecológicos, mas sim em fazer escolhas difíceis pelas instâncias democráticas, e não por convicção de juízes, mesmo que bem-intencionados.

Em referência a Ronald Coase, Fux defendeu a ideia de que “a correção de externalidades negativas, como a poluição, poderia ser feita por meio da definição de direitos de propriedade e da redução de custos de transação.” Destacou que a regulamentação governamental direta não leva necessariamente a melhores resultados do que se o problema fosse resolvido pelo mercado ou pela empresa. Nesse sentido, “os instrumentos de mercado poderiam constituir recompensas econômicas positivas para poluidores aprimorarem seus processos ambientais.”⁷²⁸

No âmbito legislativo brasileiro, Porto e Garoupa relatam que, embora os debates sobre a Análise de Impactos Regulatórios (AIR) tenham se iniciado em 2007, através do Decreto 6.062, apenas em 2019, com a edição da Lei Geral das Agências, esta análise se tornou vinculante para as agências reguladoras federais. Pouco tempo depois, com a aprovação da Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/19), o uso da AIR foi ampliado para todos os órgãos e entidades da administração pública federal, incluindo as autarquias e fundações públicas. Na elaboração da AIR, é necessário que o órgão regulador liste as diversas opções regulatórias disponíveis, incluindo a opção de não implementar nenhuma medida regulatória, a fim de avaliar os prováveis impactos de cada alternativa e selecionar a mais adequada para alcançar os objetivos estabelecidos previamente.⁷²⁹

Em 2020, o Decreto n. 10.411 regulamentou o uso da AIR, instituindo regras para os casos de inaplicabilidade ou dispensa desta análise, a estrutura dos relatórios, as metodologias para aferição da razoabilidade do impacto econômico, e a sua submissão à participação social. Os órgãos reguladores devem ainda incorporar estratégias de revisão periódica de suas

⁷²⁸ CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. p. 112.

⁷²⁹ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. p. 415.

normas por meio da Avaliação de Resultados Regulatórios (ARR) em seus processos normativos. Ou seja, a norma estabelece a utilização sistemática de métodos de avaliação de impactos após a implementação das normas (*ex post*), mesmo nos casos em que a AIR tenha sido dispensada devido à urgência. Nesses casos, a agência reguladora ainda é obrigada a identificar o problema regulatório a ser resolvido e os objetivos a serem alcançados, a fim de subsidiar a posterior elaboração da ARR.⁷³⁰

Em suma, se a análise de custo-benefício ambiental não fornece todas as respostas para uma tomada de decisão justa e qualificada, ao menos não pode ser desprezada como uma ferramenta apta a subsidiar o julgador na avaliação de prós e contras em temas caros ao ser humano, em reiterados contextos de escassez. Trata-se de instrumento importante para o pragmatismo em sua aplicação a questões ambientais, como será explorado adiante.

3.3 PRAGMATISMO AMBIENTAL OU “ECOPRAGMATISMO”⁷³¹

O pragmatismo ambiental é um ramo relativamente novo na filosofia contemporânea. Produto das décadas de 1980 e 1990, busca conectar os preceitos e métodos do pragmatismo filosófico à solução de questões ambientais reais.⁷³² Uma vez que o pragmatismo lida com problemas atuais e concretos, não surpreende que os filósofos pragmatistas clássicos não tenham abordado o tema, pelo menos da maneira como a preocupação com o meio ambiente é vista hoje, algo que não era considerado fundamental naquela época.

⁷³⁰ PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. P. 416.

⁷³¹ Expressões utilizadas neste trabalho como sinônimas. A expressão “ambientalismo pragmático” também é usada por alguns autores, com ênfase no aspecto ambiental da teoria. Nesse sentido: HEINZERLING, Lisa. Book review: pragmatists and environmentalists, Eco-pragmatism: Making Sensible Environmental Decisions in an Uncertain World. **Harvard Law Review**, vol. 113, p. 1421, abril, 2000.

⁷³² MINTZ, Joel A. Some Thoughts on the Merits of Pragmatism as a Guide to Environmental Protection. **Boston College Environmental Affairs Law Review**.

O princípio comum a todos os pragmatistas ambientais é a rejeição de filosofias positivistas relacionadas ao meio ambiente⁷³³, ecoando a convicção dos pragmatistas norte-americanos de que as tentativas de estabelecer a palavra final sobre o que é certo têm uma tendência de soarem incompletas, ambíguas ou mesmo arcaicas para a próxima geração. Central no método pragmático é a vontade de testar e descartar a teoria onde ela não se encaixa na experiência, em vez de tentar moldar resultados para se encaixar na teoria.⁷³⁴

Um aspecto particularmente instigante do pensamento pragmático ambiental é o seu “desejo de compatibilismo”,⁷³⁵ ou seja, a busca de um quadro filosófico em que teorias ambientais concorrentes podem ser compatíveis na prática. O pragmatismo ajuda, assim, a conciliar valores inconsistentes e conflitantes comumente encontrados no direito ambiental.

Além disso, uma abordagem pragmática dos problemas ambientais pode ser uma ferramenta útil contra a fragmentação das discussões e debates contemporâneos sobre importantes questões ambientais, na tentativa de harmonizar escolas mutuamente antagônicas do pensamento, na forma de um “princípio pragmático de tolerância”, como propõe Andrew Light.⁷³⁶

Nesse sentido, os fundamentos do pragmatismo filosófico clássico podem ser adequados para persuadir os tomadores de decisão na esfera ambiental de que um terreno comum ainda pode ser encontrado entre diferentes

⁷³³ Citando Leslie Aileen Durham, J. B. Ruhl afirma que os positivistas são dedutores, passando da teoria para o desenvolvimento de hipóteses para estudar um determinado problema, enquanto os pragmáticos são indutores, passando de um problema complexo para uma teoria geral de compreensão a fim de melhorar uma determinada situação. (RUHL, J. B. Working Both (Positivist) Ends Toward a new (Pragmatist) Middle in Environmental Law Eco-pragmatism). **The George Washington Law Review**, vol. 68, p. 522, abril, 2000)

⁷³⁴ RUHL, J. B. Working Both (Positivist) Ends Toward a new (Pragmatist) Middle in Environmental Law Eco-pragmatism. **The George Washington Law Review**, abr. 2000.

⁷³⁵ MINTZ, Joel A. Some Thoughts on the Merits of Pragmatism as a Guide to Environmental Protection. **Boston College Environmental Affairs Law Review**.

⁷³⁶ LIGHT, Andrew A. Compatibilism in political ecology. In: LIGHT, Andrew; KATZ, Eric (editores). **Environmental pragmatism**. Nova York: Routledge, 1996. p. 170.

opiniões, se os interessados aprenderem a interagir de forma contínua, aberta, intuitiva e civilizada.⁷³⁷

Para tanto, é importante investigar, nesta parte do estudo, como os fundamentos do pragmatismo filosófico podem ser úteis na solução de problemas ambientais.

Primeiramente, os pragmatistas ambientais não estão vinculados a uma estrutura teórica específica a partir da qual avaliam problemas específicos, mas podem escolher o caminho que melhor protege a saúde e estabilidade a longo prazo do meio ambiente, independentemente de sua origem teórica.⁷³⁸ Qualquer análise de problemas ambientais que impeça a formação de uma visão mais ampla ou dificulte a ação para lidar com os problemas é filosoficamente falha. Uma análise que congela os litigantes em posições fixas ou “fundantes”, isto é, que exige a escolha de uma teoria para a solução do caso, a qual deve entregar a resposta verdadeira, não qualifica a tomada de decisão.⁷³⁹

De fato, há poucas soluções universais para problemas generalizados. Para os pragmáticos ambientais, a “verdade” de várias teorias ambientais nem sempre é importante na prática ambiental. O que funciona nos EUA pode não funcionar Brasil, por exemplo. Em vez disso, a adequação de qualquer teoria a um caso específico depende das condições históricas, culturais, sociais e dos recursos disponíveis.⁷⁴⁰

Nesse contexto, a filosofia pragmática surge como forma diferente de formular a questão a ser resolvida. Enquanto para a filosofia fundacional, que se baseia no conceito de crenças básicas ou fundamentos para a construção do conhecimento, o problema é “como eu aplico minha teoria a esta questão?”, para

⁷³⁷ WIMBERLEY, Edward T.; PELLEGRINO, Scott. **Ecopragmatics**. Champaign, Illinois: Common Ground Publishing, 2014. Posição 159. Edição Kindle.

⁷³⁸ LIGHT, Andrew. Compatibilism in political ecology. p. 172.

⁷³⁹ THOMPSON, Paul B. Pragmatism and policy: the case of water. In: LIGHT, Andrew; KATZ, Eric (editores). **Environmental pragmatism**. Nova York: Routledge, 1996. p. 205.

⁷⁴⁰ MINTZ, Joel A. Some Thoughts on the Merits of Pragmatism as a Guide to Environmental Protection. **Boston College Environmental Affairs Law Review**.

o pragmático o problema é “como resolvo uma disputa entre interesses conflitantes de uma maneira que seja consistente com nossos ideais políticos?”.⁷⁴¹ O mérito desta filosofia, portanto, é derrubar abstrações filosóficas que impedem as pessoas de responder a seus problemas reais com a criatividade e a vitalidade imaginada por William James.⁷⁴²

Especialmente no cenário ambiental, em que as pessoas adotam posturas morais muitas vezes radicais e opostas, incluindo visões antropocêntricas e ecocêntricas, a adoção de um princípio ético final e universal, ou mesmo de um conjunto de princípios fundamentais, para governar todas as situações ambientais problemáticas soa equivocado para os pragmatistas. Tal visão não apenas deixa de lado a real diversidade moral, mas também falha em reconhecer que os valores podem mudar no contexto do debate público sobre problemas e políticas ambientais.⁷⁴³

Desse modo, a abordagem pragmática, baseada no **antifundacionalismo**, renuncia à busca de argumentos demolidores que convençam absolutamente todos de que os valores naturais são importantes. Na verdade, o pragmatismo não busca argumentos incontestáveis, mas admite que as pessoas têm visões profundamente diferentes, por vezes irreconciliáveis, do mundo ideal. O pragmatismo celebra, de fato, uma cultura aberta e diversificada, aceitando que se lute pelos próprios valores sem se fechar aos valores e às expectativas alheias.⁷⁴⁴

Outro elemento central da abordagem pragmatista é a centralidade da experiência em todos os tipos de descobertas e valorações. As trocas humanas com o ambiente social e físico são para os pragmatistas o gerador

⁷⁴¹ THOMPSON, Paul B. Pragmatism and policy: the case of water. *In*: LIGHT, Andrew; KATZ, Eric (editores). **Environmental pragmatism**. New York: Routledge, 1996, p. 200.

⁷⁴² THOMPSON, Paul B. Pragmatism and policy: the case of water. p. 202.

⁷⁴³ MINTEER, Ben A. **The Landscape of Reform**: civic pragmatism and environmental thought in America. Cambridge: The MIT Press, 2006. Edição Kindle. posição 102.

⁷⁴⁴ WESTON, Anthony. Beyond intrinsic value: pragmatism in environmental ethics. *In*: LIGHT, Andrew; KATZ, Eric (editores). **Environmental pragmatism**. New York: Routledge, 1996, p. 303.

supremo de conhecimento e valor, e o processo contínuo de experiência direta é a única fonte autorizada de orientação moral e política.⁷⁴⁵

Desta maneira, na questão dos conflitos ambientais, a filosofia pragmatista defende uma tomada de decisão que envolva todos os valores em conflito, ou seja, atenta ao contexto e baseada na experiência.

Nas palavras de J.B. Ruhl⁷⁴⁶, o pragmatismo ambiental é "antropométrico" na medida em que todos os valores ambientais que contam são aqueles que derivam da experiência humana, sobre os quais os seres humanos dialogam, e que apenas os seres humanos medem. É por esse motivo que os pragmatistas enfatizam a importância da teoria econômica como a ciência social dos valores humanos, embora reconheçam que ela deva ser considerada ao lado de outras ciências naturais e sociais como uma das muitas ferramentas úteis na análise da experiência humana relacionada ao meio ambiente.

O pragmatismo ambiental, nesse aspecto, apresenta-se como uma terceira via, ou um caminho intermediário, na oposição entre antropocentrismo e ecocentrismo em suas versões mais radicais, os quais tendem a simplificar um debate de tradição moral rica e complexa. Oferece-se como uma abordagem pluralista de valor e ação ambiental que acomoda tanto o uso prudente quanto a preservação da natureza, em vez de exigir uma escolha permanente entre "humanos primeiro" ou "natureza primeiro".⁷⁴⁷ Representa um ambientalismo alternativo, baseado em uma tradição em geral humanista, mas atento aos valores não econômicos da natureza, sem necessariamente adotar uma visão ecocêntrica. Uma via alternativa, equilibrada e intermediária, distanciada do "tudo ou nada" na tomada de decisão ambiental, que compatibiliza os valores ambientais com outros compromissos sociais.

⁷⁴⁵ MINTEER, Ben A. **The Landscape of Reform: civic pragmatism and environmental thought in America**. Cambridge: The MIT Press, 2006. Edição Kindle. posição 102.

⁷⁴⁶ RUHL, J. B. Working Both (Positivist) Ends Toward a new (Pragmatist) Middle in Environmental Law Eco-pragmatism. **The George Washington Law Review**, abr. 2000.

⁷⁴⁷ MINTEER, Ben A. **The landscape of reform: civic pragmatism and environmental thought in America**. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2006. Edição Kindle. Posição 40.

Na visão pragmática, portanto, o **contextualismo** é fundamental na adoção de um modelo pluralista de valor e ação ambiental que acomode tanto o uso prudente quanto a preservação da natureza, em vez de exigir uma contínua escolha entre estes compromissos. O caráter instrumentalista e a ênfase na prática, em oposição à esfera do ideal, são características essenciais do pragmatismo, focado na experiência humana, uma vez que *“We can be ethical only in relation to something we can see, feel, understand, love, or otherwise have faith in.”*⁷⁴⁸

De fato, há uma variedade de princípios e teorias que articulam o valor de indivíduos, populações, espécies, sociedades e ecossistemas não humanos. O pragmatismo se dedica, no entanto, a estabelecer estruturas claras e eficazes para resolução de disputas e solução de problemas que surgem no contexto ambiental.⁷⁴⁹

O pragmatismo ambiental, assim, não é uma filosofia que busca refletir ideias supostamente existentes fora da cultura humana, nem pretende alcançar uma compreensão objetiva e pré-experimental da natureza. É antes uma filosofia ativa e construtiva, que surge da experiência prática e toma forma à medida que indivíduos e comunidades enfrentam problemas, aprendem sobre seus valores e crenças, e, com isso, adaptam e aperfeiçoam progressivamente a relação com o meio ambiente.⁷⁵⁰

Sustentabilidade, para o pragmatismo, não significa ausência de desenvolvimento. O oposto de sustentabilidade, na lição de Juarez Freitas⁷⁵¹, é

⁷⁴⁸ “Só podemos ser éticos em relação a algo que podemos ver, sentir, compreender, amar ou ter fé” (LEOPOLD, Aldo. *A Sand County Almanac*. In: MINTZ, Joel A.; DERNBACH, John C.; GOLD, Steve C.; ROBBINS, Kalyani; VILLA, Clifford; WAGNER, Wendy. **A Practical Introduction to Environmental Law**. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2017. p. 7. Tradução livre).

⁷⁴⁹ MINTEER, Ben A. **Refounding Environmental Ethics**: pragmatism, principle, and practice. Philadelphia: Temple University Press, 2012. Edição Kindle. posição 1846.

⁷⁵⁰ MINTEER, Ben A. **The Landscape of Reform**: civic pragmatism and environmental thought in America. Cambridge: The MIT Press, 2006. Edição Kindle. posição 86.

⁷⁵¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 16.

a insaciabilidade, que “nada tem a ver com a legítima aspiração do florescimento compartilhado, construído mediante sucessivas adaptações e moderadas saciedades”. A insaciabilidade, para o autor, é “volúpia sem freios, voracidade sem fome, subestimação empobrecida da natureza e da humanidade”.

É equivocado, nesse aspecto, partir da premissa de que a presença humana é sempre prejudicial ao meio ambiente, por isso deve ser em todo o caso evitada. Exceto na Antártica, não há ecossistema que não tenha sido profundamente moldado pela presença humana. A percepção predominante sobre a Amazônia, por exemplo, frequentemente concebida como uma região imaculada e não influenciada pela atividade humana, é desafiada por recentes pesquisas, segundo as quais a Amazônia é apresentada como uma construção dos povos indígenas locais, que exerceram uma influência significativa sobre o meio ambiente, seja de maneira intencional ou acidental. As práticas indígenas, incluindo o uso do fogo, o transporte e a adaptação de sementes, bem como a modificação da geografia local, foram fundamentais na formação da paisagem amazônica atual. Portanto, a floresta Amazônica, longe de ser uma entidade isolada da presença humana, é na verdade um produto direto da interação e do impacto dos povos indígenas que a habitaram.⁷⁵²

Assim, a abordagem contemporânea ao ambientalismo exige a compreensão da sociedade humana como parte integrante da natureza, vista não como um estado estático de equilíbrio, mas como um fluxo dinâmico. Este paradigma, central ao ecopragmatismo, enfatiza a necessidade de estabelecer conexões duradouras e adaptativas entre humanos e natureza, desafiando a ideia de uma separação rígida entre estes. É fundamental perceber a natureza e a sociedade humana como sistemas que se interpenetram, sendo moldados tanto por valores humanos quanto por processos naturais. Isso implica em um processo de adaptação mútua, onde as atividades e valores humanos devem ser

⁷⁵² RODRIGUES, Icles. HISTÓRIA FM 123: **Império Asteca**: ascensão e queda de um império. Entrevistador: Icles Rodrigues. Entrevistado: Luis Kalil. [S.l.]: Leitura Obriga História, 23 jan. 2023. Podcast. Disponível em: <https://leituraobrigahistoria.com/podcast/imperio-asteca-ascensao-e-queda-de-um-imperio/>. Acesso em: 13 nov. 2023. 1h18m30s.

adequados para sustentar o planeta, mas o estado do planeta também deve ser adequado para sustentar as sociedades humanas modernas.⁷⁵³

Ao assumir uma perspectiva humana sobre problemas ambientais e defender a análise contextual da questão, o pragmatismo ambiental perfilha o que pode ser chamado de “antropocentrismo esclarecido”⁷⁵⁴, isto é, a visão de que os seres humanos são biologicamente, psicologicamente, socialmente e ecologicamente impelidos, em última análise, a perceber o mundo em termos de percepções, pensamentos, valores e cultura humanos.

Neste campo, Edward Wimberley e Scott Pellegrino citam a filosofia pragmatista de Ken Wilber, que introduziu os conceitos de “interioridade” e “exterioridade” na análise pragmática das questões ambientais. Wilber se destacou por desenvolver uma abordagem ecológica chamada “teoria integral”, em que diferencia “exterioridade”, ou seja, características objetivas externas individuais e coletivas, como, por exemplo, características comportamentais e sociais, de “interioridade”, isto é, características individuais e coletivas subjetivas, como a intencionalidade e a cultura. Essa distinção se mostra útil ao comparar o que os indivíduos fazem ao que eles sentem e acreditam em relação ao meio ambiente. Contribui também para a compreensão de como a sociedade se manifesta de forma coletiva, externamente, socialmente e organizacionalmente, em contraste a como ela expressa sua interioridade em termos de cultura e filosofia.⁷⁵⁵

Em outras palavras, o pragmatismo é útil ao reconhecer a contradição comumente vista entre o que as pessoas acreditam e defendem como de interesse coletivo e o que percebem como de interesse individual. Em

⁷⁵³ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism: making sensible environmental decisions in an uncertain world**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 205.

⁷⁵⁴ Edward Winberley e Scott Pellegrino utilizam o termo “antropocentrismo necessário”, argumentando que, na perspectiva de seres humanos que vivem “dentro” do mundo, somos biologicamente, psicologicamente, socialmente e ecologicamente forçados a, no fim das contas, perceber o mundo ao nosso redor em termos de percepções, pensamentos, valores e cultura humanas. (WIMBERLEY, Edward T.; PELLEGRINO, Scott. **Ecopragmatics**. Champaign, Illinois: Common Ground Publishing, 2014. Edição Kindle, posição 537).

⁷⁵⁵ WIMBERLEY, Edward T.; PELLEGRINO, Scott. **Ecopragmatics**. posição 544.

geral, a ideia de máxima preservação do meio ambiente é bem aceita, salvo quando restritiva ao patrimônio ou aos interesses pessoais. Ao admitir esse viés, o pragmatismo auxilia na tomada da melhor decisão.

Um exemplo ilustra esta contradição. Mark Sagoff⁷⁵⁶ conta que na disciplina que leciona sobre ética ambiental pediu aos alunos para lerem a decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Sierra Club v. Morton* (405 U.S. 727 (1972)). Nesta ação, ambientalistas questionavam uma decisão do Serviço Florestal norte-americano de conceder parte do *Mineral King Valley*, uma área de proteção inserida no *Sequoia National Park*, para as empresas Walt Disney, a fim de desenvolver uma estação de esqui. O plano da Disney, aprovado pelo Serviço Florestal em janeiro de 1969, previa um complexo turístico de US\$ 35 milhões, incluindo hotéis, restaurantes, piscinas, estacionamentos e outras estruturas projetadas para acomodar 14.000 visitantes diariamente. Para acessar o *resort*, o estado da Califórnia se comprometeu a construir uma rodovia de 32 quilômetros, parte dela atravessando o Parque Nacional, além de uma linha de transmissão de alta tensão.

Sagoff então perguntava quantos alunos haviam visitado a região protegida ou tinham a intenção de visitá-la enquanto permanecesse intocada. Ninguém levantou a mão. Por que não? Muitos mosquitos, alguém disse. Não há diversão suficiente, disse outro. Em seguida, Sagoff perguntava quantos alunos gostariam de visitar o *Mineral King Valley* se ele fosse desenvolvido da maneira planejada pela Disney. Todos levantaram a mão.

Esse exemplo não só ilustra as contradições humanas no tocante às questões ambientais, como remete aos vieses e erros de julgamento a que as pessoas estão sujeitas, conforme estudado pela psicologia cognitiva e mencionado anteriormente, os quais compõem um contexto levado em consideração pelo pragmatismo.

⁷⁵⁶ SAGOFF, Mark. We have met the enemy and he is us or Conflict and contradiction in Environmental Law. In: MINTZ, Joel A.; DERNBACH, John C.; GOLD, Steve C.; ROBBINS, Kalyani; VILLA, Clifford; WAGNER, Wendy. **A Practical Introduction to Environmental Law**. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2017. p. 12. Tradução livre.

Um terceiro fundamento do pragmatismo filosófico, o **consequencialismo**, é igualmente útil na análise de questões ambientais. Fundado na premissa de que todas as pessoas, de uma forma ou de outra, praticam filosofia ambiental e que é possível e necessário engajá-las em um diálogo honesto, tolerante e prático, o pragmatismo ambiental tende a abordar a questão com foco na ação, no que funciona na prática, orientando-se pelo melhor resultado, com vistas a preservar e promover os interesses das pessoas e do meio ambiente em geral.

O antropocentrismo esclarecido defendido pelos ecopragmatistas se mostra suficiente para o propósito de fornecer bases morais para políticas sociais destinadas a proteger o meio ambiente e remediar a degradação ambiental, e talvez ainda mais efetivo na produção de resultados pragmáticos em termos de formulação de políticas públicas do que as teorias não-antropocêntricas⁷⁵⁷, visto que, em última instância, todos os valores expressos em tomadas de decisão na área ambiental são valores humanos, manifestados e experimentados pelos seres humanos.⁷⁵⁸

Ben Minteer defende que os problemas ambientais, do ponto de vista filosófico, sejam entendidos como o resultado da falha coletiva em adotar métodos experimentais e sugere uma visão tolerante e inclusiva da gama de valores humanos e ambientais no longo prazo. Quando tais valores são devidamente examinados, criticados e integrados por meio de debate, discussão e deliberação, a tomada de decisão sobre preservação e gestão ambiental torna-se mais consistente e, portanto, mais durável.⁷⁵⁹

⁷⁵⁷ BRENNAN, Andrew; LO, Yeuk-Sze. Environmental Ethics. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Winter, 2016. p. 2. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/ethics-environmental/>. Acesso em: 12 jul. 2022.

⁷⁵⁸ MINTEER. Ben A. **Refounding environmental ethics: pragmatism, principle and practice**. Filadélfia: Temple University Press, 2012. Posição 1840. Edição Kindle.

⁷⁵⁹ MINTEER. Ben A. **Refounding environmental ethics: pragmatism, principle and practice** posição 225.

De acordo com Minter, os argumentos preservacionistas tradicionais para salvar espécies e áreas protegidas, bem como os princípios não antropocêntricos anti-intervencionistas que lhes dão suporte, tornar-se-ão cada vez mais insustentáveis em novos ambientes que têm pouca semelhança com os sistemas históricos do passado. O desafio para uma filosofia ambiental pragmática, dentro desse novo modelo de ação e política de conservação, é guiar mudanças ambientais aceitáveis em uma ordem ecológica cada vez mais dinâmica, ao mesmo tempo em que fornece contenção moral suficiente à modificação humana destrutiva da natureza. É um desafio imenso, mas que deve ser enfrentado se a consequência almejada for a preservação do meio ambiente sob as mudanças globais no século XXI.⁷⁶⁰

De forma resumida, os cinco princípios básicos do ecopragmatismo, baseados na filosofia de William James, podem ser assim relacionados:

First Principle: Be Outcome Oriented. Don't let "first things" (principles, categories, supposed necessities, absolutes, biases and abstractions) distract from "last things" (outcomes, consequences, fruits, products and facts).

Second Principle: Be Mindful. Empty your mind of any other conversation, dialogue or issue that you may also be working on or ruminating about and give the issue at hand your full attention.

Third Principle: Be Discriminating. Focus upon the degree to which the quality of the ideas and information you consider conform to the criteria of adequacy, concreteness, factual, action-oriented, and empowering (ACFA-OE).

Fourth Principle: Remain Grounded in Past Experience. Recognize and appreciate old-stock values and don't discard them unless and until better ideas, information or values present themselves in a way that is compelling to heart and mind.

Fifth Principle: Remain Open to New Experience. While recognizing the worth of old-stock ideas and values commit to

⁷⁶⁰ MINTEER. Ben A. **Refounding environmental ethics**: pragmatism, principle and practice. Posição 271-275.

*substituting them with new-stock values whenever superior values and ideas present themselves.*⁷⁶¹

Resta examinar, com base no rol acima, de que forma os fundamentos do pragmatismo filosófico relacionado ao meio ambiente influenciam o pragmatismo jurídico, na área do direito ambiental.

Primeiramente, é preciso recordar que, assim como o pragmatismo ambiental se empenha em aplicar noções pragmáticas à solução de problemas ambientais, o pragmatismo jurídico incorpora os métodos e princípios do pensamento pragmático na teoria do direito.

Com efeito, em contextos de diversidade e incerteza que frequentemente permeiam o direito ambiental e a atividade regulatória em geral, a abordagem pragmática tem muito a contribuir para a tomada de decisão. A pluralidade e a subjetividade presentes nos debates ambientais moldam questões relevantes para o direito ambiental, incluindo, em primeiro lugar, o conteúdo das regulamentações, ou seja, quais assuntos e ações devem ser abordados, e, em segundo lugar, a forma de abordá-los.⁷⁶²

⁷⁶¹ Primeiro Princípio: Seja Orientado para o Resultado. Não deixe que “as primeiras coisas” (princípios, categorias, supostas necessidades, conceitos absolutos, vieses e abstrações) distraiam as “últimas coisas” (resultados, consequências, frutos, produtos e fatos).

Segundo Princípio: Esteja Consciente. Esvazie sua mente de qualquer outra conversa, diálogo ou assunto sobre o qual você também esteja trabalhando ou ruminando e dê total atenção ao assunto em questão.

Terceiro Princípio: Seja Discernidor. Concentre-se no grau em que a qualidade das ideias e informações que você considera estão de acordo com os critérios de adequação, concretude, factual, orientado para a ação e empoderamento (ACFA-OE).

Quarto Princípio: Permaneça Ancorado em Experiências Passadas. Reconheça e aprecie valores antigos e não os descarte a menos e até que melhores ideias, informações ou valores se apresentem de uma forma que seja atraente para o coração e a mente.

Quinto Princípio: Permaneça Aberto a Novas Experiências. Embora reconheça o valor de ideias e valores de ações antigas, comprometa-se a substituí-las por valores de ações novas sempre que valores e ideias superiores se apresentarem.

(WIMBERLEY, Edward T.; PELLEGRINO, Scott. **Ecopragmatics**. posição 737. Tradução livre).

⁷⁶² PEDERSEN, Ole W. Modest Pragmatic Lessons for a Diverse and Incoherent Environmental Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, 2013.

A maior contribuição do pragmatismo, nesse campo, é a sua inclinação construtiva, com ênfase no diálogo, atenção ao contexto e busca de um caminho intermediário entre posições extremadas. A função do pragmatismo não é dizer o que os julgadores não sabem, mas sim lembrá-los do que eles já sabem e acreditam, mas muitas vezes não praticam.⁷⁶³ A atividade jurisdicional consciente e dedicada a resolver o problema e não apenas o processo já tem, de certa forma, uma natureza pragmatista, ainda que o julgador não esteja consciente disso.

Diante da pluralidade de valores encontrados no direito ambiental, suscetível a múltiplas e concorrentes reivindicações da verdade, o pragmatismo jurídico compreende que a melhor maneira de encontrar um equilíbrio é através de investigações falibilistas, com foco no meio termo, sem pretensão de atingir verdades universais, ao mesmo tempo em que se satisfaz com o resultado humanamente alcançável, dentre as consequências possíveis. Ao se ater ao que funciona na prática e manter a disposição de questionar continuamente normas e valores, o pragmatismo jurídico evita, ou pelo menos leva em conta, a heurística e os vieses identificados nos debates ambientais.⁷⁶⁴

Além disso, a natureza antifundacionalista do pragmatismo, ao enfatizar o caráter temporário e contingente do conhecimento, mostra-se útil para o direito ambiental, uma vez que constantemente relembra que o conhecimento científico acerca de riscos, danos e possíveis consequências está em constante mutação.

O pragmatismo, segundo Keith Hirokawa, oferece um campo no qual os oponentes paradigmáticos podem encontrar um terreno comum e potencialmente concordar com políticas e leis ambientais. Para este autor, o desafio é permitir o progresso encontrando melhores soluções ambientais que tanto efetuem uma mudança na forma como se olha o meio ambiente, como

⁷⁶³ PEDERSEN, Ole W. Modest Pragmatic Lessons for a Diverse and Incoherent Environmental Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, 2013.

⁷⁶⁴ PEDERSEN, Ole W. Modest Pragmatic Lessons for a Diverse and Incoherent Environmental Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, 2013.

sejam práticas o suficiente para serem adotadas pelo ordenamento jurídico. É imperativo que, ao aceitar esse desafio, a fidelidade aos objetivos de proteção ambiental inclua uma disposição de modificar, ou mesmo descartar, teorias ambientais radicais em um esforço para garantir resultados de longo prazo.⁷⁶⁵

Do mesmo modo, Joel Mintz relaciona prós e contras da tomada de decisão baseada no pragmatismo ambiental. Argumenta que os problemas ambientais tendem a ser factualmente complexos, envolvendo muitas vezes questões científicas tecnicamente complexas, uma multiplicidade de atores e compromissos institucionais, mudanças rápidas na tecnologia e conhecimento sobre as consequências econômicas, sociais e políticas de longo prazo. Diante disso, a ênfase do pragmatismo em fatos específicos, consequências e soluções viáveis, aliada ao seu ceticismo em relação a grandes teorias e concepções fixas e dogmáticas, é altamente proveitosa para o campo do direito ambiental.⁷⁶⁶

Ademais, com sua inerente flexibilidade ideológica, pluralismo e enfoque não dogmático nas consequências globais das decisões ambientais, o pragmatismo jurídico tem o potencial de oferecer um ponto intermediário onde posições divergentes possam encontrar-se. À medida que métodos pragmáticos são adotados, aqueles que valorizam a proteção ambiental podem ser incentivados a deixar de lado, ou ao menos minimizar, suas discordâncias e manter o foco no que realmente importa.⁷⁶⁷

Outro benefício potencial do pragmatismo jurídico-ambiental, com sua ênfase na justiça social e na realização de fins sociais, é que a adoção dos seus métodos pelos tribunais aumente a probabilidade de que as normas ambientais sejam interpretadas de maneira mais favorável ao meio ambiente. A superioridade do raciocínio prático sobre a rigidez do formalismo, como sustenta

⁷⁶⁵ HIROKAWA, Keith. Some pragmatic observations about radical critique in environmental law. **Stanford Environmental Law Journal**, vol. 21, p. 225, junho, 2002.

⁷⁶⁶ MINTZ, Joel A. Some Thoughts on the Merits of Pragmatism as a Guide to Environmental Protection. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, 2004.

⁷⁶⁷ MINTZ, Joel A. Some Thoughts on the Merits of Pragmatism as a Guide to Environmental Protection. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, 2004.

Posner, também caminha nesse sentido, visto que o pragmatismo valoriza a experimentação e a resolução inovadora de problemas.⁷⁶⁸

Por outro lado, o pragmatismo jurídico não deve ser considerado uma panaceia para a causa ambiental. A rejeição do pragmatismo de noções fixas e abstratas de certo e errado, embora flexíveis e úteis em alguns contextos, também pode correr o risco de cair no que alguns autores chamam de "a areia movediça do relativismo." Juristas que buscam segurança e conforto em uma abordagem jurisprudencial construída sobre fundamentos filosóficos universalmente aceitos certamente encontrarão menos do que esperam no pragmatismo jurídico-ambiental.⁷⁶⁹

De todo modo, embora não seja uma solução para tudo, o pensamento pragmático tem muito a acrescentar ao discurso contemporâneo sobre tomada de decisão na esfera ambiental. O interesse do pragmatismo sobre fatos concretos, flexibilidade, experimentação e soluções práticas e viáveis para problemas do mundo real, combinado com sua clara preferência pela construção democrática do consenso e justiça social, fornece um quadro intelectual sensato para a inovação e o aprimoramento na tomada de decisões em casos difíceis relacionados ao meio ambiente.⁷⁷⁰

Nesse campo, sobressai o nome de Daniel Farber, renomado acadêmico na área do direito ambiental nos Estados Unidos, e um dos pioneiros na aplicação da filosofia pragmática a questões ambientais complexas. A seguir, serão analisados os principais aspectos de sua teoria.

3.4 O ECOPRAGMATISMO DE DANIEL FARBER

⁷⁶⁸ MINTZ, Joel A. Some Thoughts on the Merits of Pragmatism as a Guide to Environmental Protection. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, 2004.

⁷⁶⁹ MINTZ, Joel A. Some Thoughts on the Merits of Pragmatism as a Guide to Environmental Protection. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, 2004

⁷⁷⁰ MINTZ, Joel A. Some Thoughts on the Merits of Pragmatism as a Guide to Environmental Protection. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, 2004.

O pragmatismo ambiental concebido por Daniel Farber é descrito como um casamento de dois temas: o tema "ecológico", cientificamente baseado no caráter dinâmico dos sistemas naturais, e o tema "pragmático", que se baseia na corrente filosófica do pragmatismo. A integração destes dois tópicos forma o "ecopragmatismo", um novo método para tomar decisões em matéria ambiental.⁷⁷¹

Em síntese, o ecopragmatismo de Farber aborda cinco desafios fundamentais para o direito ambiental, assim descritos pelo autor: 1) todas as decisões do direito ambiental envolvem alguma troca entre custos e benefícios em termos de alocação de recursos e bem-estar social; 2) todas as decisões em matéria ambiental abordam questões com algum grau de incerteza científica; 3) mesmo se as políticas públicas fossem puramente orientadas pela economia, é necessário estabelecer algum nível mínimo de proteção ambiental para sustentá-la, e provavelmente um degrau a mais se a política pública refletir valores adicionais; 4) todas as decisões em matéria ambiental têm consequências no presente e no futuro; e 5) uma vez que o meio ambiente é um sistema em constante evolução, é preciso saber o momento de tomar a decisão ou aguardar por mais informações.⁷⁷²

O caso *Reserve Mining Co. v. Environmental Protection Agency (EPA)*⁷⁷³, decidido pela Justiça Federal dos EUA, é utilizado por Farber para desenvolver sua teoria. Mais adiante serão analisados os cinco desafios citados acima.

3.4.1 Reserve Mining

Em 1955, uma empresa chamada *Reserve Mining* começou a minerar taconita na costa norte do Lago Superior, um dos cinco grandes lagos de água doce na fronteira entre Canadá e Estados Unidos. A empresa extraía

⁷⁷¹ RUHL, J. B. Working Both (Positivist) Ends Toward a new (Pragmatist) Middle in Environmental Law Eco-pragmatism. **The George Washington Law Review**, abr. 2000.

⁷⁷² RUHL, J. B. Working Both (Positivist) Ends Toward a new (Pragmatist) Middle in Environmental Law Eco-pragmatism. **The George Washington Law Review**, abr. 2000.

⁷⁷³ 514 F.2d 492 (8th Cir. 1975).

minério de ferro da taconita através de um processo que resultava em duas toneladas de rejeitos para cada tonelada de minério de ferro produzido, os quais eram despejados no lago. Pouco tempo depois do início das operações, pescadores locais começaram a relatar o crescimento de um lodo cinzento em suas redes, afirmando que estavam capturando menos peixes, e que seu outrora lago azul e claro tinha virado um verde turvo ao longo de quase quarenta milhas de sua costa.

Estudos realizados em 1956 e 1957 por cientistas do Departamento de Saúde do estado de Minnesota indicaram que o lodo cinzento e a mancha verde estavam associados aos rejeitos da mineradora. Esses estudos não foram tornados públicos até o final da década de 1960. Até então, a empresa estava despejando diariamente no lago 67 mil toneladas de rejeitos, juntamente com 700 milhões de litros de água residuais. Em doze dias, a mineradora despejava mais sedimentos no Lago Superior do que todos os afluentes do lado americano descarregaram em um ano inteiro, um volume que levou um pesquisador a concluir que as atividades da *Reserve Mining* constituíram um grande evento geológico na história do maior reservatório de água doce do mundo, comparável à chegada da civilização europeia.⁷⁷⁴

Em 1972, o governo dos Estados Unidos ajuizou uma ação objetivando impedir a empresa de despejar rejeitos de taconita no Lago Superior. A ação inicialmente se concentrou no efeito dos rejeitos no ecossistema local. No entanto, pouco mais de um ano após o início do processo, descobriu-se amianto na água que abastecia a cidade de Duluth, Minnesota, originado dos rejeitos da mineradora. A partir desse momento, a ação judicial se fixou na possibilidade de que o consumo prolongado de água contaminada com amianto pudesse causar câncer nas cerca de 200 mil pessoas que viviam na costa norte do lago. Embora até então estivesse claro que a inalação de amianto era perigosa, não se sabia se beber amianto era igualmente arriscado.

⁷⁷⁴ HEINZERLING, Lisa. Book review: pragmatists and environmentalists, Eco-pragmatism: Making Sensible Environmental Decisions in an Uncertain World. **Harvard Law Review**. vol. 113, p. 1421, abril, 2000.

No decorrer do processo, o juiz federal de primeira instância propôs uma solução que diminuísse a poluição do Lago Superior, mas mantivesse aberta a usina de mineração. Ele questionou os representantes da empresa sobre a possibilidade de descartar os rejeitos em terra, porém eles afirmaram que a única alternativa ao método de descarte existente até então era o despejo através de um tubo de 150 pés de profundidade (cerca de 45 metros), que levaria os rejeitos para o fundo do lago, onde, em tese, produziriam menos danos. A empresa negou repetidamente ter qualquer plano para o descarte em terra.

No final do processo, demonstrou-se que essa afirmação era falsa. Não só a própria empresa rechaçava o plano de eliminação por meio de tubos profundos, considerando-o tecnicamente inviável, como também havia realizado estudos detalhados da viabilidade do descarte em terra e concluído que custaria menos da metade do valor declarado inicialmente. As tentativas de conciliação encerraram quando a mineradora anunciou sua disposição em prosseguir com o descarte em terra, desde que fossem cumpridas as seguintes condições: a continuidade das operações da empresa pelo período de cinco anos necessário para construir o sistema de descarte, apoio financeiro dos governos estadual e federal para o projeto, e a obtenção de uma "solução satisfatória" em relação às alegadas questões de risco à saúde.

Naquela mesma tarde, o juiz federal proferiu sua decisão. Considerou que o descarte de rejeitos de taconita no Lago Superior ameaçava substancialmente a saúde pública e afirmou que a proposta da mineradora de condicionar o acordo sem levar em conta as provas produzidas foi "chocante e imprópria em uma corte de justiça". Ele ordenou que as atividades da mineradora fossem encerradas naquele mesmo dia.

Dois dias depois, o Tribunal Federal do Oitavo Circuito reverteu a decisão. A Corte determinou que a empresa diminuísse a poluição hídrica por meio de descarte em terra, que, segundo estimativa da empresa, custaria aproximadamente US\$ 240 milhões. A mineradora continuou a despejar rejeitos no Lago Superior até 1980, quando o sistema de descarte terrestre foi finalmente concluído.

Daniel Farber utiliza esse caso de evidente conflito entre preservação ambiental e desenvolvimento econômico para desenvolver sua teoria do ecopragmatismo, expondo as características dos problemas que dificultam a tomada de decisão em matéria ambiental e a torna tecnicamente complexa e moralmente dividida: a incomensurabilidade dos danos econômicos e físicos, longas linhas temporais e incerteza científica.⁷⁷⁵

Concluindo que não há saída sobre ter que fazer escolhas difíceis sobre quando sacrificar valores ambientais em detrimento de outras preocupações relevantes, Farber se baseia nas nuances dessa ação judicial para estabelecer os fundamentos de sua teoria, agregando noções de pragmatismo filosófico, pragmatismo jurídico e ecologia.

3.4.2 Ambientalismo x economia

A conexão entre as questões ambientais e o pragmatismo jurídico é descrita por Farber como uma reação contra a crescente obsessão de alguns juristas com grandes teorias como o reducionismo econômico. Segundo ele, uma análise convincente deve ser como uma teia, baseada na coesão de muitas fontes, ao invés de uma torre, construída sobre um único alicerce. Uma análise inteligente requer o uso de teorias como ferramentas, não como fins em si mesmas. As decisões ambientais envolvem uma rede complexa de julgamentos científicos, econômicos e normativos. É improvável que se possa construir uma estrutura na qual todas essas considerações apontem para uma única conclusão. A esperança está em construir uma rede interligada de argumentos que sustente uma decisão baseada em considerações diversas e sobrepostas.⁷⁷⁶

Nesse contexto, em uma abordagem pragmática de problemas ambientais, a análise econômica é útil, mas não determinante. Para Farber, os

⁷⁷⁵ HEINZERLING, Lisa. Book review: pragmatists and environmentalists, Eco-pragmatism: Making Sensible Environmental Decisions in an Uncertain World. **Harvard Law Review**, 2000.

⁷⁷⁶ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 10.

críticos da análise de custo-benefício⁷⁷⁷ estão certos ao dizer que a eficiência econômica é uma base inadequada para a política ambiental, porém estão equivocados ao construir uma barreira entre economia e ética. Na prática, o analista de custo-benefício precisa tomar várias decisões técnicas que acabam envolvendo também questões éticas.⁷⁷⁸ Além disso, muitos *insights* econômicos são relevantes para uma análise política mais abrangente, conforme detalhado anteriormente, quando se tratou da análise econômica do direito ambiental.

Assim, deve ser rejeitada a premissa de que interesses econômicos são meras “preferências”, que devem ter pouca ou nenhuma consideração comparada com valores ambientais. Dada a natureza do comportamento humano nas sociedades modernas, não é realista esperar que regras ambientais austeras durem por muito tempo.⁷⁷⁹

Sustenta o autor:

Only by acknowledging the claims of both the public and the private spheres can we hope to create a durable scheme of environmental protection. Without appealing to public values, environmental regulations could not long enjoy general support based purely on the calculus of competing private interests. But without recognizing private interests as legitimate, environmental regulations may provoke unmanageable resistance from those paying the price and are likely to be seen by society as a whole as too draconian to be acceptable. Long-term sustainable

⁷⁷⁷ “A análise do custo-benefício é a técnica para converter os impactos decorrentes de uma decisão pública em valores monetários e agregá-los em uma escala métrica monetária única. Opera da seguinte maneira: para cada pessoa afetada (positiva ou negativamente) calcula-se uma ‘variação compensatória’, estimada com base nas suas preferências, equivalente ao montante necessário para que assuma uma posição melhor do que a posição usufruída no *status quo*. Quando a soma das variações compensatórias for positiva, a decisão estará aprovada; caso contrário, rejeitada.” (WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. **Análise do custo-benefício como procedimento de avaliação dos impactos das decisões públicas**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Porto Alegre, 2016, p. 32).

⁷⁷⁸ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 9.

⁷⁷⁹ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 13.

*environmental regulations must appeal to public values, while recognizing the significance of economic interests as well.*⁷⁸⁰

Farber salienta que nas últimas décadas o direito ambiental tem sido dominado por uma luta entre duas visões opostas: ambientalistas (que denomina *tree huggers* – “abraçadores de árvores”) *versus* economistas (*bean counters* – “contadores de feijão”).⁷⁸¹ Afirma que a controvérsia se fundamenta na legitimidade ou não do método baseado no mercado como um mecanismo de escolha social e que o julgador deve levar em conta as duas visões na solução do problema.⁷⁸²

É preciso observar, nesse ponto, que a regulação ambiental nos Estados Unidos é frequentemente criticada como irrealista porque teria como objetivo proteger o público ou o meio ambiente de riscos sem considerar os custos associados a essa proteção. Parece claro que uma tentativa de eliminar todos os riscos ambientais a qualquer custo seria inaceitável, pois exigiria gastos que “vão muito além dos limites do bom senso”.⁷⁸³ A análise de custo-benefício, nessa ótica, envolve equilibrar o benefício social da regulação e o custo para a sociedade cumpri-la.

No que diz respeito ao meio ambiente, Farber adverte que é equivocado tratar valores ambientais como se estivessem no mesmo plano que

⁷⁸⁰ “Somente reconhecendo as reivindicações da esfera pública e particular podemos esperar criar um esquema durável de proteção ambiental. Sem apelar para os valores públicos, as regulações ambientais não poderiam gozar por muito tempo de apoio geral baseado puramente no cálculo de interesses privados concorrentes. Mas, sem reconhecer os interesses privados como legítimos, as regulações ambientais podem provocar uma resistência incontrolável daqueles que pagam o preço e provavelmente serão vistas pela sociedade como muito draconianas para serem aceitáveis. Regulações ambientais sustentáveis de longo prazo devem apelar aos valores públicos, ao mesmo tempo que também reconhecem a importância dos interesses econômicos.” (FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 58. Tradução livre).

⁷⁸¹ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 35.

⁷⁸² FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 41.

⁷⁸³ Citando o juiz da Suprema Corte dos EUA Stephen Breyer e Cass Sunstein: ANGELO, Mary Jane. Embracing Uncertainty, Complexity, and Change: An Eco-pragmatic Reinvention of a First-Generation Environmental Law. **Ecology Law Quarterly**, vol. 33, p. 105, 2006.

meras decisões de consumo.⁷⁸⁴ Mesmo assim, afirma que medidas econômicas devem fazer parte da tomada de decisão ambiental por duas razões: primeiro, não se deve desprezar as decisões que trabalhadores e membros da comunidade tomam a respeito de níveis de danos para eles mesmos. Afinal, é a vida deles que está em jogo. Nesse aspecto, ainda que o paternalismo se justifique em alguns momentos, considerando que algumas vezes as pessoas parecem não ser capazes de tomar decisões que claramente são do seu interesse, isso não leva à conclusão imediata que se conhece seus interesses melhor do que eles próprios. Isso pode ser meramente uma desculpa para impor outros valores, o que seria o equivalente a um “imperialismo ambiental”.⁷⁸⁵ Segundo, são necessários padrões de referência (*benchmarks*) para avaliar a razoabilidade das decisões ambientais. Valores ambientais não estão completamente imunes de comparação com preferências econômicas. Técnicas de economia para medir benefícios ambientais oferecem uma maneira de fazer essa comparação. Medidas econômicas não devem ser tidas como dogmas, mas são pontos de partida úteis.⁷⁸⁶

Em resumo, devem ser rejeitadas as duas posições extremas: contadores de feijão estão errados em supor que preferências do mercado definem o interesse público, e abraçadores de árvores estão errados ao afirmar que as preferências do mercado são irrelevantes à política pública. Elas têm um legítimo, porém não definitivo, papel a desempenhar.⁷⁸⁷

3.4.3 O dilema do risco

Farber é enfático: o risco é inerente à condição humana. Viver no planeta Terra oferece riscos, proporcionados pela natureza, como terremotos ou

⁷⁸⁴ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 51.

⁷⁸⁵ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 62.

⁷⁸⁶ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 60.

⁷⁸⁷ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 64.

doenças, ou criados pelo homem.⁷⁸⁸ Diante do risco ambiental, é natural querer eliminar a ameaça até o máximo possível. Isso pode ser feito exigindo que todos os poluidores usem a melhor tecnologia disponível (*best available technology* ou BAT, na sigla em inglês) ou tomando todas as medidas possíveis para reduzir emissões a um nível seguro. É o que Farber denomina de “abordagem da viabilidade” (*feasibility approach*). Outro método regulatório possível é a análise de custo-benefício, em que as decisões regulatórias são feitas balanceando os custos e benefícios da regulação.⁷⁸⁹

No chamado “caso Benzeno” (*Benzene case*)⁷⁹⁰, a Suprema Corte dos EUA tratou de como a análise da viabilidade é aplicada a substâncias químicas tóxicas. A ação dizia respeito a uma norma editada pela *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA), agência federal ligada ao Ministério do Trabalho, para regular a exposição ocupacional ao benzeno, uma substância que havia demonstrado causar câncer em níveis altos de exposição. A questão era se tal demonstração consistia em uma causa suficiente para estabelecer um padrão mais restritivo à exposição ao benzeno que era tecnologicamente e economicamente possível. A Suprema Corte entendeu que a agência excedeu sua autoridade regulatória porque não demonstrou que o novo limite de exposição ao benzeno era razoavelmente necessário ou apropriado para proporcionar emprego seguro ou saudável. Em suma, antes que regulações possam ser impostas, a Corte exigiu a demonstração inicial de um risco significativo de dano em níveis atuais de exposição à substância tóxica.

Farber considera, contudo, que a análise da viabilidade não é muito diferente da análise de custo-benefício, como de início possa parecer. Na prática, o tomador de decisão considera os custos quando decide se um risco é

⁷⁸⁸ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 74.

⁷⁸⁹ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 70.

⁷⁹⁰ *Indus. Union Dep't, AFL-CIO v. API*, 448 U.S. 607 (1979).

relevante. O que se mostra viável para controlar um grande risco pode ser considerado inviável quando o risco é muito pequeno.⁷⁹¹

Na opinião do autor, a análise de custo-benefício é, nesse sentido, mais transparente do que a análise da viabilidade, cuja retórica pode esconder uma troca (*trade-off*) que acaba acontecendo na prática.⁷⁹² Ainda que colocar valor monetário em vidas humanas seja intrinsecamente ofensivo, é preciso reconhecer que há um limite do que individual e coletivamente as pessoas estão dispostas a pagar para salvar vidas. Segurança completa é uma quimera. Em algum ponto, simplesmente não se está disposto a pagar o preço de uma segurança maior.⁷⁹³ De fato, as pessoas naturalmente já precificam o risco, ao aceitarem, por exemplo, empregos com cargas extras de periculosidade ou de prejuízo à saúde, desde que sejam mais bem remuneradas. Ainda que, na prática, a análise de custo-benefício não forneça respostas definitivas, pode oferecer uma moldura na qual decisões políticas sobre aversão ao risco podem ser tomadas e implementadas.⁷⁹⁴

Farber reconhece que nenhum dos dois métodos fornece uma resposta pronta e definitiva, e suas diferenças são mais sutis do que parecem. Os métodos citados apenas moldam o resultado, dentro da respectiva estrutura, mas ambos são suficientemente flexíveis para permitir considerável discricionariedade. A análise de viabilidade é flexível devido à dificuldade em definir expressões importantes, como "risco significativo" e "controle viável". Da mesma forma, a análise de custo-benefício é flexível devido à incerteza que envolve parâmetros cruciais, como o valor da vida. Independentemente da

⁷⁹¹ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 82.

⁷⁹² FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 83.

⁷⁹³ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 84.

⁷⁹⁴ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 91.

abordagem adotada, será necessário realizar julgamentos de valor, resultando em uma escolha pragmática.⁷⁹⁵

Explica o autor:

*The conflict between cost-benefit analysis and feasibility analysis is more subtle than one might expect. Neither can be considered illegitimate in principle. Neither guarantees a firm answer, right or wrong. Both provide frameworks, and the choice of the right framework must be a pragmatic one. We must ask what framework works best—best in terms of the limits on available information, best in terms of political fairness and accountability, and, most important, best terms of capturing our society's fullest understanding of the values at stake. Selection of a particular method of analysis may not force us to a particular conclusion, but it may at least give us a strong nudge in one direction.*⁷⁹⁶

Desse modo, a busca não deve ser por um método infalível para decidir as questões ambientais. Em vez disso, é necessária uma análise pragmática que permita incorporar valores da forma mais inteligente possível. Nesse sentido, a falta de um sistema automático que forneça respostas prontas para casos difíceis não é causa de ansiedade entre pragmatistas.⁷⁹⁷ O julgador pragmático olhará para o que funcionou melhor até agora na experiência do direito ambiental para tomar sua decisão.

Em um mundo perfeito com dados científicos impecáveis sobre riscos ambientais e metodologias que valorizam adequadamente todos os custos

⁷⁹⁵ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 92.

⁷⁹⁶ “O conflito entre a análise de custo-benefício e a análise de viabilidade é mais sutil do que se poderia esperar. Nenhum deles pode ser considerado ilegítimo em princípio. Nenhum dos dois garante uma resposta firme, certa ou errada. Ambos fornecem estruturas, e a escolha da estrutura certa deve ser pragmática. Devemos perguntar qual estrutura funciona melhor - melhor em termos dos limites das informações disponíveis, melhor em termos de justiça política e responsabilidade e, mais importante, melhores termos para captar o entendimento mais completo de nossa sociedade dos valores em jogo. A seleção de um determinado método de análise pode não nos forçar a uma conclusão específica, mas pode pelo menos nos dar um forte empurrão em uma direção.” (FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p.92. Tradução livre).

⁷⁹⁷ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 92.

e benefícios, uma abordagem custo-benefício poderia ser convincente. Todavia, ante a complexidade dos sistemas ecológicos, a escassez de bons dados, uma metodologia pouco clara de análise de custo-benefício, e a necessidade de agir agora, o julgador pragmático deve buscar outro caminho.

Mary Jane Angelo⁷⁹⁸ sugere que a melhor abordagem é a baseada na tecnologia. Citando Shapiro e Glicksman, a autora menciona a análise de viabilidade denominada *constrained balancing* (“balanceamento restrito”), ou “abordagem baseada em tecnologia”, em que o legislador estabelece um nível de proteção ambiental a ser alcançado através da identificação de objetivos regulatórios baseados em alguma tecnologia modelo. Dessa forma, os custos são considerados na escolha de uma tecnologia adequada (modelo), mas não são diretamente pesados contra os benefícios para estabelecer o mérito de uma determinada análise ou de um objetivo. Sob essa ótica, a redução do risco é buscada até o ponto em que uma redução adicional possa resultar em custos extraordinários ou desproporcionais.

Em todo caso, do ponto de vista do ecopragmatismo, é necessário estabelecer um ponto de partida ou patamar mínimo de proteção ambiental, chamado por Farber de *environmental baseline* (“linha de base ambiental”).

3.4.4 Linha de base ambiental

Em sua concepção pragmática, Daniel Farber reconhece a utilidade de princípios gerais, que ajudam a guiar o julgador no caso concreto, ponto de vista que contraria a noção comum de que o pragmatista é alguém que pesa todos os fatores (provavelmente com ênfase nos custos e benefícios materiais) e então tenta tomar a melhor decisão.⁷⁹⁹

A sociedade tem compromissos básicos, incluindo um com a qualidade ambiental, e esses compromissos devem formar a linha de base, o

⁷⁹⁸ ANGELO, Mary Jane. Embracing Uncertainty, Complexity, and Change: An Eco-pragmatic Reinvention of a First-Generation Environmental Law. **Ecology Law Quarterly**, 2006.

⁷⁹⁹ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 93.

ponto de partida, para a tomada de decisão. Esses compromissos não são ilimitados, e a análise de custo-benefício pode identificar quando o apego contínuo a eles não seria razoável em um determinado caso. Mas, em vez de abordar cada caso de forma diferente, deve-se partir das normas ambientais que a sociedade adotou de forma inequívoca, ou seja, de um patamar mínimo de proteção ambiental.⁸⁰⁰

Em termos concretos, esta análise se traduz em uma forte confiança na viabilidade da regulação. Essa abordagem incorpora o compromisso social com a proteção do meio ambiente, exigindo os maiores esforços possíveis na direção da qualidade ambiental.

Contudo, além de ser limitada por questões de viabilidade, o cumprimento de uma meta ambiental pode envolver custos que são grosseiramente desproporcionais a qualquer benefício plausível. Assim, a análise de custo-benefício pode servir como um apoio útil para a análise de viabilidade para lidar com essas situações. Deve-se sempre começar, no entanto, com uma presunção a favor da proteção do meio ambiente, exceto quando inviável ou totalmente desproporcional aos benefícios.⁸⁰¹

Uma linha de base neutra, para Farber, é inaceitável. A ideia de neutralidade estatal é sedutora, porém a neutralidade, como um valor, não goza de um *status* privilegiado. Como qualquer outro valor deve ser avaliada em contextos específicos. No contexto ambiental, não é o valor que a sociedade escolheu nas últimas décadas, tendo em vista a profusão de leis de proteção ao meio ambiente.⁸⁰² A própria adoção de uma linha de base neutra não é uma

⁸⁰⁰ Joshua Ulan Galperin, ao criticar o método de Farber por não levar necessariamente a maior proteção ambiental, ao tratá-la como objetivo, sem exigência de resultado, introduz o termo “ativismo pragmático”, ou “pragativismo”. Segundo ele, o pragtivismo é diferente, pois é o único entre as vertentes de pragmatismo ambiental com um objetivo específico em mente. (GALPERIN, Joshua Ulan. Trust me, I'm a pragmatist: a partially pragmatic critique of pragmatic activism. *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 42, p. 425, 2017)

⁸⁰¹ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 94.

⁸⁰² FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 105.

decisão neutra, pois baseada em um juízo de valor: a simetria entre poluidores e a população afetada, valor rejeitado, segundo Farber, pela sociedade norte-americana.⁸⁰³

Observe-se aqui que Farber escreve com olhos na legislação norte-americana, onde não há um direito fundamental explícito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao contrário do Brasil, onde a escolha da sociedade é mais evidente (art. 225 da CRFB). Farber até mesmo discorda da ideia da natureza em equilíbrio, a qual, segundo ele, não corresponde à realidade. A natureza está em constante transformação, não sendo correto dividir a natureza imaculada de um lado e a atividade humana destrutiva de outro.⁸⁰⁴ De todo modo, é possível dizer, nesse ponto, que na opinião de Farber há uma presunção interpretativa em favor da proteção ambiental na análise do caso concreto, mas essa presunção é relativa. Se a escolha do ponto de partida fornece o aspecto ambientalista do ecopragmatismo, os métodos para se afastar deste ponto de partida derivam do seu lado pragmático.⁸⁰⁵

Farber propõe assim um método híbrido de análise, conjugando viabilidade e custo-benefício. Sugere que se continue aplicando a análise de viabilidade, a qual é frequentemente endossada pela legislação, mas se utilize a análise de custo-benefício como uma referência do que é viável. Quando até mesmo uma análise ambientalmente sensível, que confere à vida um alto valor, estimativas de risco conservadoras e uma baixa taxa de desconto⁸⁰⁶ para

⁸⁰³ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 113.

⁸⁰⁴ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 205.

⁸⁰⁵ RAUPP, Daniel. O Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a possibilidade de ocupação da zona costeira mediante desenvolvimento sustentável, p. 126.

⁸⁰⁶ A "taxa de desconto" é a taxa utilizada para converter futuros custos e benefícios ambientais em seus equivalentes de valor presente. Isso permite que os formuladores de políticas e analistas comparem de maneira justa os impactos ambientais e econômicos que ocorrerão em diferentes momentos no tempo. Uma taxa mais baixa sugere uma alta valorização de resultados futuros, algo comum em análises ambientais devido às extensas consequências temporais dos impactos atuais. Inversamente, uma taxa mais elevada tende a minimizar a importância atribuída a esses resultados futuros, indicando uma predileção por vantagens imediatas ou uma preocupação reduzida com o longo prazo. (VAN DER PLOEG, Frederick. Discounting and Climate Policy. *In*: **Oxford Research Encyclopedia of Economics and Finance**. Disponível em:

benefícios futuros, mostra que a regulação é claramente injustificada, deve-se pensar com muita cautela se esta é realmente uma resposta viável para um risco significativo.⁸⁰⁷

Sob uma perspectiva pragmática, é importante manter os valores instrumentais ao alcance. É por essa razão que a análise de custo-benefício é necessária, a fim de garantir que os compromissos com ideais ambientais não se transformem em fanatismo.⁸⁰⁸

A principal virtude desta abordagem híbrida, segundo o autor, é que ela corresponde ao reconhecimento pela sociedade de um presumido direito à qualidade ambiental, mas sem perder de vista os custos desta proteção. Em outros termos, mantém um senso de equilíbrio ao mesmo tempo em que conserva um firme compromisso com o ambientalismo.⁸⁰⁹

Ao utilizar a análise de custo-benefício como uma restrição à regulação, evita-se colocar uma carga excessiva sobre o analista de custo-benefício, buscando resultados realistas e alcançáveis. No entanto, aproveita-se a capacidade dessa análise de trazer uma perspectiva objetiva e equilibrada para contrabalançar emoções excessivamente inflamadas em questões ambientais. Farber conclui que princípios gerais não são suficientes para resolver casos difíceis, mas essa abordagem híbrida, pelo menos, fornece uma estrutura para análise.⁸¹⁰

Em todo caso, a decisão de estabelecer uma linha de base ambiental levanta a questão sobre no que ela exatamente consiste, se se trata

<https://oxfordre.com/economics/display/10.1093/acrefore/9780190625979.001.0001/acrefore-9780190625979-e-581>. Acesso em: 9 nov. 2023)

⁸⁰⁷ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 116.

⁸⁰⁸ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 119.

⁸⁰⁹ WILDERMUTH, Amy J. The pragmatic ecologist: environmental protection as a jurisdynamic experience: Eco-pragmatism and ecology: what's Leopold got to do with it? **Minnesota Law Review**, vol. 87, p. 1145, abril, 2003.

⁸¹⁰ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 131.

de uma linha de base de risco zero, ou se alguma outra medida de proteção ambiental é mais apropriada, pergunta não respondida diretamente por Farber. Sabe-se, no entanto, que, no campo da proteção ambiental, o estabelecimento de uma linha de base assume uma complexidade adicional além da proteção à saúde humana.

Sobre esse tópico, Mary Jane Angelo⁸¹¹ propõe como linha de base a manutenção da integridade ecológica, em que a biodiversidade se apresenta como um componente significativo. Nesse aspecto, a manutenção de uma rica e abundante biodiversidade é uma medida que pode ser utilizada para avaliar a saúde dos ecossistemas, não só para a geração atual, mas em respeito à preservação de condições dignas de vida para as gerações futuras. O confronto de interesses geracionais é questão a ser examinada no próximo item.

3.4.5 Geração atual x gerações futuras

Uma razão por que decisões ambientais podem ser tão difíceis é que elas se estendem indefinidamente no tempo. As pessoas não estão acostumadas a tomar decisões no cotidiano com horizontes tão longínquos. Isso é agravado pela incompreensão sobre os problemas ambientais e pela rápida evolução do conhecimento científico nesse campo.⁸¹² Farber questiona: até que ponto as pessoas estão dispostas a fazer sacrifícios em prol de gerações futuras? A psicologia cognitiva mostra que, em geral, as pessoas são impacientes para receber recompensas no futuro, se podem receber no presente.⁸¹³

Não há dúvida de que, do ponto de vista ambiental, existe a obrigação da geração atual em garantir qualidade de vida saudável para as

⁸¹¹ ANGELO, Mary Jane. Embracing Uncertainty, Complexity, and Change: An Eco-pragmatic Reinvention of a First-Generation Environmental Law. **Ecology Law Quarterly**, vol. 33, p. 105, 2006.

⁸¹² FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 133.

⁸¹³ Esta preferência por recompensas imediatas é descrita por Daniel Kahneman como “desconto temporal”, que é a tendência humana de antecipar recompensas (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012).

gerações futuras, logicamente inaptas nesse momento a participar da tomada de decisão. O maior problema, porém, é que os custos da regulação recaem inteiramente sobre a geração atual, e os benefícios serão colhidos exclusivamente por pessoas que talvez ainda nem nasceram. Por isso, regulações ambientais devem ser realistas a respeito destes sacrifícios, para que possam se manter a longo prazo, ainda mais se as informações sobre impactos de longo prazo não são confiáveis.⁸¹⁴

É o que defende Farber:

*We cannot however expect society as a whole to sacrifice present welfare indefinitely. Yet temporary sacrifices to save the environment will do little good if they are undone by later generations. So the principles governing environmental responsibilities to future generations will be unavailing unless they are fashioned in a way that ordinary people can be expected to find acceptable over time. Durable environmental protection requires a realistic appreciation of the extent of the sacrifices that we can reasonably expect to be made for later generations.*⁸¹⁵

Interessante notar, nesse aspecto, que mesmo a geração atual já enfrenta problemas relacionados à justiça intergeracional, colhendo os resultados de ações das gerações preexistentes, assim como os relacionados à justiça intrageracional (diferentes gerações contemporâneas)⁸¹⁶, na medida em

⁸¹⁴ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 153.

⁸¹⁵ “Não podemos, entretanto, esperar que a sociedade como um todo sacrifique o bem-estar presente indefinidamente. Ainda, sacrifícios temporários para salvar o meio ambiente farão pouco bem se forem desfeitos pelas gerações posteriores. Portanto, os princípios que regem as responsabilidades ambientais para com as gerações futuras não estarão disponíveis, a menos que sejam elaborados de uma forma que se possa esperar que as pessoas comuns considerem aceitável com o passar do tempo. A proteção ambiental durável requer uma avaliação realista da extensão dos sacrifícios que podemos razoavelmente esperar que sejam feitos para as gerações futuras.” (FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 157. Tradução livre).

⁸¹⁶ “[...] crianças e idosos de hoje são considerados membros da mesma geração do ponto de vista da justiça intergeracional, ainda que não para efeitos da justiça intrageracional.” (JACOBSEN, Gilson. Justiça intergeracional e riscos globais: quem são as gerações futuras e por que protegê-las hoje? **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 15, n. 2, p. 197-211, Maio-Agosto, 2019, p. 205).

que sofre o ônus de controlar a emissão de gases para diminuir o efeito estufa e a taxa de mudança climática.⁸¹⁷

De toda forma, a geração atual tem no mínimo o compromisso e a responsabilidade de deixar para as gerações futuras, ainda impedidas de falar, condições mínimas para viver dignamente, o que significa evitar danos ambientais severos e irreparáveis.⁸¹⁸ A justiça intergeracional estabelece, assim, para as gerações de hoje “um dever de evitar que as gerações futuras vivam numa situação de desigualdade intrageracional, porque não podem ficar em condições de bem-estar piores do que as das gerações anteriores”. O foco deixa de ser a igualdade apenas intrageracional e passa a ser uma igualdade transgeracional.⁸¹⁹

Sob essa ótica, Farber claramente deseja encontrar um caminho intermediário entre proteger a saúde e as oportunidades das pessoas no futuro e não exigir sacrifícios excessivos das pessoas agora. Em outras palavras, Farber tenta encontrar um consenso, um meio-termo entre extremos, que atenda parcialmente interesses conflitantes, o que é sedutor para a atividade adjudicatória. O julgador almeja, de fato, decidir com imparcialidade, levar em consideração todos os interesses e argumentos na tomada de decisão. O ecopragmatismo de Farber é uma tentativa de atingir esse “meio”, pois se afasta da política de tolerância zero em questões de risco à saúde pública e de preservação total em questões ambientais.⁸²⁰

⁸¹⁷ JACOBSEN, Gilson. Justiça intergeracional e riscos globais: quem são as gerações futuras e por que protegê-las hoje? **Revista Brasileira de Direito**, p. 202.

⁸¹⁸ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 161.

⁸¹⁹ JACOBSEN, Gilson. Justiça intergeracional e riscos globais: quem são as gerações futuras e por que protegê-las hoje? **Revista Brasileira de Direito**, p. 207.

⁸²⁰ Comentando a postura de Farber, J. B. Ruhl conta a sátira de um político que certa vez afirmou que estava tão comprometido em estar no meio que encomendou suas camisas em tamanho “extra-médio”. Mas Ruhl complementa: se existe esse tamanho para a política ambiental, o ecopragmatismo é um bom começo. (RUHL, J.B. Working Both (Positivist) Ends Toward a new (Pragmatist) Middle in Environmental Law Eco-pragmatism. RUHL, J. B. Working Both (Positivist) Ends Toward a New (Pragmatist) Middle in Environmental Law Eco-pragmatism. **The George Washington Law Review**, vol. 68, p. 522, abril, 2000).

Não se pode esquecer, entretanto, que o pragmatismo filosófico nunca buscou consenso. Lisa Heinzerling critica o fato de que, ao buscar o consenso, perde-se a oportunidade de mudança de consciência coletiva por meio de legislação mais rigorosa, ou mesmo claramente tendenciosa em favor da proteção ambiental. Para ela, Farber descarta o potencial educacional e transformador da legislação ao se fixar na opinião pública, assim como subestima o potencial transformador do próprio meio ambiente. Questiona se a visão de Farber sobre o que constitui “opinião pública”, é, na verdade, um reflexo do que ele próprio acredita.⁸²¹

É de se ver, de todo modo, que é justamente essa a inovação de Farber no mundo acadêmico: uma nova filosofia de tomada de decisão para o direito ambiental. Ainda que nos âmbitos judicial e legislativo essa não seja exatamente uma novidade, a doutrina carecia de uma filosofia coerente a respeito do meio-termo em direito ambiental.⁸²²

Além disso, o meio-termo almejado por Farber é uma resposta à incerteza que costuma pairar sobre as questões ambientais, o que desaconselha decisões extremadas. Uma das soluções propostas por Farber, nesse aspecto, é a regulamentação ambiental dinâmica, que mantém a sociedade atenta às transformações desse campo, como analisado a seguir.

3.4.6 Regulação ambiental dinâmica

Ao falar de incerteza, é preciso ter em mente sua dimensão temporal. As fronteiras da ignorância científica tendem a diminuir com o passar do tempo. É preciso estratégias que explorem a possibilidade de se obter melhor informação no futuro. Dado o estado de incerteza, as pessoas tendem a reagir

⁸²¹ HEINZERLING, Lisa. Book review: pragmatists and environmentalists, Eco-pragmatism: Making Sensible Environmental Decisions in an Uncertain World. **Harvard Law Review**, vol. 113, p. 1421, abril, 2000.

⁸²² RUHL, J.B. Working Both (Positivist) Ends Toward a new (Pragmatist) Middle in Environmental Law Eco-pragmatism. **The George Washington Law Review**, vol. 68, p. 522, abril, 2000.

exageradamente, e é necessário um mecanismo para contenção regulatória quando se verifica que a primeira resposta foi excessiva.⁸²³

Contudo, ainda que o problema da incerteza científica atemorize, não pode ser paralisador, pois a estimativa de risco pode fornecer indicações da seriedade da situação, as dimensões do problema, e os tipos de resposta que seriam razoáveis no caso concreto. Mesmo que não se possa determinar a magnitude do risco, a abordagem híbrida de Farber pretende a redução do risco na medida do possível, sujeita que está ao teste da desproporcionalidade “grosseira” ou “flagrante” (*gross disproportionality test*).⁸²⁴

Farber observa que não só os riscos são incertos, mas também os custos de *compliance* são incertos. A situação mais difícil é quando não se é capaz de fazer uma avaliação quantitativa mínima, isto é, mesmo com a análise de viabilidade, os riscos ou os custos de *compliance* podem ser tão incertos que há dúvida se a atividade deve ser regulada. Em resposta a esse problema, o autor relata que a União Europeia adotou o princípio da precaução, baseado na aversão ao risco ou no ceticismo sobre a capacidade do meio ambiente de assimilar a poluição. Nesse sentido, na opinião de Farber, o princípio em questão é mais uma forma de *coaching* do que um método de tomada de decisão, ou seja, um lembrete útil de que se deve ter cuidado em apostar com vidas humanas ou com a integridade ecológica.⁸²⁵

Para o autor, uma interpretação útil do princípio da precaução é que ele deposita o ônus da prova sobre o poluidor, que deve demonstrar que sua atividade é inofensiva. Mas, ainda que promissora, essa técnica não deve ser usada para impor um patamar muito alto quanto ao ônus da prova, o que teria o mesmo efeito de adotar a abordagem do pior cenário (*worst-case scenario*).

⁸²³ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 164.

⁸²⁴ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 169.

⁸²⁵ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 170.

Dado o alto grau de incerteza, há limites sobre em que medida os poluidores podem efetivamente justificar suas atividades. Para Farber, as agências reguladoras deveriam em regra ter o encargo de justificar as restrições às atividades privadas, isto é, a agência deve ser obrigada a mostrar que o risco é significativo e que a solução é viável. Nesse caso, a inversão do ônus da prova poderia funcionar como uma espécie de desempate. A agência reguladora não deve ficar impedida de agir quando analisou todas as evidências disponíveis, mas não conseguiu realizar uma estimativa de risco confiável. Em vez disso, deve ter a liberdade de implementar regulamentações razoáveis como uma medida de precaução contra riscos ambientais.⁸²⁶

Farber defende a descentralização como forma de resposta rápida e efetiva a novas informações, que frequentemente alteram a compreensão sobre problemas ambientais. Uma maneira de implementar essa descentralização é delegar parte das decisões às esferas estaduais, que estão mais familiarizadas com as questões locais. Adverte, contudo, que isso não implica necessariamente em desregulamentação, mas sim em um meio mais efetivo de proteção ambiental, longe de simplesmente conceder aos estados ou ao setor privado uma autorização irrestrita para agir.⁸²⁷

Farber sugere, assim, uma regulação dinâmica, não estática, por parte do governo, ou seja, deve haver um plano para monitorar a implementação das regras e fazer as modificações apropriadas, na medida em que o conhecimento científico aumenta e as incertezas diminuem.

Nesse ponto, Lisa Heinzerling critica o fato de que Farber, muitas vezes, exagera ao falar de incerteza, dando a impressão de aceitar qualquer discordância entre as pessoas como prova de incerteza relevante sobre os fatos. Além disso, sua confiança no progresso científico para reduzir o grau de incerteza deixa a dúvida de que, apesar de seu pragmatismo, Farber acredita

⁸²⁶ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 173.

⁸²⁷ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 183.

que a verdade “está lá fora”.⁸²⁸ A crítica, porém, torna-se infundada se se levar em consideração que o autor se refere à incerteza científica, não mera divergência entre leigos, e que o pragmatismo não se nega à busca da melhor decisão com base na experiência.

Sobre a revisão judicial, Farber argumenta que não teria lugar se a autoridade reguladora demonstrasse que sua ação não acarreta prejuízos irreparáveis, que tomou medidas para gerar informação adicional relevante, e que possui um processo ativo de reavaliação da política atual à medida em que nova informação é obtida.⁸²⁹

No mais, de acordo com Farber, a estrutura da tomada de decisão pode, a longo prazo, ser mais importante do que o teste aplicado em casos individuais. É preciso criar estruturas de tomada de decisão que permitam tirar proveito do aumento do conhecimento ao longo do tempo. Essas estruturas podem incluir várias formas de descentralização, estratégias administrativas que permitam que as opções sejam mantidas em aberto, e autoridade desregulatória para eliminar exigências obsoletas. Essas formas de flexibilização não devem ser vistas como hostis ao ambientalismo. Pelo contrário, são formas de manter a vitalidade da proteção ambiental, pois, em lugar de fortalecer, a rigidez excessiva pode levar ao colapso sob a pressão de mudanças constantes. Um sistema regulatório mais flexível, pode, a longo prazo, segundo o autor, proporcionar um nível mais alto de qualidade ambiental.⁸³⁰

Por outro lado, é comum que a questão regulatória e o mérito da decisão administrativa em temas relacionados ao meio ambiente sejam submetidos à análise do Poder Judiciário, como se verá adiante.

⁸²⁸ HEINZERLING, Lisa. Book review: pragmatists and environmentalists, *Eco-pragmatism: Making Sensible Environmental Decisions in an Uncertain World*. **Harvard Law Review**, vol. 113, p. 1421, abril, 2000.

⁸²⁹ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 190.

⁸³⁰ FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism**: making sensible environmental decisions in an uncertain world, p. 198.

Antes de prosseguir com os estudos de caso, porém, é importante examinar aspectos destacados da jurisdição ambiental, a prática judiciária nesta matéria, e a esfera de proteção, nos âmbitos constitucional e legislativo, tanto no Brasil como nos EUA. Esse contexto permitirá conectar os fundamentos do ecopragmatismo a casos concretos submetidos à análise judicial, assunto a ser abordado no último capítulo.

Capítulo 4

JURISDIÇÃO AMBIENTAL

“Os cursos de ação política são como um pêndulo. Se ele oscila demais em determinada direção, vai oscilar demais na direção oposta antes de chegar ao repouso (e, se ficar sendo empurrado, talvez nunca chegue a repousar)”.⁸³¹

4.1 DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO NO BRASIL E NOS EUA

4.1.1 A origem da expressão direitos fundamentais⁸³²

O desenvolvimento da ideia de existência de direitos fundamentais está ligado à fase de transição do Estado absoluto para o Estado de Direito, ou ao denominado “trânsito à modernidade”, nas palavras de Gregorio Peces-Barba,⁸³³ entre os séculos XIV e XVII. As mudanças ocorridas nesse período deram espaço a reivindicações de liberdade religiosa, intelectual, política e econômica, “na passagem progressiva desde uma sociedade teocêntrica e estamental a uma sociedade antropocêntrica e individualista”.⁸³⁴

⁸³¹ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 312.

⁸³² Optou-se pelo termo “direitos fundamentais”, em lugar de direitos sociais, direitos individuais, direitos civis, direitos políticos ou direitos do cidadão (PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 36.)

⁸³³ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general, p. 146.

⁸³⁴ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul./dez. 2005.

A matéria-prima da origem dos direitos fundamentais foi o reconhecimento da existência de direitos do homem e do cidadão, decorrente da secularização do direito natural. Nesse caminho, a tolerância religiosa defendida pela reforma protestante do século XVI pode ser tida como o primeiro direito fundamental reconhecido.⁸³⁵ Mesmo assim, antes do século XVIII, a igualdade das almas no céu não significava direitos iguais na terra. “Os cristãos aceitavam prontamente a primeira sem admitir a segunda.”⁸³⁶

A Declaração de Direitos inglesa de 1689 (*Bill of Rights*), a Declaração de Direitos da Virgínia (1776), seguida pela *Bill of Rights* norte-americana (1791), e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão elaborada durante a revolução francesa de 1789, deram o passo decisivo para o desenvolvimento de direitos fundamentais, ao estabelecerem liberdades individuais e freio ao poder dos governantes. Foi uma reação da burguesia ao Estado absoluto, onde o soberano desconhecia limitação jurídica ou política ao seu poder. Nesse contexto, a noção de direitos fundamentais propunha um poder estatal juridicamente limitado, com preocupações éticas ligadas ao bem comum, abrindo espaço ao surgimento do Estado democrático de direito.⁸³⁷

Outra etapa importante na consolidação do termo “direitos fundamentais” foi a adoção, pela Organização das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, originada da Carta das Nações Unidas de 1945, nas quais se proclamou a “fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres”.⁸³⁸

⁸³⁵ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais, p. 421.

⁸³⁶ HUNT, LYNN. **A invenção dos Direitos Humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 36. Edição do Kindle.

⁸³⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 35.

⁸³⁸ NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 nov. 2023.

Também após o fim da Segunda Guerra Mundial, a elaboração da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz*) de 1949⁸³⁹, influenciada pelo completo desrespeito aos direitos humanos durante o regime nazista, contribuiu profundamente para o desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais (*Grundrechte*). A dignidade humana foi declarada inviolável (*unantastbar*), devendo ser respeitada pelo Estado e protegida contra ataques de terceiros (Artigo 1(1)). Declarou-se expressamente que os direitos fundamentais são "diretamente aplicáveis" e vinculantes a todos os ramos do governo (Artigo 1(3)), e, embora não tenha promulgado direitos sociais e econômicos de modo explícito, ante a preocupação de que a Alemanha não se recuperasse tão cedo da guerra, a Lei Fundamental combinou a previsão de liberdades clássicas com o objetivo de que a República Federal da Alemanha fosse um Estado social.⁸⁴⁰ A Lei também limitou a possibilidade de restrição de direito fundamental por lei ordinária, dispôs que o "conteúdo essencial" de um direito fundamental não pode ser afetado em nenhuma hipótese (Artigo 19(2)), e que os princípios dos artigos 1 e 20⁸⁴¹ não podiam sequer ser alterados por emenda constitucional (Artigo 79(3)), garantindo a existência de "cláusulas pétreas". Estabeleceu ainda um Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*, ou *BVerfG*) como uma instituição habilitada a rever a constitucionalidade de todos os atos estatais, incluindo os do Legislativo. Estas

⁸³⁹ REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. [Documento em PDF]. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2023.

⁸⁴⁰ GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 13, p. 9, Janeiro, 2015.

⁸⁴¹ Artigo 1. (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Artigo 20. (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social. (2) Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário. (3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito. (4) Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa.

inovações fizeram da doutrina e jurisprudência alemãs importantes fomentadoras da teoria dos direitos fundamentais.

De todo modo, a construção do conteúdo dos direitos fundamentais ocorreu progressivamente, já que “não existem direitos fundamentais por natureza”.⁸⁴² Direitos que soam como “fundamentais” em um determinado momento histórico de uma nação não são necessariamente fundamentais em outras épocas e em outras culturas. Para que os direitos humanos se tornassem “autoevidentes”, como exposto no preâmbulo da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América,⁸⁴³ “as pessoas comuns precisaram ter novas compreensões que nasceram de novos tipos de sentimentos.”⁸⁴⁴ Por mais “fundamentais” que sejam, os direitos do homem são, na opinião de Bobbio, direitos históricos, ou seja, “nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez; e nem de uma vez por todas.”⁸⁴⁵

Por isso, é necessário examinar o conteúdo dos direitos fundamentais na atualidade, isto é, o que torna um direito “fundamental”, diferenciando-o de outros direitos “não fundamentais”.

4.1.2 Conteúdo dos direitos fundamentais

É perceptível o uso vulgarizado que se faz atualmente da expressão direitos fundamentais. Qualquer direito violado, aos olhos do seu titular, pode ganhar ares de transgressão a um bem que lhe é “fundamental”.

⁸⁴² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 19.

⁸⁴³ “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. [...]” (DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. [Documento em PDF]. Disponível em: <https://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2023.

⁸⁴⁴ HUNT, LYNN. **A invenção dos Direitos Humanos**: uma história. p. 29. Edição do Kindle.

⁸⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 5.

Assim, para avançar no estudo, é necessário definir o verdadeiro conteúdo dos direitos fundamentais, a fim de justificar o tratamento diferenciado atribuído a eles no ordenamento.

Por um lado, os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético ligado às ideias de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Sintetizada pela noção básica de “respeito ao outro”, a dignidade humana inclui “(a) respeito à autonomia da vontade, (b) respeito à integridade física e moral, (c) não coisificação do ser humano e (d) garantia do mínimo existencial”.⁸⁴⁶ É um fundamento da República Federativa do Brasil previsto no artigo 1º da Constituição e a primeira menção a um direito feita na Lei Fundamental alemã.

A etimologia da palavra “dignidade” está no latim *dignitas* (merecimento, valor, nobreza), a qualidade do que é “digno” (merecedor, credor de). Ou seja, refere-se à condição da pessoa, homem ou mulher, merecedora de ter seu valor reconhecido e respeitado pelo simples fato de ser da espécie humana.

Paulo Bonavides sustenta que há uma “universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana”, asseverando “a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos”.⁸⁴⁷

Pode-se afirmar, assim, que a dignidade está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, sua fonte jurídico-positiva, unificadora de todo o sistema. Trata-se da “fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor, e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, o valor básico (*Grundwert*) e fundamentador dos direitos humanos”.⁸⁴⁸

⁸⁴⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, p. 17.

