

Jus Scriptum

EDITORIAL

Academia em tempos de crise: um olhar para trás nos primeiros passos pós-pandêmicos

Academy in Crisis: taking a look back at the first post-pandemic steps
Cláudio Cardona

ARTIGOS

Da utilidade e das desvantagens da jurisprudência para a vida: a atualidade do pensamento de Julius Hermann von Kirchmann

Of the uses and disadvantages of jurisprudence for life: the actuality of Julius Hermann Von Kirchmann's thought
Diego Siqueira Rebelo Vale e Sandro Alex Souza Simões

Elementos distintivos del concepto de medidas regresivas en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Distinctive elements of the concept of retrogressive measures in the jurisprudence of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights
João Paulo de Godoy Valença

Viéses algorítmicos: paradigma ético e responsabilização no tratamento de dados no Direito brasileiro

Algorithmic bias: ethical paradigm and responsibility in data processing in Brazilian law
Gustavo da Silva Melo

Finanças climáticas e o Acordo de Paris: a atuação do Banco Mundial

Climate finance and the Paris Agreement: the role of the world bank
Caio Brilhante Gomes e Luciana Costa da Fonseca

A governança participativa da água no comitê da bacia hidrográfica do Rio Marapanim na Amazônia

Participatory water governance in the committee of the Marapanim River hydrographic basin in the Amazon
Natalia Mascarenhas Simões Bentes, Sandro Júnior do Carmo Alves e Raíaela Furtado da Cunha

A reduzida programação normativa das leis de proteção ambiental no Brasil e a sua interpretação metodicamente pouco organizada

The low level of regulatory programming of the environmental protection rules in Brazil and its methodically unorganized interpretation
Andreas J. Krell

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Ano 16 • Volume 6 • Número 2
jul./set. 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board
Leandra Freitas, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Iago Leal, Diretor Científico do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Leonardo Castro de Bone

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre Silva
Gabriel Teixeira
Thais Cirne
Vânia dos Santos Simões

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro

Fundado em 07/06/2001

Diretoria do Biênio 2021/22

DIREÇÃO GERAL

Diretoria Executiva

Leandra Freitas, Presidente de Direção;
Dra. Joice Bernardo, Secretária Executiva;
Dr. Rodrigo David, Tesoureiro;

Secretarias especiais da Presidência:

Dra. Camila Henriques, Secretária
Especial de administração de Conflitos e Apoio à
Diversidade (SEACAD)

Mylla Purcinelli, Secretária Especial de
Licenciatura (SEL)

Dr. Caio Brilhante, Secretário Especial do
Meio Ambiente (SEMA)

Dr. Filipe Vigo, Secretário Especial de Mestras,
Doutoramentos e Empregabilidade (SEMDE)

Assessores da Secretaria Executiva:

Dra. Mariana Harz
Dra. Ana Paula Afonso

Diretoria Científica

Iago Leal, Diretor

Dr. Paulo Rodrigues, Diretor

João Villça, Adjunto

Dr. Matheus Spegorin, Adjunto

Theodora Simões, Adjunta

Dr. Cláudio Cardona, Diretor da Revista

Jus Scriptum

Dr. Thiago Santos Rocha, Observador
Externo do Conselho Editorial

Diretoria de Eventos

Dra. Thainara Nascimento, Diretora

Dr. Sandro Parente, Diretor

Dra. Dayane Chaves, Adjunta

Dra. Natália Farinha, Adjunta

Dra. Bruna Xavier, Assessora

Dr. Emmanuel Brasil, Assessor

Laura Viana, Assessora

Dr. Mateus Boscardin, Assessor

Dra. Brunna Mendes, Assessora

Dra. Maria Melo, Assessora

Dra. Gardênia Santiago, Assessora

Dr. Matheus Niewerth, Assessor

Dra. Carolina Xavier, Assessora

Dra. Yasmim Reis, Assessora

Dr. Leonardo Fleischfresser, Assessor

Dr. José Nilton Gomes, Assessor

Diretoria de Comunicação

Dra. Leticia Bittencourt, Diretora

Victor Gabriel, Diretor

Mylla Pucelli, Adjunta

Daniel Rosa, Adjunto

Rafaela Mascaro, Adjunto

Dr. André Trajano, Assessor

Paula Lourenço, Assessora-secretária

ASSEMBLEIA GERAL

André Brito, Presidente

Dra. Joice Bernardo, Primeira-Secretária

Dra. Rebeca Rossato, Segunda-Secretária

CONSELHO DE PRESIDENTES

Dr. Claudio Cardona, Presidente

André Brito

Dra. Elizabeth Lima

CONSELHO FISCAL

Jefferson Nicolau, Presidente

Maria Eduarda Ribeiro, Vogal

Dra. Rebeca Rossato, Vogal

Diretoria de Apoio Pedagógico

Dra. Mileny Silva, Diretora

Roberta Viana, Diretora

Dra. Júlia Ronconi Costa, Adjunta

Dra. Larissa Lopes Matta, Assessora

Dra. Mariana Miranda, Assessora

Eric Alejandro, Assessor

Dra. Brunna Mendes, Assessora

Colaboradores da Direção Geral

Dra. Gabriele Lima

nelb.pt



REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Ano 16 • Volume 6 • Número 2
jul./set. 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

EDITORIAL

Academia em tempos de crise: um olhar para trás nos primeiros passos pós-pandêmicos

Academy in Crisis: taking a look back at the first post-pandemic steps
Cláudio Cardona

ARTIGOS

Da utilidade e das desvantagens da jurisprudência para a vida: a atualidade do pensamento de Julius Hermann von Kirchmann

Of the uses and disadvantages of jurisprudence for life: the actuality of Julius Hermann Von Kirchmann's thought

Diego Siqueira Rebelo Vale e Sandro Alex Souza Simões

Elementos distintivos del concepto de medidas regresivas en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales

Distinctive elements of the concept of retrogressive measures in the jurisprudence of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights

João Paulo de Godoy Valença

Viéses algorítmicos: paradigma ético e responsabilização no tratamento de dados no Direito brasileiro

Algorithmic bias: ethical paradigm and responsibility in data processing in Brazilian law
Gustavo da Silva Melo

Finanças climáticas e o Acordo de Paris: a atuação do Banco Mundial
Climate finance and the Paris Agreement: the role of the world bank

Caio Brilhante Gomes e Luciana Costa da Fonseca

A governança participativa da água no comitê da bacia hidrográfica do Rio Marapanim na Amazônia

Participatory water governance in the committee of the Marapanim River hydrographic basin in the Amazon

Natalia Mascarenhas Simões Bentes,

Sandro Júnior do Carmo Alves e Rafaela Furtado da Cunha

A reduzida programação normativa das leis de proteção ambiental no Brasil e a sua interpretação metodicamente pouco organizada

The low level of regulatory programming of the environmental protection rules in Brazil and its methodically unorganized interpretation

Andreas J. Krell

A REDUZIDA PROGRAMAÇÃO NORMATIVA DAS LEIS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL E A SUA INTERPRETAÇÃO METODICAMENTE POUCO ORGANIZADA

THE LOW LEVEL OF REGULATORY PROGRAMMING OF THE ENVIRONMENTAL PROTECTION RULES IN BRAZIL AND ITS METHODICALLY UNORGANIZED INTERPRETATION

