

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO AMBIENTAL, AGRÁRIO E SOCIOAMBIENTALISMO II

MARIA CLAUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA

NIVALDO DOS SANTOS

NORMA SUELI PADILHA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito ambiental, agrário e socioambientalismo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Maria Claudia da Silva Antunes De Souza ; Norma Sueli Padilha – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-345-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito Ambiental. 3. Socioambientalismo. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO AMBIENTAL, AGRÁRIO E SOCIOAMBIENTALISMO II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Esta publicação é fruto dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) Direito Ambiental, Agrário e Socioambientalismo II durante o III Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado virtualmente no período entre os dias 23 a 28 de julho de 2021.

O artigo “repensando a responsabilidade civil ambiental: a aplicação dos danos punitivos à lesão ambiental frente a equidade intergeracional” de Indyanara Cristina Pini e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral abordaram recepção ou não da aplicação dos punitive damages no que concerne a responsabilidade civil por dano ambiental. Analisaram o contexto histórico da responsabilidade civil, e, em igual substrato, no ordenamento vigente, na atualidade, bem como os motivos relevantes para se pensar no dano ambiental com demasiada preocupação, considerando se tratar de direito intergeracional. Ao final, apresentaram conclusões acerca da possibilidade da aplicação do instituto, baseando-se, para tanto, em posições doutrinárias, tanto favoráveis quanto contrárias ao objeto do estudo.

No mesmo sentido, o artigo “responsabilidade civil ambiental no contexto da sociedade de risco” de Celciane Malcher Pinto analisou o dano ambiental e os novos paradigmas da responsabilidade civil ambiental em uma sociedade qualificada pelo risco. Neste sentido, foram abordados alguns empecilhos para a concretização da responsabilidade objetiva diante das complexas situações envolvendo a lesão ao meio ambiente. Concluiu-se sobre a importância da incorporação de uma nova hermenêutica sobre a juridicidade do dano ambiental e das novas funções à responsabilidade civil através da observância de princípios estruturantes, como o Princípio da reparação integral.

Em outro enfoque o artigo “os partidos políticos brasileiros e os recursos hídricos” de José Claudio Junqueira Ribeiro e Ivan Ludovice Cunha identificaram a importância da política de recursos hídricos, conferida pela Constituição de 1988 e pela Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, o artigo apresenta como a matéria vem sendo considerada pelos partidos políticos brasileiros. Para esta pesquisa foram selecionados os partidos que cumpriram os requisitos da Emenda Constitucional 97/2017 nas eleições de 2018, além dos partidos Verde e Rede Sustentabilidade, por serem os únicos partidos com agenda ideológica ambientalista.

As palavras pesquisadas nos manifestos e programas desses partidos foram água e recursos hídricos. O estudo aponta que o tema ainda não se mostra relevante para os partidos políticos brasileiros.

Trazendo a abordagem agrária o artigo “uma leitura dworkiniana do controle judicial da reforma agrária” de Horácio de Miranda Lobato Neto analisa se a reforma agrária pode ser levada a efeito por decisões judiciais. Inicia com a Teoria do Direito desenvolvida por Dworkin e sua reflexão sobre o controle judicial de políticas públicas a partir de construção argumentativa que inclui, em sua concepção, questões morais e propriamente políticas. Em seguida, passa-se ao estudo sobre o que seria a reforma agrária como política pública e como direito fundamental. Por fim, analisa como o Poder Judiciário vem se estruturando para lidar com a questão. Concluiu-se que o Poder Judiciário pode intervir na distribuição de terras, baseando-se em princípios, para salvaguardar direitos fundamentais.

Em outro caminho importante das temáticas ambientais o artigo “o acesso aos recursos genéticos da biodiversidade tomando em perspectiva diplomas normativos brasileiros e internacionais” de Marcos Felipe Lopes de Almeida, Nícollas Rodrigues Castro e Marcos Vinício Chein Feres buscaram compreender a dinâmica entre os diplomas normativos atinentes à relação entre biodiversidade e propriedade intelectual. A abordagem metodológica consistiu na análise documental dos textos, no plano internacional, do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio e da Convenção sobre Diversidade Biológica e, no âmbito nacional, das Leis nº 9.279/1996 e 13.123/2015. Assim, traçaram inferências para entender as relações entre os documentos legislativos, apontando possíveis convergências e divergências. Finalmente, os resultados indicaram um sistema de propriedade intelectual com estrutura tão robusta que possibilita a apropriação de recursos da biodiversidade.

Em interessante análise o artigo “passando a boiada: o governo de Jair Bolsonaro e a gestão do ministro Ricardo Salles” de Ivan Ludovice Cunha e Pedro de Mendonça Guimarães sobre as políticas públicas desenvolvidas pelo Poder Executivo Federal na seara ambiental, em especial no âmbito do Ministério do Meio Ambiente e demais entidades a ele conectados, como IBAMA e ICMBIO. O estudo, mediante análise sistemática e cronológica de atos normativos primários e secundários, com verificação também, na mídia visou demonstrar que o país vive um retrocesso na esfera ambiental. Além da exposição material, trataram sobre conceitos formais, inerentes ao Direito Administrativo e o funcionamento da Administração Pública, para demonstrar as falhas da atual gestão na preservação do meio ambiente.

E relacionando questões ambientais e tecnologia o artigo “o uso da inteligência artificial e dos algoritmos no licenciamento ambiental e o princípio da precaução” de Marta Luiza Leszczynski Salib e Denise S. S. Garcia analisaram a possibilidade de uso da inteligência artificial e de algoritmos no Licenciamento Ambiental frente ao Princípio da precaução, que dispõe que em caso de incerteza científica absoluta do dano ambiental, deve o Poder Público se abster de conceder a licença ambiental, sob a perspectiva do *in dubio pro ambiente*. Concluíram que o uso dos algoritmos nas análises ambientais leva a fragilidade da proteção ambiental e fere o Princípio da precaução, pois é difícil a inteligência artificial prever objetivamente impactos ambientais futuros, cabendo análise caso a caso.

Na sequência, Giselle Maria Custódio Cardoso, com o artigo intitulado “o Estado Socioambiental de Direito e a Garantia do Mínimo Existencial Ecológico para Indivíduos Humanos e Não Humanos”, apontaram que o meio ambiente é partícula essencial à efetivação do mínimo vital e que a norma constitucional brasileira é socioambiental e biocêntrica, portanto, cabível ampliar o espectro da sua proteção as presentes e futuras gerações de humanos e não humanos.

O artigo intitulado “o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e seu fortalecimento pela corte interamericana de direitos humanos” dos autores Uendel Roger Galvão Monteiro, Allan Thiago Barbosa Arakaki e Fabio Borini Monteiro, abordam o vínculo existente entre o artigo 225 da CRFB, o princípio da dignidade da pessoa humana e as obrigações estatais derivadas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Tratam o estudo do Parecer Consultivo nº 23/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, constando ser importante instrumento de fortalecimento do direito em discussão.

O texto intitulado “mudanças climáticas e o poder judiciário sob a óptica da crítica hermenêutica do direito” das autoras Kelly de Souza Barbosa e Rafaela Santos Martins da Rosa, analisam as mudanças climáticas, impulsionadas pelo aquecimento global, denotam como as atividades humanas poluentes estão alterando a ordem natural da biosfera, em uma velocidade e extensão jamais vivenciada.

Os autores Loyana Christian de Lima Tomaz e Rozaine Aparecida Fontes Tomaz, no artigo intitulado “biocombustíveis e políticas públicas: desenvolvimento econômico, social e ambiental sustentáveis” analisaram se há correlação entre o uso em maior escala de biocombustíveis e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto pela Constituição Federal Brasileira, bem como se o Estado Brasileiro possui políticas públicas de incentivo de produção e uso de biocombustíveis.

O próximo artigo intitulado “barragens de rejeitos de mineração no Brasil: uma observação a partir das relações entre direito, ciência e política” de Sabrina Lehnen Stoll e Giselle Marie Krepsky, apresentou um estudo da correlação entre os sistemas do Direito, da Ciência e da Política, ante ao enfrentamento das questões de segurança das barragens de rejeitos de mineração no Brasil.

Na sequência, o artigo intitulado “as convenções e esforços internacionais para as mudanças climáticas: o papel da energia solar na Argélia” de Henrique de Almeida Santos, Maraluce Maria Custódio e Daniel Alberico Resende, identificou que o poder de produção de energia solar na Argélia é capaz de suprir a demanda de vários países africanos, contribuindo para redução de poluentes decorrentes da energia fóssil e contribuindo para a descarbonização do setor energético no país e em outras nações africanas.

A autora Paula Rezende de Castro apresenta o artigo intitulado “Análise dos fatores socioambientais na saúde infantil no Estado do Amazonas e a abordagem inter e transdisciplinar em políticas de saúde ambiental, no qual destaca alguns fatores ambientais que impactam na saúde das crianças no Estado do Amazonas, além de abordar a importância da inter e transdisciplinaridade nas políticas em saúde, trazendo a análise os problemas gerados pela malária, dengue, diarreia e no trato respiratória, analisando dados do SUSAM e DataSus.

O artigo intitulado “A modernização do Licenciamento ambiental como contrapeso à simplificação normativa : o exemplo de Minas Gerais”, de autoria de Daniel dos Santos Gonçalves e Romeu Thomé, refere-se aos 40 anos de existência do licenciamento ambiental no Brasil, objetivando demonstrar a importância da modernização para a evolução da gestão ambiental, e alertando porém que a utilização de inovações tecnológicas como amparo à execução desse instrumento ainda é tímida. Em Minas Gerais, desde o ano de 2016, alterações normativas vêm promovendo simplificações no licenciamento ambiental. Em contrapartida, inovações procedimentais também estão se efetivando, com destaque à modernização tecnológica.