⁸⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 580.

⁸⁴⁸ CAMPOS JUNIOR, Raimundo Alves de. **O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 65.

De outro lado, o conteúdo normativo dos direitos fundamentais exige reconhecimento pelo poder constituinte de determinado país, isto é, incorporação ao ordenamento constitucional para que se torne um valor “fundante” ou “essencial” formalmente reconhecido na Constituição como alicerce de todo o ordenamento. Nesta concepção, somente são direitos fundamentais “aqueles valores que o povo (leia-se: poder constituinte) formalmente reconheceu como merecedores de uma proteção normativa especial”.⁸⁴⁹ Às normas infraconstitucionais cabe disciplinar o exercício dos direitos fundamentais, mas não os criar diretamente. Nesse aspecto, portanto, a definição de direito fundamental inclui os conceitos de Constituição e democracia.

Essa constatação não afasta a possibilidade de existirem direitos fundamentais implícitos na Constituição, decorrentes do próprio texto constitucional, como previsto na Constituição brasileira⁸⁵⁰ e norte-americana⁸⁵¹. O essencial é que se possa identificar, a partir do texto constitucional, força e proteção especiais atribuídas a determinado direito dentro do ordenamento.

Sobre o assunto, em um caso em que se discutia direito à educação, a Suprema Corte dos EUA decidiu que o critério para determinar se um interesse é um direito fundamental não repousa na importância do direito em si, mas em avaliar se o direito é garantido explícita ou implicitamente pela Constituição. Segundo a decisão, não cabe à Suprema Corte escolher atividades humanas específicas, caracterizá-las como “fundamentais” e lhes atribuir proteção especial. Ao contrário, “o Tribunal simplesmente reconhece um direito

⁸⁴⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, p. 18.

⁸⁵⁰ CRFB, art.5º: “[...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

⁸⁵¹ Nona emenda: “A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo.” (CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: <https://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023)

constitucional estabelecido, e dá a esse direito não menos proteção do que a própria Constituição exige”.⁸⁵²

Peces-Barba, por outro lado, possui uma concepção tridimensional dos direitos fundamentais. Na dimensão ética, os direitos fundamentais se traduzem em uma pretensão moral justificada em valores básicos formados a partir da modernidade, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, a solidariedade e a segurança jurídica. Assim, “Algo que seja contrário à dignidade da pessoa humana, ou à igualdade e à liberdade entre todos não poderá ser justificado como possível futuro direito fundamental.”⁸⁵³ Ditos valores, ademais, precisam estar positivados para serem considerados direitos fundamentais, caso contrário “não seriam direitos e sim somente uma ideia ou um direito natural (direitos morais prévios à positivação).”⁸⁵⁴

Na dimensão jurídica, o autor argumenta que, além de positivado no ordenamento, é necessário que seja acompanhado de garantias de efetivação, ou seja, “possibilidade de ser exigido perante as autoridades competentes.”⁸⁵⁵

Por fim, na dimensão fática ou social, o autor espanhol defende que os direitos fundamentais se expressam na realidade social, e, portanto, estão “condicionados na sua exigência por fatores extrajurídicos de caráter social, econômico ou cultural que favorecem, dificultam ou impedem sua efetividade”.⁸⁵⁶ Assim, não haverá direito fundamental se a realidade social é contrária à sua implementação.

4.1.3 “Gerações” de direitos

⁸⁵² *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 93 S. Ct. 1278 (1973). (Tradução livre)

⁸⁵³ GARCIA, Marcos Leite. A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar. **Revista Direito e Justiça**, Ano XVI, n. 26, p 37-61, abril 2016, p. 47.

⁸⁵⁴ GARCIA, Marcos Leite. A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar, p. 48.

⁸⁵⁵ GARCIA, Marcos Leite. A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar, p. 49.

⁸⁵⁶ GARCIA, Marcos Leite. A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar, p. 50.

Em razão da evolução do conteúdo dos direitos fundamentais, percebeu-se útil classificar os direitos em “gerações”, com inspiração no lema da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesse contexto, os direitos civis e políticos são direitos de “primeira geração” e definem uma esfera de liberdades pessoais na qual o governo não deve intervir. Por exemplo, a liberdade de expressão exige simplesmente que o governo se abstenha de interferências. Os direitos econômicos e sociais, a “segunda geração” de direitos, exigem, por outro lado, ação do governo. O direito a um certo padrão de vida requer o envolvimento do Estado.

Ao lado dos direitos sociais, emergiram novos direitos, estabelecidos sob a rubrica “terceira geração”, como o direito ao desenvolvimento, à paz, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.⁸⁵⁷ O exemplo mais relevante, todavia, é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver em um ambiente não poluído.⁸⁵⁸ São direitos de toda a humanidade, por isso relacionados à fraternidade ou à solidariedade.

Especificamente sobre o direito fundamental relacionado ao meio ambiente, são variados os adjetivos atribuídos a ele nas Constituições ao redor do mundo: “sadio”, “saudável”, “de qualidade”, “não poluído”, “equilibrado”, “limpo”, “satisfatório”, “protegido”, “sustentável”, “livre de contaminação”.⁸⁵⁹ Optou-se, neste trabalho, pela nomenclatura “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, por ser a utilizada na Constituição brasileira (artigo 225).⁸⁶⁰ O

⁸⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 588.

⁸⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 6.

⁸⁵⁹ MAY, James R.; DALY, Erin. Symposium: the confluence of human rights and the environment: Vindicating Fundamental Environmental Rights Worldwide. **Oregon Review of International Law**, vol. 11, p. 365, 2009.

⁸⁶⁰ Expressão, porém, não isenta de crítica, já que o meio ambiente não permanece em estado de equilíbrio, mas se encontra em uma contínua transformação. Nas palavras de Farber, “[...] we are used to imagining a hermetic barrier: on the one side, unsullied nature, preserving its delicate balance, and on the other, the sordid world of human activity. But the current teaching of ecologists is that this picture is all wrong. Nature is not in an equilibrium; it is in constant state of change. The old picture of the ‘balance of nature’ simply does not correspond to reality.” “[...] Estamos habituados a imaginar uma barreira hermética: de um lado, a natureza imaculada, preservando seu delicado equilíbrio, e do outro, o sórdido mundo da atividade humana. No

essencial, contudo, é que, qualquer que seja a denominação utilizada, ela reflita uma característica comum a todas as Constituições: a capacidade de manutenção da vida humana com qualidade, no amplo escopo de proteção à dignidade da pessoa humana.

Além disso, visto que o processo de formação dos direitos fundamentais não é um fenômeno estático, surgem outras propostas de gerações de direitos, relacionadas, por exemplo, à globalização, à cibernética e à bioética, necessárias para acompanhar os avanços da sociedade. Alguns autores, no entanto, preferem designá-los “novos direitos de terceira geração”, e não “novas gerações de direitos”, que surgem em resposta às necessidades históricas.⁸⁶¹

Necessário mencionar, ainda, a crítica feita por parte da doutrina quanto ao uso do termo “gerações” de direitos, que pode dar a falsa impressão de substituição de uma geração por outra, quando, na verdade, “o processo é de acumulação e não de sucessão”.⁸⁶² Além disso, não há hierarquia entre as gerações, que fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Para Paulo Bonavides, “o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes”.⁸⁶³ Assim, “o ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões.”⁸⁶⁴

entanto, a lição atual dos ecologistas é de que essa representação é completamente equivocada. A natureza não se encontra em um equilíbrio; ela está em constante estado de mudança. A antiga concepção do 'equilíbrio da natureza' simplesmente não corresponde à realidade." (FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism: making sensible environmental decisions in an uncertain world**, p. 205. Tradução livre).

⁸⁶¹ GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (organizadores). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 186.

⁸⁶² MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, p. 55.

⁸⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 590.

⁸⁶⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, p. 56.

A despeito dessa crítica, há autores que preferem manter a designação “gerações” de direitos, por considerá-la didática no contexto histórico. Ponderam que “uma geração não supera as outras, uma vez que as anteriores seguem viva e se integram com as novas, e que não existe de forma alguma hierarquia entre esses grupos de direitos fundamentais”.⁸⁶⁵

De uma ou de outra forma, forçoso é que se compreenda que existe uma integração das gerações ou dimensões de direitos, sem graduação entre elas, e não o abandono ou superação da mais antiga pelas subsequentes.

4.1.4 Estrutura dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais possuem características especiais que os diferem dos direitos “comuns” quanto ao modo de interpretação e aplicação. As normas, constitucionais ou não, usualmente descrevem certas condições factuais, como situações, procedimentos ou condutas, de forma geral e abstrata, e, em seguida, determinam consequências legais caso essas condições existam. Os direitos fundamentais, por outro lado, não se baseiam no modelo de condição e consequência. A disposição típica de direito fundamental declara a “liberdade” de determinada conduta, estado ou instituição e confere poder ao legislativo para limitar essa liberdade. Assim, ao contrário de outras normas comuns, os direitos fundamentais não determinam a situação jurídica desejada. Eles prometem mais do que podem manter.⁸⁶⁶

Por essas razões, a aplicação dos direitos fundamentais exige não apenas uma definição do tema protegido, uma delimitação do escopo da proteção e uma definição do conteúdo essencial do direito fundamental que não pode ser tocado. Também exige a determinação de quem deve ser protegido, contra quem a proteção entra em vigor, até onde essa proteção chega, como a proteção entra em vigor e o que pode ser qualificado como uma violação que desencadeia o mecanismo de proteção do direito fundamental. Além disso,

⁸⁶⁵ GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. p. 187.

⁸⁶⁶ GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.

deve-se determinar que tipos de limitações são permitidas e as que não o são, respostas que nem sempre se encontram no texto constitucional, mas que têm que ser compatíveis com ele.⁸⁶⁷

Robert Alexy contribuiu significativamente para a construção de uma teoria dos direitos fundamentais (*Theorie der Grundrechte*)⁸⁶⁸, ao fazer a distinção entre dois tipos de normas - princípios e regras -, cuja diferença não está no grau de generalidade e imprecisão da respectiva norma, mas na qualificação dos princípios como “comandos de otimização” que podem ser cumpridos em maior ou menor grau, dependendo do que outras normas e circunstâncias factuais permitem. Em contrapartida, as regras só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Havendo conflito entre regras (antinomia), é preciso decidir qual regra deve ser aplicada, por meio de metarregras (critérios hierárquico, cronológico, e da especialidade). Se uma regra for aplicável, seu comando terá que ser cumprido exatamente. No caso de um conflito entre princípios, eles podem ser equilibrados uns contra os outros de forma que ambos tenham efeito e prevaleçam em um caso e se afastem em outro caso. Desse modo, direitos fundamentais são princípios, não regras.⁸⁶⁹

A teoria acima ajuda a reforçar a compreensão da efetividade dos direitos fundamentais, que não são meras normas programáticas, mas têm aplicação imediata, como expressamente previsto na Constituição do Brasil.⁸⁷⁰

Evidentemente, a Constituição não consegue responder a todas as questões que possam surgir no processo de implementação dos direitos fundamentais. Na prática, portanto, as respostas acabam sendo dadas por órgãos estabelecidos pela própria Constituição para a interpretação do texto

⁸⁶⁷ GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.

⁸⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

⁸⁶⁹ GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.

⁸⁷⁰ CRFB, art. 5º: “[...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

constitucional. Nesse campo, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão influenciou grande parte dos tribunais constitucionais de outros países, como o Supremo Tribunal Federal no Brasil, no que diz respeito à aplicação dos direitos fundamentais. Apenas os EUA, com sua jurisprudência constitucional significativamente mais antiga, não foram significativamente afetados pela teoria alemã dos direitos fundamentais após a Segunda Guerra Mundial.⁸⁷¹

4.1.5 Aplicação e conflito de direitos fundamentais

Dadas as premissas de que os direitos fundamentais se traduzem em princípios e que mais de um princípio pode ter aplicação no caso concreto, é necessário concluir que os direitos fundamentais não possuem um “fundamento absoluto”, isto é, “um fundamento que torne o direito e o seu oposto, ambos inquestionáveis e irresistíveis.”⁸⁷² De fato, segundo Bobbio:

[...] são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas [...].⁸⁷³

Nem mesmo o princípio da dignidade da pessoa tem caráter absoluto, ainda que tenha um peso importante e a qualidade de inviolável, devendo ser sopesado diante de outros princípios.⁸⁷⁴

Além disso, a decisão em casos envolvendo direitos fundamentais passa, em última análise, pelo exame da constitucionalidade da medida estatal que os restringe, ou seja, se a violação do respectivo direito fundamental é

⁸⁷¹ GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.

⁸⁷² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 22.

⁸⁷³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 20.

⁸⁷⁴ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 42.

justificada, já que muitas vezes não há disposição expressa sobre que tipo de restrição pode ser trazida por norma infraconstitucional. A limitação genérica e implícita na Constituição é de proibição de violação ao conteúdo essencial de um direito fundamental. No mais, a análise depende de “testes” desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência.

Nesse aspecto, o Tribunal Constitucional Federal alemão estabeleceu limites adicionais às restrições de direitos fundamentais, acrescentando a condição não escrita (pois não prevista expressamente na Constituição) de que apenas limitações proporcionais de direitos fundamentais eram compatíveis com a Lei Fundamental.

Para examinar a proporcionalidade de uma medida, o tribunal desenvolveu um teste de quatro etapas. Na primeira etapa, deve ser apurada a finalidade da limitação normativa do direito fundamental, devendo ser analisada se esse propósito é compatível com a Lei Fundamental. Um propósito constitucionalmente proibido não pode justificar uma violação de um direito fundamental. Os próximos dois passos tratam da relação entre meios e fins. Em um primeiro momento, é preciso examinar se os meios são adequados para atingir a finalidade prevista na lei. Meios inadequados não podem justificar uma violação de um direito fundamental. Posteriormente, analisa-se se os meios são necessários para chegar ao propósito. Se houver meios menos intrusivos para atingir a finalidade legal, a medida será considerada uma violação desnecessária de um direito fundamental e, portanto, inconstitucional. Na última etapa, o teste é separado da relação meio-fim. Em uma análise de custo-benefício, examina-se se a restrição é proporcional em um sentido estrito, isto é, se os benefícios da violação de um direito superam as desvantagens do direito fundamental violado.⁸⁷⁵

Para exemplificar, em um caso de famílias carentes residindo em área de preservação permanente, verificado um possível conflito entre o direito

⁸⁷⁵ GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.

fundamental à moradia e o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos previstos na Constituição brasileira,⁸⁷⁶ o primeiro deve prevalecer quando a satisfação da garantia à habitação familiar pesar mais ou for mais importante, no caso concreto, do que a garantia de proteção ambiental, que pode sucumbir, ao menos momentaneamente, frente à garantia ao mínimo existencial. Ou seja, existe a adequação da medida (demolitória, por exemplo) para proteção do meio ambiente, e está presente a sua necessidade ante a comprovação de que não há outro meio menos agressivo para satisfação do direito. Contudo, na ponderação entre os valores, a importância da proteção ao meio ambiente não prevalece sobre a garantia da habitação aos moradores materialmente carentes tendo em vista a impossibilidade de, no caso concreto, provê-los de outro lugar para residir, ainda que temporariamente. Nessa hipótese, a solução deve-se guiar pelo princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais.⁸⁷⁷

Desenvolvido ao longo de décadas pela doutrina e jurisprudência alemãs, o teste da proporcionalidade tem sido adotado por tribunais em todo o mundo para a solução de conflitos entre direitos fundamentais, à exceção, novamente, dos Estados Unidos, onde a Suprema Corte reluta em adotar modelos constitucionais originados em outros ordenamentos jurídicos.⁸⁷⁸ Em vez disso, o direito constitucional norte-americano adota um modo de análise constitucional categórica, na qual a revisão constitucional começa e termina na fase de identificação da violação de um direito, buscando equilibrar os valores em jogo, por meio do princípio do balanceamento (*balancing*).⁸⁷⁹

⁸⁷⁶ CRFB, art. 6º e art. 225.

⁸⁷⁷ RAUPP, Daniel. Moradia 'versus' meio ambiente: colisão de direitos fundamentais *In*: VAZ, Paulo Afonso Brum; PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle (organizadores). **Curso Modular de Direito Administrativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 560.

⁸⁷⁸ A Suprema Corte dos EUA já afirmou que “A análise comparativa dos sistemas federais de governo de outros países e da União Europeia é inadequada para a tarefa de interpretação da Constituição Federal” e que “o nosso federalismo não é o da Europa.” (*Printz v. United States*, 117 S. Ct. 2365 (1997) - tradução livre).

⁸⁷⁹ COHEN-ELIYA, Moshe. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**. Nova York: Oxford University Press, 2010.

A crítica de que o balanceamento não alcançou plenamente a maturidade e a estrutura doutrinária conquistadas pelo princípio da proporcionalidade, resultando em um amplo espaço para a discricionariedade judicial, pode ser justificada pela origem dos métodos e pelo contexto cultural em que se desenvolveram. Enquanto o princípio da proporcionalidade se desenvolveu a partir do direito administrativo, como resposta à excessiva discricionariedade conferida ao Estado⁸⁸⁰, o método do balanceamento emergiu no campo do direito privado como uma forma de lidar com a proteção excessiva (libertária) dos direitos pela Suprema Corte dos EUA, baseada em uma interpretação demasiadamente literal do texto constitucional. Diante de potenciais conflitos entre direitos fundamentais, surgiu a necessidade de estabelecer a concepção de que não existem direitos fundamentais absolutos, sendo necessário equilibrá-los no caso concreto, a fim de determinar qual deve prevalecer.⁸⁸¹

Nesse contexto, o balanceamento não difere muito do teste da proporcionalidade em sentido estrito, que também contém um expressivo grau de discricionariedade por parte do julgador na avaliação dos benefícios alcançados com a restrição ao direito fundamental. É, de fato, da natureza da atividade adjudicatória a existência de um alto grau de subjetividade na tomada de decisão, dado que, na tutela de direitos fundamentais concorrentes, “é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa”. Dessa forma, “a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas.”⁸⁸²

⁸⁸⁰ O teste da proporcionalidade foi desenvolvido no último quarto do século XIX pelo Tribunal Administrativo Superior da Prússia, a fim de examinar as ações policiais nos casos em que a polícia havia recebido excessiva discricionariedade, com poucas restrições de ordem legal. Após a segunda guerra mundial, o Tribunal Constitucional Federal elevou o teste de proporcionalidade ao nível constitucional e aplicou-o à legislação. (GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**).

⁸⁸¹ COHEN-ELIYA, Moshe. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**.

⁸⁸² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 42.

De todo modo, os dois métodos, balanceamento e proporcionalidade, aproximaram-se com o passar do tempo, tendo a proporcionalidade sido ampliada para a solução de litígio entre particulares.⁸⁸³

Além disso, diferentemente do impulso dos juízes europeus de alicerçar seu método de adjudicação em uma doutrina cientificamente estruturada, os juízes norte-americanos, menos inclinados a regras de interpretação rígidas e mais voltados para a prática judiciária, buscavam repostas baseadas no pragmatismo. Esse enfoque demandava a identificação e o equilíbrio dos interesses reais a fim de determinar a verdade.

Mas aqui também os dois sistemas têm se aproximado, uma vez que o objetivo de conferir maior efetividade aos direitos fundamentais em condições de mudança não pode ser cumprido sem olhar para a realidade. Portanto, além de uma referência aos valores, uma referência à realidade passou a ser um traço também da interpretação constitucional alemã, obrigando os tribunais a analisarem a realidade e a estarem abertos a *insights* de outras ciências sociais, característica típica do pragmatismo norte-americano.⁸⁸⁴

⁸⁸³ O primeiro caso de aplicação de direitos fundamentais entre particulares pelo Tribunal Constitucional Federal alemão foi o caso *Lüth*, de 1958. Relata-se que o presidente do clube de imprensa de Hamburgo e proeminente defensor da reconciliação germano-judaica, Erich Lüth, havia pedido um boicote ao primeiro filme pós-guerra de Veit Harlan, que tinha sido o principal diretor dos nazistas. As companhias cinematográficas envolvidas processaram Lüth em tribunais cíveis, exigindo a cessação do pedido de boicote. Os tribunais decidiram contra Lüth, baseados em regras gerais de responsabilidade civil. Lüth apresentou uma reclamação constitucional afirmando que as decisões violaram seu direito de liberdade de expressão consagrado no artigo 5º da Lei Fundamental. Lüth já havia feito essa alegação nos tribunais cíveis, que decidiram, entretanto, que os direitos fundamentais só poderiam ser aplicados na relação entre o Estado e seus cidadãos. Ao decidir a questão, o Tribunal Constitucional Federal afirmou que os direitos fundamentais também são uma expressão jurídica de valores considerados pela sociedade como materiais para a ordem política e social e, como tal, princípios jurídicos objetivos do mais alto escalão. Sendo assim, os direitos fundamentais não se limitam à relação cidadão-Estado, mas permeiam toda a ordem jurídica, não deixando de penetrar na esfera do direito privado. Diante disso, o tribunal decidiu que a liberdade de expressão superava os interesses econômicos das empresas cinematográficas. (GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**).

⁸⁸⁴ GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.

Realmente, devido à constante mutação da realidade social que é objeto da normatização constitucional, a interpretação da constituição deve ser capaz de lidar com essas mudanças para manter sua relevância social. Por essa razão, os tribunais constitucionais devem regularmente analisar se houve mudanças na área que uma determinada norma busca regular, avaliando se o efeito dessa norma será enfraquecido ou ameaçado, a menos que a interpretação da norma seja adaptada à nova situação. Frequentemente, isso requer uma avaliação das consequências de diferentes interpretações para a implementação da norma de acordo com seu propósito. Portanto, a jurisprudência constitucional deve constantemente considerar as consequências práticas orientadas pela norma a ser interpretada. Isso garante a atualização da constituição, a legitimidade e o fortalecimento dos tribunais constitucionais, o cumprimento efetivo de suas decisões, bem como um alto grau de aceitação por parte do público em geral.⁸⁸⁵

Diante dessas considerações, examinados conteúdo, características, estrutura e métodos de aplicação dos direitos fundamentais, é o momento de investigar se de fato existe um direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado nas constituições do Brasil e dos Estados Unidos, nos moldes descritos anteriormente.

4.1.6 Direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição do Brasil

O campo do constitucionalismo ambiental é algo inédito em muitos países. A inclusão da temática ambiental no texto das constituições demonstra a intenção do legislador de tratar o assunto com elevado grau de importância nacional.

Édis Milaré explica que, em regimes constitucionais modernos, como o português (1976), o espanhol (1978) e o brasileiro (1988), “a proteção do meio ambiente, embora sem perder seus vínculos originais com a saúde humana, ganha identidade própria porque é mais abrangente e compreensiva.”

⁸⁸⁵ GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**.

Nessa nova perspectiva, o meio ambiente alcança autonomia frente a outros bens protegidos pela Constituição, deixando “de ser considerado um bem jurídico *per accidens* (casual, por uma razão extrínseca) e é elevado à categoria de bem jurídico *per se*.”⁸⁸⁶

Antônio Herman Benjamin descreve benefícios formais e substantivos da constitucionalização do meio ambiente. No âmbito material, menciona a importância de se estabelecer “um dever constitucional genérico de não degradar, base do regime de explorabilidade limitada e condicionada”.⁸⁸⁷ Refere “a ecologização da propriedade e da sua função social”, a fim de contrabalançar a hiperênfase no direito de propriedade, o que denomina “dimensão ambiental da função social da propriedade”.⁸⁸⁸ Qualifica a proteção ambiental como direito fundamental, elevada ao mesmo patamar de outros direitos consagrados, como o da propriedade privada. A proteção ambiental deixa, assim, de ser um interesse menor ou acidental no ordenamento.⁸⁸⁹

O autor cita ainda, como benefício substantivo da constitucionalização, a legitimação da função estatal reguladora, isto é, “da intervenção excepcional e pontual, típica do modelo liberal, passa-se à intervenção imposta e sistemática”. Já não se requer, segundo ele, “apelos a desastres naturais (liberalismo), nem a catástrofes econômicas (welfarismo) para justificar o protagonismo ecológico do Estado. Basta a crise ambiental, devidamente notada pelo texto constitucional.”⁸⁹⁰ A proteção do meio ambiente

⁸⁸⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 11 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 166.

⁸⁸⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95.

⁸⁸⁸ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 97.

⁸⁸⁹ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 99.

⁸⁹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 100.

deixa, portanto, o campo do “não fazer”, passando a defender e exigir prestações positivas do Estado.

Além disso, Herman Benjamin observa uma redução da discricionariedade administrativa, pois não resta ao Estado mais do que uma única hipótese de comportamento: “na formulação de políticas públicas e em procedimentos decisórios individuais, optar sempre, entre as várias alternativas viáveis ou possíveis, por aquela menos gravosa ao equilíbrio ecológico.”⁸⁹¹ Perfila-se, aqui, à avaliação das consequências na tomada de decisão ordenada pela LINDB, assim como à linha de base ambiental proposta por Daniel Farber, conforme exposto anteriormente, ou seja, um ponto de partida de proteção ao meio ambiente como escolha válida da sociedade contemporânea, que rejeita uma suposta neutralidade de valores.

Igualmente, como benefício substantivo da constitucionalização do ambiente, Herman Benjamin constata a ampliação da participação pública, visto ser possível extrair da norma, como valor essencial da sociedade, “um potencial poder processual de participar do processo decisório administrativo ou ingressar em juízo em favor próprio ou de outros cobeneficiários.”⁸⁹²

No tocante aos benefícios formais da constitucionalização, o autor alude à “máxima preeminência e proeminência dos direitos, deveres e princípios ambientais”.⁸⁹³ Da preeminência normativa na norma ambiental se extrai o princípio da interpretação das normas infraconstitucionais conforme a constituição, da invalidação das normas desconformes com a constituição, e da aplicação direta dos dispositivos constitucionais, existam ou não leis regulamentadoras, salvo se inexecutáveis em si mesmos. Ao se elevar o meio ambiente ao lugar mais elevado na hierarquia normativa, conserva-se a

⁸⁹¹ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 101.

⁸⁹² BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 102.

⁸⁹³ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 103.

lembrança da sua posição central entre os valores indisponíveis da vida em comunidade.⁸⁹⁴

Reporta-se também à segurança normativa, pois, especialmente em constituições rígidas como a brasileira, em que os direitos e garantias individuais são considerados norma pétrea, e onde é rigoroso o procedimento para emendas constitucionais, há nítido reforço à durabilidade legislativa, funcionando “como barreira à desregulamentação e a alterações ao sabor de crises e emergências momentâneas”.⁸⁹⁵

Outros benefícios formais incluem a substituição do paradigma da legalidade ambiental pelo da constitucionalidade ambiental, com consequências que ultrapassam a “singela alteração cosmética da norma e da sua percepção social”⁸⁹⁶; o controle de constitucionalidade de leis e regulamentos, que devem se conformar ao texto constitucional; e o “reforço exegético pró-ambiente das normas infraconstitucionais”, visto que, ao situar a proteção ambiental em uma posição elevada na hierarquia da normas (preeminência), “sua simples existência determina a (re)leitura do direito positivo nacional - passado, presente e futuro – em particular, no balanceamento de interesses conflitantes.”⁸⁹⁷

Como contraponto, referindo-se aos risco da constitucionalização do ambiente, Herman Benjamin menciona os “perigos da constitucionalização de conceitos, direitos, obrigações e princípios insuficientemente amadurecidos, mal-compreendidos ou até incorretos ou superados”, como a noção de equilíbrio ecológico.⁸⁹⁸ Todavia, o próprio autor recorda que “as leis ambientais são

⁸⁹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 104.

⁸⁹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 105.

⁸⁹⁶ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 105.

⁸⁹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 107.

⁸⁹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 107.

conhecidas exatamente pela sua mutabilidade; nelas, a segurança jurídica é sinônimo de contínua adaptação e alteração”.⁸⁹⁹

É nesse cenário de prós e contras que se desenvolveu a temática ambiental nas constituições brasileiras.

De acordo com José Afonso da Silva, as constituições anteriores à de 1988 nada traziam especificamente sobre a proteção do meio ambiente natural. Das mais recentes, desde 1946, “apenas se extraía orientação protecionista do preceito sobre a proteção da saúde e sobre a competência da União para legislar sobre água, florestas, caça e pesca”, que permitiram a elaboração de leis protetoras como o Código Florestal.⁹⁰⁰

Na mesma linha, Édis Milaré explica que as constituições que precederam a de 1988 “jamais se preocuparam com a proteção do meio ambiente de forma específica e global. Nelas, nem mesmo uma vez foi empregada a expressão meio ambiente”, revelando “total inadvertência ou, até mesmo, despreocupação com o próprio espaço em que vivemos”.⁹⁰¹

O autor faz um comparativo entre as várias constituições brasileiras, extraindo alguns traços comuns:

- a) desde a Constituição de 1934 todas cuidaram da proteção do patrimônio histórico, cultural e paisagístico do país;
- b) houve constante indicação no texto constitucional da função social da propriedade [...], solução que não tinha em mira - ou era insuficiente - proteger efetivamente o patrimônio ambiental;
- c) jamais se preocupou o legislador constitucional em proteger o meio ambiente de forma específica e global, mas sim dele cuidou de maneira diluída e mesmo casual, referindo-se separadamente a alguns de seus elementos integrantes (água,

⁸⁹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*, p. 108.

⁹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46.

⁹⁰¹ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 174.

florestas, minérios, caça, pesca etc.), ou então disciplinando matérias com ele indiretamente relacionadas (mortalidade infantil, saúde, propriedade etc.).⁹⁰²

A Constituição de 1988 foi, nesse sentido, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental, por isso adjetivada por José Afonso da Silva de “uma Constituição eminentemente ambientalista”, expressando “o tratamento da matéria em termos amplos e modernos”⁹⁰³. Abraçou uma “concepção holística e juridicamente autônoma do meio ambiente”, distanciando-se de modelos anteriores.⁹⁰⁴ Assumiu que a valorização do meio ambiente se faz com fundamentos éticos explícitos e implícitos, uma combinação de argumentos antropocêntricos mitigados, fundada na solidariedade intergeracional e preocupada com as gerações futuras, atribuindo certo valor intrínseco à natureza.⁹⁰⁵

Embora não tenha sido inteiramente revolucionária no contexto do direito comparado, beneficiou-se da tendência de constitucionalização do meio ambiente, “com uma pitada de saudável e criativa originalidade”.⁹⁰⁶ Reverenciou uma expressiva tendência mundial, encabeçada por documentos internacionais como a Declaração de Estocolmo de 1972 e a Carta Mundial da Natureza de 1982. Nem por isso deixou de ser, na opinião de Herman Benjamin, “pontual e globalmente, um texto que enuncia estrutura, formulações e remédios *sui generis* para os problemas ambientais brasileiros.”⁹⁰⁷

Antes dela, o autor relata que os tribunais, confrontados com o silêncio constitucional, “exercitavam sua criatividade e identificavam, na

⁹⁰² MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 175.

⁹⁰³ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 46.

⁹⁰⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 110.

⁹⁰⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 111.

⁹⁰⁶ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 113.

⁹⁰⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 113.

penumbra de outros direitos, garantias de cunho ambiental.” Historicamente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado derivava-se de modo indireto da Constituição, por meio da interpretação de dispositivos que asseguravam outros valores tradicionais, como a vida, a saúde, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, a função social da propriedade, a disciplina da produção e consumo.⁹⁰⁸

Na primeira edição do livro *Direito Ambiental Brasileiro*, lançada em 1982, Paulo Affonso Leme Machado já dizia que o meio ambiente não se exaure na defesa e proteção da saúde humana, mas aí também se insere. Explicava que a Emenda Constitucional 1/69, vigente na época, não tratava expressamente do meio ambiente, assim como as constituições anteriores também não o faziam, pois “o tema ainda estava tomando corpo nas preocupações cívicas”. Se de um lado, prosseguia o autor, “a Constituição não tratou o ambiente de forma abrangente e global, de outro lado, muitas matérias que integram o tema ambiente foram contempladas no texto maior do país”, por exemplo, águas, florestas, caça, pesca, energia nuclear e jazidas.⁹⁰⁹ Advertia, por fim, que o tema ambiente merecia melhor formulação na Constituição Federal, ainda que a inexistência de um ordenamento específico não devesse ser entendida como “inibidor das regras sobre a defesa e proteção da saúde notadamente.”⁹¹⁰

A Constituição de 1988, por seu turno, traz um capítulo específico sobre o meio ambiente, inserido no título “Da Ordem Social” (Capítulo VI do Título VIII), onde repousa o núcleo da proteção do meio ambiente. A questão, não obstante, não se limita a este capítulo, espalhando-se ao longo do texto constitucional, tendo em vista o conteúdo multidisciplinar da matéria.

⁹⁰⁸ BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*, p. 114.

⁹⁰⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 6.

⁹¹⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. p. 8.

Com efeito, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não se esgota no artigo 225 da Constituição, que tem o mérito de o distinguir como direito autônomo e de caráter genérico. No decorrer do texto constitucional, “tal direito reaparece, ora como direito-reflexo (proteção da saúde, do trabalhador etc.), ora não mais como direito *per se*, mas como preceito normativo de apoio a ele (p. ex., a função ecológica da propriedade rural)”.⁹¹¹

A par da ordem social, a defesa do meio ambiente também é princípio que deve ser observado na ordem econômica estabelecida na Constituição.⁹¹² Para Milaré, a ordem econômica, nesse aspecto, subordina-se à ordem social, visto que “o crescimento ou desenvolvimento socioeconômico deve portar-se como um instrumento, um meio eficaz para subsidiar o objetivo social maior”. Desse modo, “as atividades econômicas não poderão gerar problemas que afetem a qualidade ambiental e impeçam o pleno atingimento dos escopos sociais.”⁹¹³

Além disso, não há só direitos, deveres e princípios ambientais descritos explicitamente na Constituição. Ela também os estabelece implicitamente, defluindo, por via interpretativa, da norma e do sistema constitucional de proteção do meio ambiente. É o caso, citado por Herman Benjamin, do dever genérico de não degradar e dos princípios da primariedade do meio ambiente e da explorabilidade limitada da propriedade.⁹¹⁴

De toda forma, é no art. 225, com seus sete parágrafos e oito incisos, que se encontra o núcleo principal, o ponto de chegada ou o ponto mais saliente, da proteção do meio ambiente na Constituição de 1988. Este dispositivo

⁹¹¹ BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*, p. 130.

⁹¹² CRFB, art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.”

⁹¹³ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 177.

⁹¹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*, p. 121.

compreende, na lição de José Afonso da Silva, três conjuntos de normas. O primeiro se encontra no *caput*, onde se inscreve a “norma-matriz, substancialmente reveladora do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.” O segundo se localiza no §1º, com seus incisos, que estabelece os instrumentos de garantia da efetividade do direito enunciado no *caput*. Trata-se de “normas-instrumentos da eficácia do princípio, mas também são normas que outorgam direitos e impõem deveres relativamente ao setor ou ao recurso ambiental que lhes é objeto.” Finalmente, o terceiro conjunto de normas compreende “determinações particulares, em relação a objetos e setores, referidos nos §§ 2º a 6º”, que, por serem “áreas e situações de elevado conteúdo ecológico [...] o constituinte entendeu que mereciam, desde logo, proteção constitucional.”⁹¹⁵

Nesse contexto, a avaliação da existência de um direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição do Brasil passa por uma análise pormenorizada do *caput* do art. 225, que dispõe:

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.

A expressão “Todos”, nesse caso, refere-se a todas as pessoas, todos os seres humanos, e não a todos os seres vivos, visto que a “dignidade da pessoa humana” é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.⁹¹⁶ Também as expressões “povo” e “presentes e futuras gerações” referem-se às gerações dos seres humanos, como o termo “geração” normalmente é usado, e não no sentido de produção de descendentes de variadas espécies de seres vivos.

A mesma opinião é compartilhada por Herman Benjamin, para quem, a despeito da incerteza da expressão, não se deve interpretar a palavra

⁹¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 52.

⁹¹⁶ Art. 1º, III, da CRFB.

“Todos” como referindo-se a todos os seres vivos, humanos ou não, pois a fórmula “é empregada também em vários pontos da constituição, na garantia de outros direitos fundamentais que não apresentam nenhuma vocação ou necessidade de se conectarem aos componentes vivos não humanos da natureza”, como, por exemplo, o direito à educação.”⁹¹⁷

O autor salienta, ainda, que o dispositivo garante a qualquer pessoa, residente ou não no país, o benefício de tal direito, não havendo nisso ofensa à soberania, “pois é interpretação oriunda da visão holística e universalista do meio ambiente, amparada nos tratados internacionais, ao longo dos anos, celebrados e ratificados.”⁹¹⁸

A seguir, a Constituição usa a expressão “meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Equilíbrio ecológico é, nas palavras de Herman Benjamin, “produto de orientações científicas e éticas que recebe de outras disciplinas.” Trata-se de concepção aceita pela norma jurídica, baseando-se “na ideia de que todos os organismos vivos estão de algum modo inter-relacionados no meio ambiente natural.”⁹¹⁹ Dessa forma, busca-se assegurar “que tal estado dinâmico de equilíbrio, em que se processam os fenômenos naturais, seja conservado, deixando que a natureza siga seu próprio curso.”⁹²⁰

Prossegue o autor:

Uma vez juridicizado, o equilíbrio ecológico perde sua referência científica pura, transformando-se em preocupação de interesse geral, objeto de políticas públicas — vale dizer, de intervenção do Estado por afetar um grande número de pessoas. De toda sorte, sua compreensão não se faz por apelo a categorias jurídicas, mas por retorno permanente ao seu berço, as ciências

⁹¹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 132.

⁹¹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 131.

⁹¹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 133.

⁹²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 134.

da natureza. Já aqui começa a interdisciplinaridade do Direito Ambiental.⁹²¹

Interdisciplinaridade, aliás, que marca o pragmatismo jurídico, reforçando a tese de que o constitucionalismo ambiental é um campo fértil para esta corrente filosófica do direito.

Na sequência, o artigo remete à titularidade do meio ambiente, que, como entidade autônoma, é considerado “bem de uso comum do povo”. A natureza, assim, “é patrimônio comum da família humana; não pertence a indivíduos isolados, mas a toda a sociedade”⁹²², portanto “seus frutos devem beneficiar a todos os que vivem e os que ainda viveram neste planeta.”⁹²³

Além disso, o meio ambiente é reputado bem “essencial à sadia qualidade de vida”, fundamental, portanto, a uma existência digna.

De acordo com Herman Benjamin, “Qualidade de vida é noção filhote do movimento conservacionista dos anos 60, uma espécie de complemento necessário da noção de meio ambiente”, e, portanto, “um termo difícil de limitar ou definir”. Mesmo assim, é inegável seu apelo retórico e político, notadamente nos trabalhos legislativos.⁹²⁴

No contexto da constituição brasileira, o autor comenta:

No caso brasileiro, a expressão parece indicar uma preocupação com a manutenção das condições normais (= sadias) do meio ambiente, condições que propiciem o desenvolvimento pleno (e até natural perecimento) de todas as formas de vida. Em tal perspectiva, o termo é empregado pela Constituição não no seu sentido estritamente antropocêntrico (a qualidade da vida humana), mas com um alcance mais ambicioso, ao se propor

⁹²¹ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 134.

⁹²² MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 180.

⁹²³ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 181.

⁹²⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira, p. 134.

pela ausência da qualificação humana expressa — a preservar a existência e o pleno funcionamento de todas as condições e relações que geram e asseguram a vida, em suas múltiplas dimensões.⁹²⁵

Na sequência, o dispositivo cria para o Poder Público um dever constitucional, geral e positivo, representado por verdadeiras obrigações de fazer, de zelar pela defesa e preservação do meio ambiente. Não há, para o Poder Público, mera faculdade, mas está atado por verdadeiro dever.⁹²⁶

O artigo prevê, como dever fundamental, não só uma obrigação “explícita, genérica, substantiva e positiva de defesa e preservação do meio ambiente”, mas também concebe uma obrigação “genérica, substantiva e negativa, mas implícita”, de não o degradar. Nas duas situações, “está-se diante de deveres *erga omnes*, em que são coobrigados, indistintamente, o Poder Público, os indivíduos e a coletividade.⁹²⁷ O indivíduo deixa de ser mero titular passivo de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e passa também a ter a titularidade de um dever: o de defendê-lo e preservá-lo.⁹²⁸

Diante de todas essas características, não há dúvida de que se está diante de um direito fundamental: um meio ambiente indisponível, autônomo e essencial a todos.

Como expõe Herman Benjamin, são variadas e significativas as consequências da concessão de *status* de direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em primeiro lugar, identifica-se “um princípio da primariedade do ambiente, no sentido de que a nenhum agente, público ou privado, é lícito tratá-lo como valor subsidiário, acessório, menor ou desprezível.” Em segundo lugar, como direito fundamental, tem aplicação direta, não apenas

⁹²⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*, p. 134.

⁹²⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 181.

⁹²⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*, p. 140.

⁹²⁸ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 181.

programática. A regulamentação legislativa posterior auxilia a “densificar a sua exequibilidade”, não sendo, porém, indispensável para o exercício do direito. Além disso, ao equilíbrio ecológico, “atribui-se irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade, características que, posteriormente, informarão a ordem pública ambiental e o próprio marco jurídico dorsal do Direito Ambiental brasileiro.”⁹²⁹

Milaré acrescenta o atributo da indisponibilidade do direito, pois, ao mencionar que a preservação do meio ambiente deve ser feita no interesse não só das presentes, como também das futuras gerações, a Constituição estabeleceu um dever não apenas moral, mas jurídico e de natureza constitucional, para as gerações atuais de transmitirem o “patrimônio ambiental” às gerações seguintes “e nas melhores condições do ponto de vista do equilíbrio ecológico”.⁹³⁰

No âmbito jurisprudencial, destacam-se duas decisões pioneiras do Supremo Tribunal Federal, ambas relatadas pelo Ministro Celso de Mello, sobre o reconhecimento e a afirmação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição brasileira.

No julgamento do RE 134.297-8/SP,⁹³¹ o STF inaugurou a afirmação constitucional do direito fundamental ao meio ambiente, porém o desenvolvimento de seu significado diferenciado somente ocorreu no julgamento do MS 22.164/DF.⁹³² Neste acórdão, o STF reconheceu expressamente características essenciais do bem jurídico ambiental, como proposto pela Constituição de 1988: “a) a repartição de responsabilidades no exercício desses deveres; b) a relação estabelecida entre a sua concretização e os deveres atribuídos aos Poderes Públicos e à coletividade; e, sobretudo, c) a titularidade

⁹²⁹ BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira**, p. 124.

⁹³⁰ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 180.

⁹³¹ Publicado no Diário de Justiça da União, em 22 de setembro de 1995.

⁹³² Publicado no Diário de Justiça da União, em 17 de novembro de 1995.

compartilhada de interesses sobre o bem, que alcançam inclusive as futuras gerações.”⁹³³

É evidente, contudo, que o reconhecimento teórico de que se trata de um direito fundamental nada agrega à efetiva preservação do meio ambiente se a prática não muda.

É o que adverte Milaré:

Não basta, entretanto, apenas legislar. É fundamental que todas as pessoas e autoridades responsáveis se lancem ao trabalho de tirar essas regras do limbo da teoria para a existência efetiva da vida real; na verdade, o maior dos problemas ambientais brasileiros é o desrespeito generalizado, impunido ou impunível, à legislação vigente. É preciso, numa palavra, ultrapassar a ineficaz retórica ecológica - tão inócua quanto aborrecida - e chegar às ações concretas em favor do ambiente e da vida. Do contrário, e sem qualquer exagero, uma nova modalidade de poluição - a “poluição regulamentar” - passará a ocupar o centro de nossas atenções.⁹³⁴

Um dos antídotos para isso, mais uma vez, é o pragmatismo, que valoriza soluções que se mostram efetivas na prática, optando por decisões que gerem resultados tangíveis no mundo real. O pensamento pragmatista, como observado anteriormente, mostra-se menos interessado em grandes teorias e abstrações e mais atento à efetividade da medida para orientar o processo de tomada de decisão.

4.1.7 Direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição dos EUA

Embora no Brasil o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado seja um direito fundamental reconhecido na Constituição, como visto acima, em outros países as respectivas constituições nada dizem a esse

⁹³³ AYALA, Patryck de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental no Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 418.

⁹³⁴ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 177.

respeito, a exemplo dos Estados Unidos, onde todos os esforços para alterar a Constituição a fim de incluir um direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado falharam até agora.⁹³⁵ Ainda assim, quase metade das constituições dos estados norte-americanos possui algum tipo de previsão na esfera ambiental, seja de preservação, sustentabilidade, reurbanização, redução da poluição, mudança climática, aperfeiçoamento das fontes energéticas, ou direito a um meio ambiente de qualidade.⁹³⁶

Não existe, todavia, um histórico consistente sobre proteção constitucional do meio ambiente no âmbito federal nos EUA, cuja ideia nunca conseguiu aceitação suficiente para justificar seu reconhecimento, ainda que implícito, na Constituição federal.

A falta de previsão explícita da proteção ambiental na Constituição dos Estados Unidos pode ser compreendida à luz do contexto histórico em que foi redigida. Na época da formulação do documento, o debate sobre a proteção do meio ambiente não estava presente no cenário político ou social. Portanto,

⁹³⁵ MAY, James R.; DALY, Erin. Symposium: the confluence of human rights and the environment: Vindicating Fundamental Environmental Rights Worldwide. **Oregon Review of International Law**, vol. 11, p. 365, 2009.

⁹³⁶ "As constituições estaduais tratam das preocupações ambientais de várias maneiras. Algumas constituições expressam uma política geral de preservação de áreas naturais e controle da poluição. Por exemplo, a constituição do Alabama diz que é "necessário e desejável" conservar a terra por valor ecológico; a da Flórida, para "conservar e proteger os recursos naturais da terra e diminuir a poluição"; a de Michigan, para "conservar e desenvolver" os recursos naturais do estado e protegê-los da poluição; a do Novo México, para proteger seu "ambiente bonito e saudável" e controlar a poluição; a de Nova York, para conservar e proteger seus recursos e cenários naturais; a da Carolina do Norte, para "conservar e proteger suas terras" e limitar a poluição; e o Território de Porto Rico, para "conservar e desenvolver" seus recursos efetivamente. Outras constituições estaduais declaram a autoridade do estado para gerenciar recursos estatais. Por exemplo, a de Idaho declara que "[o] uso de todas as águas [está] sujeito aos regulamentos e controle do estado da maneira prescrita por lei". Algumas constituições estaduais são direcionadas à proteção dos recursos naturais especialmente importantes para aquele estado em particular. A Califórnia, por exemplo, prevê o direito ao acesso "razoável" e ao uso dos limitados recursos hídricos do estado; a do Colorado, para proteger florestas; a da Flórida, para proteger os "Everglades"; a de Nova York, para proteger os "Adirondacks"; e a de Rhode Island, (ainda) para permitir o acesso à pesca e à costa. Algumas constituições estaduais reconhecem expressamente o direito à qualidade ambiental como um direito básico, incluindo Havaí, Illinois, Massachusetts, Montana e Pensilvânia. Essas disposições são independentes da legislação estadual que permite que os cidadãos façam cumprir as leis de controle de poluição. Todos os esforços para alterar a Constituição dos EUA no sentido de dispor sobre um direito material a um meio ambiente limpo, no entanto, falharam." (MAY, James R. **Principles of Constitutional Environmental Law**. Chicago: American Bar Association Publishing, 2011, p. 306. Tradução livre).

não é surpreendente que tal tema não tenha sido incorporado ao texto constitucional. A Constituição norte-americana, elaborada para corrigir as deficiências do governo sob os Artigos da Confederação, visava endereçar questões imediatamente perceptíveis e solucionáveis naquele momento histórico. Assim, questões complexas e futuras, como a proteção ambiental, que só ganharam relevância com o avanço científico e tecnológico, estavam além da capacidade de previsão dos constituintes. Essa ausência não reflete uma omissão negligente, “mas havia questões que pareciam inexplicáveis ao não estarem previstas em um instrumento do governo, se o que se buscava era elaborar um modelo lógico e compreensível da Constituição”,⁹³⁷ com base nas experiências e necessidades daquela época.

Contudo, à medida que as questões ambientais começaram a ganhar destaque, a lacuna deixada pela ausência de previsão constitucional explícita sobre a proteção ambiental tornou-se mais evidente. Mesmo assim, com o passar dos anos, diversos argumentos jurídicos a favor do reconhecimento dessa proteção foram rejeitados. A maioria desses casos surgiu durante a década de 1970, marcada por alegações relacionadas à exposição à fumaça do tabaco ou outras violações a meio ambientes locais.⁹³⁸

Por exemplo, no emblemático caso *Tanner v. Armco*⁹³⁹, os autores buscaram indenização alegando prejuízo à saúde causado por poluição derivada de refinarias de petróleo no estado do Texas. Ingressaram com a ação na Justiça Federal, fundamentando seu pedido na nona e na décima quarta emendas da constituição e em leis federais norte-americanas. O juiz federal rejeitou o pedido argumentando que não havia na constituição previsão expressa de proteção ambiental, nem as leis citadas, notadamente a *National Environmental Policy Act* (NEPA) de 1969, previam ferramentas de proteção, portanto o caso resumia-se

⁹³⁷ FARRAND, Max. **A criação da Constituição**: a Convenção da Philadelphia de 1787 e a formação do Estados Unidos da América. p. 173.

⁹³⁸ LEDEWITZ, Bruce. Constitutional law and civil rights symposium, part II: establishing a federal constitutional right to a healthy environment in US and in our posterity. **Mississippi Law Journal**, vol. 68, p. 565, inverno, 1998.

⁹³⁹ *US District Court, Southern District, Texas* [340 F. Supp. 532 (1972)].

a litúrgio entre particulares, no terreno da responsabilidade civil (*law of torts*) fundado na *common law*.

Sobre a nona emenda, o juiz afirmou não ter encontrado nenhum precedente em que ela tenha sido interpretada de maneira a abranger o direito a um ambiente saudável. Tal construção, segundo o magistrado, seria “não-histórica” e representaria essencialmente uma decisão política, tarefa reservada ao Poder Legislativo. Do mesmo modo, no tocante à décima quarta emenda, sustentou que nenhum direito juridicamente exigível a um meio ambiente saudável, que desse origem a uma ação de indenização, era garantido pela emenda ou por qualquer outro dispositivo da constituição. Taxando a alegação de uma “reivindicação constitucional imaginativa”, citou a Suprema Corte dos Estados Unidos ao afirmar que “a Constituição não fornece soluções judiciais para todos os males sociais e econômicos”.

Ao mesmo tempo, propostas de emenda constitucional para inclusão de um direito fundamental a um meio ambiente saudável fracassaram na tentativa de aprovação no Congresso norte-americano. A esse respeito, afirma-se que “a Constituição dos EUA está em silêncio”.⁹⁴⁰

Alguns defendem, entretanto, que se trata de um silêncio eloquente, pois não era de se esperar que a Constituição dos EUA, elaborada no século XVIII, dispusesse sobre o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, preocupação inexistente na época. Afinal, como dito, o processo de reconhecimento de direitos fundamentais é dinâmico e a Constituição deve ser interpretada de modo a sustentar a existência de direitos fundamentais implícitos em seu texto.

Para Daniel Farber, a prática de proteger direitos fundamentais não escritos está fortemente enraizada nas tradições jurídicas e sociais norte-americanas. Embora essa prática, segundo o autor, traga riscos e, portanto, deva

⁹⁴⁰ LEDEWITZ, Bruce. Constitutional law and civil rights symposium, part II: establishing a federal constitutional right to a healthy environment in US and in our posterity. **Mississippi Law Journal**, vol. 68, p. 565, inverno, 1998.

ser feita com cautela, o reconhecimento de direitos fundamentais não escritos tem sido uma parte valiosa do processo constitucional daquele país.⁹⁴¹

Nesse contexto, considerando que um meio ambiente ecologicamente equilibrado é indispensável à proteção da vida, esta sim protegida expressamente na Constituição⁹⁴², não é exagero supor um direito fundamental implícito daí decorrente.⁹⁴³

A jurisprudência norte-americana, contudo, é bastante cautelosa em reconhecer direitos fundamentais não explícitos na Constituição. Argumenta-se que não cabe ao Poder Judiciário criar direitos não previsto na lei, mas apenas reconhecê-los. O procedimento democrático exige que o cidadão busque junto ao Poder Legislativo o reconhecimento do direito antes de se valer de proteção judicial.

Nesse sentido, a Suprema Corte dos EUA já afirmou que a lista de direitos fundamentais é "curta" e "raramente expandida". Ainda assim, no caso *Washington v. Glucksberg*,⁹⁴⁴ a Corte ressaltou que a cláusula do devido processo legal prevista na quinta emenda garante mais do que um processo justo, e a "liberdade" que protege inclui mais do que a privação de liberdade.⁹⁴⁵

⁹⁴¹ FARBER, Daniel A. Legal Pragmatism and the Constitution. **Minnesota Law Review**, vol. 72, p. 1331, junho, 1988.

⁹⁴² Quinta emenda: "[...] ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização." (CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: <https://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/reccida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023).

⁹⁴³ RUSSEL, Irma S. Listening to the silence: implementing constitutional Environmentalism in the United States. In: MAY, James R.; DALY, Erin (editores). **Implementing Environmental Constitutionalism: current global challenges**. Nova York: Cambridge University Press, 2018, p. 210.

⁹⁴⁴ 117 S. Ct. 2258, 117 S. Ct. 2302 (1997).

⁹⁴⁵ A Constituição dos EUA usa aqui a palavra *liberty*, que, assim como a palavra *freedom*, significam "liberdade". Ronald Dworkin defende uma "teoria da liberdade" que distingue autonomia (*freedom*), que é "simplesmente a faculdade que cada pessoa tem de fazer o que bem quiser sem ser constrangida pelo Estado, da liberdade (*liberty*), que é aquela parte da autonomia que seria errado o Estado constranger." E conclui: "Não endosso um direito geral à autonomia. Defendo, antes, diversos direitos à liberdade que repousam sobre diferentes

Segundo a Corte, o dispositivo também fornece proteção reforçada contra a interferência do governo em certos direitos fundamentais e valores decorrentes da liberdade. Desse modo, além das liberdades específicas protegidas pela *Bill of Rights*, a "liberdade" especialmente protegida pela cláusula de devido processo inclui os direitos de se casar⁹⁴⁶, ter filhos⁹⁴⁷, dirigir a educação e a criação dos filhos⁹⁴⁸, à privacidade conjugal⁹⁴⁹, ao uso de métodos anticoncepcionais⁹⁵⁰, à integridade física⁹⁵¹ e ao aborto⁹⁵².

Porém, antes de conferir o *status* de "fundamental" a um direito não reconhecido anteriormente, a Suprema Corte exige uma descrição cuidadosa do alegado direito fundamental e uma demonstração de que o direito está objetiva e profundamente enraizado na história e tradição da nação, além de implícito no conceito de liberdade, de tal forma que nem liberdade nem justiça existiriam se tal valor fosse sacrificado.

Em interpretação mais recente do direito fundamental à liberdade, no caso *Obergefell v. Hodges*⁹⁵³, a Suprema Corte considerou que a Constituição garante o direito específico das pessoas de definirem e expressarem sua identidade, reconhecendo o casamento como um direito fundamental inerente à liberdade previsto nas cláusulas de devido processo e de igualdade. Ao basear a decisão em direitos fundamentais como privacidade e dignidade humana, e considerando que a liberdade inclui o direito de estar protegido contra danos físicos não razoáveis, a Corte abriu espaço para que as mesmas garantias

fundamentos." (DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 8).

⁹⁴⁶ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

⁹⁴⁷ *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).

⁹⁴⁸ *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

⁹⁴⁹ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁹⁵⁰ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

⁹⁵¹ *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952).

⁹⁵² *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

⁹⁵³ A Suprema Corte dos EUA decidiu que eram inconstitucionais os dispositivos das constituições estaduais de Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee que negavam aos casais homoafetivos o direito de se casarem. (135 S. Ct. 2584 (2015)).

constitucionais possam ser aplicadas a riscos não razoáveis de danos físicos criados pelo Estado.⁹⁵⁴

Todavia, quando se trata de um suposto direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, as cortes norte-americanas frequentemente rejeitam essas alegações. Por vezes, por não encontrarem evidência de que o direito está enraizado nas tradições do país ou implícito no conceito de liberdade.⁹⁵⁵ Em outras, por não terem encontrado uma garantia do direito fundamental a um ambiente saudável implícita ou explicitamente na Constituição “à luz do teste predominante de um direito fundamental”.⁹⁵⁶

Uma exceção recente a este entendimento predominante parece ter ocorrido no caso *Juliana v. United States*⁹⁵⁷, em que um juiz federal de primeira instância reconheceu que o direito à liberdade ou à vida inclui um direito a “um sistema climático capaz de sustentar a vida humana”. Nesse caso, um grupo de jovens ajuizou ação contra o governo dos EUA para que, entre outras medidas, desenvolvesse um plano para reduzir as emissões de CO₂. Os autores da ação afirmaram que o governo dos EUA tem conhecimento há meio século de que as emissões de CO₂ provenientes de processos de combustão de combustíveis fósseis causam aquecimento global, o qual é prejudicial para as pessoas e para o planeta. Diante disso, os demandantes alegaram que a ação do governo os privou de um direito à vida e à liberdade protegido pela quinta emenda da Constituição dos EUA, ao colocá-los em uma situação de perigo com um sistema climático desestabilizado que está prejudicando sua capacidade de prover necessidades humanas básicas, e, portanto, ameaçando sua “dignidade humana”.

⁹⁵⁴ RUSSEL, Irma S. Listening to the silence: implementing constitutional Environmentalism in the United States, p. 216.

⁹⁵⁵ *Lake v. City of Southgate*, No. 16-10251, 2017 U.S. Dist. LEXIS 27623 (E.D. Mich. Feb. 28, 2017).

⁹⁵⁶ *Pinkney v. Ohio EPA*, 375 F. Supp. 305 (N.D. Ohio 1974).

⁹⁵⁷ *Juliana v. United States*, 217 F. Supp. 3d 1224 (D. Or. 2016).

O juiz de primeira instância entendeu que havia causa de pedir plausível e determinou o prosseguimento da ação, argumentando que:

*[...] I have no doubt that the right to a climate system capable of sustaining human life is **fundamental** to a free and ordered society. Just as marriage is the "foundation of the family," a stable climate system is quite literally the foundation "of society, without which there would be neither civilization nor progress." [...] without "a balanced and healthful ecology," future generations "stand to inherit nothing but parched earth incapable of sustaining life."*⁹⁵⁸

Entretanto, por maioria, o Tribunal Federal do nono Circuito proveu o recurso do governo e determinou o arquivamento do processo. Sem negar a ocorrência de rápidas mudanças climáticas no planeta e a responsabilidade estatal sobre os danos alegados pelos autores, a Corte concluiu, com base no princípio da separação de poderes, que não é da competência do Poder Judiciário “ordenar, projetar, supervisionar ou implementar o plano de reparação solicitado pelos reclamantes”, uma vez que “qualquer plano eficaz exigiria necessariamente uma série de decisões políticas complexas”, de atribuição dos poderes executivo e legislativo. Além disso, os autores não teriam demonstrado que a tutela que buscavam tinha probabilidade concreta de reparar os alegados danos.⁹⁵⁹

Em 10 de fevereiro de 2021, a mesma Corte negou pedido para que o recurso fosse julgado pela composição completa do Tribunal (*rehearing en banc*).⁹⁶⁰

⁹⁵⁸ “[...] Não tenho dúvida de que o direito a um sistema climático capaz de sustentar a vida humana é fundamental para uma sociedade livre e ordenada. Assim como o casamento é o ‘fundamento da família’, um sistema climático estável é literalmente o fundamento ‘da sociedade, sem a qual não haveria civilização nem progresso’. [...] sem ‘uma ecologia equilibrada e saudável’, as gerações futuras ‘nada herdarão, exceto a terra seca, incapaz de sustentar a vida’.” (grifo e tradução livres)

⁹⁵⁹ *Juliana v. United States*, 947 F.3d 1159 (9th Cir. 2020).

⁹⁶⁰ *Juliana v. United States*, No. 18-36082, 2021 U.S. App. LEXIS 3688 (9th Cir. Feb. 10, 2021).

Mais recentemente, porém, em 01 de junho de 2023, outra juíza federal de primeira instância deferiu a emenda dos pedidos, autorizando que a ação vá a julgamento.⁹⁶¹ Segundo a magistrada,

*It is a foundational doctrine that when government conduct catastrophically harms American citizens, the judiciary is constitutionally required to perform its independent role and determine whether the challenged conduct, not exclusively committed to any branch by the Constitution, is unconstitutional.*⁹⁶²

Há expectativa de que o caso alcance a Suprema Corte, que terá a oportunidade de decidir sobre a presença, ou não, de um direito fundamental a um sistema climático estável, ou, mais amplamente, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição federal dos Estados Unidos.

No âmbito estadual, há diversos casos de litigância climática tramitando no Judiciário, fundamentados no direito a um meio ambiente limpo e saudável previsto nas constituições estaduais. Por exemplo, no caso *Held v. Montana*, que tramita na Justiça Estadual de Montana, a Juíza Kathy Seeley, em sentença proferida em 14/08/2023, julgou totalmente procedente o pedido de 16 jovens, em ação ajuizada contra o governo estadual. A juíza concluiu que o estado de Montana violou os direitos constitucionais dos autores, incluindo seus direitos à igualdade de proteção, dignidade, liberdade, saúde e segurança, e à confiança nas instituições públicas, todos fundamentados no direito a um ambiente limpo e saudável. A decisão declarou inconstitucionais leis do estado que incentivavam o uso de combustíveis fósseis e desconsideravam as mudanças climáticas. A sentença reconheceu que os demandantes tinham legitimidade para mover a ação, pois demonstraram ter sofrido danos

⁹⁶¹ Um resumo das etapas do caso está disponível em: <https://www.ourchildrenstrust.org/juliana-v-us> Acesso em 05 jun. 2023.

⁹⁶² "É uma doutrina fundamental que, quando a conduta do governo causa danos catastróficos aos cidadãos americanos, o Poder Judiciário é constitucionalmente obrigado a desempenhar seu papel independente e determinar se a conduta questionada, não exclusivamente atribuída a nenhum poder pelo texto constitucional, é inconstitucional." (tradução livre)

significativos, indicaram o papel do governo na causa desses danos e mostraram que uma decisão favorável poderia mudar a conduta do governo.⁹⁶³

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS NO BRASIL E NOS EUA

4.2.1 Responsabilidade civil por danos ambientais no Brasil

Nesta etapa da pesquisa, é importante destacar a forma como ocorre a proteção material do meio ambiente no ordenamento jurídico na esfera cível. Isso envolve a responsabilização civil daqueles que causam danos ambientais, juntamente com os mecanismos processuais empregados para garantir essa proteção.

A responsabilidade civil por danos ambientais possui um sistema próprio e autônomo, que a diferencia das regras gerais do Código Civil.

O ponto de partida, mais uma vez, é a Constituição Federal, que, no art. 225, §3º, diz: “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.”

A responsabilização do infrator, portanto, pode ocorrer nas três esferas (penal, cível e administrativa), de modo concomitante e autônomo. Interessa aqui, diante do objeto da pesquisa, a responsabilidade no âmbito cível.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981), norma especial em relação às regras gerais do Código Civil, dispõe que “[...] 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” (art. 14, §1º). Porque independe de culpa, é classificada como

⁹⁶³ Our Children's Trust. **Sweeping Constitutional Win for Held v. State of Montana Youth Plaintiffs**. Helena, MT, 14 de agosto de 2023. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/571d109b04426270152febe0/t/64da6d67161d05783fbc a2f9/1692036457635/08.14.2023+Montana+Climate+Youth+Win.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

responsabilidade civil objetiva, em contraposição à regra geral civilista de responsabilidade subjetiva (Código Civil, art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”).

No que se refere aos serviços e instalações nucleares, a responsabilidade objetiva pelos danos causados está prevista na Constituição (art. 21, XXIII, d). Do mesmo modo, no tocante à exploração de recursos minerais, a responsabilidade advém do mero exercício da atividade, dispensando, portanto, a caracterização de culpa (CRFB, art. 225, § 2º: “Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.”)

Assim, para a responsabilização civil na esfera ambiental, basta a prova do evento danoso, da ação ou omissão do agente (ou mesmo o mero exercício da atividade potencialmente danosa), e o nexo de causalidade entre ambos, isto é, o vínculo entre a ação ou omissão e o dano ambiental verificado. Dispensa-se, desse modo, o nexo de imputação (dolo ou culpa do agente), visto que o objetivo é buscar um responsável pela indenização, não necessariamente um culpado.⁹⁶⁴

Édis Milaré relaciona esta forma de proteção ampliada com o previsto no art. 187 do Código Civil,⁹⁶⁵ uma vez que seria desnecessária a comprovação de culpa e de dano atual, caso o exercício de um direito produzisse riscos ambientais intoleráveis, pois isto excederia os limites impostos pelo seu fim social. O dano ambiental futuro, para o autor, é assim “verdadeira fonte de obrigação civil”.⁹⁶⁶

⁹⁶⁴ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 11 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 434.

⁹⁶⁵ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁹⁶⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 436.

Pela sua importância para a sociedade, a responsabilização pelo dano ambiental busca a reparação integral, ou seja, o retorno ao estado anterior à degradação. Se isto não for possível, visto que há situações de dano irreversível, uma alternativa é a recuperação de outro local degradado (compensação por equivalente ecológico), ou, subsidiariamente, a substituição por indenização pecuniária. Em outras palavras, não sendo possível a substituição do elemento afetado por outro que desempenhe funcionalidade semelhante, busca-se adotar uma medida compensatória que se aproxime o máximo possível do estado anterior à ocorrência do dano, visando, em última análise, restabelecer o equilíbrio ecológico.

É o que defende Milaré:

Em não sendo possível a restauração natural no próprio local do dano – a chamada restauração *in situ* – é que deverá ser invocada a compensação por equivalente ecológico – (restauração *ex situ*) –, por meio da substituição do bem afetado por outro que lhe corresponda funcionalmente, ou seja, deve-se buscar a adoção de medida compensatória equivalente, de sorte a propiciar algo próximo daquilo que era antes da sua ocorrência, em que se traduz, ao fim e ao cabo, em mecanismo voltado ao restabelecimento do equilíbrio ecológico.⁹⁶⁷

Em outras palavras, não sendo possível a substituição do elemento afetado por outro que desempenhe funcionalidade semelhante, busca-se adotar uma medida compensatória que se aproxime o máximo possível do estado anterior à ocorrência do dano, visando, em última análise, restabelecer o equilíbrio ecológico.

A seguir, serão examinados os requisitos para a responsabilização civil do poluidor no sistema jurídico brasileiro.

4.2.2 Pressupostos da responsabilidade civil por dano ambiental no Brasil

Como exposto, a responsabilização por dano ambiental depende da verificação de três eventos: dano ao meio ambiente, de natureza patrimonial

⁹⁶⁷ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 439

ou extrapatrimonial; ação ou omissão voluntária (condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente), e nexos de causalidade entre ambos.

A seguir, os três eventos são analisados separadamente.

Dano. Considera-se dano a “degradação da qualidade ambiental”, definida pelo art. 3º da Lei n. 6.938/1981 como a “alteração adversa das características do meio ambiente”. O mesmo dispositivo descreve “poluição” como a degradação que resulte de atividades que, direta ou indiretamente, “prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.”

Além do dano patrimonial, que repercute sobre o próprio bem, a doutrina e a jurisprudência⁹⁶⁸ admitem a ocorrência de dano ambiental extrapatrimonial, ou dano moral coletivo, caso a degradação gere “um sentimento pessoal ou de comoção social negativo, de intranquilidade, de desgosto”.⁹⁶⁹

⁹⁶⁸ “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA. [...] 2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo. 3. Haveria contra sensu jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização. 4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*. Recurso especial improvido.” (STJ, Recurso Especial 1.367.923 – RJ, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 06/09/2013)

⁹⁶⁹ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 333.

Também a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), detalhada mais à frente, ao reger a proteção do meio ambiente no aspecto processual, dispõe que os danos ambientais podem ter origem patrimonial e moral.⁹⁷⁰

Outra classificação importante, pois repercute no aspecto processual da proteção, é a que distingue dano local, microrregional, regional e nacional. O primeiro diz respeito ao dano que se restringe ao espaço geográfico de um único município. O segundo, ao dano que atinge dois ou mais municípios do mesmo estado. O terceiro é aquele capaz de afetar diretamente, “no todo ou em parte, o território de dois ou mais estados”.⁹⁷¹ Por fim, dano nacional é “aquele que se irradia por todo o país”.⁹⁷²

Ação ou omissão. A expressão “ação ou omissão voluntária” do Código Civil é substituída por “condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente” (art. 225, § 3º, da CRFB), do que decorre que uma atividade lícita pode causar um dano e se sujeitar à responsabilização civil.

No mesmo sentido, a Lei n. 6.938/1981 define poluidor como “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.⁹⁷³ Ou seja, basta que a pessoa exerça determinada atividade potencialmente poluidora, ainda que autorizada a tanto, para que este requisito esteja satisfeito.

A postura do legislador, segundo Milaré, vai ao encontro do desejo da sociedade, pois “não raras vezes o poluidor se defendia alegando ser lícita a sua conduta, porque estava operando dentro dos padrões de emissão traçados pela autoridade administrativa e, ainda, tinha autorização ou licença para exercer aquela atividade”.⁹⁷⁴ Entretanto, como a norma se refere à mera conduta ou

⁹⁷⁰ “Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; [...]”.

⁹⁷¹ Art. 1º, III, da Resolução CONAMA 237/1997.

⁹⁷² MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p 339.

⁹⁷³ Art. 3º, IV.

⁹⁷⁴ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p, 452.

atividade, e não à ação ou omissão voluntária violadora de direito, compreende-se que é desnecessária atuação específica do agente direcionada à prática do dano, sendo suficiente um agir global na exploração da atividade.

Ainda, pela redação do artigo, percebe-se que as pessoas jurídicas de direito público interno podem ser responsabilizadas pela degradação ambiental, não só por ato comissivo (construção de obras públicas, por exemplo), como por omissão (fiscalização ineficiente ou inobservância das regras de licenciamento).

Milaré infere, nesse aspecto, que mesmo no caso de omissão do Estado a responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva, escapando da regra geral de responsabilidade civil subjetiva quando se trata de omissão estatal, baseada no art. 37, § 6º, da Constituição.⁹⁷⁵

Esta posição, entretanto, não é pacífica. Romeu Thomé defende, citando acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ),⁹⁷⁶ que nos casos de dano ambiental decorrente de ato omissivo do Estado, “este responde subjetivamente, devendo os interessados comprovar que houve dolo ou culpa do Poder Público em situação em que se omitiu, quando deveria ter agido.”⁹⁷⁷

É possível também que haja mais de um causador, direto ou indireto, do dano, situação em que “todos responderão solidariamente pela reparação.”⁹⁷⁸ A obrigação pode ser reclamada de qualquer um deles, isoladamente ou em conjunto, não sendo necessária a formação de litisconsórcio passivo. Assim se equiparam, para fins de reparação, “quem faz, quem não faz

⁹⁷⁵ “§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 458).

⁹⁷⁶ REsp 647493/SC, relator Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 22/05/2007, publicado no DJ de 22/10/2007.

⁹⁷⁷ SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de Direito Ambiental**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 499.

⁹⁷⁸ Código Civil, art. 942.

quando deveria fazer, quem faz mal feito, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem”.⁹⁷⁹

Nexo de causalidade. Ainda que dispense o nexo de imputação (dolo ou culpa), a responsabilidade por dano ambiental requer a demonstração de um vínculo entre a atividade do agente e o evento danoso.

Por suas características e complexidade, a degradação ambiental pode ter origens diversas, autônomas e concorrentes, o que torna muitas vezes difícil estabelecer um nexo de causalidade, principalmente porque a lei atribui também ao causador indireto do dano a responsabilidade pela reparação.

Chega-se a dizer que são inaplicáveis as excludentes de causalidade (caso fortuito ou de força maior, ação exclusiva da vítima e fato de terceiro), pois basta que o agente exerça a atividade da qual se beneficia para ser responsabilizado pelo dano.⁹⁸⁰ Este entendimento, a rigor, dispensaria também o nexo causal, pois bastaria que houvesse o dano e a atividade para que surgisse o dever de reparação, independentemente da relação entre eles (responsabilidade civil agravada). Porém, quando a lei dispõe que o mero exercício da atividade gera a responsabilização pelo dano, pressupõe que o dano tenha relação com o exercício da atividade. Não seria razoável, por exemplo, atribuir ao agente responsabilidade por um fato praticado por terceiro que foge ao exercício da atividade.

Sobre esse tema, Paulo Affonso Leme Machado argumenta que deve ser analisado o caso concreto, a fim de averiguar se o caso fortuito ou de força maior afasta a responsabilidade do devedor, isto é, se os efeitos desses fatos podiam ser evitados ou impedidos. Baseado na definição trazida pelo Código Civil,⁹⁸¹ o autor afirma que “O possível responsável pelos danos

⁹⁷⁹ SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de Direito Ambiental**. p. 495.

⁹⁸⁰ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 453.

⁹⁸¹ “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

“Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

ambientais diante dos fatos da natureza e de fatos de terceiro deve considerar pelo menos um duplo posicionamento psicológico: prever a ocorrência desses fatos e prever seus prováveis efeitos.”⁹⁸² Traz como exemplo um terremoto que atinge usina nuclear, acarretando vazamento de material radioativo. Neste caso, segundo ele, não haveria isenção de responsabilidade se não houvesse estudo prévio sobre a probabilidade de abalo sísmico no local onde a usina foi instalada, bem como se as medidas necessárias para evitar o vazamento não houvessem sido previamente tomadas.

Percebe-se, contudo, nesse exemplo, que não se estaria diante de uma ocorrência de força maior, na definição do Código Civil, visto que os efeitos podiam ser evitados ou impedidos. Insere-se, na realidade, o ingrediente da culpa (negligência ou imprudência) e por isso o agente deve ser responsabilizado. Porém, o caso fortuito ou de força maior em sentido estrito (“fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”), ao romper o nexo causal, elimina este pressuposto da responsabilidade civil.

Também não é adequado dispensar o nexo de causalidade sob o argumento frequente de que as obrigações no campo ambiental têm natureza *propter rem* (própria ou por causa da coisa), isto é, acompanha o direito real sempre que o titular o transmite a outra pessoa, pois o acessório segue o principal. Não se pode confundir, nesse campo, as obrigações de natureza real estabelecidas pelo Código Florestal⁹⁸³ com a responsabilidade civil por dano

⁹⁸² MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 428.

⁹⁸³ Lei 12.651/2012, “Art. 2º. As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação nativa, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem. [...]”

“§ 2º As obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural.” [...]

“Art. 7º. A vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.

“§ 1º Tendo ocorrido supressão de vegetação situada em Área de Preservação Permanente, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei.

ambiental, conforme as características vistas acima. As obrigações *propter rem*, adverte Milaré, “estão atreladas aos direitos reais e têm a finalidade de conservar a coisa sempre na busca pelo cumprimento de sua função socioambiental”.⁹⁸⁴ Por esse motivo, a necessidade de preservação e de recomposição de florestas e vegetação situada em área de preservação permanente acompanha a transmissão do bem, ou seja, obriga também o adquirente.

Tal afirmação, contudo, não leva à imediata conclusão de que o adquirente deva ser civilmente responsabilizado por eventual dano ao meio ambiente local. Basta imaginar a venda de um imóvel cujo proprietário foi condenado na esfera cível ao pagamento de indenização por ter praticado um dano ambiental. A obrigação pecuniária não se transfere ao adquirente com o negócio jurídico se este não teve relação com o dano anteriormente causado, ainda que receba o imóvel com a obrigação de manter e recompor a vegetação nativa.

4.2.3 Responsabilidade civil por danos ambientais nos EUA

No ordenamento jurídico norte-americano, as ações judiciais podem ser propostas com base em dois sistemas distintos: *common law* ou *statutory law*. *Statutes* são leis em sentido estrito, ou seja, normas aprovadas pelo Poder Legislativo, sancionadas pelo executivo, e interpretadas e aplicadas pelo Judiciário. Já o sistema de *common law* consiste em um direito comum desenvolvido por meio de decisões judiciais, independentemente da existência de *statutes*, conferindo ao indivíduo o direito de ação contra outra pessoa por atos que firam seu patrimônio jurídico.

No sistema de *common law*, o juiz examina os fatos e aplica uma “regra de direito” (*rule of law*) para chegar a uma decisão. O juiz ou júri exerce a função de “investigador dos fatos” (*fact finder*), avaliando as provas apresentadas pelas partes, e decide quais são os fatos jurídicos (*legal facts*) do

“§ 2º A obrigação prevista no § 1º tem natureza real e é transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural.”

⁹⁸⁴ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 451.

caso. Assim, se o juiz ou júri considera que o réu causou um dano ao autor, aplicará a *rule of law* para determinar o resultado. Essa regra é baseada em precedentes originados de diversos casos semelhantes julgados durante séculos de aplicação da lei, e não necessariamente em uma lei aprovada pelo Poder Legislativo. Sob o sistema de *common law*, para se alcançar a decisão para o caso, basta uma combinação dos fatos jurídicos (*legal facts*) e a regra de direito (*rule of law*) baseada em precedentes.⁹⁸⁵

Tendo evoluído no meio rural e em ambientes urbanos pré-industriais, o sistema de *common law* é adequado às situações em que as pessoas lidam diretamente com outras pessoas. Permite, por exemplo, que uma empresa poluidora seja acionada por seus vizinhos para que cesse a atividade ou que os indenize pelos danos sofridos. Não é adequado, porém, para quem é indiretamente atingido pelo dano ambiental, muitas vezes desconhecedores da origem da poluição.

O sistema de *statutory law*, por outro lado, interpõe o Estado entre os particulares. Uma lei (*statute*) pode modificar ou extinguir um direito previsto no *common law*, criar um direito novo que não existia neste sistema, ou pode simplesmente regular o comportamento humano, tornando os indivíduos diretamente responsáveis perante o Estado. No direito ambiental, a ação estatal volta-se normalmente à fixação de padrões de comportamento, cuja violação pode resultar em prisão ou aplicação de multas.⁹⁸⁶

Nesse sentido, o sistema de *statutory law* supera os limites do *common law*, pois não só permite a regulamentação da atividade, como confere ao Estado direito de ação contra o poluidor. Além disso, no caso da legislação

⁹⁸⁵ HOBAN, Thomas More; BROOKS, Richard Oliver. **Green Justice**: the environment and the courts. 2. ed. New York, NY: Routledge, 2019. p. 11.

⁹⁸⁶ HOBAN, Thomas More; BROOKS, Richard Oliver. **Green Justice**: the environment and the courts. p. 11.

federal, permite que determinada atividade potencialmente poluidora seja regulamentada de modo uniforme em todo o país.⁹⁸⁷

Nesse campo, são diversas as leis (*statutes*) que, no sistema jurídico norte-americano, buscam a reparação por danos causados ao meio ambiente. Os governos federal, estadual e municipal podem buscar a responsabilização civil do poluidor a fim de restaurar o ambiente natural à sua condição anterior e compensar a população pela perda temporária de uso desde o momento da contaminação até a restauração.⁹⁸⁸

A maioria das ações judiciais fundamenta-se em leis ambientais federais ou estaduais. A principal lei federal é a *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* (CERCLA). Outras leis importantes neste tema são a *Oil Pollution Act* (OPA), a *Clean Water Act* (CWA), a *National Marine Sanctuaries Act* (NMSA) e a *Park System Resource Protection Act* (PSRPA), que também servem de base legal para a proteção do meio ambiente, dependendo das circunstâncias.⁹⁸⁹

Embora o fundamento para buscar reparação por danos ambientais tenha origem em princípios de *common law*, como a *public trust doctrine* (segundo a qual os recursos naturais são bens de uso público), a criação de leis (*statutes*) para regular o tema baseou-se na insatisfação com o sistema anterior, que restringia o escopo da reparação. A estrutura legal mais recente fornece às agências governamentais mecanismos de proteção mais eficientes para a busca de reparação ambiental, pois preveem obrigações de fazer (de preservação do

⁹⁸⁷ HOBAN, Thomas More; BROOKS, Richard Oliver. **Green Justice**: the environment and the courts. p. 12.

⁹⁸⁸ ISRAEL, Brian D.; MARSTON, Brett; DANIEL, Lauren. **Natural resources damages**: a guide to litigating and resolving NRD cases. Chicago: American Bar Association, 2019. p. 5.

⁹⁸⁹ ISRAEL, Brian D.; MARSTON, Brett; DANIEL, Lauren. **Natural resources damages**: a guide to litigating and resolving NRD cases. p. 5.

meio ambiente), além da obrigação de pagar (indenização pelo dano praticado).⁹⁹⁰

A *Oil Pollution Act* (OPA)⁹⁹¹, promulgada em resposta ao derramamento do navio-tanque *Exxon Valdez* em 1989, dispõe sobre a responsabilidade civil por derramamentos de óleo que causem danos a recursos naturais. O valor da indenização inclui o custo de restaurar, reabilitar, substituir ou adquirir o equivalente dos recursos danificados; a diminuição do valor desses recursos naturais pendentes de restauração; e o custo de avaliação desses danos. A lei criou um fundo, financiado por tributo sobre o petróleo, para limpar derramamentos quando o responsável é incapaz de fazê-lo. A OPA exige que as instalações e embarcações de armazenamento de petróleo submetam ao governo federal planos detalhando como responderão a grandes derramamentos.⁹⁹²

A *Clean Water Act* (CWA)⁹⁹³, por sua vez, fornece a estrutura básica de regulamentação do despejo de poluentes nas águas dos Estados Unidos, assim como dos padrões de qualidade para as águas superficiais do país. Com base na CWA, a *Environmental Protection Agency* (EPA) implementou programas de controle de poluição, como o estabelecimento de padrões de águas residuais para a indústria. A EPA também estabeleceu critérios nacionais de qualidade da água para poluentes em águas superficiais.⁹⁹⁴

A *National Marine Sanctuaries Act* (NMSA)⁹⁹⁵ estabelece responsabilização por danos a certas áreas relevantes do meio ambiente marinho (santuários), independentemente da substância que causou o dano.

⁹⁹⁰ ISRAEL, Brian D.; MARSTON, Brett; DANIEL, Lauren. **Natural resources damages: a guide to litigating and resolving NRD cases.** p. 5.

⁹⁹¹ 33 U.S.C. §2701 et seq. (1990).

⁹⁹² 33 U.S.C. §2701 et seq. (1990).

⁹⁹³ 33 U.S.C. §1251 et seq. (1972).

⁹⁹⁴ ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. Summary of the Clean Water Act. Disponível em: <https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-clean-water-act>. Acesso em: 10 nov. 2023.

⁹⁹⁵ 32 U.S.C. §1431 et seq. (1972).

Tais áreas são consideradas de importância significativa para país em razão de suas qualidades conservacionistas, recreativas, ecológicas, históricas, científicas, educativas, culturais, arqueológicas ou estéticas que lhes conferem um significado especial para a nação.

A *Park System Resource Protection Act* (PSRPA)⁹⁹⁶ permite que o governo federal ajuíze uma ação civil contra qualquer responsável por danos a recursos, vivos ou não, do sistema de parques nacionais, buscando a restauração, a substituição ou a aquisição do equivalente dos recursos danificados ou perdidos.

Estas leis, juntamente com a CERCLA, formam o principal arcabouço normativo relacionado à responsabilidade civil por dano ambiental nos EUA. Pela relevância para o tema, a CERCLA será analisada em destaque.

4.2.4 Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA)

A *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*⁹⁹⁷, também conhecida como CERCLA ou *Superfund*, pois estabelece um "Superfundo" Federal para recuperação de locais abandonados, permite a responsabilização dos causadores de danos ambientais decorrentes de contaminação pelo descarte de substâncias poluentes.

A lei define a expressão "recursos naturais" de forma bastante ampla, incluindo terra, peixes, vida selvagem, biota, ar, água, água subterrânea, abastecimento de água potável e outros recursos pertencentes, mantidos, controlados ou geridos pelo Poder Público.⁹⁹⁸

Os órgãos ou servidores públicos encarregados de zelar pela proteção ambiental são designados pelo presidente da república ou pelo governador do estado, conforme o local protegido. De acordo com a CERCLA,

⁹⁹⁶ 54 U.S.C. §100721 et seq. (1990).

⁹⁹⁷ 42 U.S.C. §9601 et seq. (1980).