Andreas J. Krell¹

O artigo versa sobre um problema pouco discutido no Direito Ambiental brasileiro: o baixo nível de programação normativa da legislação. Uma análise dos textos legais demonstra que, em áreas como o licenciamento, as leis formais contêm poucas regras que já tomam decisões claras sobre os conflitos de interesses colidentes, prevalecendo normas que abrem largos espaços discricionários para a interpretação/aplicação dos órgãos administrativos e judiciais. Baseado num levantamento documental, bibliográfico e jurisprudencial, será mostrado que a falta de um padrão mínimo de raciocínio hermenêutico na doutrina e na jurisprudência causa uma baixa previsibilidade das decisões, cujo conteúdo depende em grande parte das convicções individuais do agente público que julga o caso. A ponderação de princípios não segue uma linha racional de argumentação, prejudicando a segurança jurídica. No lugar de uma complexa “hermenêutica ambiental”, seria mais útil e viável a revalorização dos elementos clássicos da interpretação do Direito, combinados com as técnicas modernas da hermenêutica constitucional. **Palavras-chave:** Programação normativa; leis ambientais; métodos de interpretação jurídica; hermenêutica jurídico-ambiental.

This paper deals with a little discussed problem of Brazilian environmental law: the low level of regulatory programming. The analyze of legal texts proves that in areas like licensing, formal laws contain few rules that already take clear decisions on the conflicts of colliding interests. Instead, most rules are opening large spaces for discretionary decision for the interpretation/application of the administrative and judicial organs. Based on a bibliographical and jurisprudential survey, it will be shown that the lack of a minimum standard of hermeneutical reasoning in the legal doctrine and jurisprudence causes a low

¹ Doutor em Direito pela Freie Universität Berlin (Alemanha). Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Alagoas (FDA/UFAL), Maceió. Coordenador do Mestrado em Direito Público da FDA/UFAL. Colaborador permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE), Recife. Pesquisador bolsista do CNPq (PQ - nível 1A). E-mail: akrell@uol.com.br.

predictability of the decisions whose content depends largely on the individual convictions of the public officer who is judging the case. The weighting of principles often does not follow a rational line of argumentation, undermining legal certainty. In place of a complex “environmental hermeneutics”, it would be more useful and feasible to valorize the classic elements of law interpretation, combined with modern techniques of constitutional hermeneutics. **Keywords:** Regulatory programming; environmental laws; methods of legal interpretation; environmental law hermeneutics.

1. Introdução

Antônio Herman Benjamin, integrante do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão de 2007 afirmou que o juiz brasileiro “não cria obrigações de proteção do meio ambiente” porque estas “jorram da lei”. Por isso, seriam supérfluos “juizes ativistas” nessa área, já que o ativismo emanaria diretamente das leis e do texto constitucional. Para o Ministro, o Judiciário brasileiro “não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas”; conclui que, “se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei”, mas “por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador” (STJ - REsp n. 650728-SC).

Sem dúvida, a legislação ambiental do Brasil, hoje, é relativamente bem formada e pode ser considerada “moderna”, mas pouco efetiva, servindo como exemplos o desmatamento, a poluição hídrica ou a má gestão dos resíduos domésticos em várias regiões do país, que acontecem em arrepio às leis em vigor. Há diferentes fatores de natureza política, socioeconômica e cultural que explicam este “déficit de execução”, entre eles a falta de capacidade técnica dos órgãos ambientais, a corrupção dos agentes públicos envolvidos, a influência dos atores econômicos sobre os políticos e administradores, a tradicional confusão entre interesses públicos e privados, entre outros.

No entanto, ousamos discordar em parte das alegações

elogiosas do Ministro Benjamin sobre a estruturação da legislação ambiental brasileira que, em muitos pontos, é mal formulada, fato que contribui para a sua interpretação equivocada. Entendemos que existe uma programação legal deficiente de uma boa parte das decisões dos órgãos públicos na área da proteção ambiental, a qual, por sua vez, leva a uma reflexão dogmática insuficiente sobre a coexistência e as ligações entre a subsunção de regras e a ponderação de princípios. Além disso, há pouca clareza sobre a relação entre os elementos jurídicos e políticos que norteiam o processo hermenêutico na área dos interesses difusos, mormente do direito ao meio ambiente sadio.

Em direção oposta às palavras acima citadas, Roberto Mangabeira Unger, professor de Direito da Universidade de Harvard (EUA) e ex-ministro-chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (no Governo Dilma Rousseff), em julho de 2015, afirmou que o verdadeiro problema do Direito Ambiental brasileiro não seriam as suas demasiadas exigências, mas o fato de ele consistir em “um pseudo-Direito, quase inteiramente processual”, na base do princípio de prevenção, que só poderia funcionar “quando transformado num conjunto de regras”. Em vez destas, haveria “uma delegação de poderes discricionários quase ilimitados a um elenco de pequenos potentados administrativos”. A aplicação dos princípios abstratos sem a estipulação das “regras do jogo” concretas levaria à “pura subjetividade” dos operadores do Direito, formulando um “convite para substituir o ordenamento jurídico por um conflito aberto entre as ideologias e os interesses”.²

Ainda que não se concorde integralmente com essa avaliação dura do Direito Ambiental nacional, deve-se reconhecer que a crítica do ex-ministro não cai no vazio, mas

2 UNGER, Roberto Mangabeira. Crítica ao pensamento jurídico brasileiro. Entrevista com Felipe Seligman. Jota, 13.7.2015. Disponível em: <https://jota.info/especiais/critica-ao-pensamento-juridico-brasileiro-segundo-mangabeira-unger-13072015>. Acesso em: 15.3.2017.

se refere a defeitos e problemas (pouco comentados) deste ramo jurídico que realmente existem, como será exposto em seguida.

Na base de num levantamento documental (projetos de lei), bibliográfico (doutrina nacional e estrangeira) e jurisprudencial (decisões dos tribunais superiores sobre questões metódicas de interpretação do Direito), será mostrado que a falta de um padrão mínimo de raciocínio hermenêutico na doutrina e na jurisprudência do Brasil tem causado uma reduzida previsibilidade das decisões na área da proteção ambiental, cujo conteúdo depende em grande parte das convicções individuais do agente público que julga o caso.

2. O modelo europeu de Estado Ambiental: transferível para o Brasil?

De início, é questionável se o modelo europeu do Estado Ambiental é transferível para o Brasil. Lá, os riscos da energia nuclear, pesquisa genética e das mudanças climáticas deixaram surgir dúvidas sobre o funcionamento do instrumentário democrático-representativo do Estado de Direito. Ficou evidente que as estruturas institucionais tradicionais devem ser aperfeiçoadas para aumentar a aceitação das decisões por parte da população. Ao mesmo tempo, o estabelecimento de um Estado Constitucional Ecológico pressupõe a criação de instituições adequadas ao seu funcionamento; caso contrário, ele terá caráter apenas simbólico.

Nos países industrializados, hoje, o grande desafio do constitucionalismo não está mais concentrado na questão social, senão na proteção preventiva dos cidadãos contra os efeitos negativos do progresso técnico, isto é, na prevenção de riscos.³ Já no Brasil, o termo do Estado Ambiental ainda não possui uma conotação muito expressiva, uma vez que o

³ GRIMM, Dieter. Ursprung und Wandel der Verfassung. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (eds.). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. 1. Heidelberg: C. F. Müller, 2003, p. 28s.

