

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO AMBIENTAL, AGRÁRIO E SOCIOAMBIENTALISMO I

JOSÉ FERNANDO VIDAL 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 Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

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

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Nivaldo Dos Santos; Norma Sueli Padilha – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-498-3

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

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito ambiental. 3. Socioambientalismo. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO AMBIENTAL, AGRÁRIO E SOCIOAMBIENTALISMO I

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Esta obra que ora temos a honra de apresentar é fruto de mais um evento patrocinado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), que reúne os pesquisadores da área do Direito e organiza os maiores eventos acadêmicos ligados à Ciência Jurídica.

Os artigos são oriundos do V Encontro Virtual do CONPEDI, com o tema central: Inovação, Direito e Sustentabilidade realizado nos dias 14 a 18 de junho de 2022, sob os auspícios da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul e da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Ainda em decorrência da pandemia da COVID-19, que marcou uma crise, sem precedentes, na área de Saúde no Brasil, o evento foi realizado de forma virtual, por meio de um conjunto de ferramentas que permitiram a exibição de palestras, painéis, fóruns, assim como os grupos de trabalhos tradicionais e apresentações semelhantes àquelas utilizadas durante os eventos presenciais, mas desta feita por meio da plataforma RNP (Rede Nacional de Ensino e Pesquisa), tudo após grande esforço da comissão organizadora do evento.

Os professores ora signatários ficaram responsáveis pela Coordenação do Grupo de Trabalho intitulado Direito Ambiental, Agrário e Socioambientalismo I e pela organização desta obra.

Assim, no dia 17 de junho de 2022, dezessete artigos ora selecionados foram apresentados e defendidos pelos seus autores, após avaliação feita por pares, pelo método double blind review, pelo qual cada artigo é avaliado por dois pareceristas especialistas na área com elevada titulação acadêmica, foram apresentados oralmente por seus autores e, como forma de dar publicidade ao conhecimento científico, compõem o presente livro.

O primeiro artigo intitulado “A constitucionalidade da competência legislativa dos Estados para a proibição da pulverização aérea de agrotóxicos”, de Elda Coelho De Azevedo Bussinguer e João Victor Fernandes Picoli trata da constitucionalidade das legislações estaduais que visam proibir a pulverização aérea de agrotóxicos, tema da ADI 6.137, em curso no STF e dos pareceres das CCJs do Espírito Santo e do Ceará, destacando o meio ambiente ecologicamente equilibrado e seus desdobramentos na saúde coletiva e uma análise

sobre a constitucionalidade formal das leis estaduais proibitivas à luz da doutrina e da jurisprudência majoritária.

Em seguida, Jania Naves de Sousa Kochan apresenta o artigo “Crise hídrica: a perspectiva jurídica dos recursos hídricos frente aos desafios do aquecimento global” dando ênfase aos fortes impactos econômicos e sociais devido às mudanças climáticas no âmbito brasileiro, examinando a crise hídrica atual sob a perspectiva da Teoria da Sociedade de Risco, de Ulrich Beck e dos desafios trazidos pelo aquecimento global.

Depois, em “Ecosofia e alteridade como premissas para a sustentabilidade ambiental”, Jaime Augusto Freire de Carvalho Marques busca demonstrar as ações necessárias para fazer valer o desenvolvimento sustentável, ante a ausência de instrumentos de direito internacional, se valendo dos conceitos de alteridade, ecosofia e dos princípios de validade de acordos internacionais com força legal para obrigar a aplicabilidade das legislações ambientais nacionais.

Ato contínuo, Júlia Rodrigues Oliveira Sousa apresenta o artigo “Função e insuficiências da análise custo-benefício na seara ambiental”, no qual examina a figura do custo-benefício utilizada nos Estados Unidos da América como instituição de políticas no âmbito ambiental e eventual possibilidade de sua aplicação no Brasil.

Na sequência, o artigo “Imperialismo ecológico desde “Estado e Forma Política”, de Alysson Mascaro”, de Marina Marques de Sá Souza e Francisco Quintanilha Veras Neto examinam as relações sociais práticas e concretas de poder da sociabilidade capitalista que cooperam para a destruição ecológica.

No sexto artigo, “Indução tributária no Direito Ambiental: vias alternativas para políticas públicas e legislações ambientais” Alexandre Henrique Pires Borges e Nivaldo dos Santos tratam do complexo sistema de punições administrativas e aplicação de multas para infrações ambientais, bem como da morosidade processual, da falta de pessoal e das interferências político-partidárias, que dificultam que as multas aplicadas sejam devidamente quitadas pelos infratores.