⁹⁹⁸ 42 U.S.C. §9601(16).

este *trustee* é designado pelo chefe do executivo para agir em nome da população como um “curador de recursos naturais”. Tais órgãos têm o dever de avaliar o dano de acordo com a ação praticada, a destruição ou a perda de recursos naturais, conforme os recursos sob sua tutela.⁹⁹⁹

No âmbito federal, a EPA é responsável pela recuperação de locais abandonados quando os possíveis poluidores não podem ser identificados ou localizados, ou quando se omitem em recuperá-lo. A lei fornece à agência ferramentas para obrigar o poluente a realizar a limpeza da área, bem como para obter o ressarcimento do montante gasto com a medida, caso não realizada por indivíduos ou empresas solventes.¹⁰⁰⁰

Nesse sentido, a EPA tem autoridade para iniciar processos administrativos, através dos quais pode exigir que proprietários ou operadores de instalações suspeitas de poluição adotem ações corretivas para sanar a contaminação provocada por resíduos perigosos ou sólidos. Em situações em que se verifica que os resíduos descartados representam uma "ameaça iminente e substancial" à saúde pública ou ao meio ambiente, a agência está apta a impor medidas cautelares administrativas. O não cumprimento destas ordens administrativas e cautelares pode acarretar sanções pecuniárias ao potencial infrator, com multas diárias de até 50.000 dólares americanos, conforme estabelecido pela CERCLA. Essas penalidades são adicionadas aos custos já incorridos pela agência em ações de remediação e mitigação dos riscos iminentes ao meio ambiente ou à saúde pública.¹⁰⁰¹

Para obter judicialmente a responsabilização do agente, o órgão curador deve comprovar que o réu se enquadra na definição de poluidor prevista na Lei, ou seja, que é o atual proprietário ou operador de uma instalação, ou ex-

⁹⁹⁹ 42 U.S.C. §9607(f).

¹⁰⁰⁰ ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. Summary of the Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act. Disponível em: <https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-comprehensive-environmental-response-compensation-and-liability-act>. Acesso em: 10 nov. 2023.

¹⁰⁰¹ SAMPAIO, Rômulo S. R. **Fundamentos da responsabilidade socioambiental das instituições financeiras**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 351.

proprietário ou operador no momento da ocorrência do dano, transportador ou intermediário; que houve o lançamento de uma substância nociva; e que a contaminação causou dano, destruição ou perda de recursos naturais.¹⁰⁰²

Nesse ponto, Rômulo Sampaio observa, ao se referir ao sistema norte-americano, que a mera concessão de empréstimo ou financiamento, ou a oferta de garantias por uma instituição financeira, não é suficiente para estabelecer sua responsabilidade direta em atos ilícitos ambientais cometidos pelo beneficiário do financiamento. As responsabilidades de monitoramento e diligência das instituições financeiras em relação aos seus clientes estão primordialmente associadas aos riscos de crédito e à potencial desvalorização dos ativos oferecidos como garantia, e não à responsabilidade civil ambiental. Afinal, “o passivo ambiental do devedor pode prejudicar a sua capacidade de pagamento da dívida e deteriorar significativamente o valor do ativo dado em garantia”.¹⁰⁰³

De acordo com a CERCLA, o poluidor pode ser um indivíduo, empresa, corporação, associação, parceria, consórcio, *joint venture*, entidade comercial, poder público, comissão, subdivisão política de um estado ou qualquer órgão interestadual. Quaisquer destas pessoas são potencialmente responsáveis ao se tornarem proprietários ou operadores no momento do descarte, tratamento ou transporte da substância contaminante. O Judiciário é frequentemente chamado a decidir se o envolvimento de uma pessoa na operação de um empreendimento ou no descarte é suficiente para enquadrá-la nessas definições. O grau de controle de um indivíduo sobre a operação ou sobre o descarte é, portanto, uma questão relevante para o enquadramento¹⁰⁰⁴. Nesse aspecto, o governo tem sido especialmente bem-sucedido em conseguir

¹⁰⁰² ISRAEL, Brian D.; MARSTON, Brett; DANIEL, Lauren. **Natural resources damages: a guide to litigating and resolving NRD cases**, p. 13.

¹⁰⁰³ SAMPAIO, Rômulo S. R. **Fundamentos da responsabilidade socioambiental das instituições financeiras**, p. 352.

¹⁰⁰⁴ LIGHT, Alfred R. **CERCLA law and procedure**. Washington, DC: BNA Books, 1991. p. 94.

judicialmente a responsabilização pessoal dos administradores por atos de suas empresas.¹⁰⁰⁵

No tocante ao nexo de imputação, as cortes norte-americanas têm interpretado a CERCLA de modo a impor responsabilidade objetiva (*strict liability*) e potencialmente solidária (*joint and several liability*), sem a necessidade de comprovação de dolo ou culpa.¹⁰⁰⁶ Levando em conta que o principal objetivo da responsabilidade civil ambiental é assegurar a restauração do meio ambiente – embora admita, em certos casos, a imposição de danos punitivos ao infrator –, a CERCLA estabelece um regime de responsabilidade solidária e integral para o custeio da reparação do meio ambiente ao seu estado original. Contudo, esse regime não elimina o direito de regresso por parte do agente integralmente responsabilizado, que pode buscar compensação dos demais responsáveis, proporcionalmente às suas participações no dano causado.¹⁰⁰⁷

As teses de defesa se limitam, em regra, a discutir as excludentes de causalidade expressamente previstas na Lei: força maior, ato de guerra, ação ou omissão de terceiro, ou combinação destas.¹⁰⁰⁸

Na primeira situação, a lei exime o agente de responsabilidade se for demonstrado que o dano foi causado exclusivamente por um “ato de Deus” (*act of God*). A lei define esta expressão como um grave desastre natural imprevisto ou outro fenômeno natural de caráter excepcional, inevitável e irresistível, cujos efeitos não poderiam ter sido prevenidos ou evitados pelo exercício do devido cuidado ou cautela.¹⁰⁰⁹ Tal excludente, contudo, tem sido interpretada de forma restritiva. Por exemplo, já se decidiu que chuvas fortes não são o tipo de fenômeno natural excepcional que constitui força maior, porque tais chuvas são previsíveis e os danos resultantes delas evitáveis. Além disso, a

¹⁰⁰⁵ LIGHT, Alfred R. **CERCLA law and procedure**. p. 95.

¹⁰⁰⁶ LIGHT, Alfred R. **CERCLA law and procedure**. p 122.

¹⁰⁰⁷ SAMPAIO, Rômulo S. R. **Fundamentos da responsabilidade socioambiental das instituições financeiras**, p. 352.

¹⁰⁰⁸ 42 U.S.C §9607(b).

¹⁰⁰⁹ 42 U.S.C §9601(1).

alegação de que se agiu com a cautela ordinária no curso normal do empreendimento não implica, por si só, o reconhecimento de que o dano se originou de força maior.¹⁰¹⁰

Mais comuns, entretanto, são as teses de defesa baseadas em ato exclusivo de terceiro, cabendo ao réu provar que o dano se originou de ação ou omissão de terceiro que não seja seu funcionário ou preposto, ou com quem não tenha relação contratual. Nesse caso, o réu deve demonstrar que exerceu o devido cuidado com relação ao poluente em questão, levando em consideração as características de tal substância, à luz de todos os fatos e circunstâncias relevantes, e que tomou precauções contra atos ou omissões previsíveis de tais terceiros, assim como quanto às possíveis consequências de tais atos ou omissões.

Em outras palavras, não basta alegar que o dano foi possivelmente ou parcialmente causado por terceiros sobre os quais o réu não tinha controle, ou que foi mínima sua contribuição para o dano, ou ainda que seu funcionário agiu fora do escopo de seu trabalho. O réu deve mostrar que o dano foi causado exclusivamente por terceiro a ele não relacionado.¹⁰¹¹

4.3 PROCESSO CIVIL AMBIENTAL NO BRASIL E NOS EUA

4.3.1 Processo civil ambiental no Brasil

A proteção de um direito difuso, como o relacionado ao meio ambiente, requer a utilização de instrumentos processuais de natureza coletiva, entre os quais se destacam a ação civil pública,¹⁰¹² a ação popular,¹⁰¹³ o

¹⁰¹⁰ LIGHT, Alfred R. **CERCLA law and procedure**. p 133.

¹⁰¹¹ LIGHT, Alfred R. **CERCLA law and procedure**. p 133.

¹⁰¹² Lei n. 7.347/1985.

¹⁰¹³ CRFB, art. 5º, LXXIII: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.” Regulamentado pela Lei n. 4.717/1965.

mandado de segurança coletivo,¹⁰¹⁴ e as ações de controle de constitucionalidade.¹⁰¹⁵

A prática judiciária não deixa dúvida, entretanto, que o instrumento processual mais utilizado para proteção e recuperação do meio ambiente na esfera cível é a ação civil pública (ACP), razão pela qual o tópico seguinte se concentrará nas suas principais características.

4.3.1.1 Ação civil pública

Criada pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, a ação civil pública ganhou status constitucional em 1988, quando se incluiu, entre as funções institucionais do Ministério Público, a promoção de inquérito civil e de ação civil pública, “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.¹⁰¹⁶

A legitimação do Ministério Público, nesse caso, é autônoma ou como substituto processual,¹⁰¹⁷ pois defende interesse coletivo, e não próprio,

¹⁰¹⁴ Lei n. 12.016/2009, art. 21: “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

“Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

“I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

“II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.”

¹⁰¹⁵ Lei n. 9.868/1999.

¹⁰¹⁶ Art. 129, III, CRFB.

¹⁰¹⁷ De acordo com Édis Milaré, “quando o Ministério Público ou qualquer dos colegitimados defendem interesses difusos ou coletivos em sentido estrito, caracteriza-se a legitimação *autônoma*, porque em tal hipótese a lei não permite que o substituído, individualmente, ajuíze a demanda. No que diz respeito a interesses individuais homogêneos, verifica-se a caracterização da *substituição processual*, pois cada substituído pode, isoladamente, propor a ação adequada ou intervir como assistente litisconsorcial”. (MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 618)

excepcionando a regra geral de que “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio”.¹⁰¹⁸

A definição do que se trata interesse ou direito difuso, coletivo e individual homogêneo se encontra no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CPDC),¹⁰¹⁹ aplicável à Lei da Ação Civil Pública (LACP) por força do seu art. 21.¹⁰²⁰

Em regra, classifica-se como difuso o direito a um meio ambiente de qualidade, tendo em vista sua natureza transindividual e a impossibilidade de se determinar os titulares. Nada impede, contudo, que no caso concreto a defesa coletiva feita em juízo permita individualizar o grupo de pessoas beneficiadas com a decisão (direito coletivo), ou mesmo possibilite substituir indivíduos atingidos por fatos decorrentes de origem comum (direito individual homogêneo).

Esta classificação refletirá também no que diz respeito à prescrição da pretensão reparatória, visto que o mesmo evento danoso (contaminação de curso d'água, por exemplo) pode gerar dano ambiental coletivo (perda da qualidade da água, de uso comum) e individual (perda de animais). Naquele caso, considera-se imprescritível a pretensão de reparação do dano, pois atinge

¹⁰¹⁸ Art. 18 do CPC.

¹⁰¹⁹ Lei n. 8.078/1990.

¹⁰²⁰ LACP, art. 21. “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

CPDC, art. 81. “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

“Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

“I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

“II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

“III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

bem indisponível.¹⁰²¹ Já na segunda hipótese, a prescrição segue a regra do Código Civil, com prazo de três anos.¹⁰²²

A ação pode ter por objeto “a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer,”¹⁰²³ sem prejuízo de outras “espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”¹⁰²⁴

Como exposto anteriormente, o ideal, em se tratando de recuperação do meio ambiente, é que se busque a reparação integral, com o retorno ao estado anterior à degradação, e apenas subsidiariamente a compensação por equivalente ecológico ou a indenização em pecúnia, a qual pode abranger dano moral e material.

É o que defende Édis Milaré:

O pedido de condenação em dinheiro pressupõe a ocorrência de dano ao ambiente e só faz sentido quando a reconstituição do bem ambiental, por meio da imposição de obrigações comissivas ou omissivas não seja viável, fática ou tecnicamente. Na condenação em pecúnia, a aferição do *quantum debeatur* indenizatório é matéria inçada de dificuldades, pois nem sempre é possível, no estágio atual do conhecimento, o cálculo da totalidade do dano.¹⁰²⁵

Além do Ministério Público, possuem legitimidade para propor ação civil pública:¹⁰²⁶

II - a Defensoria Pública;
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

¹⁰²¹ Tese firmada no tema 999 do STF: “É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental.”

¹⁰²² Art. 206, § 3º, V.

¹⁰²³ LACP, art. 3º.

¹⁰²⁴ CPDC, art. 83.

¹⁰²⁵ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 633.

¹⁰²⁶ LACP, art. 5º.

V - a associação que, concomitantemente:

- a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
- b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A experiência mostra que, no campo da proteção ambiental, o Ministério Público é o responsável pelo ajuizamento da maioria das ações civis públicas, seguido de autarquias, como o IBAMA, e de fundações estaduais e municipais de proteção ao meio ambiente, já que é necessário que haja pertinência com a atividade que desenvolvem.

A legitimação é concorrente e não impede que outros legitimados atuem, isoladamente¹⁰²⁷ ou em conjunto¹⁰²⁸, com o mesmo objetivo. Admite-se o litisconsórcio ativo entre Ministério Público Federal e Estadual, ou mesmo entre Ministério Público de diferentes estados, na hipótese de dano regional.¹⁰²⁹ O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.¹⁰³⁰

O legitimado passivo é o poluidor, conforme definição vista acima, isto é, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental. Bastante ampla, portanto, a legitimação passiva, tendo em vista a importância do bem jurídico envolvido e a necessidade de ampliar a chance de sucesso quanto à reparação.

¹⁰²⁷ CRFB, art. 129, § 1º. “A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.”

¹⁰²⁸ LACP, art. 5º, § 2º. “Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.”

¹⁰²⁹ LACP, art. 5º, §5º. “Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.”

¹⁰³⁰ LACP, art. 5º, §1º.

Com esse mesmo intuito, a lei ambiental autorizou a desconsideração da personalidade jurídica independentemente de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, como é a regra geral do Código Civil,¹⁰³¹ estendendo a obrigação aos bens particulares de administradores ou de sócios sempre que a personalidade da pessoa jurídica “for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”¹⁰³² Ou seja, basta a impossibilidade de a pessoa jurídica honrar com as obrigações de reparação integral do dano ao meio ambiente para que o juiz possa desconsiderar a personalidade jurídica, buscando no patrimônio do sócio recursos suficientes para a completa recuperação ambiental.

Ainda no campo da intervenção de terceiros, conforme classificação do CPC,¹⁰³³ é importante ressaltar a figura do *amicus curiae* em matéria ambiental, tendo em vista a complexidade científica que muitas vezes envolve a tomada de decisão. Pode o juiz, nesse caso, valer-se do conhecimento de terceiro, que ingressa no processo para fornecer subsídios técnicos para o julgamento, mesmo que interessado na vitória de uma das partes. Trata-se de medida com nítido caráter pragmático, que reconhece a influência, para o julgamento, de outras áreas do conhecimento humano, as quais podem agregar subsídios para uma melhor decisão, levando em conta a complexidade do assunto.

Situação relativamente comum nas lides ambientais é a alegação de ilegitimidade passiva (preliminar de mérito) ou de inexistência de responsabilidade pelo prejuízo (mérito propriamente dito), uma vez que o dano

¹⁰³¹ CC, art. 50. “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.”

¹⁰³² Art. 4º da Lei n. 9.605/1998.

¹⁰³³ CPC, art. 138. “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.”

ambiental pode ter ocorrido há muito tempo (dano permanente), ou ter origem em fatos diversos. Nesse caso, o réu deve indicar o responsável pela degradação sempre que disso tiver conhecimento, “sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.”¹⁰³⁴

Não raro também, em se tratando de obra construída em local não edificável, a alienação do imóvel a terceiro no curso do processo. Apesar de tal fato não alterar a legitimidade das partes, é usual que o adquirente ou cessionário solicite ingresso no processo como assistente litisconsorcial do réu, visto que “Estendem-se os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias ao adquirente ou cessionário.”¹⁰³⁵

Outra questão relevante no estudo da ação civil pública ambiental é a definição do juízo competente para processar e julgar a causa. Primeiro, é preciso verificar se há competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF), em caso de conflito “entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”¹⁰³⁶ (por exemplo, a construção de grandes obras que afetem o meio ambiente de mais de um estado e haja conflito de atribuições sobre o licenciamento). Inexistindo competência exclusiva de determinado órgão jurisdicional, é necessário examinar se a competência é da Justiça Federal ou estadual, nos termos da CRFB.¹⁰³⁷

¹⁰³⁴ CPC, art. 338. “Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu. [...]”

“Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.”

¹⁰³⁵ CPC, art. 109, § 3º.

¹⁰³⁶ CRFB, art. 102, I, f.

¹⁰³⁷ CRFB, art. 109. “Aos juízes federais compete processar e julgar:

“I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; [...]”

Discute-se aqui se há competência absoluta da Justiça Federal pelo simples fato de o Ministério Público Federal (MPF) compor o polo ativo da ação.

Na opinião de Édis Milaré, “apenas na hipótese de se admitir que o *parquet* federal é órgão da União – portanto, subordinado aos seus desígnios”,¹⁰³⁸ é que se poderá defender tal posição, tese que o autor tacha de anacrônica.

De fato, o MPF possui autonomia funcional, “sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”¹⁰³⁹ Não se submete aos interesses da União. Ao contrário, não é raro se deparar com ação civil pública ambiental ajuizada pelo MPF contra a União.

A competência da Justiça Federal, por outro lado, restringe-se às hipóteses previstas na CRFB, e o MPF não está listado entre as pessoas que atraem a sua competência.¹⁰⁴⁰ Por vezes, até mesmo a União e os outros entes federais demonstram desinteresse na causa, não havendo razão para que o processo tramite na Justiça Federal.

No entanto, vale destacar que esta posição é bastante controversa na jurisprudência, e o entendimento majoritário é de que a simples presença do MPF no polo ativo da ação atrai a competência da Justiça Federal para processar e julgar a causa.¹⁰⁴¹

“III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; [...]

“XI - a disputa sobre direitos indígenas.”

¹⁰³⁸ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 664.

¹⁰³⁹ CRFB, art. 129, IX.

¹⁰⁴⁰ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Ação civil pública e o meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 38.

¹⁰⁴¹ Nesse sentido: STJ, RMS 60367/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 18/10/2019; TRF4, AC 5001686-19.2017.4.04.7009, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Vânia Hack de Almeida, DJe 18/09/2018; TRF4, AC 5007232-07.2012.404.7114, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 24/05/2016.

Ultrapassada esta etapa, é o momento de se verificar em qual comarca da Justiça Estadual ou subseção da Justiça Federal deve ser ajuizada a ação.

De acordo com o art. 2º da LACP, “As ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. Segundo o parágrafo único, “A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto”.

Percebe-se, nesse passo, que o legislador utilizou dois critérios que, em princípio, conduzem a competências de naturezas diversas: o local do fato, ligado à competência relativa, e a competência funcional, que leva à chamada competência absoluta.

Entretanto, a determinação de que a demanda deve ser proposta obrigatoriamente “no foro do local onde ocorrer o dano” demonstra que se trata de exceção à regra de que a competência territorial tem natureza relativa, falando-se, nesse caso, em “competência territorial funcional”. Territorial porque definida pelo local onde deverá ser proposta a ação, ou seja, qual o seu foro. Funcional porque definida pelo órgão jurisdicional que deve funcionar no processo.¹⁰⁴²

Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso,

[...] não há negar que no citado art. 2º da Lei 7.347/85 o legislador aproximou critérios que, ordinariamente, conduzem a competências de natureza diversa: seja porque aí se seguiu a regra de competência territorial especial (CPC/1973, art. 100, V, a: *forum commissi delicti*; CPC/2015, art. 53, IV, a), seja porque o juiz ‘terá competência funcional para processar e julgar a causa’. Não há dúvida que, no caso, trata-se de competência

¹⁰⁴² RAUPP, Daniel. Competência na Lei de Ação Civil Pública e *perpetuatio jurisdictionis*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 63, dez. 2014. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao063/Daniel_Raupp.html. Acesso em: 19 jul. 2023.

absoluta, com as consequências daí decorrentes: não se prorroga, não depende de exceção para ser conhecida, pode ser declarada de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição, é fator de nulidade absoluta, ensejadora de ação rescisória (CPC/2015, art. 966, II). Aliás, esclarece a Exposição de Motivos do Ministro da Justiça (04.02.1985) ao projeto que depois se converteria na Lei 7.347/85: '(...) as causas serão aforadas no lugar onde o dano se verificou ou onde deverá verificar-se. Deu-se à competência a natureza absoluta, já que funcional, a fim de não permitir a eleição de foro ou a sua derrogação pela não apresentação de exceção declinatória. Esse critério convém ao interesse público existente naquelas causas'.¹⁰⁴³

Realmente, ao agregar o critério funcional ao territorial, a Lei deixou claro que a competência para processamento da ação civil pública é definida com base no interesse público, e não mais no interesse das partes, como a competência de foro faria presumir, pois confia a causa ao juízo do local do dano pela maior facilidade que tem no exercício eficaz de sua função.

O critério da proximidade do dano fundamenta-se em regra de experiência, presumindo-se que o juízo deste local tenha melhores condições para realizar a instrução processual, facilitando o acesso à Justiça. Trata-se, na verdade, de “uma regra de eficiência, eficácia e comodidade da prestação jurisdicional, que visa a facilitar e otimizar o acesso à justiça, sobretudo pela proximidade física entre juiz, vítima, bem jurídico afetado e prova”.¹⁰⁴⁴ A competência, portanto, nessa hipótese, “é de ordem pública e haverá de ser absoluta – inderrogável e improrrogável pela vontade das partes”.¹⁰⁴⁵

Nesses termos, parece não haver dúvida de que a competência prevista no artigo 2º da LACP, ainda que se baseie, primordialmente, no critério territorial, é, de fato, absoluta, com as consequências que lhe são inerentes.

¹⁰⁴³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 89.

¹⁰⁴⁴ STJ, REsp 1.057.878, 2ª Turma, relator Min. Herman Benjamin, julgado em 26.05.2009.

¹⁰⁴⁵ STJ, REsp 1.057.878, 2ª Turma, relator Min. Herman Benjamin, julgado em 26.05.2009.

Nesse sentido também é a jurisprudência do STJ:

[...] a fixação do foro para o julgamento de ação civil pública leva em consideração uma espécie *sui generis* de competência territorial absoluta, que se fixa primeiramente em razão do local e da extensão do dano, desencadeando, a partir daí, uma competência relativa concorrente entre os outros juízos absolutamente competentes.¹⁰⁴⁶

Caso o dano ultrapasse os limites geográficos da comarca ou subseção judiciária, a competência será do juízo de qualquer um dos locais atingidos, sendo prevento aquele onde primeiro houve o registro ou distribuição da petição inicial.¹⁰⁴⁷ Não se aplica, nesse caso, o art. 93, II, do CPDC,¹⁰⁴⁸ que não se coaduna com a tutela ambiental.¹⁰⁴⁹ Apenas na hipótese de dano nacional, ou seja, que afete concretamente todo o território do país, é que se pode cogitar a competência do juízo da capital de um dos estados atingidos ou do Distrito Federal.¹⁰⁵⁰

O rito a ser aplicado na tramitação da ação civil pública é o procedimento comum descrito no CPC, de aplicação subsidiária à LACP.¹⁰⁵¹ Isso inclui as regras de distribuição do ônus da prova, assim como a possibilidade de o juiz ou as partes decidirem sobre distribuição diversa do ônus probatório.¹⁰⁵²

¹⁰⁴⁶ STJ, REsp 1.120.169, 4ª Turma, relator Min. Luiz Felipe Salomão, julgado em 20.08.2013.

¹⁰⁴⁷ CPC, art. 59.

¹⁰⁴⁸ CPDC, art. 93. “Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: [...]”

“II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.”

¹⁰⁴⁹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Ação civil pública e o meio ambiente**. p. 55.

¹⁰⁵⁰ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. p. 670.

¹⁰⁵¹ LACP, art. 19. “Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.” O CPC em vigor foi aprovado pela Lei n. 13.105, de março de 2015.

¹⁰⁵² CPC, art. 373. “O ônus da prova incumbe:

“I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

“II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No Brasil, não há propriamente uma fase pré-julgamento, como ocorre nos EUA (*pretrial*), embora o CPC admita, em algumas circunstâncias¹⁰⁵³, a produção antecipada de prova antes mesmo do ajuizamento da ação. O juiz dirige o processo, incumbindo-lhe “dilatando os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”.¹⁰⁵⁴ O juiz decide sobre questões de fato (não há júri em ações cíveis) e, portanto, participa ativamente da fase instrutória. Pode, assim, conhecer melhor o caso que lhe é submetido e focar nas provas que realmente importam para o julgamento.

Também não há uma fase de *discovery* como previsto no sistema norte-americano. Documentos são juntados ao processo desde a fase postulatória, sendo lícito às partes juntarem novos documentos a “qualquer tempo”.¹⁰⁵⁵ O juiz, de ofício ou a pedido da parte, determina quais as provas são necessárias ao julgamento do mérito, e indefere, “em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”¹⁰⁵⁶

As provas orais são produzidas em audiência de instrução e julgamento, onde podem ser ouvidos peritos, assistentes técnicos, autor, réu e testemunhas.¹⁰⁵⁷ As testemunhas prestam o compromisso de dizer a verdade,

“§1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. [...]”

“§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: [...]”.

¹⁰⁵³ CPC, art. 381. “A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.”

¹⁰⁵⁴ CPC, art. 139, VI.

¹⁰⁵⁵ CPC, arts. 434 e 435.

¹⁰⁵⁶ CPC, art. 370.

¹⁰⁵⁷ CPC, art. 361.

são inquiridas diretamente pelas partes e pelo juiz, e seus depoimentos são documentados por meio de gravação.¹⁰⁵⁸

O juiz exerce “poder de polícia” na audiência, sendo responsável por manter “a ordem e o decoro” neste ato solene.¹⁰⁵⁹ O juiz pode ainda “dispensar a produção das provas requeridas pela parte cujo advogado ou defensor público não tenha comparecido à audiência”.¹⁰⁶⁰

Pode-se dizer, nesse cenário, que no Brasil o juiz é o principal destinatário das provas, pois lhe cabe decidir fundamentadamente sobre os fatos controvertidos, até mesmo determinando de ofício a produção de provas, desde que, por óbvio, isso não afete sua imparcialidade.¹⁰⁶¹

Quanto às ACPs ambientais, observa-se, na prática, que o autor (MPF ou outro legitimado) ingressa com a ação já munido de documentos, exames e vistorias favoráveis ao seu pleito, cabendo à parte ré produzir provas para contrapô-los, normalmente por meio de perícia judicial, sem que isso caracterize inversão do ônus da prova. Nesse caso, cabe ao réu adiantar os honorários do perito, pois foi quem requereu a perícia, salvo se beneficiário de gratuidade da justiça. Se a prova for requerida por ambas as partes, ou determinada de ofício pelo juiz, as despesas são rateadas.¹⁰⁶²

Nesse aspecto, a despeito da previsão legal de que na ação civil pública “não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas”,¹⁰⁶³ o STJ firmou entendimento de que “referida isenção [...] não pode obrigar que o perito exerça seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas”.

¹⁰⁵⁸ CPC, arts. 458, 459 e 460.

¹⁰⁵⁹ CPC, art. 360.

¹⁰⁶⁰ CPC, art. 362, §2º.

¹⁰⁶¹ CPC, art. 371. “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

¹⁰⁶² CPC, art. 95.

¹⁰⁶³ LACP, art. 18.

Diante disso, mesmo após a entrada em vigor do CPC em 2016, o STJ considera aplicável, por analogia, a Súmula n. 232 daquela Corte (“A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito”), a “determinar que a Fazenda Pública ao qual se acha vinculado o *Parquet* arque com tais despesas.”¹⁰⁶⁴

Por outro lado, tendo em vista a liberdade do juiz de escolher o meio de prova que considera mais eficaz, é-lhe facultado “considerar as provas produzidas exclusivamente por sensoriamento remoto ou obtidas por satélite no acervo probatório das ações judiciais ambientais”.¹⁰⁶⁵ Essas imagens, que podem ser obtidas por meio de fotografias aéreas, drones ou satélites, são particularmente eficazes em questões ambientais para alcançar uma série de objetivos importantes sem a necessidade de precisão extremamente detalhada. Estes objetivos incluem a demonstração e constatação do ilícito e a determinação da sua localização e extensão. Dessa forma, não é essencial, a princípio, que o juiz recorra a outros meios de prova, mesmo que solicitados pelas partes, a menos que seja comprovado que tais meios sejam mais eficazes ou tragam benefícios adicionais para o processo, além daqueles já proporcionados pelas imagens de sensoriamento remoto.¹⁰⁶⁶

Igualmente frequente na prática judiciária é o pedido de tutela provisória de urgência, a fim de garantir a interrupção da atividade potencialmente poluidora, prevenindo-se o agravamento do dano. O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, nas lides ambientais, é, nos mais das vezes, perceptível, ante as características do bem tutelado, detendo-se o

¹⁰⁶⁴ REsp 1.253.844/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 17.10.2013, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973; e RMS 65193/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 27/04/2021.

¹⁰⁶⁵ Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 433, de 27 de outubro de 2021, artigo 11. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4214>. Acesso em: 09 nov. 2023.

¹⁰⁶⁶ Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento de ações ambientais**: primeiro escopo: parâmetros para uso das provas produzidas exclusivamente por sensoriamento remoto ou obtidas por satélite no acervo probatório das ações judiciais ambientais (art. 11 da Resolução CNJ n. 433/2021). Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado180806202309286515c10631dc4.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2023. p. 39. Sua adoção foi preconizada pelo CNJ por meio da Recomendação n. 145, de 27 de setembro de 2023.

juiz mais na análise dos “elementos que evidenciem a probabilidade do direito”.¹⁰⁶⁷

Tratando-se de meio ambiente, é mais comum pedido de urgência de natureza satisfativa (tutela antecipada) do que de natureza propriamente cautelar. A tutela antecipada, quando concedida em caráter antecedente à propositura da ação principal, adquire estabilidade caso não haja interposição de recurso contra a decisão que a concedeu.¹⁰⁶⁸ Nesse aspecto, o CPC optou por não conferir à decisão que concede a tutela antecipada estabilizada o *status* de coisa julgada. No entanto, o Código assegurou a permanência dos seus efeitos até que sejam afastados por meio de uma decisão que a reverta, modifique ou invalide, através de ação própria ajuizada para essa finalidade.¹⁰⁶⁹

Marcelo Buzaglo Dantas aponta que esse tema é de relevante aplicação prática no âmbito das ações civis públicas ambientais, onde, não raro, a tutela final pretendida pelo autor é antecipada no início do processo, ainda que de forma parcial, dando-se aquele por satisfeito, o que dispensa a continuação do processo.¹⁰⁷⁰ Em situações como essa, não haveria benefícios em continuar a ação; a tutela antecipada pode ser estabilizada e seus efeitos mantidos, com a possibilidade de revisão por meio de ação própria, dentro do prazo de até dois anos, conforme estipulado pelo Código. Isso também contribuiria para reduzir a carga de processos no Judiciário, principalmente quando não há mais nada a

¹⁰⁶⁷ CPC, art. 300.

¹⁰⁶⁸ CPC, art. 303.

¹⁰⁶⁹ CPC, art. 304.

¹⁰⁷⁰ O autor traz o seguinte exemplo: “Basta pensar, por exemplo, na hipótese de antecipação da tutela específica da obrigação de fazer consubstanciada no desfazimento de determinada obra erigida em área de preservação permanente que não se enquadre em qualquer das exceções previstas na Lei n.º 12.651/12 e sem qualquer espécie de autorização ou licença ambiental. Uma vez concedida a tutela antecipada e cumprida a decisão, a tutela definitiva, a ser concedida em cognição exauriente, torna-se desnecessária ao autor, que já obteve, com a providência liminar que lhe foi deferida, a satisfação da pretensão do direito material difuso que ele veio a juízo buscar. O réu, por sua vez, sabedor da ilegalidade e da clandestinidade de sua conduta e das poucas chances de sucesso na demanda caso esta prossiga, conforma-se, deixando de recorrer da decisão.” (DANTAS, Marcelo Buzaglo. O novo CPC e as repercussões na ação civil pública ambiental. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**, n. 4. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4. Região, 2014, p. 390. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1477. Acesso em: 27 jul. 2023).

ser buscado além de uma tutela definitiva formal, visto que os resultados desejados foram obtidos no início do litígio.¹⁰⁷¹

Questão um pouco mais intrincada é quando a antecipação da tutela aponta para um perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, situação em que o CPC veda a concessão da medida.¹⁰⁷²

Dantas critica a restrição, uma vez que, em matéria de tutela de urgência, “praticamente toda e qualquer decisão leva a uma situação de efeitos irreversíveis, em maior ou menor grau.” Desse modo, doutrina e jurisprudência anteriores ao CPC em vigor já destacavam a necessidade de aplicar a regra com moderação, a fim de evitar que se torne um obstáculo insuperável para a concessão da medida.¹⁰⁷³

De todo modo, ressalvadas situações extremas, em que a manutenção da atividade (obra concluída, por exemplo) esteja a gerar impactos significativos ao meio ambiente, a prudência indica que, nas situações de dano consolidado, deva-se aguardar o desfecho da demanda, ante a irreversibilidade da medida.

Assim, o mais comum é que a tutela de urgência se detenha na suspensão da conduta ou atividade poluidora, impondo ao réu obrigação de fazer ou não fazer, sob pena de incidência de multa diária em caso de descumprimento.¹⁰⁷⁴

Do mesmo modo a sentença, em sintonia com a prioridade atribuída à manutenção ou à restauração do bem ambiental *sub judice*, dá preferência, em caso de condenação, às obrigações de fazer ou não fazer,¹⁰⁷⁵

¹⁰⁷¹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. O novo CPC e as repercussões na ação civil pública ambiental, p. 391.

¹⁰⁷² CPC, art. 300, §3º.

¹⁰⁷³ DANTAS, Marcelo Buzaglo. O novo CPC e as repercussões na ação civil pública ambiental, p. 389.

¹⁰⁷⁴ LACP, art. 12; CPC, art. 537.

¹⁰⁷⁵ LACP, art. 11. “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da

em lugar da condenação à obrigação de pagar. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD).¹⁰⁷⁶

Nesse ponto, Dantas destaca a flexibilidade concedida ao órgão jurisdicional, que tem a opção de conceder a tutela específica solicitada pelo autor da ação ou ordenar providências que garantam o mesmo o resultado.

No contexto de ações civis públicas ambientais, traz o seguinte exemplo:

[...] basta pensar em uma hipótese de paralisação das atividades de uma fábrica que esteja emitindo gases poluentes na atmosfera acima dos níveis permitidos. A tutela específica da obrigação, nesse caso, consistirá na determinação de que o réu se abstenha da prática (obrigação de não fazer), sob pena de multa, ou mesmo na imposição de que os dutos sejam lacrados, podendo mesmo chegar à interdição forçada do estabelecimento, mediante, inclusive, a requisição de força policial, se necessário.

Já a obtenção da tutela pelo resultado prático equivalente pode ser alcançada na hipótese de, no mesmo exemplo, a instrução processual revelar a possibilidade de adoção de medida alternativa àquelas e menos gravosa ao réu, tal como a descoberta de uma nova tecnologia de filtragem dos gases, que, se implantada, atingirá o mesmo objetivo pretendido com a tutela específica, qual seja, a redução da poluição atmosférica que vinha sendo verificada.¹⁰⁷⁷

Nesse exemplo, mesmo que a medida em questão não tenha sido solicitada explicitamente, o juiz tem a liberdade de considerá-la dentro do conceito amplo de “obtenção da tutela pelo resultado prático equivalente”. Verifica-se aqui uma exceção ao princípio da congruência entre o pedido e a

atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.”

¹⁰⁷⁶ LACP, art. 13, regulamentado pela Lei n. 9.008/1995.

¹⁰⁷⁷ DANTAS, Marcelo Buzaglo. O novo CPC e as repercussões na ação civil pública ambiental, p. 396.

sentença, de modo que, “ainda que expressamente pleiteadas, as medidas destinadas a alcançar a obtenção tutela pelo equivalente podem ser adotadas, sem que o ato jurisdicional, nesse caso, incida em qualquer tipo de nulidade”.¹⁰⁷⁸

Quanto aos ônus de sucumbência, salvo condenação por litigância de má-fé, não há condenação ao pagamento de custas, honorários advocatícios e despesas processuais.¹⁰⁷⁹ Em caso de procedência da ação, “por simetria de tratamento”, também não há condenação ao pagamento de honorários em favor do Ministério Público.¹⁰⁸⁰

Interposto recurso, o relator poderá conferir efeito suspensivo à decisão, “para evitar dano irreparável à parte”,¹⁰⁸¹ do que se infere que o recurso, em regra, tem efeito meramente devolutivo.

Os efeitos da coisa julgada se estendem a todas as pessoas (*erga omnes*), ainda que não tenham participado do processo. Todavia, se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, “qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.¹⁰⁸² É o que se denomina coisa julgada *secundum eventum litis* (de acordo com o resultado da disputa).

Por outro lado, embora a redação atual da LACP restrinja os efeitos da decisão aos “limites da competência territorial do órgão prolator”, o STF firmou tese com repercussão geral declarando a inconstitucionalidade do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo repristinada sua redação original. Segundo o Supremo, “Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).” Assim, “Ajuizadas múltiplas

¹⁰⁷⁸ DANTAS, Marcelo Buzaglo. O novo CPC e as repercussões na ação civil pública ambiental, p. 397.

¹⁰⁷⁹ LACP, art. 18.

¹⁰⁸⁰ STJ, EREsp 895530/PR, relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 18/12/2009.

¹⁰⁸¹ LACP, art. 14. Embora a lei se refira ao “juiz”, o CPC em vigor transferiu essa atribuição ao relator do recurso (art. 995).

¹⁰⁸² LACP, art. 16.

ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas.”¹⁰⁸³

Transitada em julgado decisão que acolhe pedido de reparação civil, inicia-se a fase de cumprimento da sentença, importante etapa na busca da efetiva proteção ambiental. De fato, “a simples prolação do ato jurisdicional, por si só, não garante efetividade à tutela ambiental perseguida pelo autor. É fundamental a realização, no mundo dos fatos, do comando contido no julgado”,¹⁰⁸⁴ sob pena, inclusive, de desprestígio do poder judiciário.

Marcelo Dantas é preciso:

Seja como for, de nada adianta a existência de uma sentença ou decisão antecipatória reconhecendo o direito à tutela do meio ambiente se ela não se efetivar na prática. A decisão proferida na fase de conhecimento, conquanto indispensável, não terá alcançado sua finalidade se não forem adotadas providências que assegurem a realização do direito material nela reconhecido. O descumprimento da determinação do juízo, em sede de tutela ambiental, é inaceitável.¹⁰⁸⁵

O cumprimento da sentença efetua-se, em regra, perante o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição, ou perante os tribunais, nas causas de sua competência originária.¹⁰⁸⁶

Tratando-se de obrigação de fazer ou de não fazer, como é comum nas lides ambientais, o juiz pode, “de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.”¹⁰⁸⁷ Entre as

¹⁰⁸³ Tema 1.075, RE 1101937, Tribunal Pleno, Relator Min. Alexandre De Moraes, julgado em 08/04/2021, publicado em 14/06/2021.

¹⁰⁸⁴ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Ação civil pública e o meio ambiente**. p. 317.

¹⁰⁸⁵ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Ação civil pública e o meio ambiente**. p. 318.

¹⁰⁸⁶ CPC, art. 516.

¹⁰⁸⁷ CPC, art. 536, “caput”.

medidas ao alcance do juiz estão “a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.”¹⁰⁸⁸

Também é lícito ao juiz autorizar, a requerimento do exequente, que terceiro satisfaça a obrigação à custa do executado, caso este não a cumpra voluntariamente.¹⁰⁸⁹

A prática judiciária mostra, no entanto, que os instrumentos processuais que o juiz tem à disposição não são muitas vezes adequados ou suficientes para a concretização da tutela ambiental específica.

O inadimplemento do devedor quanto às obrigações de fazer (demolição de obra, apresentação de projeto de recuperação etc.) leva normalmente à incidência de multa processual ou à determinação de cumprimento por terceiro às custas do devedor (execução indireta). A condenação, assim, acaba se transformando em obrigação de pagar, o que muitas vezes enfrenta uma infrutífera busca patrimonial em nome do devedor, visto que a medida não será implementada pelo terceiro antes de obtidos os recursos financeiros para isso.

Por outro lado, a simples imposição da obrigação de fazer à pessoa jurídica de direito público responsável pelo licenciamento ou fiscalização que não tenha participado da fase de conhecimento esbarra nos limites subjetivos da coisa julgada.

Estas circunstâncias têm levado o MPF a ajuizar a ação também contra o ente público, argumentando omissão no cumprimento do dever. No entanto, caso se considere que se trata de responsabilidade civil subjetiva, como exposto anteriormente, cabe ao autor o ônus de provar a culpa do poder público.

¹⁰⁸⁸ CPC, art. 536, §1º.

¹⁰⁸⁹ CPC, art. 817, aplicado subsidiariamente ao cumprimento de sentença (art. 513, *caput*, do CPC).

É por esses motivos que um juiz pragmático, antes mesmo de prolatar sua decisão, reconhece, com olhos no contexto fático e nas consequências da medida, as limitações quanto à efetividade do cumprimento, não acolhendo pedido cuja realização antevê inviável. Em outras palavras, sob a perspectiva pragmatista, o juiz não pode impor uma sentença que não terá meios de fazer cumprir, assim como o Ministério Público não deve requerer algo que não conseguirá executar.

4.3.2 Processo civil ambiental nos EUA

4.3.2.1 Direito processual civil nos EUA

Tendo em vista a origem do país, criado a partir da união de treze colônias autônomas, a constituição federal norte-americana, diferentemente da brasileira, apenas dispõe sobre o que os estados decidiram que ela estabelecesse, ficando o restante para o campo da autonomia dos estados. Não há, assim, na constituição federal dos EUA, a especificação dos ramos do Poder Judiciário e suas respectivas competências, mas apenas a descrição do poder judiciário federal, suas divisões e atribuições (Artigo III). A regulamentação do poder judiciário local encontra-se disposta nas constituições e leis dos respectivos estados.¹⁰⁹⁰

Do mesmo modo, as regras de direito processual civil então dentro do campo de autonomia dos estados, ainda que muitos deles adotem as regras estabelecidas pelo governo federal (*Federal Rules of Civil Procedure - FRCP*). Estas regras, promulgadas em 1938, foram redigidas por um comitê especial composto de juízes, operadores jurídicos e professores de direito, e aprovadas pela Suprema Corte dos EUA. Também cabe à Suprema Corte aprovar eventuais alterações no regramento processual, as quais são comunicadas ao

¹⁰⁹⁰ RAUPP, Daniel. Limites da jurisdição nacional em ações cíveis envolvendo matéria ambiental no Brasil e nos Estados Unidos. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**, n. 15. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4. Região, 2020, p. 134. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2078. Acesso em: 10 set. 2021.

Congresso, que possui sete meses para rejeitá-las. Se não o fizer, as alterações entram em vigor.¹⁰⁹¹

Pela sua importância e larga utilização, esta tese tomará por base as regras previstas na legislação federal norte-americana, cuja última edição entrou em vigor em 01/12/2023.¹⁰⁹²

4.3.2.2 Fases do processo civil norte-americano

Na primeira etapa do processo, o autor (*plaintiff*) protocola a petição inicial (*complaint*) perante o juízo (*court*) competente. A citação (*summons*) pode ser feita informalmente pelo próprio autor, ou através de funcionário da corte, arcando o autor com as custas da medida. Caso o réu (*defendant*) renuncie à citação formal, é recompensado com prazo adicional para contestar (60 dias, em vez de 21 dias).¹⁰⁹³

Em regra, junto com a citação, o réu recebe a petição inicial, que contém a postulação da parte autora. Em resposta, o réu apresenta a contestação (*answer*), na qual pode reconvir (*counterclaim*). Se houver reconvenção, o autor pode responder (*reply*).¹⁰⁹⁴

A petição inicial, a contestação e eventualmente a réplica constituem a fase postulatória do processo (*pleadings*).

O juiz normalmente não participa da fase pré-julgamento (*pretrial*), exceto quando provocado pelas partes por meio de moções (*motions*). Sua função, nessa fase, tem caráter mais fiscalizatório, a fim de garantir o respeito às regras processuais de produção de provas, em preparação ao julgamento.

¹⁰⁹¹ SPENCER, Benjamin. **Civil Procedure: a Contemporary Approach**. 5. ed. Thomson/West, 2018. p. 11.

¹⁰⁹² UNITED STATES COURTS. **Federal Rules of Civil Procedure**. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure>. Acesso em: 10 nov. 2023.

¹⁰⁹³ SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. 11. ed. Stamford, CT: Cengage Learning, 2013. p. 161.

¹⁰⁹⁴ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. 4. ed. Nova York: Oxford University Press, 2010. Edição Kindle, p. 111.

Além disso, busca-se garantir a imparcialidade do juiz, que só vem a tomar contato com as provas na fase do julgamento propriamente dito. Sendo caso de julgamento pelo júri, o que é possível em ações cíveis no sistema norte-americano, o juiz não decide sobre fatos, funcionando mais como um árbitro que zela pelo respeito às “regras do jogo”.

Outra diferença importante é que no ordenamento jurídico norte-americano os processos judiciais são mais onerosos para as partes. Envolver-se em ações civis, onde a chance de vitória não é muito clara, implica em altos gastos com despesas processuais e honorários advocatícios. Assim, os advogados procuram orientar seus clientes a ingressar com a ação apenas se tiverem um caso sólido e evidências robustas. Na perspectiva do judiciário, não há ação (*case*) até que seja provado que o conflito merece atenção do sistema judicial e que as provas serão suficientes para determinar um veredito.¹⁰⁹⁵

4.3.2.3 Discovery

Como parte da fase pré-julgamento, a etapa de instrução processual (*discovery*) se caracteriza pela “revelação de provas e dados que possam colaborar com a elucidação do caso.”¹⁰⁹⁶ Os procedimentos de produção de provas são realizados pelos advogados, sem a participação e a ingerência direta do juiz. É dever da parte revelar (*disclosure*), independentemente de requerimento, a qualificação dos indivíduos que possam ter informação relevante sobre o caso, assim como cópia de todos os documentos, informações armazenadas eletronicamente, e objetos que estejam em sua posse, mesmo que favoreçam a tese da parte adversa.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹⁵ JACOBSEN, Gilson; RAUPP, Daniel; TEIXEIRA, Caroline Bündchen Felisbino. Legal education and civil procedural practice in Brazil and in the United States. In: DAL RI, Luciene; BONISSONI, Natammy; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Perspectives of law in the 21st century**: constitutionalism, transnationality, and theory of law. Itajaí, SC: Univali, 2020. p. 154.

¹⁰⁹⁶ CAMBI, Eduardo; PITTA Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. **Revista de Processo**, vol. 245, julho 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.16.PDF. Acesso em: 10 set. 2021.

¹⁰⁹⁷ Federal Rules of Civil Procedure. Rule 26 (a).

Não se trata de fase pré-processual, pois o processo já teve início com as *pleadings*. Trata-se, na verdade, da etapa do processo civil destinada à produção e apresentação de provas, a fim de preparar o processo para uma decisão sobre se a causa deve ou não ir a julgamento (*trial*). Muitas vezes, diante do alto custo envolvido no julgamento, as partes decidem compor após a produção das provas, quando os advogados já têm uma ideia mais clara da chance de sucesso de seu cliente.

Os advogados têm a responsabilidade de conduzir essa fase do processo, sob a supervisão do juiz. São tomados depoimentos, por meio escrito ou oral; interrogadas as partes; documentos são trocados entre os advogados; dados armazenados eletronicamente são expostos ou revelados; coisas e pessoas são examinadas. Os métodos probatórios disponíveis para as partes na fase de *discovery* são: “*depositions, interrogatories*, requerimento para produção e provas, requerimento para avaliação física e mental e requerimento para *admission* (confissão/admissão de fatos)”.¹⁰⁹⁸

Na *deposition*, por exemplo, a testemunha é inquirida sob juramento em local externo ao fórum, perante uma pessoa legalmente autorizada para tomar o compromisso de dizer a verdade, normalmente um servidor público, uma pessoa nomeada pelo juiz, ou designada pelas partes.¹⁰⁹⁹ A parte que solicitou o depoimento deve comunicar previamente a parte adversa da hora e local do ato, para que seu advogado possa estar presente e questionar a testemunha (*cross-examination*).¹¹⁰⁰ A inquirição de uma testemunha em uma *deposition* ocorre praticamente da mesma forma que seria feita durante o julgamento.¹¹⁰¹

A menos que o juiz disponha de modo diverso, as partes podem estipular que o depoimento possa “ser tomado perante qualquer pessoa, a

¹⁰⁹⁸ CAMBI, Eduardo; PITTA Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. **Revista de Processo**, vol. 245, julho 2015.

¹⁰⁹⁹ Federal Rules of Civil Procedure. Rule 28 (a).

¹¹⁰⁰ Federal Rules of Civil Procedure. Rule 30 (b).

¹¹⁰¹ SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**, p. 165.

qualquer momento ou local, mediante qualquer notificação e da maneira especificada – em cujo caso pode ser usado da mesma forma que em qualquer outro depoimento”.¹¹⁰²

Também fica a cargo das partes estabelecerem, salvo ordem judicial em contrário, o método de gravação do depoimento: áudio, audiovisual, estenográfico, ou outro meio previamente acordado.¹¹⁰³ Podem ainda estabelecer, ou o juiz ordenar por meio de uma *motion*, que o depoimento seja tomado por telefone ou outro meio remoto,¹¹⁰⁴ por exemplo, por videoconferência.

Assim, “Nas *depositions*, a inquirição pelos advogados e pela parte contrária (*cross-examination*) ocorre de forma livre”,¹¹⁰⁵ podem substituir o depoimento das partes e das testemunhas, com o mesmo valor probatório do que se tivessem sido colhidos durante o julgamento.

Em resumo, no processo civil norte-americano, os advogados são responsáveis por produzir as provas. Não há necessidade de estar na frente de um juiz para tomar um depoimento válido. Não é necessário ser juiz para interrogar uma parte. Os advogados podem requerer documentos uns aos outros e a terceiros sem a necessidade de ordem judicial para serem atendidos. As informações armazenadas eletronicamente devem ser preservadas e exibidas, mesmo quando os demais envolvidos na relação processual não tenham conhecimento de sua existência. Pessoas e coisas podem ser examinadas sem a necessidade de intervenção judicial. Em regra, o juiz não deve realmente se envolver no processo de “descoberta da verdade”, para não ser contaminado.¹¹⁰⁶

4.3.2.4 Procedimento em ação cível ambiental

¹¹⁰² Federal Rules of Civil Procedure. Rule 29 (a) (tradução livre).

¹¹⁰³ Federal Rules of Civil Procedure. Rule 30, 3.

¹¹⁰⁴ Federal Rules of Civil Procedure. Rule 30, 4.

¹¹⁰⁵ CAMBI, Eduardo; PITTA Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. **Revista de Processo**, vol. 245, julho 2015.

¹¹⁰⁶ JACOBSEN, Gilson; RAUPP, Daniel; TEIXEIRA, Caroline Bündchen Felisbino. Legal education and civil procedural practice in Brazil and in the United States. p. 156.

Como exposto anteriormente, a CERCLA é vista como a principal lei (*statute*) no que toca à responsabilidade civil por danos ambientais no sistema jurídico norte-americano. Desse modo, soa relevante descrever um panorama de como se desenrola uma ação judicial fundamentada nesta lei.

Primeiramente, ao se deparar com um possível dano ao meio ambiente, o órgão de proteção ambiental pode executar ele mesmo ações direcionadas à reparação do dano, buscando, na sequência, o ressarcimento através de ação indenizatória contra o suposto poluidor, ou pode, por meio de processo administrativo ou judicial, obrigar o poluidor a paralisar a atividade e a reparar o dano por sua conta.

Diante da complexidade dos casos envolvendo proteção ambiental, raramente uma ação judicial é proposta antes que o poder público tenha exaustivamente tentado uma solução administrativa ou negociado um acordo¹¹⁰⁷. Nesse aspecto, o prazo prescricional (*statute of limitations*) não é uma questão relevante para as ações baseadas na CERCLA, visto que o prazo para o ajuizamento de uma ação indenizatória pode nem mesmo iniciar antes que as medidas reparatórias do dano tenham se encerrado. Uma ação cominatória pode ser ajuizada antes mesmo que o prazo prescricional tenha início.¹¹⁰⁸ Uma ação indenizatória, por sua vez, deve ser ajuizada, em regra, dentro de três anos após a data em que verificado o dano e onexo causal, ou após a data da promulgação dos regulamentos aplicáveis ao caso.¹¹⁰⁹

A competência para processar e julgar uma ação baseada na CERCLA, dado que se trata de lei federal, é exclusiva da Justiça Federal norte-americana (*United States district courts*), independentemente da cidadania das partes ou do valor da causa. O foro competente é o do local onde o dano ocorreu, ou o do local de residência do réu.¹¹¹⁰

¹¹⁰⁷ LIGHT, Alfred R. **CERCLA law and procedure**. p 150.

¹¹⁰⁸ LIGHT, Alfred R. **CERCLA law and procedure**. p 152.

¹¹⁰⁹ 42 U.S.C. §9612 (d)(2).

¹¹¹⁰ 42 U.S.C. §9613(b).

A legitimidade e o interesse processual para o ajuizamento da ação (*standing*)¹¹¹¹ é do órgão governamental, federal ou estadual, a quem foi confiada a tutela do recurso natural (*trusteeship*), o que não se confunde com o fato de ser ou não “proprietário” do recurso natural. Sequer, em alguns casos, o bem se localiza dentro da jurisdição do legitimado ativo. Além disso, ainda que bens particulares estejam excluídos do conceito de “recurso natural” para efeito da lei, danos perpetrados nestes locais podem ser reparados se forem objeto de substancial regulamentação administrativa, ou se estiverem sujeitos a alguma forma de controle pelo poder público.¹¹¹²

Na fase de instrução (*discovery*), não raro se debate se a produção de provas deve se limitar aos registros já produzidos na fase administrativa, tendo em vista limitações probatórias previstas na lei. Já se decidiu, contudo, que esta limitação é contrária ao direito constitucional do réu a um julgamento pelo júri, a quem cabe exclusivamente a análise dos fatos e a ponderação das evidências.¹¹¹³

A grande maioria das ações envolvendo danos a recursos naturais se encerra por acordo entre as partes, em alguns casos mediante projeto de restauração levado a efeito pelo poluidor; em outros, mediante acerto financeiro, sem que o réu se envolva com a reparação em si.¹¹¹⁴ Poucas ações vão a

¹¹¹¹ Literalmente, a qualificação de uma parte para “estar de pé” (*to stand*) perante o tribunal para apresentar seu caso, o requisito do *standing* abrange não só as condições de ação como previsto no direito processual civil brasileiro (legitimidade e interesse processual, representado pelas ideias de necessidade e utilidade), mas também uma análise do art. III da Constituição dos EUA, em respeito ao princípio da separação de poderes. “A doutrina do *standing*, tal como entendida pela Suprema Corte dos EUA, baseia-se em um único princípio, o da separação de poderes, restringindo os casos e as controvérsias ajuizáveis e permitindo às cortes recusar o Direito de ação a demandas mais adequadas ao processo político.” (SCALIA, Antonin. A Doutrina do *Standing* como um Elemento Essencial da Separação de Poderes. Tradução de Romulo Ponticelli Giorgi Júnior. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Volume IX, n. 1, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/48231/35161> . Acesso em: 24 jun. 2023).

¹¹¹² ISRAEL, Brian D.; MARSTON, Brett; DANIEL, Lauren. **Natural resources damages: a guide to litigating and resolving NRD cases**, p. 46.

¹¹¹³ ISRAEL, Brian D.; MARSTON, Brett; DANIEL, Lauren. **Natural resources damages: a guide to litigating and resolving NRD cases**, p. 170.

¹¹¹⁴ ISRAEL, Brian D.; MARSTON, Brett; DANIEL, Lauren. **Natural resources damages: a guide to litigating and resolving NRD cases**, p. 295.

juízo, ante o nítido estímulo dado pelos juízes à autocomposição.¹¹¹⁵ Em uma análise de 400 ações judiciais em 2018, apenas 10 não terminaram em conciliação.¹¹¹⁶ Em casos menos complexos, é comum se chegar a um acordo extrajudicial, resultando em ordens administrativas emitidas pelo órgão ambiental. Os termos do acordo são submetidos ao crivo judicial, que avalia a licitude do ajuste.¹¹¹⁷

Homologado o acordo, o Judiciário pode ser provocado a resolver disputas sobre o correto cumprimento (*enforcement*) de suas cláusulas. Na hipótese de acordo preliminar, ainda sem aprovação judicial, o cumprimento se assemelha a uma execução contratual, mas sem o peso de um título judicial.¹¹¹⁸

Caso a questão vá a julgamento, discute-se se o réu tem direito a um julgamento pelo júri. A lei nada refere a esse respeito e a constituição dos EUA, na sétima emenda, confere o direito a júri nas ações de *common law* com valor da causa superior a 20 dólares. A Suprema Corte dos EUA, entretanto, assegurou direito ao júri também nas ações com causa de pedir fundamentada em *statutes* se a lei em questão “cria direitos e tutelas jurídicas, executáveis em uma ação de indenização nas cortes ordinárias”.¹¹¹⁹ Desse modo, como muitos casos envolvendo a CERCLA incluem pedido de indenização por danos ambientais, as cortes de primeira instância têm, em sua grande maioria, admitido julgamento pelo júri.¹¹²⁰

4.3.2.5 Class action

¹¹¹⁵ LIGHT, Alfred R. **CERCLA law and procedure**, p. 191.

¹¹¹⁶ ISRAEL, Brian D.; MARSTON, Brett; DANIEL, Lauren. **Natural resources damages: a guide to litigating and resolving NRD cases**, p. 296.

¹¹¹⁷ ISRAEL, Brian D.; MARSTON, Brett; DANIEL, Lauren. **Natural resources damages: a guide to litigating and resolving NRD cases**, p. 297.

¹¹¹⁸ LIGHT, Alfred R. **CERCLA law and procedure**, p. 190.

¹¹¹⁹ *Curtis v. Loether*, 415 U.S. 189, 194 (1994). Tradução livre. No original: “creates legal rights and remedies, enforceable in an action for damages in the ordinary courts of law.”

¹¹²⁰ ISRAEL, Brian D.; MARSTON, Brett; DANIEL, Lauren. **Natural resources damages: a guide to litigating and resolving NRD cases**, p. 73.

A CERCLA também admite o ajuizamento de ação por particulares contra qualquer pessoa, inclusive de direito público, que supostamente tenha violado padrão, regulamento, condição, requisito ou determinação prevista na lei, ou, no caso de servidor público, por falha em executar ato ou se omitido em dever previsto na norma.¹¹²¹ Nesse caso, o reconhecimento de que os litigantes formam uma “classe” pode ser útil na busca por reparação, visto que um ou mais membros do grupo pode propor a ação em nome de todos.¹¹²² A natureza coletiva da ação permite que um representante da classe busque reparação não apenas para si, mas também para todos os membros do grupo, mesmo para aqueles que sequer sabem da existência da lide.¹¹²³

A certificação de que o grupo de pessoas forma uma classe é feita pelo juiz, em observância a certos requisitos previstos na FRCP, *Rule 23(a)*. São eles: (1) a classe é tão numerosa que a junção de todos os membros é impraticável; (2) há questões de fato ou de direito comuns a toda a classe; (3) as pretensões ou defesas das partes representantes são típicas da própria classe; (4) as partes representantes irão proteger de forma justa e adequada os interesses da classe.

Indispensável para a certificação de classe é que exista uma classe identificável. A Suprema Corte dos EUA já decidiu que os requisitos acima foram criados para proteger os ausentes, impedindo definições de classe injustificadas ou excessivamente amplas.¹¹²⁴ Portanto, a função mais significativa de uma precisa definição de classe é a proteção tanto dos supostos membros ausentes da classe quanto dos réus. O julgamento em uma ação de classe (*class action*) vincula todas as partes, incluindo membros ausentes da classe, independentemente de o julgamento favorecer os autores ou os réus. Devido a esse efeito de coisa julgada, uma definição de classe adequada não deve deixar

¹¹²¹ 42 U.S.C. §9659(a).

¹¹²² LIGHT, Alfred R. **CERCLA law and procedure**, p. 182.

¹¹²³ GREER, Marcy Hogan. **A practioner's guide to class actions**. Chicago: American Bar Association, 2010. p. 145.

¹¹²⁴ *Amchem Pods Inc., v. Windsor*, 521 U.S. 591, 620 (1997).

dúvidas sobre quem é ou não membro da classe.¹¹²⁵ Por esse motivo, a decisão judicial deve, independentemente de qual parte saia vencedora da ação, descrever aqueles que considera ser membros da classe.¹¹²⁶

Além dos requisitos sobre a definição de classe, a lei processual exige que a ação coletiva tenha prosseguimento apenas se ficar demonstrado que (1) o processamento de ações individuais possa ensejar decisões contraditórias em relação aos membros da mesma classe; (2) a parte contrária tiver agido de forma inconsistente com relação aos membros da classe; ou que (3) questões de fato ou de direito comuns aos membros da classe predominam sobre quaisquer questões individuais, e a ação coletiva é o método mais adequado, no entender da corte, para julgar a questão de forma justa e eficiente.¹¹²⁷ É o que a doutrina denomina de requisitos de “predominância” e “superioridade”.¹¹²⁸

Outro tópico distintivo da *class action* é que cabe ao juiz que certifica a classe nomear um advogado para representá-la, levando em consideração: (1) o trabalho que o advogado fez na identificação ou investigação sobre as pretensões levadas a juízo; (2) a experiência do advogado em lidar com ações coletivas, outros litígios complexos e os tipos de alegações apresentadas na ação; (3) o conhecimento do advogado sobre a lei aplicável; e (4) os recursos que o advogado dedicará na representação da classe.¹¹²⁹

No que diz respeito ao processamento e julgamento da causa, a *class action* não se diferencia significativamente das ações cíveis em geral, obedecendo, portanto, no que tange às cortes federais, ao disposto na *FRCP*. Apesar de sua natureza representativa, não há alteração sobre a distribuição do ônus da prova, ou seja, cabe ao representante da classe provar cada

¹¹²⁵ GREER, Marcy Hogan. **A practioner's guide to class actions**. p. 47.

¹¹²⁶ *FRCP*, *Rule 23(c)(3)*.

¹¹²⁷ *FRCP*, *Rule 23(b)*.

¹¹²⁸ GREER, Marcy Hogan. **A practioner's guide to class actions**. p. 83.

¹¹²⁹ *FRCP*, *Rule 23(g)(1)*.

elemento de suas alegações, não apenas no tocante à sua situação específica, mas também em relação a cada membro da classe, já que, como dito, o julgamento também vincula os membros ausentes.¹¹³⁰

No que toca especificamente às ações ambientais, situações envolvendo a liberação de um agente nocivo no ar ou na água, que resulta em exposições individuais massificadas em uma região geográfica relativamente definida, são objeto muitas vezes de uma *class action*, por preencher os requisitos da predominância e da superioridade.¹¹³¹

Por exemplo, a Corte de Apelações do Sétimo Circuito certificou a existência de uma classe em caso envolvendo o vazamento de solvente em águas subterrâneas, que afetou as propriedades de cerca de 1.000 pessoas. A discussão sobre a certificação de classe restringiu-se, nesse caso, à ocorrência de contaminação ilegal e se tal contaminação atingiu tais imóveis.¹¹³²

Em outra ação, a Corte de Apelações do Sexto Circuito aprovou a certificação de classe em caso envolvendo 3.600 proprietários que alegavam lesões pessoais e danos materiais decorrentes da liberação de toxinas de uma grande fábrica de cimento. O objetivo dos demandantes era investigar se a negligência do réu causou aumento do risco à saúde e se isso tendeu a causar problemas médicos secundários, inferências que poderiam abranger toda a classe. O tribunal concluiu, no caso concreto, que a discussão sobre os danos coletivos superava eventuais alegações de danos particulares.¹¹³³

Muitas vezes, porém, o dano ambiental, a despeito de ocorrer em região geográfica definida, ultrapassa fronteiras nacionais. Nesse caso, uma proteção ambiental efetiva depende constantemente da cooperação de diversos atores, estatais e não-estatais. Assim, a efetividade de uma jurisdição ambiental de qualidade e a implementação concreta de decisões judiciais podem depender

¹¹³⁰ GREER, Marcy Hogan. **A practioner's guide to class actions**. p. 145.

¹¹³¹ GREER, Marcy Hogan. **A practioner's guide to class actions**. p. 429.

¹¹³² *Mejdrech v. Met-Coil Systems Corp.*, 319 F.3d 910, 911 (7th Cir. 2003).

¹¹³³ *Olden v. LaFarge Corp*, 383 F.3d 495, 496 (6th Cir. 2004).

do diálogo judicial transnacional, visando encontrar soluções mais eficientes para questões ambientais compartilhadas pela humanidade.

O objetivo do próximo item é demonstrar a importância da comunicação transjudicial na tomada de decisão e cumprimento de decisões em matéria ambiental, principalmente no âmbito das cortes constitucionais. Em um cenário de globalização jurídica, à luz de demandas transnacionais como a do meio ambiente, “qualquer decisão postula coerência em seus pressupostos e motivação condizente”.¹¹³⁴ Nesse aspecto, levar em conta pontos de vista diversos, experimentados em realidades distintas, mostra-se um passo importante em direção ao aperfeiçoamento da tomada de decisão ambiental.

4.4 TRANSJUDICIALISMO AMBIENTAL

4.4.1 Transnacionalidade e direito transnacional

Tradicionalmente, jurisdição é uma expressão da soberania do Estado. A jurisdição territorial consiste na função do Estado de “dizer o direito” (*jurisdictio*) dentro de suas fronteiras. É apenas dentro de seus limites territoriais que o Estado detém o monopólio do uso legítimo da força, sendo-lhe autorizada a aplicação da lei por meio da coerção. Quando um Estado exerce, ou tenta exercer, jurisdição sobre um território estrangeiro, surge o conceito de jurisdição extraterritorial.¹¹³⁵

Nesse sentido, o alcance territorial da validade de um ordenamento jurídico coincide com o território de um Estado. O princípio da territorialidade, entretanto, não exclui a possibilidade de que o âmbito de aplicação de uma norma se estenda ao território de outros Estados. O princípio da territorialidade exige de cada Estado o dever de respeitar o território de outros Estados e limita a jurisdição a seu próprio território. Assim, a expansão territorial dos limites

¹¹³⁴ STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 100.

¹¹³⁵ GERONTAS, Angelos S. Deterritorialization in Administrative Law: exploring transnational administrative decisions. **Columbia Journal of European Law**, Columbia University, verão, 2013.

tradicionais de validade do direito nacional constitui uma mudança profunda do conceito de soberania.¹¹³⁶

Nesse passo, em um mundo globalizado, o direito não pode mais ser visto através de uma lente puramente nacional.¹¹³⁷ Compreender o direito unicamente como resultado da vontade hierarquizada posta pelo Estado não atende as demandas contemporâneas.¹¹³⁸ A transnacionalização nasce, assim, no contexto da globalização, caracterizada essencialmente “pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal”.¹¹³⁹ O conceito moderno de direito sem, ou além, do Estado significa direito transnacional (prefixo *trans*: além de, através, para além de), um termo amplamente invocado, mas raramente definido com precisão. Não é nem o direito do Estado-nação nem o direito internacional, mas uma terceira categoria que se encontra em algum lugar intermediário.¹¹⁴⁰ Não desconstitui o direito nacional, não ignora o direito internacional, nem nega o direito supranacional, mas “dialoga com cada um deles conforme os fenômenos a serem regulados”.¹¹⁴¹ Os sujeitos de direito transnacional não são necessariamente os Estados, mas também indivíduos e entidades privadas.

Philip Caryl Jessup (1897–1986), juiz norte-americano da Corte Internacional de Justiça em Haia, foi o primeiro a definir “direito transnacional”, em sua monografia homônima publicada em 1956, como todo direito que regula ações ou eventos que transcendem fronteiras nacionais, incluindo direito

¹¹³⁶ GERONTAS, Angelos S. *Deterritorialization in Administrative Law: exploring transnational administrative decisions*. 2013.

¹¹³⁷ MICHAELS, Ralf. *State Law as a Transnational Legal Order*. **UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law**, vol. 1, p. 141, outono, 2016.

¹¹³⁸ STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. p. 4.

¹¹³⁹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (organizadores). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 16.

¹¹⁴⁰ GIARO, Tomasz. Transnational law and historical precedents. **Studia Iuridica**, Varsóvia, v. 38, 2016. p. 74.

¹¹⁴¹ STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. p. 59.

internacional público e privado, além de outras regras que não se encaixam inteiramente nessas categorias.¹¹⁴² Para Harold Koh,¹¹⁴³ direito transnacional representa uma espécie híbrida entre direito doméstico e direito internacional, que pode ser “baixado” (*downloaded*), “carregado” (*uploaded*), ou transplantado de um sistema nacional para outro. Cresce em importância na medida em que cada vez mais regula e influencia a produção legislativa e as políticas nacionais, produzindo respostas mais satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos, ante sua “capacidade não apenas da justaposição de instituições ou da superação/transposição de espaços territoriais, mas a possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais”.¹¹⁴⁴

Atualmente, o conceito de direito transnacional abrange uma variedade de áreas do direito, com fecunda aplicação no direito ambiental, onde *standards* globais têm sido não só reconhecidos, mas também integrados e internalizados em sistemas jurídicos nacionais.¹¹⁴⁵ Reconhece-se, com isso, que uma proteção ambiental efetiva não pode, muitas vezes, “ser viabilizada eficazmente por intermédio das instituições nacionais, comunitárias ou internacionais atualmente existentes”.¹¹⁴⁶

De acordo com Marcos Leite Garcia, os direitos relativos ao meio ambiente são demandas transnacionais por excelência, pois se justificam “a partir da necessidade de criação de espaços públicos para tratar de questões referentes a fenômenos novos, que serão ineficazes se tratados somente dentro do espaço do tradicional Estado nacional”.¹¹⁴⁷ A transnacionalização dos direitos

¹¹⁴² KOH, Harold Hongju. Why transnational law matters. **Penn State International Law Review**, v. 24, n. 4, 2006, p. 745.

¹¹⁴³ KOH, Harold Hongju. Why transnational law matters. p. 753.

¹¹⁴⁴ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacional. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (organizadores). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 57.

¹¹⁴⁵ KOH, Harold Hongju. Why transnational law matters. p. 746.

¹¹⁴⁶ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacional. p. 61.

¹¹⁴⁷ GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (organizadores). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 175.

fundamentais é, assim, um processo diferente e posterior ao da sua internacionalização. E, como direito fundamental de terceira geração, relacionada ao valor da solidariedade, a proteção do meio ambiente é um direito difuso e transfronteiriço, e, portanto, transnacional.¹¹⁴⁸ De nada adianta, por exemplo, rigorosa proteção ambiental de um país sobre um rio fronteiriço se a nação vizinha se omite quanto à sua degradação. A questão, assim, perpassa a definição do Estado nacional: é difusa, pois atinge indivíduos indeterminados; transfronteiriça, pois não se detém nos limites geográficos de um país; e solidária, pois os interesses e efeitos são compartilhados, independentemente de quem ocasionou o dano. O direito transnacional surge, então, como um espaço adequado para superação de problemas difusos e globais, incapazes de serem resolvidos de forma individual.

Outra característica importante do direito transnacional para a tomada de decisão em matéria ambiental é a consensualidade, presente quando oportunizadas informações suficientes e participação de todos os interessados. Ao dispensar a imposição pela força, a construção da decisão ambiental no espaço transnacional depende, em uma sociedade de riscos incertos, globais e futuros, da participação e cooperação dos interessados. O indivíduo precisa ser informado de sua responsabilidade com a proteção do meio ambiente e das consequências da degradação. A participação é, nesse aspecto, “o ponto de partida para a proteção efetiva de bens jurídicos relevantes”, portanto “O Direito Global não pode abrir mão da parceira efetiva do humano e da sociedade civil na tutela do ambiente”.¹¹⁴⁹ Desse modo, o diálogo entre os atores envolvidos, estatais e não-estatais, com foco na proteção ambiental como um bem relevante a ser buscado pela humanidade, confere maior legitimidade às decisões e amplia a chance de sucesso quanto ao seu cumprimento, principalmente quando baseada no consenso.

¹¹⁴⁸ GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. p. 180.

¹¹⁴⁹ STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. p. 116.

Em resumo, ao examinar o processo de tomada de decisão em casos difíceis em matéria ambiental, é importante destacar, primeiro, a participação de atores não estatais no processo de tomada de decisão, como ONGs, blocos econômicos, empresas multinacionais e organismos internacionais, vozes que têm impacto no mundo contemporâneo e influenciam a tomada de decisão em diversos níveis. Em segundo lugar, ter em mente que a proteção ambiental efetiva vai além dos territórios nacionais, pois o dano ambiental não conhece fronteiras ou linhas no mapa. A jurisdição geográfica, do jeito que estabelecida tradicionalmente, pode não satisfazer a ideia de proteção integral do meio ambiente, havendo a necessidade de transnacionalização dos direitos fundamentais de terceira geração. Uma jurisdição temática, menos “geográfica”, atenderia melhor ao tema ambiental no que diz respeito a impactos transnacionais. Terceiro, temas como publicidade, transparência, governança, desterritorialização, e mesmo derrogação de atributos clássicos da administração pública, são questões a serem consideradas no novo modelo de tomada de decisão em âmbito global,¹¹⁵⁰ que deve levar em conta outros campos do conhecimento humano, em uma abordagem interdisciplinar e pragmática. Quarto, do ponto de vista normativo, o aumento da interdependência global e seu efeito no campo jurídico exigem um incremento na análise comparativa entre decisões de cortes estrangeiras, não só pelo efeito persuasivo que podem conter, mas também pelo potencial de melhor gerir as relações jurídicas globais.¹¹⁵¹

Sobre esse último ponto, o diálogo entre tribunais de diferentes jurisdições, que se convencionou chamar de “diálogo judicial transnacional” ou “transjudicialismo”, ganha força com a desterritorialização advinda do direito transnacional. Assim, ao cotejar decisões judiciais ambientais no Brasil e em outros países, destaca-se a importância da comunicação, troca de ideias e experiências, entre as respectivas cortes.

¹¹⁵⁰ STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. p. 103.

¹¹⁵¹ GLENSY, Rex D. The use of international law in U.S. constitutional adjudication. **Emory International Law Review**, vol. 25, p. 197, 2011.

4.4.2 Diálogo judicial transnacional ou “transjudicialismo”

O termo "globalização" sinaliza mais a imagem de corporações do que a de tribunais. A redução de distâncias e a dissolução de fronteiras impulsionadas pela globalização se mostraram mais eficientes na criação de mercados globais do que de uma “justiça global”. A palavra jurisdição ainda soa inerentemente nacional. No entanto, apesar dessa percepção, os juízes também estão se globalizando, com implicações importantes para o direito doméstico, comparado e internacional.

As interações entre juízes e cortes estrangeiras não é fenômeno novo na prática judiciária. No âmbito acadêmico, porém, a expressão “comunicação transjudicial” é relativamente recente e foi cunhada por Anne-Marie Slaughter em seu artigo científico denominado *A Typology of Transjudicial Communication*.¹¹⁵² Outras designações surgiram para descrever o fenômeno da troca de ideias e experiências entre juízes de diferentes jurisdições nacionais, como “diálogo judicial internacional”, “diálogo judicial global”, “transjudicialismo”, e “comparativismo constitucional”.¹¹⁵³ Opta-se aqui pelo termo “transjudicialismo” por ser o que melhor identifica a corrente de pensamento que defende a ampliação de um fenômeno detectado empiricamente.¹¹⁵⁴

A comunicação transjudicial proposta por Slaughter pode ocorrer em nível horizontal, ou seja, entre tribunais de mesma estatura, como, por exemplo, cortes supremas de dois Estados soberanos, que não são obrigadas a seguir ou mesmo levar em conta a jurisprudência uma da outra por qualquer relação formal; ou em nível vertical, quando há subordinação hierárquica, como cortes nacionais e supranacionais.

¹¹⁵² SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, vol. 29, p. 99, inverno, 1994.

¹¹⁵³ KROTOSZYNSKI JR. Ronald J. “I’d Like to Teach the World to Sing (In Perfect Harmony)”: International Judicial Dialogue and the Muses - Reflections on the Perils and the Promise of International Judicial Dialogue. **Michigan Law Review**, vol. 104, p. 1321, maio, 2006.

¹¹⁵⁴ LUPI, André Lipp Pinto Basto. A jurisprudência brasileira e a transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 124.

O Brasil admite apenas a comunicação horizontal, pois, embora reconheça a jurisdição de tribunais internacionais, inclusive propugnando “pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”,¹¹⁵⁵ não há subordinação do Poder Judiciário nacional a cortes internacionais, ressalvada a submissão do país “à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”¹¹⁵⁶

Do mesmo modo, as vias tradicionais de cooperação internacional, como o auxílio direto e as cartas rogatórias,¹¹⁵⁷ ainda que inseridas na categoria de comunicação horizontal, são situações de colaboração institucionalizada entre os países, portanto escapam ao âmbito estritamente argumentativo examinado neste trabalho.

O meio mais comum de comunicação transjudicial ocorre na forma de monólogos, “consistentes em empréstimos constitucionais e na utilização da experiência estrangeira ou internacional como ilustrações úteis ao convencimento acerca da correção da decisão”.¹¹⁵⁸ Nessa situação, não há propriamente um diálogo, pois um tribunal cujos argumentos ou conclusões são utilizados por tribunais estrangeiros não é um participante autoconsciente em uma conversa contínua.¹¹⁵⁹ O tribunal originário pode realmente ter pouca ou nenhuma consciência de que suas opiniões têm um público estrangeiro. Já a corte receptora se vale de tais argumentos sem preocupação com a reação da corte que os proferiu. Os motivos são “incorporados ao discurso de fundamentação, porém sem esperar por repercussão da própria decisão na jurisprudência da corte originadora do precedente citado.”¹¹⁶⁰

¹¹⁵⁵ CRFB, art. 7º do ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT).

¹¹⁵⁶ CRFB, art. 5º, § 4º.

¹¹⁵⁷ CPC, artigos 26 a 41.

¹¹⁵⁸ LUPI, André Lipp Pinto Basto. A jurisprudência brasileira e a transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. p. 124.

¹¹⁵⁹ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. 1994.

¹¹⁶⁰ LUPI, André Lipp Pinto Basto. A jurisprudência brasileira e a transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. p. 124.

Slaughter sugere a metáfora da “fertilização cruzada”, em que o tribunal emissor lança os argumentos aos “ventos transnacionais” sem qualquer conhecimento particular ou preocupação de onde eles germinarão. Cabe à corte “ouvinte” determinar quais partes desse monólogo adotará, o que só acontece se for persuadida a isso ou se concluir que o conteúdo da decisão lhe permitirá persuadir melhor seu próprio público.¹¹⁶¹

Neste sentido, a menção ao julgamento de um tribunal estrangeiro como autoridade persuasiva pressupõe que o público de uma determinada decisão reconheça o tribunal estrangeiro como suficientemente semelhante ao tribunal nacional. De acordo com Slaughter, a verificação de que tribunais em todo o mundo chegaram a conclusões semelhantes sobre um mesmo problema jurídico constitui uma evidência de que a decisão em questão é uma solução adequada. Ou seja, a persuasão sobre uma decisão em particular pode ser reforçada por uma simples demonstração de que outros trilham um caminho semelhante.¹¹⁶²

Luis Claudio Martins de Araujo, por outro lado, percebe quatro modelos de diálogos entre sistemas jurídicos diversos, defendendo uma concepção quadripartite a respeito da prática argumentativa no enfrentamento de problemas comuns. O primeiro modelo é o de submissão, que consiste em uma completa deferência do que vem de fora; uma forma de “neocolonialismo judicial”. Dá como exemplo a Comunidade Britânica de Nações (*Commonwealth*), em que um país soberano submete demandas judiciais internas a uma corte inglesa, como última instância. O segundo modelo é o extremo oposto, que é o de repulsa ampla ao que vem de fora, acarretando o isolamento judicial em debates complexos. O terceiro modelo chama de decorativo, em que se procura demonstrar conhecimento profundo sobre decisões de cortes estrangeiras, porém, muitas vezes, sem qualquer correlação com a questão submetida a julgamento. O elemento estrangeiro consiste em mero argumento de autoridade, para fundamentar o que a corte já decidiu, ou

¹¹⁶¹ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. 1994.

¹¹⁶² SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. 1994.

seja, uma forma de *cherry picking*, em que se seleciona só o que interessa para aquela determinada fundamentação. O quarto modelo é o de interlocução, que o autor considera o mais adequado. Neste modelo, compreende-se o debate, reflete-se sobre o que foi decidido pela outra corte, verifica se se adapta ao caso em exame, apreendendo-se a decisão estrangeira. É um modelo dialógico, que pode levar à aceitação ou não da decisão alheia.¹¹⁶³

Indubitável é que, entre as vantagens do transjudicialismo, estão a deliberação coletiva sobre problemas comuns e o proveito de experiências alheias sobre a melhor solução a ser adotada em questões semelhantes, em nítida aplicação do pensamento pragmático. Nesse campo, questões envolvendo a proteção de direitos fundamentais, como a higidez do meio ambiente, ganham contornos especiais com o aumento da comunicação transjudicial, já que os tribunais poderão conceber uma compreensão pluralista e contextualizada do tema em análise.¹¹⁶⁴

Além disso, a referência a decisões de tribunais estrangeiros renomados pode servir como forma de proteção da corte local contra pressões econômicas, políticas e jurídicas, como exemplifica André Lupi:¹¹⁶⁵

[...] No subcontinente indiano, as referências cruzadas de precedentes das cortes superiores da Índia, Paquistão, Sri Lanka e Bangladesch deu a todos munições argumentativas para reforçar as débeis normas de proteção ambiental contidas nos respetivos ordenamentos internos. Faltando desenvolvimento legislativo para delimitar o alcance da proteção ambiental, a corte indiana, por exemplo, embrenhou-se em forte ativismo judicial, recorrendo a julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da congênere europeia, bem como a decisões das Filipinas, Colômbia e África do Sul, para afirmar o

¹¹⁶³ ARAUJO, Luis Claudio Martins de. **Constitucionalismo transfronteiriço, direitos humanos e direitos fundamentais**: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

¹¹⁶⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie. 40th Anniversary Perspective: Judicial Globalization. **Virginia Journal of International Law Association**, vol 40, p. 1103, verão, 2000.

¹¹⁶⁵ LUPI, André Lipp Pinto Basto. A jurisprudência brasileira e a transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. p. 133.

direito ao meio ambiente sadio como direito humano e disso extrair consequências inovadoras para o Direito indiano.

Essa interação ou fertilização cruzada entre decisões judiciais nacionais, pode, ao longo do tempo, harmonizar a aplicação da lei nos países envolvidos, de modo que surja uma prática geral e consistente dos Estados. Logo, as decisões judiciais nacionais que representam a prática individual dos Estados podem, coletivamente, influenciar o direito internacional.¹¹⁶⁶ Com isso, a qualidade da tomada de decisão tende a melhorar em todo o mundo, pois os tribunais que compartilham *insights* com seus homólogos serão forçados a examinar seus próprios sistemas jurídicos em perspectiva comparada.

Os críticos deste movimento consideram utópica e excessivamente otimista a visão de Slaughter de criação de “uma comunidade transnacional de direito”.¹¹⁶⁷ Argumentam que os juízes geralmente não têm tempo, expertise e habilidades linguísticas para realizar pesquisas significativas e comparativas de decisões judiciais estrangeiras. Isso aumenta a possibilidade de que os juízes utilizem decisões judiciais estrangeiras de forma aleatória e seletiva, escolhendo apenas aquelas que favoreçam suas inclinações. Acaba-se optando pelas decisões mais facilmente disponíveis, que tenderão a ser as de países desenvolvidos e em idiomas mais acessíveis.¹¹⁶⁸ Além disso, corre-se o risco de “eliminar o filtro criado pelos Estados para não sofrer imposições diretas de movimentos políticos operados no plano externo, sobre os quais pode haver efeitos colaterais da política de poder das grandes potências.”¹¹⁶⁹

A intenção, no entanto, não é de que direito estrangeiro substitua formalmente o direito interno, mas que este não seja interpretado de tal forma

¹¹⁶⁶ MOREMEN, Philip M. National court decisions as state practice: a transnational judicial dialogue. **North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation**, vol. 32, p. 259, inverno, 2006.

¹¹⁶⁷ KROTOSZYNSKI JR. Ronald J. “I’d Like to Teach the World to Sing (In Perfect Harmony)”. 2006.

¹¹⁶⁸ MOREMEN, Philip M. National court decisions as state practice: a transnational judicial dialogue. 2006.