Estado não elevou a questão ambiental como o novo parâmetro de suas decisões. É evidente que ainda não houve uma “mudança de paradigma” neste sentido. Em razão de vários motivos socioculturais, a legitimação do poder estatal depende ainda muito pouco do fato de se ela cumpre efetivamente a tarefa constitucionalmente consagrada da proteção ambiental.⁴

Na Europa, o caminho do Estado Constitucional moderno partiu do Estado Liberal de Direito, passou pelo Estado Social e está chegando ao Estado Ambiental.⁵ Nos países da América Latina, não há a experiência política e institucional de um Estado social razoavelmente efetivo, o que dificulta a formação do Estado Ambiental. Neste contexto, também é questionável a própria pretensão de liderança do Estado brasileiro na área da proteção ambiental, visto que os órgãos administrativos, muitas vezes, ainda agem fora da legalidade, especialmente na aprovação de projetos politicamente importantes, como obras de infraestrutura (barragens, portos, rodovias etc.).

Muitas das normas ambientais em vigor servem como alibi, com o fim de gerar uma satisfação imediata da população; outros são expressão de um compromisso político, adiantando a decisão sobre interesses colidentes; ou estão sob o signo de um “déficit de execução” pré-programado, isto é, o próprio legislador prevê e aceita que a norma não pode ser efetivamente aplicada.⁶

Além disso, assistimos cada vez mais a alterações legais que rebaixam o nível de proteção anteriormente alcançado, como no caso do Código Florestal de 2012, da Emenda Constitucional (EC) que legaliza a prática da vaquejada (con-

4 CALLIESS, Christian. Rechtsstaat und Umweltstaat. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 30s., 68, 99.

5 APPEL, Ivo. Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 54s., 123ss.

6 NEWIG, Jens. Symbolische Umweltgesetzgebung. Berlin: Duncker&Humblot, 2003, p. 49ss.; NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 32ss.

tra a decisão do STF), da EC que pretende alterar a função do EIA-RIMA para empreendimentos propostos pelo Poder Público ou do projeto de lei federal que trata do licenciamento ambiental (contendo uma lista abrangente de atividades isentas).

Acima de tudo, é questionável até que ponto a tradição burocrática e a cultura política do Brasil permitiriam uma orientação vinculante dos órgãos públicos à proteção preventiva e precaução contra riscos ecológicos, já que estas iniciativas normalmente já chegam a seus limites no âmbito da (tradicional) prevenção de perigos. Ainda não houve uma “ecologização” das agendas políticas locais, regionais e nacional, fato que se deve também à tradicional dispersão das competências verticais (federativas) e horizontais (setoriais). Ademais, parecem estar longe da realidade das grandes cidades brasileiras as novas formas de participação popular na tomada das decisões ecologicamente sensíveis inerentes ao Estado Ambiental (“democracia sustentável”, “governança ambiental”).

A distância mais ou menos acentuada entre norma constitucional (art. 225) e realidade social possibilita que aquela se torne parâmetro das ações políticas e a sua avaliação posterior. Neste sentido, o texto constitucional possui importante força simbólica capaz de surtir efeitos em favor de valores ecológicos, os quais, a longo prazo, influenciam o sentimento jurídico da sociedade.⁷ As constituições normativa e empírica estão em posição de efeito mútuo: a pretensão apenas pode ser cumprida se e até o ponto em que se realizam determinados fatores extrajurídicos. Assim, para parafrasear Hesse, parece que no Brasil muitos tomadores de decisão – políticos, funcionários públicos e representantes da sociedade civil – não possuem uma suficiente “vontade de Constituição Ecológica”.

⁷ ROTHENBURG, Walter C. A Constituição ecológica. In: KISHI, Sandra et al (orgs.). *Desafios do Direito Ambiental no século XXI*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 820s.

Ao mesmo tempo, as precárias condições sociais deixam surgir a pergunta se a doutrina jusambiental brasileira não faria melhor concentrando-se na necessidade de normas mais rígidas de proteção e de uma participação mais intensa da sociedade, em vez de tratar de um “novo paradigma ecológico”.⁸ (Além disso, o contexto socioeconômico recomenda a adoção do modelo do Estado Socioambiental, cujo maior desafio está na geração de convergência entre as agências social e ambiental para um projeto juspolítico unificado para o desenvolvimento humano sustentável.⁹

3. A baixa programação normativa como característica da legislação ambiental brasileira

Em geral, as leis ambientais brasileiras realizam poucas valorações claras, formuladas em regras dotadas de conceitos bem definidos, deixando o preenchimento ponderativo dos interesses concorrentes – do interesse público geral e dos interesses difusos específicos – aos cuidados dos órgãos administrativos (monocráticos ou colegiados) e, mais ainda, aos tribunais. Como exemplos sirvam as leis federais sobre Recursos Hídricos (n. 9.433/97), Biossegurança (n. 11.105/05), Experimentos com Animais (11.794/08), Biodiversidade (13.123/15), a Resolução (do Conselho Nacional do Meio Ambiente) sobre o Estudo de Impacto Ambiental (001/86) e as leis sobre licenciamento ambiental de vários Estados brasileiros.

A falta de previsões legais mais concretas para a solução de conflitos de interesse em constelações de casos repetitivos faz com que os interesses públicos e difusos, dentro dos es-

8 BOSELTMANN, Klaus. Der ökologische Rechtsstaat: Versuch einer Standortbestimmung. In: BAUMEISTER, H. (org.). Wege zum Ökologischen Rechtsstaat. Tausnstein: E. Blottner, 1994, p. 53ss., 69s.

9 SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?). In: SARLET, I. (org.). Estado socioambiental e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 16s., 28ss.; AYALA, Patryck. Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179ss.

paços discricionários dos órgãos administrativos, dificilmente consigam produzir força normativa. Em outras palavras, o Direito positivo dificilmente contribui para a determinação do conteúdo destes interesses.¹⁰

Normalmente, uma ordem jurídica declara certos interesses como dignos de proteção e preferência em relação a outros, tomando decisões sobre conflitos típicos. Onde isso não ocorre, resta pouco claro o que o Direito tem a opor aos diversos interesses que permeiam a sociedade. Nesta situação, o Direito “perde muito de sua rigidez dogmática e controlabilidade conceitual”, porquanto “uma decisão jurídica não pode ser reduzida a uma mera ponderação de interesses”.¹¹ Todavia, é exatamente essa a tendência da tomada de decisão em muitas áreas do Direito Ambiental brasileiro.