O sétimo artigo de Livia Gaigher Bosio Campello e Thaís Fajardo Nogueira Uchôa Fernandes, “Mudanças climáticas e o direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no contexto do Pantanal” trata das mudanças climáticas e o direito humano ao meio ambiente no contexto do Pantanal, mediante o estudo de Relatórios e Convenções Internacionais e da Constituição Federal de 1988.

O oitavo artigo “Museu de preservação ambiental como instrumento de educação ambiental não-formal: o museu da Amazônia – MUSA”, de Suzy Oliveira Ribeiro e Eid Badr trata das atividades do museu da Amazônia – MUSA diante das diretrizes da Política Nacional de Educação Ambiental - PNEA e a importância da Educação Ambiental para a formação e desenvolvimento humano, conscientização social, política e ambiental.

Logo depois, em “O benefício tecnológico da iluminação artificial (intrusa) e o impactos da poluição luminosa: a necessidade de legislação brasileira específica”, Ingrid Mayumi da Silva Yoshi e Carlos Renato Cunha tratam da Poluição Luminosa e dos diversos usos da má iluminação e seus impactos sociais, bem como no campo das pesquisas astronômicas, que podem implicar em prejuízos futuros ao desenvolvimento científico no Brasil.

O artigo intitulado “O desamparo ambiental neoliberal no governo Bolsonaro” de Hélio Gustavo Mussoi e Doacir Gonçalves de Quadros reflete sobre o esvaziamento da participação popular no CONAMA realizada pelo Decreto n. 9.806/2019, e pela edição das Resoluções n. 500/2020 e a 499/2020, em prejuízo do meio ambiente ecologicamente equilibrado, concluindo que tais atos normativos editados pelo Governo Bolsonaro obedecem à lógica neoliberal e do legalismo autocrático.

Outrossim, Luiz Otávio Braga Paulon e Maraluce Maria Custódio apresentam o artigo “O desastre de Brumadinho: uma análise sobre os beneficiários do acordo judicial de reparação”, revelando os graves prejuízos causados a 26 municípios mineiros com o rompimento da barragem de rejeitos da Mina Córrego do Feijão, na cidade de Brumadinho e o Acordo Judicial que beneficiou todos os municípios do estado, questionando quem seriam, de fato, os legítimos beneficiários da reparação ambiental e a permissão de que localidades não atingidas pelo dano ambiental também fossem beneficiadas.

Depois, Palmiriane Rodrigues Ferreira e Eduardo Augusto do Rosário Contani apresentam o artigo “O marco temporal e os impactos ao meio ambiente: a sustentabilidade da cultura indígena e seu protagonismo na preservação ambiental” no qual discutem o marco temporal do direito à uma terra indígena e os possíveis prejuízos oriundos da interpretação que este só deve ser reconhecido quando a área se encontrava ocupada por ocasião da promulgação da Constituição de 1988.

No décimo terceiro artigo, “O papel do cadastro ambiental rural e do registro imobiliário para o acesso à informação ambiental”, Tiago Bruno Bruch analisa o papel do Registro Imobiliário e do Cadastro Ambiental Rural (CAR), instituído pelo Código Florestal de 2012, no acesso à informação ambiental.

Na sequência, Thais Giordani, Juliana Furlani e Cristhian Magnus de Marco apresentam o artigo “O reflexo das mudanças climáticas frente aos deslocados ambientais”, no qual discutem os dados do IPCC (Painel Intergovernamental para a Mudança do Clima) e a grave situação das populações mais vulneráveis, com o aumento de refugiados (ou deslocados) ambientais no mundo.

No décimo quinto artigo intitulado “O uso dos agrotóxicos na agricultura mundial: uma questão de saúde pública”, Sébastien Kiwonghi Bizawu e Maria Cecília de Moura Mota discutem o uso de agrotóxicos na agricultura e seus impactos extremamente perigosos para todos os seres vivos e ecossistemas.

O décimo sexto artigo “Pagamentos por serviços ambientais e uma reflexão sobre o ICMS Ecológico no Estado do Pará, de Iracema de Lourdes Teixeira Vieira e Lise Tupiassu examina os Pagamentos por Serviços Ambientais (PSA) e o ICMS Ecológico instituído no Pará, que tem por finalidade reduzir as taxas do desmatamento ilegal na Amazônia e se, de fato, pode-se considerar o mencionado tributo como sendo verdadeiramente um PSA.