Lorena Fávero Pacheco da Luz é a autora do artigo intitulado “A função social da Terra na perspectiva Latino-americana e os contratos de integração” , sendo objetivo da pesquisa analisar criticamente o contrato de integração no Brasil frente à função social da terra na perspectiva latino-americana, desta forma aborda a Lei 13.288/2016 que regula os contratos de integração, o qual prevê obrigações e responsabilidades entre produtores integrados e empresas integradoras. Apresenta estudo comparado com o constitucionalismo latino-americano, com intuito de verificar se o contrato de integração contribui ou não para a

redução das desigualdades numa perspectiva da sociologia rural e superação dos limites do sistema jurídico proprietário e individualista.

“A composição de danos socioambientais decorrentes da atividade de mineração em Barcarena, no Pará” é o artigo apresentado por Luciana Costa da Fonseca e Matheus de Amaral da Costa, e destaca que a região de Barcarena (PA), é muito afetada pela implantação da atividade de mineração, e que os conflitos socioambientais gerados pela atividade de mineração têm sido objeto de demandas judiciais, exigindo atuação do Poder Judiciário para garantia dos direitos fundamentais da população, especialmente relacionada à contaminação de recursos hídricos e comprometimento do saneamento básico na região, que muitas vezes é extremamente morosa e complexa. Neste sentido o artigo apresenta os resultados parciais da pesquisa desenvolvida na Universidade Federal do Pará, e demonstra que a composição por meio de Termos de ajustamento de conduta não tem sido eficiente para garantia dos direitos.

Os autores Victor Vartuli Cordeiro e Silva, Elcio Nacur Rezende , Fernanda Netto Estanislau apresentam o artigo intitulado “A (ir)responsabilidade civil ambiental do proprietário decorrente da exploração minerária do subsolo: o inexorável rompimento do nexo causal diante do ato administrativo concessivo da exploração” esclarecendo a pesquisa que, com a separação da propriedade do solo e subsolo o proprietário de um imóvel é obrigado a permitir que a atividade minerária se desenvolva em seu terreno, alertando o artigo que, entretanto, existe a possibilidade, de abandono da mina sem que o minerador recupere o meio ambiente. Diante disso, ao aplicar-se a teoria do risco integral, quanto à responsabilização civil ambiental, o proprietário do solo poderia ser responsabilizado a arcar com a reparação. O objetivo do artigo é propor, neste contexto, a superação da aplicação indiscriminada do risco integral, para que com a adoção do risco criado permita-se o rompimento do nexo causal.

Por fim, o autor Alexander Marques Silva apresenta o artigo intitulado: “O desenvolvimento constitucional ambiental na América Latina”, que aborda a forma inovadora das Constituições latino-americanas contemplam com relação à preservação do meio ambiente, abordando textos constitucionais dos países com histórico recente de edições ou promulgações e que contemplaram as questões ambientais em seus respectivos textos. Destaca-se a mudança de paradigmas relativa ao enfrentamento do desenvolvimento ambiental sustentável frente ao crescimento econômico e o poderio dos países desenvolvidos que influenciam as decisões adotadas nos países em desenvolvimento e, demonstra-se a inovação conceitual adotada pelos textos das constituições boliviana e equatoriana, que trazem a natureza como sujeitos personalíssimos de direitos.

Enfim, reafirmamos a nossa satisfação em coordenar este grupo de trabalho e convidamos o leitor a participar do debate proposto nesta publicação, composto por talentosos pesquisadores, contribuindo para lançar novas luzes aos estudos contemporâneos.

Boa leitura!!

Profª Drª Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza

Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica –
PPCJ – Universidade do Vale do Itajaí

Prof Dr Nivaldo Dos Santos

Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito -
Universidade Federal de Goiás

Profª Drª Norma Sueli Padilha

Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito -
Universidade Federal de Santa Catarina

MUDANÇAS CLIMÁTICAS E O PODER JUDICIÁRIO SOB A ÓPTICA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

CLIMATE CHANGE AND JUDICIAL POWER UNDER THE OPTICS OF HERMENUTICAL CRITICAL LAW

Kelly de Souza Barbosa ¹
Rafaela Santos Martins da Rosa ²

Resumo

Com as mudanças climáticas, a tese da supremacia do interesse público sobre o privado nas decisões judiciais requer a reavaliação do ato interpretativo sob bases jusfilosóficas. Destarte indaga-se como a Crítica Hermenêutica do Direito pode auxiliar os magistrados na resolução dos conflitos envolvendo o direito de propriedade e do meio ambiente equilibrado, no cenário de mudanças climáticas. Utilizando a pesquisa bibliográfica e documental foram desenvolvidos dois capítulos, que conduziram à conclusão de que no contexto explorado, as decisões judiciais deverão estar balizadas na criteriologia para que se alcance a resposta constitucionalmente adequada e alinhada a necessária adaptação climática.

Palavras-chave: Mudanças climáticas, Direito de propriedade, Conflito jusfundamental, Poder judiciário, Crítica hermenêutica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

With climate change, the thesis of the supremacy of the public interest over the private in judicial decisions requires a reassessment of the interpretative act on a jusphilosophical basis. Thus, it is asked how Hermeneutic Criticism of Law can assist magistrates in the resolution of conflicts involving the right to property and the balanced environment, in scenario of climate change. Using bibliographic and documentary research, two chapters were developed, which led to conclusion that in the context explored, judicial decisions should be guided by criteria so that the constitutionally adequate response is achieved and aligned with necessary climatic adaptation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Climate changes, Property right, Fundamental conflict, Judicial power, Critical hermeneutics of law

¹ Doutoranda em Direito pela UNISINOS e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP (2018). Especialista em Direito Processual Civil e Processo Cautelar pela UCAM/Instituto Prominas (2017).

² Juíza Federal no Rio Grande do Sul. Mestre em Direito e Sustentabilidade pela Universidade de Alicante (2013) e Mestre em Direito pela Univali (2013). Doutoranda em Direito na Unisinos.

INTRODUÇÃO

O aquecimento global provocado pelo acúmulo de Gases de Efeito Estufa (GEE) implica nas mudanças climáticas que potencializam as catástrofes ambientais (de origem antropogênica ou não), que são eventos que desorganizam a ordem natural e social da região atingida e, paralelamente, influenciam outras partes do globo terrestre - haja vista a interconexão da maior parte das comunidades humanas. Como este não um problema isolado, todos devem participar na busca por soluções adaptativas, inclusive, pela via judiciária.

No ato de interpretar, o juiz, sob uma racionalidade jurídica e um arcabouço da hermenêutica filosófica, deve se atentar para que fatores externos (como juízos morais e políticos) não se sobressaiam à análise técnico-jurídica. Neste contexto se buscou na Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) um caminho que pode auxiliar os magistrados brasileiros, em contexto de mudanças climáticas, na interpretação dos conflitos entre o direito de propriedade e do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Tendo por objetivo geral relacionar a CHD com as mudanças climáticas, balizando na pesquisa bibliográfica e documental, foram desenvolvidos 2 (dois) capítulos. No primeiro capítulo dedicou-se a contextualizar as mudanças climáticas e seu impacto no direito de propriedade, considerando a tese da supremacia do interesse público sobre o privado. No segundo capítulo abordou-se propriamente a CHD, abrindo-se um subcapítulo para explicar as raízes filosóficas da teoria, para então associar a Teoria da Decisão com o cenário de mudanças climáticas.

Considerando a importância do direito de propriedade e do meio ambiente equilibrado, e que escolhas arbitrárias (pautadas na emoção e na política) poderão obstruir a necessária adaptação climática, o Poder Judiciário deverá se pautar em critérios públicos na deliberação dos direitos jusfundamentais, os quais estarão em melhor consonância constitucional se seguirem as bases da CHD.

1. TENSÃO JUSFUNDAMENTAL DECORRENTE DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO (CHD)

A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) é uma teoria desenvolvida pelo jurista brasileiro Lenio Luiz Streck, em que o “problema enfrentado é o ato interpretativo do juiz no momento de decidir” (STRECK, 2017a, p. 24). A teoria se desdobra na Teoria da Decisão, a fim de reforçar a necessidade da adoção de critérios públicos em detrimento de concepções morais, no ato de elaboração de uma decisão judicial. Em outras palavras, não outra inquietude poderia estar no âmago da CHD do que a existência de “decisões judiciais que não são democráticas, ou seja, nas quais o juiz procedeu de modo arbitrário, conforme a sua consciência

individual. E isso é um desrespeito ao Estado Democrático de Direito que estabelece as regras do jogo ao qual o juiz atua” (STRECK, 2017a, p. 24).

Como cenário da aplicação da teoria alhures, se destaca as decisões judiciais no Brasil que terão de forma direta ou indireta casuísticas relacionadas com as conturbações sociojurídicas que as mudanças climáticas globais irão e estão causando ao direito de propriedade. Inequívoco que o meio ambiente está em milenar evolução e adaptação, no entanto, quando se utiliza a expressão “mudanças climáticas” a sua abrangência está nas alterações climáticas bruscas "modernas”, sobretudo, acompanhadas por desastres naturais, decorrentes de interferências naturais, antropogênicas ou mistas.