Pouco se discute até agora a fraca “programação normativa” das leis ambientais brasileiras. Os parlamentos deveriam normatizar melhor as dimensões de risco, a complexidade e os efeitos futuros de decisões sobre o uso de tecnologias, que podem influenciar a vida das gerações futuras. O princípio da “reserva da lei”, embora reconhecido pelo constitucionalismo brasileiro como corolário do Estado de Direito, está sendo violado por inúmeras normas que transferem a regulamentação de assuntos essenciais para o respeito dos direitos fundamentais ao Executivo ou até para entidades não governamentais, sem fixar condições e limites nítidos.¹²

Esta falta de programação diminui a previsibilidade das decisões. A necessária interpretação/aplicação, isto é, o enquadramento dos fatos em relação às prescrições normativas, dificilmente se refere aos respectivos termos (mais ou

10 HÄBERLE, Peter. Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Berlin: BWV, 2006, p. 328ss.

11 LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995, p. 391ss.

12 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 150.

menos determinados) no lado da hipótese ou do mandamento dos próprios dispositivos legais parlamentares. Entretanto, a avaliação de perigos e riscos na área ambiental bem como a fixação de valores de referência e padrões para o gerenciamento adequado dos recursos naturais representam também uma questão política e não devem ser tratados como assunto meramente técnico-burocrático.¹³

Especialmente na área politicamente sensível do licenciamento de projetos e atividades potencialmente degradadoras ao meio ambiente, o legislador brasileiro não costuma reduzir os espaços de decisão sobre questões importantes mediante a introdução dos respectivos conceitos jurídicos no texto das leis. No lugar da prescrição das condições concretas para concessão de licenças, formulação de condições ou da revogação daquelas, encontram-se nas leis, preponderantemente, regras sobre competências, procedimentos administrativos e algumas proibições expressas.

Para ilustrar a baixa programação normativa serve bem o Projeto de Lei (PL) n. 3.729, de 2004,¹⁴ que dispõe sobre o licenciamento ambiental e a elaboração do EIA-RIMA. Sem entrar aqui na discussão sobre o seu conteúdo (por ex., a polêmica previsão do “processo simplificado” de licenciamento), vale frisar que apenas o art. 10 do PL estabelece critérios materiais (bastante vagos) para concessão da licença ambiental, rezando que

o licenciador deve exigir que o empreendedor adote medidas capazes de assegurar que as matérias-primas e outros insumos, os processos de produção e os bens produzidos tenham padrão de qualidade e procedimentos técnicos que eliminem ou reduzam os efeitos prejudiciais sobre o meio ambiente.

13 STEINBERG, Rudolf. Der ökologische Verfassungsstaat. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1998, p. 191ss.

14 O PL 3.729/04 foi proposto pelo Dep. Luciano Zica (PT-SP); seu terceiro substitutivo, que cria a Lei Geral de Licenciamento Ambiental, está tramitando na Câmara dos Deputados com regime de urgência e sujeito à apreciação pelo Plenário. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>>. Acesso em: 8.12.2019.

Chama atenção que o legislador não tentou concretizar melhor os itens mencionados no *caput* da norma, que condicionam a concessão da licença, de forma vinculante (“o licenciador *deve* exigir”), restando pouco claro como devem ser definidos, no caso concreto, o “padrão de qualidade” e os “procedimentos técnicos” capazes de eliminar ou reduzir a degradação do meio ambiente. De novo, a responsabilidade da definição destes critérios está sendo deslocado para conselhos, órgãos administrativos e entidades técnicas de diversas áreas profissionais, sem que o texto legal determinasse expressamente uma delegação normativa neste sentido.

Já a versão do Projeto de Lei n. 3.729 adotado pela Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS) da Câmara dos Deputados, em 14.10.2015,¹⁵ prevê, no seu art. 14, que a autoridade licenciadora, após emissão de parecer técnico fundamentado que demonstre a necessidade da medida, pode exigir do empreendedor:

- I – manutenção de técnico ou equipe especializada responsável pelo empreendimento como um todo ou apenas por um setor ou área de atuação específicos, de forma a garantir sua adequação ambiental;
- II – realização de auditoria ambiental independente, de natureza específica ou periódica, na forma indicada pela autoridade licenciadora após estudo técnico ou consulta às populações eventualmente afetadas, garantida ampla divulgação de seus resultados;
- III – análise de risco ambiental e elaboração de plano de contingência do empreendimento como um todo ou, se for o caso, de setor ou área de atuação específicos;
- IV – elaboração de relatório de incidentes durante a instalação e operação do empreendimento, incluindo eventos que possam acarretar acidentes significativos;
- V – elaboração de balanço de emissões de gases de efeito estufa, considerando a implantação e a operação do empreendimento, bem como de medidas minimizadoras e compensatórias dessas emissões;
- VI – comprovação da capacidade econômico-financeira do empreendedor para arcar com os custos decorrentes da obrigação de recuperar ou reabilitar áreas

¹⁵ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1400905&filename=SBT-A+1+CMADS+%3D%3E+PL+3729/2004>. Acesso em: 8.12.2019.

degradadas e de reparar danos pessoais e materiais eventualmente causados pelo empreendimento à população e ao patrimônio público; e
VII – contratação de seguro de responsabilidade civil por dano ambiental, nos termos de resolução do órgão consultivo e deliberativo do Sisnama.

Ainda que o detalhamento das condições materiais aqui seja menos vago do que na versão inicial do Projeto, a decisão sobre a exigibilidade das medidas junto ao empreendedor possui uma tendência bem mais discricionária,¹⁶ já que a lei coloca a sua exigência na dependência das considerações do próprio órgão administrativo sobre sua conveniência e oportunidade no caso concreto (“o licenciador *pode* exigir”). Assim, mais uma vez, a programação normativa do dispositivo acaba sendo diluída, ainda que ela seja bem mais acentuada do que na versão original.

Além disso, seria necessária uma consolidação e adequação das normas sobre o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e seu Relatório (RIMA) numa Lei federal de Licenciamento Ambiental, que deveria estabelecer uma programação normativa mais firme em relação aos critérios de avaliação pelos órgãos administrativos. Uma análise do Projeto de Lei n. 3.729/04 demonstra que os dispositivos que tratam do EIA-RIMA não introduzem conceitos legais a partir dos quais dever-se-ia dar a aprovação (ou rejeição) dos pedidos de licenciamento, mas definem apenas o conteúdo mínimo obrigatório desses estudos técnicos e dos respectivos relatórios, com poucas alterações em relação às normas vigentes (Resoluções n. 001, de 1986, e n. 237, de 1997, do CONAMA).¹⁷

16 Evita-se empregar o termo “natureza” discricionária, visto que entendemos a diferença entre atos administrativos “vinculados” e “discricionários” ser apenas quantitativa, não qualitativa; cf. KRELL, Andreas. Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados. Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19ss.

17 A (já citada) versão do PL 3.729/04 adotada pela CMADS, da Câmara, em 2015, ainda prevê obrigações em relação à disponibilização de informações sobre o processo de licenciamento ao público (mediante publicação dos documentos na Internet) e referente a audiências e consultas públicas. Sobre o tema vide SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos ambientais procedimentais: acesso à informação, à participação pública na tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, v. 23, n. 2, Fortaleza, p. 417ss., maio-ago. 2018.

Também não é hábito no Brasil que os textos legais sobre licenciamento ambiental – sejam eles de nível municipal, estadual ou federal – imponham deveres concretos aos proponentes dos projetos ou deles exijam certas qualificações técnicas. Além disso, as leis não estabelecem padrões materiais a uma ponderação proporcional e razoável dos aspectos mais importantes das respectivas situações de conflito e tampouco fazem referência ao “estado geral da técnica” ou às “melhores técnicas disponíveis”, como acontece, por exemplo, em várias leis de países-membros da União Europeia.