¹¹⁶⁹ LUPI, André Lipp Pinto Basto. A jurisprudência brasileira e a transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. p. 132.

que faça surgir um conflito normativo com o direito internacional. O transjudicialismo é, na verdade, o propulsor pelo qual os tribunais nacionais se envolvem coletivamente em um processo dinâmico de criar e harmonizar o direito internacional e garantir que as normas internacionais moldem e informem as normas nacionais.¹¹⁷⁰

Assim, não se deve fazer da comunicação transjudicial um modo de uniformização, mas “de filtragem, de mediação de tais pressões sobre o ordenamento interno, concedendo liberdade ao intérprete nacional para traduzir a norma ao seu próprio sistema jurídico.”¹¹⁷¹

O constitucionalismo transfronteiriço, nesse ponto, deve se afastar de um modelo de submissão, em que há deferência total à jurisprudência transnacional, mas deve buscar sempre a interlocução com abertura para discussão e aproveitamento das decisões transnacionais como autoridade persuasiva, “considerando a perspectiva, particularidades e razões de decidir do caso doméstico.”¹¹⁷²

Ademais, não se devem desprezar experiências estrangeiras bem-sucedidas sobre o enfrentamento e solução de problemas comuns da humanidade apenas porque não são vinculantes no ordenamento jurídico interno. Considerando que as decisões devem ser convincentes para evocar obediência,¹¹⁷³ a decisão da corte nacional ganha legitimidade ao se voltar para decisões estrangeiras na busca por diferentes perspectivas em temas similares. Para isso, é importante que se levem em consideração opiniões de cortes diversificadas, com concepções e vivências múltiplas, renunciando a tendência de olhar apenas para as cortes do mundo desenvolvido. Somente isso permitirá

¹¹⁷⁰ WATERS, Melissa A. Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law. **Georgetown Law Journal**, vol. 93, p. 487, janeiro, 2005.

¹¹⁷¹ LUPI, André Lipp Pinto Basto. A jurisprudência brasileira e a transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. p. 134.

¹¹⁷² ARAUJO, Luis Claudio Martins de. **Constitucionalismo transfronteiriço, direitos humanos e direitos fundamentais**: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 91.

¹¹⁷³ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. 1994.

enriquecer o debate sobre temas comuns, não utilizando referências estrangeiras apenas para confirmar e sofisticar o discurso, em forma de argumento de autoridade.

No que toca especificamente ao direito ambiental, a colaboração entre membros do Judiciário pode ainda auxiliar no compartilhamento de conhecimento sobre avanços nas ciências ambientais, construir consenso sobre as melhores práticas processuais, desenvolver uma base para a cooperação mais ampla no tratamento de casos ambientais que transcendem fronteiras, abordar o papel do Judiciário na promoção do cumprimento e fiscalização ambiental, além de fornecer um fórum para capacitação e troca de informações relevantes para a tomada de decisão ambiental.¹¹⁷⁴

Como reconhece o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), a cooperação entre Estados em processos judiciais pode ser facilitada pelo desenvolvimento de canais apropriados de comunicação, respeitando os diferentes ordenamentos dos Estados, para troca oportuna de informações relevantes à identificação de violações ao direito ambiental.¹¹⁷⁵

Nesse cenário, é possível dizer que parte do sucesso da governança ambiental global depende de um Judiciário treinado, motivado e atento à sua capacidade de influenciar a percepção pública e o discurso sobre preocupações ambientais, pois “o que os juízes tratam como importante, a sociedade passa a julgar como importante”.¹¹⁷⁶

Desse modo, mostra-se necessário promover o diálogo judicial transnacional no âmbito do direito ambiental, ou, de forma abreviada, o

¹¹⁷⁴ MARKOWITZ, Kenneth J.; GERARDU, Jo J. A. Environmental courts and tribunals: improving access to justice and protection of the environment around the world. **Pace Environmental Law Review**, vol. 29, p. 538, inverno, 2012.

¹¹⁷⁵ UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Manual on Compliance with and Enforcement of Multilateral Environmental Agreements**. Disponível em: <https://www.oas.org/dsd/Tool-kit/Documentos/ModuleVI/Full%20Text%20of%20UNEP%20Compliance%20and%20Enforcement%20Guidelines.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023.

¹¹⁷⁶ MARKOWITZ, Kenneth J.; GERARDU, Jo J. A. Environmental courts and tribunals: improving access to justice and protection of the environment around the world. 2012.

“transjudicialismo ambiental”, no intuito, principalmente, de qualificar a tomada de decisão nessa área.

4.4.3 Transjudicialismo ambiental

O processo de internacionalização da proteção ambiental é um fenômeno relativamente recente, originado no último século, mas que deve perdurar. Não tem por objetivo a substituição dos sistemas nacionais, mas “se situa como norma subsidiária e suplementar [...], visando a superação de possíveis omissões ou deficiências”.¹¹⁷⁷

Alerta-se para a necessidade cada vez mais presente de não tratar o problema ambiental de forma isolada, como uma “coleção de partes dissociadas”, mas a partir de um novo paradigma, “baseado na concepção do mundo com um todo integrado”, interligado e interdependente.¹¹⁷⁸

No âmbito do Direito Internacional, a repetição de encontros e a troca de experiências resultaram na criação de tratados e convenções que também influenciaram a regulamentação interna em tópicos como avaliação de impacto ambiental, acesso à informação ambiental e responsabilidade ambiental. Essas áreas agora são reguladas de maneira semelhante em diversos países. Entretanto, ainda que isso represente uma contribuição significativa, tem sido limitada e frágil devido à natureza das normas internacionais e à soberania das nações.¹¹⁷⁹

Com efeito, apesar da importância do Direito Internacional, a ausência de caráter vinculante nas suas normas, as quais dependem da

¹¹⁷⁷ FERRER, Gabriel Real; DANTAS, Marcelo Buzaglo; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. O processo de internacionalização da proteção ambiental e dos direitos humanos. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; DANTAS, Marcelo Buzaglo (organizadores). **Direito e transnacionalização**. Itajaí: UNIVALI, 2013. p. 174.

¹¹⁷⁸ FERRER, Gabriel Real; DANTAS, Marcelo Buzaglo; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. O processo de internacionalização da proteção ambiental e dos direitos humanos. p. 169.

¹¹⁷⁹ SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **A possibilidade de harmonização dos sistemas jurídicos no plano do meio ambiente e da sustentabilidade pela via do transconstitucionalismo e transfundamentalidade**. 2022. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Univali, Itajaí/SC, 2022, p. 229.

aceitação voluntária dos Estados, limita o impacto dos organismos e tribunais internacionais. Luiz Felipe Schuch destaca, nesse aspecto, o surgimento de uma nova abordagem, caracterizada como "soft law", que "envolve normas não vinculantes, mas com consequências legais em caso de descumprimento. Isso poderia incentivar a adesão a novas regulamentações ambientais, permitindo regras mais flexíveis e adaptáveis."¹¹⁸⁰

Diante dos desafios políticos, sociais, econômicos e ambientais, Schuch sugere as metódicas do Transconstitucionalismo ("processo de internalização de boas leis de um país em outro, em regra patrocinado por legisladores atentos e estudiosos sobre o que ocorre no mundo civilizado") e da Transjusfundamentalidade ("processo de transferência de normas de um país para outro [...] tanto no âmbito da doutrina como na jurisprudência") para a construção de um cenário ambiental mais favorável.¹¹⁸¹

Segundo ele, é viável combinar o Transconstitucionalismo e a Transjusfundamentalidade para internalizar valores importantes em contextos sociais locais, sem depender de um organismo centralizador internacional. A colaboração entre os Poderes de diferentes Estados para estabelecer diálogos transversais transconstitucionais (Legislativo, Executivo, Judiciário) ou diálogos transjusfundamentais (Judiciário) se apresenta como uma maneira legítima de promover e concretizar princípios ambientais.¹¹⁸²

O Poder Judiciário, nessa conjuntura, preenche um papel vital de coerção e de incentivo ao cumprimento das normas ambientais. De fato, o equilíbrio entre proteção ambiental e desenvolvimento depende de uma boa governança; boa governança depende do Estado de Direito; e o Estado de

¹¹⁸⁰ SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **A possibilidade de harmonização dos sistemas jurídicos no plano do meio ambiente e da sustentabilidade pela via do transconstitucionalismo e transjusfundamentalidade**, p. 229.

¹¹⁸¹ SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **A possibilidade de harmonização dos sistemas jurídicos no plano do meio ambiente e da sustentabilidade pela via do transconstitucionalismo e transjusfundamentalidade**, p. 231.

¹¹⁸² SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **A possibilidade de harmonização dos sistemas jurídicos no plano do meio ambiente e da sustentabilidade pela via do transconstitucionalismo e transjusfundamentalidade**, p. 234.

Direito depende do respeito, da aplicação e do efetivo cumprimento das leis.¹¹⁸³ O Judiciário desempenha, portanto, um papel de liderança na promoção e orientação direcionadas ao desenvolvimento sustentável, baseado, principalmente, no aprimoramento do processo de tomada de decisão.

Por outro lado, a complexidade das questões ambientais, que muitas vezes envolvem diversos campos do conhecimento humano e interesses sociais conflitantes, pode tornar sinuoso o caminho para os juízes, individualmente, alcançarem a melhor decisão.

Além disso, a interdependência em questões ambientais, por vezes de caráter transfronteiriço, exige cooperação, seja através de estruturas formais ou através de redes informais, para ajudar a resolver e prevenir problemas ambientais globais. Isso exige que os órgãos judiciais coordenem e colaborem entre si, na busca de oportunidades para uma implementação bem-sucedida de medidas de conformidade e de execução.¹¹⁸⁴

Conforme afirmado no Relatório GEO-4 do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente,

*These (environmental) issues transcend borders. Protecting the global environment is largely beyond the capacity of individual countries. Only concerted and coordinated international action will be sufficient. The world needs a more coherent system of international environmental governance.*¹¹⁸⁵

Além de uma ação internacional concertada e coordenada, a obrigação de informar “é pedra de toque do sistema contemporâneo das normas

¹¹⁸³ MARKOWITZ, Kenneth J.; GERARDU, Jo J. A. Environmental courts and tribunals: improving access to justice and protection of the environment around the world. 2012.

¹¹⁸⁴ MARKOWITZ, Kenneth J.; GERARDU, Jo J. A. Environmental courts and tribunals: improving access to justice and protection of the environment around the world. 2012.

¹¹⁸⁵ “Estas questões (ambientais) transcendem fronteiras. A proteção do meio ambiente global está muito além da capacidade de cada país. Apenas uma ação internacional concertada e coordenada será suficiente. O mundo precisa de um sistema mais coerente de governança ambiental internacional.” (UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Global Environment Outlook 4**. Disponível em: <https://www.unep.org/resources/global-environment-outlook-4>. Acesso em: 12 nov. 2023. Tradução livre).

(internacionais e internas) de cunho ambiental”, uma vez que a preservação ambiental “somente se efetiva quando se tem (na prática) participação pública nas decisões ambientais com amplo acesso à informação ambiental, bem assim das organizações não governamentais.”¹¹⁸⁶

De fato, no processo de tomada de decisão ambiental, a ampla informação e participação auxiliam na produção de conhecimento relevante para o julgamento. O compartilhamento de experiências e informações resulta em ações coordenadas entre os atores participantes, do que deriva um sistema decisório cooperativo e integrado, desenvolvido em processos públicos, plurais e participativos. Assim, as interações entre juízes e tribunais nacionais, regionais e internacionais produzem um complexo processo de “globalização da jurisdição”¹¹⁸⁷ e de convencimento recíproco.

É nesse campo a contribuição do transjudicialismo ambiental, que, ao criar uma cultura global de informação e de cooperação, facilitada pelo desenvolvimento tecnológico quanto à pesquisa e troca de conhecimento, “favorece a formação e a organização de instituições capazes de melhor solucionar os conflitos ambientais, contribuindo para o fortalecimento de uma imagem de Estado ambiental nos planos nacional e internacional.”¹¹⁸⁸

Dessa forma, valendo-se da disponibilidade de pesquisa jurisprudencial proporcionada pelo ciberespaço, o próximo item abordará o transjudicialismo na prática das cortes constitucionais do Brasil e dos Estados Unidos.

4.4.4 Transjudicialismo em prática nas cortes constitucionais do Brasil e dos EUA: uma experiência pragmática

¹¹⁸⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a convenção de Aarhus. São Paulo, **Revista de Direito GV**, jan-jun 2012, p. 320.

¹¹⁸⁷ BERMAN, Paul Schiff. The globalization of jurisdiction. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 151, p. 311, dezembro, 2002.

¹¹⁸⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a convenção de Aarhus. p. 321.

Como observa Schuch, é cada vez mais perceptível a existência de diálogos transversais entre Cortes constitucionais, incluindo temas ambientais, paralelamente ao que foi observado com relação aos Direitos Humanos. Após a Segunda Guerra Mundial, a criação da ONU e os esforços globais pela paz conduziram à formação de uma jurisprudência internacional integrada, centrada na salvaguarda da dignidade humana, com uma clara intenção cooperativa e solidária, buscando prevenir novos atos de extrema desconsideração e violência contra a humanidade. Essa efetiva rede de proteção, nos âmbitos internacional e nacional, contribuiu para que os países internalizassem não apenas o princípio e valor da dignidade humana, mas também os direitos fundamentais.¹¹⁸⁹

Porém, diferentemente, por exemplo, da Constituição da África do Sul, que prescreve que a Suprema Corte do país utilize o direito internacional para interpretar sua própria declaração de direitos fundamentais (*Bill of Rights*), e preconiza que o direito doméstico estrangeiro seja consultado em circunstâncias similares,¹¹⁹⁰ as Constituições do Brasil e dos Estados Unidos não possuem previsão semelhante. Nada obstante, tanto o Supremo Tribunal Federal no Brasil como a Suprema Corte dos EUA se valem, em alguns momentos, do direito internacional e estrangeiro como autoridade persuasiva para interpretar disposições de suas próprias Constituições.

Nesse aspecto, visto que a decisão de uma suprema corte não vincula o julgamento de outra, a disposição de citar precedentes estrangeiros sugere que os tribunais reconhecem a relevância e a natureza persuasiva da jurisprudência um do outro. As cortes constitucionais miram instituições semelhantes ao responder a um caso difícil ou inédito, para o qual há pouco precedente interno.

¹¹⁸⁹ SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **A possibilidade de harmonização dos sistemas jurídicos no plano do meio ambiente e da sustentabilidade pela via do transconstitucionalismo e transjusefundamentalidade**, p. 260.

¹¹⁹⁰ GLENSY, Rex D. *The use of international law in U.S. constitutional adjudication*. 2011.

Estudo interessante realizado por Jonathan S. Hack sobre “citações transjudiciais” entre supremas cortes estaduais nos EUA¹¹⁹¹ concluiu que as referências ocorrem com mais frequência quando há proximidade geográfica e semelhança ideológica entre os tribunais. Segundo a pesquisa, os juízes destas cortes tendem a recorrer a precedentes “externos” de tribunais geograficamente mais distantes quando a corte citada possui inclinação ideológica similar. Com base nessa observação, o autor inferiu que, embora se possa argumentar que olhar para tribunais de mesma estatura é, em sua essência, uma espécie de aprendizado, os resultados sugerem que os juízes encaram os pares como uma maneira de justificar suas próprias decisões.

Partindo dessa premissa, pode-se dizer que o emprego de precedentes internacionais em decisões internas com o objetivo de fortalecer as conclusões alcançadas pela corte receptora é, conceitualmente, pragmático, já que o pragmatismo avalia o sucesso de uma filosofia não em termos de sua correspondência com verdades eternas, mas com base em sua utilidade como uma ferramenta prática para produzir experiências melhores e mais satisfatórias.¹¹⁹²

Assim, o pensamento pragmático que fundamenta o uso de materiais internacionais como autoridade persuasiva apenas reflete uma filosofia que se baseia em ações, experimentações e soluções viáveis, em vez de construções teóricas,¹¹⁹³ ou seja, enfatiza a ação, a experimentação e a preocupação com o que “funciona” na experiência humana.

Do mesmo modo, a expansão das fontes de autoridade persuasiva para incluir o direito transnacional serve para encorajar uma jurisprudência que avança com base na experiência passada, sem renunciar ao impulso

¹¹⁹¹ HACK, Jonathan S. Looking to peers: transjudicial citations behavior among state supreme courts. **North Dakota Law Review**, vol. 95, p. 291, 2020.

¹¹⁹² GLENSY, Rex D. The use of international law in U.S. constitutional adjudication. 2011.

¹¹⁹³ ANGELO, Mary Jane. Embracing Uncertainty, Complexity, and Change: An Eco-pragmatic Reinvention of a First-Generation Environmental Law. **Ecology Law Quarterly**, vol. 33, p. 105, 2006.

progressivo de experimentação cautelosa. Como afirmou o ex-juiz da Suprema Corte do EUA Oliver Wendell Holmes Jr., “a vida do direito não tem sido lógica, tem sido experiência”.¹¹⁹⁴ A experiência é moldada pelo tempo e pode ser tanto individual quanto coletiva, embora a dimensão coletiva seja mais abrangente do que a individual. A experiência de cada momento tem seus limites, mas é enriquecida pelo acúmulo das experiências de outras pessoas que viveram na mesma época ou em épocas anteriores. Dessa forma, cada indivíduo pode vivenciar um mundo comum de experiências, ampliando-o além das suas próprias observações.¹¹⁹⁵

No entanto, por mais amplo que seja, esse mundo comum também tem seu horizonte, e dentro desses limites, novas experiências sempre surgem. Ao se abrir para uma experiência internacional que já resolveu questões que estão sendo confrontadas pela primeira vez, a corte nacional parte de um conhecimento acumulado que antevê a viabilidade de determinada solução jurídica, o que, por sua vez, conforta o julgador quanto a possíveis consequências de sua decisão.¹¹⁹⁶

Além disso, as decisões resultantes da análise comparativa de precedentes de outras cortes, ao enriquecer o rol de opções disponíveis para a promoção de direitos fundamentais, têm potencial de adquirir certa legitimidade doméstica que as decisões de tribunais internacionais, distantes da população em geral, não têm.¹¹⁹⁷ Também aqui há uma certa dose de pragmatismo, pois, quanto maior a legitimidade interna, maior a chance de observância das decisões e de aceitação perante a comunidade internacional.

4.4.4.1 Suprema Corte dos EUA

¹¹⁹⁴ “[...] the life of the law has not been logic, it has been experience” (HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm>. Acesso em 20 jul. 2023. Tradução livre)

¹¹⁹⁵ GLENSY, Rex D. The use of international law in U.S. constitutional adjudication. 2011.

¹¹⁹⁶ GLENSY, Rex D. The use of international law in U.S. constitutional adjudication. 2011.

¹¹⁹⁷ GLENSY, Rex D. The use of international law in U.S. constitutional adjudication. 2011.

A questão de como e quando o direito estrangeiro e o direito internacional devem ser utilizados como autoridade persuasiva no contexto da interpretação constitucional tem ganhado relevância nos EUA. Nos últimos anos, diversos juízes (*Justices*) da Suprema Corte demonstraram interesse crescente em considerar fontes jurídicas estrangeiras na análise constitucional. Segundo Melissa Waters, isto ocorreu, principalmente, como resposta dos juízes a um emergente “diálogo judicial transnacional”, refletindo o desejo de se tornarem participantes ativos em uma espécie de conversa judicial com seus colegas estrangeiros.¹¹⁹⁸

Em *Lawrence v. Texas*,¹¹⁹⁹ a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou a jurisprudência estrangeira ao invalidar uma lei que proibia a sodomia. O *Justice* Anthony Kennedy, hoje aposentado, citou casos semelhantes em que a Corte Europeia dos Direitos Humanos invalidou leis que proibiam a conduta homossexual consensual. Ele observou que a jurisprudência estrangeira era prova de que o direito de se envolver em conduta homossexual consensual foi aceito como parte integrante da liberdade humana em muitos outros países. Entretanto, a utilização de precedentes estrangeiros para a análise constitucional interna recebeu forte crítica do *Justice* Antonin Scalia (1936-2016), para quem as garantias constitucionais no país não surgem porque nações estrangeiras descriminalizam a conduta, advertindo contra a imposição de humores, hábitos ou modismos estrangeiros aos norte-americanos.

Em *Roper v. Simmons*,¹²⁰⁰ Kennedy e Scalia travaram novo debate sobre qual seria a relação adequada entre as cortes americanas e o direito estrangeiro e internacional. Ao declarar inconstitucionais leis estaduais que autorizavam a condenação à pena de morte de pessoas com menos de dezoito anos, Kennedy citou tratados internacionais e práticas estrangeiras como prova

¹¹⁹⁸ WATERS, Melissa A. The Supreme Court, constitutional courts and the role of international law in constitutional jurisprudence: Justice Scalia on the use of foreign law in constitutional interpretation: unidirectional monologue or co-constitutive dialogue? **Tulsa Journal of Comparative & International Law**, vol. 12, p. 149, outono, 2004.

¹¹⁹⁹ 539 U.S. 558 (2003).

¹²⁰⁰ 543 U.S. 551 (2005).

do peso “esmagador” da opinião internacional contra a pena de morte juvenil. Ele argumentou que decisões estrangeiras, embora não controlem, fornecem respeitados e relevantes fundamentos para as conclusões da corte norte-americana. Observou, ainda, que:

*It does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom.*¹²⁰¹

Scalia, em voto vencido, objetou argumentando que o assentimento por outras nações e povos não deve ser o sustentáculo do compromisso da Suprema Corte dos Estados Unidos com os princípios nacionais, assim como a desaprovação por outras nações e povos não deve enfraquecer esse compromisso. Mencionando outros contextos em que a jurisprudência da corte difere da abordagem de tribunais estrangeiros, Scalia ponderou que recorrer ao direito estrangeiro quando ele está de acordo com o próprio pensamento e ignorá-lo quando não está não é uma tomada de decisão fundamentada, mas sofisma. E concluiu: “*What these foreign sources affirm' [...] is the Justices' own notion of how the world ought to be, and their diktat that it shall be so henceforth in America.*”¹²⁰²

Posteriormente, no caso *Graham v. Florida*,¹²⁰³ a Corte decidiu que violava a proibição da oitava emenda contra punições cruéis e incomuns¹²⁰⁴ a condenação de um menor de idade à prisão perpétua sem a possibilidade de

¹²⁰¹ “Não diminui nossa fidelidade à Constituição ou nosso orgulho de suas origens reconhecer que a afirmação expressa de certos direitos fundamentais por outras nações e povos simplesmente ressalta a centralidade desses mesmos direitos dentro de nossa própria herança de liberdade.” (Tradução livre)

¹²⁰² “O que afirmam essas fontes estrangeiras [...] é a própria noção dos *Justices* de como o mundo deveria ser, e seu decreto de que assim será na América.” (Tradução livre)

¹²⁰³ 130 S. Ct. 2011 (2010).

¹²⁰⁴ “Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns.” (CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: <https://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/reccida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023)

liberdade condicional por um crime que não fosse contra a vida. A decisão citou tratado internacional que proibia a imposição de prisão perpétua sem possibilidade de soltura por crimes cometidos por pessoas menores de dezoito anos. Embora a decisão da maioria tenha observado que não havia acordo internacional que vinculasse os Estados Unidos nesse tema, entendeu que a questão não estava na natureza vinculativa ou não do direito internacional, mas sim se a punição examinada pela Corte era compatível com sua interpretação atual da oitava emenda. Nesse campo, aliás, segundo informação de Rex Glensy, é onde ocorre o uso mais frequente do direito estrangeiro como autoridade persuasiva pela Suprema Corte dos EUA, tendo em vista a opinião internacional a respeito da aceitabilidade de determinada punição.¹²⁰⁵

Fica claro, portanto, que o crescente interesse da Suprema Corte dos EUA pelo transjudicialismo não é isento de críticas internas, baseadas em uma suposta afronta à democracia e à soberania do país, assim como na falta de coerência, método e contexto na referência a julgados estrangeiros.¹²⁰⁶ Na opinião de Scalia, o estudo comparativo seria útil como fonte de exemplo e experiência para, democraticamente, mudar as leis e a Constituição do país, mas não como forma de reinterpretar a Constituição.¹²⁰⁷

Tal abordagem, entretanto, não leva em conta que a comunicação transjudicial é via de mão dupla. Não se trata de apenas absorver e aplicar visões estrangeiras sobre questões de direito constitucional, em um papel estritamente passivo da corte. A participação no diálogo judicial transnacional não precisa ser um processo unidirecional no qual os tribunais simplesmente aplicam precedentes estrangeiros. O transjudicialismo possui natureza

¹²⁰⁵ GLENSY, Rex D. The use of international law in U.S. constitutional adjudication. 2011.

¹²⁰⁶ De acordo com Melissa Waters, as críticas não vêm só dos círculos judiciários e acadêmicos. Tramitava no Congresso norte-americano uma resolução segundo a qual decisões judiciais que envolvessem interpretação das leis nacionais não deveriam ser baseadas em fontes jurídicas estrangeiras (WATERS, Melissa A. The Supreme Court, constitutional courts and the role of international law in constitutional jurisprudence. 2004).

¹²⁰⁷ WATERS, Melissa A. The Supreme Court, constitutional courts and the role of international law in constitutional jurisprudence. 2004.

interdependente,¹²⁰⁸ em que não só o direito estrangeiro e o internacional podem influenciar e moldar o direito interno, mas, ao mesmo tempo, por meio da participação no diálogo, as cortes nacionais podem garantir que seus precedentes informem e moldem o desenvolvimento do direito estrangeiro e internacional.

Assim, em uma perspectiva mutuamente construída, a consideração de fontes jurídicas estrangeiras não significa deferência automática a decisões de outros tribunais. O que deve existir é um aprendizado mediante observações recíprocas entre os sistemas, devendo ser descartados tanto o modelo de “pseudouniversalismo internacionalista”, como “concepções provincianas estatistas” que desconsideram outras perspectivas sobre o mesmo problema.¹²⁰⁹ As cortes nacionais criam, nesse ambiente, uma nova identidade como mediadoras entre as normas internacionais e domésticas.

No que toca especificamente a decisões relacionadas ao meio ambiente, uma vez que a constituição federal norte-americana nada dispõe a esse respeito, raramente tal discussão alcança a Suprema Corte. Portanto, no contexto da Suprema Corte dos EUA, não é observado, grosso modo, um diálogo transjudicial relacionado a questões ambientais.

Nada obstante, o desenvolvimento de práticas jurídicas globais alinhadas com a dignidade humana oferece a perspectiva de uma trajetória similar no que diz respeito ao Meio Ambiente e à Sustentabilidade, possibilitando a disseminação desses princípios e valores fundamentais, mediante a adoção da mesma abordagem de progressiva harmonização jurisprudencial entre as esferas internacional e nacional. Esse rumo se torna especialmente crucial dada

¹²⁰⁸ WATERS, Melissa A. *The Supreme Court, constitutional courts and the role of international law in constitutional jurisprudence*. 2004.

¹²⁰⁹ ARAUJO, Luis Claudio Martins de. *Constitucionalismo transfronteiriço, direitos humanos e direitos fundamentais*. p. 97.

a urgente crise ambiental que a humanidade enfrenta, impondo a necessidade de sobrevivência coletiva.¹²¹⁰

Melissa Waters adverte, por outro lado, que a hesitação da Suprema Corte dos Estados Unidos em participar do diálogo transjudicial, particularmente em questões de direitos humanos, está contribuindo para um crescente isolamento e diminuição da sua influência, pois a tendência de olhar somente para dentro pode tornar os julgamentos das cortes norte-americanas cada vez menos relevantes internacionalmente. Julga ser “lamentável e desnecessário” esse declínio na influência da Suprema Corte dos EUA.¹²¹¹

Semelhantemente, a juíza aposentada da Suprema Corte dos EUA Sandra Day O'Connor já havia exortado os juízes norte-americanos a ampliarem seus horizontes intelectuais, enxergando além das fronteiras americanas em busca por fundamentação jurídica persuasiva. Ela destacou que, embora os juízes dos EUA tenham se tornado “mais introvertidos”, outros sistemas jurídicos continuam a inovar, experimentar e encontrar novas soluções para os novos problemas jurídicos que surgem a cada dia, com os quais podem aprender e se beneficiar.¹²¹²

Por outro lado, caso adotasse uma abordagem interdependente para o diálogo transjudicial, a Suprema Corte dos EUA poderia recuperar sua posição como uma corte constitucional influente no mundo, principalmente no que diz respeito à proteção dos direitos e garantias fundamentais.¹²¹³

4.4.4.2 Supremo Tribunal Federal

¹²¹⁰ SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **A possibilidade de harmonização dos sistemas jurídicos no plano do meio ambiente e da sustentabilidade pela via do transconstitucionalismo e transjusfundamentalidade**, p. 261.

¹²¹¹ WATERS, Melissa A. The Supreme Court, constitutional courts and the role of international law in constitutional jurisprudence. 2004.

¹²¹² HELFER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication. **Yale Law Journal**, vol. 107, p. 273, novembro, 1997.

¹²¹³ WATERS, Melissa A. The Supreme Court, constitutional courts and the role of international law in constitutional jurisprudence. 2004.

*I am certain that this publication is a relevant contribution to the constructive dialogue regarding the experience of constitutional jurisdiction in many nations.*¹²¹⁴

Foi assim que o presidente do STF da época, Ministro Luiz Fux, apresentou a segunda edição da coletânea de precedentes do Tribunal sobre a pandemia de Covid-19,¹²¹⁵ mostrando a importância que confere ao diálogo transjudicial entre cortes constitucionais.

Também o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sob a presidência do mesmo Ministro, instituiu o Programa Internacional “Visão Global do Poder Judiciário”, destinado a magistrados estrangeiros que tenham interesse em conhecer a realidade do judiciário nacional. Na linha da comunicação transjudicial, estão entre os objetivos do programa “propiciar o conhecimento mútuo das atividades dos tribunais, com enfoque no compartilhamento de boas práticas e soluções inovadoras nas áreas administrativas e judiciárias”; “estimular o conhecimento da realidade jurídica de outros países”; “apoiar o desenvolvimento de linhas de cooperação no campo da gestão e da atividade judiciária”; “estabelecer e fortalecer laços de amizade e parcerias com organismos e instituições do Sistema de Justiça mundial”; “dar visibilidade às práticas de sucesso que contribuem para a eficiência do Poder Judiciário brasileiro”; e “proporcionar a troca de experiências e informações entre os órgãos do Sistema de Justiça brasileiro e internacionais, promovendo o aperfeiçoamento, a modernização e a eficiência do Judiciário.”¹²¹⁶

¹²¹⁴ “Tenho certeza de que esta publicação é uma contribuição relevante para o diálogo construtivo sobre a experiência da jurisdição constitucional em muitas nações.” (Tradução livre)

¹²¹⁵ Supremo Tribunal Federal. **Case law compilation: Covid-19**. 2 ed. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/case_law_compilation_covid19_2.pdf . Acesso em: 20 jul. 2023.

¹²¹⁶ Resolução n. 411, de 23 de agosto de 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4074>. Acesso em: 20 jul. 2023.

A relevância do transjudicialismo no STF foi objeto de interessante pesquisa realizada por Luiz Magno Pinto Bastos Junior e Alini Bunn,¹²¹⁷ que buscou definir os padrões discursivos do Tribunal sobre o uso de precedentes estrangeiros no decorrer da argumentação judicial. A pesquisa teve por base os dados disponíveis no *site* institucional do STF,¹²¹⁸ analisando 123 acórdãos proferidos entre 1998 e 2008 que continham as seguintes expressões de busca: “decisão estrangeira citada”, “legislação estrangeira citada” e “direito comparado”. Os autores verificaram um incremento ao longo do tempo na utilização de argumentos de direito comparado pela corte, e que a imensa maioria dos ministros recorre a esta estratégia discursiva, em maior ou menor grau. As jurisprudências norte-americana e alemã foram as mais citadas, seguidas da portuguesa, espanhola e italiana, o que indicaria “a predileção da doutrina brasileira em ‘dialogar’ com os países centrais.” Concluíram também que “na grande maioria das citações, houve um mero reforço à argumentação (mera referência)”, como argumento de autoridade lançado “no âmbito dos textos das decisões sem um contexto, buscando-se dar um ‘ar mais nobre’ à decisão.” Desse modo isso, sugeriram que o precedente estrangeiro era normalmente utilizado para dar sustentação a uma decisão já tomada pelo julgador no âmbito do contexto normativo, sendo raramente citado no contexto fático. Por fim, deduziram os autores:

O que se pode afirmar é que o STF, assim como grande parte dos países de *civil law*, recorrem ao direito estrangeiro com certa licenciosidade, ou seja, eles cumprem uma função acessória na argumentação judicial empreendida pelos magistrados da Corte. Contudo, pode-se perceber uma tendência de maior abertura por parte do STF às considerações relativas ao direito estrangeiro. Fato este que pode ser verificado, tendo em vista que as decisões que mais citaram o elemento estrangeiro foram a partir de 2005. Dessa forma, pode-se dizer que, aos poucos, o elemento estrangeiro vem ganhando maior importância no âmbito nacional, o que aumenta as fontes de direito, fornece

¹²¹⁷ BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pintos; BUNN, Alini. Abertura e diálogo entre as cortes constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de direito comparado. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 3, p. 85-114, dez. 2017.

¹²¹⁸ Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 20 jul. 2023.

outras formas de resolução de conflitos, bem como, importa a internacionalização da prática judicial e do constitucionalismo.¹²¹⁹

Sem pretensão de alcançar a profundidade do estudo acima, mas utilizando parâmetros semelhantes de pesquisa (expressão de busca “decisão estrangeira citada” - no intuito de focar o transjudicialismo - em acórdãos publicados no *site* do STF nos últimos dez anos – 2013 a 2023), com acréscimo da expressão “direito ambiental” ou “direito ao meio ambiente”, foi possível chegar a um total de 14 acórdãos, 13 do plenário e 1 da primeira turma, nos quais o STF se valeu de jurisprudência estrangeira para tomada de decisão sobre tema relacionado ao meio ambiente.¹²²⁰

¹²¹⁹ BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pintos; BUNN, Alini. Abertura e diálogo entre as cortes constitucionais, 2017, p. 112.

¹²²⁰ Lista dos acórdãos em ordem decrescente da data de publicação (em parênteses, a indicação da corte de origem da citação): **1.** ADPF 708, relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgamento: 04/07/2022, publicação: 28/09/2022 (Suprema Corte canadense, Suprema Corte alemã e Corte Interamericana de Direitos Humanos); **2.** ADPF 748, relator(a): Min. ROSA WEBER, julgamento: 23/05/2022, publicação: 05/08/2022 (Corte Interamericana de Direitos Humanos); **3.** ADPF 749, relator(a): Min. ROSA WEBER, julgamento: 14/12/2021, publicação: 10/01/2022 (Corte Interamericana de Direitos Humanos); **4.** ADPF 747, relator(a): Min. ROSA WEBER, julgamento: 14/12/2021, publicação: 10/01/2022 (Corte Interamericana de Direitos Humanos); **5.** RE 654833 (Repercussão Geral - tema 999), relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgamento: 20/04/2020, publicação: 24/06/2020 (Corte Interamericana de Direitos Humanos); **6.** ADC 42, relator(a): Min. LUIZ FUX, julgamento: 28/02/2018, publicação: 13/08/2019 (Suprema Corte dos EUA e Corte Interamericana de Direitos Humanos); **7.** ADI 4269, relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgamento: 18/10/2017, publicação: 01/02/2019 (Suprema Corte dos EUA); **8.** ADI 3470, relator(a): Min. ROSA WEBER, julgamento: 29/11/2017, publicação: 01/02/2019 (Suprema Corte dos EUA, Corte Constitucional alemã e Tribunal Federal de Apelação do 5º Circuito dos EUA); **9.** ADI 3937, relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, redator(a) do acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, julgamento: 24/08/2017, publicação: 01/02/2019 (Suprema Corte dos EUA e Tribunal Federal de Apelação do 5º Circuito); **10.** ADI 4066, relator(a): Min. ROSA WEBER; julgamento: 24/08/2017, publicação: 07/03/2018 (Corte Constitucional alemã, Tribunal de Justiça Europeu; Suprema Corte da Índia, Tribunal Federal de Apelação do 5º Circuito dos EUA e Tribunal Constitucional português); **11.** ADI 4983, relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgamento: 06/10/2016, publicação: 27/04/2017 (Suprema Corte da Índia, Corte Constitucional da Colômbia, Conselho Constitucional francês, Corte Constitucional austríaca, Tribunal Constitucional alemão e Suprema Corte israelense); **12.** RE 627189 (repercussão geral), relator(a): Min. DIAS TOFFOLI; julgamento: 08/06/2016, publicação: 03/04/2017 (Tribunal de Justiça da União Europeia); **13.** RE 548181 (Primeira Turma), relator(a): Min. ROSA WEBER, julgamento: 06/08/2013, publicação: 30/10/2014 (Suprema Corte dos EUA e Primeira Corte de Apelações Federais dos Estados Unidos); **14.** ADI 1842, relator(a): Min. LUIZ FUX, redator(a) do acórdão: Min. GILMAR MENDES, julgamento: 06/03/2013, publicação: 16/09/2013 (Tribunal Europeu de Direitos Humanos).

A pesquisa confirmou as tendências observadas por Bastos Junior e Bunn: aumento no uso de material estrangeiro (9 dos 13 acórdãos foram publicados nos últimos 5 anos); mais referências a fontes legislativas do que a precedentes, possivelmente em razão da tradição brasileira no sistema de *civil law*; ausência de diferenciação entre direito internacional e direito estrangeiro (ao lado de citações de tribunais nacionais e supranacionais, há referências à Corte Interamericana de Direitos Humanos e ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos); citações mais frequentes de tribunais de países desenvolvidos, como Alemanha, Canadá, Portugal, França, Áustria, Israel e Estados Unidos (quanto a este, único em que citado tribunal de segunda instância), embora se perceba um crescimento no uso de fontes provenientes de países em desenvolvimento, como Índia e Colômbia.

Dentre os acórdãos encontrados, seis têm especial relevância para a tese: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 42, que analisou a constitucionalidade de dispositivos do Novo Código Florestal (Lei n. 12.651/12); as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) n. 747, 748 e 749, que analisaram a constitucionalidade da Resolução 500/2020 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA); a ADPF n. 708, na qual se discutiu uma suposta inoperância do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima) nos anos de 2019 e 2020; e o RE 654833, que tratou da imprescritibilidade da pretensão de reparação civil de dano ambiental.

A ADC n. 42 e as ADPFs n. 747, 748 e 749 serão objeto de análise pormenorizada no próximo capítulo.

Quanto à ADPF n. 708, no julgamento finalizado em 01/07/2022, o STF fixou a seguinte tese:

O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CRFB, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CRFB, art. 5º, par. 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CRFB, art. 2º c/c art. 9º, par. 2º, LRF).

Em seu voto, o Ministro relator, Luís Roberto Barroso, afirmou que os "tratados sobre direito ambiental constituem espécie do gênero tratados de direitos humanos e desfrutam, por essa razão, de status supranacional".

Na opinião de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, o STF, a partir dessa decisão, ingressou em um diálogo com os recentes precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre questões ambientais, como a Opinião Consultiva nº 23/2017 sobre Meio Ambiente e Direitos Humanos e o caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, de 2020. Além disso, o STF atribuiu aos tratados internacionais sobre questões ambientais o mesmo *status* e hierarquia normativa especial que os tratados internacionais de direitos humanos em geral possuem, ou seja, uma hierarquia "supralegal".¹²²¹

O voto citou ainda precedente do Tribunal Constitucional Federal alemão, no caso *Neubauer e Outros v. Alemanha*, julgado em 2021. Nessa decisão, a Corte alemã concluiu que as medidas tomadas pelo governo em resposta à crise climática eram insuficientes e necessitavam de aperfeiçoamento. O Tribunal reconheceu que a Lei Federal sobre Proteção Climática de 2019 violava os "deveres estatais de proteção ambiental e climática", pois distribuía de maneira desigual o ônus das restrições aos direitos fundamentais, especialmente o direito à liberdade, entre as gerações presentes e as gerações futuras mais jovens.

Já no RE 654833, que teve reconhecida repercussão geral da questão constitucional debatida, o STF fixou tese (tema 999), segundo a qual "É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental". Para chegar a essa conclusão, o Ministro relator, Alexandre de Moraes, ao considerar os efeitos prolongados dos desastres ambientais, citou julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso do Povo Indígena *Kichwa de Sarayaku*, em que o

¹²²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Guardian of the Amazon On the Brazilian Supreme Court's "Climate Fund Case" Decision. **Verfassungsblog on Matters Constitutional**. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/guardian-of-the-amazon/> . Acesso em: 20 jul. 2023.

Equador havia permitido a extração de petróleo no território da comunidade, sem sua prévia autorização. Baseado na decisão da Corte Interamericana, o Ministro salientou que, “embora a comunidade indígena seja diretamente afetada, o impacto ambiental se dirige à toda sociedade. E, muitas vezes, seus efeitos só serão percebidos anos depois”.

De todo modo, considerando que se trata de um tema caro à humanidade, e que envolve interdependência e solidariedade entre os povos, percebe-se um uso ainda tímido de fontes estrangeiras pelo STF, mais voltado ao reforço argumentativo. Existe de fato espaço para o incremento do diálogo transjudicial em assuntos relacionados ao meio ambiente, projetando o aperfeiçoamento da tomada de decisão e do cumprimento das medidas judiciais de controle e prevenção. É necessário, contudo, que a “conversa” envolva diversos pontos de vista, experimentados em realidades distintas, para se obter um diálogo de qualidade, o que, no contexto do transjudicialismo, significa admitir a contribuição de variadas nações.

Capítulo 5

ESTUDOS DE CASOS RELACIONADOS A QUESTÕES AMBIENTAIS SOB A PERSPECTIVA DO PRAGMATISMO JURÍDICO

“Em um mundo perfeito, os réus enfrentariam a justiça; no nosso mundo, enfrentam um sistema ruidoso”.¹²²²

Após examinar os aspectos relevantes da jurisdição ambiental, concentrando-se na proteção do meio ambiente nas esferas constitucional e legislativa no Brasil e nos Estados Unidos, o próximo passo é estabelecer uma conexão com a filosofia jurídica discutida nos capítulos anteriores, por meio da análise de decisões judiciais no contexto ambiental, sob a perspectiva do pragmatismo jurídico.

A intenção é identificar casos emblemáticos de questões ambientais que foram decididos pela Suprema Corte dos Estados Unidos, os quais possam ter alguma correlação com situações similares no Brasil, e que apresentem elementos para uma análise pragmática.

Afinal, é sobre o Poder Judiciário que recai a responsabilidade de resolver disputas relacionadas ao desempenho das agências governamentais e à distribuição equitativa de direitos e obrigações, tanto no âmbito da *common law* como no âmbito da legislação editada pelos órgãos competentes (*statutory law*).

¹²²² KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído: Uma falha no julgamento humano**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021, p. 80.

Ao lidar com normas ambientais específicas, o juiz deve interpretar seu significado e aplicá-lo ao caso em questão. As leis, no entanto, podem ser ambíguas devido a deliberações políticas e diferenças ideológicas nas instâncias legislativas. Cabe ao julgador, nesse caso, a análise de precedentes, do histórico legislativo e da motivação subjacente àquela determinada norma.

Além disso, quando a questão alcança a esfera judicial, são os juízes que avaliam e prescrevem condutas. Na Suprema Corte, o que conta, segundo William J. Brennan Jr., é *The Rule of Five* (“a regra de cinco”), ou “a regra de seis”, no cenário brasileiro.¹²²³ Ainda que a ciência seja relevante no processo interpretativo das normas ambientais e que a busca pela verdade científica seja importante em uma disputa relacionada ao meio ambiente, o caráter das decisões sociais e políticas não se altera ante a possibilidade de que a decisão esteja baseada em fatos científicos. É preciso reconhecer que as partes procuram produzir as provas necessárias para substanciar seu ponto de vista, todavia, seu objetivo não é necessariamente chegar à verdade científica, ecológica ou ambiental, mas, em última instância, vencer a ação, convencer o juiz de que um lado está legalmente, não cientificamente, correto.¹²²⁴

Do mesmo modo, pela ótica do julgador, as decisões são muitas vezes exercícios retóricos, igualmente elaborados para convencer o leitor, não só para alcançar a “verdade”.¹²²⁵ O pragmatismo é autêntico em admitir isso, e sua franqueza é uma das suas principais virtudes. Eis o caráter antifundacionalista do ecopragmatismo.

¹²²³ Richard Lazarus conta que William J. Brennan Jr., *Associate Justice* na Suprema Corte dos EUA entre 1956 e 1990, costumava reunir seus novos assessores e perguntar qual era a regra mais importante do direito constitucional. Após ouvir várias eloquentes respostas, Brennan respondia que a regra mais importante era a *Rule of Five*, isto é, a necessidade de cinco votos para garantir a maioria necessária para uma decisão da Suprema Corte. (LAZARUS, Richard J. **The Rule of Five**: making climate history at the Supreme Court. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2020, posição 3140. Edição do Kindle)

¹²²⁴ HOBAN, Thomas More; BROOKS, Richard Oliver. **Green Justice**: the environment and the courts. p. 14.

¹²²⁵ HOBAN, Thomas More; BROOKS, Richard Oliver. **Green Justice**: the environment and the courts, p. 17.

Nessa linha, as decisões a seguir ilustram a relação complexa entre valores concorrentes e, por vezes, conflitantes, que caracterizam o direito ambiental, assim como as formas pelas quais os juízes são obrigados a lidar com esses valores, trazendo suas próprias experiências, competências e até mesmo vieses ao abordar essas questões. A intenção da pesquisa não é avaliar o acerto ou erro das decisões com base no direito positivo de cada país, mas verificar se foram utilizados fundamentos de natureza pragmática para se chegar ao resultado.

É recomendável, nesse aspecto, adotar uma abordagem de estudo de casos para compreender os fundamentos subjacentes às decisões judiciais. Busca-se evitar simplificações e críticas infundadas, que são frequentemente expressas por meio de chavões direcionados a qualquer um dos lados ("poluidores" ou "eco-chatos"), pois se reconhece que os valores individuais e coletivos desempenham um papel significativo na complexidade dos problemas ambientais. Ao examinar os esforços judiciais em resolver esses casos, é possível obter uma melhor compreensão dos problemas e buscar soluções eficazes.

A seleção dos casos orientou-se por três categorias principais, que abrangem elementos importantes para o pragmatismo: 1) regulação estatal; 2) análise de custo-benefício ou imposição da "melhor tecnologia disponível" (*best available technology* - BAT); e 3) possíveis conflitos entre proteção do meio ambiente e desenvolvimento econômico.

Optou-se por selecionar três casos de cada país, nos quais existam paralelos relevantes, sem deixar de mencionar outros julgamentos importantes ao longo do texto. Essa escolha minuciosa visa a fornecer uma visão abrangente das questões discutidas e explorar a diversidade de situações em que os princípios pragmáticos foram aplicados.

O roteiro de estudo englobará 1) um breve histórico do litígio, os pontos controvertidos e o que foi decidido pela corte inferior, quando for o caso; 2) os principais fundamentos da decisão da Suprema Corte; 3) o motivo por que é considerado importante para o desenvolvimento do direito ambiental no

respectivo país; e, por fim, 4) a análise da existência ou não de fundamentos pragmáticos para alcançar o resultado.

5.1 ESTUDOS DE CASOS NOS EUA

5.1.1 *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council (NRDC), Inc.*¹²²⁶

O caso *Chevron v. NRDC* é um marco na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e teve um impacto significativo no direito ambiental e administrativo do país. A ação envolveu o uso do conceito de "bolha" pela Agência de Proteção Ambiental norte-americana (*Environmental Protection Agency - EPA*) sob a "Lei do Ar Limpo" (*Clean Air Act - CAA*) para regular as emissões de poluentes pelo setor industrial.

Antes de 1977, a EPA aplicava o conceito de "bolha" na definição de "fonte estacionária"¹²²⁷, permitindo que todas as emissões de poluentes dentro de uma única instalação fossem tratadas como se estivessem encapsuladas em uma única bolha. Em suma, o conceito de bolha permitia que os reguladores estabelecessem um limite geral de emissões para toda a planta industrial, em vez de regular cada fonte de emissão separadamente. A indústria poderia evitar controles adicionais, desde que qualquer aumento nas emissões fosse compensado por reduções em outras partes da planta.

Em 1980, a EPA alterou sua abordagem, abandonando o conceito de bolha. A nova regulamentação tornou o cumprimento mais difícil pelo setor industrial, reduzindo a flexibilidade nas instalações, porém com êxito quanto à meta de redução da poluição. As alterações normativas impuseram, também, obrigações específicas aos estados que não atendessem aos padrões nacionais de qualidade do ar estabelecidos pela EPA. Isso incluiu a exigência de que os estados em "não conformidade" estabelecessem um programa de licenciamento

¹²²⁶ 467 U.S. 837 (1984).

¹²²⁷ Na definição da CAA, o termo 'fonte estacionária' significa qualquer edifício, estrutura, empreendimento ou instalação que emita ou possa emitir qualquer poluente do ar. No original: "The term 'stationary source' means any building, structure, facility, or installation which emits or may emit any air pollutant." (42 U.S.C. §7411 (a) (3)).

para regular as fontes estacionárias principais, novas ou modificadas, de poluição atmosférica. Em regra, uma licença não poderia ser concedida para essas fontes, a menos que condições rigorosas fossem cumpridas.

Em 1981, porém, a EPA voltou à abordagem original de "bolha" em toda a planta industrial, e editou novas regulamentações sobre licenciamento, permitindo que um estado adotasse uma definição ampla do termo "fonte estacionária". Isso significava que uma planta industrial que tivesse vários dispositivos emissores de poluição poderia instalar ou modificar equipamentos sem cumprir as condições de licenciamento, desde que a alteração não aumentasse as emissões totais da planta. Esta alteração permitia que um estado tratasse todos os dispositivos emissores de poluição dentro do mesmo agrupamento industrial como se estivessem encapsulados em uma única bolha.

Essa nova regulamentação foi contestada por órgãos de proteção ambiental, entre eles *National Resources Defense Council, Inc.*, *Citizens for a Better Environment, Inc.*, e *North Western Ohio Lung Association, Inc.*, que se insurgiram contra a medida da EPA por meio de pedido de revisão à Corte de Apelações do Distrito de Columbia. A Corte anulou as regulamentações da EPA sobre o conceito de bolha, considerando-as contrárias à lei. Embora tenha reconhecido que as alterações legais não definiam explicitamente o que o Congresso entendia como fonte estacionária sujeita ao programa de licenciamento, e que a questão não havia sido abordada diretamente durante o processo legislativo, a Corte de Apelações concluiu que, considerando o propósito do programa de melhorar, e não apenas manter, a qualidade do ar, uma definição ampla era inadequada.

Houve, então, pedido de revisão (*writ of certiorari*) à Suprema Corte dos EUA,¹²²⁸ onde os petionários *Chevron U.S.A. Inc.*, *American Iron and Steel*

¹²²⁸ O *writ of certiorari* é um mandado emitido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, a pedido de uma das partes, a fim de revisar um caso decidido por um tribunal inferior, como um tribunal de apelação federal ou um tribunal estadual de última instância. A Suprema Corte tem poder discricionário de decidir quais casos irá revisar e nem sempre explica por que decidiu revisar ou recusou ouvir um caso. O deferimento deve ter a concordância de pelo menos quatro *Justices* e só é concedido por "razões especiais e importantes". O fato de considerarem a decisão "errônea" não é uma dessas razões. (FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to**

Institute, American Petroleum Institute, Chemical Manufacturers Association, Inc., General Motors Corp. e Rubber Manufacturers Association foram autorizados a intervir no processo e argumentar em favor da regulamentação.

Na análise do recurso, a Suprema Corte precisou lidar com a questão de como equilibrar a obrigação legal de garantir a conformidade com os padrões de qualidade do ar com a importância de promover o desenvolvimento econômico dos estados. Seis Ministros (*Justices*) votaram no julgamento e, de forma unânime, decidiram reverter a decisão do tribunal de origem. A opinião da Corte foi redigida pelo *Justice* John Paul Stevens,¹²²⁹ que considerou que a definição abrangente adotada pela EPA da expressão "fonte estacionária" era uma interpretação admissível da lei, baseando-se, em síntese, nos seguintes argumentos:

(a) Quando uma agência reguladora interpreta uma lei sobre tema de sua competência, a respeito da qual o Congresso não se manifestou diretamente, a revisão judicial se concentra em determinar se a resposta da agência é baseada em uma interpretação admissível da lei;

the Legal System of the United States. 4. ed. Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 49. Edição do Kindle). Embora a Corte receba entre 6 e 8 mil pedidos de revisão por ano, os *Justices* concordam em ouvir apenas entre 65 e 75 desses casos. (LAZARUS, Richard J. **The Rule of Five: making climate history at the Supreme Court.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2020, posição 1910. Edição do Kindle).

¹²²⁹ Diferentemente do Brasil, onde o processo é distribuído a um Ministro relator assim que ingressa no Tribunal, na Suprema Corte dos EUA o redator da decisão (*opinion*) é escolhido pelo *Justice* mais antigo dentre a maioria vencedora. Se o Presidente da Corte, chamado *Chief Justice*, está entre a maioria, cabe a ele escolher quem redigirá a decisão, podendo ele mesmo se autodesignar. Nada impede, contudo, que outros *Justices* redijam seus votos, concordando ou discordando da opinião da maioria (*concurring opinion* ou *dissenting opinion*). (ROSS, Karen M. **Essential Legal English in Context: Understanding the Vocabulary of U.S. Law and Government,** p. 146. Edição do Kindle). Richard Lazarus aponta o caráter pragmático dessa escolha: "Há muitas maneiras possíveis de escrever uma opinião que confirme ou reverta a decisão de um tribunal inferior. Ela pode ser escrita de forma reduzida, estabelecendo poucos precedentes que possam guiar casos futuros. Ou pode ser escrita de forma ampla, potencialmente estabelecendo precedentes abrangentes que afetem casos futuros por décadas. Como um ex-juiz da Suprema Corte afirmou, 'Se o Presidente da Suprema Corte atribui a redação da opinião da corte ao Juiz A, pode sobrevir um enunciado de profundas consequências. Se ele atribui a redação ao Juiz B, a opinião da corte pode ter uma consequência limitada'." (LAZARUS, Richard J. **The Rule of Five: making climate history at the Supreme Court.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2020, posição 4068, Edição do Kindle. Tradução livre).

(b) A análise da legislação e do processo legislativo apoia a conclusão da Corte de Apelações de que o Congresso não tinha uma intenção específica em relação à aplicabilidade do conceito de bolha nesses casos;

(c) A história legislativa das alterações feitas em 1977, que trata das questões de "não conformidade", revela claramente que, por meio do programa de licenciamento, o Congresso buscou conciliar o conflito entre o interesse de crescimento econômico contínuo e o interesse ambiental em melhorar a qualidade do ar;

(d) Antes das alterações de 1977, a EPA utilizava uma definição abrangente do termo "fonte", mas em 1980 a agência adotou regulamentações que, essencialmente, aplicavam o mesmo raciocínio da Corte de Apelações, obstando o uso do conceito de "bolha" nos programas estaduais de "não conformidade" destinados a melhorar a qualidade do ar. No entanto, quando um novo governo assumiu em 1981, a EPA, ao promulgar as regulamentações contestadas, reavaliou os vários argumentos apresentados em relação à definição adequada do termo "fonte" e concluiu que o termo deveria ter uma definição abrangente nas áreas de "não conformidade";

(e) Uma análise minuciosa dos termos gerais do texto alterado não revela qualquer intenção clara do Congresso em relação a essa questão. A linguagem normativa parece ampliar, e não limitar, o alcance do poder da EPA para regular fontes específicas a fim de cumprir os objetivos da lei. Além disso, a história legislativa é consistente com a ideia de que a EPA deve ter flexibilidade na implementação das políticas ambientais. A definição abrangente está em conformidade com o objetivo de permitir um crescimento econômico equilibrado, e a EPA apresentou uma explicação razoável para sua conclusão de que as regulamentações também servem aos objetivos ambientais. O fato de a EPA ter mudado sua interpretação do termo "fonte" ao longo do tempo não significa que sua interpretação da lei não deva ser levada em consideração. Uma agência, ao formular regras, deve continuamente considerar interpretações variadas e agir com discernimento. O julgamento político a respeito do conceito de bolha deve ser feito por legisladores ou administradores, não por juízes. A interpretação da

lei pela EPA representa um equilíbrio razoável entre interesses manifestamente conflitantes e merece deferência.

Em seu voto, *Justice Stevens* estabeleceu a conhecida fórmula de dois passos (*two-step analysis*) para a revisão judicial da interpretação de uma agência a respeito de uma lei sobre a qual tem atribuição regulatória. No primeiro passo, a corte revisora deve utilizar as ferramentas tradicionais de interpretação para decidir se o Congresso abordou o assunto em questão. Se a intenção do Congresso for evidente, incumbe à corte simplesmente fazer valer essa vontade. Mas se o Congresso não abordou o assunto, ou se sua intenção não é clara, a corte revisora passa para o segundo passo, em que decide se a interpretação da agência reguladora foi uma construção "admissível" ou "razoável" da lei. Se a interpretação atender a esse critério, o Poder Judiciário deve mantê-la.

Como, no caso *Chevron*, a Suprema Corte entendeu que o Congresso não se pronunciou explicitamente sobre a definição de "fonte" em toda a planta industrial, e que a abordagem da EPA sobre "bolha" foi uma interpretação razoável da lei, o recurso foi provido, validando, assim, a regulamentação administrativa.

De acordo com Jonathan Cannon¹²³⁰, no contexto norte-americano, *Chevron* é o caso mais citado em direito administrativo, e estava a caminho de se tornar o caso mais citado de todos os tempos.¹²³¹ É comum se esquecer, entretanto, que é um caso originalmente de direito ambiental, envolvendo a interpretação de norma de proteção ao meio ambiente.¹²³²

¹²³⁰ CANNON, Jonathan Z. **Environment in the balance**: the green movement and the Supreme Court, p. 110. Edição do Kindle.

¹²³¹ Conforme dados trazidos por Thomas Cull, desde a decisão em 1984, o caso *Chevron* já foi citado mais de 86.000 vezes, incluindo cerca de 16.000 decisões judiciais subsequentes, 47.000 petições e 20.000 artigos acadêmicos e fontes secundárias, o que demonstra sua força no direito norte-americano (CULL, Thomas M. *Chevron under siege: the future of Chevron deference in Congress and the Courts*. **South Carolina Lawyer**, vol. 30, p. 26, maio, 2019).

¹²³² Richard Lazarus conta que até a década de 1970 temas relacionados ao meio ambiente não possuíam a mesma relevância de hoje. Até mesmo os assessores dos juízes da Suprema Corte na época do julgamento de *Chevron* pareciam não ter predileção pelas leis ambientais. Documentos do *Justice Marshall* contêm uma anotação de um assessor sobre um caso relacionado à *Clean Air Act*, que diz: "*This certainly qualifies as the most boring this Term. I'm*

De todo modo, o caso *Chrevron* se tornou amplamente conhecido por seu impacto no direito administrativo. Ele estabeleceu o papel dos tribunais na interpretação de regulamentos editados por agências administrativas como a EPA. A Suprema Corte, em sua decisão, estabeleceu o que é hoje conhecido como princípio ou doutrina *Chevron*, segundo a qual, quando uma lei é omissa, obscura ou ambígua em relação a uma questão específica, os tribunais devem ceder a uma interpretação razoável feita pela agência responsável pela implementação da lei.

Além disso, *Chevron* foi o primeiro caso da Suprema Corte a marcar a mudança em direção a mecanismos de mercado na regulação ambiental. O conceito de "bolha" representava uma forma rudimentar de *cap-and-trade*,¹²³³ buscando alcançar o controle da poluição de maneira mais rápida e econômica, ao permitir flexibilidade dentro de uma instalação industrial, com a manutenção dos limites gerais de emissão de poluentes.¹²³⁴

O caso também teve implicações culturais e ideológicas. Os ambientalistas expressaram preocupações de que os mecanismos de mercado,

sure it's not Justice Stevens' fault" ("Isso certamente se qualifica como o mais entediante deste período. Tenho certeza de que não é culpa do Juiz Stevens" – tradução livre). Um memorando dessa época de um dos assessores do *Justice Blackmun* confirma o sentimento: "*I don't know what to advise you about these petitions. The clerks all call them 'those horrible EPA cases'*" ("Não sei o que aconselhar sobre essas petições. Os assessores chamam todas elas de 'aqueles casos horríveis da EPA'" – tradução livre) (LAZARUS, Richard J.; HOUCK, Oliver A. **Environmental Law Stories**. Nova York: Foundation Press, 2005, p. 195. Edição do Kindle)

¹²³³ *Cap-and-trade* (ou "limite e comércio", em tradução livre) é um sistema de regulação ambiental que busca controlar as emissões de gases de efeito estufa (GEE) e combater as mudanças climáticas. É um mecanismo baseado no estabelecimento de um limite máximo (*cap*) para as emissões de GEE e na criação de um mercado (*trade*) de permissões de emissão. De acordo com Cannon, "Os mecanismos de mercado permitem que cada fonte de poluição decida quanto irá reduzir a poluição com base nos custos de redução. Em programas de *cap-and-trade*, por exemplo, um limite define as emissões totais permitidas para uma área (um estado ou uma região, por exemplo), as permissões de emissão são atribuídas às fontes dentro da área de acordo com o limite, e essas fontes podem comprar e vender permissões de emissão a um preço estabelecido por um mercado de permissões. Nesse sistema, as fontes para as quais a redução da poluição é relativamente barata reduzirão mais do que as fontes para as quais é relativamente cara. Em teoria, pelo menos, dispositivos de flexibilidade como esse produzem a alocação mais eficiente em termos de custos para qualquer meta de redução." (CANNON, Jonathan Z. **Environment in the balance: the green movement and the Supreme Court**, p. 110. Edição do Kindle. Tradução livre)

¹²³⁴ CANNON, Jonathan Z. **Environment in the balance: the green movement and the Supreme Court**, p. 111. Edição do Kindle.

como o conceito de "bolha", concediam à indústria uma espécie de licença ou direito de poluir, bem como atribuíam valor monetário a recursos ambientais que antes não eram precificados ou comercializados. Essas objeções questionavam a ideia de tratar o meio ambiente como uma mercadoria e levantavam questões sobre o tipo de sociedade que se deveria construir.¹²³⁵

Em geral, *Chevron* foi importante para esclarecer a relação entre o Judiciário, o Congresso e as agências administrativas na interpretação de leis e implementação de regulamentações. Reconheceu-se a autoridade das agências em adotar interpretações razoáveis e enfatizou-se a importância da flexibilidade e eficiência na regulação ambiental.

Recentemente, no entanto, a decisão no caso *Chevron* começou a enfrentar críticas de alguns juízes da Suprema Corte, do Congresso e do meio acadêmico. Os críticos argumentavam que a doutrina *Chevron* interfere nas funções essenciais do Poder Judiciário, pois, embora a deferência às interpretações das agências não seja algo novo, o precedente acabou transferindo atribuições do Judiciário para o Executivo, ao permitir que, na prática, as agências criem efetivamente leis e suplantem papel que é próprio do Judiciário, em violação ao princípio da separação de poderes.¹²³⁶

Para essa corrente, se fosse intenção do legislador que as agências tivessem atribuição de intérprete primordial das leis, caberia ao Poder Legislativo lhes conceder essa autoridade. Em outros termos, embora seja responsabilidade fundamental do Poder Judiciário interpretar as leis, se o Congresso assim determinasse, a definição da lei poderia depender do que as agências afirmam. Como não há essa delegação pelo Congresso, não lhes cabe esse papel.¹²³⁷

¹²³⁵ CANNON, Jonathan Z. **Environment in the balance**: the green movement and the Supreme Court, p. 116. Edição do Kindle.

¹²³⁶ CULL, Thomas M. Chevron under siege: the future of Chevron deference in Congress and the Courts. **South Carolina Lawyer**, vol. 30, p. 26, maio, 2019.

¹²³⁷ SUNSTEIN, Cass R. Chevron as law. **Georgetown Law Journal**, vol. 107, p. 1613, 2019.

Justice Clarence Thomas é um dos principais críticos da doutrina *Chevron*, como se percebe de voto proferido no caso *Michigan v. EPA*, de 2015.¹²³⁸ Nesta ação, a Suprema Corte dos Estados Unidos analisou se a EPA deveria ter considerado os custos associados à regulamentação das emissões de mercúrio e outros poluentes tóxicos provenientes de usinas de energia. Por uma apertada maioria de 5 a 4, a Corte entendeu que, a despeito da deferência à interpretação dada na esfera administrativa, a EPA deveria ter levado em conta os custos ao decidir sobre a necessidade de regulamentação. O voto vencedor, redigido por Antonin Scalia, declarou que a EPA, ao não considerar tais custos, interpretou de forma irrazoável a *Clean Air Act*.

Em voto concorrente, Clarence Thomas foi além. Em sua opinião, a doutrina *Chevron* contrariou a ordem constitucional ao conferir às agências a impressão de que é sua atribuição legislar sob o disfarce de interpretar leis. Os juízes, em sua visão, cederam indevidamente a essa transferência de poder, o que violava a diretiva constitucional dada ao Poder Judiciário.

Em 2024, essa corrente se tornou maioria e, no julgamento do caso *Loper Bright Enterprises et al. v. Raimondo, Secretary of Commerce, et al.*¹²³⁹, a doutrina *Chevron* foi revogada.¹²⁴⁰

Cass Sunstein já havia criticado essa possibilidade, alertando que a revogação poderia causar caos a curto prazo e aumentar a influência das

¹²³⁸ 576 U.S. 743 (2015).

¹²³⁹ 603 U.S. ____ (2024).

¹²⁴⁰ Em 28 de junho de 2024, a Suprema Corte dos EUA decidiu que a Lei de Processo Administrativo (*Administrative Procedure Act* – APA) exige que os juízes exerçam seu julgamento independente ao decidir se uma agência agiu dentro de sua competência legal, e os juízes não podem deferir à interpretação de uma agência simplesmente porque a lei é ambígua. O placar foi 6 a 3 a favor da revogação da doutrina *Chevron*. *Chief Justice* Roberts redigiu a opinião da Corte. A decisão reafirmou a responsabilidade do Judiciário de interpretar leis de forma independente, conforme estabelecido na Constituição e codificado pela APA. A Corte destacou que, historicamente, os tribunais respeitavam, mas não se vinculavam às interpretações do Poder Executivo. A doutrina *Chevron*, ao presumir uma delegação implícita de poder interpretativo às agências, foi considerada equivocada, pois impõe que os juízes abdicuem de sua obrigação constitucional. Segundo a decisão, a expertise técnica das agências e o desejo de uniformidade não justificam a presunção abrangente de deferência. A revogação de *Chevron* não altera decisões anteriores fundamentadas nela, que permanecem sujeitas ao *stare decisis*, mas reafirma a independência judicial na interpretação das leis.

preferências políticas dos juízes. Segundo Sunstein, desde que a decisão fosse vista como uma resposta às instruções do Congresso, não violaria a Constituição. Ele argumentava que é correto insistir que cabe aos juízes, e não às agências, decidir se as leis têm ambiguidades e se delegam o poder de interpretação. No primeiro passo da fórmula Chevron, os tribunais deveriam continuar a afirmar sua autoridade. No segundo passo, interpretações irrazoáveis deveriam ser rejeitadas, independentemente das escolhas políticas das autoridades competentes.¹²⁴¹ Afinal, quem decide o que é ou não razoável é o próprio Poder Judiciário.

Por outro lado, para Posner, a distância entre juízes e políticos é menor do que a imagem formal do Judiciário sugere, uma vez que os juízes também participam da formulação de políticas, não se limitando a um processo dedutivo. Nesse aspecto, a decisão da Suprema Corte no caso *Chevron* teve natureza eminentemente pragmática ao destacar a interseção entre o raciocínio jurídico e o prático. Com efeito, ainda que o preenchimento de lacunas na lei seja essencialmente uma questão interpretativa de competência do Judiciário, a Suprema Corte entendeu que tais lacunas podem ser preenchidas pelas agências reguladoras, uma vez que exigem um julgamento político, e as agências são especialistas nesse campo. A Corte reconheceu que a interpretação da lei em situações de autêntica ambiguidade envolve a formulação de julgamentos políticos, e não apenas um raciocínio jurídico distinto.¹²⁴²

Segundo Posner, o pensador do direito que se libertou da “gaiola do pensamento formalista” levará em consideração, ao decidir uma questão, as consequências que uma pessoa comum enfrentaria ao analisar a controvérsia, da mesma forma que um juiz avaliaria a razoabilidade de um comportamento em um caso específico. Nessa situação, o uso da palavra “razoável” para descrever

¹²⁴¹ SUNSTEIN, Cass R. *Chevron as law*. **Georgetown Law Journal**, vol. 107, p. 1613, 2019.

¹²⁴² POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, p. 57.

a meta do adjudicador pragmático “pretende em parte estreitar o abismo percebido entre decisões sobre questões de lei e outros tipos de decisão”.¹²⁴³

De fato, ao buscar a harmonia política e a sabedoria prática em vez da pureza ideológica, *Chevron* permitiu o surgimento de relativa estabilidade em um campo do direito que, de outra forma, estaria sujeito a conflitos teóricos por vezes inconciliáveis. Em vez de favorecer teorias específicas de direito administrativo, *Justice Stevens* expressou apoio a diversas teorias, argumentando que a deferência administrativa poderia ser justificada por várias razões que se sobrepõem. Esse consenso pragmático na interpretação legal permitiu que indivíduos com perspectivas diversas concordassem em deferir às agências reguladoras a interpretação e o preenchimento de lacunas na lei.¹²⁴⁴

Nessa linha, expôs o voto de Stevens:

*Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government. Courts must, in some cases, reconcile competing political interests, but not on the basis of the judges' personal policy preferences. In contrast, an agency to which Congress has delegated policymaking responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration's views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this political branch of the Government to make such policy choices -- resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities.*¹²⁴⁵

¹²⁴³ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**, p. 58.

¹²⁴⁴ CRIDDLE, Evan J. *Chevron's consensus*. **Boston University Law Review**, vol. 88, p. 1271, dezembro, 2008.

¹²⁴⁵ “Juizes não são especialistas na área e não fazem parte de nenhum dos ramos políticos do governo. Em alguns casos, os tribunais devem conciliar interesses políticos concorrentes, mas não com base nas preferências pessoais dos juizes. Em contraste, uma agência à qual o Congresso delegou responsabilidades de formulação de políticas pode, dentro dos limites dessa delegação, confiar adequadamente nas visões sensatas de política do governo em exercício para embasar suas decisões. Embora as agências não sejam diretamente responsáveis perante o povo, o Chefe do Executivo é, e é totalmente apropriado que esse

Por esse ângulo, a decisão em *Chevron* pode ser vista como uma abordagem pragmática para a interpretação jurídica. Ela reconhece que o conteúdo das leis é muitas vezes complexo e que o Poder Legislativo delega autoridade às agências administrativas para gerir e implementar regras em áreas específicas do direito. A deferência estabelecida em *Chevron* pode promover consistência, eficiência e expertise na tomada de decisão, uma vez que em muitas ocasiões a Administração está mais bem preparada que o Judiciário para interpretar e aplicar normas complexas e específicas de determinado campo do direito, sem que isso retire dos juízes a possibilidade de revisão do ato caso o considere irrazoável.

Nesse quadro, é possível verificar características de adjudicação pragmática na decisão da Suprema Corte no caso *Chevron*. Primeiramente, percebe-se a importância dada à análise do **contexto** em que a lei e a regulamentação foram editadas, mediante exame aprofundado do processo legislativo. Observa-se, igualmente, o reconhecimento das **circunstâncias** em que a EPA atuou, quando eleito, pela vontade popular, novo governo federal com ideologia diversa, validando a reavaliação feita pela Administração dos vários argumentos em relação à regulamentação. Ainda, ao buscar conciliar interesses conflitantes (desenvolvimento econômico *versus* proteção ambiental), a Suprema Corte voltou seus olhos para as **consequências** práticas da decisão e a importância de encontrar soluções viáveis para os problemas. Por último, ao enfatizar a **razoabilidade** da regulação administrativa como critério de validade, a Corte estabeleceu precedente que busca analisar os prós e contras da decisão, com o objetivo de equilibrar os valores em jogo. A utilização frequente do termo "razoável" no voto demonstra a necessidade prática de respeitar a deferência à escolha administrativa, reconhecendo que o Judiciário pode ter limitações para resolver questões que exigem conhecimento profundo e especializado. No

ramo político do governo faça tais escolhas de política, resolvendo os interesses concorrentes que o próprio Congresso inadvertidamente não resolveu ou deixou intencionalmente para serem resolvidos pela agência responsável pela implementação da lei, à luz das realidades cotidianas." (tradução livre)

entanto, isso não implica que o julgador abdique de seu dever constitucional de decidir o que é ou não razoável.

Em acréscimo, não se pode deixar de observar que a decisão no caso *Michigan v. EPA*, mencionada anteriormente, também possui boa dose de pragmatismo, principalmente de análise econômica do direito. Ao decidir que as agências devem considerar os custos ao tomar decisões sobre regulamentação, a Suprema Corte entendeu que é irracional e inadequado impor altos custos econômicos em troca de benefícios mínimos para a saúde ou meio ambiente.

De acordo com o *Justice Antonin Scalia*, que redigiu o voto vencedor:

*One would not say that it is even rational, never mind 'appropriate,' to impose billions of dollars in economic costs in return for a few dollars in health or environmental benefits. [...] Consideration of cost reflects the understanding that reasonable regulation ordinarily requires paying attention to the advantages and the disadvantages of agency decisions. [...] We need not and do not hold that the law unambiguously required the Agency, when making this preliminary estimate, to conduct a formal cost-benefit analysis in which each advantage and disadvantage is assigned a monetary value. It will be up to the Agency to decide (as always, within the limits of reasonable interpretation) how to account for cost.*¹²⁴⁶

Assim, embora não tenha exigido uma análise formal de custo-benefício, a Corte afirmou que as agências devem levar em conta os custos antes de impor regulamentações significativas. A decisão não endossou o maximalismo custo-benefício, nem permitiu que o Judiciário imponha requisitos

¹²⁴⁶ "Não se diria que é sequer racional, quanto mais 'apropriado', impor bilhões de dólares em custos econômicos em troca de alguns dólares em benefícios para a saúde ou o meio ambiente. [...] A consideração dos custos reflete a compreensão de que uma regulamentação razoável geralmente requer atenção às vantagens e desvantagens das decisões da agência. [...] Não precisamos afirmar, e não afirmamos, que a lei exigia inequivocamente que a Agência, ao fazer essa estimativa preliminar, conduzisse uma análise formal de custo-benefício na qual a cada vantagem e desvantagem fosse atribuído um valor monetário. Caberá à Agência decidir (como sempre, dentro dos limites de uma interpretação razoável) como levar em conta o custo." (tradução livre)

processuais não previstos na Lei de Processo Administrativo (*Administrative Procedure Act - APA*), no entanto, definiu que uma decisão arbitrária, que ignora os custos ou impõe riscos maiores do que os benefícios, é ilegal, mesmo que a análise custo-benefício não seja explicitamente exigida pela APA.¹²⁴⁷

5.1.2 *Massachusetts v. Environmental Protection Agency (EPA)*¹²⁴⁸

Considerado por Richard Lazarus o mais importante caso de direito ambiental já decidido pela Suprema Corte dos EUA¹²⁴⁹, em *Massachusetts v. EPA*, a Suprema Corte dos Estados Unidos analisou se a Agência de Proteção Ambiental norte-americana estava autorizada por lei a regulamentar as emissões de gases de efeito estufa em novos veículos automotores.

O caso teve origem em uma petição apresentada por organizações ambientais em 1999, preocupadas com a falta de ratificação do Protocolo de Kyoto pelo Senado norte-americano.¹²⁵⁰ Com base em respeitada e bem documentada opinião científica de que havia um aumento nas temperaturas globais e que mudanças climáticas e ambientais resultavam de uma elevação significativa na concentração atmosférica de gases de efeito estufa (*greenhouse gases*), o grupo encabeçado por Joe Mendelson¹²⁵¹ solicitou à EPA que passasse a regulamentar as emissões de quatro desses gases, incluindo o dióxido de carbono, nos termos da *Clean Air Act*. Esta Lei exige que a EPA regulamente padrões de emissão de qualquer poluente atmosférico, definido como qualquer agente de poluição atmosférica, incluindo qualquer substância física ou química lançada no ar, proveniente de veículos automotores novos,

¹²⁴⁷ SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit revolution**. Cambridge, MA: MIT Press, 2018. Edição do Kindle. p. 193.

¹²⁴⁸ 549 U.S. 497 (2007).

¹²⁴⁹ LAZARUS, Richard J. **The Rule of Five: making climate history at the Supreme Court**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2020, posição 71, Edição do Kindle.

¹²⁵⁰ ZASLOFF, Jonathan. *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*. 127 S.Ct. 1438. United States Supreme Court, April 2, 2007. **American Journal of International Law**, vol. 102, p. 134, jan. 2008.

¹²⁵¹ LAZARUS, Richard J. **The Rule of Five: making climate history at the Supreme Court**, posição 91, Edição do Kindle.

que, a critério da agência, causem ou contribuam para a poluição atmosférica, prejudicial à saúde pública ou ao bem-estar.¹²⁵²

A EPA rejeitou o pedido em 2003, argumentando que, primeiro, a Lei não a autorizava a editar regulamentações envolvendo mudanças climáticas globais e, segundo, mesmo que tivesse competência para estabelecer padrões de emissão de gases de efeito estufa, seria imprudente fazê-lo naquele momento, porque não se estabelecera de forma inequívoca uma relação causal entre os gases de efeito estufa e o aumento das temperaturas globais. A Agência também qualificou qualquer regulamentação sobre emissões de veículos automotores como uma abordagem fragmentada às mudanças climáticas, que entraria em conflito com uma atuação mais abrangente do Poder Executivo, a qual incluiria apoio adicional à inovação tecnológica, criação de programas não regulatórios para incentivar reduções voluntárias de emissões de gases de efeito estufa no setor privado, além de mais pesquisas sobre as mudanças climáticas. Ademais, a regulamentação poderia prejudicar a capacidade do Presidente da República de convencer países em desenvolvimento a reduzir suas emissões.

Diante da negativa, os requerentes, acompanhados por governos estaduais e locais, entre eles o estado de Massachusetts, buscaram revisão judicial por meio de interposição de recurso na Corte de Apelações do Distrito de Columbia. O recurso foi julgado por uma turma de três juízes, que apresentaram votos separados, dois deles considerando que a EPA atuou dentro dos limites da discricionariedade administrativa ao negar o pedido de regulamentação. Assim, em 2005, a Corte confirmou a decisão da EPA por 2 votos a 1.

Onze meses depois, a Suprema Corte dos EUA aceitou revisar o caso. A decisão final foi proferida em 2 de abril de 2007, e, por maioria de 5 a 4, a Suprema Corte reformou a decisão do tribunal federal de origem. *Justice* John Paul Stevens ficou encarregado de redigir a opinião da Corte.

¹²⁵² 42 U.S.C. § 7521(a)(1).

A primeira questão analisada pela Suprema Corte foi concernente ao pressuposto do *standing*, ou seja, a necessidade de a parte autora demonstrar que sofreu um dano concreto e particularizado, atual ou iminente, que o dano está diretamente relacionado ao réu, e que uma decisão judicial favorável tem condição de corrigi-lo.

A questão relacionada ao *standing* era crucial para o caso. A Suprema Corte exige que o demandante demonstre uma lesão concreta e iminente para que haja legitimidade ativa e interesse processual. O problema é que as ações ambientais se baseiam muitas vezes em danos ao meio ambiente natural, em vez de danos diretos aos autores. Além disso, alguns danos ambientais que se busca prevenir podem ocorrer no futuro, e não imediatamente, o que os torna menos "iminentes" e "concretos".¹²⁵³

Especificamente sobre a questão de mudanças climáticas, as emissões que ocorrem atualmente têm consequências que se estendem por décadas, podendo ser sentidas somente em um futuro distante. Já as consequências atuais dessas mudanças são causadas por emissões que ocorreram décadas ou até mesmo um século atrás. Isso não se adequava à exigência de *standing* estabelecida pela jurisprudência da Suprema Corte.

Por isso, quando os requerentes foram derrotados na Corte de Apelações, a maioria dos advogados, exceto Jim Milky, advogado do estado de Massachusetts, considerou arriscado recorrer à Suprema Corte, pois havia o temor de que, se o recurso fosse negado com base nessa preliminar, o futuro dos litígios relacionados às mudanças climáticas estaria comprometido.¹²⁵⁴

¹²⁵³ LAZARUS, Richard J. **The Rule of Five**: making climate history at the Supreme Court, posição 171, Edição do Kindle.

¹²⁵⁴ Richard Lazarus relata que, durante a sustentação oral na Suprema Corte, para surpresa e decepção de muitos espectadores que esperavam um intenso debate sobre o aquecimento global e as mudanças climáticas, Jim Milky optou por desviar o foco dessas questões, concentrando-se em temas de direito administrativo, como a possibilidade de regulamentação das emissões de poluentes na atmosfera pela agência ambiental. Em determinado momento da sustentação oral, Justice Scalia, que entendia que os autores não tinham *standing* para o caso, por não haver prova de dano concreto e iminente, ironicamente questionou o advogado de Massachusetts: "*When is the predicted cataclysm?* Quando está previsto o cataclismo?"

A EPA, por outro lado, argumentava que os demandantes não detinham *standing* neste caso, porque os supostos danos somente ocorreriam no futuro. Além disso, mesmo que a EPA regulasse as emissões de gases no território norte-americano, tal regulamentação não impediria a ocorrência de mudanças climáticas, portanto a suposta lesão não continha o elemento de reparabilidade.

No entanto, segundo a Suprema Corte, apenas um dos autores precisava ter legitimidade e interesse para autorizar a revisão, e o estado de Massachusetts preenchia tais condições. Os estados, explicou a Corte, renunciam a parte de sua soberania quando concordam em se submeter à autoridade do governo federal: não podem impor tarifas ou sanções comerciais contra outros estados, não podem negociar tratados com outras nações e sempre correm o risco de serem precedidos pela legislação federal. Assim, se o Congresso Nacional ordenar que a EPA tome medidas, os estados podem processá-la para garantir que cumpra seu dever legal.

Além disso, quanto aos possíveis prejuízos, a Corte observou que, se o nível do mar continuar subindo como previsto, uma parte significativa da zona costeira de Massachusetts seria permanentemente afetada. Segundo a decisão, embora possa ser verdade que a regulamentação das emissões dos veículos automotores não reverta, por si só, o aquecimento global, de modo algum isso leva à conclusão que não se possa analisar se a EPA tem o dever de tomar medidas para retardá-lo ou reduzi-lo.

Nos dizeres da Corte, os danos associados às mudanças climáticas são sérios e amplamente conhecidos. A própria avaliação objetiva do governo federal sobre o conhecimento científico neste tema e um forte consenso entre especialistas qualificados indicam que o aquecimento global ameaça, entre outras coisas, um aumento rápido no nível do mar, mudanças graves e irreversíveis nos ecossistemas naturais, uma redução significativa do volume

(LAZARUS, Richard J. **The Rule of Five**: making climate history at the Supreme Court, posição 3324. Edição do Kindle).

das geleiras, aumento na propagação de doenças e no impacto dos eventos climáticos, com consequências econômicas diretas e importantes. O fato de essas mudanças serem compartilhadas globalmente não minimiza o interesse de Massachusetts no desfecho da ação. Era incontroverso, segundo provas produzidas no processo, que o nível do mar subiu globalmente entre 10 e 20 centímetros ao longo do século XX como resultado do aquecimento global e que já começou a avançar sobre terras costeiras de Massachusetts. Os custos de remediação sozinhos poderiam chegar a centenas de milhões de dólares.

O voto prossegue argumentando que, dado o insucesso da EPA em contrapor a verificação de uma relação causal entre as emissões de gases de efeito estufa emitidas pelo homem e o aquecimento global, sua recusa em regulamentar tais emissões, no mínimo, contribui para os danos sofridos pelo estado de Massachusetts. Diz que a EPA exagera ao argumentar que sua decisão de não regulamentar contribui de forma tão insignificante para os danos sofridos pelos autores que não pode ser levada a um tribunal federal e que não há possibilidade realista de que a medida solicitada reduza as mudanças climáticas globais e corrija os danos sofridos pelos autores, especialmente considerando que o aumento previsto nas emissões da China, Índia e de outros países em desenvolvimento provavelmente compensará qualquer diminuição marginal doméstica que a regulamentação da EPA possa causar. Para a Corte, as agências, assim como os legisladores, geralmente não resolvem problemas massivos de uma só vez, mas vão aprimorando ao longo do tempo sua abordagem à medida que as circunstâncias mudam e desenvolvem uma compreensão mais apurada de como proceder. O fato de um primeiro passo ser cauteloso por si só não é motivo para negar a jurisdição federal, e a redução das emissões domésticas de automóveis está longe, segundo a Corte, de ser um passo cauteloso. Deixando de lado outros gases de efeito estufa, os registros indicam que o setor de transporte dos EUA emite uma quantidade imensa de dióxido de carbono na atmosfera.