Cada vez mais está assente nas pesquisas científicas que a intensificação das mudanças climáticas (já se menciona emergência climática), está associada ao aquecimento global. O principal fator deste fenômeno é a concentração de gases poluentes de efeito estufa (GEE) na atmosfera terrestre lançados de forma exacerbada pelas atividades humanas (pós-)industriais.

As emissões antropogênicas de gases de efeito estufa tem aumentado desde a era pré-industrial, em grande medida como resultado do crescimento econômico e demográfico, e atualmente são maiores do que nunca. Como consequência, se tem alcançado umas concentrações atmosféricas de dióxido de carbono, metano e óxido nitroso sem paradigma em pelo menos nos últimos 800.000 anos. Os efeitos das emissões, assim como de outros fatores antropogênicos, se têm detectado em todo o sistema climático e é extremamente provável que tem sido a causa dominante do aquecimento observado a partir da segunda metade do século XX (IPCC, 2014, p. 4). (Tradução livre).

Salvo raríssimos episódios de eventos naturais (como a queda de um meteorito, por exemplo), considerando os impactos transfronteiriços e transtemporais do aquecimento global, a caracterização de desastres ambientais sem qualquer influência antropogênica, mesmo que indireta, é difícil e pouco crível.

Mesmo com projetos e tentativas internas e externas de alteração do quadro global de emissão de GEE nos países, as atuais tecnologias, estilos de vida, entre outros fatores não alcançaram uma mudança substancial que torne visível à geração do século XXI a não vivência do caos climático. Aliás, o estudo de 2014 do Intergovernmental Panel on Climate Change - IPCC (em português, Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas) já evidenciava que as projeções em todos os cenários de altas emissões de GEE apresentavam que o aquecimento global continuará ao longo do século XXI. Sendo muito provável que ocorrerão ondas de calor com mais frequência e durabilidade, as precipitações serão mais intensas e frequentes em várias regiões do mundo, as águas oceânicas continuarão tendo suas temperaturas aumentadas e acidificadas, e o nível médio global dos mares permanecerão se elevando (IPCC, 2014, p. 10).

Considerando o cenário norte-americano, Holly Doremus adverte que a mudança climática, impulsionada pelo aquecimento global, está abalando as expectativas quanto ao

direito de propriedade (que luta para manter a sua estabilidade/inalterabilidade) nos contextos dinâmicos atinentes as terras costeiras e no uso e gestão da água doce para consumo humano.¹ Tal constatação, analogicamente, pode ser aplicada ao Brasil.

O processo de adaptação climática irá inferir no necessário ajuste estratégico ao direito de propriedade. Dentre as medidas apresentadas por Doremus, destaca-se a sua advertência de que as Cortes Superiores deverão exercer um papel principal, ainda que a caracterização como ativista, atualmente, não seja um dos melhores adjetivos ao juiz. Ela explica que mesmo os Tribunais estando ao fundo, ultimamente, eles são a instituição angular, haja vista o poder de bloquear ou facilitar o reajuste legislativo (DOREMUS, 2012, p. 1120).

Sem olvidar as diferenças culturais, jurídicas, políticas e, sobretudo, da compreensão acerca do direito de propriedade e da extensão das funções do Poder Judiciário, no Brasil e nos Estados Unidos da América, o possível protagonismo judicial frente às mudanças climáticas e o direito de propriedade é uma questão que merece ser discutida. Importante as considerações de Bernardo de que embora os poderes legislativo e executivo sejam as instituições legítimas para a implementação de medidas de mitigação e adaptação climática no Brasil, elas não são “postas em prática com facilidade”, o que acaba repercutindo no Poder Judiciário (BERNARDO, 2017, p. 519), como ele explica a seguir.

À luz dessas barreiras, que dificultam a tomada de decisões drásticas por governantes eleitos para combater os efeitos do aquecimento global, a litigância no campo das mudanças climáticas aumentou dramaticamente nos últimos anos. Medidas judiciais foram interpostas em âmbito local, regional, nacional e internacional como uma forma de superar a inércia de governantes e grandes poluidores em lidar com o aquecimento global de forma efetiva (BERNARDO, 2017, p. 517-548).

Claro que mudanças bruscas e gerais no direito de propriedade no contexto de mudanças climáticas não apenas devem, mas são e serão realizadas pelo Poder Legislativo², consoante a divisão das funções típicas do Estado. No entanto, a burocracia em torno do processo legislativo

¹ Isso porque, em relação às terras costeiras, o aquecimento global está causando o aumento do nível mar e, por conseguinte, inundações nas áreas costeiras do país, onde estão localizadas cidades com grande concentração populacional; causa a contaminação por salgamento das águas doces e desequilibrar o clima e o sistema séptico; contribuir com o surgimento de tempestades; causar erosões e outros danos ambientais. E no que tange a existência de águas doces, esse fenômeno está aumentando a temperatura dos oceanos, prejudicando a sobrevivência de diversas espécies aquáticas; as precipitações de neve (resfriador natural que contribui para a formação das geleiras) estão comprometidas; entre outros (DOREMUS, 2012, p. 1091, 1101-1105).

² No Congresso Nacional há a Comissão Mista Permanente sobre Mudanças Climáticas, “destinada a acompanhar, monitorar e fiscalizar, de modo contínuo, as ações referentes às mudanças climáticas no Brasil”, conforme a Resolução nº 04/2008 do próprio Congresso Nacional.

Outrossim, a título de exemplo do exercício legislativo relacionado com as mudanças climáticas, conforme pesquisa realizada no site da Câmara dos Deputados no dia 27/06/2018, utilizando como filtro as propostas que estão em tramitação “sim”, palavra-chave “mudanças climáticas”, enfocando no tipo de proposição “os tipos mais pesquisados, constatou-se: a) 3 Propostas de Emenda à Constituição; b) 9 Projetos de Lei Complementar; c) 97 Projetos de Lei; d) 1 Projeto de Decreto Legislativo; e) 5 Projetos de Resolução; e) 39 Requerimentos; f) 3 (três) Requerimentos de Informação; g) 3 Mensagens; h) 22 Indicações (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

propriamente dito, avantajada por interesses políticos³, implicam na reflexão de casos individuais a serem abordados pelo Poder Judiciário e que, por conseguinte, ricochetearão na sociedade e no Direito. Cenário que fragiliza o princípio democrático e a segurança jurídica.

De todo modo, em quaisquer das esferas de poder que protagonizem o ajuste ao direito de propriedade no cenário de mudanças climáticas (poder legislativo, executivo ou judiciário), Damacena e Webber alertam para a necessária observância ao Estado de Direito. Vide abaixo.

As adaptações não podem ser arbitrárias, sectárias ou desproporcionais. Essa cautela, típica de um Estado de Direito, vale tanto para políticas públicas, quanto para as intervenções do poder judiciário. Nessa linha, as medidas de adaptação impulsionadas pelos reflexos das mudanças climáticas devem, na medida do possível, atender o interesse público, sem desconsiderar o direito de propriedade e institutos correlatos (DAMACENA; WEBBER, 2016, p. 61).

Ao afunilar o raciocínio para a esfera judicial, Bernardo assevera que os juízes possuem importante papel para a adaptação climática, no sentido de pressionarem os poderes legislativo e executivo, bem como a sociedade civil, empresas e cidadãos, a adotarem medidas efetivas de combate as mudanças climáticas e as considerarem em suas esferas de decisão. No entanto, o Poder Judiciário deve fazer isso cuidando para não desrespeitar a separação dos poderes, haja vista que não cabe a ele definir as políticas climáticas, mas sim as instâncias políticas - as quais realmente possuem a capacidade institucional para tanto (BERNARDO, 2017, p. 522).

Neste contexto, para que arbitrariedades não venham a ocorrer, a CHD deve se sobressair como sustentáculo a permear a postura dos juízes brasileiros, no confronto entre direitos jusfundamentais, *in casu*, o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado intergeracional. Isso porque, conforme Carvalho, “observa-se que a proteção ambiental e o direito de propriedade apresentam uma dignidade constitucional equivalente e equidistante, sem a sobreposição apriorística de um sobre o outro” (CARVALHO, 2017, p. 36).

No Brasil, o direito de propriedade eminentemente individualista, pós-Constituinte de 1988, passa a ter caráter coletivo em consonância à proteção do meio ambiente (interesse difuso), sob o argumento da função ambiental da propriedade⁴ (artigos 5º, 170, inciso VI, 186, inciso II e 225, da Constituição Federal de 1988). Daqui decorre o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado em matéria ambiental.

³ “Em resumo, essas medidas [de adaptação climática] representam significativas mudanças na sociedade contemporânea, e nem sempre são de fácil implementação, principalmente se levarmos em conta que representantes eleitos necessitam moderar suas atitudes de forma a garantir suas cadeiras nas eleições seguintes, evitando desagradar grande parcela de seu eleitorado” (BERNARDO, 2017, p. 519).

⁴ “Assim, a função ambiental está comprometida em assegurar que o uso da propriedade privada [ou pública] resguarde os interesses ecológicos, ambientais, paisagísticos e de proteção dos recursos naturais, submetendo o exercício do direito de propriedade às determinações presentes na legislação ambiental. Tudo isso, sem, contudo, um esvaziamento ou aniquilação do direito de propriedade” (CARVALHO, 2017, p. 28).