O último artigo apresentado por Matheus Belém Ferreira, “Pragmatismo e direito ambiental: um casamento possível?” analisa a incerteza, a complexidade e a dinamicidade das questões ambientais, que desafiam soluções estáticas e descontextualizadas, sugerindo que o direito ambiental poderia se beneficiar de alguns elementos do pensamento pragmático, especialmente o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo.

Com a presente apresentação, desejamos a todos uma boa e aprazível leitura.

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza – Universidade Nove de Julho - UNINOVE

Profª. Dra. Norma Sueli Padilha - Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Prof. Dr. Nivaldo dos Santos – Universidade Federal de Goiás - UFG

PRAGMATISMO E DIREITO AMBIENTAL: UM CASAMENTO POSSÍVEL?
PRAGMATISM AND ENVIRONMENTAL LAW: A POSSIBLE MARRIAGE?

Matheus Belém Ferreira ¹

Resumo

O presente artigo ao destacar a incerteza, complexidade e dinamicidade das questões ambientais, que desafiam soluções estáticas e descontextualizadas, sugere que o direito ambiental poderia se beneficiar de alguns elementos do pensamento pragmático, notadamente o antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo.

Palavras-chave: Direito ambiental, Incerteza, Pragmatismo, Retrocesso ambiental, Consequencialismo

Abstract/Resumen/Résumé

This paper in highlighting the uncertainty, complexity, and dynamic nature of environmental issues, which defy static and decontextualized solutions, suggests that environmental law could benefit from some elements of pragmatic thinking, notably antifoundationalism, contextualism, and consequentialism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Environmental law, Uncertainty, Pragmatism, Environmental setback, Consequentialism

¹ Mestrando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Pós-graduado em Direito da Infraestrutura e da Regulação pela FGV Direito Rio. Advogado da União.

1. INTRODUÇÃO

O Direito ambiental se notabiliza pelas diferentes cosmovisões a respeito de seus fundamentos e bases teóricas. Ainda que este recorte não seja exaustivo, nota-se que, de um lado, existem aqueles que preferem enxergar as questões ambientais a partir de uma perspectiva deontológica, uns com uma visão mais antropocêntrica, e outros que são adeptos de uma visão ecocêntrica. De outro lado, existem aqueles que preferem enxergar as questões ambientais a partir das lentes econômicas, alguns com um viés mais normativo (prescritivo), em que a maximização do bem-estar social seria a finalidade última do direito ambiental, e outros com um viés mais positivo (descritivo), em que as ferramentas econômicas seriam empregadas para uma melhor compreensão dos estados de mundo sobre os quais se está trabalhando, independentemente da visão normativa dos responsáveis pela formulação das políticas públicas e regulações ambientais.

Independentemente da matriz teórica que se adote, o que se tem observado na prática é que essa pluralidade de cosmovisões, longe de oxigenar os debates no direito ambiental, tem se prestado mais a interditá-los. De fato, adeptos dos mais diferentes programas teóricos tentam reivindicar para si o monopólio das virtudes ecológicas e das verdades. Por mais que essa seja uma constatação que reclame uma verificação empírica, não seria um absurdo sugerir que uma parcela considerável dos problemas ambientais que se apresentam no cotidiano acabam se tornando coadjuvantes de uma disputa a respeito de quem constrói o mais belo e admirável edifício teórico.

Partindo dessa constatação, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar que, diante da natureza *incerta, complexa e dinâmica* das questões ambientais, empreendimentos teóricos ambiciosos, por mais sofisticados que sejam, são incapazes por si só de auxiliarem os tomadores de decisão na resolução de situações concretas, uma vez que os problemas ambientais demandam respostas contextuais, que não cabem em teorias com viés generalizantes. Por essa razão, o presente estudo sugere que o Direito Ambiental poderia se beneficiar, ainda que de forma incremental, de alguns elementos do pensamento pragmático, notadamente o *antifundacionalismo*¹, o *contextualismo* e o *consequencialismo*.