Quanto à alegação da EPA de que não tinha atribuição para regulamentar as emissões de veículos novos, porque o dióxido de carbono não é considerado um "poluente atmosférico", nos termos da lei, e que, mesmo se

possuísse tal atribuição, optaria por não exercê-la porque a regulamentação entraria em conflito com outras prioridades da Administração Pública, a Suprema Corte observou que era possível a revisão judicial dessa questão, sem interferir na autonomia de outros poderes, pois é de sua competência reverter decisão que considere arbitrária, ilógica, irrazoável, ou desconforme com a lei. Como os gases de efeito estufa se enquadravam perfeitamente na ampla definição de "poluente atmosférico" estabelecida na lei, a EPA possuía atribuição para regular a emissão desses gases em veículos automotores novos. Essa definição, que inclui qualquer agente de poluição atmosférica, incluindo qualquer substância física ou química emitida na atmosfera, abrange todos os compostos transportados pelo ar, de qualquer natureza. Assim, o dióxido de carbono e outros gases de efeito estufa se enquadravam, sem dúvida, nessa categoria.

Além disso, o argumento de que, mesmo que tenha competência para regular os gases de efeito estufa, seria imprudente fazê-lo neste momento, baseia-se, segundo a Corte, em um raciocínio desvinculado do texto legal. Embora a lei condicione a ação da EPA à avaliação administrativa, a decisão da agência deve estar relacionada à investigação se uma substância causa poluição do ar ou contribui para isso, e se pode razoavelmente ser prevista como uma ameaça à saúde ou ao bem-estar público. Assim, nos termos da lei, a EPA pode deixar de editar regulamentações somente se concluir que os gases de efeito estufa não contribuem para as mudanças climáticas ou se fornecer alguma explicação razoável sobre porque ela não pode ou não exercerá seu poder discricionário para determinar se contribuem. A recusa, todavia, de fazer isso baseou-se em uma lista de motivos para não regular, incluindo a existência de programas voluntários do Poder Executivo que respondem ao aquecimento global e o comprometimento da capacidade do Presidente da República de negociar com nações em desenvolvimento para reduzir as emissões. Tais ilações de natureza política não têm, na opinião da Corte, relação com a questão de saber se as emissões de gases de efeito estufa contribuem para as mudanças climáticas, e, portanto, não constituem uma justificação fundamentada para se recusar a analisar a questão em bases científicas. Além disso, a EPA não pode se esquivar de sua obrigação legal baseada na incerteza em torno de vários aspectos das mudanças climáticas, concluindo que seria melhor não regular

neste momento. Se a incerteza científica for tão profunda a ponto de impedir a EPA de formar uma convicção de forma motivada, isso deve ficar claro. A questão de fundo é saber se existe informação suficiente para que se verifique uma ameaça concreta à saúde pública. Em vez disso, a EPA rejeitou a petição de regulação com base em considerações implausíveis. Portanto, aos olhos da Suprema Corte, sua ação foi arbitrária, ilógica, irrazoável, ou desconforme com a lei, devendo, em uma nova análise, fundamentar suas razões para ação ou omissão em legislar.

Chief Justice Roberts apresentou voto dissidente, em que ponderou que o aquecimento global pode, sim, constituir uma grande crise, mas, em caso afirmativo, as reivindicações devem ser dirigidas aos poderes Legislativo e Executivo. Roberts acusou a maioria dos *Justices* de não levar a sério a questão de autocontenção judicial. Também afirmou que a exigência de *standing* abrangia um interesse particularizado e, como as mudanças climáticas afetariam todos no planeta, Massachusetts não sofreria um dano particularizado. Por fim, o *Chief Justice* argumentou que a EPA não teria condições de reparar os danos alegados pelo estado de Massachusetts, porque quaisquer diminuições produzidas pelos padrões desejados pelos autores provavelmente seriam compensadas em grande medida por aumentos de emissões em outras partes do mundo.

Justice Scalia também discordou do voto vencedor, argumentando, em suma, que a interpretação da lei pela agência era merecedora de deferência e que seu exercício de equilíbrio político não era arbitrário, ilógico ou irrazoável.

De todo modo, mesmo tendo dividido as opiniões na Suprema Corte, o caso *Massachusetts v. EPA* foi um importante marco na judicialização da proteção ambiental nos EUA, pois foi o primeiro a lidar com as mudanças climáticas. Foi uma vitória importante, embora apertada (cinco votos a quatro), para os ambientalistas, validando as preocupações sobre o aquecimento global e as críticas ao governo federal por não agir adequadamente nesse sentido. A Corte demonstrou certa simpatia pelas causas ambientais, que não era vista desde os anos 1970. A decisão foi elogiada como um marco notável, mas também foi criticada por ser influenciada pelas preferências políticas dos juizes.

De acordo com Jonathan Cannon, “*The Court showed its colors in MA v. EPA, and its colors were green*” (“A Corte mostrou suas cores em *MA v. EPA*, e suas cores eram verdes”).¹²⁵⁵

Diferentemente do caso *Chevron*, a Corte entendeu que não devia deferência à interpretação da Lei dada pela agência ambiental, pois não havia ambiguidade em seu propósito protetivo, que claramente considerava as emissões de gases de efeito estufa como poluentes atmosféricos.

A Corte decidiu aceitar o caso devido à importância da questão climática e destacou a relevância da ciência em sua argumentação. Fundamentou sua decisão com uma linguagem que enfatizava a iminência e a gravidade da ameaça das mudanças climáticas, mesmo diante da estratégia dos autores de tirar o foco dessa questão. Além disso, adotou abordagens inovadoras para obter um resultado favorável aos requerentes. Na opinião de Cannon, sem o contexto das mudanças climáticas, é improvável que os juízes da Suprema Corte tivessem percebido uma ameaça ao propósito protetivo da lei que justificasse sua intervenção, ou que tivessem se esforçado para justificá-la.¹²⁵⁶

A decisão, assim, adotou uma abordagem pragmática, pois considerou não apenas o texto da lei, mas também os objetivos gerais da legislação ambiental, o consenso científico sobre as mudanças climáticas e as **consequências** práticas de se regulamentar ou não as emissões de gases de efeito estufa.

Ao reconhecer a necessidade de uma resposta prática e efetiva aos desafios apresentados pelas mudanças climáticas, a Suprema Corte se apoiou em pilares do pragmatismo, enfatizando que a recusa da EPA em regulamentar gases de efeito estufa comprometia os objetivos da *Clean Air Act*, que são, em

¹²⁵⁵ CANNON, Jonathan Z. **Environment in the balance**: the green movement and the Supreme Court. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015, p. 66. Edição do Kindle.

¹²⁵⁶ CANNON, Jonathan Z. **Environment in the balance**: the green movement and the Supreme Court, p. 67. Edição do Kindle.

última análise, proteger a saúde humana e o meio ambiente da poluição atmosférica. Igualmente, ressaltou, de modo pragmático, a importância de considerar as consequências práticas e o impacto do mundo real das decisões regulatórias diante de desafios ambientais complexos.

O voto vencedor citou ainda o conhecimento científico interdisciplinar, ao analisar o aquecimento global e as mudanças climáticas, e as incertezas científicas sobre o tema, que não deveriam impedir a atuação do governo, demonstrando nítido caráter **antifundacional**. Também avaliou consequências econômicas diretas importantes na omissão da agência ambiental e a comparou com os custos de remediação, tangenciando, portanto, a análise econômica do direito. Tratou, igualmente, do **contexto** e da observação do que ordinariamente acontece (**experiência**), ao admitir que, embora uma regulamentação pontual não seja suficiente para resolver problemas massivos de uma só vez, é necessário dar o primeiro passo, pois as **circunstâncias** mudam.

Em suma, a Suprema Corte aceitou a visão dos ambientalistas sobre as mudanças climáticas como a questão "do nosso tempo", evitando que a questão fosse subjugada pela conveniência política. Ao entender que a EPA tinha autoridade e competência para regular as emissões de gases de efeito estufa, com base em uma interpretação extensiva da *Clean Air Act*, a Corte deixou um legado prático à nação norte-americana, pois a colocou em um caminho de regulamentação para reduzir as emissões desses gases, permitindo que fosse trilhado nas administrações seguintes.¹²⁵⁷

5.1.3 Tennessee Valley Authority v. Hill¹²⁵⁸

O caso *Tennessee Valley Authority (TVA) v. Hill* é uma decisão importante da Suprema Corte dos Estados Unidos, proferida em 1978, que trata

¹²⁵⁷ CANNON, Jonathan Z. **Environment in the balance**: the green movement and the Supreme Court, p. 70. Edição do Kindle.

¹²⁵⁸ 437 U.S. 153 (1978).

do conflito entre a construção de uma barragem e a proteção de uma espécie ameaçada de peixe, o *snail darter* (nome científico *Percina tanasi*).

Em 1967, a TVA, agência governamental criada para promover o desenvolvimento econômico e o fornecimento de energia elétrica na região do vale do rio Tennessee, iniciou a construção de uma barragem (*Tellico Dam*) no rio Little Tennessee, nos Estados Unidos. Em 1973, durante a construção, o Congresso norte-americano aprovou a Lei de Espécies Ameaçadas (*Endangered Species Act - ESA*), que determinava que o governo federal, através do Secretário do Interior, deveria garantir que qualquer ação autorizada, financiada ou realizada por agências federais não colocasse em risco a existência contínua de qualquer espécie ameaçada de extinção, nem resultasse na destruição ou modificação do habitat dessas espécies considerado crítico. Não havia, aparentemente, nenhuma exceção que isentasse projetos ou obras em andamento. Os registros do processo legislativo estavam repletos de declarações sobre o imperativo absoluto de salvar espécies ameaçadas de extinção, incluindo algumas referências específicas a programas em andamento.¹²⁵⁹

Nesse ínterim, um ictiólogo da Universidade do Tennessee chamado David Etnier descobriu uma nova espécie de peixe, o *snail darter*, habitando uma parte do rio Little Tennessee que seria inundada pela barragem. Encorajado pela descoberta de Etnier, o estudante de direito da Universidade do Tennessee Hiram Hill e seu professor Zygmunt Plater, com o apoio de um grupo de opositores à construção da represa, solicitaram ao governo federal a inclusão do *snail darter* como uma espécie ameaçada. O peixe foi listado em outubro de 1975 e seu habitat foi designado como área crítica. Mesmo assim, a TVA continuou a construção, ignorando as ações adotadas pelo governo e a possibilidade de ação judicial. Os opositores, então, processaram a TVA,

¹²⁵⁹ FARBER, Daniel A. A tale of two cases. *Virginia Environmental Law Journal*, vol. 20, p. 33, 2001.

alegando violação à ESA, e postularam uma liminar contra a conclusão e operação da barragem.

O juiz de primeira instância, contudo, negou o pedido. Embora tenha constatado que a inundação da represa provavelmente colocaria em risco a existência do *snail darter*, o magistrado observou que o Congresso, mesmo ciente do problema, havia dado seguimento às dotações orçamentárias para o projeto, o qual estava 80% concluído, com gasto de mais de 50 milhões de dólares. Considerou irrazoável interromper os trabalhos com base em lei promulgada após o início da construção, ponderando sobre os custos desproporcionais de proteger o peixe frente ao estágio avançado da obra. Nessas circunstâncias, segundo o juiz, o Congresso não poderia ter pretendido que a nova lei interrompesse o projeto, não sendo função do Judiciário, mas sim do Legislativo, equilibrar a proteção de espécies ameaçadas e o prosseguimento das obras.

Os autores da ação apelaram à Corte de Apelações do Sexto Circuito, que, mesmo não divergindo sobre a situação fática descrita pelo juiz de primeira instância, chegou a uma conclusão diferente quanto aos efeitos da ESA. Segundo a Corte, o fato de uma barragem estar quase totalmente concluída é irrelevante para calcular os custos sociais e científicos do desaparecimento de uma forma única de vida. O tribunal considerou que a TVA violou a lei ao não tomar as medidas necessárias para evitar colocar em risco o habitat crítico do *snail darter* com suas ações, rejeitando o argumento de que a palavra "ações" não incluía as fases finais de projetos em andamento. Assim, a Corte de Apelações reverteu a decisão anterior e ordenou que o juiz de primeira instância proibisse permanentemente a conclusão da obra até que o Congresso expressamente isentasse o projeto do cumprimento da Lei, removesse o *snail darter* da lista de espécies ameaçadas, ou redefinisse substancialmente o conceito de "habitat crítico".

A TVA não se conformou com a decisão e continuou o trabalho de construção até que uma medida liminar fosse deferida, e, em seguida, buscou

revisão pela Suprema Corte dos EUA. Em 14 de novembro de 1977, a Suprema Corte concedeu *writ of certiorari* à TVA e agendou data para sustentação oral.¹²⁶⁰

O Procurador-Geral (*Attorney General*) dos Estados Unidos, Griffin Bell, argumentou o caso em nome da TVA. Bell disse à Corte que havia 130 variedades de *darters*, incluindo onze apenas no rio Little Tennessee, e que o número de espécies de *darters* estava aumentando rapidamente. Especialistas haviam identificado oito a dez novas espécies de *darters* nos últimos dez anos. Relata-se que Bell apresentou um *snail darter* morto em um frasco transparente como prova durante o julgamento, gerando algumas brincadeiras sobre se o peixe estava realmente morto. Ele afirmou que todas as espécies listadas eram igualmente importantes sob a ESA, mas sua apresentação visual tentou retratar o *snail darter* como uma espécie insignificante e pouco atraente. Contra esse peixe aparentemente indiferente e sem valor econômico estava a barragem, que Bell argumentou prometer múltiplos benefícios para a região e agora representava 110 milhões de dólares de verba pública já despendida.¹²⁶¹

Para contrapor à imagem do pequeno peixe morto em um frasco, Zygmunt Plater, arguindo em nome dos autores, apresentou uma litografia colorida de dois *snail darters* vivos na "beleza cristalina das corredeiras do rio", buscando destacar a conexão do peixe com o ecossistema ameaçado pela barragem. No entanto, o tom irreverente em relação ao *snail darter* persistiu,

¹²⁶⁰ Após a concessão do *writ of certiorari* e a apresentação de alegações escritas pelas partes (*briefs*), é designada data para sustentação oral perante a Suprema Corte, por não mais do que 30 minutos para cada uma das partes. É comum que, além de apresentarem seus argumentos, os advogados sejam inquiridos pelos *Justices* sobre o caso em questão. Posteriormente, os juízes se reúnem em conferência privada para deliberação e tomada de decisão, a qual é divulgada ao público em outra data agendada para tanto. (Suprema Corte dos Estados Unidos. **Rules of the Supreme Court of the United States**. Washington, DC: Supreme Court Of The United States, 2023. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2023RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em 12 nov. 2023)

¹²⁶¹ CANNON, Jonathan Z. **Environment in the balance**: the green movement and the Supreme Court, p. 93. Edição do Kindle.

tendo o *Justice* Lewis Powell feito uma pergunta sobre se o pequeno peixe serviria como isca.¹²⁶²

A decisão foi proferida em 15 de junho de 1978 e o resultado surpreendeu: 6 a 3 em favor do peixe, confirmando a decisão de segunda instância.

O voto em nome da maioria foi redigido pelo *Chief Justice* Warren Burger, que concluiu que a Lei de Espécies Ameaçadas proíbe o represamento do rio Little Tennessee pela Barragem *Tellico*. Seus principais fundamentos foram os seguintes:

(a) A linguagem da lei é clara e não faz nenhuma exceção, como a alegada pelo recorrente, segundo a qual a lei não se aplicaria a um projeto como *Tellico*, que já estava em andamento quando o Congresso aprovou a Lei;

(b) É evidente, a partir da história legislativa da lei, que o Congresso pretendia interromper e reverter a tendência de extinção de espécies, independentemente do custo. A omissão explícita revela uma intenção consciente do Congresso de dar prioridade às espécies ameaçadas de extinção em relação às "missões primárias" das agências federais. Além disso, o Congresso previu que a seção 7 exigiria ocasionalmente que as agências alterassem projetos em andamento para cumprir os objetivos da lei;

(c) Nenhuma das limitadas "isenções por dificuldades" previstas na lei se aplicaria remotamente ao Projeto *Tellico*;

(d) Embora as declarações nos Relatórios dos Comitês de Dotações refletissem a opinião dos Comitês de que a Lei não se aplicava ao projeto ou de que a barragem deveria ser concluída independentemente das disposições da lei, nada nas medidas de dotação da TVA aprovadas pelo Congresso afirmava que o Projeto *Tellico* deveria ser concluído independentemente das exigências da lei. Ao votarem em medidas

¹²⁶² CANNON, Jonathan Z. **Environment in the balance**: the green movement and the Supreme Court, p. 94. Edição do Kindle.)

orçamentárias, os legisladores têm o direito de supor que os fundos serão destinados a fins legais e não para qualquer fim proibido. Uma política contrária violaria as regras expressas de ambas as Casas do Congresso, que estabelecem que as medidas de dotações não podem alterar a legislação substantiva existente. A manifestação de um comitê de dotações não tem o poder de revogar ou alterar a legislação substantiva.

Ainda de acordo com o voto, o Congresso deixou claro que as espécies ameaçadas de extinção devem ter a mais alta prioridade. Uma vez que o Poder Legislativo foi exercido, cabe ao Poder Executivo executar a lei e ao Poder Judiciário interpretá-la no caso concreto, quando, como neste caso, for solicitada sua aplicação.

Em síntese, a Suprema Corte considerou que a Lei de Espécies Ameaçadas tinha uma intenção clara de proteger as espécies ameaçadas de extinção, independentemente dos custos econômicos ou das opiniões pessoais dos juízes. Ao listar uma espécie como ameaçada, o Congresso fez uma escolha política clara de priorizar a preservação da espécie. Portanto, a construção da barragem foi considerada uma violação da lei, que colocava em risco a sobrevivência do *snail darter*, por isso deveria ser interrompida. A Corte afirmou que não tinha poder para equilibrar o valor do *snail darter* em relação à perda econômica do projeto parcialmente concluído, pois a intenção evidente do Congresso ao promulgar a lei era interromper e reverter a tendência de extinção das espécies, independentemente do custo.

De acordo com a opinião da maioria, o Congresso expressou uma escolha em favor da proteção das espécies ameaçadas de extinção, não cabendo ao Judiciário o papel de questionar a sabedoria ou insensatez de uma opção legislativa específica. A função judicial é interpretar a lei, determinar sua constitucionalidade e aplicá-la. Uma vez que o significado da lei foi discernido, o papel judicial termina.¹²⁶³ Em outras palavras, se a lei é manifesta, não há espaço

¹²⁶³ LAZARUS, Richard J.; HOUCK, Oliver A. **Environmental Law Stories**, p. 131. Edição do Kindle.

para balanceamento; não importa o que acham os juízes, se o resultado é ou não correto.

Justice Powell, acompanhado pelo *Justice Harry Blackmun*, discordou, reiterando sua visão de que a ESA deve ser interpretada de forma que esteja de acordo “com algum senso comum e o bem público”. Powell apontou que as perspectivas de futuros conflitos eram “surpreendentes”, pois centenas de milhares de espécies em todo o mundo poderiam se qualificar para proteção. Ele expressou confiança de que o Congresso emendaria a lei para evitar que outras obras públicas tivessem o mesmo destino de *Tellico*.

Diante desse envolvente debate, Daniel Farber¹²⁶⁴ considera que *TVA v. Hill* talvez seja o caso mais conhecido em direito ambiental nos EUA. O autor acredita, no entanto, que a decisão tenha se preocupado mais em garantir fidelidade às normas editadas pelo Poder Legislativo do que propriamente motivada por um eventual entusiasmo da Suprema Corte quanto à proteção do meio ambiente. Para Farber, além de ser um marco no direito ambiental, *TVA v. Hill* é também uma aplicação paradigmática do princípio da supremacia legislativa, ou seja, da concepção de que o Legislativo, e não o Judiciário, tem a palavra final sobre políticas públicas. O voto do *Chief Justice Burger* enfatizou que tais decisões de política pública são de competência do Poder Legislativo e que o Congresso estabeleceu uma regra inequívoca ao editar a ESA.

O caso também é citado por Dworkin em sua tentativa de demonstrar que, em casos difíceis, só haveria uma única resposta correta, eliminando assim qualquer forma de discricionariedade na tomada de decisão judicial. Transcrevendo as opiniões divergentes dos *Justices*, Dworkin conclui que não houve, na realidade, divergência em relação aos fatos, à intenção do legislador ou à necessidade de cumprir a lei, mas sim sobre o verdadeiro sentido da norma: “discordaram sobre o modo como os juízes deveriam decidir sobre qual norma jurídica resultava de um texto específico promulgado pelo

¹²⁶⁴ FARBER, Daniel A. A tale of two cases. *Virginia Environmental Law Journal*, vol. 20, p. 33, 2001.

Congresso.”¹²⁶⁵ Considerando que o juiz Hércules imaginado por Dworkin (juiz que combina de forma ótima todas as qualidades morais e intelectuais num único julgador) não busca alcançar o que ele pessoalmente considera o melhor resultado, mas sim encontrar a melhor justificativa para o evento legislativo passado, a abordagem mais sensata seria sacrificar o peixe em vez da represa. Esta seria, para o autor, a única resposta correta, pois alicerçada em “ideais de integridade e equidade políticas e do devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia.”¹²⁶⁶

De todo modo, após a decisão da Suprema Corte, a construção da barragem foi, de fato, interrompida. A reação da opinião pública gerou intenso debate sobre a relação entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental, tendo a mídia criticado a rigidez da ESA. A decisão da Suprema Corte foi reprovada por priorizar a proteção de uma espécie ameaçada de peixe em detrimento dos benefícios econômicos que a barragem poderia trazer para a região.¹²⁶⁷

Em resposta à controvérsia, o Congresso norte-americano aprovou, em 1979, as chamadas *Snail Darter Amendments* ("Emendas *Snail Darter*"), criando um processo de isenção na esfera administrativa. Essas emendas permitiam exceções à proibição de ações que ameaçassem a espécie, desde que um comitê especial determinasse que a construção era de interesse regional ou nacional.

Dessa feita, tendo o Congresso decidido pela conclusão da barragem, a TVA retomou rapidamente a construção, e as comportas foram fechadas em 29 de novembro de 1979. Contrariando, porém, as expectativas iniciais dos ambientalistas, o *snail darter* não foi extinto. A espécie foi realocada para outros cursos d'água e conseguiu sobreviver em habitats alternativos. Em

¹²⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, p. 29.

¹²⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, p. 405.

¹²⁶⁷ LAZARUS, Richard J.; HOUCK, Oliver A. **Environmental Law Stories**, p. 132. Edição do Kindle.

1984, o peixe foi reclassificado de espécie em extinção para espécie ameaçada.¹²⁶⁸

A decisão deixou ao direito norte-americano dois legados principais. O primeiro se refere à deferência à escolha do legislador, quando suas opções são inequívocas, independentemente do que o juiz considera “bom senso” ou “interesse público” no caso concreto. Enquanto em *Chevron* a Suprema Corte tratou de deferência administrativa, em *TVA v. Hill* caminhou na direção da deferência ao Legislativo, porém em ambos os casos aplicou zelosamente o princípio da separação de poderes.

O segundo legado se refere à supremacia da proteção ao meio ambiente, independentemente do custo e do benefício que possa trazer ao homem, se foi essa a intenção do legislador. Embora as justificativas apresentadas pelo Congresso para promulgar a ESA tenham sido em grande parte antropocêntricas, salientando o valor “estético, ecológico, educacional, histórico, recreativo e científico para a Nação e seu povo” das espécies ameaçadas, cuja preservação é “em benefício de todos os cidadãos”, as disposições da lei possuem uma nítida tendência ecocêntrica, já que estabelece um direito para as espécies de serem protegidas de qualquer ação que possa ameaçar sua existência, inclusive a degradação do habitat crítico para sua sobrevivência. Esse direito implica um valor atribuído à preservação das espécies, que difere das preocupações relacionadas ao bem-estar humano.¹²⁶⁹

No entanto, essa interpretação gerou considerável incerteza entre os juízes de instâncias inferiores e intensas críticas por parte da mídia e da opinião pública a respeito do enorme desperdício de dinheiro público, pois aparentemente abandonou a tradicional ideia de ponderação e equilíbrio entre

¹²⁶⁸ LAZARUS, Richard J.; HOUCK, Oliver A. **Environmental Law Stories**, p. 135. Edição do Kindle.

¹²⁶⁹ CANNON, Jonathan Z. **Environment in the balance: the green movement and the Supreme Court**, p. 90. Edição do Kindle.

valores conflitantes, em completa submissão a uma hipotética vontade legislativa.

Segundo Cannon,¹²⁷⁰ a decisão tem sido um marco legal e político para os defensores do meio ambiente nas batalhas contínuas pela proteção de espécies e dos ecossistemas dos quais dependem. Ela trouxe esperança para a abordagem ecocêntrica, conferindo às espécies um *status* legal acima e além do mero objeto. No entanto, o cenário legal e político mudou desde então.

J.B. Ruhl, estudioso da Lei de Espécies Ameaçadas, afirma que a decisão se tornou um "ponto extremo fora da curva" nos casos que tratam da ESA na Suprema Corte. Embora até hoje o caso continue sendo discutido ativamente no meio acadêmico, no âmbito da Suprema Corte, em quatro decisões posteriores, entre 1992 e 2007, a Corte, de forma silenciosa, mas inequívoca, derruiu o caso *TVA v. Hill*.¹²⁷¹

É irônico, segundo Ruhl, que um dos casos mais conhecidos e reverenciados da Corte no campo ambiental tenha sido essencialmente ignorado na jurisprudência subsequente da Corte. Professores de direito ambiental ainda o ensinam e advogados ambientalistas ainda o consideram importante ao se referirem à ESA, mas as verdadeiras lições residem na sistemática desarticulação do caso pela Corte nas ações subsequentes.¹²⁷²

Isso sugere, de acordo com o autor, que nos casos relacionados à ESA, a Corte mantém um profundo ceticismo em relação ao direito ambiental como um todo, especialmente quando interesses econômicos estão envolvidos, sem mecanismos para garantir uma regulamentação baseada em custo-benefício ou eficiência econômica, e sem atenção para a potencial distribuição desigual de custos e benefícios. A cada nova legislatura, surgem debates sobre

¹²⁷⁰ CANNON, Jonathan Z. **Environment in the balance**: the green movement and the Supreme Court, p. 99. Edição do Kindle.

¹²⁷¹ RUHL, J. B. Is the Endangered Species Act eco-pragmatic? **Minnesota Law Review**, vol. 87, p. 885, 2003.

¹²⁷² RUHL, J. B. Is the Endangered Species Act eco-pragmatic? **Minnesota Law Review**, vol. 87, p. 885, 2003.

emendas para enfraquecer ainda mais a lei e conceder isenções a projetos, embora as proteções centrais da lei tenham permanecido intactas.¹²⁷³

Pode-se concluir, portanto, que, diferentemente de *Chevron* e *Massachusetts*, estudados anteriormente, a falta de um embasamento pragmático acabou levando a decisão ao ostracismo. A ausência de consideração pelos valores em questão, sem levar em conta o custo financeiro envolvido, fez com que a decisão, embora não explicitamente superada, não fosse seguida em casos posteriores e logo revertida pelo Congresso. Em outras palavras, a falta de uma análise pragmática fez com que o resultado da ação não fosse duradouro, em contraste com os casos anteriores que ainda são utilizados como referência para a análise do direito ambiental. Embora a teoria seja admirada no meio acadêmico, sua falta de pragmatismo resultou na falta de sustentação no âmbito judicial.

Por outro lado, pode-se argumentar que, embora *TVA v. Hill* não seja comumente caracterizado como uma decisão pragmática, o caso demonstrou uma preocupação em conciliar os interesses de conservação da fauna e a proteção das espécies ameaçadas frente à sanha desenvolvimentista. A decisão ressaltou a importância de cumprir as disposições da lei de proteção ambiental e evitar danos irreparáveis ao habitat de uma espécie ameaçada de extinção.

Além disso, ainda que a decisão do juiz Hércules de Dworkin apontasse em uma única direção, resposta em sentido contrário seria igualmente justificável, como aponta Marcelo Dantas.¹²⁷⁴ O relato de Dworkin, ao descrever o peixe como "ecologicamente desinteressante" em comparação com um "vasto, quase concluído, projeto", sugere sua preferência pessoal por um resultado

¹²⁷³ RUHL, J. B. Is the Endangered Species Act eco-pragmatic? **Minnesota Law Review**, vol. 87, p. 885, 2003.

¹²⁷⁴ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 40.

específico, levando em conta sua formação, ideologia e valores, como admite o pragmatismo.

De toda forma, é necessário reconhecer que a decisão em *TVA v. Hill* foi baseada em uma interpretação literal da Lei de Espécies Ameaçadas e da intenção do legislador, ainda que houvesse dúvida se este, deparando-se com o conflito em questão, tomasse a mesma decisão.¹²⁷⁵ Apesar das possíveis implicações práticas e ambientais, a decisão foi principalmente fundamentada na interpretação e aplicação da lei em questão, em vez de adotar uma abordagem pragmática mais ampla.

Ao se apegar com afinco ao compromisso com a separação de poderes, explicitamente afastando qualquer opinião particular sobre o que estaria em consonância com o "bom senso", a Suprema Corte admitiu que o resultado poderia ser até mesmo prejudicial ao interesse público, mas entendeu que deveria dar cumprimento irrestrito ao que considerou ser uma clara intenção do Congresso.¹²⁷⁶ Assim, desconsiderou as possíveis **consequências** da decisão, em um movimento claramente não pragmático.

Justice Powell argumentou, nesse ponto, que era irracional acreditar que o Congresso teria pretendido um "resultado absurdo" neste caso e previu que o Legislativo emendaria a lei para evitar as graves consequências possibilitadas pela decisão, previsão que acabou se concretizando.

Nesse cenário, o pragmatismo que prevaleceu foi o do Congresso, uma vez que a construção da represa foi finalizada e a barragem entrou em operação. A decisão judicial não foi em si pragmática, mas sim os eventos que se seguiram. A ESA foi modificada para criar um "Comitê de Espécies Ameaçadas", apelidado de *God Squad* ("Esquadrão de Deus"), com poderes

¹²⁷⁵ Segundo Lazarus e Houck, a despeito da aparente clareza das palavras da lei, é amplamente aceito que a maioria dos legisladores não estava ciente do escopo completo da ESA quando votou a seu favor. As discussões haviam se concentrado em espécies chamativas, como ursos pardos, águias carecas, baleias-azuis e outras. (LAZARUS, Richard J.; HOUCK, Oliver A. **Environmental Law Stories**, p. 113. Edição do Kindle.)

¹²⁷⁶ CANNON, Jonathan Z. **Environment in the balance: the green movement and the Supreme Court**, p. 97. Edição do Kindle.

para excluir a proteção de uma espécie quando, em um empreendimento de importância regional ou nacional, não houver alternativas razoáveis para a sua implantação e os benefícios claramente superarem os riscos. Coube ao comitê conferir exceções à lei de proteção após aplicar um teste de balanceamento, com ênfase no atributo da preservação.¹²⁷⁷

Em resumo, a decisão em *TVA v. Hill* é geralmente vista como uma interpretação literal da lei, em vez de ser estritamente pragmática. Entretanto, decisões excessivamente formalistas, que se afastam da realidade, embora possam ser elogiadas na teoria, muitas vezes carecem de efetividade na prática. Mesmo em situações em que a legislação ambiental pareça focar na proteção de um sistema natural puramente pelo bem desse sistema, de caráter, portanto, ecocêntrico, a efetividade dessas proteções, do ponto de vista do pragmatismo, depende de uma abordagem que enfatize as conexões dessas proteções ambientais com alguma forma de benefício ao bem-estar humano. Em outros termos, a durabilidade e efetividade da decisão depende de uma abordagem intermediária (ecoprágmatista), que busque conciliar os valores em conflito, ainda que com ênfase no aspecto ambiental da questão, mas que não despreze outros valores almejados pela sociedade.

5.2 ESTUDOS DE CASOS NO BRASIL

5.2.1 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) ns. 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937, e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 42 (Novo Código Florestal)

O advento da Lei 12.651/2012, que se convencionou chamar de Novo Código Florestal, representou uma significativa alteração no marco regulatório da proteção da flora e da vegetação nativa no Brasil. Contudo, logo após sua promulgação, a nova legislação enfrentou questionamentos substanciais em relação à sua conformidade com a Constituição Federal, o que

¹²⁷⁷ EAGLE, Steven J. The Common Law and the environment. **Case Western Reserve Law Review**, vol. 58, p. 583, primavera, 2008.

deu origem a um extenso processo de análise e discussão perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

Em janeiro de 2013, a Procuradoria-Geral da República (PGR) ingressou com três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 4.901/DF, 4.902/DF e 4.903/DF), com o objetivo de questionar diversos dispositivos do Novo Código Florestal. Os fundamentos dessas ações estavam, em grande medida, ancorados na necessidade de conciliar o direito de propriedade com sua função social, bem como com os princípios constitucionais relativos à proteção do meio ambiente. A PGR ressaltou a importância da força normativa desses princípios constitucionais na orientação das decisões judiciais. Além disso, a PGR enfatizou a necessidade de o Brasil cumprir suas obrigações internacionais em matéria ambiental, notadamente aquelas relacionadas à Convenção sobre Diversidade Biológica.

Em abril de 2013, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou com a ADI 4.937/DF, ampliando a gama de contestações em relação ao Novo Código Florestal. Esta ação apresentou argumentos relacionados à violação do dever geral de preservação ambiental, à inconstitucionalidade da Cota de Reserva Ambiental (CRA), à restrição seletiva de novas autorizações para a supressão de vegetação, à anistia concedida para infrações legais cometidas até 22 de julho de 2008 e à continuidade de atividades prejudiciais ao meio ambiente em "áreas consolidadas".

A ampliação do debate sobre a constitucionalidade do Novo Código Florestal culminou com o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 42/DF em abril de 2016 pelo Partido Progressista (PP). Nessa ação, argumentou-se em favor da constitucionalidade dos dispositivos do Novo Código Florestal, alegando que eles representavam avanços ambientais e não acarretavam retrocessos ou prejuízos ambientais. O PP também destacou a relevância do Cadastro Ambiental Rural (CAR) e dos Planos de Recuperação Ambiental (PRAs) introduzidos pela Lei 12.651/2012.

Assim, o debate em torno do Novo Código Florestal abrangeu diversas questões cruciais, incluindo a dispensa da reserva legal em projetos de

interesse público, a autorização para novos desmatamentos em áreas previamente desmatadas, intervenções em Áreas de Preservação Permanente (APPs), a compatibilização entre o direito de propriedade e a função social da terra, e a necessidade de cumprir os compromissos internacionais em matéria ambiental, particularmente relacionados à Convenção sobre Diversidade Biológica.

O processo de análise das ADIs e da ADC envolveu a convocação de uma audiência pública conjunta em março de 2016, com o intuito de esclarecer questões técnicas relacionadas às ações. Essa audiência contou com a participação de representantes de diversos setores da sociedade, incluindo cientistas, acadêmicos, agropecuaristas, ambientalistas, órgãos públicos e parlamentares. Mais de 1.000 documentos eletrônicos relacionados às questões em debate foram apresentados nos processos, demonstrando a magnitude da discussão.

A Advocacia-Geral da União (AGU) manifestou-se em defesa da constitucionalidade dos dispositivos impugnados do Novo Código Florestal. A AGU argumentou que era possível conciliar os princípios da proteção ambiental, dignidade da pessoa humana, trabalho e propriedade, levando em consideração a realidade socioeconômica do país. A AGU defendeu que os dispositivos contestados eram apropriados para cumprir a função social da propriedade, conforme estabelecido no artigo 186 da Constituição Federal.

O julgamento final das ADIs e da ADC pelo STF ocorreu em 28 de fevereiro de 2018 e resultou em um acórdão com 672 páginas, incluindo relatório, votos dos ministros, transcrição dos debates e dispositivo. Todos os 11 ministros da corte apresentaram votos escritos, refletindo a complexidade e a importância do caso.

Não é escopo da tese examinar minuciosamente cada item da decisão, mas sim contextualizar e esboçar a linha dos votos, com foco no que se considera relevante para o estudo do pragmatismo jurídico.¹²⁷⁸

O Ministro Luiz Fux foi o relator do acórdão, que julgou parcialmente procedentes as ações. A ementa pode ser dividida em duas partes distintas: a primeira apresenta premissas teóricas do julgado (itens 1 a 21), enquanto a segunda faz uma apreciação pormenorizada das impugnações aos dispositivos da Lei (item 22, alíneas 'a' a 'v'). A análise a seguir se concentra na primeira parte da ementa, a fim de extrair os principais fundamentos da decisão da Suprema Corte.

Em primeiro lugar, a ementa recorda que a CRFB de 1988, por meio do seu artigo 225, *caput*, estabelece o meio ambiente como um bem de uso comum do povo, fundamental para a qualidade de vida e a existência digna das gerações presentes e futuras. Nessa perspectiva, impõe-se tanto ao Poder Público quanto à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. Essa disposição constitucional ressalta a importância fundamental da proteção ambiental no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, a ementa destaca o caráter dual do meio ambiente dentro do sistema jurídico. Ele é, simultaneamente, um direito e um dever dos cidadãos. Em outras palavras, todos têm o direito de desfrutar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas também carregam a responsabilidade de contribuir para sua proteção. Essa dualidade ressalta a ideia de que a sociedade como um todo deve atuar em conjunto para preservar o meio ambiente.

A ementa também aborda a interdependência intrínseca entre os seres humanos e o meio ambiente. Ela destaca que, ao longo de milênios, as interações genéticas e evolutivas entre a espécie humana e o ambiente

¹²⁷⁸ Para facilitar a leitura, as referências ao julgamento serão feitas apenas em relação à ADC 42. Optou-se, também, por não transcrever a ementa na íntegra, a qual contém 20 páginas, citando apenas os trechos mais relevantes em notas de rodapé.

resultaram na formação da humanidade. Portanto, a vida humana está inextricavelmente ligada aos recursos naturais contidos no meio ambiente. Isso enfatiza que, mesmo com avanços tecnológicos significativos, a atividade humana permanece dependente dos recursos naturais em todas as suas formas.

No decorrer do texto, são apontadas as crescentes preocupações ambientais que surgiram ao longo do último século. Recursos naturais estão sendo extintos, danos irreversíveis à natureza estão se tornando mais frequentes e as mudanças climáticas são uma realidade científica. Além disso, várias formas de poluição estão se espalhando pelos centros urbanos e outras evidências empíricas evidenciam uma crise ambiental. Nesse contexto, o enfoque no crescimento econômico sem devida consideração ecológica representa uma ameaça presente e futura para o progresso sustentável das nações e até mesmo para a sobrevivência da espécie humana. Portanto, a ementa reforça a ideia de que o ser humano só pode progredir como ser biológico e como coletividade quando se percebe como um produto, não um proprietário, do meio ambiente.

O texto também faz referência a marcos importantes no desenvolvimento das políticas ambientais em escala global. A Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, representou a primeira norma a reconhecer o direito humano a um meio ambiente de qualidade. Já a Conferência Eco-92, realizada no Rio de Janeiro em 1992, introduziu o princípio do desenvolvimento sustentável, enfatizando a necessidade de equilibrar o crescimento socioeconômico com o uso adequado dos recursos naturais. Esse novo paradigma demandou dos Estados a formulação de políticas públicas mais elaboradas, considerando a gestão eficiente de matérias-primas, diagnóstico e controle das externalidades ambientais, bem como o cálculo de níveis ideais de poluição. Todos esses instrumentos têm em comum a perspectiva intergeracional, estabelecendo uma ligação entre os impactos gerados pelas gerações atuais e a disponibilidade futura de recursos naturais.

Em 2012, a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20) acrescentou à discussão a ideia de governança ambiental global, enfatizando a importância de uma coordenação eficaz entre os Estados e outras partes interessadas em questões ambientais.

Paralelamente a esses marcos internacionais, diversos documentos bilaterais e multilaterais têm regulamentado questões específicas relacionadas ao meio ambiente. Alguns exemplos incluem a Convenção para Prevenção da Poluição Marinha por Fontes Terrestres (1974), a Convenção para Proteção dos Trabalhadores contra Problemas Ambientais (1977), a Convenção sobre Poluição Transfronteiriça (1979), o Protocolo sobre Áreas Protegidas e Fauna e Flora (1985), a Convenção sobre Avaliação de Impacto Ambiental em Contextos Transfronteiriços (1991), a Convenção da Biodiversidade (1992), o Protocolo de Quioto (1997) e outros. Essa atividade política em escala global tem despertado Estados e comunidades para a urgência e importância da causa ambiental.

A ementa destaca que, comparativamente, 150 constituições em vigor atualmente abordam a proteção ao meio ambiente em seus textos. No Brasil, embora constituições anteriores tenham regulamentado aspectos específicos relacionados a alguns recursos naturais, como água e minérios, a Constituição de 1988 foi marcante ao elevar a proteção integral e sistemática do meio ambiente ao status de valor central da nação. Por essa razão, a comunidade internacional a apelidou de "Constituição Verde," considerando-a a mais avançada do mundo nesse assunto.

A natureza transnacional e transfronteiriça dos problemas ambientais também é mencionada na ementa, exigindo uma atuação mais coordenada entre Estados, organizações internacionais e organizações não governamentais. Essa colaboração deve visar transformar a preservação da natureza em um instrumento de combate à pobreza e às desigualdades.

Por outro lado, as políticas públicas ambientais devem ser conciliadas com outros valores democráticos, como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social e as necessidades básicas de consumo dos cidadãos, o que reflete a complexidade das escolhas políticas relacionadas ao meio ambiente.

A ementa destaca que o desenvolvimento sustentável não implica em uma visão estática dos recursos naturais, que proíbe qualquer mudança ou

interferência nos processos ecológicos. Pelo contrário, reconhece que a história humana e natural é marcada por mudanças e adaptações, não por condições estáticas ou equilíbrio absoluto.

A preservação dos recursos naturais para as gerações futuras não pode ser interpretada como a completa ausência de impacto humano na natureza, tendo em vista as necessidades materiais da geração atual e a necessidade de gerar desenvolvimento econômico suficiente para proporcionar um futuro próspero para as próximas gerações.

A ementa enfatiza que a aparente dicotomia entre meio ambiente e desenvolvimento econômico não é intrínseca, e as decisões relacionadas a esses valores devem ser tomadas por meio de processos democráticos, não por convicções de juízes, independentemente de suas boas intenções.

A jurisdição constitucional enfrenta limitações em relação às políticas públicas, e o Judiciário deve respeitar as escolhas do legislador, desde que essas escolhas sejam baseadas em especulações racionais, mesmo que não sejam respaldadas por evidências empíricas.

A capacidade institucional também impõe uma autocontenção ao Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos outros poderes por suas próprias decisões. Essa autocontenção é fundamental para a manutenção do equilíbrio de poderes em um sistema democrático.

A ementa ressalta que o princípio da vedação do retrocesso não deve se sobrepor ao princípio democrático, e o Judiciário não deve buscar assumir funções típicas dos Poderes Legislativo e Executivo. Essa ênfase na democracia e na divisão de poderes é essencial para a estabilidade das instituições e a manutenção do Estado de Direito.

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é citada como exemplo de deferência ao planejamento estruturado feito pelos demais poderes no que diz respeito às políticas públicas ambientais. Em um caso

específico¹²⁷⁹, o Supremo Tribunal Federal decidiu que uma lei municipal proibindo queimadas deveria ceder a uma lei estadual que estabelecia um cronograma para a transição para métodos sem fogo no cultivo de cana-de-açúcar. Essa decisão foi baseada na necessidade de acomodar outros interesses legítimos, como o mercado de trabalho e as limitações práticas na utilização de máquinas em terrenos acidentados. Isso ilustra a ideia de que a norma mais favorável ao meio ambiente não deve prevalecer automaticamente, e o regulador pode distribuir recursos escassos para atender a uma variedade de interesses legítimos, mesmo que isso não resulte no máximo benefício ambiental.

Em resumo, as premissas teóricas mencionadas na ementa abordam uma ampla gama de questões relacionadas ao meio ambiente, destacando sua importância constitucional, a interdependência entre seres humanos e natureza, o desenvolvimento das políticas ambientais global e nacional, os desafios da tomada de decisões relacionadas ao meio ambiente, e a necessidade de equilibrar a preservação ambiental com outros valores democráticos. Elas também enfatizam a importância de respeitar as escolhas democráticas e a divisão de poderes, reconhecendo a complexidade e as nuances envolvidas na formulação de políticas públicas ambientais.

O julgamento da ADC 42 pelo STF se destaca, assim, como um pilar no avanço do direito ambiental no Brasil, tornando-se um precedente emblemático por diversas razões. A decisão não apenas delineou parâmetros claros para a interpretação e aplicação da lei ambiental, mas também se esforçou para equilibrar uma multiplicidade de interesses, na tentativa de promover a pacificação social.

Com efeito, a ADC 42 serve como um manual instrutivo para juízes e tribunais inferiores em todo o país. A complexidade das questões ambientais exige uma orientação jurídica clara e robusta. A decisão, nessa perspectiva, é caracterizada por uma tentativa de equilibrar diferentes interesses em jogo,

¹²⁷⁹ Recurso Extraordinário nº 586.224/SP, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 05/03/2016.

sopesando o reconhecimento do direito fundamental a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado com outros valores constitucionais.

Nesse contexto, o julgamento oferece uma direção jurídica detalhada, fundamentada em princípios mandatórios nucleares do sistema jurídico brasileiro, como destaca Nicolao Dino:

Se por um lado o resultado desse histórico julgamento não correspondeu, em sua integralidade, às expectativas de todas as partes direta ou indiretamente interessadas nas questões ali postas, por outro, é inteiramente válido e necessário destacar que o julgado em tela credencia-se na história do direito ambiental brasileiro como um marco na reafirmação da ideia de que o direito [fundamental] ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado integra o rol axiológico basilar da Constituição, sendo devidamente calibrado e articulado por princípios (mandamentos nucleares do sistema jurídico-normativo), dotados de densidade constitucional: desenvolvimento sustentável, progresso ecológico, proibição de retrocesso socioambiental, função socioambiental da propriedade, prevenção e precaução.¹²⁸⁰

Por outro lado, a importância dada aos precedentes judiciais, incluindo o estudo dos votos divergentes, é um fenômeno crescente no Brasil, e a ADC 42 exemplifica essa tendência. Cada voto e seus fundamentos devem ser corretamente analisados para que se possa compreender a verdadeira intenção da corte, oferecendo-se, assim, a necessária segurança jurídica aos intérpretes e aplicadores do direito.

É o que afirma Marga Inge Barth Tessler:

Assim, já não basta extrair a *ratio decidendi*, que é a razão pela qual se decidiu como decidiu, mas, para alcançar o efeito expansivo, examinar todos os elementos trazidos à

¹²⁸⁰ DINO, Nicolao. Acórdão nas ADIs nºs 4.901, 4.902, 4.903, 4.937 e na ADC nº 42 (Código Florestal): comentários ao voto-vista da Ministra Carmen Lúcia. In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; FREITAS, Vladimir Passos; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Comentários aos acórdãos ambientais: paradigmas do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 447.

consideração. Justifica-se, pois, a tarefa de esquadrihar os votos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal na histórica decisão da ADC nº 42/DF.¹²⁸¹

Destacam-se a seguir alguns tópicos analisados nos votos, que se mostram relevantes para a tese: hierarquia e sopesamento de princípios constitucionais, princípio da proibição do retrocesso ambiental, fato consumado e segurança jurídica, desenvolvimento sustentável, deferência judicial à escolha administrativa e à opção do legislador (autocontenção), interdisciplinaridade e análise econômica do direito.

Em primeiro lugar, a análise da **hierarquia de princípios constitucionais**, conforme evidenciado no acórdão, revela uma complexidade intrínseca na interpretação e aplicação desses princípios pelo STF. Dois exemplos dessa análise se concentraram na interação entre a proteção ambiental e a promoção do desporto, e entre aquela e o desenvolvimento sustentável.¹²⁸²

¹²⁸¹ TESSLER, Marga Inge Barth. Ação declaratória de constitucionalidade nº 42/DF (Código Florestal): análise do voto do Ministro Marco Aurélio. In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; FREITAS, Vladimir Passos; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Comentários aos acórdãos ambientais: paradigmas do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 500.

¹²⁸² Ementa: “[...] (a) Art. 3º, inciso VIII, alínea ‘b’, e inciso IX (Alargamento das hipóteses que configuram interesse social e utilidade pública): As hipóteses de intervenção em áreas de preservação permanente por utilidade pública e interesse social devem ser legítimas e razoáveis para compatibilizar a proteção ambiental com o atendimento a outros valores constitucionais, a saber: prestação de serviços públicos (art. 6º e 175 da CRFB); políticas agrícola (art. 187 da CRFB) e de desenvolvimento urbano (art. 182 da CRFB); proteção de pequenos produtores rurais, famílias de baixa renda e comunidades tradicionais; o incentivo ao esporte (art. 217 da CRFB), à cultura (art. 215 da CRFB) e à pesquisa científica (art. 218 da CRFB); e o saneamento básico (artigos 21, XX, e 23, IX, da CRFB). O regime de proteção das áreas de preservação permanente (APPs) apenas se justifica se as intervenções forem excepcionais, na hipótese de inexistência de alternativa técnica e/ou locacional. No entanto, o art. 3º, inciso IX, alínea g, limitou-se a mencionar a necessidade de comprovação de alternativa técnica e/ou locacional em caráter residual, sem exigir essa circunstância como regra geral para todas as hipóteses. Essa omissão acaba por autorizar interpretações equivocadas segundo as quais a intervenção em áreas de preservação permanente é regra, e não exceção. Ademais, não há justificativa razoável para se permitir intervenção em APPs para fins de gestão de resíduos e de realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, sob pena de subversão da prioridade constitucional concedida ao meio ambiente em relação aos demais bens jurídicos envolvidos nos dispositivos respectivos; CONCLUSÃO: (i) interpretação conforme à Constituição aos incisos VIII e IX do artigo 3º da Lei n. 12.651/2012, de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta, e (ii)

A primeira situação envolve a autorização legal para a realização de competições esportivas em áreas de preservação permanente, conforme estabelecido no artigo 3º, inciso VIII, alínea 'b', do Código Florestal. Segundo o voto do relator, tal cenário equivaleria a atribuir ao incentivo ao desporto valor constitucional prevalente ao valor da proteção ambiental. No entanto, segundo o Ministro Luiz Fux, a Constituição oferece uma proteção mais ampla ao meio ambiente, considerando-o um "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida" (art. 225 da CRFB), em comparação com o tratamento dado ao esporte como um "direito de cada um" e uma "forma de promoção social" (art. 217 da CRFB).

A segunda situação diz respeito à permissão para a realização de empreendimentos de gestão de resíduos sólidos em áreas de preservação permanente, o que, segundo Fux, diminui o valor da proteção dessas áreas "para atendimento de valor de semelhante status, o desenvolvimento sustentável." De acordo com o voto, "ao permitir a gestão de resíduos em APPs, a tentativa do legislador ordinário de integrar ambos provocou uma desnecessária superposição do primeiro valor sobre o segundo, ensejando o esvaziamento desse último."

Conclui-se, portanto, que, embora a hierarquização entre direitos fundamentais seja, a princípio, refutada, os exemplos mostram que, na prática, ela existe. O STF estabeleceu uma ordem de prioridade, elevando a proteção do meio ambiente acima de outros interesses defendidos na Constituição. Nesse aspecto, a medida de tolerância à intervenção do legislador é o melhor termômetro. "Quanto mais tolerante, menos fundamental. É o império do tempo, de suas contingências e valores; uma facticidade que desafia o sentido da normatividade."¹²⁸³

declaração de inconstitucionalidade das expressões "gestão de resíduos" e "instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais", do artigo 3º, VIII, b, da Lei n. 12.651/2012; [...]."

¹²⁸³ SAMPAIO, José Adércio Leite. Ambiente: um direito de segunda classe? (Excurso sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADC nº 42/DF). In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; FREITAS, Vladimir Passos; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Comentários**

De outro lado, mesmo que posicionado em patamar elevado, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é considerado absoluto. Está, ao contrário, sujeito à consideração de outros interesses sociais e econômicos fundamentais. Um exemplo ilustrativo dessa ponderação pode ser observado na discussão travada sobre a redução da Reserva Legal na Amazônia. Esta medida é examinada sob a lente crítica do custo-benefício e do desenvolvimento regional, refletindo a multifacetada natureza da interpretação constitucional.¹²⁸⁴

Nesse contraste, a lógica de sopesamento adotada pela corte é evidente. Conforme o voto do relator, “cabe ao Judiciário ser deferente ao sopesamento de valores constitucionais realizado pelos demais Poderes” quando a Constituição não estabelece específica e expressamente preferências de alguns valores sobre os outros, “sob pena de usurpação da discricionariedade político-legislativa.” Desse modo, nos dizeres de Marcelo Buzaglo Dantas, “cabe ao legislador sopesar. E, ao judiciário, aceitar a ponderação realizada pelo poder competente - caso esta se revele razoável e que não aniquile por completo o núcleo fundamental do direito ao meio ambiente equilibrado.”¹²⁸⁵

Outro tópico fundamental diz respeito à análise feita pelos Ministros acerca da natureza do **princípio da proibição do retrocesso ambiental**, conceito jurídico que se baseia na ideia de que as normas e padrões de proteção do meio ambiente, uma vez estabelecidos, não devem ser revogados ou reduzidos. O objetivo desse postulado jurídico é garantir que as conquistas

aos acórdãos ambientais: paradigmas do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 311.

¹²⁸⁴ Ementa: “[...] (o) Art. 13, § 1º (Possibilidade de redução da reserva legal para até 50% da área total do imóvel rural): A redução ou aumento da Reserva Legal pelo poder público federal, por indicação do Zoneamento Ecológico-Econômico estadual, para fins de regularização em imóveis com área rural consolidada na Amazônia Legal, valoriza as particularidades das áreas, com o intuito de fixar alternativas de uso e gestão que oportunizam as vantagens competitivas do território, contempladas variadas atividades de preservação e desenvolvimento em níveis nacional, regional e local; CONCLUSÃO: Declaração de constitucionalidade do artigo 13, § 1º, do novo Código Florestal; [...]”

¹²⁸⁵ DANTAS, Marcelo Buzaglo. Proibição do retrocesso e colisão de direitos fundamentais: a constitucionalidade do código florestal brasileiro. In: DANTAS, Marcelo Buzaglo; NIEBUHR, Pedro (org.). **Leading cases ambientais analisados pela doutrina**. Florianópolis: Habitus, 2021, p. 208.

ambientais não sejam desfeitas, assegurando a preservação e a melhoria contínua das condições ambientais.

Na ADC 42, este princípio foi analisado e discutido em detalhes. O entendimento majoritário da corte indica que o princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático. Isso significa que não justifica a transferência ao Judiciário de funções inerentes aos poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país.

O STF reconheceu que existem padrões de proteção ambiental previstos na legislação em vigor e que estes não podem ser revogados por normas supervenientes sem que se adote uma política correspondente que a venha substituir.¹²⁸⁶ De acordo com a Ministra Cármen Lúcia, “Não é compatível com a Constituição da República [...] a superação da legislação ambiental, sem que sejam simultaneamente editadas medidas que compensem o impacto ambiental causado por normas mais permissivas”, e é nesse sentido que deve ser examinada a constitucionalidade da nova Lei. Isso se alinha com a ideia de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ocupa um lugar privilegiado no ordenamento, e que qualquer tentativa de reduzir esse direito pode ser vista como um retrocesso.

No entanto, o STF também considerou que a aplicação do princípio da proibição do retrocesso ambiental não é absoluta. O ministro Gilmar Mendes, por exemplo, expressou que não via a ocorrência de retrocesso ambiental na legislação em exame, mas “apenas uma autorização constitucional para a modificação dos níveis de proteção, mediante a possibilidade de compensação aos danos existentes.”¹²⁸⁷

¹²⁸⁶ DANTAS, Marcelo Buzaglo. Proibição do retrocesso e colisão de direitos fundamentais: a constitucionalidade do código florestal brasileiro, p. 202.

¹²⁸⁷ GRAÇA, Cristina Seixas. A aplicação do princípio do não retrocesso de proteção ambiental diante da Lei nº 12.651/2012 (novo Código Florestal) e alterações trazidas pela Lei nº 12.727/2012: análise do voto do Ministro Gilmar Mendes na ação declaratória de constitucionalidade nº 42. In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; FREITAS, Vladimir

O Ministro Luís Roberto Barroso também reconheceu o princípio da vedação do retrocesso ambiental como um princípio constitucional implícito, porém com um perfil débil: “o legislador pode alterar o nível de tutela dos direitos, desde que respeite o seu ‘núcleo essencial’ e ‘não implique um déficit significativo de proteção’.” A admissão de um “retrocesso relativo” seria consequência “do princípio democrático e não uma concessão aos mandos econômicos.”¹²⁸⁸

Para Marcelo Dantas, entretanto, no caso específico do Novo Código Florestal, o princípio em tela não se aplica, uma vez que a Lei n. 12.651/12, independentemente de sua qualidade, substituiu integralmente a Lei 4.771/65, adotando uma nova política Florestal para o Brasil. O princípio da proibição do retrocesso ecológico “somente seria aplicável se tivesse havido apenas a revogação do código antigo, sem a necessária adoção de um novo regime”.¹²⁸⁹

A questão do **fato consumado** e da **segurança jurídica** também foi abordada no contexto da análise da constitucionalidade dos dispositivos da nova Lei. O STF entendeu que não é possível comparar leis criadas em tempos diferentes, dada a evolução da ciência e da tecnologia. A corte reconheceu a necessidade de uma abordagem interdisciplinar, mesclando análise jurídica com conhecimento técnico e científico, para evitar danos futuros decorrentes de decisões judiciais.

Os Ministros debateram a autorização para intervenção em mangues e restingas para execução de obras habitacionais, de modo a equilibrar o direito fundamental à moradia e o desenvolvimento urbano com a proteção

Passos; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Comentários aos acórdãos ambientais: paradigmas do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 292.

¹²⁸⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Ambiente: um direito de segunda classe? (Excurso sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADC nº 42/DF). p. 315.

¹²⁸⁹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. Proibição do retrocesso e colisão de direitos fundamentais: a constitucionalidade do código florestal brasileiro, p. 204.

ambiental.¹²⁹⁰ O STF enxergou neste dispositivo que “não haveria nenhuma inconstitucionalidade, posto que estaria dentro do espaço de discricionariedade da definição da política legislativa em privilegiar outros interesses sociais igualmente fundamentais”.¹²⁹¹ A decisão enfatizou a excepcionalidade legalmente estabelecida e a impossibilidade de restauração do local, distinguindo claramente entre “fatos consumados” e “impossibilidade de restauração”. O voto do Ministro Marco Aurélio rejeitou a conexão entre os dois conceitos, enfatizando a excepcionalidade e a impossibilidade de restauração ao estado primitivo.¹²⁹²

O STF reconheceu ainda a importância do **desenvolvimento sustentável** como um axioma do direito ambiental, um princípio que é corroborado por importantes diplomas internacionais e nacionais. O compromisso público com o desenvolvimento sustentável envolve a "necessária composição entre o crescimento socioeconômico e o uso adequado e razoável

¹²⁹⁰ Ementa: “[...] (j) Art. 8º, § 2º (Possibilidade de intervenção em restingas e manguezais para a execução de obras habitacionais e de urbanização em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda): Ao possibilitar a intervenção em restingas e manguezais para a execução de obras habitacionais e de urbanização em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda, o legislador promoveu louvável compatibilização entre a proteção ambiental e os vetores constitucionais de erradicação da pobreza e da marginalização, e redução das desigualdades sociais (art. 3º, IV, da CRFB); de promoção do direito à moradia (art. 6º da CRFB); de promover a construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX, da CRFB); de combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (art. 23, X, da CRFB); e de estabelecer política de desenvolvimento urbano para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182 da CRFB). Ademais, os empreendimentos respectivos devem sempre vir acompanhados de estudos de impacto ambiental e medidas compensatórias, além das medidas de fiscalização administrativa, consoante a determinação constitucional. Ante a previsão legal desses requisitos estritos e plenamente razoáveis, considerados os interesses em jogo, exige-se do Judiciário uma postura de autocontenção, em homenagem à função constitucionalmente garantida ao Legislativo para resolver conflitos de valores na formulação de políticas públicas. CONCLUSÃO: Declaração de constitucionalidade do artigo 8º, § 2º, do novo Código Florestal; [...]”

¹²⁹¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Comentários ao acórdão do Supremo Tribunal Federal que julgou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937 e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC nº 42) envolvendo o Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012). In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; FREITAS, Vladimir Passos; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Comentários aos acórdãos ambientais: paradigmas do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 373.

¹²⁹² TESSLER, Marga Inge Barth. Ação declaratória de constitucionalidade nº 42/DF (Código Florestal): análise do voto do Ministro Marco Aurélio, p. 498.

dos recursos naturais". Este equilíbrio é essencial para garantir que o progresso econômico e social não comprometa a integridade do meio ambiente.¹²⁹³

O Ministro Alexandre Moraes, por sua vez, enfatizou que não é possível avaliar a inconstitucionalidade de uma lei apenas comparando-a com o regramento anterior. Em muitos casos, a alteração legislativa pode frustrar as expectativas de um padrão mais intenso de preservação ambiental. No entanto, tais alterações são muitas vezes realizadas em atenção a outros interesses sociais e econômicos igualmente fundamentais.

A legislação ambiental, portanto, é o resultado de um processo de ponderação cuidadosa entre diversos interesses. A proteção ambiental, o desenvolvimento nacional e o conteúdo econômico da propriedade privada são considerados e equilibrados para garantir que nenhum desses princípios seja comprometido. Este equilíbrio é vital para garantir um desenvolvimento sustentável que atenda às necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender às suas próprias necessidades.

No quesito relacionado à **deferência judicial**, é possível identificar no acórdão um debate profícuo sobre como o Judiciário, em várias instâncias, aborda suas responsabilidades e limites ao revisar as decisões tomadas pelos demais Poderes.

O STF demonstrou, por exemplo, uma postura de deferência à escolha do legislador em relação à definição de leito regular e a metragem de área de preservação permanente. A Corte reconheceu que não possui a expertise técnica nem a legitimidade social para decidir sobre essas questões específicas, ressaltando a autoridade do legislador para fazer tais determinações.¹²⁹⁴

¹²⁹³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Comentários ao acórdão do Supremo Tribunal Federal que julgou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n°s 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937 e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC n° 42) envolvendo o Novo Código Florestal (Lei n° 12.651/2012), p. 336.

¹²⁹⁴ Ementa: "[...] (c) Art. 3º, XIX (Alteração do conceito de leito regular): A legislação em vigor tão somente modificou o marco para a medição da área de preservação ambiental ao longo de

De acordo com o voto do relator:

Não há qualquer base exegética ou empírica para sustentar que a Constituição impediu o legislador de modificar a metragem de áreas de preservação permanente. Ao contrário, o art. 225, § 1º, III, da Carta Magna expressamente permite que a lei altere ou suprima “espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos”. Na hipótese, a legislação em vigor tão somente modificou o marco para a medição da área de preservação ambiental ao longo de rios e cursos d’água, passando a ser o leito regular destes e não mais o seu nível mais alto, tudo nos lindes do espaço interpretativo assegurado ao legislador democrático.

Esta afirmação sublinha a convicção de que o legislador possui a autoridade para definir e ajustar os padrões de proteção ambiental dentro dos limites constitucionais.

A Corte reafirmou, portanto, que, embora a proteção do meio ambiente seja um direito fundamental, o Judiciário não é necessariamente o órgão mais equipado ou legitimado democraticamente para definir especificidades, como percentuais de espaços territoriais especialmente protegidos. Essa definição é atribuída ao Executivo e ao Legislativo pelo artigo 225 da Constituição, cujas atribuições são limitadas apenas pelo juízo de proporcionalidade.¹²⁹⁵

Em síntese, esta postura de autocontenção judicial é vista pela corte como necessária para evitar a usurpação das funções inerentes aos

rios e cursos d’água, passando a ser o leito regular respectivo, e não mais o seu nível mais alto. O legislador possui discricionariedade para modificar a metragem de áreas de preservação ambiental, na medida em que o art. 225, § 1º, III, da Constituição, expressamente permite que a lei altere ou suprima “espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos”; CONCLUSÃO: declaração de constitucionalidade do art. 3º, XIX, do novo Código Florestal; [...]”.

¹²⁹⁵ José Adércio Leite Sampaio bem observa, nesse aspecto, que o juízo de proporcionalidade, “apesar de seu rigor em elaboração dogmática e seu desenvolvimento em subprincípios ou máximas, sucumbe às incertezas de ser um texto aberto a interpretações e, portanto, à pré-compreensão do intérprete.” (SAMPAIO, José Adércio Leite. Ambiente: um direito de segunda classe? (Excurso sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADC nº 42/DF), p. 319).

poderes Legislativo e Executivo e para garantir que as decisões sejam tomadas por aqueles com o conhecimento técnico e científico mais apropriado.

A complexidade técnica e científica inerente às questões ambientais é, de fato, um tema recorrente no acórdão. Destacou-se a evolução extraordinária da ciência no período entre a Lei revogada de 1965 e a de 2012, apontando-se para a necessidade de uma abordagem judicial que integre a análise jurídica com o conhecimento técnico e científico.¹²⁹⁶ Esta integração é vista como essencial para evitar decisões arbitrárias e garantir que as determinações judiciais sejam informadas e justas.

O Ministro Marco Aurélio enfatizou a necessidade de prudência e deferência do Judiciário em face de questões técnicas e científicas complexas. Ele argumentou que os magistrados, em geral, não possuem o conhecimento técnico necessário para avaliar adequadamente as questões ambientais e, portanto, devem mostrar deferência às instâncias administrativas e representativas que possuem maior expertise.¹²⁹⁷

A deferência judicial também é vista como uma necessidade para respeitar a separação dos poderes e as escolhas democráticas feitas pelo legislador. O voto do Ministro Alexandre de Moraes, por exemplo, realçou a importância de respeitar as opções políticas tomadas pelo Congresso Nacional, especialmente em um ambiente democrático onde diferentes visões e interesses são debatidos e contrapostos.

Segundo o Ministro:

Obviamente, o fato de o Código Florestal ter sido aprovado por 410 votos na Câmara dos Deputados e 59 no Senado Federal, demonstrando ampla maioria, não afasta ou diminui o exercício da jurisdição constitucional por esta CORTE, inclusive seu papel

¹²⁹⁶ GRAÇA, Cristina Seixas. A aplicação do princípio do não retrocesso de proteção ambiental diante da Lei nº 12.651/2012 (novo Código Florestal) e alterações trazidas pela Lei nº 12.727/2012: análise do voto do Ministro Gilmar Mendes na ação declaratória de constitucionalidade nº 42, p. 296.

¹²⁹⁷ TESSLER, Marga Inge Barth. Ação declaratória de constitucionalidade nº 42/DF (Código Florestal): análise do voto do Ministro Marco Aurélio, p. 489.

contramajoritário, mas reforça a necessidade de respeito às opções políticas tomadas pelo Congresso Nacional em um ambiente democrático de debate e contraposição de visões e interesses divergentes sobre tema de alta indagação e apelo social, quando observada a proteção ao *núcleo essencial de proteção ao meio ambiente*.

A deferência judicial à opção do legislador também é ilustrada pelo caso norte-americano *FCC v. Beach Communications, Inc.*, citado no voto do Ministro Luiz Fux. Neste caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou que “a escolha do legislador não está sujeita ao escrutínio empírico dos Tribunais e pode se basear em especulações racionais não embasadas em provas ou dados empíricos.”¹²⁹⁸ Esta decisão reflete a ideia de que os tribunais não devem substituir ou questionar as escolhas legislativas, a menos que sejam claramente irracionais ou inconstitucionais.¹²⁹⁹

No entanto, esta postura não se mostrou isenta de críticas. A adoção estrita da doutrina de autocontenção pode, em alguns casos, ser vista como uma negativa de jurisdição, especialmente em um campo tão carregado de incertezas e complexidades como o ambiental. José Adércio Sampaio alerta que a incerteza é o “novo normal” na seara do direito ambiental, e o STF parece se contradizer ao afirmar que a incerteza exige silêncio das cortes,¹³⁰⁰ embora

¹²⁹⁸ No original: “*Legislative choice is not subject to courtroom factfinding and may be based on rational speculation unsupported by evidence or empirical data*”. (508 U.S. 307 (1993)).

¹²⁹⁹ O caso *FCC v. Beach Communications* girou em torno da regulamentação de empresas de TV a cabo pela Comissão Federal de Comunicações (FCC) dos EUA. A *Beach Communications* questionou a legalidade de uma regra que tratava de maneira diferente as empresas de TV a cabo que serviam a edifícios individuais e aquelas que atendiam a múltiplos prédios. A empresa alegou que essa diferenciação era arbitrária e inconstitucional. No entanto, a Suprema Corte dos EUA decidiu a favor da FCC, afirmando que a distinção era razoável e não violava a Constituição. A Corte entendeu que o legislador não é obrigado a produzir evidências para apoiar sua racionalização para uma distinção e pode se basear em especulação racional não respaldada por evidência ou dados empíricos. Esse caso é frequentemente citado em situações envolvendo deferência judicial às decisões legislativas e regulatórias, destacando que não precisam ser perfeitas ou precisamente adaptadas para serem consideradas constitucionais.

¹³⁰⁰ Ementa: “[...] 18. A capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe auto-contenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos dos Estado por suas próprias escolhas [...]” (sic)

já tenha reconhecido, em outras oportunidades, a precaução como princípio do direito ambiental.¹³⁰¹

A deferência, portanto, não é absoluta. O Judiciário, ao mesmo tempo em que respeita a autoridade legislativa, também possui a atribuição de garantir que as leis e políticas estejam em conformidade com os princípios e direitos constitucionais. Este equilíbrio delicado entre a deferência e a revisão judicial é essencial para garantir que o sistema jurídico funcione de maneira justa e eficaz, protegendo os direitos fundamentais e promovendo o bem-estar coletivo.

Nesse cenário, emerge a relevância da **interdisciplinaridade** na tomada de decisão em matéria ambiental, por diversas vezes ressaltada no acórdão, evidenciando a complexidade e a multifacetada natureza das questões ambientais. Os votos destacaram a necessidade de uma abordagem integrada que combine análise jurídica com conhecimento técnico e científico, uma necessidade amplificada pela rápida evolução e fluidez das informações na sociedade contemporânea.

A título ilustrativo, excertos do voto do relator:

O Judiciário não possui a expertise necessária para a definição pormenorizada dos espaços a serem protegidos dessa forma, nem é institucionalmente desenhado para realizar esse tipo de análise técnica.

[...]

É defeso ao Judiciário, sob pena de nociva incursão em tarefa regulatória especializada, impor ao Administrador espécies de plantas a serem aplicadas em atividades de reflorestamento.

A análise pelos demais Ministros reforçou essa narrativa, sublinhando a essencialidade da imersão em conhecimentos técnicos e científicos para julgar questões ambientais com eficácia. A interdisciplinaridade

¹³⁰¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Ambiente: um direito de segunda classe? (Excurso sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADC nº 42/DF), p. 313.

não é uma escolha, mas uma exigência para assegurar resoluções justas e efetivas, evitando a perpetuação dos danos ambientais.

Nessa mesma seara, é relevante mencionar o emprego de **argumentos econômicos** na decisão, utilizados para avaliar se a nova legislação representava um retrocesso na proteção ambiental ou se era uma reconfiguração razoável e equilibrada das leis existentes para atender a outros interesses sociais importantes.

O Ministro Luís Roberto Barroso, por exemplo, se mostrou particularmente preocupado com a redução da reserva legal para até 50% da Amazônia legal. Esse bioma tem status de proteção especial na Constituição, e, segundo o Ministro, intervenções anteriores não beneficiaram o desenvolvimento da região. Sua avaliação de custo-benefício da nova Lei o levou a declarar a inconstitucionalidade dos §§ 4º e 5º do art. 12, no que acabou vencido.¹³⁰²

Nas palavras do Ministro:

Nós temos que transformar a manutenção da floresta em algo mais valioso do que a sua derrubada, até porque com a

¹³⁰² Ementa: “[...] (I) Art. 12, §§ 4º e 5º (Possibilidade de redução da Reserva Legal para até 50% da área total do imóvel em face da existência, superior a determinada extensão do Município ou Estado, de unidades de conservação da natureza de domínio público e de terras indígenas homologadas): A redução excepcional e facultativa da área de Reserva Legal em face de existência de unidades de conservação da natureza de domínio público e terras indígenas homologadas acomoda o atendimento de diversos interesses igualmente salvaguardados pela Carta Magna, como a proteção do meio ambiente (art. 225), o reconhecimento dos direitos dos índios (art. 231), o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a redução das desigualdades regionais (art. 3º, III) e a preservação dos entes federativos menores (art. 18). O Judiciário não é órgão dotado de expertise ou legitimidade democrática para definir percentuais de espaços territoriais especialmente protegidos, à medida que o próprio art. 225, § 1º, III, da Constituição atribui essa definição ao Executivo e ao Legislativo. A redução da área de Reserva Legal ocorre em graduação deveras razoável: de 80% (oitenta por cento) para até 50% (cinquenta por cento). Quando o poder público estadual optar pela redução, deverá ouvir o Conselho Estadual de Meio Ambiente, órgão estadual responsável pela análise da viabilidade ecológica dessa iniciativa, e possuir Zoneamento Ecológico-Econômico aprovado. Relativamente aos Municípios, as normas impugnadas visam a possibilitar uma alternativa institucional de manutenção da viabilidade e autonomia da municipalidade que tenha sua área sensivelmente afetada por iniciativa dos Estados (mediante a criação de unidades de conservação estadual), ou da União (seja pela instituição de unidades federais de proteção ambiental, seja pela homologação de terras indígenas). Trata-se, a rigor, de uma cláusula legal que protege o ente municipal de indevida intervenção estadual para além das cláusulas taxativas do art. 35 do texto constitucional; CONCLUSÃO: Declaração de constitucionalidade do artigo 12, §§ 4º e 5º, do novo Código Florestal; [...]”

expressiva, absurda, criminosa, política de desmatamento que vigeu por muitos anos, o produto interno bruto da Amazônia não aumentou nenhum ponto percentual. Portanto nós destruimos a floresta sem melhorar a vida das pessoas, de modo que era preciso incluir a preservação da Amazônia com prioridade máxima num projeto de preservação da floresta e tornar social e economicamente mais interessante preservá-la que derrubá-la.

Já para a Ministra Cármen Lúcia, o Código Florestal de 1965, vigente na promulgação da Constituição de 1988, não pode ser superado apenas sob a justificativa de se privilegiar o desenvolvimento nacional. Citando Michel Prieur, reconheceu que, embora a ideia de máxima efetividade ambiental pareça utópica, “entre a poluição zero e o uso das melhores tecnologias disponíveis para reduzir a poluição existente, há uma grande margem de manobra.”

O voto do Ministro Luiz Fux, por outro lado, foi significativamente influenciado pela Análise Econômica do Direito (AED). Fux destacou a necessidade de equilíbrio na satisfação de diferentes valores relevantes que estão em permanente tensão, e sublinhou a importância da implementação de uma estrutura de incentivos bem articulada, visando uma alocação eficiente dos recursos ambientais. A AED é, nesse cenário, um instrumento vital, dada a complexidade inerente à formulação de políticas ambientais.

O Ministro ressaltou, contudo, que a avaliação de políticas ambientais excede a simples mensuração de custos e benefícios, incorporando também questões de justiça e processo. A proteção ambiental demanda investimento significativo em capital, trabalho e outros recursos finitos, exigindo considerações detalhadas sobre o valor intrínseco dos bens e serviços ambientais e a disposição da sociedade para negociar usos concorrentes de recursos limitados.

Fux defendeu, assim, uma perspectiva dinâmica do desenvolvimento sustentável, ajustável e adaptável às necessidades emergentes, fazendo referência aos limites do controle judicial na atividade regulatória. Realçou, nesse aspecto, que não cabe ao Judiciário impor a adoção do pior cenário possível nas decisões regulatórias.

Ressaltou ainda a Cota de Reserva Ambiental (CRA) como um exemplo de incentivo eficaz para a preservação ambiental, validado por uma análise econômica rigorosa. O Ministro destacou o papel dos mecanismos de mercado na geração de ativos ambientais e na promoção da conservação, porém restou vencido em algumas de suas conclusões.¹³⁰³

Em síntese, a AED foi um componente chave no voto do Ministro Luiz Fux, que integrou princípios econômicos à sua análise jurídica, evidenciando a interconexão entre essas disciplinas. Em contraste, o conjunto do julgamento, examinando-se o voto dos demais Ministros, concentrou-se em argumentos de ordem exclusivamente jurídica, sem incorporar de maneira explícita os insights da AED.¹³⁰⁴

¹³⁰³ Ementa: “[...] (r) Arts. 44; 48, § 2º; e 66, §§ 5º e 6º (Cota de Reserva Ambiental – CRA): A Cota de Reserva Ambiental (CRA) consiste em mecanismo de incentivos em busca da proteção ambiental, não se limitando às tradicionais e recorrentemente pouco efetivas regras de imposições e proibições (*command-and-control*), por meio da criação de ativos correspondentes à preservação dos recursos ecológicos, de modo que qualquer tipo de degradação da natureza passa também a ser uma agressão ao próprio patrimônio. As soluções de mercado (*market-based*) para questões ambientais são amplamente utilizadas no Direito Comparado e com sucesso, a exemplo do sistema de permissões negociáveis de emissão de carbono (*European Union Permission Trading System – ETS*). Um grande caso de sucesso é o comércio internacional de emissões de carbono, estruturado em cumprimento aos limites de emissões fixados pelo Protocolo de Kyoto. A União Europeia, por exemplo, estabeleceu em 2005 um sistema de permissões negociáveis de emissão de carbono, especificando os limites que cada poluidor deve atender, os quais são reduzidos periodicamente (*European Union Permission Trading System – ETS*). Ao final de cada ano, as companhias devem possuir permissões suficientes para atender às toneladas de dióxido de carbono e outros gases de efeito estufa emitidos, sob pena de pesadas multas. Dessa forma, a possibilidade de negociação (*cap-and-trade*) incentiva a redução de emissões como um todo e, ao mesmo tempo, possibilita que os cortes sejam feitos em setores nos quais isso ocorra com o menor custo. Nesse sentido, além de atender aos ditames do art. 225 da Constituição, no que se refere à proteção do meio ambiente, esse instrumento introduzido pelo novo Código Florestal também satisfaz o princípio da eficiência, plasmado no art. 37, *caput*, da Carta Magna. Por fim, a necessidade de compensação entre áreas pertencentes ao mesmo bioma, bem como a possibilidade de compensação da Reserva Legal mediante arrendamento da área sob regime de servidão ambiental ou Reserva Legal, ou, ainda, por doação de área no interior de unidade de conservação, são preceitos legais compatíveis com a Carta Magna, decorrendo de escolha razoável do legislador em consonância com o art. 5º, *caput* e XXIV, da Constituição; CONCLUSÃO: Declaração de constitucionalidade dos artigos 44, e 66, §§ 5º e 6º, do novo Código Florestal; Interpretação conforme a Constituição ao art. 48, §2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ideológica (*vencido o relator*); [...]”.

¹³⁰⁴ CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. p. 112. Edição do Kindle.

Resta agora examinar os pontos de conexão entre os tópicos destacados acima e os fundamentos da corrente do pragmatismo jurídico, ou seja, se foram utilizados elementos de ordem pragmática para se alcançar o resultado do julgamento.

No tocante à hierarquização de princípios constitucionais, observa-se que o STF recorreu à razoabilidade defendida pelo pragmatismo, a fim de realizar o sopesamento no caso específico.

No contexto do pragmatismo, a razoabilidade é vista como um mecanismo essencial para garantir que as decisões judiciais sejam não apenas justas, mas também adaptáveis e responsivas às complexidades inerentes de cada caso. O julgador, sob a lente do pragmatismo, é compelido a uma análise profunda e considerada, onde os prós e contras de cada decisão são meticulosamente avaliados para assegurar um resultado que seja equitativo e, ao mesmo tempo, pragmático.

Na decisão do STF, a razoabilidade se manifestou de maneira semelhante. O Tribunal, ao se deparar com o desafio de sopesar princípios constitucionais concorrentes, como a proteção ambiental e a promoção do desporto, ou o desenvolvimento sustentável, mostrou-se engajado em um exercício de razoabilidade. Cada princípio foi avaliado não apenas por seu mérito intrínseco, mas também pela maneira como se inter-relaciona com outros princípios e valores sociais.

Do mesmo modo, na análise de uma suposta afronta ao princípio da proibição do retrocesso ambiental, a decisão do STF refletiu uma abordagem pragmática, ao reconhecer a importância de manter padrões ambientais, mas também ao enfatizar a necessidade de equilibrar esse princípio com outros valores constitucionais e democráticos.

A Corte não considerou o princípio da proibição do retrocesso ambiental como um valor absoluto, mas o avaliou em relação a outros princípios e interesses sociais. Isso é consistente com a abordagem pragmática do direito,

que ressalta a importância de considerar as consequências práticas e os contextos específicos ao tomar decisões judiciais.

Além disso, a observação do Ministro Gilmar Mendes, que não identificou um retrocesso ambiental, mas uma autorização para modificar os níveis de proteção mediante compensação, reflete a natureza adaptável e consequencialista do pragmatismo jurídico. As leis e princípios não são estáticos, mas devem ser adaptáveis para atender às necessidades em evolução da sociedade, sempre com um olhar atento às consequências práticas de tais adaptações.

Em sentido contrário, uma interpretação rígida do princípio em questão, que proibisse qualquer alteração legislativa que pudesse ser percebida como desfavorável ao meio ambiente, seria antagônica ao pragmatismo jurídico, pois incompatível com sua natureza adaptativa e responsiva, impedindo a legislação de evoluir em resposta às mudanças e desafios sociais emergentes.

A posição do Ministro Luís Roberto Barroso, que reconheceu o princípio da proibição do retrocesso ambiental como um princípio constitucional implícito, porém de natureza frágil, também se alinha com a visão pragmática. A ênfase em preservar o "núcleo essencial" e prevenir uma redução acentuada na proteção ambiental reflete um compromisso pragmático de conciliar a integridade ecológica com a adaptabilidade requerida para responder a uma gama diversificada de interesses sociais e econômicos.

Além disso, a referência do Ministro à "evolução dos fatos" e à "realidade social" é indicativa de uma orientação pragmática. Ele não está rigidamente confinado às normas jurídicas, mas demonstra uma disposição para adaptar princípios à luz das circunstâncias sociais em constante mudança e dos desafios emergentes, um reflexo claro da influência do pragmatismo na sua análise jurídica.

A análise do STF dos princípios do fato consumado e da segurança jurídica também refletiu uma orientação pragmática. A Corte, ao avaliar a nova lei, adotou uma abordagem que vai além da interpretação literal, incorporando

uma análise contextual e considerações fáticas. Isso ficou evidenciado na avaliação sobre intervenções em mangues e restingas para a execução de obras habitacionais, em que o STF, alinhado com o pragmatismo, considerou o contexto real e as consequências práticas, diferenciando fato consumado da impossibilidade de restauração.

Outro aspecto importante na correlação do julgamento da ADC 42 com o pragmatismo jurídico é a questão atinente à deferência judicial.

O pragmatismo jurídico enfatiza a importância da aplicação prática e flexível do direito, considerando as consequências reais das decisões judiciais. Este enfoque se alinha com a deferência judicial à escolha administrativa e à opção do legislador, bem como com a autocontenção judicial.

O Ministro Barroso destacou a deferência administrativa, ressaltando que o Poder Judiciário deve intervir apenas em casos de manifesta falta de razoabilidade ou desproporcionalidade da medida. Isso ecoa a ênfase pragmática na razoabilidade e na avaliação das consequências práticas das decisões, evitando uma abordagem estritamente formalista.

A deferência à escolha do legislador, como ilustrado pelo voto do Ministro Luiz Fux, também se alinha com o pragmatismo. A capacidade do legislador de modificar a metragem de área de preservação permanente é vista como parte do espaço interpretativo assegurado ao legislador democrático. O pragmatismo valoriza essa flexibilidade, reconhecendo a necessidade de adaptar as leis às circunstâncias em mudança e aos avanços no conhecimento humano.

A menção do Ministro Alexandre de Moraes à ampla maioria com que o Código Florestal foi aprovado reforça a necessidade de respeitar as opções políticas tomadas em um ambiente democrático. Isso ressoa com a abordagem pragmática que valoriza o contexto e as circunstâncias específicas em que as decisões são tomadas.