Damacena e Webber advertem que com mais frequência é possível verificar nas decisões judiciais pátrias o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, como fundamento das respostas jurisdicionais em favor do meio ambiente. Principalmente quando há relações entre o direito fundamental à propriedade de um lado e de outro o meio ambiente ecologicamente equilibrado (DAMACENA; WEBBER, 2016, p. 63-64). A título exemplificativo, as autoras em tela colacionam as seguintes decisões judiciais, todas do Superior Tribunal de Justiça: Resp 1293744, Rel. Min. Benedito Gonçalves, publicado em 18/05/2015; Resp 977662, Rel. Min. Herman Benjamin, publicado em 01/06/2012; Resp 1381191, Rel. Min. Diva Malebi, publicado em 30/06/2016; AREsp 775574, Rel. Min. Marco Aurélio Bekizze, publicado em 29/08/2016; AREsp 526344, Rel. Min. Sérgio Kukina, publicado em 31/10/2014 (DAMACENA; WEBBER, 2016, p. 63-64).

De fato, o Poder Judiciário brasileiro utiliza a tese da supremacia do interesse público em detrimento do interesse privado, contudo, esta não pode ser considerada uma máxima intocável. Carvalho, balizado em Humberto Ávila, preleciona acerca do juízo de ponderação entre os interesses privados e os interesses públicos, como se verifica no trecho abaixo.

Assim, em detrimento da supremacia do interesse público, deve haver o deslocamento para um sistema de ponderação de interesses que, em se tratando de direitos fundamentais, envolvem uma análise de proporcionalidade na solução dos conflitos, a partir da compreensão de que a decisão em favor de uma dimensão jusfundamental sobre a outra em um dado conflito deve ser feita com o menor comprometimento do direito fundamental sucumbente. Essa ponderação deve ser concreta e sistematicamente orientada (CARVALHO, 2017, p. 36).

Não obstante a ponderação como critério de análise no confronto entre interesses públicos e privados em matéria ambiental, ainda é uma racionalidade jurídica em desenvolvimento e que precisa ser explorada pela praxis jurisdicional, tendente a aplicação rigorosa da legislação ambiental. Situação que se agrava na iminência de conturbações ao direito de propriedade em razão das mudanças climáticas e das catástrofes ambientais.

Notável a necessidade de adaptação do direito de propriedade. Contudo, pela via judicial, não se deve olvidar que “uma interpretação sistêmica, razoável e condizente com a Constituição, fundamenta-se em critérios capazes de seguir tutelando deveres fundamentais solidariedade, a partir de sua interpretação abrangente” (DAMACENA; WEBBER, 2016, p. 68).

Para este ato de interpretação abrangente, mas limitada aos ditames Constitucionais e ao Estado de Direito, no cenário de alterações climáticas, a CHD apresenta os fundamentos e critérios jus-filosóficos que melhor nortearão o magistrado a apresentar a “resposta constitucionalmente adequada”. Isso porque, conquanto haja todo o apelo emocional, social, político, econômico, cultural e ambiental, em âmbito local, regional, nacional e internacional

que as mudanças climáticas causam, o juiz não pode atuar como sujeito solipsista⁵, que tudo é capaz de decidir, inclusive transmutando o direito e/ou utilizando a força do juízo pessoal (“moral”) para deliberar sobre algo.

O juiz não pode refletir o senso comum. O juiz é uma figura do Estado, de posição contra majoritária, que está para apresentar uma resposta jurídica e não política ou midiática. O juiz deve aceitar que sua atuação está limitada ao caso concreto e as balizas do Estado de Direito. O juiz não é o “salvador da pátria”! Assim, antes de adentrar à Teoria da Decisão, corolário da Crítica Hermenêutica do Direito, mostra-se importante compreender as balizas filosóficas paradigmáticas que a edificaram e corroboraram para uma visão menos utópica da necessária consubstanciação de critérios em torno das decisões judiciais.

1.1. AS BASES FILOSÓFICAS DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO (CHD)

Sem a pretensão de esgotar o assunto, de início é essencial evidenciar aspectos diferenciadores da hermenêutica clássica em contraponto com a hermenêutica filosófica (e filosofia hermenêutica), tendo esta(s) última(s) como principais precursores os filósofos clássicos alemães Martin Heidegger (1889-1976) e seu discípulo Hans-Gerorg Gadamer (1900-2002) – responsáveis pela reviravolta hermenêutica ou linguístico-ontológica. Inspirada nos ensinamentos dos filósofos alemães Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher⁶ (1768-1834) e Wilhelm Christian Ludwig Dilthey⁷ (1833-1911) Fontana explica que a hermenêutica clássica se baseia em princípios metodológicos submetidos à interpretação, circunscrita em um processo repetitório na busca por um “sentido verdadeiro.” No âmbito jurídico, a aplicação da lei ao caso concreto – qualquer que seja e independente do marco temporal - limitar-se-á a interpretação da normatividade (ou melhor, do positivismo) (FONTANA, 2008, p. 3419).

Os símbolos e o conhecimento “objetivo” sobrepõe ao *ser*, devendo o intérprete buscar ser imparcial no ato de interpretar, apartando-se da sua história e sociedade, para alcançar/revelar respostas (tidas como ocultas) estagnadas no tempo e denotar a verdade suprema/única - como pretende a metafísica, a qual se desvelará independentemente do método

⁵ “O solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele ‘assujeita’ o mundo conforme o seu ponto de vista interior. Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo” (STRECK, 2017a, p. 107).

⁶ Conforme as pesquisas de Lima e Barros, Schleiermacher está associado a hermenêutica psicológica que apresenta como diferencial a possibilidade do uso da hermenêutica para qualquer texto escrito, enfatizando-a não apenas como método, mas sim como a compreensão da interpretação do conhecimento como tal; e apresenta o círculo hermenêutico com dois momentos interpretativos, o primeiro seria a compreensão divinatória e o segundo a compreensão comparativa, para alcançar o sentido correto de todo o texto (ou seja, o que o autor teria criado) (LIMA; BARROS, 2014, p. 4-5).

⁷ Defensor da hermenêutica metodológica, “Dilthey critica o psicologismo presente na teoria de Schleiermacher, cuja preocupação se situava na relação entre autor e intérprete, e desloca o problema da compreensão do todo da obra, para a compreensão do todo do contexto histórico no qual o intérprete e a obra estão inseridas” (STRECK *apud* LIMA; BARROS, 2014, p. 5).

utilizado. Originada no medievo, sob as insígnias dos gregos Platão e Aristóteles, a metafísica buscava a análise e o conhecimento da existência do Ser, por isso se menciona a entificação do Ser, imperando o esquema sujeito-objeto.

Obviamente, existem diversas peculiaridades que diferenciam a metafísica clássica da metafísica moderna, que podem ser compreendidas a partir da relação que se estabelece entre o sujeito e o objeto do conhecimento. Desse modo, se na metafísica moderna o sujeito solipsista⁸ se constitui num verdadeiro assujeitador do mundo, na metafísica clássica o objeto se impõe em relação ao sujeito, sendo que em ambos, a linguagem acaba mantendo um caráter meramente instrumental (STRECK, 2017, p. 123).

Tendo em vista a constante complexidade da sociedade dinâmica e da realidade vivenciada, que há questões humanas que demandam análises mais apuradas, com respostas paulatinamente (re)planejadas no tempo, a hermenêutica como método (clássica) não consubstancia as peculiaridades necessárias para a busca real pela(s) verdade(s) mutantes, sendo significativa a visão filosófica da hermenêutica na contemporaneidade. Máxime na seara jurídica, isso porque a hermenêutica jurídica (sob o influxo filosófico) “desempenha uma função indispensável, visto que precisa superar o hiato insuperável entre a generalidade do direito estabelecido e a concreção do caso individual” (GADAMER, 2002. p. 129).

Heidegger tem o projeto obstinado de superar a metafísica, que coloca o Ser como objeto central da análise do seu entorno, o entificando (impondo conceitos objetificadores, que limitam o processo de compreensão) e ao mesmo tempo olvidando de sua própria existência dinâmica no decorrer da história. Ele defronta o esquecimento ou encobrimento do Ser no processo de análise metafísica.

Nessa história de ‘esquecimento do Ser, Heidegger identifica elementos que, em determinadas épocas, acabaram por oferecer à filosofia um polo de unificação; algum tipo de explicação última (ou fundamento) que, a pretexto de representar o ‘pensamento do ser’, dizia, na verdade, o seu encobrimento; sua entificação. O filósofo nomeia tais elementos como ‘princípios epocais’, não porque ‘presidiram uma era’, mas sim, porque acarretavam uma ‘*epoché*’, ou seja, uma suspensão da diferença ontológica por meio de um pensamento objetificador (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017, p. 314).

Ou seja, o filósofo, sem a pretensão de aniquilar a construção teórica confrontada, propõe um novo tipo de análise-existencial como ontologia-fundamental (para expor o

⁸ “Do latim *solus* (sozinho) e *Ipse* (mesmo), o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência de sujeito. Ele sujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo. Isso quer dizer que o solipsismo é, de certa forma, resultado da própria modernidade, ou seja, derivado do paradigma metafísico que encontrou na subjetividade do homem o ponto de fundamentação última para todo o conhecimento sobre o mundo” (STRECK, 2017, p. 273).

desconhecido) inserindo o Ser-ai⁹ (modo de ser, do ser humano), implicando na superação do esquema Sujeito-Objeto¹⁰ arquitetada pela diferença ontológica¹¹ entre Ser e Ente.