¹ Em que pese o antifundacionalismo seja uma característica contestada do pragmatismo jurídico, optou-se por utilizá-la em razão de sua ampla difusão na comunidade jurídica nacional, ainda que, possivelmente, essa não seja a melhor versão do pensamento pragmático. De acordo com Rachel Herdy e Janaina Matida, antifundacionalismo

Para os propósitos da presente análise, este artigo é dividido em 5 (cinco) seções para além desta introdução. Na próxima seção, o artigo dedica-se a explicar as razões pelas quais o direito ambiental é marcado por um elevado grau de incerteza, destacando-se principalmente a sua natureza dinâmica e complexa. Nesse sentido, pontua-se que essa incerteza seria incompatível com teorias que buscam oferecer respostas fundacionais, estáticas e sem compromissos em avaliar as consequências práticas de adotar um outro curso de ação. Fixadas essas premissas, na seção 3, o artigo parte para a análise de uma teoria que tem ganhado bastante proeminência no direito ambiental brasileiro, e que se enquadraria, portanto, nas características citadas acima, que é o princípio da vedação ao retrocesso ambiental. Tenta-se demonstrar que o grau de vagueza e indeterminação do princípio oferece pouco auxílio aos tomadores de decisão na resolução concreta de problemas afetos ao direito ambiental. Na quarta seção, este estudo apresenta as bases estruturantes do pensamento pragmático e como o direito ambiental poderia dele se beneficiar ao se apropriar de alguns de seus instrumentais. Por derradeiro, na seção final, chega-se à seguinte conclusão: apesar de não ser nenhuma panaceia, a apropriação de alguns ferramentais do pensamento pragmático poderia beneficiar o avanço de algumas pautas ambientais que se encontram travadas por disputas teóricas intermináveis.

2. O DIREITO AMBIENTAL E A INCERTEZA

Longe de ser um fator contingente, a incerteza é uma realidade inerente ao direito ambiental. Isso significa dizer que a convivência com a incerteza é inescapável para aqueles que pretendem se dedicar ao estudo dessa disciplina. O conceito de incerteza que aqui se faz referência guarda íntima relação com a tipologia traçada por Frank Knight que diferencia *risco* e *incerteza*. Para Knight, a diferença prática entre esses dois conceitos seria a de que em situações de risco a distribuição dos resultados em um grupo de cenários distintos é passível de ser quantificada mediante a realização de cálculos estatísticos e traduzidos em probabilidades, ao passo que, em cenários de incerteza, isso não seria possível, já que a situação seria tão singular, que a formação desse grupo de cenários seria de impossível ou de muito difícil

não é a mesma coisa que antidogmatismo, na medida em que a literatura especializada possui uma definição própria para aquele termo, tratando-o como uma “posição epistemológica que afirma a ausência de uma ancoragem objetiva para os critérios de justificação epistêmica”. Nesse sentido, Herdy e Matida parecem sugerir que a afirmação do pragmatismo jurídico como uma teoria antifundacionista comprometeria a própria natureza empíricista do pensamento pragmático, haja vista que o processo de justificação do tomador de decisão não estaria mais ancorado na realidade, mas sim em sua própria representação subjetiva da realidade (HERDY; MATIDA, 2021).

realização (KNIGHT, 1921, p. 234). Em outras palavras, em cenários de risco é possível quantificar a probabilidade de ocorrência de determinado evento ou fenômeno, já em cenários de incerteza essa quantificação não é possível de ser realizada, seja qual for o motivo. Nessa mesma perspectiva, segundo Daniel Farber (2010, p. 906), o conceito de incerteza envolve riscos que ainda não são muito bem compreendidos, em que o espectro de resultados possíveis é bastante extenso, de modo que não seria possível assinalar, com confiança, probabilidades para esses resultados.

Deste modo, parcela relevante dessa incerteza está intrinsecamente associada ao caráter *complexo e dinâmico* do direito ambiental, que, de certa maneira, reflete a complexidade e a dinamicidade do próprio ecossistema que esse ramo do direito busca tutelar, como muito bem ponderou Richard J. Lazarus (2004, p.10). Segundo o autor, a complexidade do direito ambiental deriva preponderantemente de dois fatores: (i) as características distintivas do ecossistema, que desafiam uma descrição estática e unitária por parte dos estudiosos, que dificilmente chegam a um consenso científico a respeito de determinado tema específico (LAZARUS, 2004, p.6); (ii) as regulações ambientais costumam afetar diretamente as atividades econômicas, o que torna a tarefa bastante desafiadora em uma sociedade hiperindustrializada, já que, não raro, as normas ambientais são objetos de forte resistência por parte de grupos de interesse (LAZARUS, 2004, p.16).