Por sua vez, a autocontenção judicial, evidenciada na análise do STF sobre a supressão de APP, reflete a abordagem pragmática de evitar a

interferência judicial excessiva. O pragmatismo reconhece os limites do conhecimento judicial e a importância de permitir que outros ramos do Poder Público, com expertise específica, tomem decisões informadas.

Além disso, ao citar a falta de “elementos empíricos que permitam ao Judiciário afirmar, com grau de certeza, que a introdução de espécies exóticas compromete a integridade dos atributos de áreas de Reserva Legal”, e classificar como uma “tarefa impossível” o estudo de “todas as espécies exóticas em comparação com as características de todos os nichos ecológicos do país”, o Ministro Luiz Fux demonstrou afinidade com o aspecto antifundacionista do pragmatismo.

Nesse cenário de incerteza ecológica, o acórdão ressalta características do pragmatismo jurídico, na medida em que destaca a interdisciplinaridade para a tomada de decisão qualificada, na medida em que reconhece que o direito não opera em um vácuo, mas está intrinsecamente ligado a outros campos do conhecimento.

A deferência à expertise técnica e científica, como destacado no voto do relator, é, nesse ponto, um reflexo do pragmatismo jurídico. Não é uma abdicação da responsabilidade judicial, mas um reconhecimento pragmático das limitações do Judiciário e da importância de incorporar conhecimentos especializados para alcançar decisões bem fundamentadas e eficazes.

Assim, a interdisciplinaridade na tomada de decisão ambiental não é uma opção, mas uma necessidade pragmática. Ela reflete a compreensão de que as questões ambientais são intrincadas e interconectadas, e que as decisões judiciais devem ser informadas, não apenas pela lei, mas pelo conhecimento técnico e científico, e pelas realidades práticas e consequências de tais decisões.

Nesse campo multidisciplinar, a introdução de argumentos econômicos, como feito, notadamente, pelo Ministro Fux, é uma manifestação do pragmatismo jurídico. Este enfoque, alinhado à filosofia de Richard Posner,

ênfatiza a importância das consequências práticas e da análise empírica nas decisões judiciais.

Os Ministros Barroso e Fux incorporaram considerações econômicas em suas avaliações, um movimento que reflete a natureza interdisciplinar do pragmatismo jurídico. Barroso focou no custo-benefício da redução da Reserva Legal na Amazônia, enquanto Fux destacou a necessidade de incentivos bem estruturados para a gestão eficiente dos recursos ambientais, exemplificando a orientação pragmática para resultados práticos.

Também é plausível inferir que a Ministra Cármen Lúcia, ao sugerir um meio termo entre a poluição zero e o uso das melhores tecnologias disponíveis, pode ter contemplado, mesmo que implicitamente, uma abordagem pragmática fundamentada na análise de custo-benefício.

Em conclusão, é possível identificar, no julgamento da ADC 42, traços do pragmatismo jurídico, embora não sejam uniformemente expressos por todos os Ministros. A abordagem interdisciplinar é evidente, com a análise jurídica sendo enriquecida por *insights* de outras áreas, como a biologia e a economia. O contexto mais amplo, incluindo a evolução científica e tecnológica e as realidades práticas da sociedade, foi considerado, ecoando o foco pragmático no contexto e nas consequências práticas. Incorporaram-se também conceitos de AED, especialmente pelo Ministro Luiz Fux, ressaltando a interconexão entre economia e direito, um tema central no pragmatismo jurídico. A flexibilidade e adaptabilidade na interpretação legal e a deferência às escolhas administrativas e legislativas, quando razoáveis, também foram características presentes, alinhando-se com os princípios pragmáticos de reconhecer os limites do Judiciário e a importância dos outros ramos do governo. Portanto, embora não explicitamente pragmático, o julgamento da ADC42 contém elementos que refletem uma orientação pragmática.

5.2.2 Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) ns. 747, 748 e 749¹³⁰⁵

Estas três ações, ajuizadas diretamente no STF, questionaram a constitucionalidade da Resolução n. 500, de 28 de setembro de 2020, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA),¹³⁰⁶ que revogou as Resoluções n. 284/2001, 302/2002 e 303/2002 do mesmo órgão. As resoluções revogadas tratavam, respectivamente, de licenciamento de empreendimentos de irrigação; parâmetros, definições e limites de áreas de preservação permanente (APPs) de reservatórios artificiais; e parâmetros, definições e limites de áreas de preservação permanente em geral.¹³⁰⁷

Na ADPF 747, proposta em 30/09/2020 pelo Partido dos Trabalhadores (PT), argumentou-se que as resoluções revogadas eram essenciais para a preservação da biodiversidade e proteção de ecossistemas. A revogação, segundo o autor da ação, não foi feita para estabelecer novas regras, mas para eliminar regulamentações nacionais existentes. O Partido também destacou que a revogação das resoluções sem substituí-las por outras que

¹³⁰⁵ Trata-se de espécie de ação constitucional, prevista no art. 102, §1º, da CRFB, de competência originária do STF, que tem “por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.” (art. 1º da Lei n. 9.882/99)

¹³⁰⁶ O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) é um órgão consultivo e deliberativo, “com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida”. (Art. 6º, II, da Lei nº 6.938/1981)

¹³⁰⁷ Resolução CONAMA nº 284, de 30 de agosto de 2001. Dispõe sobre o licenciamento de empreendimentos de irrigação. Disponível em: http://CONAMA.mma.gov.br/?option=com_sisCONAMA&task=arquivo.download&id=282. Acesso em: 30 ago. 2023.

Resolução CONAMA nº 302, de 20 de março de 2002. Dispõe sobre os parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno. Disponível em: http://CONAMA.mma.gov.br/?option=com_sisCONAMA&task=arquivo.download&id=298. Acesso em: 30 ago. 2023.

Resolução CONAMA nº 303, de 20 de março de 2002. Dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente. Disponível em: http://CONAMA.mma.gov.br/?option=com_sisCONAMA&task=arquivo.download&id=299. Acesso em: 30 ago. 2023.

oferecessem igual ou maior proteção ambiental era uma violação ao art. 225 da CRFB e ao princípio da vedação do retrocesso socioambiental.

Na ADPF 748, proposta em 01/10/2020 pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), alegou-se, da mesma forma, que a revogação dessas resoluções violava preceitos fundamentais relacionados à eficiência, motivação e legalidade dos atos da Administração pública, ao direito ao meio ambiente equilibrado e à proibição do retrocesso socioambiental.

Por último, na ADPF 749, proposta em 02/10/2020 pelo Partido Rede Sustentabilidade, afirmou-se, em suma, que as revogações violavam preceitos fundamentais da Constituição Federal, como o direito à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, representando um retrocesso ambiental significativo.

As ADPFs 748 e 749 também impugnaram a Resolução CONAMA 499/2020, que dispunha sobre o licenciamento da atividade de coprocessamento de resíduos em fornos rotativos de produção de clínquer, e revogava a Resolução 264/1999.

O Advogado-Geral da União defendeu que a Resolução 500/2020 apenas reconheceu a caducidade das Resoluções 302/2002 e 303/2002 em razão da edição da Lei n. 12.651/2012 (Código Florestal), portanto, houvera apenas um controle de juridicidade em relação à nova lei. Além disso, argumentou que as resoluções revogadas eram desnecessárias ou incompatíveis com a legislação mais recente, e que, apesar das revogações, a legislação sobre o bioma da Mata Atlântica e a Zona Costeira permanecia em vigor.

O Procurador-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento parcial das ADPFs, argumentando, no mérito, que a revogação das resoluções gerava insegurança jurídica e potencial desproteção de áreas ambientais, violando os princípios da prevenção, precaução e proibição do retrocesso no direito ambiental.

Em 28/10/2020, a Ministra relatora Rosa Weber proferiu decisão liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno, suspendendo, até o julgamento do mérito da ação, os efeitos da Resolução CONAMA 500/2020, com a imediata restauração da vigência e eficácia das Resoluções CONAMA 284/2001, 302/2002 e 303/2002.

A liminar foi referendada por unanimidade pelo Plenário do STF, em julgamento virtual finalizado em 27/11/2020.

Em sessão virtual realizada entre 03/12/2021 e 13/12/2021, o Plenário analisou as ADPFs 747 e 749, e, por unanimidade, “julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para declarar a inconstitucionalidade da Resolução CONAMA nº 500/2020, com a imediata restauração da vigência e eficácia das Resoluções CONAMA nºs 284/2001, 302/2002 e 303/2002”, e “improcedente o pedido de inconstitucionalidade da Resolução CONAMA nº 499/2020.”

No mesmo sentido foi a decisão na ADPF 748, decidida pelo Plenário em sessão virtual finalizada em 20/05/2022.

A ementa da ADPF 747, primeira a ser ajuizada, ficou assim redigida:¹³⁰⁸

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. AFRONTA AO ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RESOLUÇÃO CONAMA Nº 500/2020. REVOGAÇÃO DAS RESOLUÇÕES NºS 84/2001, 302/2002 E 303/2002. LICENCIAMENTO DE EMPREENDIMENTOS DE IRRIGAÇÃO. PARÂMETROS, DEFINIÇÕES E LIMITES DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE DE RESERVATÓRIOS ARTIFICIAIS E REGIME DE USO DO ENTORNO. PARÂMETROS, DEFINIÇÕES E LIMITES DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM GERAL. SUPRESSÃO DE MARCOS REGULATÓRIOS AMBIENTAIS. RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL. PROCEDÊNCIA.

¹³⁰⁸ As ementas têm a mesma redação, salvo a inclusão, nas ADPFs 748 e 749, de item correspondente à Resolução CONAMA n. 499/2020, que não foi objeto da ADPF 747.

1. O exercício da competência normativa do CONAMA vê os seus limites materiais condicionados aos parâmetros fixados pelo constituinte e pelo legislador. As Resoluções editadas pelo órgão preservam a sua legitimidade quando cumprem o conteúdo material da Constituição e da legislação ambiental. A preservação da ordem constitucional vigente de proteção do meio ambiente impõe-se, pois, como limite substantivo ao agir administrativo.
2. O poder normativo atribuído ao CONAMA pela respectiva lei instituidora consiste em instrumento para que dele lance mão o agente regulador no sentido da implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição e na legislação ambiental. Em outras palavras, a orientação seguida pelo Administrador deve necessariamente mostrar-se compatível com a ordem constitucional de proteção do patrimônio ambiental. Eventualmente falhando nesse dever de justificação, expõe-se a atividade normativa do ente administrativo ao controle jurisdicional da sua legitimidade. Tais objetivos e princípios são extraídos, primariamente, do art. 225 da Lei Maior, a consagrar que 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.
3. A mera revogação de normas operacionais fixadoras de parâmetros mensuráveis necessários ao cumprimento da legislação ambiental, sem sua substituição ou atualização, compromete a observância da Constituição, da legislação vigente e de compromissos internacionais.
4. A revogação da Resolução CONAMA nº 284/2001 sinaliza dispensa de licenciamento para empreendimentos de irrigação, mesmo que potencialmente causadores de modificações ambientais significativas, a evidenciar graves e imediatos riscos para a preservação dos recursos hídricos, em prejuízo da qualidade de vida das presentes e futuras gerações (art. 225, caput e § 1º, I, da CF).
5. A revogação das Resoluções nºs 302/2002 e 303/2002 distancia-se dos objetivos definidos no art. 225 da CF, baliza material da atividade normativa do CONAMA. Estado de anomia e descontrole regulatório, a configurar material retrocesso no tocante à satisfação do dever de proteger e preservar o equilíbrio do meio ambiente, incompatível com a ordem constitucional e o princípio da precaução. Precedentes. Retrocesso na proteção e defesa dos direitos fundamentais à vida (art. 5º, caput, da CF), à

saúde (art. 6º da CF) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput, da CF).

6. A Resolução CONAMA nº 500/2020, objeto de impugnação, ao revogar normativa necessária e primária de proteção ambiental na seara hídrica, implica autêntica situação de degradação de ecossistemas essenciais à preservação da vida sadia, comprometimento da integridade de processos ecológicos essenciais e perda de biodiversidade, assim como o recrudescimento da supressão de cobertura vegetal em áreas legalmente protegidas.

A degradação ambiental tem causado danos contínuos à saúde (art. 6º CRFB), à vida (art. 5º, caput, CRFB) e à dignidade das pessoas (art. 1º, III, CRFB), mantendo a República Federativa do Brasil distante de alcançar os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB), alcançar o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CRFB), que só é efetivo se sustentável, e promover o bem de todos (art. 3º, IV, CRFB). Tais danos são potencializados pela ausência de uma política pública eficiente de repressão, prevenção e reparação de danos ambientais.

7. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Resolução CONAMA nº 500/2020, no que revogou as Resoluções CONAMA nºs 284/2001, 302/2002 e 303/2002.

O voto da Ministra relatora, após considerações de ordem processual relacionadas à legitimidade ativa e ao cabimento de ADPF na hipótese, abordou o papel e a competência do CONAMA. Salientou que o órgão faz parte da estrutura do SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), que engloba órgãos e entidades responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental em diferentes níveis governamentais. Ressaltou que entre as funções do CONAMA está assessorar, estudar e propor diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e recursos naturais, e deliberar sobre normas e padrões relacionados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à qualidade de vida. Mencionou as principais competências do CONAMA (conforme art. 8º da Lei n. 6.938/1981), entre elas estabelecer normas e critérios para licenciamento de atividades poluidoras e definir normas e padrões para o uso racional dos recursos ambientais, especialmente hídricos.

Sobre a legitimidade das Resoluções do CONAMA, a Ministra destacou que o Conselho tem autonomia, mas sua competência normativa é definida pela legislação, portanto, suas resoluções devem estar alinhadas com a Constituição e as leis ambientais. Ou seja, o poder normativo do CONAMA visa implementar as diretrizes e princípios expressos na Constituição e na legislação ambiental.

Especificamente sobre as resoluções revogadas, o voto observou que a Resolução CONAMA nº 284/2001 classifica os empreendimentos de irrigação com base na área irrigada e no método de irrigação usado, além de estabelecer prioridades para projetos que utilizam métodos e equipamentos de irrigação mais eficientes. Assim, contrariamente a algumas opiniões, argumentou que a resolução não é redundante em relação à Resolução CONAMA nº 237/1997, e que, portanto, sua revogação indica que empreendimentos de irrigação podem não precisar de licenciamento, mesmo que causem impactos ambientais significativos.

No tocante à Resolução CONAMA nº 302/2002, que estabelece parâmetros para áreas de preservação permanente em reservatórios artificiais, o voto expôs que, embora existam argumentos de que essa resolução é incompatível com o Código Florestal editado em 2012, já que a resolução foi baseada em uma delegação da Lei nº 4.771/1965, expressamente revogada pelo Código, a revogação da base normativa que sustentava a Resolução CONAMA nº 302/2002 não significa que deixou de haver regulamentação sobre o assunto.

Nesse sentido, o voto prosseguiu:

[...] ainda que tal quadro aponte para a necessidade de ajustes na normativa do CONAMA pertinente de modo a melhor refletir o marco legislativo em vigor, notadamente a Lei nº 12.651/2012, a simples revogação da norma operacional ora existente parece conduzir a intoleráveis anomia e descontrole regulatório, situação incompatível com a ordem constitucional em matéria de proteção adequada do meio ambiente.

Nesse contexto, segundo a Ministra, os princípios da precaução e da vedação do retrocesso ambiental são especialmente relevantes, ambos já reconhecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Quanto à Resolução CONAMA nº 303/2002, que define parâmetros para áreas de preservação permanente, o voto salientou que ela é baseada não apenas na Lei n. 4.771/1965, já revogada, mas também em outras leis e convenções internacionais. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a legalidade desta resolução, afirmando que o CONAMA tem autorização legal para estabelecer parâmetros e limites para áreas de preservação permanente.

Neste tópico, extrai-se do voto:

O conteúdo normativo veiculado na Resolução CONAMA nº 303/2002 é plenamente assimilável ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, titularizado por toda a coletividade e cuja defesa, preservação e restauração são deveres do Poder Público. Sua revogação, nesse contexto, distancia-se dos objetivos definidos no art. 225 da Constituição, tais como explicitados na Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), baliza material da atividade normativa do CONAMA. Caracteriza-se como verdadeiro retrocesso relativamente à satisfação do dever de proteger e preservar o equilíbrio do meio ambiente.

Em resumo, a decisão destacou a importância de tais resoluções para a preservação do meio ambiente, opondo-se à sua revogação, pois isso poderia levar a um retrocesso na proteção ambiental. De acordo com a Ministra relatora, a supressão de marcos regulatórios ambientais sem sua devida substituição ou atualização afeta diretamente os direitos fundamentais à vida e à saúde e compromete o cumprimento da legislação e dos compromissos internacionais do Brasil, o que daria a impressão de um dismantelamento da estrutura estatal de proteção ambiental. Segundo ela, a tentativa de simplificar o direito ambiental não pode ocorrer à custa da degradação do meio ambiente.

O voto afirma, nesse ponto, que o novo Código Florestal estabelece parâmetros mínimos de proteção, mas não impede que autoridades

administrativas estabeleçam critérios mais rigorosos. O CONAMA, por sua vez, tem a responsabilidade de preencher lacunas e complementar a legislação, sempre respeitando os padrões mínimos e técnicos estabelecidos.

Desse modo, a Resolução 500/2020, ao revogar as mencionadas resoluções, contraria princípios fundamentais da Constituição e compromete a proteção ao meio ambiente. No campo do direito ambiental, Rosa Weber adverte que é essencial respeitar os princípios estabelecidos, considerando a vulnerabilidade dos bens jurídicos protegidos. Embora a decisão reconheça que não cabe “ao Poder Judiciário se substituir à avaliação efetuada pelo Administrador relativamente ao mérito das políticas ambientais por ele desenvolvidas”, afirma que é responsabilidade dos Tribunais garantir a observância dos parâmetros constitucionais e preservar a integridade do marco regulatório ambiental.

O primeiro ponto de destaque a respeito dessa decisão do STF diz respeito à mudança de entendimento do Tribunal sobre o controle de constitucionalidade dos atos normativos do CONAMA. Até 2014, o STF entendia que tais atos eram "secundários" e "de natureza regulamentar", não regulando diretamente a Constituição, mas apenas leis. Portanto, objeções a eles eram vistas como vícios de legalidade, não de constitucionalidade.¹³⁰⁹

Note-se que a constitucionalidade das Resoluções 302/2002 e 303/2002 já havia sido questionada perante o STF na ADPF 127, proposta em 2007, e indeferida liminarmente em 2014. Posteriormente, em sessão virtual encerrada em 03/02/2017, o Plenário do STF negou provimento a embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ressaltando que “A conformidade das Resoluções 302/02, 303/02 e 312/02 do CONAMA com a legislação infraconstitucional que delimita a competência desse órgão, Leis 6.938/81 e

¹³⁰⁹ "Atos normativos primários" são aqueles que se baseiam diretamente na Constituição, como leis complementares e ordinárias. Por outro lado, "atos normativos secundários" são baseados em atos primários e são geralmente expedidos pelo poder executivo, como decretos e resoluções. As Resoluções do CONAMA são vistas como atos normativos secundários, mas têm a função de regulamentar. Mesmo que o art. 225 da Constituição estabeleça um regime de preservação ambiental, a competência normativa do CONAMA é baseada em leis infraconstitucionais.

4.771/65, não revela questão constitucional relevante para o cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental.”¹³¹⁰

O entendimento do STF mudou com o julgamento da ADI 5547, em 2020, que tratava da Resolução CONAMA 458/2013, e foi reforçado no julgamento das ADPFs 747, 748 e 749. O STF reconheceu que, embora as resoluções do CONAMA fossem atos normativos secundários, elas poderiam afetar diretamente a Constituição. O CONAMA, segundo a Lei 6.938/81, tem uma "função normativa", não apenas regulamentar, o que se assemelha ao poder normativo das agências reguladoras.¹³¹¹

O segundo ponto de destaque refere-se a um possível efeito repristinatório das resoluções revogadas, especialmente a 302/2002 e a 303/2002, a partir da declaração de inconstitucionalidade da Resolução 500/2020.

Conforme constou da ementa transcrita anteriormente, segundo a decisão do STF, “A mera revogação de normas operacionais fixadoras de parâmetros mensuráveis necessários ao cumprimento da legislação ambiental, sem sua substituição ou atualização, compromete a observância da Constituição, da legislação vigente e de compromissos internacionais”. Por esse motivo, ao declarar a inconstitucionalidade da Resolução 500/2020, o Tribunal determinou a “imediata restauração da vigência e eficácia das Resoluções CONAMA n°s 284/2001, 302/2002 e 303/2002.”

Cristiane Jaccoud considera que, mesmo partindo do pressuposto de que o CONAMA tem competência normativa e não apenas regulamentar, tais resoluções já haviam perdido a eficácia ou estavam superadas por legislação

¹³¹⁰ STF, Emb. Decl. na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 127/DF, Relator: Min. Teori Zavascki, Redator do Acórdão: Min. Edson Fachin, data de publicação DJE 17/04/2017.

¹³¹¹ JACCOUD, Cristiane; GIL, Luciana; MORAIS, Roberta Jardim de (org.). **Direito ambiental nos tribunais superiores**: análise de julgados do STF – vol. I. Londrina, PR: Thoth, 2023, p. 190.

superveniente. A autora não vê, portanto, razão lógica para manter (ou retomar) sua eficácia. Para chegar a essa conclusão, parte das seguintes premissas:

- (i) As Resoluções 302/2002 e 303/2002 regulamentavam os artigos 2º e 3º da Lei Federal 4.771/1965 ("antigo Código Florestal"), que foi "expressamente" revogada pela Lei Federal 12.651/2012 ("novo Código Florestal");
- (ii) A Lei 12.651/2012 trouxe novo tratamento jurídico às APPs.
 - a) No que tange à Res. 302/2002, a Lei 12.651/2012 manteve as APPs mas apenas dispôs de modo diverso sobre a forma de demarcação.
 - b) No caso das APPs previstas na Resolução 303/2002, algumas foram integralmente incorporadas na legislação de 2012. Outras, no entanto, não. Tal fato é justificado pela ausência de critério técnico que as subsidiasse e pela autonomia legislativa.
- (iii) A Lei 12.651/2012 previu expressamente que outras APPs somente poderiam ser instituídas por "ato do chefe do poder executivo", e não mais por "qualquer ato do executivo";
- (iv) O STF reconheceu a constitucionalidade da Lei 12.651/2012;¹³¹²
- (v) Não houve um esvaziamento da proteção das áreas, eis que disciplinadas em outros diplomas legais supervenientes além do novo Código Florestal.¹³¹²

No tocante à Resolução 302/2002, o novo Código Florestal preservou as APPs em reservatórios artificiais, no entanto, definiu que a delimitação da faixa de proteção seria determinada pelo processo de licenciamento ambiental dos empreendimentos.¹³¹³ Isso significa que, enquanto a legislação anterior (Lei 4.771/1965) delegava essa responsabilidade ao CONAMA (que o fez através da Resolução 302/2002), a nova lei direcionou essa tarefa ao processo de licenciamento ambiental.

¹³¹² JACCOUD, Cristiane; GIL, Luciana; MORAIS, Roberta Jardim de (org.). **Direito ambiental nos tribunais superiores**, p. 201.

¹³¹³ Lei 12.651/12, art. 4º: "Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei: [...] III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;"

Esta alteração legislativa, por si só, não deve levar imediatamente à conclusão de que a Resolução 500/2020 não estaria alinhada à legislação federal em vigor, uma vez que não se verifica intenção de reduzir ou suprimir a proteção dessas áreas. Elas simplesmente têm sua delimitação definida pelo órgão responsável pelo licenciamento do reservatório artificial, o que pode resultar, em casos específicos, em uma faixa de APP até maior do que a estabelecida genericamente pela Resolução 302/2002.

Sob essa perspectiva, não há uma diminuição na proteção ambiental, mas sim uma definição técnica da faixa de proteção pelo órgão licenciador, considerando que os processos de licenciamento são acompanhados de uma avaliação prévia de impacto ambiental.

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade da Lei 12.651/2012 (ADC 42), concluiu que essa nova abordagem de proteção da APP é constitucional e não representa um retrocesso na proteção ambiental.¹³¹⁴

O voto do relator do acórdão da ADC 42, Ministro Luiz Fux, ao abordar o tema, afirmou que é falsa a ideia de que o novo Código Florestal teria extinguido as APPs no entorno dos reservatórios artificiais, e que a opção legal de delegar ao órgão ambiental licenciador a tarefa de definir a extensão da APP “evita os inconvenientes da solução ‘*one size fits all*’ e permite a adequação da norma protetiva ao caso concreto.” No mesmo sentido, foi o voto-vista da Ministra Carmen Lúcia, para quem “A simples determinação legal de que essas medidas sejam agora fixadas pelo licenciamento ambiental do empreendimento não configura, por si, ofensa ao princípio da proibição do retrocesso socioambiental. Portanto, é compatível com a Constituição da República o inc. III do art. 4º da Lei n. 12.651/2012.”

¹³¹⁴ Sobre o tema: DANTAS, Marcelo Buzaglo. Proibição do retrocesso e colisão de direitos fundamentais: a constitucionalidade do código florestal brasileiro. In: DANTAS, Marcelo Buzaglo; NIEBUHR, Pedro (org.). **Leading cases ambientais analisados pela doutrina**. Florianópolis: Habitus, 2021, p. 197-210.

No que tange à Resolução 303/2002, com sua revogação, surgiram preocupações sobre um possível retrocesso na proteção ambiental das zonas costeiras, especialmente quanto a restingas e manguezais. Quanto aos manguezais, as controvérsias foram resolvidas, persistindo, no entanto, discussões pertinentes à regulamentação das restingas.¹³¹⁵

O Código Florestal define restinga como depósitos arenosos próximos à costa com vegetação específica.¹³¹⁶ No entanto, para ser considerada uma APP, a restinga deve ter a função de fixar dunas ou estabilizar mangues. O código atual sugere que a proteção é para a restinga em si, e não apenas para sua vegetação.

A Resolução revogada estabelecia uma faixa mínima de 300 metros como APP, independentemente da função ecológica da restinga, o que parecia ultrapassar seu poder regulamentar. Tal definição tem importância prática relevante, pois muitos órgãos ambientais se baseiam nessa norma para avaliar a possibilidade ocupação da orla marítima.¹³¹⁷

Antes mesmo da revogação já se criticava duramente o casuísmo e, muitas vezes, a falta de parâmetros e critérios técnicos de algumas resoluções

¹³¹⁵ “Os manguezais são considerados APPs em toda a sua extensão. Trata-se aqui de inovação bem-vinda da Lei 12.651/12, uma vez que os manguezais são apontados como berçário da vida na zona costeira. O Código Florestal revogado não incluía manguezal no rol das APPs, mas apenas a vegetação situada nas restingas estabilizadoras de mangues. Nesse aspecto, embora a Resolução CONAMA 303/2002 abarcasse tais áreas na lista de áreas protegidas, não se pode negar que aqui também extrapoloava sua função regulamentar” (RAUPP, Daniel. O Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a possibilidade de ocupação da zona costeira mediante desenvolvimento sustentável. *In*: DANTAS, Marcelo Buzaglo; JACOBSEN, Gilson (organizadores). **Coleção Direito, Meio Ambiente e Sustentabilidade**, vol. 25. Florianópolis: Habitus, 2020, p. 74-75).

¹³¹⁶ DANTAS, Marcelo Buzaglo. ANDREOLI, Cleverson Vitorio. **Código Florestal anotado: observações de ordem técnica e jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 28-30.

¹³¹⁷ RAUPP, Daniel. A revogação da Resolução 303/02 do CONAMA e a proteção ambiental da costa. **Revista Consultor Jurídico**, 22 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-22/daniel-raupp-revogacao-resolucao-30302-CONAMA>. Acesso em: 28 ago. 2023.

do CONAMA, que geravam insegurança jurídica e em nada contribuíam para a proteção do meio ambiente.¹³¹⁸

Nesse ponto, ao elaborar comparativo entre as APPs listadas no novo Código Florestal e na Resolução CONAMA 303/2002, Cristiane Jaccoud observou que houve incorporação de alguns dos dispositivos da resolução na nova lei, mesmo não estando presentes no código revogado, enquanto outros, como a proteção de "restingas em faixa mínima de 300 metros", foram excluídos. Na sua opinião, isso levou à "caducidade" do ato administrativo devido à mudança normativa. A Resolução 303/2002 foi, portanto, tacitamente revogada, uma vez que não cabe à lei, em sentido estrito, expressamente revogar uma resolução de menor hierarquia.¹³¹⁹

A autonomia legislativa permite que o legislador faça escolhas claras sobre o que incluir ou excluir em uma nova lei. Se a intenção fosse manter todos os aspectos da Resolução 303/2002 no Código Florestal, isso teria sido explicitamente declarado. O silêncio do Congresso sobre certos temas não indica necessariamente uma omissão, mas pode refletir uma decisão deliberada.¹³²⁰

Nesse contexto, não se pode assumir que a Resolução 303/2002 permaneceu em vigor simplesmente porque a nova lei não abordou certas áreas de preservação. Tal interpretação limitaria a liberdade legislativa, obrigando a lei a adotar todos os aspectos de uma resolução anterior.

Além disso, o princípio da vedação ao retrocesso não é interpretado de modo uniforme pelos ministros do STF, como se observou no julgamento da ADC 42. O Ministro relator, em trecho repetido pelo Ministro Dias

¹³¹⁸ MEDAGLIA, Sandra Mara Pretini. Legalidade das resoluções do CONAMA. In: DANTAS, Marcelo Buzaglo; NIEBUHR, Pedro (org.). **Leading cases ambientais analisados pela doutrina**. Florianópolis: Habitus, 2021, p. 316.

¹³¹⁹ JACCOUD, Cristiane; GIL, Luciana; MORAIS, Roberta Jardim de (org.). **Direito ambiental nos tribunais superiores**: análise de julgados do STF – vol. I, p. 208.

¹³²⁰ DANTAS, Marcelo Buzaglo. Restingas: controvérsias decorrentes da sua disciplina jurídica no Brasil. In: NEVES, Rafael Burlani. WILLRICH, Fernando Amorim (Org.). **Estudos em Direito Imobiliário e Ambiental**. Itajaí: Editora da UNIVALI, 2017, p. 359-366.

Toffoli, destacou a necessidade de equilibrar políticas ambientais com outros valores democráticos e alertou contra a desqualificação de leis com base em noções subjetivas de "retrocesso ambiental". Deve-se considerar, segundo ele, as complexidades inerentes ao processo decisório do legislador, que tem a responsabilidade democrática de equilibrar interesses divergentes através de normas claras e objetivas.

O Código Florestal em vigor adota um critério técnico para definir restingas, diferentemente da Resolução revogada, que usava um critério espacial. A nova lei considera toda a restinga como APP, desde que cumpra funções ecológicas específicas (fixar dunas ou estabilizar mangues), sem se limitar a uma faixa de 300 metros. Além disso, a Lei da Mata Atlântica, posterior à Resolução 303/2002, protege as restingas como parte do Bioma Mata Atlântica (Lei n. 11.428/06, art. 2º, *caput*).

Em resumo, a despeito da revogação da Resolução 303/2002, as restingas continuavam protegidas por outras leis. A revogação da Resolução e a adoção de novos critérios na Lei 12.651/2012 foram resultados de um processo democrático e extenso de discussões. Restaurar a vigência das resoluções anteriores pode, na opinião de Jaccoud, reacender debates judiciais e questionamentos sobre sua constitucionalidade, como já havia sido suscitado na ADPF 127.¹³²¹

O terceiro motivo pelo qual o julgamento das ADPFs 747, 748 e 749 é considerado marcante para o estudo do direito ambiental no país diz respeito à deferência judicial às escolhas administrativas, assunto relacionado ao controle judicial e à separação de poderes, relevantes no contexto do pragmatismo.

Cristiane Jaccoud relata que o processo administrativo que levou à adoção da Resolução 500/2020 teve início em 2016, envolvendo a participação de diversos setores ligados à questão ambiental, incluindo representantes

¹³²¹ JACCOUD, Cristiane; GIL, Luciana; MORAIS, Roberta Jardim de (org.). **Direito ambiental nos tribunais superiores**: análise de julgados do STF – vol. I, p. 212.

governamentais e entidades ambientais. A necessidade de revisar várias resoluções do CONAMA surgiu após um estudo da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Meio Ambiente (CONJUR/MMA), que identificou que 45 resoluções precisavam ser reavaliadas devido a novas legislações. Assim, na 121ª Reunião Ordinária do CONAMA em 2016, foi aprovada a criação de um Grupo Assessor para avaliar as resoluções impactadas por novas leis. O principal objetivo era proporcionar maior segurança jurídica, analisando as antigas resoluções e propondo revogações, alterações ou manutenções conforme a legislação atual.¹³²²

Especificamente sobre as Resoluções 302/2002 e 303/2002, o entendimento predominante foi de que elas haviam sido tacitamente revogadas por leis federais mais recentes. Portanto, a Resolução 500/2020 visava reconhecer essa revogação tácita, após um extenso processo democrático de discussão. No entanto, o STF, em suas decisões nas ADPFs citadas, declarou inconstitucional a Resolução 500/2020, restaurando as Resoluções 302/2002 e 303/2002, o que pode ser visto, segundo Jaccoud, como uma “hesitação na deferência judicial e a opção pela adoção de uma postura substitutiva”.¹³²³

Analisando a decisão do STF nas ADPFs citadas, é possível estabelecer uma relação com o caso *Chevron*, estudado anteriormente, baseada no pragmatismo.

O primeiro aspecto que salta aos olhos é a questão da deferência às agências administrativas. Tanto no caso *Chevron* quanto nas ADPFs, houve debate sobre o papel e a autoridade das agências administrativas (ou órgãos equivalentes) na interpretação e implementação de leis. No caso *Chevron*, a Suprema Corte dos EUA decidiu que, verificada ambiguidade em uma lei, a interpretação da agência administrativa deve ser respeitada, desde que seja razoável. No caso brasileiro, o STF buscou avaliar se o CONAMA, ao revogar as

¹³²² JACCOUD, Cristiane; GIL, Luciana; MORAIS, Roberta Jardim de (org.). **Direito ambiental nos tribunais superiores**: análise de julgados do STF – vol. I, p. 219.

¹³²³ JACCOUD, Cristiane; GIL, Luciana; MORAIS, Roberta Jardim de (org.). **Direito ambiental nos tribunais superiores**: análise de julgados do STF – vol. I, p. 219.

resoluções anteriores, estava agindo dentro de sua competência e de acordo com os princípios constitucionais.

Para recapitular, no caso *Chevron*, foram observados traços de uma abordagem pragmática na decisão da Suprema Corte norte-americana. A Corte deu ênfase à análise do contexto em que a lei e sua regulamentação foram estabelecidas, investigando detalhadamente o processo legislativo (contextualismo). Também se notou o reconhecimento das situações em que a EPA operou, especialmente com a posse de um novo governo federal de ideologia distinta, validando a reanálise da Administração sobre a regulamentação (antifundacionalismo). Além disso, a Suprema Corte, ao tentar equilibrar interesses opostos (crescimento econômico e proteção ambiental), considerou as implicações reais de sua decisão e a necessidade de soluções práticas (consequencialismo). De outro lado, ao destacar a razoabilidade da regulação administrativa como um padrão de validade, a Corte criou um precedente que pondera os benefícios e desvantagens da decisão, visando harmonizar os valores envolvidos. O uso recorrente da palavra "razoável" na decisão indicou um esforço para respeitar a opção administrativa, admitindo que o Judiciário pode não estar totalmente capacitado para tratar de assuntos que requerem expertise específica.

No caso brasileiro, primeiro, não houve análise detalhada do processo normativo que levou à edição da Resolução 500/2020, nem se averiguou se houve um silêncio intencional do Poder Legislativo na elaboração do novo Código Florestal, supondo-se que o que foi deixado de fora do código deveria continuar sendo regulado pelas resoluções do CONAMA. Ao que parece, portanto, não houve atenção ao contexto na tomada de decisão.

Segundo, diferentemente do caso norte-americano, não se nota percepção pelo Supremo de que o CONAMA atuou influenciado pelas diretrizes de um novo governo federal de ideologia distinta, eleito democraticamente. Ao contrário, de acordo com Rodrigo Machado Vilani, "o desgaste entre o STF e o Governo Bolsonaro, [...] pode ter influenciado a vedação do retrocesso ambiental e, por conseguinte, o não cabimento da CONAMA 500/2020 no ordenamento

jurídico pátrio.”¹³²⁴ Esta impressão é reforçada pela redação da ementa, segundo a qual os danos causados pela degradação ambiental “são potencializados pela ausência de uma política pública eficiente de repressão, prevenção e reparação de danos ambientais.”¹³²⁵

Terceiro, embora tenha constado do voto da Ministra Rosa Weber que não cabe ao Poder Judiciário substituir-se à avaliação efetuada pelo Administrador em relação ao mérito das políticas ambientais, o Supremo deixou claro que é papel dos Tribunais assegurar a adequada observância dos parâmetros impostos pela Constituição e preservar a integridade do marco regulatório ambiental. Aos olhos do Supremo, a revogação de normativa essencial para proteção ambiental implicava em degradação de ecossistemas essenciais à preservação da vida e comprometimento da integridade de processos ecológicos.

Em outras palavras, aparentemente, na perspectiva do STF, o Judiciário deve prezar pelo respeito à escolha administrativa, contanto que ela esteja alinhada com a visão que o Judiciário tem do que é uma efetiva proteção ambiental. A interferência judicial só seria válida se a decisão administrativa, na ótica do juiz, comprometesse a proteção ambiental. Se a decisão, por outro lado, estiver em sintonia com seu entendimento sobre adequada proteção do meio ambiente, deve haver deferência à escolha administrativa.

Esta visão de cunho essencialmente fundacional, baseada na ideia de que existem alicerces sólidos e inquestionáveis para a construção do conhecimento, não se alinha com o pragmatismo. Para esta corrente, crenças e

¹³²⁴ VILANI, Rodrigo Machado. Avanço técnico-científico na jurisprudência do STF: reflexões a partir das ADPFs 747, 748 e 749. **Revista Sequência** (Florianópolis), vol. 43, n. 90, 2022, p. 24.

¹³²⁵ Nesse cenário, seria possível discutir se, pelo contexto político do momento em que a decisão foi proferida, haveria um certo viés decisório no Supremo (tema estudado no capítulo 3), devido à ampla discordância com a política ambiental do governo federal da época. Qualquer decisão administrativa que modificasse normas de proteção ao meio ambiente tinha o potencial de ser considerada um retrocesso pelo STF. No entanto, para confirmar isso, seria essencial examinar mais profundamente outras decisões judiciais do mesmo período, o que excede o propósito deste estudo. Ainda assim, é relevante notar que admitir tais tendências é importante para uma análise do caso baseada no pragmatismo.

afirmações são consideradas verdadeiras ou falsas de acordo com sua relação com outras crenças e afirmações, e não devido a algum fundamento mais básico ou evidente que seja incontestável.

Em termos comparativos, Jonathan Cannon relata que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte inicialmente mostrou-se receptiva às preocupações ambientais, especialmente durante as décadas de 1960 e 1970, um período marcado por uma crescente conscientização ambiental e a promulgação de legislações significativas nessa área. No entanto, essa abordagem inicial deu lugar a uma postura mais cautelosa e, em alguns casos, cética.¹³²⁶ Essa transição pode ser interpretada como uma manifestação do princípio da cautela às avessas: uma preocupação em não criar obstáculo ao *american way of life*, o crescimento econômico e a autonomia individual, isto é, o modo de vida norte-americano (“pragmatismo cotidiano”, como referido por Posner¹³²⁷), sem evidências conclusivas da necessidade de medidas mais firmes de proteção ambiental.

Essa autocontenção reflete uma visão de que o Judiciário não deve ultrapassar seu papel tradicional de interpretação da lei, deixando as decisões sobre as prioridades nacionais para o Poder Legislativo. Tal perspectiva está em consonância com a visão de que o Judiciário deve evitar interferir em questões políticas ou econômicas complexas, a menos que haja uma clara justificativa legal ou constitucional para fazê-lo.

Por outro lado, é notório que a tramitação da agenda ambiental no Legislativo apresenta desafios significativos, podendo ser essencial um impulso do Judiciário para que possa avançar. Por vezes, os interesses econômicos predominam, tornando a intervenção do Judiciário fundamental para promover essas iniciativas.

¹³²⁶ CANNON, Jonathan Z. **Environment in the balance**: the green movement and the Supreme Court, p. 2.

¹³²⁷ Item 1.4.2.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, em contraste com a abordagem da Suprema Corte norte-americana, demonstra uma estratégia mais intervencionista em questões ambientais, indicando que a atuação do Judiciário nesse âmbito não é vista como problemática. O STF tem atuado ativamente nessa área, muitas vezes impondo sua visão de proteção ambiental acima de outros valores. Essa diferença pode ser atribuída a vários fatores, incluindo diferenças nas constituições dos dois países, a cultura jurídica e a percepção pública sobre a importância das questões ambientais.

Quarto, diferentemente da decisão na ADC 42, não se percebeu tentativa de balancear, na prática, interesses contrastantes, como crescimento econômico e proteção ambiental, nem reflexão sobre as consequências concretas da decisão e a busca por soluções pragmáticas. A decisão optou por uma avaliação teórica de princípios e a obrigatoriedade do Brasil em honrar compromissos internacionais.

Nesse aspecto, o voto adotou uma abordagem convencional, ancorado na leitura direta da Constituição, dando ênfase aos direitos fundamentais à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana. Identificou “o nexo de causalidade, ainda que de forma superficial e abstrata, entre as ações humanas e os riscos para a sadia qualidade de vida”,¹³²⁸ satisfazendo-se, no entanto, em ressaltar a importância dos princípios da precaução e da proibição do retrocesso ambiental, sem avançar em uma avaliação concreta sobre as consequências práticas de diferentes modelos de desenvolvimento. Ausente, portanto, a análise consequencialista que marca o pragmatismo.

Em quinto lugar, no quesito da razoabilidade, o STF não se valeu da fórmula de dois passos estabelecida no caso *Chevron*. Não houve, inicialmente, avaliação sobre a intenção do Poder Legislativo, se era ou não ambígua a lei ao excluir do novo Código Florestal alguns dispositivos das resoluções do CONAMA. Na doutrina *Chevron*, se essa intenção é clara,

¹³²⁸ VILANI, Rodrigo Machado. Avanço técnico-científico na jurisprudência do STF: reflexões a partir das ADPFs 747, 748 e 749. **Revista Sequência** (Florianópolis), vol. 43, n. 90, 2022, p. 23.

incumbe ao Judiciário simplesmente fazer valer essa vontade. No segundo passo, não houve avaliação pelo Supremo, ao menos de forma explícita, se a interpretação do CONAMA era uma construção admissível ou razoável da lei, pois, se a interpretação atendesse a esse critério, o Poder Judiciário deveria mantê-la. Não se levou em conta uma suposta expertise técnica maior do órgão ambiental para lidar com a questão.

Nesse aspecto, vale recordar as determinações contidas nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB,¹³²⁹ não mencionados nos votos dos Ministros do STF, que impõem ao tomador de decisão que preste deferência à escolha interpretativa razoável do gestor, levando em consideração as circunstâncias e consequências práticas da decisão. Ao avaliar a razoabilidade, o julgador deve considerar as situações práticas enfrentadas pelo gestor público ao determinar a adequação de sua ação, em paralelo ao pensamento pragmático cotidiano. Em situações de ambiguidade jurídica genuína, o julgador deve focar na razoabilidade da interpretação feita pelo administrador público. Da mesma forma que o pragmatismo utiliza a razoabilidade como padrão de avaliação, o tomador de decisão é orientado a respeitar a interpretação sensata do gestor, mesmo que essa não seja a interpretação que ele (o avaliador) escolheria se estivesse na posição de interpretar inicialmente.

Enfim, não se trata de classificar a qualidade das decisões acima como melhor ou pior, uma vez que foram tomadas em diferentes períodos, países, contextos e por cortes com características distintas. O STF optou por uma via que considerou mais adequada para a defesa do meio ambiente, de forma abstrata, sem incorporar critérios pragmáticos em sua análise. Ao enfatizar a responsabilidade do Judiciário em assegurar que as interpretações da Administração estejam em conformidade com as leis e a Constituição, assegurando que não sejam violados direitos fundamentais, o Supremo limitou, de certa forma, a discricionariedade administrativa, já que, no fim das contas,

¹³²⁹ Assunto estudado no item 2.6.

cabe ao Judiciário dizer o que é ou não uma escolha razoável do administrador, com base em seus próprios critérios.

5.2.3 Ações judiciais envolvendo a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Pará (Suspensão Liminar n. 125)

A história do projeto e construção da Usina Hidrelétrica (UHE) de Belo Monte é marcada por controvérsias e conflitos. A idealização da usina ocorreu durante o período ditatorial brasileiro em 1975, com o início dos Estudos de Inventário Hidrelétrico da Bacia Hidrográfica do Rio Xingu. As conclusões desses estudos foram divulgadas no Plano Nacional de Energia Elétrica 1987/2010, destacando o aproveitamento do Rio Xingu como um grande projeto nacional para o final do século XX e início do século XXI.¹³³⁰

O projeto continuou a tramitar durante a década de 1990 e início dos anos 2000, enfrentando protestos de movimentos sociais. A crise nacional no fornecimento de energia em 2001, contudo, destacou a necessidade vital de investir em grandes projetos de energia, como Belo Monte. Em março de 2002, foi publicada uma Resolução do Conselho Nacional de Política Energética, criando um Grupo de Trabalho para estudar e apresentar um plano de viabilização para a implantação da usina.¹³³¹

A usina foi construída em um trecho do Rio Xingu, nos municípios de Altamira e Vitória do Xingu, no estado do Pará, uma região pertencente à Amazônia legal brasileira.¹³³² A área de influência direta incluiu outros municípios

¹³³⁰ TAROCO, Lara Santos Zangerolame. A proteção constitucional ao meio ambiente e a retórica do desenvolvimento: o caso da usina hidrelétrica de Belo Monte. **Rev. de Direito e Sustentabilidade**, v. 6, n. 1, p. 116-138, Jan/Jun. 2020.

¹³³¹ TAROCO, Lara Santos Zangerolame. A proteção constitucional ao meio ambiente e a retórica do desenvolvimento: o caso da usina hidrelétrica de Belo Monte, p. 126.

¹³³² “A Amazônia Legal é uma área que corresponde a 59% do território brasileiro e engloba a totalidade de oito estados (Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins) e parte do Estado do Maranhão (a oeste do meridiano de 44°W), perfazendo 5,0 milhões de km². Nela residem 56% da população indígena brasileira. O conceito de Amazônia Legal foi instituído em 1953 e seus limites territoriais decorrem da necessidade de planejar o desenvolvimento econômico da região e, por isso, não se resumem ao ecossistema de selva úmida, que ocupa 49% do território nacional e se estende também pelo território de oito países vizinhos. Os limites da Amazônia Legal foram alterados várias vezes em consequência de mudanças na divisão política do país.” (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Desafios do Desenvolvimento**, [S.l.], ano 5, edição 44, 8 jun. 2008. Disponível em:

como Anapu, Brasil Novo e Senador José Porfírio.¹³³³ É a maior hidrelétrica totalmente brasileira, e a terceira maior do mundo, com capacidade instalada de 11.233,1 MW. O custo inicial do projeto foi estimado em R\$ 19 bilhões, mas aumentou para R\$ 28,9 bilhões, conforme informado pela Norte Energia S/A, o consórcio responsável pelo empreendimento. O Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES) financiou R\$ 22,5 bilhões do projeto.¹³³⁴

As primeiras unidades geradoras da UHE Belo Monte iniciaram operação comercial em 20/04/2016. A plena operação do empreendimento teve início em 27/11/2019, com o acionamento da 18ª unidade geradora de Belo Monte.¹³³⁵ O planejamento inicial indicava que a UHE Belo Monte inundaria uma área de 1.225 km². No entanto, com a retomada do projeto, a área alagada foi reduzida para cerca de 400 km².¹³³⁶

O debate judicial que envolveu a construção da usina iniciou em 2001, com o ajuizamento da primeira Ação Civil Pública pelo MPF,¹³³⁷ questionando convênio firmado entre Eletronorte e a Fundação de Amparo e Desenvolvimento da Pesquisa (FADESP) para a elaboração do EIA/RIMA e a necessidade de autorização do Congresso Nacional para a realização dos estudos. Em 2002, o Ibama informou ter acatado a recomendação do MPF para

https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2154:catid=28. Acesso em: 14 nov. 2023.)

¹³³³ SILVA, Maurício de Jesus Nunes da. **Casos judicializados decorrentes da construção da usina hidrelétrica de Belo Monte**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, UFPA, Belém, 2015, p. 104.

¹³³⁴ SILVA, Maurício de Jesus Nunes da. Casos judicializados decorrentes da construção da usina hidrelétrica de Belo Monte. p. 108.

¹³³⁵ Norte Energia S.A. **Perguntas e Respostas: UHE Belo Monte**. Disponível em: <https://www.norteenergiasa.com.br/pt-br/uhe-belo-monte/perguntas-e-respostas-faq#:~:text=Quando%20foi%20dado%20in%C3%ADcio%20%C3%A0,Despacho%20ANEEL%20n%C2%BA%201.031%2F2016>. Acesso em: 12 nov. 2023.

¹³³⁶ SANTANA, Raimundo Rodrigues. **Atuação jurisdicional e proteção ambiental no Pará**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Proteção Ambiental) - Universidade Federal do Pará, UFPA, Belém, 2008, p. 114.

¹³³⁷ Processo n. 2001.39.00.005867-6; nova numeração 0005850-73.2001.4.01.3900.

suspender o licenciamento ambiental em curso, até que houvesse autorização do Congresso Nacional.¹³³⁸

Em 12/07/2005, o Congresso Nacional promulgou o Decreto n. 788, que autorizava “o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte, localizado em trecho do rio Xingu, no Estado do Pará, a ser desenvolvido após estudos de viabilidade pela Centrais Elétricas Brasileiras SA. – Eletrobrás.” O Decreto estabelecia a necessidade de condução de estudos abrangentes prévios à implantação, incluindo Estudo de Impacto Ambiental (EIA), Relatório de Impacto Ambiental (Rima), Avaliação Ambiental Integrada (AAI) da bacia do rio Xingu e estudos de natureza antropológica relacionados às comunidades indígenas afetadas pela implementação do projeto.

Em 26 de agosto do mesmo ano, o Procurador-Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3573), com pedido de medida cautelar, em face do Decreto Legislativo, por violação ao art. 231, §3º, da CRFB¹³³⁹, uma vez que as populações afetadas não foram ouvidas antes da aprovação do Decreto. De acordo com o PGR, “a audiência das comunidades afetadas deve ser prévia à autorização do Congresso Nacional, e não o contrário, como foi determinado pelo Decreto Legislativo n. 788/2005.”

O Plenário do STF, porém, decidiu não conhecer da ADI, não analisando o mérito da questão, tendo em vista a ausência de generalidade e abstração necessários na via do controle concentrado.¹³⁴⁰

¹³³⁸ SANTANA, Raimundo Rodrigues. Atuação jurisdicional e proteção ambiental no Pará, p. 100.

¹³³⁹ “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. [...]”

“§3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.”

¹³⁴⁰ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO LEGISLATIVO N. 788, DE 2005, DO CONGRESSO NACIONAL. AUTORIZAÇÃO AO PODER EXECUTIVO PARA IMPLEMENTAR O APROVEITAMENTO HIDROELÉTRICO BELO MONTE NO TRECHO DO RIO XINGU, LOCALIZADO NO ESTADO DO PARÁ. ATO CONCRETO. LEI-MEDIDA. AUSÊNCIA DE ABSTRAÇÃO E GENERALIDADE NECESSÁRIOS AO CONTROLE DE

Em 24/03/2006, o Ministério Público Federal (MPF) e a Fundação Nacional do Índio (Funai) ajuizaram Ação Civil Pública contra Eletrobrás, Eletronorte, Ibama e União, na Vara Federal de Altamira/PA¹³⁴¹, pedindo, liminarmente, que fosse obstado “o processo de licenciamento no IBAMA do empreendimento denominado Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Rio Xingu; bem como (que houvesse) o reconhecimento de nulidade do Decreto Legislativo nº 788/2005”. Os principais argumentos eram a falta de consulta às comunidades afetadas, incluindo as comunidades indígenas, a modificação do projeto de decreto legislativo pelo Senado Federal sem retorno à Câmara dos Deputados, e a ausência de lei complementar sobre a exploração de recursos hídricos em áreas indígenas.¹³⁴²

O juiz federal substituto deferiu a liminar em 28/03/2006, suspendendo todos os atos relacionados ao licenciamento ambiental da Usina

CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO. INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA. ARTIGO 102, INCISO I, "a", DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual [artigo 102, I, "a", CB/88]. Os atos normativos que se sujeitam ao controle de constitucionalidade concentrado reclamam generalidade e abstração. 2. Não cabe ação direta como via de impugnação de lei-medida. A lei-medida é lei apenas em sentido formal, é lei que não é norma jurídica dotada de generalidade e abstração. 3. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida." (ADI 3573, Rel. Min. Carlos Britto, Redator do acórdão: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2005, publicado no DJ de 19-12-2006)

¹³⁴¹ Processo n. 2006.39.03.000711-8; nova numeração 0000709-88.2006.4.01.3903.

¹³⁴² Levantamento feito por Maurício de Jesus Nunes da Silva, contabilizou, até 2015, 17 ações judiciais que tinham por objeto impactos decorrentes da UHE de Belo Monte, agrupados em cinco categorias temáticas: “a) interpretação constitucional (dois processos); b) informação e participação (três processos); c) descumprimento de condicionantes (oito processos); d) impactos e indenizações (três processos); e) acesso à justiça (um processo).” (SILVA, Maurício de Jesus Nunes da. **Casos judicializados decorrentes da construção da usina hidrelétrica de Belo Monte**. p. 111). Levantamento mais recente feito por Lara Santos Zangerolame Taroco em 2020, apontou que já eram 20 ações judiciais envolvendo a construção da usina: “O maior ponto de controvérsia é o procedimento de licenciamento ambiental da usina: objeto de 12 das 20 ações jurídicas movidas pela Procuradoria da República do Ministério Público Federal no Pará contra o projeto de construção da hidrelétrica. São questionadas juridicamente desde a decisão de quem seria o órgão regulador do licenciamento (Ibama, órgão federal, ou a SEMA, órgão estadual), até cada uma das três licenças ambientais concedidas até o momento para o empreendimento (licença prévia, licença parcial de instalação e licença de instalação), opondo nos tribunais órgãos federais, como o Ministério Público Federal e a Advocacia Geral da União.” (TAROCO, Lara Santos Zangerolame. A proteção constitucional ao meio ambiente e a retórica do desenvolvimento: o caso da usina hidrelétrica de Belo Monte, p. 129).

Hidrelétrica de Belo Monte, incluindo as audiências públicas que já estavam designadas.

No entanto, em 16/05/2006, o juiz titular da vara federal revogou a liminar, permitindo que os réus da ação continuassem os procedimentos relacionados ao licenciamento, na forma definida pelo Decreto Legislativo nº 788/2005.

O MPF recorreu ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) por meio de Agravo de Instrumento (AI n. 2006.01.00.017736-8), em que a desembargadora federal relatora, em decisão monocrática proferida em 24/05/2006, suspendeu a decisão que revogou a liminar. Segundo a magistrada, “Não se descarta das questões sociais e econômicas que envolvem a implantação de empreendimento da magnitude do Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte, contudo há processos e procedimentos cujos ritos devem ser observados e dos quais não se pode afastar sob pena de invalidade.”

Em 16/08/2006, a União ajuizou Suspensão Liminar no STF (SL 125)¹³⁴³, requerendo a suspensão da execução da decisão do TRF1, ante a constitucionalidade do Decreto Legislativo 788/2005. A União argumentou que a) o ato foi “editado no pleno exercício da competência do Congresso Nacional (art. 49, XVI, da CF) e em termos condicionais”, ou seja, a autorização “somente será válida se as conclusões dos estudos forem positivas e o empreendimento receber o devido licenciamento ambiental pelo órgão da União competente para tanto”; b) não há violação ao artigo 231, parágrafo 3º, da CRFB, uma vez que esse dispositivo não estabelece um momento específico para a consulta das populações impactadas pelo empreendimento, a qual depende de estudos

¹³⁴³ O sistema processual brasileiro permite que, em determinadas situações, além do respectivo recurso contra uma decisão liminar adversa, possa o Poder Público ajuizar pedido de suspensão de segurança, fundamentado no risco de grave lesão ao interesse público que a decisão possa causar. Trata-se de pedido direcionado ao presidente do tribunal competente para conhecer do respectivo recurso, a fim de “evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (art. 4º, *caput*, da Lei 8.437/92). Se causa tiver por fundamento matéria constitucional, o pedido pode ser direcionado ao Presidente do STF, a quem compete suspender a execução de liminar proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal. (art. 297 do Regimento interno do STF, e art. 25 da Lei 8.038/90)

prévios de natureza antropológica, e que a decisão de promulgar o empreendimento antecipadamente foi motivada principalmente pela importância do projeto, que foi considerado pelo Governo Federal como um dos pilares fundamentais da política energética brasileira; e c) a realização da consulta às populações nativas em um momento posterior não implica em prejuízo para elas, uma vez que a autorização está condicionada à conclusão favorável dos estudos de viabilidade.

A União ainda sustentou que a decisão causava “lesão à ordem pública”, visto que a) a suspensão do projeto Belo Monte prejudica a política energética nacional, essencial para o interesse público, e não é apenas um empreendimento de uma empresa, mas um projeto com ampla contribuição governamental; b) Belo Monte é estratégico para o sistema de geração de energia, integra bacias hidrográficas, oferece energia crucial para o país e reduz futuros impactos ambientais; c) a não realização do complexo exigiria a construção de dezesseis outras usinas, causando aumento da área inundada, impactos ambientais e ameaças ao sistema energético nacional; d) a Constituição confere ao Congresso Nacional a competência para autorizar o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas, e a decisão teria invadido a esfera de discricionariedade do Poder Executivo na formulação de políticas energéticas.

Em 13/12/2006, a 5ª Turma do TRF1, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo de instrumento, declarando “inválida a autorização para a construção da UHE Belo Monte outorgada no Decreto Legislativo 788/2005 do Congresso Nacional”, uma vez que as comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento não foram ouvidas previamente. De acordo com os julgadores, “As alterações ecológicas, demográficas e econômicas conhecidas decorrentes da exploração de recursos naturais da terra indígena impõem o dever de ouvir as comunidades afetadas nos termos do § 3º do art. 231 da CF/88.”¹³⁴⁴

¹³⁴⁴ “CONSTITUCIONAL. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. DECRETO LEGISLATIVO 788/2005 QUE AUTORIZA A CONSTRUÇÃO DA UHE BELO MONTE NA VOLTA GRANDE DO RIO XINGU E DELEGA AO IBAMA A OITIVA DAS

Em 16/03/2007, a então presidente do STF, Ministra Ellen Gracie, deferiu o pedido na SL 125 para suspender, em parte, a execução do acórdão do TRF1, a fim de permitir ao Ibama que consultasse as comunidades indígenas interessadas. Manteve, contudo, a determinação de realização do EIA e do laudo antropológico.

Poucos dias depois, em 27/03/2007, foi proferida sentença na Ação Civil Pública que tramitava na Vara Federal de Altamira/PA, julgando totalmente improcedente o pedido.

O MPF então apelou ao TRF1, que, em julgamento realizado em 14/11/2011, decidiu, por maioria, negar provimento à apelação e à remessa oficial. Entenderam os julgadores que o Decreto Legislativo era válido, como afirmado pelo STF, que IBAMA e FUNAI estavam monitorando o projeto para mitigar impactos ambientais, e que não era necessária uma lei complementar para a exploração de recursos hídricos em terras indígenas.¹³⁴⁵

Todavia, no julgamento dos embargos de declaração, realizado em 13/08/2012, o Tribunal reexaminou a apelação do MPF e julgou procedente o pedido inicial. Os desembargadores acolheram a argumentação do MPF de que o decreto era inválido devido à violação de normas constitucionais e da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e decidiram

COMUNIDADES INDÍGENAS POTENCIALMENTE ATINGIDAS. ACRÉSCIMO FEITO NO TEXTO PELO SENADO SEM REEXAME PELA CÂMARA. ART. 65 PARÁGRAFO ÚNICO DA CF. VÍCIO FORMAL QUE NÃO CAUSOU PREJUÍZO. ALEGAÇÃO DA NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. § 6º. DO ART. 231 DA CF/88. DELEGAÇÃO DE ATO DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO CONGRESSO NACIONAL AO PODER EXECUTIVO (IBAMA) PARA A OITIVA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS. MOMENTO DA CONSULTA AOS ÍNDIOS, § 3º DO ART. 231 DA CF/88. [...].” (Agravo de Instrumento nº 2006.01.00.017736-8/PA, Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, julgado em 13 de dezembro de 2006)

¹³⁴⁵ “CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO e AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS FORMAIS DO PROCESSO LEGISLATIVO QUE CULMINOU COM A PROMULGAÇÃO DO DECRETO LEGISLATIVO 788/2005 — QUE AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A IMPLANTAR O APROVEITAMENTO HIDROELÉTRICO BELO MONTE. INEXISTÊNCIA, POIS, DE OFENSA ÀS NORMAS FUNDAMENTAIS DOS ARTS. 170, VI, E 231, § 3º, AMBAS DA LEI MAIOR. [...]” (Apelação Cível 2006.39.03.000711-8/PA, Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, julgado em 14 de novembro de 2011, vencida a relatora)

reformular a sentença, para proibir o Ibama “de praticar qualquer ato administrativo, e tornar insubsistentes aqueles já praticados, referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Estado do Pará”. Determinaram ainda a intimação do Presidente do Ibama “para fins de imediato cumprimento” da decisão.¹³⁴⁶

O voto vencedor baseou-se, principalmente, em aspectos principiológicos da proteção do meio ambiente, como precaução, prevenção e proibição do retrocesso ecológico. Segundo o acórdão, no contexto das metas de desenvolvimento sustentável do novo milênio, conforme a Rio+20 da ONU, a tutela inibitória do risco ambiental, exercida pelo Poder Judiciário, é crucial para garantir tais princípios, especialmente no controle das políticas públicas ambientais. Isso inclui proteger o mínimo essencial para a vida e cultura dos povos indígenas, conforme a Constituição e acordos internacionais. Essas ações são fundamentais para preservar a qualidade de vida e o meio ambiente equilibrado, promovendo o desenvolvimento sustentável para as gerações atuais e futuras.

Diante disso, União e Ibama ajuizaram Reclamação Constitucional (Rcl 14404) no STF, alegando que o acórdão do TRF1 desrespeitou a decisão proferida na SL 125, na qual o Supremo declarara a impossibilidade de considerar inválido o Decreto Legislativo 788/2005 e de obstar qualquer ação do Ibama no processo de licenciamento, até o julgamento definitivo da ação principal.

¹³⁴⁶ “CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS ENERGÉTICOS EM ÁREA INDÍGENA. USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE, NO ESTADO DO PARÁ. AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL (DECRETO LEGISLATIVO Nº. 788/2005) DESPROVIDA DE AUDIÊNCIA PRÉVIA DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AFETADAS. VIOLAÇÃO À NORMA DO § 3º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C OS ARTS. 3º, ÍTEM 1, 4º, ITENS 1 E 2, 6º, ÍTEM 1, ALÍNEAS A, B, E C, E 2; 7º, ITENS 1, 2 E 4; 13, ÍTEM 1; 14, ÍTEM 1; E 15, ITENS 1 E 2, DA CONVENÇÃO Nº. 169/OIT. NULIDADE. OMISSÃO DO JULGADO. OCORRÊNCIA. EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE. [...]” (Embargos de Declaração na Apelação Cível 2006.39.03.000711-8/PA, Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Relator para o acórdão: Desembargador Federal Souza Prudente, julgado em 13 de agosto de 2012)

O presidente do STF na época, Ministro Ayres Britto, em decisão proferida em 27/08/2012, deferiu liminar na Rcl 14404 para suspender os efeitos do acórdão do TRF1. O Ministro entendeu que, embora a decisão da Ministra Ellen Gracie na SL 125 não tenha se referido expressamente ao acórdão da apelação, pois anterior a ele, a questão central era a mesma: se as consultas às comunidades afetadas deviam preceder a autorização do Congresso Nacional ou se a autorização do Congresso vinha antes de todo o processo de licenciamento. A decisão da Ministra, por seu turno, continuava em vigor até que houvesse uma decisão definitiva na ação principal.

Enquanto isso, no Tribunal de origem, foram admitidos Recursos Especiais e Extraordinários interpostos contra o acórdão. Os Recursos Especiais do Ibama e da União (REsp 1641107, autuado em 29/11/2016), não foram conhecidos, e aos da Eletrobras e da Eletronorte foi negado provimento, ao argumento de que se tratava de matéria eminentemente constitucional. O julgamento foi realizado pela Primeira Turma do STJ em 15/06/2021, e o resultado foi unânime.

No STF, o relator do Recurso Extraordinário (RE 1379751), Ministro Alexandre de Moraes, em decisão de 01/09/2022, negou seguimento aos recursos. O Ministro afirmou, em síntese, que, apesar das normas exigirem a consulta prévia às comunidades indígenas antes da autorização para explorar recursos em seus territórios, o Decreto Legislativo 778/2005 autorizou a implantação do Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte no Rio Xingu sem a oitiva necessária. Disse que o STF já enfatizou a importância essencial dessa consulta, que não deve ser simbólica, mas efetiva, garantindo que as necessidades indígenas sejam prioritárias.

Além disso, segundo o Ministro, a exploração afetou terras indígenas, mesmo que o empreendimento não esteja totalmente localizado nelas. A CRFB não exige que o projeto esteja em terras indígenas, mas que afete essas terras. Uma interpretação restritiva poderia permitir projetos que tornem as terras indígenas inabitáveis ou prejudiquem a cultura e qualidade de vida indígena.

De todo modo, para o Ministro, a avaliação dos efeitos do empreendimento sobre as terras indígenas requer revisão de provas, o que é impedido pela Súmula 279 do Supremo. Por outro lado, embora o artigo 231, §6º, da CRFB, faça ressalva a hipóteses de relevante interesse público da União, isso ainda não foi regulamentado por lei complementar.

A decisão monocrática foi combatida por meio de agravo regimental direcionado à Primeira Turma do STF, cujo julgamento, iniciado na sessão virtual de 08/09/2023 a 15/09/2023, foi suspenso em razão de pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso.

Por último, despacho da Ministra Rosa Weber em 28/09/2023, na Rcl 14404, determinou a vinculação deste processo ao RE 1379751, por tratarem da mesma questão: continuidade do processo de licenciamento ambiental da obra da UHE Belo Monte.

O relato de todo esse intrincado caminho processual é importante para demonstrar a importância do debate, assertiva corroborada pela rapidez com que, em menos de um ano após o ajuizamento da ACP, a questão chegou ao Supremo. A oscilação processual, marcada por reviravoltas e uma longa tramitação, bem como as perspectivas diametralmente opostas concernentes ao mesmo tema, evidenciam a tensão entre os interesses de desenvolvimento e preservação ambiental, tangenciada pela discussão sobre a autocontenção judicial, e mostram o significado relevante dessa lide e sua importância para o avanço do direito ambiental no país.

Apesar de proposta em 2006, a ACP ainda não transitou em julgado, e o voto do relator no STF inclina-se à manutenção da decisão que anulou a licença ambiental do projeto, uma postura aparentemente pouco pragmática, dado que, decorridos quase 20 anos, a obra já foi finalizada e usina se encontra em pleno funcionamento.

A operacionalidade do empreendimento é assegurada por uma suspensão liminar concedida pela Ministra Ellen Gracie em 2007 e ratificada na reclamação de 2012 pelo Ministro Ayres Britto. Estas decisões monocráticas

sustentaram a continuidade da obra, indicando que uma eventual anulação da licença nesse momento, com paralisação das atividades, implicaria em significativas perdas econômicas, dada a magnitude do investimento realizado.

A decisão na SL 125, embora concisa, é impregnada de elementos pragmáticos e constitui o cerne da análise proposta. Esta ação permitiu a conclusão das obras e a subsequente operação da usina, apesar da disputa judicial que ainda se desenrola nos tribunais. Assim, a análise se concentrará primariamente nesta decisão, que ilustra a complexidade do tema.

A liminar da Ministra Ellen Gracie considerou o acórdão do TRF1 “ofensivo à ordem pública”, no contexto da ordem administrativa, e “à economia pública”, quando considerou inválido “o Decreto Legislativo 788/2005 e proibiu ao IBAMA que elaborasse a consulta política às comunidades interessadas”. Em síntese, a Ministra argumentou que:

a) O decreto legislativo aprovado pelo Congresso Nacional, conforme sua competência exclusiva, ainda está em vigor e possui eficácia jurídica, uma vez que o STF, ao analisar a ADI 3573, que visava declarar a inconstitucionalidade do decreto, optou por não conhecer da referida ação;

b) O decreto possui caráter estritamente programático, autorizando o Poder Executivo a implementar o "Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte" em uma seção do Rio Xingu, após a realização de estudos técnicos, econômicos e ambientais. Portanto, é inadequada e prejudicial à ordem administrativa uma decisão judicial que proíba o Poder Executivo de consultar as comunidades indígenas. Além disso, a discussão sobre a natureza da consulta (se política ou técnica) não é pertinente em ação de suspensão de decisão;

c) Sobre a suposta violação do artigo 231, parágrafo 3º, da CRFB, o decreto legislativo estabelece que os estudos mencionados no artigo 1º são cruciais para viabilizar o empreendimento e, se aprovados pelas autoridades competentes, permitem que o Poder Executivo tome as medidas legais para implementar o aproveitamento hidrelétrico em questão. Além disso, os estudos antropológicos têm o propósito de identificar com precisão quais comunidades

serão afetadas. Portanto, a consulta do Ibama às comunidades indígenas não deve ser proibida nesta fase inicial de avaliação da viabilidade do empreendimento;

d) É igualmente importante considerar o argumento de que a falta de viabilização do empreendimento neste momento prejudicaria o planejamento da política energética nacional. Devido à crescente demanda por energia elétrica, seria necessário construir dezesseis outras usinas na mesma região, resultando em um aumento de quatorze vezes na área inundada. Isso acarretaria impactos ambientais significativos e exigiria grandes investimentos financeiros por parte do governo federal;

e) A decisão do acórdão que proíbe o Ibama de conduzir a consulta junto às comunidades indígenas e as implicações dessa proibição no cronograma de planejamento estratégico do setor elétrico do país parece interferir na esfera de discricionariedade administrativa. Isso ocorre, principalmente, porque afeta diretamente a formulação e a execução da política energética nacional;

f) os argumentos de violação do devido processo legislativo e de ausência de lei complementar prevista no art. 231, § 6º, da CRFB serão considerados no momento adequado, tanto judicialmente, no curso da ação, quanto administrativamente, durante a realização dos estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros necessários para a implementação do "Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte".

Nesse contexto, a análise da decisão na SL 125 relativa à Usina Hidrelétrica de Belo Monte revela uma incorporação significativa de elementos pragmáticos. Em vez de uma aderência estrita à literalidade da lei, observa-se uma consideração ponderada do contexto mais amplo, incluindo os impactos econômicos, sociais e políticos.

A menção ao comprometimento da política energética do país, caso o projeto de Belo Monte fosse interrompido, é um testemunho eloquente da incorporação de considerações pragmáticas. A decisão não se encontra

confinada aos limites estreitos da legalidade, mas se estende para avaliar as implicações reais e tangíveis na capacidade energética nacional. Da mesma forma, a argumentação de que a não viabilização do complexo exigiria a construção de outras usinas, ampliando o impacto ambiental e o custo, é um reflexo da abordagem pragmática que busca um equilíbrio entre considerações ambientais, econômicas e sociais.

O embate entre os interesses de desenvolvimento econômico e preservação ambiental é um tema central da decisão, e a abordagem pragmática oferece uma lente valiosa para examinar essa tensão. O projeto de Belo Monte, devido à sua escala e impacto, incita debates profundos sobre a necessidade de avanço econômico e energético em contraposição à imperativa preservação do ecossistema e dos direitos das comunidades indígenas.

A perspectiva pragmática, neste contexto, não se limita a uma análise binária ou absoluta desses interesses conflitantes. Em vez disso, ela se esforça para uma avaliação mais abrangente e consequencialista, ponderando os benefícios e custos associados a cada curso de ação. A decisão na SL 125 reflete essa abordagem ao considerar as implicações práticas da suspensão do projeto, não apenas para a política energética, mas também para o ambiente e as comunidades afetadas.

A autocontenção judicial é outro aspecto relevante neste caso. A partir de uma visão pragmática, o Judiciário deve exercer cautela para não ultrapassar sua missão constitucional e interferir excessivamente nas funções executivas e legislativas. No caso de Belo Monte, a autocontenção é evidenciada pela disposição do STF em considerar os impactos mais amplos de suas decisões e evitar intervenções que poderiam desestabilizar a política energética ou o desenvolvimento econômico.

A perspectiva pragmática reconhece que o Judiciário, embora um guardião essencial da legalidade e das liberdades, também deve ser consciente das realidades práticas e das consequências não intencionais de suas decisões. Assim, no contexto de Belo Monte, a autocontenção não é uma abdicação da

responsabilidade judicial, mas um reconhecimento de que a complexidade dos interesses em jogo exige uma abordagem equilibrada e ponderada.

A tensão entre o desenvolvimento e a preservação ambiental é, portanto, navegada com uma consideração cuidadosa dos impactos a longo prazo e das interconexões entre os domínios econômico, social, ambiental e jurídico. O pragmatismo, neste caso, serve como um meio de reconciliar esses interesses supostamente divergentes, promovendo uma resolução que, embora não perfeita, busca otimizar os resultados para todas as partes envolvidas, dentro dos limites das realidades práticas e legais.

Além disso, a flexibilidade na interpretação do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, que permite a consulta às populações nativas em um estágio posterior do projeto, é indicativa da adaptabilidade inerente ao pragmatismo jurídico. Esta flexibilidade é fundamental para garantir que a aplicação da lei seja adaptada às realidades práticas e logísticas intrínsecas ao desenvolvimento de projetos de grande escala.

A adoção do pragmatismo neste caso oferece várias vantagens. Permite um equilíbrio entre a teoria legal e as necessidades práticas e reais da sociedade e assegura que as decisões judiciais sejam não apenas teoricamente sólidas, mas também viáveis e benéficas na prática. Além disso, a consideração das consequências sociais promove decisões mais informadas e inclusivas, enquanto a adaptabilidade garante que o direito possa responder eficazmente às mudanças nas condições sociais e econômicas. Em suma, a decisão na SL 125 exemplifica uma aplicação judiciosa do pragmatismo jurídico, equilibrando de maneira eficaz os imperativos legais, ambientais, sociais e econômicos.

Por outro lado, a possibilidade de revogação da licença ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, após quase duas décadas de tramitação do processo e com a usina já em operação, levanta questões complexas sob a ótica do pragmatismo jurídico.

De fato, uma decisão que revogasse a licença ambiental após a conclusão da obra e início da operação da usina, como determinado no acórdão

do TRF1, ainda em análise no Supremo, seria confrontada com uma série de desafios pragmáticos. Primeiramente, haveria implicações econômicas significativas, dado o investimento substancial já realizado no projeto. A desativação da usina implicaria em custos adicionais e potencialmente na perda de um ativo energético crucial.

Do ponto de vista social e energético, a usina de Belo Monte contribui para a matriz energética do país. A revogação da licença poderia impactar a oferta de energia, com consequências para consumidores e para a economia. Além disso, questões relacionadas ao emprego e ao desenvolvimento regional também seriam afetadas.

Ambientalmente, a construção da usina já impactou o ecossistema local. Uma decisão pragmática consideraria se a revogação da licença, e potencial desmonte da usina, traria benefícios ambientais significativos que justificassem tal ação, ou se esforços para mitigar e compensar os impactos ambientais existentes seriam mais apropriados.

Juridicamente, a revogação pós-construção levanta questões sobre a eficácia e a justiça de tal decisão. O pragmatismo também considera a previsibilidade e a estabilidade do sistema legal. Uma revogação tardia poderia ser vista como uma incerteza jurídica, com implicações para futuros projetos e investimentos.

É interessante comparar essa questão com a decisão tomada pela Suprema Corte dos EUA no caso *TVA v. Hill*, especialmente quando examinadas à luz do pragmatismo jurídico.

No caso *TVA v. Hill*, a Suprema Corte dos EUA ordenou a paralisação da construção da represa Tellico (*Tellico Dam*) porque ameaçava a existência do peixe *snail darter*, uma espécie em perigo. A decisão foi baseada na *Endangered Species Act*, que proíbe ações federais que possam ameaçar a existência de espécies em perigo ou destruir seu habitat. A decisão foi marcante porque a barragem estava quase completa, e significativos recursos públicos já haviam sido investidos no projeto.

No caso de Belo Monte, uma hipotética revogação da licença ambiental após a usina já estar em operação levanta questões semelhantes sobre os impactos econômicos, ambientais e sociais de interromper um projeto significativo após um investimento substancial.

Em ambos os casos, há implicações econômicas e sociais significativas. No caso *TVA v. Hill*, a decisão de parar a construção da barragem teve um impacto econômico direto. No caso de Belo Monte, uma revogação da licença também teria implicações econômicas e sociais profundas.

A proteção ambiental, por outro lado, é central em ambos os casos. Em *TVA v. Hill*, a proteção de uma espécie em perigo foi priorizada. Em Belo Monte, as considerações ambientais também são críticas, mas são equilibradas com as necessidades de desenvolvimento e energia.

O caso *TVA v. Hill* é muitas vezes visto como um exemplo de estrito cumprimento da lei, aplicada de maneira rigorosa, independentemente das consequências práticas. Em contraste, uma abordagem pragmática no caso de Belo Monte consideraria as amplas implicações de revogar a licença, incluindo os investimentos realizados, a energia produzida pela usina e os impactos sociais e ambientais.

Ambos os casos ilustram a tensão entre o desenvolvimento e a proteção ambiental. No entanto, sob a ótica do pragmatismo jurídico, a avaliação das consequências práticas da decisão judicial é decisiva. Enquanto *TVA v. Hill* exemplifica uma aplicação estrita da lei, a questão de Belo Monte, vista através da lente pragmática, exigiria uma avaliação mais abrangente das consequências econômicas, sociais, ambientais e legais de revogar a licença de uma usina já em operação. O pragmatismo jurídico busca um equilíbrio que atenda aos múltiplos interesses em jogo, considerando as realidades práticas e as consequências tangíveis das decisões judiciais.

A opinião pública norte-americana criticou a decisão em *TVA v. Hill* por não ter levado em conta o imenso investimento já realizado na represa, e a decisão da Suprema Corte acabou sendo contornada por medidas legislativas

subsequentes. Ou seja, o congresso norte-americano adotou, de certa forma, uma abordagem mais pragmática que a Suprema Corte, e sua vontade acabou prevalecendo.

No contexto brasileiro, se o STF optar por revogar a licença e, em última análise, interromper as operações da usina, em teoria, o Congresso pode responder modificando a legislação para autorizar a continuidade das operações. Entretanto, essa possibilidade seria condicionada por vários fatores, incluindo o teor específico da decisão do STF, a legislação vigente, os tratados internacionais aos quais o Brasil é parte e, possivelmente, a opinião pública. Isso reforça a importância do estudo do pragmatismo jurídico na tomada de decisão, especialmente quando o objetivo é paz, justiça e instituições eficazes.

CONCLUSÃO

Ao dar início à pesquisa, o problema foi delimitado com base na seguinte ideia central: em face dos desafios e complexidades presentes no direito ambiental, o pragmatismo jurídico, como abordagem filosófica, pode ser uma ferramenta valiosa para aprimorar decisões em casos difíceis, que frequentemente demandam a conciliação de interesses divergentes, todos relevantes e válidos para a sociedade?

Para encontrar a resposta, percorreu-se um trajeto que explorou o pragmatismo nas vertentes filosófica, jurídica e ambiental. Nesse caminho, surgiu a necessidade de examinar a jurisdição ambiental, culminando em estudos de casos nas cortes supremas do Brasil e dos Estados Unidos.

A pesquisa também se beneficiou amplamente de um período de estudos nos EUA, berço do pragmatismo e com uma sociedade de forte caráter pragmático, em universidade (*Widener University Delaware Law School*) renomada pelo ensino e prática do direito ambiental.

A seguir, está o resumo do caminho percorrido na tese.¹³⁴⁷

O **capítulo 1** concentrou-se no estudo do pragmatismo filosófico. O pragmatismo clássico se originou nos EUA no final do século XIX e representa uma das mais significativas contribuições americanas à filosofia mundial. Esta corrente filosófica surgiu como uma resposta ao fundacionalismo, uma visão que defende a existência de crenças inatas e indubitáveis que servem como alicerces para todo o conhecimento.

Etimologicamente, o termo "pragmatismo" deriva do grego "pragma", que significa "ação" ou "assunto". Inicialmente, o pragmatismo filosófico era compreendido como a abordagem das questões filosóficas sob

¹³⁴⁷ Nesta síntese, para evitar redundância e conferir fluidez à leitura, optou-se por não referenciar novamente citações já contidas no texto dos capítulos.

uma perspectiva prática. Contudo, houve uma expansão conceitual do termo, que agora é entendido como a consideração das coisas com base em suas consequências práticas.

Três nomes se destacam como os principais pioneiros desta corrente: Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey. Cada um deles trouxe perspectivas e nuances distintas para o pragmatismo, enriquecendo e diversificando sua abordagem.

Charles Sanders Peirce é frequentemente creditado como o iniciador do movimento pragmatista. Ele defendia que o verdadeiro significado de um conceito intelectual pode ser compreendido ao se observar as consequências práticas de sua aplicação. No entanto, foi William James quem popularizou o termo "pragmatismo" no mundo filosófico em 1898. James reconheceu que a essência do pragmatismo foi moldada a partir de discussões com Peirce no Clube Metafísico em Cambridge, Massachusetts, na década de 1870.

Tanto Peirce como James não viam o pragmatismo como um conjunto fixo de doutrinas filosóficas. Em vez disso, eles o concebiam como um método ou abordagem para tratar questões filosóficas, sempre com foco em suas implicações e consequências pragmáticas.

John Dewey, outro proeminente filósofo pragmatista, trouxe novas dimensões ao movimento. Observando os trabalhos de Peirce e James, Dewey buscou expandir e aprofundar o conceito de "experiência", relacionando-o mais estreitamente ao campo da prática social. Para Dewey, o pragmatismo não era apenas uma teoria, mas uma abordagem prática para resolver problemas e desafios da vida real.

Após essa fase inicial, o pragmatismo filosófico passou por um período de relativa dormência no cenário filosófico global. No entanto, a segunda metade do século XX testemunhou um renascimento vigoroso dessa tradição, muitas vezes referido como "neopragmatismo". Esta renovação não foi apenas

uma retomada das ideias originais, mas também uma reinterpretação e expansão delas à luz dos desafios contemporâneos.

Richard Rorty, uma figura central no neopragmatismo, é amplamente reconhecido por suas críticas contundentes ao fundacionalismo, uma abordagem que busca fundamentos indubitáveis para o conhecimento. Ele também desafiou o essencialismo, que sustenta a existência de propriedades inerentes e imutáveis nas coisas, e o cientismo, a crença na supremacia da ciência como o único meio válido de adquirir conhecimento. Rorty propôs que a filosofia deveria se afastar da busca por verdades universais e se concentrar mais na utilidade das ideias em contextos específicos. Ele viu o pragmatismo como uma ferramenta não apenas para filósofos, mas também para profissionais em campos diversos, incluindo o direito.

Susan Haack, outra influente filósofa neopragmatista, introduziu o conceito de "funderentismo". Esta abordagem é uma tentativa de sintetizar os aspectos mais convincentes do fundacionalismo, que dá primazia à experiência como base do conhecimento, e do coerentismo, que enfatiza a inter-relação e coerência entre crenças. Haack argumentou que, em vez de escolher entre essas duas abordagens, podemos extrair *insights* de ambas, resultando em uma teoria do conhecimento mais robusta e abrangente.

O neopragmatismo, embora enraizado nas ideias originais do pragmatismo clássico, apresenta características distintivas. Ele reconhece a complexidade e a multifacetada natureza da experiência humana no mundo contemporâneo. Em vez de buscar verdades absolutas, o pragmatismo contemporâneo é mais flexível, adaptando-se às mudanças contextuais e enfatizando a aplicabilidade prática das ideias.

Além disso, o pragmatismo contemporâneo é profundamente interdisciplinar. Ele não se limita a questões puramente filosóficas, mas se estende a áreas do conhecimento. A ênfase está em como as ideias funcionam na prática, como elas afetam a experiência humana e como podem ser usadas para resolver problemas concretos.