Observa-se que Heidegger, ao propor sua ontologia como hermenêutica da faticidade, opera uma aproximação até então não pensada: de um lado, rejeitando a definição tradicional, a *hermenêutica* é empregada, no seu sentido originário, para denominar determinada unidade de realização do *hermeneuein* (do participar de alguém), isto é, a interpretação da faticidade que traz ao encontro; e, de outro, sintetizando aquilo que é visado pela ontologia fundamental, a *faticidade* procura dar conta do ser do ente privilegiado, isto é, do nível do ente em que nós somos (*Dasein*) (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017, p. 317).

Urge elucidar a explicação de Streck de que *Dasein* não é um conceito antropológico, ele deriva do Ser-aí, de tal modo que ele não se correlaciona com o homem, mas sim com um ente privilegiado que compreende o Ser, “é exatamente o elemento que vai se colocar para compreensão da complexidade que é a ruptura de dois paradigmas, quais sejam, o paradigma objetivista e o paradigma subjetivista” (STRECK, 2017a, p. 106). A mudança paradigmática apresentada por Heidegger se vale do método fenomenológico e uma hermenêutica da faticidade.

O método fenomenológico desenvolvido por Heidegger, segundo Oliveira “é sempre precário e provisório e não permite sua total apreensão e domínio”, e como este “método” não possui um conceito final, a sua descrição é extraída de três macro pontos (estratégicos). O primeiro é a redução, “é preciso deslocar o olhar do ente em direção ao ser, de modo que aquilo que permanece oculto no que se mostra, possa se manifestar”. O segundo é a destruição, “que nos permite olhar para a tradição orientados pelo desentranhamento das possibilidades que nela permanecem enrijecidas”. O terceiro é a construção, que tem estreita relação com a destruição, na medida em que a criação de novos projetos pressupõe a incorporação de projetos positivos do passado, dado que não há um vácuo existencial e de formação do conhecimento (OLIVEIRA, 2008, p. 37-41).¹²

⁹ “Em Heidegger, hermenêutica é ontologia. O homem é um ser hermenêutico. É o *Dasein*, ser-aí ou eis-aí-ser. Isto é, o homem não é mais compreendido como algo apartado ou apartável da sua realidade. O termo “aí” designa a realidade histórica da qual o homem não pode se desvencilhar. Supera-se, com isso, o subjetivismo imperante desde Kant. *Dasei* é o homem frente a sua historicidade, o ser por excelência, porquanto é o único dotado da capacidade de compreender o seu próprio ser e o ser dos entes que o cercam. E isso se dá através do círculo hermenêutico” (LIMA; BARROS, 2014, p. 2).

¹⁰ “O esquema sujeito-objeto significa a superação do projeto que busca na filosofia um fundamento para o conhecimento a partir do discurso em que impera a ideia de juízo, a ideia de síntese na subjetividade em que se fundaria o enunciado. Heidegger introduziu, para isso, uma distinção entre o discurso explicitador, o discurso manifestativo, que denomina o apofântico, e o discurso subterrâneo, que acontece simultaneamente com o discurso apofântico e que o filósofo denomina de dimensão hermenêutica” (STRECK, 2017, p. 64).

¹¹ Conforme Streck, a diferença ontológica expressa-se no enunciado (máximo) de Heidegger ‘o ser é sempre um ser de um ente’. “Eis o enigma: os fenômenos se manifestam. Exsurgem. Põem-se à mão por intermédio da linguagem. O ente só é no seu ser. Por isso não há cisão entre ser e ente. E não há cisão entre a palavra e coisa; entre fato e Direito. Daí a construção da relação texto-norma no contexto da diferença ontológica” (STRECK, 2017, p. 49).

¹² “O último elemento lembrado por Heidegger (a construção) pertence em verdade à destruição. Isto porque a repetição da tradição com a consequente supressão de seus encobrimentos linguísticos não representa uma pura

Por sua vez, a “faticidade se liga à singularidade. Não há ‘coisas em geral’. Não existem conceitos fluando para depois se encaixarem com os entes do mundo concreto. Os sentidos se dão face à faticidade” (STRECK, 2017, p. 70). Logo, “não há universalidades que contêm todos os sentidos. Os sentidos se dão na faticidade” (STRECK, 2017, p. 70). Acrescenta Trindade e Oliveira que “a fenomenologia é hermenêutica, na medida em que trata de um compreender prévio do modo de ser do *Dasein*. Ela não possui a autonomia de uma área do conhecimento, mas apenas específica uma espécie de procedimento – fenomenológico – voltado a estrutura ontológica que deve ser mostrada” (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017, p. 317).

Se para Heidegger a hermenêutica é apresentada como um adjetivo no paradigma filosófico construído por ele – ou seja, seu maior interesse está na abrangência filosófica –, a inversão da expressão em hermenêutica filosófica denota que para Gadamer a hermenêutica, como substantivo, consta como o próprio projeto interpretativo que pode ter aplicação ou não na matriz filosófica. Assim, aprofundando os ensinamentos de Heidegger, a hermenêutica filosófica de Gadamer correlaciona a historicidade com a pré-compreensão, dado que não há como o intérprete realizar a interpretação desconsiderando seu contexto histórico ou os pré-juízos/pré-conceitos (tradições, por exemplo) que o formaram – eles estão ínsitos a sua condição de Ser-no-mundo e Ser-aí (LIMA; BARROS, 2014, p. 6-8).

Logo, ao mesmo tempo que desmistifica o conhecimento imparcial e ilimitado, pois a pré-compreensão denota o contrário (possibilita e limita o conhecimento, implicando na superação da subjetividade pura), também não há verdade absoluta, pois a cada momento histórico ela se altera.

Assevera Gadamer que “uma hermenêutica filosófica haverá de concluir que o compreender só é possível quando aquele que compreende coloca em jogo seus próprios preconceitos” (GADAMER, 2002, p. 132). A pré-compreensão pode ser entendida como concepções que o intérprete possui antes mesmo de realizar a interpretação, isso porque, é impossível o mesmo dissociar-se do mundo que integra como se nunca tivesse pertencido a ele (torna-se um quadro em branco). Por isso, mesmo antes de concentrar suas forças para realizar o exercício hermenêutico, o intérprete já possui uma opinião prévia sobre o assunto que irá influir no processo de compreensão (MOREIRA; CABRAL, 2009, p. 140-141). Eis a íntima ligação entre a pré-compreensão e a *applicatio*, pois esta última é que denota, como menciona Streck, “a autêntica reviravolta na hermenêutica”, ao não se separar os momentos interpretativos sequências - primeiro conhecer, depois interpretar e enfim aplicar -, haja vista que sempre se está aplicando (STRECK, 2017, p. 21).

negação dela. Tampouco representa a destruição um prejuízo no qual a tradição tenha que ser totalmente removida, a partir da instituição de um a espécie de ‘grau zero’, senão que a destruição implica numa apropriação positiva do passado que sempre possibilita a construção de novos projetos” (OLIVEIRA, 2008, p. 41).

Applicatio quer dizer que desde sempre já estou operando com esse conjunto de elementos e categorias que me levam à compreensão. Mesmo quando o raciocínio com exemplos abstratos, estou aplicando.

O texto é, assim, como a palavra do rei: sempre vem primeiro, disse certa vez o próprio Gadamer, numa alusão a uma frase de Arthur Schopenhauer. Dessa forma, o texto jurídico só pode ser entendido a partir de sua aplicação, isto é, diante de uma coisa, um fato, um caso concreto. Compreender sem aplicação não é um compreender (STRECK, 2017, p. 70).

Importante esclarecer que a hermenêutica filosófica não motiva a pré-compreensão dotada de arbitrariedade e, por conseguinte, desvirtuante da compreensão, mas aquela não-arbitrária e que possibilita a constante revisão da concepção preliminar para o aprofundamento do sentido, sem a pretensão de reafirmar hipóteses e sim conhecer a concepção original da coisa (MOREIRA; CABRAL, 2009, p. 141-144). Portanto, “há então preconceitos negativos – figura pintada pelo Iluminismo, ligada a juízo não fundamentado – e positivos – os essenciais nos mecanismos de compreensão, além de carregarem em seu interior os percalços da tradição e do caminhar da história” (MOREIRA; CABRAL, 2009, p. 142).

Balizados na doutrina de Ernildo Jacob Stein, Trindade e Oliveira asseveram que o sentido do conceito de *compreender* externalizado por Gadamer difere daquele sustentado por Heidegger, isso porque, se para o mestre compreender é um existencial que integra o *Dasein*, para o discípulo, “o *compreender* é fundamentalmente um operar, que se dá tanto no nível do ser que é compreendido na linguagem, como também no nível em que aquele ser que é jamais poderá ser compreendido em sua totalidade” (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017, p. 321).

Na hermenêutica filosófica a **linguagem** não é apenas um meio, mas sim a própria razão – ou seja, possibilidade - ínsita em todo o conhecimento humano para o desfrute da experiência científica que integra os conhecimentos externos e internos do intérprete. De tal modo que a universalidade hermenêutica transcende o significado dos signos/palavras a fim de buscar o sentido próprio da coisa – logo, não se restringe ao que está escrito, mira-se também nas intenções (sentidos) internas que gravitam em torno daquilo que está exteriorizado (GADAMER, 2002, p. 135-137). Ludicamente, a hermenêutica filosófica não se contenta apenas com a casca do fruto do conhecimento da árvore linguagem, ela almeja o sumo.

As palavras brotam do movimento comunicativo da interpretação que o homem faz do mundo, e que se dá na linguagem. Movidas e transformadas por esta interpretação, as palavras se enriquecem, alcançam novos contextos que recobrem os antigos, resguardam-se num quase esquecimento para tornar à vida em ideias novas e questionadoras (GADAMER, 2002, p. 137).