Conseqüentemente, esses fatores citados por Richard Lazarus amalgamam-se e traduzem-se em uma *incerteza bruta*² de natureza bem *controversa*. Com efeito, os formuladores de regulações ambientais, com uma certa frequência, na expectativa de domesticar determinado fenômeno capaz de causar danos ao meio ambiente, são obrigados a normatizar com base em predições, muitas vezes não consensuais, que estão para além das fronteiras do conhecimento. Se não bastasse esse cenário, essas regulações invariavelmente afetarão de forma desigual os agentes econômicos, já que nem sempre é possível mapear adequadamente as causas e os efeitos dos eventos danosos que se pretende eliminar ou mitigar. Por essas razões, as regulações ambientais são objetos de muitas controvérsias, já que quase sempre existe uma assimetria (aparentemente) insuperável na alocação dos custos e benefícios regulatórios, não apenas no *tempo*, mas também no *espaço*³. Ou seja: aqueles que se beneficiam de determinada

² Para Adrian Vermeule, a incerteza bruta se caracteriza em um cenário em que é impossível obter informações a respeito dos fatos relevantes para a resolução de determinado problema (VERMEULE, 2017).

³ Richard Lazarus destaca ainda que essa assimetria espacial e temporal que existe entre a alocação de custos e benefícios regulatórios é exacerbada por um problema de percepção, já que os custos, normalmente, são mais

medida regulatória não arcarão necessariamente com os seus ônus, que poderão ser distribuídos a um terceiro que, por sua vez, nem sempre se beneficiará diretamente da regulação (LAZARUS, 2004, p. 25). O inverso também ocorre. O desafio, como se vê, não é nada trivial.

E mais: essa incerteza científica que gravita em torno do direito ambiental também é alimentada pelo seu caráter *dinâmico*. É por isso que toda regulação ambiental deve ser encarada como uma *solução provisória*, sujeita, desta forma, à constante reavaliação por parte dos reguladores. Quatro são as razões apontadas por Lazarus, que contribuem para essa dinamicidade. Em primeiro lugar, a própria ausência de consenso científico resulta em um influxo constante de novas descobertas e novos dados a respeito das causas e efeitos da poluição ou de outras ameaças ecológicas, o que naturalmente deve (ou, ao menos deveria) levar à constante revisão dos parâmetros regulatórios, seja para torná-los mais, ou menos, restritivos. Em segundo lugar, não são apenas as mudanças no estado da arte da ciência ambiental que desafiam os reguladores, *alterações demográficas* que ocorrem ao longo do tempo podem exigir ajustes, de modo a adequar as políticas regulatórias à nova realidade populacional que se apresenta. Em terceiro lugar, tem-se o surgimento de *novas tecnologias* como fonte cada vez mais abundante de obsolescência regulatória. De fato, as inovações tecnológicas disruptivas vêm colocando cada vez mais a regulação em xeque, demonstrando a necessidade de calibragem de algumas regulações setoriais ou, até mesmo, de desregulação. Por fim, assinala-se que as regulações ambientais devem andar passo a passo com as mudanças da própria natureza, que não é estática, mas sim dinâmica, assim como também deve ser o direito ambiental. Daí, à medida que os ecossistemas evoluem, as regulações ambientais devem evoluir em conjunto (LAZARUS, 2004, p. 22-25).

Em sentido semelhante, ao tratar das dimensões da incerteza do direito ambiental, Daniel Farber, para além dos aspectos acima já destacados, joga luz sobre as propriedades não lineares das questões ambientais, a natureza estocástica dos ecossistemas e as interações caóticas que fazem com que qualquer equilíbrio ecológico seja meramente provisional. Por essas razões, afirma o autor, as regulações ambientais devem ser adaptativas, responsivas e objetos de monitoramento constante por parte dos reguladores (FARBER, 2003, p. 149).

Seja como for, é preciso evitar ao máximo *anacronismos* e *devaneios* na elaboração e no controle das políticas regulatórias ambientais, de modo que a única certeza que deve permear

visualizáveis diretamente pelos agentes econômicos que os benefícios, que são diluídos no tempo e no espaço. (LAZARUS, 2004, p. 27)

o direito ambiental é a respeito de sua constante incerteza. Sob esse enfoque, é desejável que os formuladores e controladores das regulações ambientais utilizem como insumos, sempre que possível, os melhores dados e evidências disponíveis na comunidade científica; atentem-se para as alterações demográficas que reclamem deslocamentos na ênfase regulatória; não fechem os olhos para o surgimento de novas tecnologias e os impactos que elas causam nos *standards* vigentes; e reflitam, o tanto quanto possível, a realidade ecológica do presente, e, não aquela do passado.