O pragmatismo filosófico contemporâneo, com suas ricas nuances e adaptações, representa uma evolução significativa da tradição pragmatista original. Pensadores como Rorty e Haack não apenas reviveram o pragmatismo, mas também o redefiniram, tornando-o relevante e aplicável aos desafios e complexidades do mundo moderno. Em sua essência, o neopragmatismo continua a enfatizar a importância da ação, da experiência e das consequências práticas, mas o faz com uma profundidade e sofisticação que reflete os tempos contemporâneos.

O item 1.3.1 da tese aborda a "experiência" como um dos fundamentos centrais do pragmatismo filosófico. A experiência é uma pedra angular do pragmatismo, servindo como um pilar fundamental para a compreensão do conhecimento e da realidade. Os três pragmatistas clássicos (Peirce, James e Dewey) concordavam que a inteligência humana está intrinsecamente relacionada ao conhecimento oriundo da experiência. Esta perspectiva é um dos pilares do empirismo, que se caracteriza pela crença de que a filosofia nunca deve considerar qualquer realidade fora da experiência humana real e possível.

William James, por sua vez, tinha uma abordagem mais psicológica da experiência. Ele acreditava que a experiência humana era direcionada ativamente a um objetivo e que nossos pensamentos tinham a função de controlar nossas ações. Para James, a experiência não era apenas um processo, mas também uma força criativa. Ele defendia que os pensamentos devem estar a serviço das atividades humanas, e essa perspectiva conferia suporte ao seu pragmatismo.

John Dewey, em suas reflexões, também destacou a importância da experiência. Ele acreditava que a experiência consistia em uma dinâmica de ação e receptividade, cujo mérito residia no reconhecimento das conexões ou continuidades que ela propiciava. Para Dewey, a experiência inclui a cognição na medida em que é cumulativa, remete a algo ou tem um sentido.

Em resumo, a experiência, no contexto do pragmatismo filosófico, é vista como um meio fundamental para a compreensão e aquisição do

conhecimento. Ela serve como uma ponte entre a realidade objetiva e a subjetividade humana, permitindo uma compreensão mais profunda e integrada do mundo.

Outro alicerce central do pragmatismo filosófico é o antifundacionalismo, que representa uma rejeição à ideia de que existem fundamentos estáveis e universais para o conhecimento. O antifundacionalismo desafia a noção tradicional de que o conhecimento e a verdade podem ser fundamentados em bases sólidas e imutáveis. Em vez disso, argumenta-se que todas as afirmações de conhecimento e verdade são contextualizadas e situadas, moldadas por circunstâncias sociais, históricas e culturais.

Essa perspectiva desafia a ideia de que existem verdades universais ou absolutas. Em vez disso, o antifundacionalismo sugere que o que consideramos verdadeiro ou factual é sempre influenciado pelo contexto em que essas afirmações são feitas. Isso não significa que o antifundacionalismo rejeite a ideia de verdade ou realidade; em vez disso, ele reconhece que nossa compreensão da verdade e da realidade é sempre mediada por nossas experiências e contextos particulares.

Por sua vez, o consequencialismo, como um dos fundamentos do pragmatismo filosófico, enfatiza a importância das consequências práticas na avaliação e justificação de teorias, ações e decisões. É uma abordagem que avalia a validade e a relevância de uma ação, teoria ou decisão com base em suas consequências práticas. No contexto do pragmatismo, isso significa que a escolha entre diferentes interpretações e explicações de fenômenos deve ser feita considerando suas respectivas consequências práticas, levando a uma atitude empiricista e experimentalista.

Dewey argumentava que o pragmatismo não busca simplesmente descartar a ideia de teorias científicas como modelos de realidade. O que deve ser descartado é a ideia de que as teorias são modelos simplesmente por serem representações. Isso ressalta a importância de avaliar teorias com base em suas implicações e resultados práticos, em vez de sua conformidade com um ideal ou padrão preconcebido.

William James também enfatizava o consequencialismo em sua abordagem. Ele acreditava que o pragmatismo é hostil apenas em relação a opiniões metafísicas que não podem ser testadas com base em suas consequências práticas para a experiência humana. Isso sugere que, para James, a validade de uma teoria ou opinião é determinada por sua aplicabilidade e relevância prática, e não por sua conformidade com padrões metafísicos abstratos.

Em suma, o consequencialismo no pragmatismo filosófico destaca a importância de avaliar ideias, teorias e ações com base em suas consequências reais e tangíveis. Isso reflete uma abordagem prática e orientada para a ação, que busca soluções eficazes e resultados benéficos em vez de conformidade com ideais abstratos.

O item 1.4 explora a intersecção entre os fundamentos do pragmatismo filosófico e sua aplicação no campo jurídico, especialmente na tomada de decisões judiciais.

A ideia de aplicar os fundamentos do pragmatismo filosófico ao pensamento jurídico foi inicialmente concebida por Oliver Wendell Holmes Jr, juiz da Suprema Corte dos EUA no início do século XX. Ele é frequentemente citado como um dos pioneiros em trazer uma abordagem pragmática para o campo jurídico. Holmes acreditava que o direito deveria ser visto sob uma perspectiva pragmática, focando nas consequências práticas das decisões judiciais.

Assim, no contexto da adjudicação de direitos, o pragmatismo enfatiza a importância da experiência e das consequências práticas. A tomada de decisão deve ser avaliada por um critério do "que funciona", evitando debates filosóficos abstratos e se concentrando em soluções concretas. A abordagem pragmática evita debates filosóficos abstratos sobre a natureza da verdade e se concentra em soluções concretas, enfocando a efetividade da decisão, o que deve ser uma preocupação central para o julgador.

As influências do pragmatismo filosófico sobre a adjudicação pragmática de direitos são, portanto, inegáveis. A prática leva à experiência e a experiência à verdade. Não à verdade absoluta, que é utópica, mas à verdade dentro do que é possível conhecer e provar, observando consequências realizáveis.

Partindo dessas premissas, o **capítulo 2** trata especificamente do pragmatismo jurídico, iniciando com uma análise detalhada do percurso da filosofia jurídica.

A filosofia, em sua essência, é frequentemente vista como um campo de estudo abstrato e, para muitos, desprovido de aplicabilidade prática no cotidiano. No entanto, quando se trata da filosofia jurídica, essa percepção é desafiada, especialmente quando paradigmas tradicionalmente aceitos começam a falhar em sua capacidade de explicar fenômenos contemporâneos.

A relevância da filosofia se torna evidente quando crenças, até então aceitas como "verdades científicas", são postas em dúvida. Essas dúvidas surgem quando tais crenças não conseguem mais explicar adequadamente os fenômenos de um campo específico do conhecimento. Nesses momentos, a filosofia emerge como uma ferramenta crucial, atuando como catalisadora de uma "revolução paradigmática".

No campo do Direito, essa revolução é particularmente palpável. O Direito, ao longo do tempo, consolidou-se como uma ciência jurídica, adotando metodologias e técnicas específicas que vão além da mera discussão racional abstrata. No entanto, assim como qualquer outra ciência, o Direito não está imune a "crises paradigmáticas". Estas crises ocorrem quando crenças e práticas jurídicas, que eram aceitas em determinado momento histórico, são desafiadas por novas perspectivas e questionamentos.

A relação entre juristas e a filosofia do direito é complexa. Muitos juristas, especialmente aqueles imersos na rotina judiciária, tendem a ser hostis à filosofia do direito. No entanto, essa hostilidade muitas vezes se origina de uma falta de compreensão ou da percepção de que a filosofia não tem utilidade

prática. Contrariamente a essa visão, a filosofia desempenha um papel crucial na evolução do pensamento jurídico, especialmente em tempos de crise paradigmática.

Historicamente, dois paradigmas dominaram o pensamento jurídico: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. O jusnaturalismo, que tem suas raízes na cultura jurídica ocidental e prevaleceu por quase dois milênios, defende a existência de uma ordem jurídica universal, derivada da natureza humana ou divina. Esta ordem é vista como superior ao direito criado pelos seres humanos. No entanto, o jusnaturalismo enfrentou críticas significativas, especialmente de pensadores como Norberto Bobbio, que apontou para a imprecisão e ineficácia do conceito de "direito natural".

Em resposta às limitações percebidas do jusnaturalismo, emergiu o positivismo jurídico. Este paradigma enfatiza a primazia do direito positivo, ou seja, o direito criado e estabelecido pela sociedade. O positivismo jurídico se baseia em cinco pilares fundamentais, que incluem a separação entre direito e moral, a primazia das regras jurídicas positivadas, a estruturação do sistema jurídico com base na validade formal, a aplicação do direito através de um processo lógico-dedutivo e a discricionariedade judicial em casos complexos.

Porém, o juspositivismo, que se consolidou como uma corrente dominante no pensamento jurídico, também não está isento de críticas. Norberto Bobbio, uma figura central no debate, reconhece que o positivismo jurídico, ao se concentrar estritamente no direito positivo, pode negligenciar a interação intrínseca entre direito e moral. Esta separação entre direito e moral, embora defendida pelo positivismo, é vista por muitos críticos como uma simplificação excessiva da realidade jurídica.

Correntes pós-positivistas surgiram em resposta às limitações percebidas do positivismo jurídico, buscando abordagens que superassem algumas das críticas dirigidas a ele. Robert Alexy, por exemplo, no seu pensamento de caráter procedimentalista, ressalta a relação intrínseca entre direito e moral. Ele critica as teorias positivistas por sua separação estrita entre direito e moral, e insinua que, em casos duvidosos, os positivistas acabam

recorrendo a fatores extrajurídicos para tomar decisões. Em contraste, os não positivistas, segundo Alexy, acreditam que o direito pode determinar a decisão, mesmo que a lei não a estipule explicitamente.

Ronald Dworkin, por sua vez, representando a corrente substancialista, destaca a necessidade de uma teoria jurídica com mais "substância". Ele rejeita a ideia positivista de uma separação estrita entre direito e moral, argumentando que o direito é uma extensão da moral. Ele compara a estrutura moral a uma árvore, com o direito como um ramo da moral política, que por sua vez é parte da moral pessoal e de uma teoria mais ampla do bem viver. Dworkin adota o interpretacionismo, que considera o direito como um conjunto de regras e princípios morais justificativos, e vê os valores não como conflitantes, mas como complementares na busca pela decisão correta em casos concretos. Ele visualiza o sistema jurídico como uma teia de decisões interligadas, tecidas pelos juízes ao longo do tempo, e defende que as decisões jurídicas devem ser tomadas por meio de um processo lógico dedutivo ou por um balanceamento argumentativo, sempre buscando a integridade política e a coerência com os princípios de justiça e equidade.

Em contrapartida, Richard Posner, defensor da corrente pragmática, argumenta que a filosofia do pragmatismo promove a dúvida, levando a uma investigação mais profunda. Para Posner, enquanto juízes positivistas focam em manter a coerência com decisões anteriores, juízes pragmáticos buscam o melhor para o presente e o futuro, sem se prender estritamente a decisões passadas.

O item 2.2 aprofunda o estudo do pragmatismo de Richard Posner, uma corrente de pensamento jurídico que se destaca por sua abordagem orientada para os resultados e por sua ênfase na aplicação prática do direito. Posner, inicialmente associado à escola econômica do direito nos Estados Unidos, adotou a corrente do pragmatismo jurídico após a publicação do livro "The problems of jurisprudence" em 1990. Desde então, ele se tornou uma figura central nessa corrente, fortalecendo-a no cenário jurídico do final do século XX.

Para Posner, o pragmatismo jurídico é orientado para o futuro, enquanto o formalismo olha para o passado. Em suas palavras, o formalismo busca fundamentar a legitimidade de uma decisão judicial no fato de ser dedutível de uma norma ou princípio estabelecido anteriormente. O pragmatista, por outro lado, valoriza a continuidade com decisões passadas, mas o faz porque vê a continuidade como um valor social e não por um senso de dever para com o passado. Assim, o teste de uma grande decisão judicial, segundo Posner, não é sua continuidade com os princípios do formalismo jurídico, mas sim o quanto ela se adequa ao seu contexto social.

Posner também destaca que o pragmatismo jurídico reconhece a utilidade de disciplinas como economia, psicologia cognitiva e estatística para embasar decisões judiciais. Ele argumenta que a filosofia, especialmente a filosofia pragmatista, incita à dúvida, e essa dúvida leva à investigação. Isso torna um juiz menos dogmático e mais aberto a diferentes perspectivas. Os juízes pragmáticos, segundo ele, sempre tentam fazer o melhor para o presente e o futuro, sem a obrigatoriedade de garantir coerência principiológica com decisões passadas.

Uma das características marcantes do pragmatismo de Posner é a valorização do balanceamento. Ele acredita que este é o ponto de partida natural do pragmatista, cujo teste envolve pesar as consequências específicas ao caso, comparando os prós e contras da decisão. Essa análise não se restringe a termos monetários e pode ser aplicada em casos não-econômicos.

Outro aspecto relevante é a interdisciplinaridade. Desde sua origem, o pragmatismo jurídico enfatizou a interdisciplinaridade como um atributo fundamental da adjudicação pragmática de direitos. Para Posner, outras áreas do conhecimento humano podem fornecer informações valiosas sobre as consequências de suas decisões, levando o julgador a um "ecletismo educacional".

O item 2.3 especifica algumas das principais características da adjudicação pragmática, listadas por Richard Posner, em seu livro "Direito, Pragmatismo e Democracia":

a) não é um julgamento ad hoc: a adjudicação pragmática não se baseia em decisões tomadas especificamente para um caso sem considerar um contexto mais amplo.

b) circunstâncias específicas: reconhece que as circunstâncias específicas de um caso podem dominar completamente o processo de tomada de decisão.

c) razoabilidade do julgador: o foco está na razoabilidade do julgador, que deve tomar a decisão mais razoável no caso concreto, sopesando prós e contras.

d) análise circunstancial detalhada: pelo viés pragmático, a intuição e a opinião são instruídas pela análise circunstancial detalhada. Posner destaca a importância de "mergulhar nos fatos", não apenas no sentido limitado do direito probatório, mas em um sentido que engloba métodos analíticos, técnicas empíricas e descobertas das ciências sociais, inclusive da história.

e) interdisciplinaridade: os pragmatistas jurídicos valorizam a interdisciplinaridade, reconhecendo que disciplinas como economia, psicologia cognitiva e estatística podem ser úteis para embasar suas decisões. A abordagem pragmática é fortemente empírica e valoriza teorias que orientam a investigação empírica.

f) retórica e persuasão: os pragmatistas jurídicos são mais simpáticos à retórica, vendo-a como um método razoável e inevitável para persuadir em situações em que o raciocínio exato não é suficiente.

g) foco nas consequências: a adjudicação pragmática se preocupa com as consequências da decisão em um cenário de escassez. A ciência jurídica, assim como a economia, se preocupa com as consequências da decisão em um mundo de privações.

Em resumo, a adjudicação pragmática, conforme apresentada por Richard Posner, destaca-se por sua abordagem orientada para os resultados, sua ênfase na razoabilidade, sua valorização da interdisciplinaridade e sua

atenção às consequências práticas das decisões jurídicas. Esta abordagem desafia as tradições jurídicas convencionais, propondo uma visão mais adaptável e orientada para os resultados.

Nesse aspecto, a interdisciplinaridade, conforme abordada no item 2.4, sobressai como um pilar fundamental no contexto do pragmatismo jurídico, sugerindo que os intérpretes e aplicadores do direito devem ir além do mero entendimento do ordenamento jurídico, engajando-se ativamente com os avanços nas ciências sociais. A ideia central é que a ciência jurídica não deve se limitar a seus domínios tradicionais, mas deve estabelecer um diálogo produtivo com outras áreas do conhecimento, adotando uma postura transdisciplinar.

Seguindo essa linha, o item 2.4.1 aborda a relação entre "Direito e Economia", enfatizando a interação e o diálogo entre essas duas ciências. Ambas estudam formas de comportamento humano, mas, enquanto o Direito se concentra nas normas e regulamentações que governam a sociedade, a Economia foca na produção, distribuição e consumo de bens e serviços. No entanto, ambas as disciplinas têm implicações significativas uma para a outra.

Nesse campo, a Análise Econômica do Direito (AED), também conhecida como *Law and Economics* no contexto norte-americano, surge como uma metodologia que busca aplicar conceitos e ferramentas da economia na resolução de problemas jurídicos. Esta disciplina estuda o direito e suas instituições, tendo como eixo central da análise a racionalidade individual. A AED pode ser definida como a aplicação da teoria econômica, e dos métodos econométricos, ao exame da formação, estrutura, processos e impactos do direito e das instituições legais.

A origem pragmática da AED ajuda a explicar seu desenvolvimento, especialmente no sistema jurídico norte-americano. Este sistema, baseado na *common law*, valoriza a eficiência e a busca por soluções práticas para problemas jurídicos. A tradição da *Law and Economics* implica no uso do raciocínio econômico para explicar a lógica das decisões judiciais.

A perspectiva econômica vê o direito como uma ferramenta que deve buscar a eficiência, contribuindo para o aumento do bem-estar social. A economia fornece ao direito uma metodologia para quantificar interesses, analisar procedimentos e indicar soluções com tendências probabilísticas. A interação entre economia e direito busca evitar o uso irracional ou ineficiente da riqueza, do meio ambiente e do esforço pelo trabalho.

Desse modo, a interdisciplinaridade entre direito e economia é essencial para uma tomada de decisão mais informada e eficiente. A incorporação de paradigmas teóricos da economia fortalece o direito como ciência, tornando suas conclusões teóricas mais testáveis a partir de métodos mais exatos. A AED, em particular, oferece uma abordagem pragmática que valoriza a eficiência e a racionalidade na tomada de decisões jurídicas.

Ainda seguindo a linha da interdisciplinaridade, o item 2.4.2 aborda a aplicação da psicologia cognitiva à jurisdição.

A psicologia cognitiva, ao estudar os processos mentais, como pensamento, memória, percepção e linguagem, e como esses processos afetam o comportamento, oferece *insights* valiosos sobre o processo de tomada de decisão no âmbito jurídico. A tomada de decisão é uma atividade complexa, e a linguagem utilizada para descrevê-la pode influenciar a percepção sobre o processo.

A imparcialidade é um dever funcional dos juízes e é a base da noção comum de justiça. No entanto, pesquisas recentes mostraram que até mesmo juízes altamente qualificados dependem de processos cognitivos que podem levar a erros sistemáticos de julgamento. Todos os juízes são influenciados por sua raça, etnia, ideologia, nacionalidade, status socioeconômico, gênero, sexualidade e religião.

A psicologia cognitiva identificou a existência de duas formas de raciocínio humano: o Sistema 1, que é rápido e intuitivo, e o Sistema 2, que é mais lento, deliberativo e calculista. O Sistema 1 é mais propenso a erros, enquanto o Sistema 2 é mais cuidadoso e analítico. Muitos dos processos

mentais implícitos, como memórias, percepções e estereótipos, estão enraizados no Sistema 1 e influenciam os julgamentos sociais, muitas vezes sem que a pessoa tenha consciência disso.

No contexto jurídico, a tomada de decisão não é isenta dessas influências. Suposições, valores e experiências anteriores de um juiz, mesmo aquelas das quais ele não tem consciência, influenciam sua tomada de decisão. Se os juízes baseiam sua tomada de decisão acreditando em uma perspectiva objetiva e universal, estão ignorando princípios fundamentais da cognição.

A psicologia cognitiva, portanto, oferece ferramentas valiosas para entender e melhorar o processo de tomada de decisão no contexto jurídico. Reconhecer e compreender os vieses e processos cognitivos pode ajudar os juízes a tomar decisões mais informadas e justas.

O item 2.5 discute as críticas de Ronald Dworkin ao pragmatismo jurídico.

Ronald Myles Dworkin, uma figura proeminente na filosofia jurídica, levantou críticas contundentes ao pragmatismo jurídico. Uma de suas principais críticas é a aparente falta de compromisso do pragmatismo com escolhas legislativas ou judiciais anteriores. Dworkin argumenta que, para o pragmatismo, a coerência com decisões passadas não seria essencial para a justiça ou virtude de uma decisão atual. Ele sugere que um juiz pragmático não se sentiria compelido a respeitar precedentes, especialmente quando o alcance de uma decisão anterior é considerado "obscuro e polêmico".

Além disso, Dworkin acredita que admitir que o pragmatismo corresponde ao que os juízes fazem em casos difíceis implica aceitar uma "nobre mentira" ao interpretar casos anteriores. Ele parece não diferenciar pragmatismo de consequencialismo ou utilitarismo, sugerindo que o pragmatismo se preocupa apenas com as consequências futuras e não com a integridade das decisões.

No entanto, defensores do pragmatismo jurídico oferecem contrapontos robustos a essas críticas. Argumentam que o pragmatismo não ignora completamente o passado, mas sim o considera de forma equilibrada,

sem se sentir estritamente vinculado a ele. Em relação à interpretação de casos anteriores, o pragmatismo defende que os juízes buscam ilustrar suas decisões com precedentes e teoria, não como uma mentira, mas como uma forma de justificar suas decisões no contexto atual.

Contrariamente à visão de Dworkin, o pragmatismo, especialmente como defendido por Richard Posner, não se limita apenas às consequências futuras. Ele considera tanto o passado quanto o futuro, buscando uma abordagem equilibrada na tomada de decisões judiciais. Além disso, enquanto Dworkin defende a integridade como um princípio central, o pragmatismo argumenta que outros fatores, como as consequências práticas, também são essenciais.

Em síntese, embora Dworkin apresente críticas significativas ao pragmatismo jurídico, a tese apresenta contrapontos que defendem sua eficácia e relevância na prática jurídica contemporânea.

O item 2.6 aborda possíveis influências do pragmatismo Jurídico na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

A LINDB tem como objetivo nortear a interpretação e a aplicação das normas no Brasil. O reconhecimento de que as alterações feitas pela Lei n. 13.655/18 teve inspiração em fundamentos pragmáticos é determinante para a indagação sobre a influência desta corrente no contexto brasileiro.

Três artigos da LINDB têm uma relação íntima com os compromissos do pragmatismo: artigos 20 e 21, com foco nas consequências da decisão, e artigo 22, com foco nos fatos e circunstâncias, ou seja, na contextualização do problema. Após analisar detidamente a redação dos dispositivos, relacionando-a às características adjudicatórias mencionadas anteriormente, o texto conclui que o pragmatismo jurídico influenciou o legislador brasileiro, que incorporou alguns de seus fundamentos na LINDB, enfatizando a importância de considerar as consequências práticas e o contexto real na interpretação e aplicação das normas no direito brasileiro.

O **capítulo 3** refina o estudo do pragmatismo, direcionando-o ao direito ambiental. Para isso, antes de analisar as contribuições do pragmatismo jurídico para a tomada de decisão em casos difíceis em matéria ambiental, procura definir quais tipos de casos se enquadram nessa categoria.

A prática e a teoria da decisão judicial frequentemente categorizam os casos submetidos ao Poder Judiciário em dois grupos: casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*). Essa categorização é feita com base no grau de complexidade dos casos, sob a perspectiva daqueles que têm a responsabilidade de julgá-los.

Tradicionalmente, casos fáceis são os casos mais rotineiros, em que as fontes convencionais de direito são suficientes para a atividade jurisdicional, e a decisão é geralmente alcançada por meio de um raciocínio lógico-dedutivo. Já os casos difíceis são aqueles em que a resposta não é facilmente derivada das fontes tradicionais de direito. Eles carregam dilemas morais ou conflitos principiológicos, ampliando o campo discricionário do julgador.

A visão tradicional do positivismo defende que, para os casos fáceis, a decisão correta é obtida por meio do processo de subsunção do fato à norma. No entanto, quando não existem leis claras preestabelecidas para resolver um caso, o julgador se depara com um caso difícil. Nessa situação, é concedida ao julgador uma certa dose de discricionariedade.

O item 3.1.2 aborda a forma como o pragmatismo jurídico lida com casos considerados difíceis no contexto legal.

O pragmatismo acrescenta um ingrediente crucial na definição de um caso difícil: as consequências da decisão. Mesmo que a lei pareça clara em uma situação particular, o resultado ditado por essa lei pode ser problemático. Em tais situações, o raciocínio lógico por si só pode não ser suficientemente incisivo para permitir decisões objetivas e justas.

Enquanto o formalismo se concentra na aplicação estrita da lei, o pragmatismo dá mais ênfase às consequências práticas e ao contexto mais

amplo. Em casos difíceis, onde a aplicação direta da lei pode levar a resultados socialmente descontextualizados ou consequências inaceitáveis, o pragmatismo oferece uma abordagem mais flexível e orientada para o contexto.

O item 3.1.3 aprofunda o debate sobre a forma como o pragmatismo jurídico pode auxiliar na resolução de casos que apresentam complexidades particulares.

O pragmatismo jurídico reconhece que, em casos difíceis, a resposta não é facilmente extraída das fontes tradicionais de direito. Em vez disso, o juiz deve considerar o propósito da regra e escolher o resultado que cumprirá esse propósito. Isso leva o juiz da superfície verbal da lei para a realidade social que a lei busca moldar.

Uma das virtudes do pragmatismo é trazer à luz a prática da rotina judiciária. Em vez de esconder o fato de que fatores extrajurídicos são considerados na tomada de decisões, é melhor explicitar quais são esses fatores. Essa transparência e franqueza são essenciais para a integridade do processo judicial.

O pragmatismo jurídico não busca simplificar casos difíceis ou criar consenso onde ele não existe. Em vez disso, esforça-se para identificar o cerne real das disputas e resolver litígios com base em argumentos que possam alcançar o maior consenso possível. Ao focar em aspectos práticos da decisão, em vez de apenas princípios abstratos, o pragmatismo pode oferecer soluções mais contextualizadas e relevantes para casos difíceis.

O item 3.1.4 aborda as complexidades e desafios associados à tomada de decisões judiciais em questões ambientais.

Questões relacionadas à proteção ambiental frequentemente apresentam desafios significativos em termos de prova e relevância. Isso ocorre especialmente quando essas questões entram em conflito com direitos individuais estabelecidos ou quando confrontam valores protegidos pela Constituição, como a proteção do meio ambiente em contraposição ao desenvolvimento socioeconômico. Além disso, questões de natureza

transnacional, que envolvem múltiplas jurisdições e normas, também se enquadram na definição de casos difíceis. Nesses cenários, é essencial que haja um diálogo judicial transnacional, baseado no conhecimento empírico adquirido pelas cortes locais, que promova uma troca de informações sobre as realidades práticas e as consequências de determinadas decisões.

Em síntese, o pragmatismo jurídico, com sua ênfase em fatos específicos, consequências e soluções viáveis, juntamente com seu ceticismo em relação a grandes teorias e concepções fixas, é altamente benéfico para o direito ambiental. A flexibilidade ideológica, pluralismo e foco nas consequências globais das decisões ambientais tornam o pragmatismo uma abordagem valiosa para lidar com casos difíceis nessa matéria.

A seção 3.2 aborda a interseção entre economia e direito na temática ambiental.

A Análise Econômica do Direito Ambiental (AEDA) é uma abordagem que busca integrar princípios econômicos à formulação, interpretação e aplicação do direito ambiental. Esta abordagem reconhece que as questões ambientais frequentemente envolvem *trade-offs* ou compensações entre diferentes valores e interesses, como a proteção do meio ambiente, o desenvolvimento econômico e os direitos individuais.

Um dos desafios centrais da AEDA é a monetização do meio ambiente, isto é, atribuir um valor monetário aos recursos e serviços ambientais. Esta monetização é particularmente relevante no contexto dos Pagamentos por Serviços Ambientais (PSA), onde se busca compensar financeiramente aqueles que contribuem para a preservação ou restauração de ecossistemas. No entanto, a monetização é também uma das maiores críticas direcionadas à AEDA, pois muitos argumentam que é difícil, se não impossível, atribuir um valor preciso e adequado a bens e serviços que são intrinsecamente valiosos e muitas vezes insubstituíveis.

A AEDA também se concentra na eficiência das políticas e regulamentações ambientais. Isso significa que se busca alcançar os objetivos

ambientais desejados ao menor custo possível. Esta abordagem é baseada no princípio da eficiência de Kaldor-Hicks, que sugere que uma política é eficiente se os benefícios que ela gera superam os custos, mesmo que algumas pessoas estejam pior em comparação com outras.

No entanto, a eficiência não é o único critério considerado na AEDA. Também são levadas em conta questões de justiça, equidade e direitos fundamentais. Por exemplo, uma política que seja eficiente do ponto de vista econômico pode não ser justa se resultar em danos desproporcionais a comunidades vulneráveis ou se violar direitos fundamentais.

Nesse contexto, a Análise Econômica do Direito Ambiental é uma ferramenta valiosa que pode ajudar a informar e orientar a formulação e implementação de políticas e regulamentações ambientais. Contudo, é essencial que esta abordagem seja usada com cautela e em conjunto com outras considerações, como justiça, equidade e direitos fundamentais, para garantir que as decisões tomadas sejam não apenas eficientes, mas também justas e éticas.

Nesse aspecto, a Análise de Custo-Benefício (ACB) em questões relacionadas ao meio ambiente, discutida no item 3.2.1, é uma técnica procedimental utilizada pelos tomadores de decisão em políticas públicas, incluindo o Poder Judiciário, para realizar alocações eficientes e bem-informadas dos escassos recursos públicos. Esta técnica é fundamental para a abordagem do custo-benefício, pois adota ideias de eficiência e maximização de riqueza da análise econômica do direito. Como resultado, questões críticas relacionadas à teoria normativa da Análise Econômica do Direito são comuns na ACB, devido à adoção desses conceitos como elementos-chave no desenvolvimento dessa matéria.

A ACB busca equilibrar os benefícios sociais de uma regulamentação em relação aos custos que a sociedade enfrenta para cumpri-la. Ela se identifica com o método pragmático, pois permite ponderar os custos e benefícios (prós e contras) de determinada atuação governamental entre as diversas alternativas disponíveis. Isso possibilita a avaliação de quando é justificável proceder de determinado modo e identificar oportunidades para

minimizar os custos de alcançar um objetivo social (custo-efetividade) e maximizar os benefícios sociais (eficiência).

Todavia, é importante ressaltar que a ACB não controla a tomada de decisão em questões ambientais de forma isolada. Ela não é uma mera fórmula matemática que fornece respostas diretas. Em vez disso, é uma ferramenta de tomada de decisão que requer considerações cuidadosas e equilibradas de múltiplos aspectos, incluindo técnicos, econômicos, sociais, políticos e éticos.

Por outro lado, a alegada incomensurabilidade de certos bens e valores existenciais não pode ser vista como um fundamento definitivo para rejeitar a aplicação da ACB. É um equívoco acreditar que a ACB resume a qualidade do meio ambiente, e conseqüentemente, da vida humana, a um montante puramente pecuniário. Estes são valores imensuráveis, mas a atuação governamental deve utilizar a ACB como um instrumento para classificar alternativas de implementação das políticas públicas voltadas à proteção do meio ambiente, visando a utilização eficiente de recursos públicos limitados.

Estabelecidas essas premissas, o item 3.3 passa a discorrer especificamente sobre o assunto principal da tese, o pragmatismo ambiental, também conhecido como "ecopragmatismo".

Originado nas décadas de 1980 e 1990, é um ramo emergente na filosofia contemporânea, que busca integrar os preceitos e métodos do pragmatismo filosófico à solução de questões ambientais concretas. Dado que o pragmatismo se concentra em problemas atuais e tangíveis, não surpreende que os filósofos pragmatistas clássicos não tenham abordado o tema ambiental da forma como é concebido hoje, já que a preocupação com o meio ambiente não era tão predominante em épocas anteriores.

O cerne do pragmatismo ambiental é a rejeição de filosofias positivistas relacionadas ao meio ambiente. Esta rejeição ecoa a convicção dos pragmatistas norte-americanos de que tentativas de estabelecer uma visão definitiva sobre o que é correto tendem a parecer incompletas, ambíguas ou até

mesmo obsoletas para as gerações futuras. No método pragmático, há um desejo de testar e descartar teorias que não se alinham com a experiência real, em vez de tentar ajustar os resultados para se encaixar em uma teoria preconcebida.

O ecopragmatismo representa uma terceira via no debate entre antropocentrismo e ecocentrismo, em suas versões mais radicais, evitando simplificações e buscando uma abordagem pluralista que acomode tanto o uso prudente quanto a preservação da natureza. Em vez de uma escolha contínua entre "humanos primeiro" ou "natureza primeiro", o ecopragmatismo oferece uma perspectiva equilibrada que leva em consideração os valores humanos e ambientais.

O item 3.4 discorre sobre o pensamento de Daniel Farber acerca do ecopragmatismo, uma abordagem que busca conciliar a proteção ambiental com a tomada de decisões práticas e realistas. Farber, um renomado jurista na área do direito ambiental nos Estados Unidos, propõe uma visão que combina dois temas centrais: o "ecológico" e o "pragmático".

O tema "ecológico" é fundamentado na ciência, focando no caráter dinâmico dos sistemas naturais. Reconhece a complexidade e a interconexão dos ecossistemas, bem como a necessidade de protegê-los. Por outro lado, o tema "pragmático" é inspirado na corrente filosófica do pragmatismo, que valoriza a ação e a eficácia na tomada de decisões. Em vez de se ater a ideais utópicos ou a princípios inflexíveis, o pragmatismo busca soluções que funcionem na prática, considerando as circunstâncias e os recursos disponíveis.

Farber destaca que a tomada de decisão em matéria ambiental é frequentemente marcada por desafios como a incomensurabilidade dos danos econômicos e físicos, longas linhas temporais e incerteza científica. Em face desses desafios, ele argumenta que é essencial fazer escolhas, mesmo que difíceis, sobre quando sacrificar valores ambientais em detrimento de outras preocupações relevantes.

Uma das controvérsias centrais abordadas por Farber é a tensão entre ambientalistas (frequentemente descritos de forma caricata como "abraçadores de árvores") e economistas (descritos como "contadores de feijão"). Ele reconhece que essa controvérsia muitas vezes se baseia na legitimidade ou não do método baseado no mercado como um mecanismo de escolha social. No entanto, Farber defende que os julgadores e tomadores de decisão devem levar em conta ambas as perspectivas ao resolver problemas ambientais.

Farber explora diversos aspectos relacionados à tomada de decisão ambiental. Ele discute, por exemplo, a importância de técnicas econômicas para medir benefícios ambientais e argumenta que, embora essas medidas não devam ser vistas como dogmas, elas oferecem pontos de partida úteis para avaliar a razoabilidade das decisões ambientais.

O ecopragmatismo de Daniel Farber propõe, assim, uma abordagem equilibrada e realista para a tomada de decisões ambientais. Ele reconhece a importância da proteção ambiental, mas também enfatiza a necessidade de soluções pragmáticas que sejam viáveis e eficazes no mundo real.

Avançando na pesquisa, uma vez que a tese se propôs a fazer estudos de casos no Brasil e nos Estados Unidos, foi necessário, previamente, examinar a forma como ocorre a proteção do meio ambiente no ordenamento jurídico dos dois países, tarefa que coube ao capítulo seguinte.

O **capítulo 4** inicia com o estudo do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil e nos EUA.

A ideia de direitos fundamentais surgiu durante a transição do Estado absoluto para o Estado de Direito, entre os séculos XIV e XVII. Esse período foi marcado por mudanças significativas que abriram espaço para reivindicações de liberdade religiosa, intelectual, política e econômica. A origem dos direitos fundamentais está ligada ao reconhecimento dos direitos do homem e do cidadão, que emergiram da secularização do direito natural.

No Brasil, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é reconhecido como um direito fundamental na Constituição. Esse direito é essencial para a sadia qualidade de vida e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O Supremo Tribunal Federal, em suas decisões, afirmou e reconheceu o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. No entanto, o reconhecimento teórico desse direito não garante sua efetiva preservação na prática.

Nos Estados Unidos, a Constituição federal não menciona explicitamente um direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. No entanto, quase metade das constituições dos estados norte-americanos possui alguma previsão na esfera ambiental. Alguns argumentam que, embora a Constituição dos EUA não mencione explicitamente esse direito, ele pode ser inferido de outros direitos fundamentais, como o direito à vida. Há um debate em curso sobre a presença ou não de um direito fundamental a um sistema climático estável ou a um meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição dos EUA.

Na sequência, o item 4.2 aborda a responsabilidade civil por danos ambientais no Brasil e nos EUA.

No Brasil, a proteção material do meio ambiente na esfera cível envolve a responsabilização daqueles que causam danos ambientais, juntamente com os mecanismos processuais empregados para garantir essa proteção. A responsabilidade civil por danos ambientais possui um sistema próprio e autônomo, que a diferencia das regras gerais do Código Civil.

Em síntese, para que ocorra a responsabilização civil na esfera ambiental no sistema brasileiro, basta a prova do evento danoso, da ação ou omissão do agente (ou mesmo o mero exercício da atividade potencialmente danosa), e o nexo de causalidade entre ambos, isto é, o vínculo entre a ação ou omissão e o dano ambiental verificado. Dispensa-se o nexo de imputação (dolo ou culpa do agente), visto que o objetivo é buscar um responsável pela indenização, não necessariamente um culpado.

De outro lado, no ordenamento jurídico norte-americano, as ações judiciais podem ser propostas com base em dois sistemas distintos: *common law* ou *statutory law*. O sistema de *common law* consiste em um direito comum desenvolvido por meio de decisões judiciais, independentemente da existência de *statutes*. No sistema de *common law*, o juiz examina os fatos e aplica uma “regra de direito” (*rule of law*) para chegar a uma decisão.

Embora o fundamento para buscar reparação por danos ambientais nos EUA tenha origem em princípios de *common law*, como a *public trust doctrine*, há também uma base legal estabelecida por leis federais ou estaduais.

A principal lei federal (*statute*) sobre a responsabilização por dano ambiental nos EUA é a *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* (CERCLA). Outras leis importantes neste tema citadas no relatório da tese são a *Oil Pollution Act* (OPA), a *Clean Water Act* (CWA), a *National Marine Sanctuaries Act* (NMSA) e a *Park System Resource Protection Act* (PSRPA), que também servem de base legal para a proteção do meio ambiente, dependendo das circunstâncias.

Em suma, para estabelecer a responsabilidade civil em casos de danos ambientais sob a CERCLA, o órgão curador precisa demonstrar que o réu se enquadra na definição legal de poluidor, seja como proprietário ou operador da instalação no momento do dano, ou como transportador ou intermediário da substância nociva. A CERCLA atribui responsabilidade objetiva, dispensando a necessidade de provar intenção ou negligência, e pode ser solidária entre os envolvidos. As defesas geralmente se concentram em excludentes de responsabilidade, como força maior, ato de guerra, ou ação de terceiros, porém a responsabilidade é excluída apenas se o dano for exclusivamente causado por eventos fora do controle do réu, como desastres naturais imprevisíveis, e se o réu tiver tomado todas as precauções necessárias em relação ao poluente e a ações previsíveis de terceiros.

Desse modo, é possível dizer que tanto o Brasil quanto os EUA têm sistemas robustos para lidar com a responsabilidade civil por danos ambientais, embora os mecanismos e abordagens possam variar. Ambos os países

reconhecem a importância de proteger o meio ambiente e responsabilizar aqueles que causam danos.

O item 4.3 trata do aspecto processual da proteção do meio ambiente no Brasil e nos EUA.

A proteção de um direito difuso, como o relacionado ao meio ambiente, exige a utilização de instrumentos processuais de natureza coletiva. Entre os principais instrumentos processuais utilizados no Brasil para a proteção do meio ambiente, destaca-se a Ação Civil Pública (ACP), estudada com mais detalhes no relatório da tese.

Nos Estados Unidos, a CERCLA é vista como a principal lei no que se refere à responsabilidade civil por danos ambientais. Quando um possível dano ao meio ambiente é identificado, o órgão de proteção ambiental pode executar ações direcionadas à reparação do dano e, posteriormente, buscar ressarcimento através de ação indenizatória contra o suposto poluidor. Devido à complexidade dos casos envolvendo proteção ambiental, raramente uma ação judicial é proposta antes que o poder público tenha tentado uma solução administrativa ou negociado um acordo.

Assim, tanto o Brasil quanto os EUA possuem sistemas processuais específicos para lidar com questões ambientais. Enquanto o Brasil utiliza uma variedade de instrumentos processuais coletivos para proteger o meio ambiente, os EUA baseiam-se em leis federais e estaduais, bem como em princípios de *common law*, para abordar questões ambientais no âmbito judicial.

O capítulo se encerra com um estudo sobre o transjudicialismo ambiental, abordado no item 4.4.

Tradicionalmente, a jurisdição é uma expressão da soberania do Estado, onde a jurisdição territorial consiste na função do Estado de "dizer o direito" (*jurisdictio*) dentro de suas fronteiras. É somente dentro de seus limites territoriais que o Estado detém o monopólio do uso legítimo da força, sendo-lhe autorizada a aplicação da lei por meio da coerção. Quando um Estado exerce,

ou tenta exercer, jurisdição sobre um território estrangeiro, surge o conceito de jurisdição extraterritorial.

O princípio da territorialidade, no entanto, não exclui a possibilidade de que o âmbito de aplicação de uma norma se estenda ao território de outros Estados. Esse princípio exige de cada Estado o dever de respeitar o território de outros Estados e limita a jurisdição a seu próprio território. Assim, a expansão territorial dos limites tradicionais de validade do direito nacional constitui uma mudança profunda do conceito de soberania.

Em um mundo globalizado, o direito não pode mais ser visto através de uma lente puramente nacional. Compreender o direito unicamente em termos nacionais é insuficiente.

Por outro lado, o processo de internacionalização da proteção ambiental é um fenômeno relativamente recente, originado no último século. Esse processo não tem como objetivo substituir os sistemas nacionais, mas atua como uma norma subsidiária e suplementar, visando superar possíveis omissões ou deficiências.

O diálogo judicial transnacional, também conhecido como "transjudicialismo", ganha força com a desterritorialização advinda do direito transnacional. Ao cotejar decisões judiciais ambientais no Brasil e em outros países, destaca-se a importância da comunicação, troca de ideias e experiências entre as respectivas cortes.

O transjudicialismo ambiental, ao criar uma cultura global de informação e cooperação, facilitada pelo desenvolvimento tecnológico quanto à pesquisa e troca de conhecimento, contribui significativamente para o aperfeiçoamento da tomada de decisão ambiental. A colaboração entre membros do Judiciário pode auxiliar no compartilhamento de conhecimento sobre avanços nas ciências ambientais, construir consenso e promover a cooperação.

O item 4.4.4 aborda a prática do transjudicialismo nas cortes constitucionais do Brasil e dos EUA.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao longo dos anos, tem demonstrado uma certa hesitação em participar ativamente do diálogo transjudicial, especialmente em questões de direitos humanos. Essa postura tem contribuído para um crescente isolamento e diminuição da sua influência no cenário internacional. A tendência de olhar somente para dentro pode tornar os julgamentos das cortes norte-americanas cada vez menos relevantes internacionalmente. Nesse sentido, a juíza aposentada da Suprema Corte dos EUA, Sandra Day O'Connor, exortou os juízes norte-americanos a ampliarem seus horizontes intelectuais, enxergando além das fronteiras americanas em busca de fundamentação jurídica persuasiva. Ela destacou que, embora os juízes dos EUA tenham se tornado "mais introvertidos", outros sistemas jurídicos continuam a inovar e encontrar novas soluções para os desafios jurídicos emergentes.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem demonstrado uma abertura maior ao diálogo transjudicial. Pesquisa mencionada na tese analisou os padrões discursivos do STF sobre o uso de precedentes estrangeiros, verificando um aumento na utilização de argumentos de direito comparado pela corte, com destaque para as jurisprudências norte-americana e alemã.

Em resumo, enquanto a Suprema Corte dos EUA tem mostrado certa resistência ao diálogo transjudicial, o STF do Brasil tem se engajado ativamente nesse diálogo, buscando aprender e compartilhar experiências com outras cortes constitucionais ao redor do mundo. Essa abordagem pragmática reflete a crescente interconexão e interdependência dos sistemas jurídicos em um mundo globalizado.

Finalmente, o **capítulo 5** examina decisões judiciais emblemáticas da Suprema Corte dos EUA e do Supremo Tribunal Federal no Brasil na temática ambiental, em busca elementos para uma análise pragmática.

O Poder Judiciário tem a tarefa de resolver disputas sobre o desempenho de agências governamentais e a distribuição de direitos e obrigações. Ao interpretar normas ambientais, os juízes devem considerar

precedentes, histórico legislativo e motivações da norma, especialmente quando as leis são ambíguas devido a diferenças políticas e ideológicas.

A decisão judicial, especialmente nas Supremas Corte, é influenciada por vários fatores. Embora a ciência seja relevante na interpretação das normas, as decisões são frequentemente baseadas em considerações sociais e políticas, e não apenas em fatos científicos. As partes em uma disputa judicial buscam convencer o juiz de seus argumentos, e não necessariamente da verdade científica.

Nesse aspecto, o pragmatismo reconhece que as decisões judiciais são muitas vezes baseadas em retórica. O capítulo 5 destaca, assim, a complexidade do direito ambiental, onde juízes devem equilibrar valores concorrentes e trazer suas próprias experiências e vieses ao decidir.

A tese adota uma abordagem de estudos de casos, focando em três categorias principais: regulação estatal, análise de custo-benefício e conflitos entre proteção ambiental e desenvolvimento econômico. Foram selecionados três casos de cada país com paralelos relevantes, buscando entender como os princípios pragmáticos são aplicados nas decisões.

O primeiro caso analisado foi *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council (NRDC), Inc.*, um marco na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, que teve um impacto significativo tanto no direito ambiental quanto no direito administrativo do país.

A controvérsia envolveu o uso do conceito de "bolha" pela Agência de Proteção Ambiental dos EUA (EPA). A questão principal era como a EPA definia a expressão "fonte estacionária" no contexto da *Clean Air Act* (Lei do Ar Limpo). A EPA havia adotado uma definição ampla que permitia que as indústrias tratassem várias fontes de poluição em uma única planta industrial como se fossem uma única "bolha", o que, em essência, permitia que as empresas compensassem as emissões de uma fonte com reduções em outra.

No entanto, essa interpretação foi contestada pelo *Natural Resources Defense Council* (NRDC), que argumentou que, dado o propósito do

programa de melhorar a qualidade do ar, uma definição tão ampla era inadequada. O caso chegou à Suprema Corte dos EUA após um pedido de revisão (*writ of certiorari*).¹³⁴⁸

Na Suprema Corte, a questão central era como equilibrar a obrigação de garantir a conformidade com os padrões de qualidade do ar com a importância de promover o desenvolvimento econômico dos estados. A decisão da Corte foi unânime em reverter a decisão do tribunal de origem. A opinião da Corte foi redigida pelo *Justice* John Paul Stevens, que considerou que a definição abrangente adotada pela EPA da expressão "fonte estacionária" era razoável.

Este caso é notório não apenas por sua relevância no direito ambiental, mas também porque estabeleceu o que é hoje conhecida como a "doutrina Chevron", que diz respeito à deferência que os tribunais devem dar às agências administrativas na interpretação de leis ambíguas. Em essência, se uma lei é ambígua e a agência administrativa oferece uma interpretação razoável dessa lei, os tribunais devem deferir a essa interpretação.

No cenário norte-americano, o caso *Chevron* é o mais citado em direito administrativo e estava a caminho de se tornar o mais citado de todos os tempos. Embora tenha sido superado pelo caso *Loper Bright*, julgado pela Suprema Corte dos EUA em junho de 2024, o estudo da doutrina *Chevron* continua relevante por várias razões. Primeiro, ele é essencial para compreender a evolução da deferência judicial nos EUA e a relação entre o Judiciário e as agências reguladoras. Segundo, ao comparar essa evolução com as decisões do STF, é possível obter uma perspectiva sobre como diferentes sistemas

¹³⁴⁸ A decisão da Suprema Corte de conceder *writ of certiorari* soa bastante pragmática, pois não segue uma regra geral e poucos casos são conhecidos, conforme a conveniência da corte. A corte exerce sua discricionariedade de modo aparentemente pragmático, levando em consideração o contexto do caso (sua relevância para o país) e as consequências de levá-lo ou não a julgamento. Comparativamente aos numerosos pedidos de revisão, apenas uma pequena fração desses casos é efetivamente aceita para análise. No Supremo Tribunal Federal do Brasil, a lei considera que, "para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo" (CPC, art. 1.035, §1º). Embora o critério pareça mais explícito, na prática, quando os Ministros decidem qual caso tem ou não repercussão geral, também há uma boa dose de pragmatismo, selecionando-se os casos pelo contexto (relevância) e consequências de levá-lo ou não a julgamento.

jurídicos abordam a deferência judicial, enriquecendo o debate acadêmico. Além disso, o estudo de *Chevron* ilustra como a deferência judicial varia conforme o contexto político e jurídico, destacando a importância do pragmatismo jurídico. Finalmente, a revogação de *Chevron* não afeta diretamente o direito brasileiro, onde prevalecem os artigos 20 a 22 da LINDB. Seus fundamentos podem influenciar decisões locais, fornecendo *insights* valiosos para a adaptação e o aprimoramento do sistema jurídico nacional, especialmente no direito ambiental.

O segundo caso examinado foi *Massachusetts v. Environmental Protection Agency (EPA)*, considerado por muitos especialistas como o mais importante caso de direito ambiental já decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos. A controvérsia central girava em torno da capacidade e autoridade da Agência de Proteção Ambiental dos EUA de regulamentar as emissões de gases de efeito estufa em novos veículos automotores.

A origem do caso remonta a uma petição apresentada em 1999 por organizações ambientais, lideradas por Joe Mendelson, que estavam preocupadas com a falta de ratificação do Protocolo de Kyoto pelo Senado norte-americano. Apoiando-se em opiniões científicas respeitadas e bem documentadas, que indicavam um aumento nas temperaturas globais e mudanças climáticas resultantes de uma elevação significativa na concentração atmosférica de gases de efeito estufa, o grupo solicitou à EPA que regulamentasse as emissões de quatro desses gases, incluindo o dióxido de carbono. Esta solicitação foi feita com base na *Clean Air Act*, uma lei que exige que a EPA estabeleça padrões de emissão para qualquer poluente atmosférico que, a critério da agência, cause ou contribua para a poluição atmosférica prejudicial à saúde ou ao bem-estar público.

No entanto, em 2003, a EPA rejeitou o pedido. A agência argumentou que a Lei não a autorizava a editar regulamentações envolvendo mudanças climáticas globais. Além disso, mesmo que tivesse competência para estabelecer padrões de emissão de gases de efeito estufa, seria imprudente fazê-lo naquele momento, pois não havia uma relação causal estabelecida de forma inequívoca entre os gases de efeito estufa e o aumento das temperaturas globais.

Depois de tramitar em instâncias inferiores, o caso foi levado à Suprema Corte dos EUA, que teve de decidir sobre a autoridade e competência da EPA em regular as emissões de gases de efeito estufa. A decisão da Corte teve implicações significativas, pois colocou os Estados Unidos em um caminho de regulamentação para reduzir as emissões desses gases, permitindo que medidas fossem tomadas nas administrações subsequentes.

Em síntese, o caso *Massachusetts v. EPA* estabeleceu um marco no direito ambiental dos EUA, reforçando a responsabilidade e autoridade da EPA em lidar com questões relacionadas às mudanças climáticas e emissões de gases de efeito estufa.

O terceiro caso analisado (*Tennessee Valley Authority (TVA) v. Hill*), decidido em 1978 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, é igualmente um marco no direito ambiental norte-americano, pois abordou o conflito entre desenvolvimento econômico e proteção do meio ambiente. O cerne da controvérsia estava na construção de uma barragem e seu impacto sobre uma espécie ameaçada de peixe, conhecido como *snail darter*.

A TVA, uma agência federal, estava em processo de construção da *Tellico Dam* no rio *Little Tennessee*. No entanto, durante a construção, descobriu-se que a barragem ameaçaria a existência do *snail darter*, um pequeno peixe que havia sido recentemente listado como espécie ameaçada sob a Lei de Espécies Ameaçadas (*Endangered Species Act - ESA*).

A ESA é uma lei considerada rígida, que visa proteger espécies em perigo de extinção. Ela estipula que todas as agências federais devem garantir que suas ações não comprometam a existência de espécies ameaçadas ou destruam o habitat crítico de tais espécies. Com base nessa lei, uma ação foi movida para impedir a conclusão da barragem.

A Suprema Corte norte-americana, ao analisar o caso, teve que ponderar entre a continuação de um projeto de infraestrutura multimilionário, que estava quase concluído, e a proteção de uma espécie ameaçada. Em uma decisão surpreendente, a Corte decidiu por uma maioria de 6 a 3 em favor da

proteção do peixe. O *Chief Justice Warren Burger*, ao redigir o voto da maioria, destacou que a linguagem da ESA era clara e não fazia exceções, mesmo para projetos em andamento. Ele ressaltou que o Congresso, ao redigir a ESA, tinha a intenção clara de interromper e reverter a tendência de extinção de espécies, independentemente do custo.

A decisão foi marcante por sua ênfase na estrita adesão à letra da lei, priorizando a proteção ambiental acima das considerações econômicas. Ela também destacou a importância da separação de poderes, reiterando que o papel do Judiciário é interpretar e aplicar a lei conforme promulgada pelo Legislativo, e não fazer julgamentos baseados em considerações de "bom senso" ou "interesse público".

Após a decisão da Suprema Corte, a construção da barragem foi de fato interrompida, gerando debates públicos sobre desenvolvimento econômico *versus* preservação ambiental. A mídia criticou a decisão por priorizar a proteção de uma espécie de peixe em detrimento de nítidos benefícios econômicos.

Em 1979, o Congresso dos EUA aprovou as "Emendas *Snail Darter*", permitindo exceções à proibição de ações que ameaçassem a espécie, caso um comitê especial considerasse o empreendimento como de interesse regional ou nacional. A construção da barragem foi retomada e concluída, e o peixe, contrariando expectativas, não foi extinto.

A decisão da Suprema Corte, portanto, foi vista como não pragmática e foi revertida pelo Congresso. A legislação foi interpretada literalmente pela Corte e a decisão (não pragmática) não se sustentou na prática. O relatório da tese conclui que decisões muito formalistas podem carecer de efetividade. A eficácia da proteção ambiental depende de uma abordagem que a conecte de forma razoável a outros interesses sociais legítimos, buscando equilibrar valores em conflito.

O quarto caso analisado refere-se a ações ajuizadas no STF, questionando a constitucionalidade do Novo Código Florestal brasileiro (Lei

12.651/2012), que trouxe uma mudança significativa no marco regulatório da proteção da flora e da vegetação nativa no país.

Logo após sua promulgação, a legislação foi alvo de questionamentos quanto à sua conformidade com a Constituição Federal. Esse cenário levou a um extenso processo de análise e discussão perante o STF. Os argumentos centrais dessas ações estavam ancorados na necessidade de conciliar o direito de propriedade com sua função social e com os princípios constitucionais de proteção ao meio ambiente. Destacou-se a relevância da força normativa desses princípios na orientação das decisões judiciais. Além disso, enfatizou-se a necessidade de o Brasil cumprir suas obrigações internacionais em matéria ambiental, especialmente aquelas vinculadas à Convenção sobre Diversidade Biológica.

Em decisão proferida em fevereiro de 2018, o STF demonstrou uma postura de deferência à escolha do legislador em relação a algumas definições trazidas na lei. A Corte reconheceu que não possui expertise técnica nem legitimidade para decidir sobre questões específicas, ressaltando a autoridade do legislador para fazer tais determinações. O relator, Ministro Luiz Fux, afirmou que não há base exegética ou empírica para sustentar que a Constituição impediu o legislador, por exemplo, de modificar a metragem de áreas de preservação permanente.

Debateu-se também se o princípio da proibição do retrocesso ecológico se aplicaria ao Novo Código Florestal. O STF entendeu que não é possível comparar leis criadas em tempos diferentes, dada a evolução da ciência e da tecnologia. A corte reconheceu a necessidade de uma abordagem interdisciplinar, mesclando análise jurídica com conhecimento técnico e científico.

O relatório da tese conclui que a decisão do STF adotou uma abordagem pragmática ao equilibrar princípios constitucionais, como a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável. A razoabilidade, um conceito central no pragmatismo, foi utilizada para adaptar as decisões judiciais às

complexidades de cada caso, avaliando os prós e contras para alcançar um resultado justo e prático.

O STF não tratou o princípio da proibição do retrocesso ambiental como absoluto, mas o ponderou em relação a outros valores e interesses sociais, refletindo a natureza adaptável do direito. A análise levou em conta a realidade social e a evolução dos fatos, demonstrando flexibilidade e uma orientação para adaptar os princípios jurídicos às circunstâncias em mudança.

A Corte também mostrou deferência à expertise técnica e científica e à escolha legislativa, evitando uma intervenção judicial excessiva e reconhecendo os limites do conhecimento judicial. A decisão refletiu a importância de incorporar conhecimentos especializados e considerar as consequências práticas das decisões judiciais.

O relator demonstrou ainda afinidade com o aspecto antifundacionista do pragmatismo ao citar a falta de "elementos empíricos" que permitam ao Judiciário afirmar certezas sobre a introdução de espécies exóticas e suas consequências ecológicas. O acórdão ressaltou características do pragmatismo jurídico, destacando a interdisciplinaridade para a tomada de decisão qualificada e reconhecendo que o direito não opera isoladamente, mas está ligado a outros campos do conhecimento.

O quinto caso analisado refere-se a ADPFs ajuizadas em resposta à Resolução CONAMA nº 500/2020, que revogou as Resoluções nºs 84/2001, 302/2002 e 303/2002. As resoluções revogadas tratavam, respectivamente, de licenciamento de empreendimentos de irrigação; parâmetros, definições e limites de áreas de preservação permanente (APPs) de reservatórios artificiais; e parâmetros, definições e limites de áreas de preservação permanente em geral.

Argumentou-se que as resoluções revogadas eram essenciais para a preservação da biodiversidade e proteção de ecossistemas. A revogação não teria sido feita para estabelecer novas regras, mas para eliminar regulamentações existentes em âmbito nacional. Alegou-se que a revogação das resoluções sem substituí-las por outras que oferecessem igual ou maior

proteção ambiental era uma violação ao art. 225 da CRFB e ao princípio da vedação do retrocesso socioambiental.

Em sessão virtual realizada em dezembro de 2021, o Plenário do STF, por unanimidade, julgou procedentes as ações para declarar a inconstitucionalidade da Resolução CONAMA nº 500/2020, com a imediata restauração da vigência e eficácia das Resoluções CONAMA nºs 284/2001, 302/2002 e 303/2002. A decisão do STF enfatizou a relevância destas resoluções para a conservação ambiental e se posicionou contra a revogação, argumentando que isso representaria um retrocesso na proteção ambiental. A Ministra relatora, Rosa Weber, afirmou que eliminar marcos regulatórios sem substituí-los ou atualizá-los compromete os direitos fundamentais à vida e saúde e a imagem internacional do Brasil em compromissos ambientais. Ela destacou que o novo Código Florestal define padrões básicos de proteção, mas permite que órgãos, como o CONAMA, estabeleçam critérios mais estritos. Assim, ao revogar as resoluções, a Resolução 500/2020 violou princípios da Constituição, ameaçando a proteção ambiental. Rosa Weber ressaltou, ainda, a necessidade de aderir aos princípios do direito ambiental, dada a fragilidade dos bens protegidos. A decisão reconheceu que o Judiciário não deve interferir no mérito das políticas ambientais, mas deve assegurar a conformidade com a Constituição e manter a integridade das regulamentações ambientais.

Nesse tópico, a tese faz uma comparação com o caso Chevron, nos EUA, sob a ótica do pragmatismo.

Ambos os casos envolvem a deferência às agências administrativas na interpretação e implementação de leis. No caso Chevron, a Suprema Corte dos EUA decidiu que, diante de uma lei ambígua, a interpretação da agência administrativa deve ser respeitada se for razoável. No Brasil, o STF avaliou se o CONAMA estava agindo dentro de sua competência ao revogar as resoluções.

O relatório da tese conclui que o STF não considerou o contexto da tomada de decisão, nem a influência de diretrizes de um novo governo federal, eleito democraticamente. O STF, ao contrário da Suprema Corte dos EUA no

caso Chevron, pareceu não conferir deferência à escolha administrativa, a menos que estivesse alinhada com sua própria visão de proteção ambiental.

O pragmatismo, que avalia crenças e afirmações com base em sua relação com outras crenças e não em fundamentos incontestáveis, parece não ter sido adotado pelo STF nesse caso. A decisão não buscou equilibrar interesses contrastantes, como crescimento econômico e proteção ambiental, e não refletiu profundamente sobre as consequências práticas da decisão.

O STF também não seguiu a "fórmula de dois passos" do caso Chevron, que primeiro avalia a intenção do legislador e, em seguida, se a interpretação da agência é razoável. O STF não considerou a expertise técnica do CONAMA e não mencionou determinações que orientam o julgador a respeitar a interpretação razoável do gestor.

Em resumo, enquanto o caso Chevron nos EUA adotou uma abordagem pragmática, no julgamento das APDFs, o STF no Brasil optou por uma abordagem mais abstrata, focada na proteção do meio ambiente, sem considerar critérios pragmáticos em sua análise.

O último caso analisado refere-se às ações judiciais envolvendo a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Pará, em especial a Suspensão Liminar n. 125 no STF.

A construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, situada no Rio Xingu, no estado do Pará, é um dos projetos mais polêmicos e debatidos da história recente do Brasil. Desde sua concepção até sua efetivação, o projeto enfrentou uma série de desafios jurídicos, ambientais, sociais e políticos.

O maior ponto de controvérsia envolvendo a Usina de Belo Monte foi o procedimento de licenciamento ambiental. Este foi objeto de 12 das 20 ações judiciais movidas pelo Ministério Público Federal no Pará contra o projeto de construção da hidrelétrica.

Em 2006, o MPF e a Fundação Nacional do Índio (Funai) ajuizaram Ação Civil Pública contra Eletrobrás, Eletronorte, Ibama e União, alegando, em

suma, falta de consulta às comunidades afetadas, incluindo as comunidades indígenas, a modificação do projeto de decreto legislativo pelo Senado Federal sem retorno à Câmara dos Deputados, e a ausência de lei complementar sobre a exploração de recursos hídricos em áreas indígenas.

Após a revogação, pelo TRF1, de decisão liminar proferida em primeira instância, a qual permitia o prosseguimento da construção da usina, a questão chegou ao STF por meio de pedido de Suspensão Liminar (SL 125).

Foi possível verificar, na decisão na SL 125, proferida em 2007, uma incorporação de considerações pragmáticas. Primeiro, ela não se limita estritamente à letra da lei, mas estende-se para avaliar as implicações reais e tangíveis na capacidade energética nacional. A argumentação de que a não viabilização do complexo de Belo Monte exigiria a construção de outras usinas, ampliando assim o impacto ambiental e o custo, reflete uma abordagem pragmática que busca equilibrar considerações ambientais, econômicas e sociais.

O embate entre os interesses de desenvolvimento econômico e preservação ambiental é um tema central da decisão. O projeto de Belo Monte, devido à sua magnitude e impacto, incita debates profundos sobre a necessidade de avanço econômico e energético em contraposição à imperativa preservação do ecossistema e dos direitos das comunidades indígenas.

A perspectiva pragmática, neste contexto, não se limita a uma análise binária ou absoluta desses interesses conflitantes. Em vez disso, ela se esforça para uma avaliação mais abrangente e consequencialista, ponderando os benefícios e custos associados a cada curso de ação. A decisão na SL 125 reflete essa abordagem ao considerar as implicações práticas da suspensão do projeto, não apenas para a política energética, mas também para o ambiente e as comunidades afetadas.

Além disso, a possibilidade de revogação da licença ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, após quase duas décadas de tramitação do processo e com a usina já em operação, levanta questões complexas sob a ótica

do pragmatismo jurídico. Uma decisão que revogasse a licença após a conclusão da obra e início da operação da usina enfrentaria desafios pragmáticos significativos, incluindo implicações econômicas decorrentes do investimento já realizado no projeto.

Nesse aspecto, a tese compara a decisão com o caso *TVA v. Hill* da Suprema Corte dos EUA. Ambos ilustram a tensão entre desenvolvimento e proteção ambiental. No primeiro, a Suprema Corte dos EUA adotou uma abordagem estrita, focando na proteção de uma espécie em perigo, mesmo diante de grandes investimentos na represa. A decisão foi criticada pelo público e posteriormente contornada pelo Congresso, que demonstrou uma abordagem mais pragmática. Já em Belo Monte, a proteção ambiental foi equilibrada com as necessidades de desenvolvimento e energia. A abordagem pragmática consideraria as consequências econômicas, sociais e ambientais de paralisar uma usina em operação. Enquanto *TVA v. Hill* enfatizou basicamente a supremacia legislativa, Belo Monte destacou a necessidade de avaliar as implicações práticas das decisões judiciais. Ambos os casos refletem diferentes abordagens ao equilibrar desenvolvimento econômico e proteção do meio ambiente.

Com base em todo o exposto, pode-se concluir que as hipóteses levantadas inicialmente foram amplamente confirmadas:

a) O pragmatismo filosófico, ao dar ênfase à ação, experimentação e resultados práticos, traz uma perspectiva mais adaptada e relevante para as questões filosóficas e jurídicas atuais. Esta abordagem se destaca por sua flexibilidade e capacidade de se alinhar às demandas contemporâneas, contrapondo-se a abordagens que se limitam apenas a teorias e princípios tradicionais. Em suma, o pragmatismo busca soluções que estejam alinhadas com as realidades e necessidades contemporâneas.

b) O pragmatismo jurídico, conforme delineado por Richard Posner, enfatiza a aplicação prática do direito e a valorização dos resultados concretos. Esta corrente filosófica se distingue do formalismo ao olhar para o futuro e valorizar a continuidade com decisões passadas, não por um senso de dever ao

passado, mas pela adequação ao contexto social atual. A adjudicação pragmática se caracteriza pela razoabilidade do julgador, que deve tomar decisões sopesando prós e contras, considerando circunstâncias específicas do caso e, quando necessário, empregando discricionariedade na interpretação e aplicação do direito. Além disso, a interdisciplinaridade é uma característica fundamental, indicando que o diálogo com outras disciplinas é essencial para decisões qualificadas. Assim, o pragmatismo jurídico pode influenciar a prática jurídica no Brasil, promovendo decisões mais flexíveis e contextualizadas, alinhadas às realidades e desafios contemporâneos da sociedade brasileira.

c) O pragmatismo jurídico tem potencial para contribuir significativamente na tomada de decisões em casos difíceis relacionados ao meio ambiente. A pesquisa destacou a ênfase do pragmatismo em fatos específicos, consequências e soluções viáveis, aliada ao seu ceticismo em relação a grandes teorias e concepções fixas e dogmáticas, como altamente proveitosa para o campo do direito ambiental. Além disso, o ecopragmatismo, com sua inerente flexibilidade ideológica, pluralismo e foco não dogmático nas consequências globais das decisões ambientais, ainda que não seja uma solução universal e infalível para todas as situações, tem o potencial de oferecer um ponto intermediário onde posições divergentes possam se encontrar. Isso incentiva aqueles que valorizam a proteção ambiental a focar no que realmente importa.

d) A garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado através da jurisdição ambiental pode ser concretizada combinando-se o reconhecimento e a aplicação estrita do direito fundamental ao meio ambiente sadio, definindo claramente as responsabilidades por danos ambientais e aprimorando os procedimentos civis relacionados ao meio ambiente. No contexto brasileiro, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é reconhecido como um direito fundamental, e há uma ênfase na necessidade de sua efetiva aplicação prática. No contexto dos EUA, embora haja resistência em reconhecer um direito fundamental explícito ao meio ambiente, há casos que sinalizam uma mudança nessa perspectiva. Também a importância do diálogo transnacional entre sistemas judiciais, especialmente no campo do direito

ambiental, foi confirmada como essencial para intercambiar práticas e soluções efetivas. Esta interação entre cortes de diferentes jurisdições promove a troca de *insights*, experiências e abordagens. Além de harmonizar a interpretação legal entre os países, esse diálogo molda a visão pública sobre questões ambientais. O conceito de "transjudicialismo ambiental" emerge como um meio de estabelecer uma cultura global de compartilhamento e colaboração, potencializando a disseminação de conhecimento no contexto ambiental.

e) O pragmatismo ambiental tem sido incorporado em decisões judiciais tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, mesmo quando não há menção explícita a esta corrente filosófica. Em ambos os contextos, essa abordagem busca alcançar julgamentos mais adaptáveis e eficazes diante dos desafios ambientais contemporâneos, ainda que sua aplicação possa variar de acordo com as especificidades jurídicas e culturais de cada país. Nos dois países, contudo, o uso de elementos pragmáticos nas decisões das respectivas supremas cortes objetivou equilibrar a proteção ambiental com outros valores, como desenvolvimento econômico e necessidades sociais. E quando a decisão foi excessivamente formalista, sem considerações de ordem prática, acabou se mostrando distante da realidade; elogiadas na teoria, porém carecendo de efetividade na prática. Em outras palavras, confirmou-se que a durabilidade e efetividade da decisão depende de uma abordagem intermediária (ecopragmática), que procure conciliar os valores em conflito, ainda que com ênfase no aspecto ambiental da questão, mas que não despreze outros valores desejados pela sociedade.

Ao longo deste estudo, portanto, **reafirmou-se a tese inicial**, evidenciando-se a relevância do pragmatismo, tanto em sua vertente filosófica quanto jurídica, como uma abordagem adaptativa e alinhada às demandas contemporâneas. O pragmatismo jurídico, inspirado em pensadores como Richard Posner, destaca-se por sua ênfase na aplicação prática do direito, valorizando resultados concretos e a interdisciplinaridade. No campo do direito ambiental, o ecopragmatismo surge como uma ferramenta valiosa, focando em soluções viáveis e flexíveis, permitindo que posições divergentes encontrem um terreno comum. A garantia de um meio ambiente equilibrado, tanto no contexto

brasileiro quanto nos EUA, demanda uma abordagem pragmática que equilibre proteção ambiental com outros valores sociais e econômicos. O diálogo transnacional entre sistemas judiciais amplifica essa perspectiva, promovendo uma cultura global de colaboração. Desse modo, para enfrentar os desafios ambientais do século XXI, é imperativo adotar uma postura ecopragmática, que, ao conciliar valores em conflito, assegura decisões mais duráveis e efetivas, refletindo verdadeiramente as necessidades e realidades da sociedade contemporânea.

Em derradeira síntese, o pragmatismo se preocupa com a efetividade. Enquanto outras correntes filosóficas do direito buscam, em tese, chegar ao que consideram o melhor e mais justo resultado, e criticam o pragmatismo pelo foco excessivo nas consequências, acusando-o de consequencialista, o pragmatismo responsável leva em conta todo o material à disposição, as circunstâncias, o contexto (fático e legal), mas não considera uma decisão boa se não é efetiva. E para o juiz de primeira instância, a quem está incumbida a tarefa de fazer cumprir o que foi decidido, a concretização das decisões no mundo real é tão ou mais valiosa do que um julgamento teoricamente bem fundamentado.

É comum ouvir que, se você está em muita dúvida sobre qual decisão tomar, consulte alguém experiente, de preferência alguém que não possua qualquer conhecimento jurídico, e pergunte qual seria a solução mais justa para o caso. Na maioria das vezes, essa pessoa pode lhe oferecer a perspectiva que você busca (o resultado esperado de uma decisão judicial), ou seja, aonde se deve chegar, o destino final. O caminho você constrói depois. Este é um método essencialmente pragmático de decidir. O discurso puramente técnico da aplicação da lei pode ser apenas um disfarce para dar voz ao imaginário.

Nesse ponto, reside o principal impacto pretendido pela tese.

O compromisso global representado pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU para enfrentar desafios como a erradicação da pobreza e a proteção ambiental encontra um aliado estratégico

no pragmatismo jurídico. Ao enfatizar a ação, experimentação e resultados práticos, o pragmatismo demonstra relação direta com o ODS 16, que busca promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, garantindo uma tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis. Além disso, sua ênfase em soluções alinhadas às realidades contemporâneas ressoa com o ODS 17, que visa fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável. A interdisciplinaridade, uma característica intrínseca do pragmatismo jurídico, promove um diálogo essencial entre disciplinas, permitindo uma abordagem holística dos ODS.

No campo específico do direito ambiental, o ecopragsmatismo se destaca como uma ferramenta valiosa para alcançar objetivos relacionados à ação climática, vida aquática e terrestre (ODS 13, 14 e 15). Esta abordagem flexível e adaptativa aos desafios ambientais tem o potencial de promover soluções inovadoras e sustentáveis. Política e socialmente, a adoção de uma perspectiva pragmática pode influenciar a formulação de políticas públicas, tornando-as mais adaptáveis às necessidades atuais, e fortalecer a confiança do público nas instituições judiciais. Do ponto de vista tecnológico, o valor atribuído à interdisciplinaridade pelo pragmatismo jurídico pode catalisar a integração de inovações tecnológicas no sistema jurídico, resultando em uma justiça mais eficiente e transparente.

Desse modo, ao considerar os ODS da ONU e os impactos políticos, sociais e tecnológicos, o ecopragsmatismo emerge como uma abordagem essencial para promover um desenvolvimento sustentável no século XXI.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACKERMAN, Franck; HEINZERLING, Lisa. The price of everything and the value of nothing. *In*: MINTZ, Joel A.; DERNBACH, John C.; GOLD, Steve C.; ROBBINS, Kalyani; VILLA, Clifford; WAGNER, Wendy. **A Practical Introduction to Environmental Law**. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2017.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, set./dez. 2019. p. 121. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 03 mai. 2023.

ALVIM, Teresa Arruda. Consequencialismo nas decisões: não se pode ignorar os impactos no mundo dos fatos. **Conjur**. 24 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-24/consequencialismo-decisoes-judiciais>. Acesso em: 19 nov. 2021.

ANGELO, Mary Jane. Embracing Uncertainty, Complexity, and Change: An Eco-pragmatic Reinvention of a First-Generation Environmental Law. **Ecology Law Quarterly**, vol. 33, p. 105, 2006.

ARAUJO, Luis Claudio Martins de. **Constitucionalismo transfronteiriço, direitos humanos e direitos fundamentais**: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ARAUJO, Thiago Cardoso; FERREIRA Jr., Fernando; MONTENEGRO, Lucas dos Reis. Consequencialismo, pragmatismo e análise econômica do direito: semelhanças, diferenças e alguns equívocos. **Quaestio Juris**, vol. 14, n. 4, Rio de Janeiro, 2021, pp. 2106-2130.

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

ARRUDA, Thais Nunes. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

AYALA, Patryck de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental no Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 402/466.

AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Direito e Jurisdição: Três Modelos de Juiz e Seus Correspondentes Mitológicos na Obra de François Ost. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 8, n. 44, p. 32-46, mar./abr. 2012.

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Casos Difíceis e a Criação Judicial do Direito. In: **Seminário Teoria da Decisão Judicial**. Brasília: CJF, 2014. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/seminario-teoria-da-decisao-judicial>. Acesso em: 23 nov. 2022.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Justiça e Sorte - A Dimensão Salomônica dos Acordos Judiciais. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/noticias/248264947/artigo-justica-e-sorte-a-dimensao-salomonica-dos-acordos-judiciais-de-autoria-da-juiza-luciane-cardoso-barzotto>. Acesso em: 26 mai. 2022.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pintos; BUNN, Alini. Abertura e diálogo entre as cortes constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de direito comparado. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 3, p. 85-114, dez. 2017.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; FREITAS, Vladimir Passos; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Comentários aos acórdãos ambientais**: paradigmas do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 83/156.

BERMAN, Paul Schiff. The globalization of jurisdiction. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 151, p. 311, dezembro, 2002.

BHAGWAT, Ashutosh. Hard Cases and the (d)Evolution of Constitutional Doctrine. **Connecticut Law Review**, vol. 30, p. 961, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRENNAN, Andrew; LO, Yeuk-Sze. Environmental Ethics. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, inverno, 2016. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/ethics-environmental/>. Acesso em: 15 jul. 2023.

CAMBI, Eduardo; PITTA Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. **Revista de Processo**, vol. 245, julho 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245_16.PDF. Acesso em: 10 set. 2021.

CAMPOS JUNIOR, Raimundo Alves de. **O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004.

CANNON, Jonathan Z. **Environment in the balance**: the green movement and the Supreme Court. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015. Edição do Kindle.

CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. Edição do Kindle.

COHEN-ELIYA, Moshe. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**. Nova York: Oxford University Press, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento de ações ambientais**: primeiro escopo: parâmetros para uso das provas produzidas exclusivamente por sensoriamento remoto ou obtidas por satélite no acervo probatório das ações judiciais ambientais (art. 11 da

Resolução CNJ n. 433/2021). Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado180806202309286515c10631dc4.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2023.

CRIDDLE, Evan J. Chevron's consensus. **Boston University Law Review**, vol. 88, p. 1271, dezembro, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacional. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (organizadores). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009

CULL, Thomas M. **Chevron under siege**: the future of Chevron deference in Congress and the Courts. **South Carolina Lawyer**, vol. 30, p. 26, maio, 2019.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Ação civil pública e o meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. ANDREOLI, Cleverson Vitorio. **Código Florestal anotado**: observações de ordem técnica e jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de conflitos**: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. O novo CPC e as repercussões na ação civil pública ambiental. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**, n. 4. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4. Região, 2014, pp. 383-411. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1477 Acesso em: 27 jul. 2023.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. Proibição do retrocesso e colisão de direitos fundamentais: a constitucionalidade do código florestal brasileiro. *In*: DANTAS, Marcelo Buzaglo; NIEBUHR, Pedro (org.). **Leading cases ambientais analisados pela doutrina**. Florianópolis: Habitus, 2021.

DANTAS, Marcelo Buzaglo; NIEBUHR, Pedro (org.). **Leading cases ambientais analisados pela doutrina**. Florianópolis: Habitus, 2021.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. Restingas: controvérsias decorrentes da sua disciplina jurídica no Brasil. *In*: NEVES, Rafael Burlani. WILLRICH, Fernando Amorim (Org.). **Estudos em Direito Imobiliário e Ambiental**. Itajaí: Editora da UNIVALI, 2017.

DELLORE, Luiz *et al.* **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DERNBACH, John C. **Acting as if Tomorrow Matters**: Accelerating the Transition to Sustainability. Washington, DC: Environmental Law Institute, 2012. Edição do Kindle.

DEWEY, John. **Democracy and Education**. The John Dewey Collection. Blackmore Dennett, 2019. Edição do Kindle.

DEWEY, John; TUFTS, James Hayden. **Ethics**. The John Dewey Collection. Blackmore Dennett, 2019. Edição do Kindle.

DINO, Nicolao. Acórdão nas ADIs nºs 4.901, 4.902, 4.903, 4.937 e na ADC nº 42 (Código Florestal): comentários ao voto-vista da Ministra Carmen Lúcia. In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; FREITAS, Vladimir Passos; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Comentários aos acórdãos ambientais**: paradigmas do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 2013. Edição do Kindle.

EAGLE, Steven J. The Common Law and the environment. **Case Western Reserve Law Review**, vol. 58, p. 583, primavera, 2008.

ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: The influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, v. 32, n. 2, p. 188-200, 2006.

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Brasil) (ENFAM). Resolução Enfam n. 7, de 7 de dezembro de 2017, dispõe sobre as diretrizes pedagógicas para a formação e o aperfeiçoamento de magistrados. Diário da Justiça Eletrônico do STJ, 14 dez. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/116264>. Acesso em: 28 abr. 2022.

FARBER, Daniel A. A tale of two cases. **Virginia Environmental Law Journal**, vol. 20, p. 33, 2001.

FARBER, Daniel A. **Eco-pragmatism: making sensible environmental decisions in an uncertain world**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

FARBER, Daniel A. Legal Pragmatism and the Constitution. **Minnesota Law Review**, vol. 72, p. 1331, junho, 1988.

FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. 4. ed. Nova York: Oxford University Press, 2010. Edição do Kindle.

FARRAND, Max. **A criação da Constituição: a Convenção da Philadelphia de 1787 e a formação do Estados Unidos da América**. Tradução de Bruno Santos Cunha, Lucas Pieczarcka Guedes Pinto. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

FELDMAN, Yuval; SCHURR, Amos; TEICHMAN, Doron. Anchoring Legal Standards. **Journal of Empirical Legal Studies**, vol. 13, p. 298, junho, 2016.

FELIPE, Bruno Farage da Costa. A abordagem pragmática da decisão judicial: uma introdução ao pragmatismo “antiteórico” de Richard A. Allen Posner. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, n. 17, jul/dez de 2014.

FERRER, Gabriel Real; DANTAS, Marcelo Buzaglo; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. O processo de internacionalização da proteção ambiental e dos direitos humanos. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; DANTAS, Marcelo Buzaglo (organizadores). **Direito e transnacionalização**. Itajaí: UNIVALI, 2013.

FIGUEIREDO, Cândido de. **Novo Dicionário De Língua Portuguesa**. 1913. Disponível em: <https://archive.org/details/DicionarioDeL.P1913>. Acesso em: 9 nov. 2023.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GALPERIN, Joshua Ulan. Trust me, I'm a pragmatist: a partially pragmatic critique of pragmatic activism. **Columbia Journal of Environmental Law**, vol. 42, p. 425, 2017.

GARCIA, Marcos Leite. A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar. **Revista Direito e Justiça**, Ano XVI, n. 26, p 37-61, abril 2016.

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul./dez. 2005.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (organizadores). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

GERONTAS, Angelos S. Deterritorialization in Administrative Law: exploring transnational administrative decisions. **Columbia Journal of European Law**, vol. 19, p. 423, verão, 2013.

GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo** (Primeiros Passos). Tatuapé, SP: Brasiliense, 2017. Edição do Kindle.

GIARO, Tomasz. Transnational law and historical precedents. **Studia Iuridica**, Varsóvia, v. 38, p. 73, 2016.

GLENSY, Rex D. The use of international law in U.S. constitutional adjudication. **Emory International Law Review**, vol. 25, p. 197, 2011.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência** (Florianópolis), n. 68, p. 261-290, jun. 2014.

GRAÇA, Cristina Seixas. A aplicação do princípio do não retrocesso de proteção ambiental diante da Lei nº 12.651/2012 (novo Código Florestal) e alterações trazidas pela Lei nº 12.727/2012: análise do voto do Ministro Gilmar Mendes na ação declaratória de constitucionalidade nº 42. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; FREITAS, Vladimir Passos; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Comentários aos acórdãos ambientais: paradigmas do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GREEN, Craig. What Does Richard Posner Know About How Judges Think? **California Law Review**, vol. 98, p. 625, abril, 2010.

GREER, Marcy Hogan. **A practitioner's guide to class actions**. Washington, DC: American Bar Association, 2010.

GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 13, p. 9, Janeiro, 2015.

HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2015.

HACK, Jonathan S. Looking to peers: transjudicial citations behavior among state supreme courts. **North Dakota Law Review**, vol. 95, p. 291, 2020.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HEINZERLING, Lisa. Book review: pragmatists and environmentalists, Eco-pragmatism: Making Sensible Environmental Decisions in an Uncertain World. **Harvard Law Review**, vol. 113, p. 1421, abril, 2000.

HELPER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication. **Yale Law Journal**, vol. 107, p. 273, novembro, 1997.

HIROKAWA, Keith. Some pragmatic observations about radical critique in environmental law. **Stanford Environmental Law Journal**, vol. 21, p. 225, junho, 2002.

HOBAN, Thomas More; BROOKS, Richard Oliver. **Green Justice: the environment and the courts**. 2. ed. New York, NY: Routledge, 2019.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm>. Acesso em 27 dez 2021.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The Path of the Law. **Harvard Law Review**, 1897. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>. Acesso em: 24 dez 2021.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a Liberdade depende dos impostos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 271-297, jan./jun. 2017.

HUNT, Lynn. **A invenção dos Direitos Humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Edição do Kindle.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Desafios do Desenvolvimento**, [S.l.], ano 5, edição 44, 8 jun. 2008. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2154:catid=28. Acesso em: 14 nov. 2023.

ISRAEL, Brian D.; MARSTON, Brett; DANIEL, Lauren. **Natural resources damages**: a guide to litigating and resolving NRD cases. Chicago: American Bar Association, 2019.

JACCOUD, Cristiane; GIL, Luciana; MORAIS, Roberta Jardim de (org.). **Direito ambiental nos tribunais superiores**: análise de julgados do STF – vol. I. Londrina, PR: Thoth, 2023.

JACOBSEN, Gilson. Jurisdição e futuro: entre o inevitável e o essencial. In: **O Direito e o futuro**. Carla Piffer, Bruno Makowiecky Salles, Paulo Márcio Cruz (org). Itajaí: Ed. da Univali, 2022.

JACOBSEN, Gilson. Justiça intergeracional e riscos globais: quem são as gerações futuras e por que protegê-las hoje? **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 15, n. 2, p. 197-211, Maio-Agosto, 2019, pp. 197-211.