Com isso, não se defende aqui uma “sobreprogramação” perfeccionista das decisões administrativas no tocante aos parlamentos, a qual seria ilusória perante a necessidade de uma proteção flexível dos recursos ambientais a cargo dos órgãos públicos. Todavia, a insegurança geral a respeito dos riscos ecológicos não deve levar a uma negação de regulamentação material dos conflitos por parte dos representantes eleitos da população. Antes de delegar “questões materiais abertas” a procedimentos decisórios específicos dos órgãos especializados, os textos legais parlamentares devem estabelecer uma estrutura básica de programação normativa.

O conceito “Estado Ambiental procedural” deve ser visto com desconfiança num ambiente social em que há pouco exercício dos direitos de cidadania e onde há uma sociedade civil heterogênea e corporativista. A fórmula do “bem comum mediante procedimento” (Häberle) ainda não encontra lastro numa sociedade em que é precária a comunicação entre os representantes do poder estatal, os grupos de interesses econômicos, as associações em defesa do ambiente e os cidadãos interessados, que poderia proporcionar legitimidade aos resultados destes procedimentos. Assim, são esparsos em várias regiões do Brasil os atores engajados e capazes de fazer valer adequadamente os aspectos de defesa do ambiente nos processos administrativos (Ex.: EIA/RIMA).

Seja lembrado também que órgãos públicos somente podem “negociar” com os atores particulares numa forma produtiva para o bem comum caso eles ocupem uma posição institucional fortificada e privilegiada. Sem poder lançar mão de meios de pressão legais, eles facilmente ficarão em uma situação de inferioridade, na qual os empreendedores entenderão qualquer concessão como expressão de fraqueza e “convite ao bloqueio”.¹⁸

O déficit de regulamentação legal também impede a formação de uma dogmática mais densa de Direito Ambiental, fato que acaba por obrigar os aplicadores do Direito a discutir novamente muitas questões jurídicas na redação de suas decisões, visto que lhes faltam fórmulas dogmáticas de fundamentação geralmente aceitas. Boa parte dos problemas de interpretação das normas ambientais ainda não foi analisada suficientemente e esclarecida teoricamente; ademais, inúmeros atos administrativos e sentenças judiciais contêm linhas de argumentação bastante superficiais e pouco convincentes. Por essas razões elas não se prestam para servir em casos futuros como precedentes que pudessem ordenar a matéria.

Assim, fica ao alvedrio de cada funcionário quais textos normativos, precedentes esporádicos ou posições doutrinárias devem ser escolhidos para formar a base argumentativa de sua decisão, fato que reduz em muito a sua previsibilidade e ao mesmo tempo aumenta as chances da corrupção, já que é possível defender quase qualquer decisão sobre o caso concreto. Por isso, faz pouco sentido mostrar, hoje em dia, desdém em relação aos juristas e operadores jurídicos “dogmáticos”, pretensamente alienados da realidade social. Antes, o verdadeiro problema reside no fato de que no cenário jusambiental – como acontece também em outras áreas do Direito brasileiro – prevalece uma dogmática

18 APPEL, Ivo. Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 505.

pouco madura, superficial e preponderantemente retórica, que ainda não corresponde às exigências de um Estado democrático de Direito.¹⁹

A responsabilidade por este dilema, porém, não pode ser atribuída à dogmática em si, uma vez que é resultado de fatores diversos, como o ensino jurídico tradicionalmente formalista, da dependência da doutrina em relação às profissões jurídicas práticas ou da falta de discussões acadêmicas objetivas e críticas.

4. O caráter político das decisões judiciais sobre o meio ambiente e a interpretação dos princípios jurídicos

Numa paradigmática decisão de 1995, o Supremo Tribunal Federal (STF) enfatizou que perante o

permanente estado de tensão entre o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225), de outro, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores constitucionais relevantes, dependerá da ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito da obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável (...). (ADI-MC n. 3540-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello)

Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu, em 2011,²⁰ que “tem o meio ambiente tutela jurídica respaldada por princípios específicos que lhe asseguram especial proteção” e que “os instrumentos de tutela ambiental – extrajudicial e judicial – são orientados por seus princípios basilares”: os da solidariedade intergeracional, da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, da informa-

¹⁹ ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 142.

²⁰ REsp 1.115.555 MG, Rel. Min. Arnaldo E. Lima.

ção, da participação comunitária, dentre outros, tendo eles “aplicação em todas as ordens de trabalho (prevenção, reparação e ressarcimento)”. Essas decisões, contudo, até agora não levaram a uma mudança de direção das instâncias inferiores no sentido de uma orientação maior aos aspectos da proteção ambiental.

No Brasil, até os dias de hoje, a aplicação dos princípios jurídicos por parte dos operadores do Direito dificilmente ocorre de forma metodicamente satisfatória. A constitucionalização da ordem jurídica levou à situação de que são poucas as áreas do Direito em que não se fala de princípios, ponderação e filtragem constitucional das leis ordinárias. Para Sarmento, esta valoração dos princípios, contudo, levou a uma verdadeira “anarquia metodológica”:²¹ a referência – argumentativamente desordenada e metodicamente pouco fundamentada – a numerosos princípios numa cultura jurídica instável e exageradamente flexível contribuiu para enfraquecer ainda mais o apelo fraco a uma aplicação firme e coerente das leis.

No âmbito da metódica jurídica, a interpretação adequada dos princípios constitucionais tem sido o tema tratado com mais intensidade nos últimos anos. Perante a sua onipresença (ou “ubiquidade”) na argumentação jurídica, apontam-se cada vez mais aos perigos que acompanham o emprego exagerado e pouco refletido de princípios na interpretação jurídica. A referência explícita aos princípios muitas vezes serve para velar o uso de argumentos pouco convincentes e para ocultar um acentuado voluntarismo na formação da decisão. O melhor exemplo para tal dilema é o princípio da dignidade da pessoa humana, que costuma ser referido pela jurisprudência e doutrina a fim de fundamentar resultados diametralmente opostos. Especificamente na área da proteção ambiental observou-se uma aplicação pouco coordenada e previsível do princípio da prevenção/

precaução por parte dos tribunais.²²

No meio deste ambiente hermenêutico confuso, muitos dos intérpretes/aplicadores do Direito não vislumbram que a concretização de princípios mediante ponderação – no sentido da teoria de Robert Alexy – deve seguir um procedimento formal e ser enquadrada numa estrutura racional de fundamentação, a qual deve ser combinada com os métodos jurídicos tradicionais. Este trabalho hermenêutico disciplinado, porém, é realizado por poucos aplicadores do Direito; por isso, autores como Streck²³ criticam que a recorrência a princípios e a sua interpretação teria se tornado um convite a um subjetivismo desenfreado e a uma discricionariedade não controlada.

Sundfeld²⁴ afirma que os integrantes das profissões jurídicas sabem bem que a disposição dos juízes de recorrer a princípios para construir e fundamentar a sua decisão depende menos de questões ligadas à racionalidade e mais do papel político que eles estão dispostos a assumir no caso concreto. Observa o autor que nas discussões em juízo sobre o grau normativo a ser atribuído a um conceito legal pouco determinado e como este deve ser aplicado, normalmente não faz muito sentido argumentar com base em teorias jurídicas sofisticadas e complexas. Isto porque os juízes estariam orientados, acima de tudo, pela prática e pensariam primeiro em como podem fundamentar as suas decisões de forma mais simples, bem como em quais serão as consequências imediatas do veredicto.