Não se pode deixar de observar, nesse contexto, que essa complexidade e dinamicidade do direito ambiental, que conduzem, como visto, a um quadro permanente de incerteza, parecem ser incompatíveis com um *dogmatismo fundacionalista*, que por muitas vezes orienta a compreensão do direito ambiental no Brasil. Para os propósitos do presente estudo, entende-se por fundacionalismo o apego, quase que como um ato de fé, a conceitualismos, generalizações metafísicas e dogmas, tratando-os como verdade quase que absolutas, seja qual for o *contexto* e as *consequências práticas* que se apresentam diante do caso concreto, sejam elas individuais ou sistêmicas (MENDONÇA, 2018). Nas palavras de José Vicente Santos de Mendonça (2018, pp. 31) o antifundacionalismo seria um antídoto contra o “fetichismo das teorias”.

Ilustrativa dessa linha de pensamento fundacionalista é a posição de parcela relevante da doutrina nacional a respeito de uma teoria bastante proeminente no direito ambiental brasileiro, que é a do princípio da vedação de retrocesso ambiental, que será objeto de análise na sequência.

3. O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL E O SEU AMORFISMO METODOLÓGICO

Para Gabriel Wedy e Rafael Moreira, o princípio da vedação ao retrocesso ambiental⁴ cria um dever de proibição ao Poder Público, que deve, desta forma, abster-se de “[promover]

⁴ Este estudo não entrará no mérito se o princípio da vedação ao retrocesso ambiental efetivamente se enquadra como uma norma do tipo princípio, compreendida, na classificação de Robert Alexy, como aquela que exige que algo seja realizado na maior medida possível consideradas as limitações legais e factuais do caso concreto. Não por outra razão diz-se que princípios são mandamentos de otimização, tendo em vista que a sua carga normativa possui graus variados de satisfação. O princípio da vedação ao retrocesso ambiental, no entanto, parece conter *pontos fixos* no campo do que seria factualmente ou legalmente possível, já que constatado o retrocesso,

uma desconstrução e regressão dos níveis de proteção ambiental já alcançados” (MOREIRA; WEDY, 2019, p. 82). Em sentido semelhante, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer defendem que o indigitado princípio estabelece um dever de melhora progressiva da qualidade ambiental (FENSTERSEIFER; SARLET, 2019, n.p). Segundo os autores,

[por] uma questão de justiça entre gerações humanas, a geração presente tem a responsabilidade de deixar, como legado às gerações futuras, pelo menos condições ambientais tendencialmente idênticas do que aquelas recebidas das gerações passadas, estando a geração vivente, portanto, vedada a alterar em termos negativos as condições ecológicas, por força do princípio da proibição de retrocesso socioambiental e do dever (do Estado e dos particulares) de melhora progressiva da qualidade ambiental. No caso especialmente da legislação ambiental que busca dar operatividade ao dever constitucional de proteção do ambiente, há que assegurar a sua blindagem contra retrocessos que a tornem menos rigorosa ou flexível, admitindo práticas poluidoras hoje proibidas, assim como buscar sempre um nível mais rigoroso de proteção, considerando especialmente o déficit legado pelo nosso passado e um “ajuste de contas” com o futuro, no sentido de manter um equilíbrio ambiental também para as futuras gerações (FENSTERSEIFER; SARLET, 2017, n.p).

A ideia, de fato, é bastante sedutora e carrega consigo uma carga normativa a qual não se pode discordar, afinal a própria Constituição, em seu art. 225, impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A proteção ao meio ambiente, portanto, é a finalidade última do direito ambiental, de modo que retrocessos, de fato, não são aceitáveis. O compromisso com a defesa do meio ambiente deve ser inegociável.

Nada obstante, o problema do princípio da vedação ao retrocesso ambiental parece não estar associado ao “se”, mas sim ao “como” o princípio é empregado. Isso quer dizer que, no final do dia, trata-se de uma questão de como a sua operacionalização será realizada no plano

determinada medida será considerada, inevitavelmente, antijurídica. Enfim, analisar este tema de forma mais profunda está para além do escopo do presente estudo, de modo que uma discussão mais profunda sobre o tema pode ser encontrada em: ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002, páginas 44 e seguintes.

concreto para que não vire um mero *slogan* desprovido de qualquer conteúdo metodológico válido. Em outras palavras, é preciso ir além do truísmo. Com efeito, o valor imanente ao princípio, no sentido de demandar do Poder Público melhorias progressivas na qualidade do meio ambiente, está em perfeita harmonia com o preceito constitucional enunciado no art. 225. No entanto, a sua operacionalização no plano concreto exige o desenvolvimento de indicadores mais concretos para efetivamente orientar os tomadores de decisão a detectarem os retrocessos ao meio ambiente, uma vez que a incerteza, a complexidade e a dinamicidade que, como visto acima, conferem ânimo ao direito ambiental, tornam extremamente difícil, talvez impossível em alguns casos, determinar de maneira apriorística se alguma medida representa efetivamente um retrocesso ambiental, sobretudo quando essas prognoses que apontam para a realização de determinado estado de coisas são realizadas sem compromisso em saber empiricamente, ainda que de forma aproximada diante de contextos de incerteza, sobre qual realidade se está trabalhando.