Estando a hermenêutica filosófica balizada pela **tradição** retórica e não pela lógica (como era na hermenêutica clássica e nas ciências não sociais), o contexto histórico (tradição) delinea a pré-estrutura da compreensão, sendo a pré-compreensão do presente resultado das concepções (culturais) herdadas do passado. E a pré-compreensão futura o fluxo comunicativo do presente que se torna passado e do passado que ainda se manifesta no presente, mas de forma

dinâmica e flexibilizada pelo evoluir cronológico, sem perder a sua essência de legado histórico (analogicamente como acontece com um monumento) (MOREIRA; CABRAL, 2009, p. 144-145). Gadamer é categórico, “a historicidade não representa mais uma delimitação restritiva da razão e de seu postulado de verdade, sendo, antes, uma condição positiva para o conhecimento da verdade” (GADAMER, 2002, p. 133). Oportuno o comentário, abaixo transcrito, de Trindade e Oliveira a respeito do teorema da historicidade para o filósofo alhures, que assevera ser a linguagem o ser que pode ser compreendido.

Isso tudo porque Gadamer se interessava, fundamentalmente, pela historicidade como algo irrecuperável na sua radicalidade, visto que sua pretensão estava relacionada justamente à compreensão dos fenômenos da cultura, da história e da linguagem dentro dos horizontes finitos da faticidade e da historicidade, em que é impossível a recuperação do sentido último (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017, p. 321).

O intérprete ao se propor realizar o exercício hermenêutico de algo, deve ter a **consciência da história** impregnada em seu ser e na da própria coisa; logo, do horizonte histórico individual do sujeito e da coisa congregados pela perspectiva filosófica para se alcançar o conhecimento da parte em atenção ao todo¹³. Pela óptica de Gadamer, Moreira e Cabral explicam que o “horizonte é a *visão de mundo* de cada indivíduo”, e acrescentam:

O horizonte realiza um movimento peculiar trilhado no tempo. O horizonte do passado é uma perspectiva que cada um compartilha, pois aparece sob a forma da tradição, e todos são tocados por ela. O horizonte do presente é o olhar a partir da situação histórica onde cada um se encontra. Ambos são abertos à mobilidade e dinâmica da formação incessante da tradição. Assim, pode-se incluir o horizonte como elemento integrante da consciência histórica que, através da tradição, produz efeitos nos modos de ver e nos preconceitos do presente (MOREIRA; CABRAL, 2009, p. 146).

Assim como o sujeito (intérprete), o texto/objeto possui horizonte próprio (pré-compreensões e historicidade), sendo o conhecimento o resultado deste processo de encontro entre esses horizontes, ou melhor dizendo **fusão de horizontes**, que alterará aquela pré-compreensão inicial do sujeito sobre o texto/objeto e vice-versa, retornando ao processo de conhecimento, verificando-se o movimento cíclico do círculo hermenêutico preconizado por Heidegger e reafirmado por Gadamer (LIMA; BARROS, 2014, p. 8-9). Em movimento espiral infinito denominado como *círculo hermenêutico*, há a interpretação interativa entre o todo e a parte, partindo de uma *pré-compreensão* (estrutura prévia à compreensão) que se altera com o tempo, mas sem perder sua carga de *historicidade e tradição* que a forma e permite que seja reatualizada e confrontada na *fusão de horizontes* pelo *Dasein*.

A teoria hermenêutica filosófica de Gadamer causa a reviravolta hermenêutica, pois posicionar a linguagem no centro das discussões - em contraponto com a hermenêutica clássica

¹³ “[A] hermenêutica congrega a máxima generalidade. Compreende todo o enunciado não apenas em sua validade lógica, mas como resposta a uma pergunta. Isto significa, porém, que aquele que compreende, precisa compreender a pergunta, e uma vez que a compreensão precisa alcançar seu sentido a partir da história motivacional, precisa ir necessariamente além do conteúdo do enunciado pela lógica” (GADAMER, 2002, p. 134).

que colocava a consciência/metafísica -, calcada na ideia de que o homem não pode ser separado do mundo ao qual pertence, estando ambos interconectados pela linguagem (MOREIRA; CABRAL, 2009, p. 149-150). No panorama hermenêutico filosófico de Gadamer, o Direito como produto auto-regulador da sociedade, não deve se parametrizar por métodos, processos e concepções estanques para a solução de conflitos e organização política e social, haja vista a própria impossibilidade de diagnosticar e/ou prognosticar as relações (tormentosas ou não) entre os homens, entre estes e a sociedade ou o Estado.

À medida que a hermenêutica supera a ingenuidade positivista presente no conceito do dado (*Gegebenes*), através da reflexão sobre os condicionamentos da compreensão (compreensão prévia, prioridade da pergunta, história da motivação de cada enunciado), ela faz também uma crítica da reflexão metodológica positivista (GADAMER, 2002, p. 133).

A norma exteriorizada em uma lei elaborada pelos representantes do Poder Legislativo e abarcadas pelos demais em uma determinada época, embora permaneça com o mesmo conteúdo textual, com o passar do tempo e evolução e/ou mudança dos anseios da sociedade, requer uma interpretação diferida daquela realizada no período em que foi elaborada, a fim de que ela esteja em harmonia com a realidade da sociedade que a regula, mas isso não implica que ela seja feita sem critérios.

Assim sendo, tanto o sentido da lei como o sentido do texto literário qualquer ou, ainda, de um fragmento histórico do passado apresentam, sob a ótica gadameriana, uma mesma característica: o momento normativo da lei, do texto e do fragmento histórico, isto é, aquele momento que diz respeito a eles próprios, em que eles *querem dizer* por si mesmos, jamais pode ser cindindo do momento cognitivo em que eles, de fato, são aplicados, lidos e investigados, respectivamente. Isso significa dizer, em última análise, que um momento pertence ao outro, de tal maneira que ambos formam uma unidade inseparável, que está diretamente ligada à estrutura universal da experiência hermenêutica (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017, p. 322).

Ante o aludido é límpida a conclusão de que a hermenêutica filosófica extrapola o cenário metodológico científico, encontrando-se na análise de toda humanidade, adquirindo uma significação ontológica teórico-prática. Gadamer explica que “uma teoria da práxis da compreensão é certamente teoria e não prática. Mas nem por isso uma teoria da práxis é uma ‘técnica’ ou uma pretensa cientifização da práxis social. É ao contrário, uma reflexão filosófica dos limites a que está submetido todo domínio científico-técnico da natureza e da sociedade” (GADAMER, 2002, p. 142). E como a hermenêutica filosófica assenta que “‘compreender’ não significa mais um comportamento do pensamento humano dentre outros que se pode disciplinar metodologicamente, conformando assim a um procedimento científico, mas perfaz a mobilidade de fundo da existência humana” (GADAMER, 2002, p. 125), promovendo uma interpretação da linguagem em observância à pré-compreensão e a historicidade, revelando questionamentos e respostas atuais e em constante aperfeiçoamento dos sentidos, ela mostra-se ser a mais adequada para a melhor aplicação do Direito na complexa sociedade contemporânea.

Vencidos este arcabouço filosófico teórico fundamental a CHD evidencia a importância do diálogo entre o Direito e os outros ramos do conhecimento – como a filosofia -, sem olvidar de que o primeiro deve tecnicamente e criticamente se sobressair quando se está diante de questões jurídicas.

2 CONFRONTO À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: TEORIA DA DECISÃO

Ledo engano concluir que a CHD afasta a humanidade do magistrado para que seja articulada uma decisão judicial “neutra”. Esta teoria não é uma utópica! Nesse sentido, Streck faz duas advertências. A primeira é que “criticar e denunciar o solipsismo não implica proibição de os juízes interpretarem”; segundo, é que “o solipsismo judicial (jurídico-interpretativo) só pode acontecer em uma dada institucionalidade” (STRECK, 2017, p. 276-277), ou seja, essa posição não se sustenta em outros momentos cotidianos do magistrado.

Além da discricionariedade administrativa¹⁴ não se confundir com a discricionariedade judicial, esta última não é um “espaço aberto” à vontade do magistrado, como pode ser apresentada em algumas situações/decisões, principalmente quando relacionada com a efetivação dos direitos fundamentais. O alerta é vividamente feito por Streck, vide a seguir.

Defender que a decisão jurídica pressupõe um juízo discricionário de um juiz que, com seu livre convencimento, pode decidir a partir de sua consciência, é esquecer que estamos desde sempre inseridos num mundo em que as significações se dão intersubjetivamente. Logo a jurisdição não pode ser compreendida como uma escolha personalista. Ao contrário, deve ser entendida como um processo que requer responsabilidade política (STRECK, 2017b, p. 25).

Não obstante o movimento de judicialização da política¹⁵ pós-Constituinte de 1988 no Brasil, também se deve evidenciar o fenômeno do ativismo judicial, o qual Tassinari sintetiza “como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente” (TASSINARI, 2013, p. 36). O embate quanto ao ativismo judicial está justamente nesta incursão extrapolariva pelo magistrado ou Tribunal das funções típicas constitucionalmente definidas aos outros poderes. Por vezes se verifica no manejo de “interpretações do direito”, que as decisões ativistas estão escondendo concepções

¹⁴ “Nesse ponto aparece uma diferença gritante com relação à noção de discricionariedade administrativa: nesta o administrador está autorizado pela lei a eleger os meios necessários para determinação dos fins por ela estabelecidos, mas qualquer ato por ele praticado poderá ser questionado tendo em vista o princípio da legalidade; já na discricionariedade judicial, o julgador efetivamente cria uma regulação para o caso que, antes de sua decisão, não encontrava respaldo no Direito da comunidade política” (STRECK, 2017, p. 55).