No campo dinâmico, mutável e altamente conflituoso dos direitos e interesses difusos, facilmente há decisões que são a expressão de opções *políticas* dos respectivos intérpre-

22 ANTUNES. Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 39ss.

23 STRECK, Lenio. Hermenêutica jurídica e(m) crise. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 144ss.

24 SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: MACEDO JÚNOR, R.; BARBIERI, C. (orgs.). Direito e interpretação: racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 297.

tes/aplicadores.²⁵ Ainda que seja útil manter certa distinção entre argumentos jurídicos e políticos, que estão baseados em diferentes critérios de justificação racional e legitimação, pouco ajuda a delimitação radical entre Direito e Política como dois sistemas “operacionalmente fechados”, dotados de diferentes funções, codificações e programas.²⁶

Em vez disso, parece ser mais adequado compreender neste contexto a diferença entre “político” e “jurídico” de forma gradual-quantitativa e não qualitativa: enquanto nas decisões *políticas* o Direito positivo somente cria a moldura dentro da qual as posições devem ser justificadas com argumentos, a base das decisões *jurídicas* jaz, de maneira mais imediata, nas previsões normativas do Direito positivo. Estas costumam ter lastro em regras e visam mais à tradição do que à inovação, enquanto as decisões políticas têm por base normas principiológicas e consideram as consequências sociais da decisão.²⁷

Caso típico de decisões políticas no Direito Ambiental brasileiro são aquelas tomadas pelos presidentes dos tribunais em sede de ação civil pública para suspender medidas liminares concedidas por juízes da primeira instância em favor da proteção ambiental, podendo a referida suspensão ser determinada “para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública” (art. 12 § 1 da Lei 7.347/85). Com essas decisões uma boa parte dos casos da área ambiental é prejudicada já em fase preliminar, normalmente em favor de empresários influentes ou os próprios entes públicos, no caso de obras de infraestrutura.

A ponderação entre os interesses difusos e os interesses públicos, bens e valores sociais diretamente com eles coli-

25 DAWALIBI, Marcelo. Ação civil pública, escolhas políticas e litigiosidade. In: MILARÉ, Édis (org.). Ação civil pública após 25 anos. São Paulo: RT, 2010, p. 395s.

26 LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995, p. 417ss.

27 EBERL, Matthias. Verfassung und Richterspruch. Berlin: DeGruyter, 2006, p. 444, 455s.

dentos, costuma ser superficial. Essas suspensões monocraticamente ordenadas, na grande maioria dos casos, antecipam os resultados das ações, sem que tenha havido uma análise mais aprofundada da situação jurídica material por parte dos membros das câmaras dos tribunais. No entanto, o preenchimento (subsuntivo e ponderativo) dos conceitos jurídicos indeterminados ligados ao interesse público (ordem pública, moral pública, saúde pública, bem da coletividade) pelos tribunais deveria orientar-se mais pelas avaliações normativas já efetuadas por outros órgãos públicos, o que não significa que eles teriam necessariamente de segui-las.

Para evitar um decisionismo político-subjetivo, também se faz necessário um nível mais alto de fundamentação racional, norteada pelos métodos jurídicos de interpretação e pelas formas de argumentação geralmente aceitas. Em geral, as decisões na área ambiental giram em torno do sopesamento de diferentes princípios, os quais devem atribuir homogeneidade ao Direito Ambiental, justamente porque os textos normativos procedem de maneira pouco sistemática e oferecem aos órgãos administrativos poucos conceitos jurídicos a ser preenchidos.

5. A estagnação da discussão sobre o uso de métodos na interpretação jurídica

Um dos principais motivos dos problemas na aplicação correta do Direito Ambiental pelos órgãos administrativos e tribunais é a sua orientação deficiente por parte da doutrina jurídica do país. Atualmente, há pouquíssimos autores que problematizam e discutem de forma produtiva o tema do emprego atualizado e adequado dos métodos jurídicos e das matrizes práticas de argumentação na interpretação/aplicação do Direito.

Em vez disso, muitos têm considerado a metódica tradicional de duvidosa ou até inútil, o que certamente foi uma

reação à época de ditadura, que até hoje é associada ao positivismo, ao dogmatismo e à subsunção dedutiva mediante métodos tradicionais, bem como à desvalorização dos aspectos filosóficos, sociológicos, políticos, históricos e antropológicos do trabalho jurídico e da ciência do Direito em geral.

Com a promulgação da Carta de 1988, a interpretação de seus numerosos dispositivos principiológicos chegou ao centro de atenção da doutrina, que recusou o uso dos métodos clássicos no âmbito da interpretação constitucional, o que prejudicou, inclusive, a discussão sobre os limites e as possibilidades da proporcionalidade.²⁸ Muitos autores, até hoje, não aceitam que a interpretação jurídica não intente descobrir a solução “verdadeira” ou “a única possível” para tal problema, mas apenas busque uma solução defensável para justificá-la intersubjetivamente.

Neste contexto, é justamente tarefa da ciência do Direito revelar os motivos por que o trabalho hermenêutico do operador jurídico pode ser aceito em certos casos e em outros, não. A decisão jurídica definitivamente não é um ato preponderantemente político ou irracional, e tampouco um puro ato de vontade do juiz, mas uma dimensão que naturalmente pertence ao Direito e é acessível a uma racionalização metódica.²⁹

Testemunho da relação de indiferença entre a teoria jurídica e a prática é o fato de que as escolas e linhas teóricas mais seguidas na doutrina brasileira seguem teorias que assumem a posição do observador em vez do participante do processo de aplicação. Assim, muitos operadores do Direito se sentem abandonados no seu trabalho diário e migram para o decisionismo, isto é, eles não fundamentam as suas

28 SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, V. A. da (org.). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116ss.

29 SOUZA NETO, Cláudio P. de. A interpretação constitucional contemporânea entre o construtivismo e o pragmatismo. In: MAIA A. et al (orgs.). Perspectivas atuais da Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 475s.

decisões de maneira adequada e compreensível.

No Brasil, ainda não existe, no âmbito da interpretação/aplicação do Direito, algo que mereça o nome “hermenêutica jurídica contemporânea”,³⁰ ou um certo “padrão hermenêutico básico”, de que dispõem outros países. Em vez disso, prevalece, especialmente no âmbito do Direito Público, algo que pode ser chamado de “conglomerado de meta-teorias transcendentais”.³¹

Alguns defendem uma profunda reorientação da interpretação jurídica no sentido da hermenêutica filosófico-ontológica de Gadamer e Heidegger. Outros desconfiam, inspirados pelo positivismo kelseniano, do método teleológico como pretenso esconderijo da opinião pessoal do intérprete jurídico ou rechaçam a referência a valores e sua ponderação, o que se tornou comum na prática do Direito brasileiro.

Também há influência de teorias jurídicas pós-modernas de cunho radical-relativista, que declaram simplesmente imprevisíveis os efeitos que textos de todo tipo provocam nos seus leitores, até mesmo nos aplicadores de normas jurídicas, o que leva ao absurdo todo empreendimento da interpretação jurídica. Todavia, não basta restringir-se nesta discussão à fórmula (quase cínica) “qualquer coisa vai” (*anything goes*); antes, é preciso efetuar uma análise objetiva dos fatores subjetivos que determinam a interpretação, para afastar deste ato cotidiano a imagem de imprevisibilidade e contingência.³²

Pelos motivos expostos, a doutrina do Direito Ambiental brasileiro ainda não tem promovido uma abstração suficiente dos inúmeros conflitos e das respectivas decisões

30 IVR. Abstract Book - XXV World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (Law, Science, Technology - Goethe-Universität Frankfurt). 2011, p. 158.