Ao escrever sobre a aplicação do princípio do retrocesso ambiental, Antônio Herman Benjamin (2012, p. 69), reconhece que o referido princípio “não institui [uma] camisa de força ao legislador e ao implementador, mas impõe-lhes limites não discricionários à sua atuação. Nesse sentido, Herman Benjamin propõe aos juízes os seguintes *standards* para a aplicação do indigitado princípio:

[e]specificamente, no caso da proteção de biomas, ecossistemas e espécies, será a seguinte a pergunta que o juiz sempre se fará: as alterações legislativas ou políticas de implementação mantêm ou ampliam as garantias do meio ambiente? Asseguram a proteção dos “processos ecológicos essenciais”? Escudam, eficaz e eficientemente, as espécies ameaçadas de extinção? Ampliam ou reduzem os riscos ambientais a habitats vulneráveis? Estabelecem, naquilo que se revisa ou modifica, alternativas técnicas capazes de alcançar os mesmos ou similares resultados da norma ou política de implementação revogada? Reduzem ou mantêm o grau de dificuldade de execução, bem como de cobrança administrativa e judicial (os chamados custos de transação da execução da lei)? (BENJAMIN, 2012, p. 70).

Será que esses *standards* seriam suficientes para dar concretude ao princípio da vedação ao retrocesso ambiental? As perguntas parecem ser epistemologicamente bastante exigentes, já

que muitas das predições que elas demandam muitas vezes estarão para além das fronteiras do conhecimento científico, o que, na prática, resultará em respostas fundamentadas apenas em intuições e vieses dos tomadores de decisão, o que não é desejável, ainda que estes possuam as melhores das intenções.

Naturalmente, existirão situações em que o retrocesso será evidente, de modo que a análise de determinada regulação ou política pública estará situada em uma *zona de certeza positiva*⁵. Em outros casos, nessa mesma perspectiva, esses atos apresentar-se-ão como progressos ambientais, de tal maneira que não ocorrerão dúvidas acerca da constitucionalidade ou juridicidade das medidas, que se situarão em uma *zona de certeza negativa*. O problema se apresenta nas regulações ou políticas ambientais que se situam na *zona de penumbra*, em que essa conclusão não é tão trivial, sobretudo em função da incerteza, complexidade e dinamicidade que gravitam em torno do direito ambiental, como já afirmado acima.

E é aí que repousa o desafio: nem sempre o afrouxamento de um *standard* regulatório representará um retrocesso na proteção ao meio ambiente. Por mais que essa constatação seja contraintuitiva, as circunstâncias do caso concreto podem apontar que alguma calibragem era necessária, tanto em razão de uma mudança no consenso científico, quanto em razão de inovações tecnológicas, alterações demográficas, alterações do ecossistema e, até mesmo, para promover outros valores constitucionais relevantes que também demandam a atenção do Poder Público.

Nesse mesmo sentido, um desvio de uma estratégia regulatória de comando e controle⁶ para uma baseada em incentivos econômicos⁷, isto é, a princípio menos restritiva, não significa

⁵ De acordo com Gustavo Binenbojm, essa tipologia (zonas de certeza positiva, zona de certeza negativa e zona de penumbra) foi desenvolvida na Alemanha para auxiliar no controle dos atos praticados com base em conceitos jurídicos indeterminados. Segundo o autor, ao se reportar a Phillip Heck, precursor desta compreensão, “todo conceito revela uma “zona nuclear ou fixa (núcleo) e uma zona periférica, orla ou auréola (halo). Quando se tem uma noção clara do conceito, está-se no domínio do núcleo conceitual; quando não, isto é, onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito”. Segue Binenbojm: “essa ideia foi divulgada na Alemanha, tendo evoluído para a concepção de que o conceito apresentaria uma zona de certeza positiva (o que é certo que ele é), dentro do qual não existe dúvida acerca da utilização da palavra ou expressão que o designa, e uma zona de certeza negativa (o que é certo que ele não é), em que, igualmente, inexistiria dúvida acerca de sua utilização, só que para excluir a sua incidência. A controvérsia sobre a abrangência da situação que o signo encerra surgiria na zona intermediária, de penumbra. Em tal zona é que se deve preservar a chamada margem de apreciação administrativa, que não pode ser substituída pela apreciação formulada pelo Judiciário”. (BINENBOJM, 2014, p. 233-235).