¹⁵ Sobre o que é judicialização da política Tassinari aponta que: “É possível perceber, portanto, que a judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa). Isto é, esta questão está ligada a uma análise contextual da composição do cenário jurídico, não fazendo referência à necessidade de se criar (ou defender) um modelo de jurisdição fortalecido” (TASSINARI, 2013, p. 32).

morais ou políticas individuais que destoam da função ímpar de deliberar juridicamente o “verdadeiro” sentido da norma – se assim pode se referir, haja vista a profundida filosófica do que seja considerado verdadeiro. São nos eventos estarrecedores que o Direito deve se mostrar o refúgio aos desamparados, para que a ordem social seja restabelecida. E compõem os espelhos dessa segurança, as decisões judiciais. Por isso, a discricionariedade judicial deve estar num movimento declinatório em favor da absorção de critérios públicos no processo de interpretação e formulação de respostas aos litígios – sobretudo de massa.

Sem obstar que o Direito é incapaz de elucidar respostas legais imediatas a todas as situações fáticas e que a dinamicidade das sociedades humanas impõe alterações no sistema jurídico, abre-se espaço à discricionariedade do juiz, a fim de preencher essas lacunas semânticas. Tal raciocínio está premente nas teorias positivistas, seja normativista ou descritivista, como bem sintetiza Streck:

Veja-se que um positivista ético/normativista, por exemplo, dirá que quando as regras são claras (sem adentrar no problema que é dizer quando uma regra é clara) um juiz deve fazer uso de critérios extrajurídicos no momento de decidir. Esse é o pressuposto teórico adotado para resolver as ‘insuficiências’ ônticas do direito. Por outro lado, um positivista descritivista (positivismo exclusivo) dirá que juízes não estão obrigados a decidirem de acordo com o direito se este for moralmente inaceitável, sendo que, para isso, admite o uso de critérios extrajurídicos. Ou seja, o positivista que pretende apenas descrever o direito não está preocupado como um juiz deve decidir, pois recebe a decisão (e a discricionariedade) como algo ‘dado’ e busca apenas descrevê-la. Eis, portanto, a aceitação da discricionariedade como uma consequência da sua metodologia teórica (STRECK, 2017b, p. 27).

Além do ativismo judicial, outro fenômeno que sobrecarrega a estrutura judicial e distorce o processo decisório do magistrado no Brasil, diz respeito ao pamprincipiologismo. Termo cunhado por Streck, ele retrata a inundação do Direito pela “produção de *standards* valorativos, álibis teóricos pelos quais se pode dizer qualquer coisa sobre a interpretação da lei. Um princípio – sem qualquer densidade deontológica – tem a ‘força’ de derrotar o Direito posto, sem que o intérprete lance mão da jurisdição constitucional” (STRECK, 2017, p. 149). Em outras palavras, princípios não podem ser inventados ao alvedrio de modular uma escolha judicial pretérita à análise jurídica, a fim de justificá-la (ou legitimá-la). Princípios “são padrões que devem ser consolidados na história institucional de uma comunidade. Definitivamente: princípios são normas. Normas atuam no código lícito-ilícito. O resto são argumentações retórico-morais ou moralizantes” (STRECK, 2017, p. 17).

O pamprincipiologismo é a completa subversão do papel dos princípios e do que são os princípios. Os princípios não se manifestam a fim de ampliar a interpretação judicial, mas sim para condicioná-la aos critérios públicos de natureza jurídica. Isso porque, os princípios “são a manifestação da densidade normativo-concreta de um mandamento legal (regra-preceito), sendo que, mesmo aqueles preceitos nomeados como princípio, também necessitam dessa singularização que só ocorre no momento aplicativo” (STRECK, 2017a, p. 56.).

Assim, filia-se a Teoria da Decisão judicial, fruto da CHD, no qual “tem como pressuposto que o Direito é um sistema constituído por regras e princípios, em que os últimos não serão comandos que, por sua vagueza semântica, podem ser cumpridos em maior ou menor grau de intensidade” (STRECK, 2017b, p. 26). Há critérios públicos que deverão ser observados na formulação da decisão judicial.

A opinião do magistrado está ligada a ideia de escolha (seleção sem critérios), que definitivamente não guarda sinonímia com a decisão preceituada na Constituição (seleção balizada em critérios). Frisa-se que “a ‘vontade’ e o ‘conhecimento’ do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária, que é consequência inexorável da discricionariedade” (STRECK, 2017, p. 54). Destarte, o que se defende é que no exercício de sua função jurisdicional, o magistrado decida objetivamente diante de um caso concreto, ao invés de escolher de forma aleatória e sem respaldo jurídico. Ludicamente, a sombra da discricionariedade judicial poderá desvelar a arbitrariedade. Complementa Streck:

Quando se afirma que a discricionariedade abre as portas para a arbitrariedade é justamente porque, tanto numa como noutra, o problema é o mesmo, ou seja, a falta de controle contencioso. Pode-se dizer que o espaço disso que se chama discricionariedade é um espaço de ‘anomia’ no qual o intérprete põe o Direito. Um exercício simples pode ilustrar isso: como podemos dizer que um ato foi arbitrário e que o outro foi apenas ‘discricionário’? No fundo, essa é uma distinção puramente abstrata, deslocada do contexto concreto em que se dá a decisão, vale dizer, a caracterização de uma decisão como arbitrária ou discricionária já é uma escolha discricionária (ou, por que não, arbitrária?!) (STRECK, 2017, p. 58).

Para se alcançar a “resposta adequada à Constituição” (ou como menciona Dworkin, a “resposta correta”), sobretudo em situações que favorecem a discricionariedade judicial (por exemplo, ausência de regulamentação, vagueza normativa ou evocação de princípios), o magistrado deverá arquitetar a decisão de forma objetiva – ou seja, com responsabilidade política. Reconhece-se que há, sobretudo com o surgimento do Constitucionalismo Contemporâneo¹⁶, dificuldades em torno desta tarefa do juiz (dotado de um altruísmo, por vezes, funesto – aqui se refere ao ativismo) se despir das concepções morais para revestir-se verdadeiramente pelo Direito na análise de um caso concreto. Mas esse quadro prescinde de alteração para se restabelecer a segurança jurídica no país, atualmente refém de subjetivismos, arbitrariedades e princípios legitimadores do solipsismo judicial.

Logo, do mesmo modo que não se defende a discricionariedade judicial irrestrita, também não se louva o “juiz-boca-da-lei” ou “juiz-boca-de-precedentes” (na atualidade). Neste

¹⁶ “No âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo, o Direito assume um elevado grau de autonomia, no interior do qual o Direito e moral são cooriginários. Consequentemente, a moral, a política e a economia não podem determinar a correção da aplicação do Direito. Isto é, esses elementos ‘predadores’ passam a estar institucionalizados no Direito. Por isso se está diante de um novo paradigma. Portanto, Constitucionalismo Contemporâneo deve significar uma ruptura com o positivismo” (STRECK, 2017, p. 39).

interim, numa leitura hermenêutica-filosófica do positivismo jurídico, a CHD auxilia o magistrado nesta árdua jornada de se alcançar a “resposta adequada à Constituição” com a seguinte fórmula: a) 6 (seis) hipóteses que justificam a não aplicação de uma lei; b) 3 (três) perguntas fundamentais; c) 5 (cinco) princípios.

O sistema jurídico brasileiro está balizado na *common law*. A lei é o núcleo da regulamentação das relações sociais e da estrutura do Estado, e pós-Constituinte de 1988 o rol de direitos e garantias fundamentais foi exponencialmente incrementado, o que impulsionou a judicialização. Portanto, a escusa do magistrado para não aplicar a lei ao caso concreto se restringe, conforme a CHD, apenas em alguma dessas 6 (seis) situações – frisa-se independentemente de sua anuência subjetiva:

a) quando se tratar de inconstitucionalidade; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*); d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*); e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos esses não como *standards* retóricos ou enunciados performativos (STRECK, 2017b, p. 28-29).

No segundo momento, como um “juízo de verificação”, a decisão judicial deverá ser triplamente confrontada a fim de verificar se ela está sob os moldes ativistas ou da judicialização da política. Sequencialmente, o magistrado deverá se perguntar: a) “se está diante de um direito fundamental com exigibilidade”; b) “se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas”; c) “se para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia” (STRECK, 2017, p. 259). E, como bem adverte Streck, respondida uma dessas questões de forma negativa “estar-se-á com razoável grau de certeza, em face de uma atitude ativista” (STRECK, 2017, p. 259).

O terceiro e último critério na busca pela resposta adequada à Constituição perpassa por 5 (cinco) princípios *standards* – ou seja, padrões – que devem ser encontrados na decisão judicial sob análise. Streck os enumera da seguinte forma: 1º) Princípio da preservação da autonomia do Direito; 2º) Princípio do controle hermenêutico da interpretação constitucional – a superação da discricionariedade; 3º) Princípio do respeito à integridade e à coerência do Direito; 4º) Princípio do dever fundamental de justificar as decisões; 5º) Princípio do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada (STRECK, 2017, p. 259).

Destarte, se a decisão judicial passar pela sabatina da Teoria da Decisão, então a sua carga de subjetivismo estará controlada. Não se arrisca aqui a dizer que a decisão judicial estará integralmente sem resquícios de subjetivismo, se formulada em atenção à criteriologia proposta pela CHD, pois, como bem anotado por Streck, o juiz é um ser humano que possui sentimentos, é influenciado pelo meio o qual está inserido e está sujeito a equívocos.