31 JAHN, Matthias. Pluralität der Rechtsdiskurse – Sektoralisierung der Methodenlehre. In: JESTAEDT, M.; LEPSIUS, O. (orgs.). Rechtswissenschaftstheorie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 183.

32 ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 145, 151.

judiciais, o que se mostra imprescindível à solução dos problemas interpretativos onipresentes. Em muitos pontos desta área jurídica ainda falta uma dogmática construtiva que tente “pôr em conexão sistemática e coerente as decisões politicamente tomadas do legislador e as sentenças dos tribunais referentes a casos concretos”.³³

Este vácuo dogmático aumenta as dificuldades dos órgãos administrativos e tribunais para aplicar os conceitos vagos e pouco determinados do Direito Ambiental (risco, significativo impacto ambiental, poluição, degradação, interesse ecológico prevaiente, estética da paisagem etc.) aos respectivos casos de maneira racional e previsível, transformando-os em decisões concretas.

6. Fundamentação racional, compreensão e método jurídico: possibilidades de uma hermenêutica jurídico-ambiental

No âmbito do raciocínio jurídico, o método e o resultado estão entrelaçados numa forma muito mais complexa do que a lógica tradicional está disposta a admitir; há muitos indícios no sentido de uma dependência mútua dos dois elementos no processo hermenêutico. O “cânone” clássico de métodos representa uma “sequência dos degraus da maneira jurídica de pensar”,³⁴ fixando uma medida relativamente segura, que torna possível introduzir reflexões de natureza tópica, associativa e consequencialista no processo interpretativo e avaliá-los.

Semelhantemente às regras de argumentação, os métodos jurídicos possibilitam um controle analítico mais intenso, embora não abrangente. Ainda que eles não desincumbam o aplicador do Direito de efetuar uma valoração

³³ MASTRONARDI, Philippe. *Juristische Methode und Rechtstheorie als Reflexionen des Rechtsverständnisses*, 2010. Disponível em: www.alexandria.unisg.ch/export/DL/53445.pdf. Acesso em: 10.7.2018.

³⁴ RAISCH, Peter. *Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung*. Heidelberg: C. F. Müller, 1988, p. 73ss.

pessoal das condições normativas e das possíveis consequências de sua decisão, os métodos fixam pontos de referência e linhas de orientação para a sua interpretação e marcam os limites para a avaliação do resultado por outros.

Neste sentido, os métodos são meios que possibilitam uma fundamentação intersubjetivamente controlável de determinada pré-compreensão. O porquê de uma decisão em favor ou contra uma interpretação mediante analogia, integração de lacunas legais, elementos normativos gramaticais ou teleológicas, apelação a valores ou recorrência a certas construções dogmáticas ou *topoi*, não encontra respostas nos próprios critérios interpretativos, mas também não pode ser separado de sua aplicação.

Este “pré-juízo” – individual, social, cultural e profissionalmente condicionado – em relação a um caso deve ser especificado através de conhecimentos jurídicos, da doutrina e do raciocínio metódico.³⁵ Além disso, ele deveria ser, permanentemente, posto em dúvida, repensado e corrigido pelo próprio intérprete. Não cabe analisar aqui até que ponto este tipo de autocontrole crítico efetivamente acontece na prática.

No âmbito da interpretação/aplicação jurídica, pouco convence fazer uma distinção rígida entre uma “fase hermenêutica” (primária) da compreensão e uma “fase analítica” (secundária) de fundamentação.³⁶ Estes momentos da interpretação compreensiva e da argumentação explicativa da hermenêutica jurídica estão numa relação dinâmica (ou dialética) de reciprocidade, que avança no ritmo de “tentativa e erro” (*trial and error*) e permite correções pontuais a qualquer momento.³⁷

35 MASTRONARDI, Philippe. *Juristisches Denken: eine Einführung*. Bern: Haupt, 2001, p. 174, 182.

36 STRECK, Lenio. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 73ss.

37 RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação: o discurso e o excesso de significação*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 85ss.

Dentro deste “conjunto de especificações e concretizações sucessivas”, devem ser compatibilizados os seus elementos lógico-analíticos e hermenêutico-valorativas, os quais não representam dimensões contraditórias, mas mediadoras. Nesse caminho à compreensão, a “hipótese normativa” inicial – isto é: a primeira aproximação do intérprete ao caso a ser decidido, a qual costuma ser pouco transparente e inspirada pela intuição – é confirmada ou negada e, caso necessário, corrigida; neste processo mental, há momentos inseparáveis de justificação explicativa e de compreensão. Certamente esta fase compreensiva antecede a explicação metódica, acompanhando e finalizando-a; a própria explicação, contudo, torna-se necessária para desencadear e desenvolver o processo compreensivo.³⁸

Para realizar as metas de um Estado Socioambiental no Brasil foi sugerido desenvolver uma específica “hermenêutica jurídico-ambiental”, orientada pelos princípios da precaução, sustentabilidade, responsabilidade, solidariedade, proporcionalidade e participação, que teria de dominar, necessariamente, a pré-compreensão dos intérpretes/aplicadores do Direito Ambiental.³⁹ Nesta senda, uma “decisão hermenêuticamente adequada” teria de emanar em cada caso diretamente da ecologização da Constituição, cujos princípios serviriam menos para fundamentar as decisões na área ambiental, e mais para determinar a compreensão antecipada do problema jurídico concreto.⁴⁰

Ainda que os citados princípios certamente sejam importantes pontos de referência para a produção de decisões adequadas, é questionável em que medida a pré-compreensão de um intérprete de normas se deixa influenciar por

38 Zaccaria, Giuseppe. Razón jurídica e interpretación. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2004, p. 185ss., p. 283ss.

39 BELCHIOR, Germana P. Hermenêutica jurídica ambiental. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 197ss.

40 SANTANNA, Gustavo; HUPFER, Haide. Da impossibilidade do poder discricionário do intérprete para os hard cases no Direito Ambiental. Revista de Direito Ambiental, n. 64, São Paulo, p. 136ss., out./dez. 2011.

princípios constitucionais ou outras normas legais. Independentemente de seu grau de densidade, mandamentos normativos devem ser concretizados ao lado da justificação argumentativa de uma decisão. Já a pré-compreensão hermenêutica, que é cunhada pela específica “forma de vida” ou “visão do mundo” do intérprete/aplicador do Direito, é influenciada por princípios apenas indiretamente, uma vez que esta pré-compreensão (com seus “pré-juízos”) não é formada mediante reflexão, mas dada pela experiência linguística geral.⁴¹

Quem declara a pré-compreensão como o fator decisivo da interpretação legal faz bem em concentrar-se nos seus aspectos jurídicos, ainda que estes sejam influenciados também por conceitos filosóficos ou ideológicos. A especificidade jurídica está justamente na obrigação de tomar uma decisão correta e de fundamentá-la de maneira convincente. Além dos textos normativos, os fatores que formam a pré-compreensão jurídica são o conhecimento de figuras dogmáticas e opiniões doutrinárias, da jurisprudência e de outras circunstâncias objetivas referentes aos problemas a serem resolvidos, além das atitudes e pontos de vista profissionais (advogado, procurador, promotor, juiz, professor etc.).