JACOBSEN, Gilson; RAUPP, Daniel; TEIXEIRA, Caroline Bündchen Felisbino. Legal education and civil procedural practice in Brazil and in the United States. In: DAL RI, Luciene; BONISSONI, Natammy; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Perspectives of law in the 21st century**: constitutionalism, transnationality and theory of law. Itajaí, SC: Univali, 2020. Disponível em: <https://giurisprudenza.unipg.it/dottorati/co-tutele/10-generale/1145-e-books-univali-unipg>. Acesso em: 27 jul. 2023.

JAMES, William. **Pragmatism**: A New Name for Some Old Ways of Thinking. 2012. Edição do Kindle.

JAMES, William. **The meaning of truth**: a sequel to ‘Pragmatism’. The Project Gutenberg eBook. 2004. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/cache/epub/5117/pg5117-images.html#link2> Acesso em: 15 nov. 2023.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, p. 63–92, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>. Acesso em: 18 nov. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, p. 13–41, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 18 nov. 2021

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído: Uma falha no julgamento humano**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

KEYES, Evelyn. Judicial Strategy and Legal Reason. **Indiana Law Review**, vol. 44, p. 357, 2011.

KINOUCI, Renato Rodrigues. Notas introdutórias ao pragmatismo clássico. **Scientiae Studia**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 215-26, 2007.
Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/ss/a/CcCLDj7nF4p8KcYrvkfM5cv/?lang=pt>. Acesso em 23 dez 2021.

KOCHAN, Donald J. Economics-based environmentalism in the fourth generation of environmental law. **Journal of Environmental and Sustainability Law**, vol. 21, p. 47, outono, 2015.

KOH, Harold Hongju. Why transnational law matters. **Penn State International Law Review**, v. 24, n. 4, 2006.

KRECKÉ, Elisabeth. Economic analysis and legal pragmatism. **International Review of Law & Economics**, vol. 23, p. 421, dezembro, 2003.

KROTOSZYNSKI JR. Ronald J. "I'd Like to Teach the World to Sing (In Perfect Harmony)": International Judicial Dialogue and the Muses - Reflections on the Perils and the Promise of International Judicial Dialogue. **Michigan Law Review**, vol. 104, p. 1321, maio, 2006.

LAZARUS, Richard J. **The Rule of Five: making climate history at the Supreme Court**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2020. Edição do Kindle.

LAZARUS, Richard J.; HOUCK, Oliver A. **Environmental Law Stories**. Nova York: Foundation Press, 2005. Edição do Kindle.

LEDEWITZ, Bruce. Constitutional law and civil rights symposium, part II: establishing a federal constitutional right to a healthy environment in US and in our posterity. **Mississippi Law Journal**, vol. 68, p. 565, inverno, 1998.

LEGRAND, Pierre. Alterity: about rules, for example. In: Peter Birks and Arianna Pretto (eds). **Themes in Comparative Law: In Honour of Bernard Rudden**. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 21-33.

LEOPOLD, Aldo. A Sand County almanac. In: MINTZ, Joel A.; DERNBACH, John C.; GOLD, Steve C.; ROBBINS, Kalyani; VILLA, Clifford; WAGNER,

Wendy. **A Practical Introduction to Environmental Law**. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2017.

LIGHT, Alfred R. **CERCLA law and procedure**. Washington, DC: BNA Books, 1991.

LIGHT, Andrew A. Compatibilism in political ecology. *In*: LIGHT, Andrew; KATZ, Eric (editores). **Environmental pragmatism**. Nova York: Routledge, 1996.

LIMA, George. A âncora da justiça: o efeito de ancoragem nas decisões judiciais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, 2021. Disponível em: <https://civilistica.com/a-ancora-da-justica/> . Acesso em: 26 mai. 2022.

LIVERMORE, Michael A.; REVESZ, Richard L. **Environmental law and economics**. Nova York: Oxford University Press, 2014.

LOBÃO, Marcelo Meireles. *Quaestio facti*: uma crítica à teoria funderentista de Susan Haack. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. Salvador, v. 4, n. 1, p. 1 – 22, 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/3932> . Acesso em: 23 dez 2021.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Análise econômica do direito nas decisões judiciais. *In*: **Seminário Teoria da Decisão Judicial**. Brasília: CJF, 2014. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/seminario-teoria-da-decisao-judicial>. Acesso em: 20 abr. 2023.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. A jurisprudência brasileira e a transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MADEIRA, Marcelo Silvano. Pragmatismo ou pragmaticismo? Considerações sobre o conceito de pragmatismo a partir da análise do artigo “o que é o pragmatismo”. **Revista Eletrônica Espaço Teológico**, São Paulo, v. 6, n. 10, 2012. Disponível em:

<https://revistas.pucsp.br/index.php/reveleiteo/article/view/13137>. Acesso em: 23 dez 2021.

MAMLYUC, Boris N. Analyzing the polluter pays principle through law and economics. **Southeastern Environmental Law Journal**, vol. 18, p. 39, outono, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARKOWITZ, Kenneth J.; GERARDU, Jo J. A. Environmental courts and tribunals: improving access to justice and protection of the environment around the world. **Pace Environmental Law Review**, vol. 29, p. 538, inverno, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARTINO, Fabio Nunes de. **O Poder Judiciário visto por dentro**: a atuação dos assistentes judiciais como personagens invisíveis no processo decisório brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2021.

MAY, James R. **Principles of Constitutional Environmental Law**. Chicago: American Bar Association Publishing, 2011.

MAY, James R.; DALY, Erin. Symposium: the confluence of human rights and the environment: Vindicating Fundamental Environmental Rights Worldwide. **Oregon Review of International Law**, vol. 11, p. 365, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a convenção de Aarhus. São Paulo, **Revista de Direito GV**, jan-jun 2012.

MEDAGLIA, Sandra Mara Pretini. Legalidade das resoluções do CONAMA. In: DANTAS, Marcelo Buzaglo; NIEBUHR, Pedro (org.). **Leading cases ambientais analisados pela doutrina**. Florianópolis: Habitus, 2021.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, p. 43–61, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649> . Acesso em: 18 nov. 2021.

MICHAELS, Ralf. State Law as a Transnational Legal Order. **UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law**, vol. 1, p. 141, outono, 2016.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 11 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MINTEER, Ben A. **Refounding Environmental Ethics**: pragmatism, principle, and practice. Philadelphia: Temple University Press, 2012. Edição do Kindle.

MINTEER, Ben A. **The Landscape of Reform**: civic pragmatism and environmental thought in America. Cambridge: The MIT Press, 2006. Edição do Kindle.

MINTZ, Joel A. Some Thoughts on the Merits of Pragmatism as a Guide to Environmental Protection. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, vol. 31, p. 1, 2004.

MINTZ, Joel A.; DERNBACH, John C.; GOLD, Steve C.; ROBBINS, Kalyani; VILLA, Clifford; WAGNER, Wendy. **A Practical Introduction to Environmental Law**. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2017.

MODAK-TRURAN, Mark C. A Pragmatic Justification of the Judicial Hunch, **University of Richmond Law Review**, vol. 35, p. 55, março, 2001.

MOLLER, Diana E. Intervention, coercion, or justifiable need? A legal analysis of structural adjustment lending in Costa Rica. **Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas**, vol. 2, p. 483, outono, 1995.

MONTEIRO, Ana Lídia Silva Mello. **Os métodos alternativos de resolução de disputas para uma tutela ambiental efetiva**. 2020. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Univali, Itajaí/SC, 2020.

MOREMEN, Philip M. National court decisions as state practice: a transnational judicial dialogue. **North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation**, vol. 32, p. 259, inverno, 2006.

MORGAN, David R. Law's Empire by Ronald Dworkin (Book Review). **Maryland Law Review**, vol. 47, p. 557, inverno, 1988.

MURPHY, Walter F. **Como os juízes decidem? Elementos de estratégia judicial**. Londrina: Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2022.

NEGOWETTI, Nicole E. Judicial decisionmaking, empathy, and the limits of perception. **Akron Law Review**, vol. 47, p. 693, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-63, jan./abr. 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496/7245>. Acesso em: 20 nov. 2021.

PARKER, Kelly A. Pragmatism and environmental thought. In: LIGHT, Andrew; KATZ, Eric (editores). **Environmental pragmatism**. Nova York: Routledge, 1996.

PARTRIDGE, Anthony; ELDRIDGE, William B. **The Second Circuit Sentencing Study: A Report to the Judges of the Second Circuit**. Washington, DC: Federal Judicial Center, 1974. Disponível em: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/second-circuit-sentencing-study-report-judges-second-circuit>. Acesso em: 27 mai. 2022.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. ver. atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PEDERSEN, Ole W. Modest Pragmatic Lessons for a Diverse and Incoherent Environmental Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 33, p. 103, março, 2013.

PEIRCE, Charles Sanders. **Como tornar as nossas ideias claras**. Collected Papers V, pp. 388-410. Tradução de António Fidalgo. p. 11. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-peirce-how-to-make.pdf> . Acesso em: 28 abr. 2022.

PEIRCE, Charles Sanders. **Some Consequences of Four Incapacities** (Readings in Pragmatism Book 4). Local Vandals Publishing, 2020. Edição do Kindle.

POGARSKY, Greg; BABCOCK, Linda. Damage Caps, Motivated Anchoring, and Bargaining Impasse. **The Journal of Legal Studies**, vol. 30, p. 143, janeiro, 2001.

PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022.

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

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. **California Law Review**, vol. 100, n. 3, p. 519-556, junho, 2012.

POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008. Edição do Kindle.

RAUPP, Daniel. A ocupação sustentável da zona costeira. **Revista Consultor Jurídico**, 28 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-28/daniel-raupp-ocupacao-sustentavel-zona-costeira/>. Acesso em: 26 jan. 2024.

RAUPP, Daniel. A revogação da Resolução 303/02 do CONAMA e a proteção ambiental da costa. **Revista Consultor Jurídico**, 22 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-22/daniel-raupp-revogacao-resolucao-30302-CONAMA>. Acesso em: 26 mai. 2022.

RAUPP, Daniel. Casos fáceis e difíceis na perspectiva do pragmatismo jurídico. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região**, Porto Alegre, ano 10, n. 26, p. 28-40, 2024.

RAUPP, Daniel. Competência na Lei de Ação Civil Pública e *perpetuatio jurisdictionis*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 63, dez. 2014. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao063/Daniel_Raupp.html. Acesso em: 21 set. 2021.

RAUPP, Daniel. *Deposition* como prova no sistema processual civil brasileiro. In: Vânia Hack de Almeida; Cristina de Albuquerque Vieira; Gabriela Pietsch Serafin; Tiago do Carmo Martins. (Org.). **Pandemia, novas tecnologias e acesso à justiça**. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2021, p. 53-64.

RAUPP, Daniel. Limites da jurisdição nacional em ações cíveis envolvendo matéria ambiental no Brasil e nos Estados Unidos. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**, n. 15. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4. Região, 2020, p. 134. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2078. Acesso em: 27 jul. 2023.

RAUPP, Daniel. Moradia 'versus' meio ambiente: colisão de direitos fundamentais In: VAZ, Paulo Afonso Brum; PEREIRA, Ricardo Teixeira do

Valle (organizadores). **Curso Modular de Direito Administrativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 547-572.

RAUPP, Daniel. O Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a possibilidade de ocupação da zona costeira mediante desenvolvimento sustentável. *In*: DANTAS, Marcelo Buzaglo; JACOBSEN, Gilson (organizadores). **Coleção Direito, Meio Ambiente e Sustentabilidade**, vol. 25. Florianópolis: Habitus, 2020.

RAUPP, Daniel. O direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição dos Estados Unidos da América. **INTER: Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 122-143, jan./jun. 2022.

RAUPP, Daniel. O pragmatismo ambiental de Daniel Farber. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região**, Porto Alegre, ano 8, n. 19, p. 103-131, 2021.

RAUPP, Daniel. Pragmatismo jurídico e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região**, Porto Alegre, ano 8, n. 21, p. 89-104, 2022.

RAUPP, Daniel. Tomar ou fazer uma decisão? A psicologia cognitiva aplicada à atividade jurisdicional. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região**, Porto Alegre, ano 9, n. 22, p. 29-47, 2022.

RAUPP, Daniel. Transjudicialismo ambiental: diálogo judicial transnacional nas cortes constitucionais do Brasil e dos EUA. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região**, Porto Alegre, ano 8, n. 20, p. 71-92, 2022.

ROCHA, Márcio Santoro. Conflitos socioambientais: notas para a construção de uma teoria da decisão judicial. **Jota**, 06 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/ajufe/conflitos-socioambientais-notas-para-a-construcao-de-uma-teoria-da-decisao-judicial-06082020>. Acesso em: 22 nov. 2022.

RODRIGUES, Icles. HISTÓRIA FM 123: **Império Asteca**: ascensão e queda de um império. Entrevistador: Icles Rodrigues. Entrevistado: Luis Kalil. [S.l.]: Leitura Obriga HISTÓRIA, 23 jan. 2023. Podcast. Disponível em: <https://leituraobrigahistoria.com/podcast/imperio-asteca-ascensao-e-queda-de-um-imperio/>. Acesso em: 13 nov. 2023.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Comentários ao acórdão do Supremo Tribunal Federal que julgou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937 e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC nº 42) envolvendo o Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012). *In*:

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; FREITAS, Vladimir Passos; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Comentários aos acórdãos ambientais: paradigmas do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ROONEY, Robert F. Environmental economics. **UCLA Journal of Environmental Law & Policy**, vol. 1, p. 47, outono, 1980.

RORTY, Richard. **Verdade e progresso**. Barueri, SP: Manole, 2005.

ROSS, Karen M. **Essential Legal English in Context: Understanding the Vocabulary of U.S. Law and Government**. Nova York: NYU Press, 2019. Edição do Kindle.

RUHL, J. B. Is the Endangered Species Act eco-pragmatic? **Minnesota Law Review**, vol. 87, p. 885, 2003.

RUHL, J. B. Working Both (Positivist) Ends Toward a New (Pragmatist) Middle in Environmental Law Eco-pragmatism. **The George Washington Law Review**, vol. 68, p. 522, abril, 2000.

RUSSEL, Irma S. Listening to the silence: implementing constitutional Environmentalism in the United States. *In*: MAY, James R.; DALY, Erin (editores). **Implementing Environmental Constitutionalism: current global challenges**. Nova York: Cambridge University Press, 2018.

SAGOFF, Mark. We have met the enemy and he is us or Conflict and contradiction in Environmental Law. *In*: MINTZ, Joel A.; DERNBACH, John C.; GOLD, Steve C.; ROBBINS, Kalyani; VILLA, Clifford; WAGNER, Wendy. **A Practical Introduction to Environmental Law**. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2017.

SALAMA, Bruno. Análise econômica do direito nas decisões judiciais. *In*: **Seminário Teoria da Decisão Judicial**. Brasília: CJP, 2014. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/seminario-teoria-da-decisao-judicial>. Acesso em: 20 abr. 2023.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre Civil Law e Common Law**. 2019. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Univali, Itajaí/SC, 2019.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Ambiente: um direito de segunda classe? (Excurso sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADC nº 42/DF). *In*: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; FREITAS, Vladimir Passos; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Comentários aos acórdãos**

ambientais: paradigmas do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SAMPAIO, Rômulo S. R. **Fundamentos da responsabilidade socioambiental das instituições financeiras**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SANTANA, Raimundo Rodrigues. **Atuação jurisdicional e proteção ambiental no Pará**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Proteção Ambiental) - Universidade Federal do Pará, UFPA, Belém, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Guardian of the Amazon On the Brazilian Supreme Court's "Climate Fund Case" Decision. **Verfassungsblog on Matters Constitutional**. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/guardian-of-the-amazon/> . Acesso em: 27 set. 2022.

SCALIA, Antonin. A Doutrina do *Standing* como um Elemento Essencial da Separação de Poderes. Tradução de Romulo Ponticelli Giorgi Júnior. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Volume IX, n. 1, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/48231/35161>. Acesso em: 24 jun. 2023.

SCHAUER, Frederick. Easy cases. **Southern California Law Review**, vol. 58, p. 399, janeiro, 1985.

SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. 11. ed. Stamford, CT: Cengage Learning, 2013.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **A possibilidade de harmonização dos sistemas jurídicos no plano do meio ambiente e da sustentabilidade pela via do transconstitucionalismo e transjusfundamentalidade**. 2022. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Univali, Itajaí/SC, 2022.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011. Edição do Kindle.

SHAPIRO, Sidney A.; SCHROEDER, Christopher H. Beyond cost-benefit analysis: a pragmatic reorientation. **The Harvard Environmental Law Review**, vol. 32, p. 433, 2008.

SHARON, Ori. Finding Eden in a Cost-Benefit State. **George Mason Law Review**, vol 37, p. 571, primavera, 2020.

SHERRY, Suzanna. Hard cases make good judges. **Northwestern University Law Review**, vol. 99, p. 3, outono, 2004.

SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Maurício de Jesus Nunes da. **Casos judicializados decorrentes da construção da usina hidrelétrica de Belo Monte**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, UFPA, Belém, 2015.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de Direito Ambiental**. Salvador: Juspodivm, 2011.

SLAUGHTER, Anne-Marie. 40th Anniversary Perspective: Judicial Globalization. **Virginia Journal of International Law Association**, vol 40, p. 1103, verão, 2000.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**, vol. 29, p. 99, inverno, 1994.

SPENCER, Benjamin. **Civil Procedure: a Contemporary Approach**. 5. ed. Thomson/West, 2018.

STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (organizadores). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. Chevron as law. **Georgetown Law Journal**, vol. 107, p. 1613, 2019.

SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit revolution**. Cambridge, MA: MIT Press, 2018. Edição do Kindle.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. **Rules of the Supreme Court of the United States**. Washington, DC: Supreme Court Of The United States, 2023. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2023RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em 12 nov. 2023)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Case law compilation: Covid-19**. 2 ed. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/case_law_compilation_covid19_2.pdf. Acesso em: 01 jul. 2021.

TAMANAHA, Brian Z. How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law. **DePaul Law Review**, vol. 56, p. 469, inverno, 2007.

TAROCCO, Lara Santos Zangerolame. A proteção constitucional ao meio ambiente e a retórica do desenvolvimento: o caso da usina hidrelétrica de Belo Monte. **Rev. de Direito e Sustentabilidade**, v. 6, n. 1, p. 116-138, Jan/Jun. 2020.

TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: Neal Tate e Torbjörn Vallinder (eds). **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, Carlos Geraldo. **Pagamento por serviços ambientais de proteção às nascentes como forma de sustentabilidade e preservação ambiental**. Brasília: CJF, 2012.

TESSLER, Marga Inge Barth. Ação declaratória de constitucionalidade nº 42/DF (Código Florestal): análise do voto do Ministro Marco Aurélio. In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; FREITAS, Vladimir Passos; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Comentários aos acordões ambientais: paradigmas do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. Edição do Kindle.

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. Salvador: Juspodium, 2011.

THOMPSON, Paul B. Pragmatism and policy: the case of water. In: LIGHT, Andrew; KATZ, Eric (editores). **Environmental pragmatism**. Nova York: Routledge, 1996.

TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica do direito nas decisões judiciais. In: **Seminário Teoria da Decisão Judicial**. Brasília: CJF, 2014. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/seminario-teoria-da-decisao-judicial>. Acesso em: 20 abr. 2023.

TOMAZ, Roberto Epifanio. **Limites e possibilidades do diálogo entre o direito comercial e o direito empresarial**. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Univali, Itajaí/SC, 2006, p. 103.

TORRANO, Bruno. **Pragmatismo no Direito e a urgência de um “pós-pós-positivismo” no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TOSCANO JUNIOR, Rosilvado. **O cérebro que julga: neurociência para juristas**. Florianópolis: EMais, 2023. Edição do Kindle.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Global Environment Outlook 4**. Disponível em: <https://www.unep.org/resources/global-environment-outlook-4>. Acesso em: 12 nov. 2023.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Manual on Compliance with and Enforcement of Multilateral Environmental Agreements**. Disponível em: <https://www.oas.org/dsd/Tool-kit/Documentos/ModulleVI/Full%20Text%20of%20UNEP%20Compliance%20and%20Enforcement%20Guidelines.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023.

UNITED STATES COURTS. **Federal Rules of Civil Procedure**. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure>. Acesso em: 10 set. 2021.

VAN DER PLOEG, Frederick. Discounting and Climate Policy. *In: Oxford Research Encyclopedia of Economics and Finance*. Disponível em: <https://oxfordre.com/economics/display/10.1093/acrefore/9780190625979.01.0001/acrefore-9780190625979-e-581>. Acesso em: 9 nov. 2023

VEIGA, Maria Raimunda Mendes da. **Competência no contexto da formação profissional**. Adaptações de CORDEIRO, Kátia Augusta Curado Pinheiro. ENFAM, Brasília DF, 2016.

VICTORINO, Luanda Garibotti. **Glossário jurídico**: inglês, português, português, inglês. Barueri, SP: DISAL, 2009.

VILANI, Rodrigo Machado. Avanço técnico-científico na jurisprudência do STF: reflexões a partir das ADPFs 747, 748 e 749. **Revista Sequência** (Florianópolis), vol. 43, n. 90, 2022.

WATERS, Melissa A. Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law. **Georgetown Law Journal**, vol. 93, p. 487, janeiro, 2005.

WATERS, Melissa A. The Supreme Court, constitutional courts and the role of international law in constitutional jurisprudence: Justice Scalia on the use of foreign law in constitutional interpretation: unidirectional monologue or co-constitutive dialogue? **Tulsa Journal of Comparative & International Law**, vol. 12, p. 149, outono, 2004.

WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. **Análise do custo-benefício como procedimento de avaliação dos impactos das decisões públicas**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Porto Alegre, 2016.

WESTON, Anthony. Beyond intrinsic value: pragmatism in environmental ethics. *In*: LIGHT, Andrew; KATZ, Eric (editores). **Environmental pragmatism**. New York: Routledge, 1996.

WILDERMUTH, Amy J. The pragmatic ecologist: environmental protection as a jurisdynamic experience: eco-pragmatism and ecology: what's Leopold got to do with it? **Minnesota Law Review**, vol. 87, p. 1145, abril, 2003.

WIMBERLEY, Edward T. PELLEGRINO, Scott. **Ecopragmatics**. Champaign, Illinois: Common Ground Publishing, 2014. Edição do Kindle.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Casos fáceis ou difíceis sob a perspectiva do julgador. *In*: Carla Pife, Francisco José R. de Oliveira neto, Maria Chiara Locchi (org.). **Direito, globalização e transnacionalidade**. Coleção Principiologia Constitucional e Política do Direito, tomo 4. Itajaí: Univali, 2018. Disponível em: <https://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 21 nov. 2022.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz; RAUPP, Daniel. Influências do pragmatismo filosófico sobre a adjudicação pragmática de direitos. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 16, n.01., 2023, p. 339-363.

ZASLOFF, Jonathan. Massachusetts v. Environmental Protection Agency. 127 S.Ct. 1438. United States Supreme Court, April 2, 2007. **American Journal of International Law**, vol. 102, p. 134, jan. 2008.

RESUMO DA TESE EM LÍNGUA ESTRANGEIRA

This dissertation arises from the author's experiences as a federal judge for nearly two decades, facing intense dilemmas in adjudicating environmental issues and balancing conflicting interests. In seeking balanced, realistic, and timely solutions that consider both environmental protection and other legitimate societal interests, the author encountered ecopragmatism—a theory that offered a promising approach, distinct from other philosophical currents that contributed little to the adjudication of specific cases and, more importantly, to the concrete implementation of judicial decisions. It was the school of thought that promised to bring theoretical foundations to what the author was already witnessing in practice.

The research is justified by the increasing judicialization of environmental issues in Brazil, which brings the challenge of resolving complex cases involving an intricate web of scientific, economic, and normative considerations. This complexity often presents challenges in implementing judicial decisions, raising questions about the effectiveness and efficiency of the judicial system.

The research aligns with the United Nations Sustainable Development Goals (SDGs) (Agenda 2030), particularly Goal 16, which aims to "promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all, and build effective, accountable, and inclusive institutions at all levels."¹³⁴⁹ Promoting the rule of law with equal access to justice for all (target 16.3), developing effective, accountable, and transparent institutions (target 16.6), and ensuring responsive, inclusive, and representative decision-making at all levels (target 16.7) are fundamental elements addressed in this study.

¹³⁴⁹ United Nations. (n.d.). Goal 16: Peace, justice and strong institutions. United Nations Sustainable Development. Retrieved July 31, 2024, from <https://sdgs.un.org/goals/goal16>

Additionally, the objectives of the thesis align with the national goals set by the National Council of Justice (CNJ) for 2024, prioritizing the adjudication of collective actions and specifically advancing processes related to environmental issues (Goals 6 and 10)¹³⁵⁰. Both aim for a more efficient judicial system that is aware of environmental issues, prioritizing practical, fair, and sustainable solutions.

Similarly, the research is in harmony with the National Judiciary Environmental Policy established by the CNJ¹³⁵¹. Both highlight the relevance of environmental principles, the use of technology, the rights of indigenous communities, inter-institutional cooperation, and continuous training. Integrating these approaches can improve how the judiciary addresses environmental issues.

The dual certification is justified by Delaware Law School's extensive and long-standing environmental law program. It was among the first in the United States to regularly offer environmental law courses, beginning in 1981.¹³⁵²

Based on this, the thesis, centered on the challenges of adjudicating environmental issues in light of legal pragmatism, acquires international depth with dual certification from Widener University Delaware Law School (USA). This collaboration is of paramount importance, considering that pragmatism, a philosophical current originating in the United States, has stood out, especially environmental pragmatism, which links pragmatic principles to the resolution of concrete environmental problems. Integration with a renowned institution such as Delaware Law School, recognized for its excellence in environmental law,

¹³⁵⁰ Conselho Nacional de Justiça. (2023). Metas Nacionais 2023: Aprovadas no 16º Encontro Nacional do Poder Judiciário. Retrieved July 31, 2024, from <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/01/metas-nacionais-aprovadas-no-16o-enpj.pdf>

¹³⁵¹ Conselho Nacional de Justiça. (n.d.). [Resolução Nº 433 de 27/10/2021. Institui a Política Nacional do Poder Judiciário para o Meio Ambiente. Retrieved July 31, 2024, from <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4214>

¹³⁵² Widener University Delaware Law School. (n.d.). Environmental Law. Retrieved July 31, 2024, from <https://delawarelaw.widener.edu/current-students/jd-academics/signature-programs/environmental-law/>

enriches the research, enabling a more in-depth comparison and analysis between Brazilian and American judicial practices concerning environmental issues.

At the outset of the research, the problem was defined based on the following central idea: considering the challenges and complexities in environmental law, can legal pragmatism, as a philosophical approach, be a valuable tool to improve decisions in difficult cases that require reconciling divergent, yet valid, societal interests?

To find the answer, the research explored pragmatism in its philosophical, legal, and environmental aspects. This path led to examining environmental jurisdiction, culminating in case studies in the supreme courts of Brazil and the United States.

Below is a summary of the dissertation's structure¹³⁵³.

Chapter 1 focuses on the study of philosophical pragmatism. Classical pragmatism, originating in the United States in the late 19th century, represents one of America's most significant contributions to global philosophy. This philosophical current emerged as a response to foundationalism, a view that advocates for the existence of innate and indubitable beliefs that serve as the foundation for all knowledge.

Etymologically, the term "pragmatism" derives from the Greek "pragma," meaning "action" or "matter." Initially, philosophical pragmatism was understood as addressing philosophical issues from a practical perspective. However, there has been a conceptual expansion of the term, which is now understood as considering things based on their practical consequences.

Three names stand out as the main pioneers of this current: Charles Sanders Peirce, William James, and John Dewey. Each of them brought distinct

¹³⁵³ In this summary, to avoid redundancy and ensure a coherent reading flow, citations already included in the chapters' text were not repeated, in accordance with academic legal norms and terminology.

perspectives and nuances to pragmatism, enriching and diversifying its approach.

Charles Sanders Peirce is often credited as the initiator of the pragmatist movement. He argued that the true meaning of an intellectual concept can be understood by observing the practical consequences of its application. However, it was William James who popularized the term "pragmatism" in the philosophical world in 1898. James acknowledged that the essence of pragmatism was shaped from discussions with Peirce at the Metaphysical Club in Cambridge, Massachusetts, in the 1870s.

Both Peirce and James did not see pragmatism as a fixed set of philosophical doctrines. Instead, they conceived it as a method or approach to dealing with philosophical issues, always focusing on their pragmatic implications and consequences.

John Dewey, another prominent pragmatist philosopher, brought new dimensions to the movement. Observing the works of Peirce and James, Dewey sought to expand and deepen the concept of "experience," relating it more closely to the field of social practice. For Dewey, pragmatism was not just a theory but a practical approach to solving real-life problems and challenges.

After this initial phase, philosophical pragmatism went through a period of relative dormancy in the global philosophical scene. However, the second half of the 20th century witnessed a vigorous revival of this tradition, often referred to as "neopragmatism." This renewal was not just a resumption of the original ideas but also a reinterpretation and expansion of them in light of contemporary challenges.

Richard Rorty, a central figure in neopragmatism, is widely recognized for his sharp criticisms of foundationalism, an approach that seeks indubitable foundations for knowledge. He also challenged essentialism, which holds that there are inherent and immutable properties in things, and scientism, the belief in the supremacy of science as the only valid means of acquiring knowledge. Rorty proposed that philosophy should move away from the search

for universal truths and focus more on the utility of ideas in specific contexts. He saw pragmatism as a tool not only for philosophers but also for professionals in various fields, including law.

Susan Haack, another influential neopragmatist philosopher, introduced the concept of "foundherentism." This approach attempts to synthesize the most compelling aspects of foundationalism, which gives primacy to experience as the basis of knowledge, and coherentism, which emphasizes the interrelation and coherence between beliefs. Haack argued that instead of choosing between these two approaches, we can extract insights from both, resulting in a more robust and comprehensive theory of knowledge.

Neopragmatism, although rooted in the original ideas of classical pragmatism, presents distinctive characteristics. It recognizes the complexity and multifaceted nature of human experience in the contemporary world. Instead of seeking absolute truths, contemporary pragmatism is more flexible, adapting to contextual changes and emphasizing the practical applicability of ideas.

Furthermore, contemporary pragmatism is deeply interdisciplinary. It is not limited to purely philosophical issues but extends to various areas of knowledge. The emphasis is on how ideas work in practice, how they affect human experience, and how they can be used to solve concrete problems.

Contemporary philosophical pragmatism, with its rich nuances and adaptations, represents a significant evolution of the original pragmatist tradition. Thinkers like Rorty and Haack not only revived pragmatism but also redefined it, making it relevant and applicable to the challenges and complexities of the modern world. At its core, neopragmatism continues to emphasize the importance of action, experience, and practical consequences but does so with a depth and sophistication that reflects contemporary times.

Item 1.3.1 of the thesis addresses "experience" as one of the central foundations of philosophical pragmatism. Experience is a cornerstone of pragmatism, serving as a fundamental pillar for understanding knowledge and reality. The three classical pragmatists (Peirce, James, and Dewey) agreed that

human intelligence is intrinsically related to knowledge derived from experience. This perspective is one of the pillars of empiricism, which is characterized by the belief that philosophy should never consider any reality outside of actual and possible human experience.

William James, in turn, had a more psychological approach to experience. He believed that human experience was actively goal-directed and that our thoughts functioned to control our actions. For James, experience was not just a process but also a creative force. He argued that thoughts should be at the service of human activities, and this perspective supported his pragmatism.

John Dewey, in his reflections, also highlighted the importance of experience. He believed that experience consisted of a dynamic of action and receptivity, whose merit lay in recognizing the connections or continuities it provided. For Dewey, experience includes cognition insofar as it is cumulative, refers to something, or has a meaning.

In summary, experience, in the context of philosophical pragmatism, is seen as a fundamental means for understanding and acquiring knowledge. It serves as a bridge between objective reality and human subjectivity, allowing for a deeper and more integrated understanding of the world.

Another central pillar of philosophical pragmatism is antifoundationalism, which represents a rejection of the idea that there are stable and universal foundations for knowledge. Antifoundationalism challenges the traditional notion that knowledge and truth can be grounded in solid and immutable bases. Instead, it argues that all claims to knowledge and truth are contextualized and situated, shaped by social, historical, and cultural circumstances.

This perspective challenges the idea that there are universal or absolute truths. Instead, antifoundationalism suggests that what we consider true or factual is always influenced by the context in which these claims are made. This does not mean that antifoundationalism rejects the idea of truth or reality;

instead, it recognizes that our understanding of truth and reality is always mediated by our particular experiences and contexts.

In turn, consequentialism, as one of the foundations of philosophical pragmatism, emphasizes the importance of practical consequences in evaluating and justifying theories, actions, and decisions. It is an approach that assesses the validity and relevance of an action, theory, or decision based on its practical consequences. In the context of pragmatism, this means that the choice between different interpretations and explanations of phenomena should be made considering their respective practical consequences, leading to an empiricist and experimentalist attitude.

Dewey argued that pragmatism does not seek simply to discard the idea of scientific theories as models of reality. What should be discarded is the idea that theories are models simply because they are representations. This highlights the importance of evaluating theories based on their practical implications and results rather than their conformity to an ideal or preconceived standard.

William James also emphasized consequentialism in his approach. He believed that pragmatism is hostile only to metaphysical opinions that cannot be tested based on their practical consequences for human experience. This suggests that, for James, the validity of a theory or opinion is determined by its applicability and practical relevance, not by its conformity to abstract metaphysical standards.

In summary, consequentialism in philosophical pragmatism highlights the importance of evaluating ideas, theories, and actions based on their real and tangible consequences. This reflects a practical and action-oriented approach that seeks effective solutions and beneficial outcomes rather than conformity to abstract ideals.

The item 1.4 explores the intersection between the foundations of philosophical pragmatism and its application in the legal field, particularly in judicial decision-making.

The idea of applying the foundations of philosophical pragmatism to legal thought was initially conceived by Oliver Wendell Holmes Jr., a U.S. Supreme Court Justice in the early 20th century. He is often cited as one of the pioneers in bringing a pragmatic approach to the legal field. Holmes believed that the law should be viewed from a pragmatic perspective, focusing on the practical consequences of judicial decisions.

Thus, in the context of adjudicating rights, pragmatism emphasizes the importance of experience and practical consequences. Decision-making should be evaluated by the criterion of "what works," avoiding abstract philosophical debates and focusing on concrete solutions. The pragmatic approach avoids abstract philosophical debates about the nature of truth and focuses on concrete solutions, emphasizing the effectiveness of the decision, which should be a central concern for the judge.

The influences of philosophical pragmatism on the pragmatic adjudication of rights are therefore undeniable. Practice leads to experience, and experience leads to truth—not absolute truth, which is utopian, but truth within what is possible to know and prove, observing realizable consequences.

From these premises, **Chapter 2** specifically addresses legal pragmatism, beginning with a detailed analysis of the trajectory of legal philosophy.

Philosophy, in essence, is often seen as an abstract field of study, perceived by many as lacking practical applicability in everyday life. However, in legal philosophy, this perception is challenged, especially when traditionally accepted paradigms fail to explain contemporary phenomena.

The relevance of philosophy becomes evident when beliefs, previously accepted as "scientific truths," are questioned. These doubts arise when such beliefs no longer adequately explain the phenomena within a specific field of knowledge. At these moments, philosophy emerges as an essential tool, acting as a catalyst for a "paradigmatic revolution."

In the field of Law, this revolution is particularly palpable. Over time, Law has consolidated itself as a legal science, adopting specific methodologies and techniques that go beyond mere abstract rational discussion. However, like any other science, Law is not immune to "paradigmatic crises." These crises occur when legal beliefs and practices, accepted at a certain historical moment, are challenged by new perspectives and questions.

The relationship between jurists and legal philosophy is complex. Many jurists, especially those immersed in judicial routines, tend to be hostile to legal philosophy. However, this hostility often stems from a lack of understanding or the perception that philosophy lacks practical utility. Contrary to this view, philosophy plays a pivotal role in the evolution of legal thought, especially in times of paradigmatic crisis.

Historically, two paradigms have dominated legal thought: natural law and legal positivism. Natural law, rooted in Western legal culture and prevailing for nearly two millennia, advocates the existence of a universal legal order derived from human or divine nature. This order is seen as superior to man-made law. However, natural law faced significant criticism, particularly from thinkers like Norberto Bobbio, who pointed out the imprecision and inefficacy of the concept of "natural law."

In response to the perceived limitations of natural law, legal positivism emerged. This paradigm emphasizes the primacy of positive law, i.e., the law created and established by society. Legal positivism is based on five fundamental pillars, including the separation between law and morality, the primacy of codified legal rules, the structuring of the legal system based on formal validity, the application of law through a logical-deductive process, and judicial discretion in complex cases.

However, legal positivism, which has solidified as a dominant current in legal thought, is also not free from criticism. Norberto Bobbio, a central figure in the debate, acknowledges that legal positivism, by strictly focusing on positive law, may neglect the intrinsic interaction between law and morality. This

separation between law and morality, though defended by positivism, is seen by many critics as an excessive simplification of legal reality.

Post-positivist currents emerged in response to the perceived limitations of legal positivism, seeking approaches that address some of its criticisms. For example, Robert Alexy, with his proceduralist thinking, emphasizes the intrinsic relationship between law and morality. He criticizes positivist theories for their strict separation between law and morality, suggesting that in doubtful cases, positivists resort to extralegal factors to make decisions. In contrast, non-positivists, according to Alexy, believe that law can determine the decision even if the statute does not explicitly stipulate it.

Ronald Dworkin, representing the substantialist current, highlights the need for a legal theory with more "substance." He rejects the positivist idea of a strict separation between law and morality, arguing that law is an extension of morality. He compares the moral structure to a tree, with law as a branch of political morality, which in turn is part of personal morality and a broader theory of good living. Dworkin adopts interpretivism, considering law as a set of justifying moral rules and principles, and sees values not as conflicting but as complementary in the quest for the correct decision in concrete cases. He views the legal system as a web of interlinked decisions, woven by judges over time, advocating that judicial decisions should be made through a logical-deductive process or argumentative balancing, always seeking political integrity and coherence with principles of justice and equity.

In contrast, Richard Posner, an advocate of the pragmatic current, argues that the philosophy of pragmatism promotes doubt, leading to deeper investigation. For Posner, while positivist judges focus on maintaining coherence with past decisions, pragmatic judges seek the best for the present and future without strictly adhering to past decisions.

Section 2.2 delves into Richard Posner's pragmatism, a legal thought current distinguished by its results-oriented approach and emphasis on the practical application of law. Posner, initially associated with the economic school of law in the United States, adopted legal pragmatism after publishing "The

Problems of Jurisprudence" in 1990. Since then, he has become a central figure in this current, strengthening it in the late 20th-century legal landscape.

For Posner, legal pragmatism is future-oriented, while formalism looks to the past. In his words, formalism seeks to ground the legitimacy of a judicial decision in its deductibility from an established norm or principle. The pragmatist, on the other hand, values continuity with past decisions but does so because continuity is seen as a social value, not out of a sense of duty to the past. Thus, the test of a great judicial decision, according to Posner, is not its continuity with the principles of legal formalism, but how well it fits its social context.

Posner also highlights that legal pragmatism recognizes the utility of disciplines such as economics, cognitive psychology, and statistics to support judicial decisions. He argues that philosophy, especially pragmatic philosophy, incites doubt, and this doubt leads to investigation. This makes a judge less dogmatic and more open to different perspectives. Pragmatic judges, according to him, always strive to do the best for the present and future, without the obligation to ensure principled coherence with past decisions.

One of the notable characteristics of Posner's pragmatism is the emphasis on balancing. He believes this is the pragmatist's natural starting point, whose test involves weighing the specific consequences of the case, comparing the pros and cons of the decision. This analysis is not limited to monetary terms and can be applied to non-economic cases.

Another relevant aspect is interdisciplinarity. Since its inception, legal pragmatism has emphasized interdisciplinarity as a fundamental attribute of pragmatic adjudication. For Posner, other areas of human knowledge can provide valuable insights into the consequences of their decisions, leading the adjudicator to an "educational eclecticism."

Section 2.3 specifies some of the main characteristics of pragmatic adjudication, as listed by Richard Posner in his book "Law, Pragmatism, and Democracy":

a) It is not an ad hoc judgment: Pragmatic adjudication is not based on decisions made specifically for a case without considering a broader context.

b) Specific circumstances: It recognizes that the specific circumstances of a case can entirely dominate the decision-making process.

c) Reasonableness of the judge: The focus is on the reasonableness of the judge, who must make the most reasonable decision in the concrete case, weighing the pros and cons.

d) Detailed circumstantial analysis: From a pragmatic perspective, intuition and opinion are informed by detailed circumstantial analysis. Posner emphasizes the importance of "diving into the facts," not just in the limited sense of evidence law, but in a sense that encompasses analytical methods, empirical techniques, and findings from social sciences, including history.

e) Interdisciplinarity: Legal pragmatists value interdisciplinarity, recognizing that disciplines like economics, cognitive psychology, and statistics can be useful in supporting their decisions. The pragmatic approach is strongly empirical and values theories that guide empirical investigation.

f) Rhetoric and persuasion: Legal pragmatists are more sympathetic to rhetoric, seeing it as a reasonable and inevitable method of persuasion in situations where exact reasoning is insufficient.

g) Focus on consequences: Pragmatic adjudication is concerned with the consequences of the decision in a scarcity scenario. Legal science, like economics, is concerned with the consequences of decisions in a world of privations.

In summary, pragmatic adjudication, as presented by Richard Posner, stands out for its results-oriented approach, emphasis on reasonableness, valuation of interdisciplinarity, and attention to the practical consequences of legal decisions. This approach challenges conventional legal traditions, proposing a more adaptable and results-oriented vision.

In this aspect, interdisciplinarity, as addressed in Section 2.4, stands out as a fundamental pillar in the context of legal pragmatism, suggesting that interpreters and enforcers of the law should go beyond mere understanding of the legal system, actively engaging with advances in social sciences. The central idea is that legal science should not be limited to its traditional domains but should establish a productive dialogue with other areas of knowledge, adopting a transdisciplinary stance.

Following this line, Section 2.4.1 addresses the relationship between "Law and Economics," emphasizing the interaction and dialogue between these two sciences. Both study forms of human behavior, but while Law focuses on the norms and regulations that govern society, Economics focuses on the production, distribution, and consumption of goods and services. However, both disciplines have significant implications for each other.

In this field, the Economic Analysis of Law (EAL), also known as Law and Economics in the North American context, emerges as a methodology that seeks to apply concepts and tools from economics to solve legal problems. This discipline studies law and its institutions, centering the analysis on individual rationality. EAL can be defined as the application of economic theory and econometric methods to the examination of the formation, structure, processes, and impacts of law and legal institutions.

The pragmatic origin of EAL helps explain its development, especially in the US legal system. This system, based on common law, values efficiency and the search for practical solutions to legal problems. The tradition of Law and Economics implies using economic reasoning to explain the logic of judicial decisions.

The economic perspective sees law as a tool that should seek efficiency, contributing to the increase of social welfare. Economics provides law with a methodology to quantify interests, analyze procedures, and indicate solutions with probabilistic tendencies. The interaction between economics and law aims to avoid irrational or inefficient use of wealth, the environment, and labor effort.

Thus, the interdisciplinarity between law and economics is essential for more informed and efficient decision-making. The incorporation of theoretical paradigms from economics strengthens law as a science, making its theoretical conclusions more testable using more precise methods. EAL, in particular, offers a pragmatic approach that values efficiency and rationality in legal decision-making.

Continuing the line of interdisciplinarity, Section 2.4.2 addresses the application of cognitive psychology to the judiciary.

Cognitive psychology, by studying mental processes such as thinking, memory, perception, and language, and how these processes affect behavior, offers valuable insights into the decision-making process in the legal context. Decision-making is a complex activity, and the language used to describe it can influence perceptions of the process.

Impartiality is a functional duty of judges and is the basis of the common notion of justice. However, recent research has shown that even highly qualified judges rely on cognitive processes that can lead to systematic judgment errors. All judges are influenced by their race, ethnicity, ideology, nationality, socioeconomic status, gender, sexuality, and religion.

Cognitive psychology has identified the existence of two forms of human reasoning: System 1, which is fast and intuitive, and System 2, which is slower, deliberative, and calculative. System 1 is more prone to errors, while System 2 is more careful and analytical. Many implicit mental processes, such as memories, perceptions, and stereotypes, are rooted in System 1 and influence social judgments, often without the person's awareness.

In the legal context, decision-making is not free from these influences. Assumptions, values, and previous experiences of a judge, even those of which they are unaware, influence their decision-making. If judges base their decision-making on an objective and universal perspective, they are ignoring fundamental principles of cognition.

Cognitive psychology, therefore, offers valuable tools for understanding and improving the decision-making process in the legal context. Recognizing and understanding biases and cognitive processes can help judges make more informed and just decisions.

Section 2.5 discusses Ronald Dworkin's critiques of legal pragmatism.

Ronald Myles Dworkin, a prominent figure in legal philosophy, has raised significant critiques of legal pragmatism. One of his main criticisms is the apparent lack of commitment of pragmatism to prior legislative or judicial choices. Dworkin argues that, for pragmatism, coherence with past decisions is not essential for the justice or virtue of a current decision. He suggests that a pragmatic judge would not feel compelled to respect precedents, especially when the reach of a previous decision is considered "obscure and controversial."

Moreover, Dworkin believes that admitting that pragmatism corresponds to what judges do in hard cases implies accepting a "noble lie" in interpreting previous cases. He seems not to distinguish pragmatism from consequentialism or utilitarianism, suggesting that pragmatism only concerns itself with future consequences and not with the integrity of decisions.

However, proponents of legal pragmatism offer robust counterpoints to these criticisms. They argue that pragmatism does not entirely ignore the past but considers it in a balanced way, without feeling strictly bound to it. Regarding the interpretation of previous cases, pragmatism defends that judges seek to illustrate their decisions with precedents and theory, not as a lie, but as a way to justify their decisions in the current context.

Contrary to Dworkin's view, pragmatism, especially as defended by Richard Posner, does not limit itself solely to future consequences. It considers both the past and the future, seeking a balanced approach in judicial decision-making. Moreover, while Dworkin defends integrity as a central principle, pragmatism argues that other factors, such as practical consequences, are also essential.

In summary, while Dworkin presents significant critiques of legal pragmatism, the thesis provides counterpoints that defend its effectiveness and relevance in contemporary legal practice.

Section 2.6 addresses possible influences of Legal Pragmatism on the Introduction to Brazilian Legal Norms (LINDB).

The LINDB aims to guide the interpretation and application of norms in Brazil. Recognizing that the amendments made by Law No. 13,655/18 were inspired by pragmatic principles is crucial for questioning the influence of this current in the Brazilian context.

Three articles of the LINDB have a close relationship with the commitments of pragmatism: Articles 20 and 21, focusing on the consequences of the decision, and Article 22, focusing on the facts and circumstances, i.e., the contextualization of the problem. After thoroughly analyzing the wording of the provisions, relating them to the adjudicatory characteristics mentioned earlier, the text concludes that legal pragmatism influenced the Brazilian legislator, who incorporated some of its principles into the LINDB, emphasizing the importance of considering practical consequences and the real context in the interpretation and application of norms in Brazilian law.

Chapter 3 refines the study of pragmatism, directing it towards environmental law. Before analyzing the contributions of legal pragmatism to decision-making in difficult environmental cases, it seeks to define which types of cases fall into this category.

Judicial decision-making practices and theories often categorize cases into two groups: easy cases and hard cases, based on their complexity from the adjudicator's perspective.

Traditionally, easy cases are more routine, where conventional legal sources are sufficient for judicial activity, and the decision is generally reached through logical-deductive reasoning. On the other hand, hard cases are those where the answer is not easily derived from traditional legal sources. They

carry moral dilemmas or principled conflicts, expanding the discretionary field of the adjudicator.

The traditional positivist view argues that, for easy cases, the correct decision is obtained through the process of subsuming the fact to the norm. However, when there are no clear pre-established laws to resolve a case, the adjudicator faces a hard case. In this situation, the adjudicator is granted a certain degree of discretion.

Section 3.1.2 addresses how legal pragmatism deals with cases considered difficult within the legal context.

Pragmatism adds a critical component to the definition of a hard case: the consequences of the decision. Even if the law seems clear in a particular situation, the outcome dictated by that law may be problematic. In such situations, logical reasoning alone may not be sufficiently incisive to permit objective and just decisions.

While formalism focuses on the strict application of the law, pragmatism places more emphasis on practical consequences and the broader context. In hard cases, where the direct application of the law may lead to socially detached results or unacceptable consequences, pragmatism offers a more flexible and context-oriented approach.

Section 3.1.3 delves deeper into the debate on how legal pragmatism can assist in resolving cases that present particular complexities.

Legal pragmatism recognizes that in hard cases, the answer is not easily extracted from traditional legal sources. Instead, the judge must consider the purpose of the rule and choose the outcome that will fulfill that purpose. This moves the judge from the verbal surface of the law to the social reality the law seeks to shape.

One of the virtues of pragmatism is bringing the practice of judicial routine to light. Instead of concealing the fact that extralegal factors are considered in decision-making, it is better to make explicit what these factors are.

This transparency and frankness are essential for the integrity of the judicial process.

Legal pragmatism does not seek to simplify hard cases or create consensus where it does not exist. Instead, it strives to identify the real core of disputes and resolve litigation based on arguments that can achieve the greatest possible consensus. By focusing on practical aspects of the decision rather than just abstract principles, pragmatism can offer more contextualized and relevant solutions for hard cases.

Section 3.1.4 addresses the complexities and challenges associated with judicial decision-making in environmental matters.

Issues related to environmental protection often present significant challenges in terms of proof and relevance, especially when they conflict with established individual rights or when they confront values protected by the Constitution, such as environmental protection versus socioeconomic development. Additionally, transnational issues, involving multiple jurisdictions and norms, also fall under the definition of hard cases. In these scenarios, a transnational judicial dialogue is essential, based on empirical knowledge acquired by local courts, promoting an exchange of information about the practical realities and consequences of certain decisions.

In summary, legal pragmatism, with its emphasis on specific facts, consequences, and viable solutions, along with its skepticism towards grand theories and fixed conceptions, is highly beneficial for environmental law. Ideological flexibility, pluralism, and focus on the global consequences of environmental decisions make pragmatism a valuable approach to dealing with hard cases in this field.

Section 3.2 addresses the intersection between economics and law in environmental issues.

The Economic Analysis of Environmental Law (EAEL) is an approach that seeks to integrate economic principles into the formulation, interpretation, and application of environmental law. This approach recognizes

that environmental issues often involve trade-offs between different values and interests, such as environmental protection, economic development, and individual rights.

One of the central challenges of EAEL is the monetization of the environment, i.e., assigning a monetary value to environmental resources and services. This monetization is particularly relevant in the context of Payment for Environmental Services (PES), where financial compensation is sought for those who contribute to the preservation or restoration of ecosystems. However, monetization is also one of the greatest criticisms directed at EAEL, as many argue that it is difficult, if not impossible, to assign a precise and adequate value to goods and services that are intrinsically valuable and often irreplaceable.

EAEL also focuses on the efficiency of environmental policies and regulations. This means seeking to achieve desired environmental objectives at the lowest possible cost. This approach is based on the principle of Kaldor-Hicks efficiency, which suggests that a policy is efficient if the benefits it generates exceed the costs, even if some people are worse off compared to others.

However, efficiency is not the only criterion considered in EAEL. Issues of justice, equity, and fundamental rights are also taken into account. For example, a policy that is economically efficient may not be just if it results in disproportionate harm to vulnerable communities or violates fundamental rights.

In this context, the Economic Analysis of Environmental Law is a valuable tool that can help inform and guide the formulation and implementation of environmental policies and regulations. However, it is essential that this approach is used cautiously and in conjunction with other considerations, such as justice, equity, and fundamental rights, to ensure that decisions made are not only efficient but also just and ethical.

In this regard, Cost-Benefit Analysis (CBA) in environmental issues, discussed in Section 3.2.1, is a procedural technique used by public policy decision-makers, including the judiciary, to make efficient and well-informed allocations of scarce public resources. This technique is fundamental to the cost-

benefit approach as it adopts ideas of efficiency and wealth maximization from the economic analysis of law. As a result, critical issues related to the normative theory of Economic Analysis of Law are common in CBA due to the adoption of these concepts as key elements in the development of this field.

CBA seeks to balance the social benefits of a regulation against the costs society faces to comply with it. It aligns with the pragmatic method by allowing the weighing of costs and benefits (pros and cons) of a particular governmental action among various available alternatives. This enables the evaluation of when it is justifiable to proceed in a certain way and identifies opportunities to minimize the costs of achieving a social goal (cost-effectiveness) and maximize social benefits (efficiency).

However, it is important to emphasize that CBA does not control decision-making in environmental issues in isolation. It is not a mere mathematical formula that provides direct answers. Instead, it is a decision-making tool that requires careful and balanced consideration of multiple aspects, including technical, economic, social, political, and ethical factors.

On the other hand, the alleged incommensurability of certain existential goods and values cannot be seen as a definitive reason to reject the application of CBA. It is a misconception to believe that CBA reduces the quality of the environment, and consequently, human life, to a purely pecuniary amount. These are immeasurable values, but governmental action must use CBA as an instrument to classify implementation alternatives for public policies aimed at environmental protection, aiming for the efficient use of limited public resources.

With these premises established, Section 3.3 proceeds to specifically discuss the main subject of the thesis, environmental pragmatism, also known as "ecopragsmatism."

Originating in the 1980s and 1990s, it is an emerging branch of contemporary philosophy that seeks to integrate the precepts and methods of philosophical pragmatism into the solution of concrete environmental issues. Since pragmatism focuses on current and tangible problems, it is not surprising

that classical pragmatist philosophers did not address the environmental theme as it is conceived today, as concern for the environment was not as predominant in earlier times.

The core of environmental pragmatism is the rejection of positivist philosophies related to the environment. This rejection echoes the conviction of American pragmatists that attempts to establish a definitive view on what is right tend to appear incomplete, ambiguous, or even obsolete to future generations. In the pragmatic method, there is a desire to test and discard theories that do not align with real experience rather than trying to adjust results to fit a preconceived theory.

Ecopragmatism represents a third way in the debate between anthropocentrism and ecocentrism in their more radical versions, avoiding simplifications and seeking a pluralistic approach that accommodates both prudent use and preservation of nature. Instead of a continuous choice between "humans first" or "nature first," ecopragmatism offers a balanced perspective that considers both human and environmental values.

Section 3.4 discusses Daniel Farber's thoughts on ecopragmatism, an approach that seeks to reconcile environmental protection with practical and realistic decision-making. Farber, a renowned environmental law scholar in the United States, proposes a vision that combines two central themes: the "ecological" and the "pragmatic."

The "ecological" theme is grounded in science, focusing on the dynamic nature of natural systems. It recognizes the complexity and interconnectedness of ecosystems and the need to protect them. On the other hand, the "pragmatic" theme is inspired by the philosophical current of pragmatism, which values action and effectiveness in decision-making. Instead of adhering to utopian ideals or inflexible principles, pragmatism seeks solutions that work in practice, considering the circumstances and available resources.

Farber emphasizes that environmental decision-making is often marked by challenges such as the incommensurability of economic and physical

damages, long time horizons, and scientific uncertainty. In the face of these challenges, he argues that it is essential to make choices, even if difficult, about when to sacrifice environmental values in favor of other relevant concerns.

One of the central controversies addressed by Farber is the tension between environmentalists (often caricatured as "tree huggers") and economists (described as "bean counters"). He acknowledges that this controversy often revolves around the legitimacy of the market-based method as a social choice mechanism. However, Farber argues that adjudicators and decision-makers must consider both perspectives when resolving environmental problems.

Farber explores various aspects related to environmental decision-making. He discusses, for example, the importance of economic techniques for measuring environmental benefits and argues that while these measures should not be seen as dogma, they offer useful starting points for evaluating the reasonableness of environmental decisions.

Daniel Farber's ecopragmatism thus proposes a balanced and realistic approach to environmental decision-making. He recognizes the importance of environmental protection but also emphasizes the need for pragmatic solutions that are viable and effective in the real world.

Advancing in the research, since the thesis aimed to conduct case studies in Brazil and the United States, it was necessary to examine how environmental protection occurs in the legal systems of both countries, a task assigned to the following chapter.

Chapter 4 commences with an examination of the fundamental right to an ecologically balanced environment in Brazil and the United States.

The concept of fundamental rights emerged during the transition from absolute states to the rule of law between the 14th and 17th centuries, marked by significant changes that paved the way for demands for religious, intellectual, political, and economic freedoms. The origins of fundamental rights are tied to the recognition of the rights of man and citizen, which emerged from the secularization of natural law.

In Brazil, the right to an ecologically balanced environment is recognized as a fundamental right in the Constitution. This right is essential for a healthy quality of life and imposes a duty on the Public Authorities and society to defend and preserve it for present and future generations. The Supreme Federal Court, in its decisions, has affirmed and recognized the fundamental right to an ecologically balanced environment. However, the theoretical recognition of this right does not guarantee its effective preservation in practice.

In the United States, the federal Constitution does not explicitly mention a fundamental right to an ecologically balanced environment. However, nearly half of the state constitutions include some environmental provisions. Some argue that although the U.S. Constitution does not explicitly mention this right, it can be inferred from other fundamental rights, such as the right to life. There is an ongoing debate about the presence or absence of a fundamental right to a stable climate system or an ecologically balanced environment in the U.S. Constitution.

Subsequently, item 4.2 addresses civil liability for environmental damages in Brazil and the United States.

In Brazil, material protection of the environment in the civil sphere involves holding those who cause environmental damage accountable, along with the procedural mechanisms employed to ensure this protection. Civil liability for environmental damages has its own independent system, which differentiates it from the general rules of the Civil Code.

In summary, to establish civil liability in the environmental sphere in the Brazilian system, it is sufficient to prove the damaging event, the action or omission of the agent (or even the mere exercise of potentially harmful activity), and the causal link between them, i.e., the connection between the action or omission and the verified environmental damage. The nexus of imputation (intent or fault of the agent) is dispensed with, as the objective is to find a party responsible for compensation, not necessarily a guilty one.

Conversely, in the U.S. legal system, lawsuits can be based on two distinct systems: common law or statutory law. The common law system consists of common law developed through judicial decisions, independent of statutes. In the common law system, the judge examines the facts and applies a “rule of law” to reach a decision.

Although the basis for seeking redress for environmental damages in the U.S. originates in common law principles such as the public trust doctrine, there is also a legal foundation established by federal or state laws.

The primary federal statute concerning environmental damage liability in the U.S. is the Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA). Other significant laws cited in the thesis include the Oil Pollution Act (OPA), the Clean Water Act (CWA), the National Marine Sanctuaries Act (NMSA), and the Park System Resource Protection Act (PSRPA), which also provide a legal basis for environmental protection depending on the circumstances.

In sum, to establish civil liability in environmental damage cases under CERCLA, the prosecuting authority must demonstrate that the defendant fits the legal definition of a polluter, whether as an owner or operator of the facility at the time of the damage, or as a transporter or intermediary of the harmful substance. CERCLA imposes strict liability, dispensing with the need to prove intent or negligence, and liability can be joint and several among involved parties. Defenses generally focus on exclusions from liability, such as acts of God, acts of war, or actions by third parties, but liability is excluded only if the damage was exclusively caused by events outside the defendant’s control, such as unforeseeable natural disasters, and if the defendant took all necessary precautions regarding the pollutant and foreseeable actions of third parties.

Thus, it is possible to say that both Brazil and the U.S. have robust systems for dealing with civil liability for environmental damages, although the mechanisms and approaches may vary. Both countries recognize the importance of protecting the environment and holding those who cause damage accountable.

Item 4.3 addresses the procedural aspect of environmental protection in Brazil and the United States.

Protecting a diffuse right, such as that related to the environment, requires the use of collective procedural instruments. Among the main procedural instruments used in Brazil for environmental protection is the Public Civil Action (Ação Civil Pública - ACP), which is studied in detail in the thesis.

In the United States, CERCLA is seen as the principal law regarding civil liability for environmental damages. When potential environmental damage is identified, the environmental protection agency may undertake actions to repair the damage and subsequently seek reimbursement through a compensation action against the alleged polluter. Due to the complexity of cases involving environmental protection, a lawsuit is rarely filed before the government has attempted an administrative solution or negotiated a settlement.

Thus, both Brazil and the United States have specific procedural systems to address environmental issues. While Brazil uses a variety of collective procedural instruments to protect the environment, the United States relies on federal and state laws, as well as common law principles, to address environmental issues in the judicial sphere.

The chapter concludes with a study on environmental transjudicialism, discussed in item 4.4.

Traditionally, jurisdiction is an expression of state sovereignty, where territorial jurisdiction consists of the state's function to "declare the law" (*jurisdictio*) within its borders. It is only within its territorial limits that the state holds the monopoly on the legitimate use of force, being authorized to apply the law through coercion. When a state exercises, or attempts to exercise, jurisdiction over foreign territory, the concept of extraterritorial jurisdiction arises.

The principle of territoriality, however, does not exclude the possibility that the scope of a norm's application extends to the territory of other states. This principle requires each state to respect the territory of other states and limits jurisdiction to its own territory. Thus, the territorial expansion of the

traditional limits of national law's validity constitutes a profound change in the concept of sovereignty.

In a globalized world, law can no longer be viewed through a purely national lens. Understanding law solely in national terms is insufficient.

On the other hand, the process of internationalizing environmental protection is a relatively recent phenomenon that began in the last century. This process does not aim to replace national systems but acts as a subsidiary and supplementary norm, aiming to overcome possible omissions or deficiencies.

Transnational judicial dialogue, also known as "transjudicialism," gains strength with the deterritorialization brought about by transnational law. Comparing environmental judicial decisions in Brazil and other countries highlights the importance of communication, exchange of ideas, and experiences between respective courts.

Environmental transjudicialism, by creating a global culture of information and cooperation facilitated by technological advancements in research and knowledge exchange, significantly contributes to the improvement of environmental decision-making. Collaboration among judiciary members can aid in sharing knowledge about advances in environmental sciences, building consensus, and promoting cooperation.

Item 4.4.4 addresses the practice of transjudicialism in the constitutional courts of Brazil and the United States.

The United States Supreme Court, over the years, has shown some hesitation in actively participating in transjudicial dialogue, especially in human rights issues. This stance has contributed to increasing isolation and diminishing its influence on the international stage. The tendency to look inward may make the judgments of U.S. courts increasingly less relevant internationally. In this regard, retired U.S. Supreme Court Justice Sandra Day O'Connor urged American judges to broaden their intellectual horizons, looking beyond American borders for persuasive legal foundations. She emphasized that while U.S. judges

have become "more introverted," other legal systems continue to innovate and find new solutions to emerging legal challenges.

In Brazil, the Supreme Federal Court (STF) has shown greater openness to transjudicial dialogue. Research mentioned in the thesis analyzed the STF's discursive patterns on the use of foreign precedents, noting an increase in the use of comparative law arguments by the court, with a particular focus on U.S. and German jurisprudence.

In summary, while the U.S. Supreme Court has shown some resistance to transjudicial dialogue, Brazil's STF has actively engaged in this dialogue, seeking to learn and share experiences with other constitutional courts worldwide. This pragmatic approach reflects the growing interconnection and interdependence of legal systems in a globalized world.

Chapter 5 examines landmark judicial decisions of the U.S. Supreme Court and the Brazilian Federal Supreme Court on environmental issues, seeking elements for a pragmatic analysis.

The Judiciary is responsible for resolving disputes regarding the performance of government agencies and the distribution of rights and obligations. When interpreting environmental norms, judges must consider precedents, legislative history, and the motivations behind the norms, especially when laws are ambiguous due to political and ideological differences.

Judicial decisions, particularly in Supreme Courts, are influenced by various factors. While science is relevant in interpreting norms, decisions are often based on social and political considerations, not just scientific facts. Litigants aim to convince the judge of their arguments, not necessarily the scientific truth.

In this context, pragmatism acknowledges that judicial decisions are often based on rhetoric. Chapter 5 highlights the complexity of environmental law, where judges must balance competing values and bring their own experiences and biases to bear in their decisions.

The thesis adopts a case study approach, focusing on three main categories: state regulation, cost-benefit analysis, and conflicts between environmental protection and economic development. Three cases from each country with relevant parallels were selected to understand how pragmatic principles are applied in decisions.

The first case analyzed was *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council (NRDC), Inc.*, a landmark in U.S. Supreme Court jurisprudence, significantly impacting both environmental law and administrative law in the country.

The controversy involved the U.S. Environmental Protection Agency's (EPA) use of the "bubble" concept. The main issue was how the EPA defined the term "stationary source" within the context of the Clean Air Act. The EPA had adopted a broad definition allowing industries to treat multiple pollution sources within a single plant as a single "bubble," essentially permitting companies to offset emissions from one source with reductions from another.

However, this interpretation was challenged by the NRDC, which argued that, given the program's purpose to improve air quality, such a broad definition was inappropriate. The case reached the U.S. Supreme Court after a writ of certiorari was granted.

The central issue before the Supreme Court was how to balance the obligation to ensure compliance with air quality standards with the importance of promoting economic development. The Court unanimously reversed the lower court's decision. Justice John Paul Stevens wrote the opinion, considering the EPA's broad definition of "stationary source" to be reasonable.

This case is notable not only for its relevance to environmental law but also for establishing what is now known as the "Chevron Doctrine," concerning the deference courts should give to administrative agencies in interpreting ambiguous laws. Essentially, if a law is ambiguous and the administrative agency provides a reasonable interpretation, courts should defer to that interpretation.

In the U.S., the Chevron case is the most cited in administrative law and was on its way to becoming the most cited of all time. Although it was overtaken by the Loper Bright case, judged by the U.S. Supreme Court in June 2024, the study of the Chevron Doctrine remains relevant for several reasons. Firstly, it is essential to understand the evolution of judicial deference in the U.S. and the relationship between the judiciary and regulatory agencies. Secondly, comparing this evolution with the decisions of the STF offers a perspective on how different legal systems approach judicial deference, enriching academic debate. Additionally, studying Chevron illustrates how judicial deference varies according to the political and legal context, highlighting the importance of legal pragmatism. Finally, the revocation of Chevron does not directly affect Brazilian law, where Articles 20 to 22 of the LINDB prevail. Its principles can influence local decisions, providing valuable insights for adapting and improving the national legal system, especially in environmental law.

The second case examined was *Massachusetts v. Environmental Protection Agency (EPA)*, considered by many experts as the most important environmental law case ever decided by the U.S. Supreme Court. The central controversy revolved around the EPA's capacity and authority to regulate greenhouse gas emissions in new motor vehicles.

The case originated from a petition filed in 1999 by environmental organizations led by Joe Mendelson, concerned about the U.S. Senate's failure to ratify the Kyoto Protocol. Relying on well-documented scientific opinions indicating rising global temperatures and climate changes resulting from a significant increase in greenhouse gas concentrations, the group requested the EPA to regulate the emissions of four of these gases, including carbon dioxide. This request was based on the Clean Air Act, which requires the EPA to set emission standards for any air pollutant that, in the agency's judgment, may endanger public health or welfare.

However, in 2003, the EPA denied the petition, arguing that the Act did not authorize it to issue regulations addressing global climate change. Moreover, even if it had the authority to establish greenhouse gas emission standards, it would be unwise to do so at that time, as there was no unequivocal

causal relationship established between greenhouse gases and rising global temperatures.

After being reviewed in lower courts, the case reached the U.S. Supreme Court, which had to decide on the EPA's authority and competence to regulate greenhouse gas emissions. The Court's decision had significant implications, setting the United States on a regulatory path to reduce these emissions and allowing measures to be taken in subsequent administrations.

In essence, the *Massachusetts v. EPA* case marked a milestone in U.S. environmental law, reinforcing the EPA's responsibility and authority to address issues related to climate change and greenhouse gas emissions.

The third case analyzed, *Tennessee Valley Authority (TVA) v. Hill*, decided in 1978 by the U.S. Supreme Court, is also a landmark in U.S. environmental law, addressing the conflict between economic development and environmental protection. The core of the controversy was the construction of a dam and its impact on an endangered fish species known as the snail darter.

The TVA, a federal agency, was in the process of constructing the Tellico Dam on the Little Tennessee River. However, during construction, it was discovered that the dam would threaten the existence of the snail darter, a small fish recently listed as an endangered species under the Endangered Species Act (ESA).

The ESA is a stringent law aimed at protecting species at risk of extinction. It stipulates that all federal agencies must ensure that their actions do not jeopardize the existence of endangered species or destroy their critical habitat. Based on this law, an action was filed to stop the dam's completion.

The U.S. Supreme Court, in analyzing the case, had to weigh the continuation of a multimillion-dollar infrastructure project, which was nearly complete, against the protection of an endangered species. In a surprising decision, the Court, by a 6-3 majority, ruled in favor of protecting the fish. Chief Justice Warren Burger, writing for the majority, emphasized that the language of the ESA was clear and made no exceptions, even for ongoing projects. He

stressed that Congress, in drafting the ESA, had a clear intention to halt and reverse the trend of species extinction, regardless of the cost.

The decision was notable for its strict adherence to the letter of the law, prioritizing environmental protection over economic considerations. It also highlighted the importance of the separation of powers, reiterating that the judiciary's role is to interpret and apply the law as enacted by the legislature, not to make judgments based on "common sense" or "public interest."

Following the Supreme Court's decision, the construction of the dam was indeed halted, generating public debate over economic development versus environmental preservation. The media criticized the decision for prioritizing the protection of a fish species over clear economic benefits.

In 1979, the U.S. Congress passed the "Snail Darter Amendments," allowing exceptions to the prohibition on actions that threatened the species if a special committee deemed the project of regional or national interest. The dam's construction resumed and was completed, and the fish, contrary to expectations, was not driven to extinction.

Therefore, the Supreme Court's decision was seen as non-pragmatic and was reversed by Congress. The legislation was interpreted literally by the Court, and the non-pragmatic decision did not hold in practice. The thesis concludes that overly formalistic decisions can lack effectiveness. The efficacy of environmental protection depends on an approach that reasonably connects it to other legitimate social interests, seeking to balance conflicting values.

The fourth case analyzed pertains to lawsuits filed with the STF challenging the constitutionality of the New Brazilian Forest Code, which brought significant changes to the regulatory framework for the protection of flora and native vegetation in the country.

Shortly after its promulgation, the legislation faced challenges regarding its conformity with the Federal Constitution. This scenario led to an extensive process of analysis and discussion before the STF. The central arguments of these actions were anchored in the need to reconcile property rights

with their social function and the constitutional principles of environmental protection. The normative force of these principles in guiding judicial decisions was highlighted. Furthermore, the necessity for Brazil to meet its international environmental obligations, particularly those linked to the Convention on Biological Diversity, was emphasized.

In a decision rendered in February 2018, the STF demonstrated deference to the legislator's choice concerning some definitions brought by the law. The Court acknowledged that it lacked the technical expertise and legitimacy to decide on specific issues, emphasizing the legislator's authority to make such determinations. The rapporteur, Minister Luiz Fux, stated that there was no exegetical or empirical basis to argue that the Constitution prevented the legislator, for instance, from modifying the dimensions of permanent preservation areas.

The debate also addressed whether the principle of non-regression in environmental matters applied to the New Forest Code. The STF held that it is not possible to compare laws created at different times, given the evolution of science and technology. The Court recognized the need for an interdisciplinary approach, blending legal analysis with technical and scientific knowledge.

The thesis concludes that the STF adopted a pragmatic approach by balancing constitutional principles, such as environmental protection and sustainable development. Reasonableness, a central concept in pragmatism, was employed to adapt judicial decisions to the complexities of each case, weighing pros and cons to achieve a fair and practical outcome.

The STF did not treat the principle of non-regression in environmental matters as absolute but weighed it against other values and social interests, reflecting the adaptable nature of the law. The analysis took into account social reality and the evolution of facts, demonstrating flexibility and a focus on adapting legal principles to changing circumstances.

The Court also showed deference to technical and scientific expertise and legislative choices, avoiding excessive judicial intervention and

recognizing the limits of judicial knowledge. The decision reflected the importance of incorporating specialized knowledge and considering the practical consequences of judicial decisions.

The rapporteur also demonstrated affinity with the antifoundationalist aspect of pragmatism by citing the lack of "empirical elements" that would allow the judiciary to assert certainties about the introduction of exotic species and their ecological consequences. The judgment highlighted characteristics of legal pragmatism, emphasizing interdisciplinarity for qualified decision-making and recognizing that the law does not operate in isolation but is connected to other fields of knowledge.

The fifth case analyzed pertains to ADPFs filed in response to CONAMA Resolution No. 500/2020, which revoked Resolutions Nos. 84/2001, 302/2002, and 303/2002. The revoked resolutions addressed, respectively, the licensing of irrigation projects, parameters and definitions for permanent preservation areas (PPAs) of artificial reservoirs, and general parameters and definitions for PPAs.

It was argued that the revoked resolutions were essential for biodiversity preservation and ecosystem protection. The revocation was not done to establish new rules but to eliminate existing regulations at the national level. It was contended that revoking the resolutions without replacing them with others offering equal or greater environmental protection violated Article 225 of the Constitution and the principle of non-regression in socio-environmental matters.

In a virtual session held in December 2021, the STF unanimously upheld the actions to declare the unconstitutionality of CONAMA Resolution No. 500/2020, immediately restoring the validity and effectiveness of CONAMA Resolutions Nos. 284/2001, 302/2002, and 303/2002. The STF's decision emphasized the relevance of these resolutions for environmental conservation and opposed their revocation, arguing that it represented a regression in environmental protection. Justice Rosa Weber, the rapporteur, stated that eliminating regulatory frameworks without replacing or updating them compromised fundamental rights to life and health and Brazil's international

environmental commitments. She highlighted that the new Forest Code sets basic protection standards but allows agencies like CONAMA to establish stricter criteria. Thus, by revoking the resolutions, Resolution 500/2020 violated constitutional principles, threatening environmental protection. Rosa Weber also underscored the need to adhere to environmental law principles, given the fragility of the protected assets. The decision recognized that the judiciary should not interfere with the merits of environmental policies but must ensure constitutional compliance and maintain the integrity of environmental regulations.

In this context, the thesis compares the decision with the Chevron case in the U.S. from a pragmatic perspective.

Both cases involve deference to administrative agencies in interpreting and implementing laws. In Chevron, the U.S. Supreme Court ruled that when a law is ambiguous, the administrative agency's interpretation should be respected if reasonable. In Brazil, the STF assessed whether CONAMA was acting within its competence in revoking the resolutions.

The thesis concludes that the STF did not consider the context of the decision-making, nor the influence of directives from a newly elected federal government. Unlike the U.S. Supreme Court in Chevron, the STF appeared not to defer to administrative choices unless aligned with its own view of environmental protection.

Pragmatism, which evaluates beliefs and assertions based on their relationship with other beliefs rather than uncontested foundations, did not seem to be adopted by the STF in this case. The decision did not seek to balance contrasting interests, such as economic growth and environmental protection, and did not deeply reflect on the practical consequences of the decision.

The STF also did not follow the Chevron "two-step formula," which first assesses legislative intent and then whether the agency's interpretation is reasonable. The STF did not consider CONAMA's technical expertise and did not mention directives that guide the judge to respect the manager's reasonable interpretation.

In summary, while the Chevron case in the U.S. adopted a pragmatic approach, in judging the ADPFs, the STF in Brazil opted for a more abstract approach, focusing on environmental protection without considering pragmatic criteria in its analysis.

The final case analyzed involves judicial actions related to the construction of the Belo Monte Hydroelectric Plant in Pará, especially the Injunction Suspension No. 125 at the STF.

The construction of the Belo Monte Hydroelectric Plant, located on the Xingu River in Pará, is one of the most controversial and debated projects in recent Brazilian history. From its conception to its implementation, the project faced a series of legal, environmental, social, and political challenges.

The main controversy surrounding the Belo Monte Plant was the environmental licensing process. This was the subject of 12 of the 20 lawsuits filed by the Federal Public Ministry in Pará against the project.

In 2006, the MPF and the National Indian Foundation (FUNAI) filed a Public Civil Action against Eletrobras, Eletronorte, IBAMA, and the Union, alleging, in summary, the lack of consultation with affected communities, including indigenous communities, the modification of the legislative decree project by the Federal Senate without returning to the Chamber of Deputies, and the absence of a complementary law on the exploitation of water resources in indigenous areas.

After the Federal Regional Court of the 1st Region (TRF1) revoked a preliminary injunction granted in the first instance, allowing the construction of the plant to proceed, the issue reached the STF through a request for an Injunction Suspension (SL 125).

The decision in SL 125, issued in 2007, incorporated pragmatic considerations. First, it did not strictly adhere to the letter of the law but extended to evaluate the real and tangible implications for national energy capacity. The argument that failing to implement the Belo Monte complex would require the construction of other plants, thereby increasing environmental impact and cost,

reflects a pragmatic approach seeking to balance environmental, economic, and social considerations.

The conflict between economic development interests and environmental preservation is a central theme of the decision. The Belo Monte project, due to its magnitude and impact, incites deep debates about the need for economic and energy advancement versus the imperative preservation of the ecosystem and indigenous community rights.

The pragmatic perspective, in this context, does not limit itself to a binary or absolute analysis of these conflicting interests. Instead, it strives for a more comprehensive and consequentialist evaluation, weighing the benefits and costs associated with each course of action. The decision in SL 125 reflects this approach by considering the practical implications of halting the project, not only for energy policy but also for the environment and affected communities.

Moreover, the possibility of revoking the environmental license for the Belo Monte Hydroelectric Plant after nearly two decades of legal proceedings and with the plant already in operation raises complex issues from a legal pragmatism perspective. A decision to revoke the license after the project's completion and the start of plant operations would face significant pragmatic challenges, including economic implications arising from the investment already made in the project.

In this regard, the thesis compares the decision with the *TVA v. Hill* case from the U.S. Supreme Court. Both illustrate the tension between development and environmental protection. In the first, the U.S. Supreme Court adopted a strict approach, focusing on protecting an endangered species despite significant investments in the dam. The decision was criticized by the public and later circumvented by Congress, demonstrating a more pragmatic approach. In Belo Monte, environmental protection was balanced with the needs for development and energy. A pragmatic approach would consider the economic, social, and environmental consequences of halting an operational plant. While *TVA v. Hill* emphasized legislative supremacy, Belo Monte highlighted the need to evaluate the practical implications of judicial decisions. Both cases reflect

different approaches to balancing economic development and environmental protection.

Conclusion. Based on all the above, it can be concluded that the initial hypotheses were largely confirmed:

a) Philosophical pragmatism, by emphasizing action, experimentation, and practical results, provides a more adapted and relevant perspective for current philosophical and legal issues. This approach stands out for its flexibility and ability to align with contemporary demands, countering approaches limited to traditional theories and principles. In summary, pragmatism seeks solutions aligned with contemporary realities and needs.

b) Legal pragmatism, as outlined by Richard Posner, emphasizes the practical application of the law and the valuation of concrete results. This philosophical trend differs from formalism by looking to the future and valuing continuity with past decisions, not out of a sense of duty to the past but for their relevance to the current social context. Pragmatic adjudication is characterized by the judge's reasonableness, who must make decisions by weighing pros and cons, considering the specific circumstances of the case, and employing discretion in interpreting and applying the law when necessary. Furthermore, interdisciplinarity is a fundamental characteristic, indicating that dialogue with other disciplines is essential for qualified decisions. Thus, legal pragmatism can influence legal practice in Brazil, promoting more flexible and contextualized decisions aligned with the contemporary realities and challenges of Brazilian society.

c) Legal pragmatism has significant potential to contribute to decision-making in difficult environmental cases. The research highlighted the pragmatism's emphasis on specific facts, consequences, and viable solutions, combined with its skepticism towards grand theories and fixed, dogmatic conceptions, as highly beneficial for environmental law. Moreover, eco-pragmatism, with its inherent ideological flexibility, pluralism, and non-dogmatic focus on the global consequences of environmental decisions, while not a universal and infallible solution for all situations, has the potential to offer a middle

ground where divergent positions can meet. This encourages those who value environmental protection to focus on what truly matters.

d) The guarantee of an ecologically balanced environment through environmental jurisdiction can be achieved by combining the strict recognition and application of the fundamental right to a healthy environment, clearly defining responsibilities for environmental damage, and improving civil procedures related to the environment. In the Brazilian context, the right to an ecologically balanced environment is recognized as a fundamental right, with an emphasis on its effective practical application. In the U.S. context, although there is resistance to recognizing an explicit fundamental right to the environment, there are cases signaling a shift in this perspective. The importance of transnational dialogue between judicial systems, especially in the field of environmental law, was also confirmed as essential for exchanging effective practices and solutions. This interaction between courts of different jurisdictions promotes the exchange of insights, experiences, and approaches. In addition to harmonizing legal interpretation between countries, this dialogue shapes public views on environmental issues. The concept of "environmental transjudicialism" emerges as a means to establish a global culture of sharing and collaboration, enhancing knowledge dissemination in the environmental context.

e) Environmental pragmatism has been incorporated into judicial decisions in both Brazil and the United States, even when there is no explicit mention of this philosophical trend. In both contexts, this approach seeks to achieve more adaptable and effective judgments in the face of contemporary environmental challenges, even though its application may vary according to the legal and cultural specifics of each country. In both countries, however, the use of pragmatic elements in the decisions of their respective supreme courts aimed to balance environmental protection with other values, such as economic development and social needs. And when the decision was overly formalistic, without practical considerations, it proved distant from reality; praised in theory, but lacking effectiveness in practice. In other words, it was confirmed that the durability and effectiveness of the decision depend on a middle-ground approach (eco-pragmatism), which seeks to reconcile conflicting values, even with an

emphasis on the environmental aspect of the issue, but without disregarding other values desired by society.

Throughout this study, therefore, the initial thesis was reaffirmed, highlighting the relevance of pragmatism, both in its philosophical and legal forms, as an adaptive approach aligned with contemporary demands. Legal pragmatism, inspired by thinkers like Richard Posner, stands out for its emphasis on the practical application of the law, valuing concrete results and interdisciplinarity. In the field of environmental law, eco-pragmatism emerges as a valuable tool, focusing on viable and flexible solutions, allowing divergent positions to find common ground. The guarantee of a balanced environment, both in the Brazilian and U.S. contexts, requires a pragmatic approach that balances environmental protection with other social and economic values. Transnational dialogue between judicial systems amplifies this perspective, promoting a global culture of collaboration. Thus, to address the environmental challenges of the 21st century, it is imperative to adopt an eco-pragmatic stance that, by reconciling conflicting values, ensures more durable and effective decisions that truly reflect the needs and realities of contemporary society.

Ultimately, pragmatism focuses on effectiveness. While other philosophical schools of thought in law seek theoretically to arrive at what they consider the best and most just outcome, and criticize pragmatism for its focus on consequences, responsible pragmatism takes into account all material circumstances and context (both factual and legal) but does not consider a decision good if it is not effective. And for the first-instance judge, who is tasked with enforcing what has been decided, the realization of decisions in the real world is as valuable, if not more so, than a theoretically well-founded judgment.

It is common to hear that if you are in significant doubt about what decision to make, consult someone experienced, preferably someone with no legal knowledge, and ask what the fairest solution to the case would be. Most of the time, this person can offer you the perspective you seek (the expected outcome of a judicial decision), that is, where you should arrive, the final destination. The path you build afterward. This is essentially a pragmatic method

of deciding. The purely technical discourse of law application can merely be a guise to give voice to the imaginary.

At this point lies the main intended impact of the thesis.

The global commitment represented by the United Nations Sustainable Development Goals (SDGs) to address challenges such as poverty eradication and environmental protection finds a strategic ally in legal pragmatism. By emphasizing action, experimentation, and practical results, pragmatism demonstrates a direct relationship with SDG 16, which seeks to promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, ensuring responsive, inclusive, participatory, and representative decision-making at all levels. Moreover, its emphasis on solutions aligned with contemporary realities resonates with SDG 17, which aims to strengthen the means of implementation and revitalize the global partnership for sustainable development. Interdisciplinarity, an intrinsic characteristic of legal pragmatism, promotes essential dialogue between disciplines, allowing for a holistic approach to the SDGs.

In the specific field of environmental law, eco-pragmatism stands out as a valuable tool for achieving objectives related to climate action, aquatic and terrestrial life (SDGs 13, 14, and 15). This flexible and adaptive approach to environmental challenges has the potential to promote innovative and sustainable solutions. Politically and socially, adopting a pragmatic perspective can influence public policy formulation, making it more adaptable to current needs, and strengthen public trust in judicial institutions. From a technological standpoint, the value attributed to interdisciplinarity by legal pragmatism can catalyze the integration of technological innovations into the legal system, resulting in more efficient and transparent justice.

Thus, by considering the UN SDGs and the political, social, and technological impacts, eco-pragmatism emerges as an essential approach to promoting sustainable development in the 21st century.