O que se sustenta é que a decisão não seja mais uma escolha aleatória, arbitrária e despretensiosa de seu papel juspolítico. A *fórmula do CHD* irá conduzir o magistrado na função de interpretar e decidir sobre algo, sincronicamente descortinando-o de seu solipsismo e revestindo-o de racionalidade jurídica crítica, a fim de ser alcançada a resposta adequada à Constituição. No ato de interpretar a norma, o juiz não deve arbitrá-la, mas sim maturá-la com a hermenêutica. Segundo Streck, o estado da arte na interpretação judicial, pela ótica da CHD, encontrará as seguintes conclusões:

Da minha parte, a partir da *CHD*, permito-me insistir na tese de que hermenêutica quer dizer responsabilidade e compromisso com a Constituição. Portanto, textos jurídicos (leis) são mais importantes que o ‘sentimento pessoal’ do intérprete. Princípios não são valores; juiz não tem poder de livre convencimento; moral não corrige o direito; é o direito que corrige a moral; princípios não podem ser inventados; direitos não pode resumir à construção de estratégias; há algo a mais na teoria do direito do que discutir argumentação jurídica (STRECK, 2017b, p. 34).

Retornando ao contexto de mudanças climáticas, as quais potencializam as vulnerabilidades ambientais, estatais e humanas, e estando a resiliência pouco arquitetada, como o que se verifica no Brasil, as litigâncias climáticas imprimem um maior dever ao Poder Judiciário para a (re)estabilização do Estado de Direito e da ordem social. Para tanto, os magistrados deverão reconhecer as limitações institucionais e de ordem jurídica estipuladas pela Constituinte, ou seja, deverão atuar de forma democrática, sem suprimir ou substituir as funções dos outros poderes ou mesmo interferindo de sobremaneira nos interesses particulares.

Em uma relação que conflite o meio ambiente com a propriedade privada, no contexto de mudanças climáticas, Doremus apela que no ato de interpretar, os Tribunais “não precisam começar da suposição de alguma restrição nos direitos de propriedade é provavelmente injusta” (DOREMUS, 2012, p. 1122). Mas isso porque nos Estados Unidos da América há a proeminência da proteção à propriedade privada neste tipo de tensão. Tal raciocínio não se aplica ao Brasil. O Judiciário brasileiro tende a ser pró-ambiente no conflito entre o meio ambiente e o direito de propriedade, o que não significa propriamente que se esteja no melhor caminho. O que deve se encontrar nos dois países é um equilíbrio entre os interesses público e privado. E, especificamente no Brasil, não se pode mais primar pela dita supremacia do interesse público, mesmo em se tratando de meio ambiente. Ainda mais com o caráter transfronteiriço e atemporal das mudanças climáticas, o direito de propriedade ganha novos contornos e maior importância social. Nesse sentido alerta Damacena e Webber:

É importante lembrar que a perda da terra pode representar, também, a perda de meios de subsistência e habitação; perda da identidade espiritual de uma cultura ou, ainda, causar o deslocamento de comunidades. Assim, a maneira como um sistema jurídico trata as questões envolvendo a propriedade, redundará em maior ou menor vulnerabilidade desse Direito, particularmente em tempos de mudança climática (DAMACENA; WEBBER, 2016, p. 68).

Assim, mesmo que o caos climático torne extremamente complexas e grandiosas as relações conflituosas levadas ao judiciário, a racionalidade jurídica deve prevalecer, pois, verdadeiramente, cabe as instituições majoritárias arquitetarem acerca das políticas públicas, que possuem caráter geral. Destaca-se que a (re)estabilização da ordem social guarda íntima relação com a segurança jurídica, a qual deve ser respeitada pela tríplice estatal.

O magistrado deve cuidar para que na interpretação, ele não seja extensivo na casuística a ponto de legislar indiretamente e, por conseguinte, atingir outrem fora da relação processual e de suas atribuições ímpares. Ou seja, balizado em sua discricionariedade o juiz se apresentar ativista, quando o que se deseja é que ele robusteça a segurança jurídica e não a mitigue.

Como concluiu Bernardo, se por um lado as Cortes não possam e não devem estabelecer as “medidas necessárias para equacionar o problema das mudanças climáticas”, por outro elas “podem pressionar os poderes políticos e o setor privado a adotar medidas eficazes quando barreiras políticas e econômicas impedirem esses atores de adotarem medidas eficazes” (BERNARDO, 2017, p. 546). E para que o liame entre uma postura ativista e uma postura condizente ao Estado de Direito não seja ultrapassado, deve ser incorporado critérios públicos e transparentes nas decisões judiciais.

Destarte, no quadro de mudanças climáticas no Brasil, para que o processo de adaptação via Poder Judiciário seja otimizado e consoante a racionalidade jurídica, a articulação interpretativa deve estar balizada na criteriologia da CHD, que conduzirá para a melhor solução do conflito jusfundamental entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado transgeracional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças climáticas, impulsionadas pelo aquecimento global, denotam como as atividades humanas poluentes estão alterando a ordem natural da biosfera, em uma velocidade e extensão jamais vivenciada. E essa conturbação se estende ao direito considerado mais estável e relutante as alterações (sobretudo, rápidas), como o direito de propriedade.

Conquanto o judiciário brasileiro já se depare com questões envolvendo o direito de propriedade privada de um lado e do outro o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado intergeracional, no contexto de mudanças climáticas, a tese da supremacia do interesse público sobre o privado imprime uma (re)interpretação aprofundada.

O juízo de deliberação entre direitos jusfundamentais visando causar o menor prejuízo possível ao direito sucumbente não é novidade, mas, na prática, ele ainda não está bem incorporado nas decisões judiciais. Não apenas este critério deve ser visível na análise judicial, mas também uma hermenêutica filosófica apoiada na racionalidade jurídica. Quanto a este último ponto, a CHD, especificamente pela Teoria da Decisão, apresenta ao judiciário a

possibilidade de decisões judiciais menos discricionárias e que estarão realmente cotejadas pelo Estado de Direito.

Em outras tintas, a CHD exsurge com fim de desconstruir o ideário de que o ativismo judicial é um fenômeno positivo à consubstanciação de direitos fundamentais, haja vista que ela decorre da discricionariedade judicial, a qual distorce a racionalidade jurídica e coloca ao alvedrio da subjetividade do juiz a (in)segurança jurídica.

No ato interpretativo judicial, a “*fórmula da CHD*” (seis hipóteses que justificam a não aplicação de uma lei; três perguntas fundamentais; e cinco princípios *standards*) apresenta critérios públicos para que uma resposta constitucionalmente adequada seja oferecida aos cidadãos, sobretudo quando a lei não é clara ou a casuística se mostra muito complexa.

Considerando toda a magnitude das questões atinentes ao direito de propriedade e do meio ambiente equilibrado no contexto de mudanças climáticas, se mostra essencial que o magistrado esteja alicerçado na criteriologia prevista pela CHD. Deste modo, a necessária adaptação climática, valendo-se do Poder Judiciário, estará o máximo possível adstrita as limitações e orientações constitucionais e legais, sendo otimizada a busca pela segurança jurídica em situações de intensa dinamicidade.

REFERÊNCIAS

BERNARDO, Vinicius Lameira. Mudanças Climáticas: Estratégias de litigância e o papel do Judiciário no combate às causas do aquecimento global no contexto brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**, ano 22, vol. 88, São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2017, p. 517-548.

CAMÂMARA DOS DEPUTADOS. **Pesquisa Simplificada**. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

CARVALHO, Délton Winter de. **Gestão Jurídica Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DAMACENA, Fernanda Dalla Libera; WEBBER, Suelen. O Direito de propriedade e a supremacia do interesse público sobre o privado na era de adaptação às mudanças climáticas. **Revista Jurídica FA7**, v. 3, n. 2, Fortaleza, jul./dez. 2016, p. 55-70.

DOREMUS, Holly. Climate Change and the Evolution of Property Rights. **University of California Irvine Law Review**, Vol. 1, nº 4, 2012. UC Berkeley Public Law Research Paper: California. p. 1091-1123.

FONTANA, Eliane. Hermenêutica clássica *versus* hermenêutica filosófica: considerações relevantes acerca do processo interpretativo. *In: XVII Encontro Preparatório do CONPEDI em Salvador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 3419-3426.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: Complementos e índice. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução: Marcia Sá Cavalcanti Schuback. 2. ed. p. 111-142. Vozes: Petrópolis, 2002.

GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO (IPCC). **Cambio climático 2014**: Informe de síntesis Resumen para responsables de políticas. Suíça: IPCC, 2014.

LIMA, Fernando Antônio de Freitas; BARROS, Paulo Adriano Maia. A hermenêutica filosófica de Gadamer como aporte para superação da hermenêutica jurídica tradicional. *In*: **XXIII Encontro Nacional CONPEDI/UFSC**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 6-21.

MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira; CABRAL, Mário André Machado. Gadamer, reviravolta hermenêutica e direito. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**: Nomos, Ceará, v. 29, n. 1, 2009, p. 139-154.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Crítica Hermenêutica do Direito**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito a luz Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

_____(a). **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____(b). **Hermenêutica**. Livro-carta n. 1. São Leopoldo: Edição do Autor, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**: RECHTD, São Leopoldo, v. 9, n. 3, set./dez. 2017, p. 311-326.