Por isso, dificilmente haverá uma influência positiva na pré-compreensão dos intérpretes/aplicadores do Direito Ambiental brasileiro até que a dogmática e a teoria dos métodos do país disponibilizem meios adequados a justificar os elementos especificamente jurídicos destes pré-juízos e os delimite de forma diferenciada, com o fim de “integrá-los ao processo de concretização como fator estruturado, controlável e discutível”.⁴²

41 MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do Direito. São Paulo: RT, 2008, p. 63ss.

42 MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. Juristische Methodik – Bd. I. Berlin: Duncker&Humblot, 2002, p. 221ss.

7. Considerações Finais

Até hoje, uma parte dos doutrinadores do Direito Ambiental brasileiro considera os “direitos ecológicos” algo autoevidente e garantido por sua própria vigência, sem que haja a necessidade de indagar acerca da sua interpretação/aplicação e eficácia, ou de procurar por melhores explicações teóricas ou dogmáticas. Entretanto, o Direito Ambiental é uma disciplina que, para não cair no discurso vazio, deve sempre perguntar pelos efetivos resultados da aplicação dos dispositivos das leis ambientais ordinárias e da Constituição.⁴³

A hermenêutica jurídica faria bem se voltasse a abordar e problematizar a metódica tradicional, trabalhando melhor as novas conexões entre o cânone metódico clássico e as diversas formas de argumentação na fundamentação das decisões. Também mereceria mais atenção a problemática do emprego de formas ponderativas de raciocínio e argumentação na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados inseridos nos textos legais.⁴⁴

As decisões dos órgãos administrativos e dos tribunais na área ambiental devem ser tomadas de forma metodicamente limpa; somente assim as normas legais protetivas poderão ser aplicadas de maneira razoavelmente previsível e compreensível. A sua intensa orientação a interesses, princípios, ponderação e discricionariedade não trouxe, até o momento, grandes vantagens ao Direito Ambiental brasileiro, uma vez que ainda não houve uma definição dogmática suficiente dos seus conceitos e instrumentos.

Até hoje, as esparsas decisões dos órgãos estatais em favor do meio ambiente – mormente no que concerne a

43 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. Direito Constitucional Ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65ss.

44 STÜCK, Hege. Subsumtion und Abwägung. Archiv für Rechtstheorie und Sozialphilosophie (ARSP), n. 84, Stuttgart, p. 405ss., 1998.

projetos e atividades potencialmente poluidoras de maior envergadura – são motivadas sobretudo pela atitude subjetivo-pessoal do respectivo intérprete/aplicador e, por isso, são frequentemente anuladas ou suspensas nas instâncias superiores.

Este quadro confuso da interpretação das leis protetivas ao meio ambiente insere-se num cenário da comunicação obstruída entre a prática jurídica e a doutrina, especialmente nas áreas da teoria do Direito e dos seus métodos. Aqui será preciso acontecer uma “virada pragmática” a fim de guiar o Direito Ambiental para fora do beco sem saída no qual ele adentrou nos últimos anos.

8. Referências

- ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ANTUNES. Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- APPEL, Ivo. Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.
- AYALA, Patryck de A. Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BELCHIOR, Germana P. Hermenêutica jurídica ambiental. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. Direito Constitucional Ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 57-130.
- BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOSELMANN, Klaus. Der ökologische Rechtsstaat: Versuch einer Standortbestimmung. In: BAUMEISTER, H. (org.). Wege zum Ökologischen Rechtsstaat. Taunusstein: E. Blottner, 1994.
- CALLIESS, Christian. Rechtsstaat und Umweltstaat. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- DAWALIBI, Marcelo. Ação civil pública, escolhas políticas e litigiosidade. In: MILARÉ, Edis (org.). Ação civil pública após 25 anos. São Paulo: RT, 2010, pp. 591-604.
- EBERL, Matthias. Verfassung und Richterspruch. Berlin: DeGruyter, 2006.
- GRIMM, Dieter. Ursprung und Wandel der Verfassung. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (eds.). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. 1. Heidelberg: C. F. Müller, 2003.
- HÄBERLE, Peter. Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Berlin: BWV,

2006.

IVR. Abstract Book - XXV World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (Law, Science, Tecnology - Goethe-Universität Frankfurt). 2011.

JAHN, Matthias. Pluralität der Rechtsdiskurse – Sektoralisierung der Methodenlehre. In: JESTAEDT, M.; LEPSIUS, O. (orgs.). Rechtswissenschaftstheorie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados ¶ Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995.

MASTRONARDI, Philippe. Juristische Methode und Rechtstheorie als Reflexionen des Rechtsverständnisses, 2010. Disponível em: www.alexandria.unisg.ch/export/DL/53445.pdf. Acesso em: 10.7.2018.

MASTRONARDI, Philippe. Juristisches Denken: eine Einführung. Bern: Haupt (UTB), 2001.

MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do Direito. Trad.: P. Naumann e E. A. de Souza. São Paulo: RT, 2008.

MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. Juristische Methodik – Bd. I. Berlin: Duncker&Humblot, 2002.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NEWIG, Jens. Symbolische Umweltgesetzgebung. Berlin: Duncker&Humblot, 2003.

RAISCH, Peter. Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung. Heidelberg: C. F. Müller, 1988.

RICOEUR, Paul. Teoria da interpretação: o discurso e o excesso de significação. Trad.: A. Morão. Lisboa: Edições 70, 2000.

ROTHENBURG, Walter C. A Constituição ecológica. In: KISHI, Sandra et al (orgs.). Desafios do Direito Ambiental no século XXI. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 813-831.

SANTANNA, Gustavo; HUPFER, Haide. Da impossibilidade do poder discricionário do intérprete para os hard cases no Direito Ambiental. Revista de Direito Ambiental, n. 64, São Paulo, pp. 117-141, out./dez. 2011.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?). In: SARLET, I. (org.). Estado socioambiental e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos ambientais procedimentais: acesso à informação, à participação pública na tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, v. 23, n. 2, Itajaí/SC, pp. 417-465, maio-ago. 2018.

SARMENTO, Daniel. Livres e iguais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, V. A. da (org.). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 115-143.

SOUZA NETO, Cláudio P. De. A interpretação constitucional contemporânea

entre o construtivismo e o pragmatismo. In: MAIA A. et al (orgs.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 475-497.

STEINBERG, Rudolf. *Der ökologische Verfassungsstaat*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1998.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STÜCK, Hege. *Subsumtion und Abwägung*. *Archiv für ür Rechtstheorie und Sozialphilosophie (ARSP)*, n. 84, Stuttgart, pp. 405ss., 1998.

SUNDFELD, Carlos A. *Princípio é preguiça?* In: MACEDO JÚNOR, R.; BARBIERI, C. (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 287-305.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Crítica ao pensamento jurídico brasileiro*. Entrevista com Felipe Seligman. *Jota*, 13.7.2015. Disponível em: <https://jota.info/especiais/critica-ao-pensamento-juridico-brasileiro-segundo-mangabeira-unger-13072015>. Acesso em: 15.3.2017.

Zaccaria, Giuseppe. *Razón jurídica e interpretación*. Comp.: Ana Messuti. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2004.