⁶ Caracterizada pelo exercício de influência nos agentes econômicos por meio do estabelecimento de *standards*, que, casos descumpridos, importarão em sanções criminais e/ou administrativas (BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. 2012, p. 106)

⁷ Em contraposição ao comando e controle, as estratégias regulatórias baseadas em incentivos econômicos buscam assegurar que os próprios agentes regulados se empenhem em controlar os esforços orientados a prevenir riscos ecológicos, de modo a resultar em uma alocação custo-efetiva dos custos de *compliance*. Exemplos sempre citados

necessariamente um retrocesso ambiental, já que esta, a depender do contexto, poderá ser mais eficiente que aquela em alcançar os fins visados pelo regulador. Em outras palavras, a análise acerca dos progressos ou retrocessos ambientais promovidos por determinada política regulatória, como regra, deve ser contingente ao contexto em que ela estiver inserida. Sem analisar as circunstâncias do caso concreto, não há como afirmar que determinada medida representa um retrocesso à defesa do meio ambiente.

Ao que parece, o princípio da vedação ao retrocesso ambiental parece sofrer de uma cegueira institucional (*institution blindness*) a qual Adrian Vermeule (2006, p. 16) chamou de abstração filosófica excessiva (*out-and-out philosophizing*), em que há uma tentativa de extrair justificativas metodológicas interpretativas e decisórias de premissas conceituais extremamente vagas e abstratas como, por exemplo, democracia, autoridade, legitimidade e integridade e, no presente caso, retrocesso ambiental. Deste modo, sem estabelecer quais seriam os elementos necessários e suficientes que integram o conceito de retrocesso ambiental, não é possível extrair indicadores confiáveis para a sua verificação empírica no plano concreto, o que, no limite, implica na ancoragem de todas as políticas e regulações ambientais nos padrões vigentes, ainda que elas não sejam custo-efetivas e estejam em desarmonia com o que indica o estado da arte da ciência contemporânea.

Em razão disso, é preciso que o princípio da vedação ao retrocesso ambiental assuma dimensões *antifundacional*, *contextual* e seja orientado ainda pela avaliação das *consequências* de adotar um outro curso de medidas, de modo a evitar não só efeitos perversos, em que a falta de rigor empírico pode implicar em consequências contrárias àquelas almejadas em primeiro lugar, mas também o aproveitamento do grau de abstração e vagueza do referido princípio por grupos de interesses, que podem valer-se de argumentos retóricos vocacionados à proteção ambiental, enquanto de forma subreptícia impõem uma agenda contrária ao interesse ecológico. Nesse sentido, ao invés de investir tempo e tinta reafirmando truísmos, seria muito mais vantajoso que as atenções intelectuais fossem deslocadas para o desenvolvimento de roteiros de argumentação, regras de (re)alocação de ônus de prova e de justificação e de modulação de *standards* probatório, tudo isso orientado a dar uma forma ao princípio da vedação ao retrocesso ambiental, para que os retrocessos não sejam “evitados” apenas no plano

dessas estratégias baseadas em incentivos econômicos são os certificados negociáveis, as taxas de poluição, eliminação de barreiras de entradas e subsídios setoriais (HAHN, Robert W.; STAVINS, Robert N, 1991, p. 7).

das ideias, haja vista que o estado de coisas atual aponta para um princípio amorfo metodologicamente, que nada ou pouco orienta os tomadores de decisão.

De todo modo, a subjetividade e o grau de abstração do princípio da vedação ao retrocesso ambiental parecem não ter escapado à compreensão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 42 (ADC 42), que apreciou a conformação constitucional de diversos dispositivos do Código Florestal. Na oportunidade, o plenário da Suprema Corte assentou o seguinte:

[as] políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, caput, CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de “retrocesso ambiental”, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas.

Em uma outra passagem do acórdão, assinalou-se expressamente que o referido princípio “não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo”. Em resumo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não existem respostas simples para questões complexas, que envolvem desde a própria natureza das questões ambientais às nuances do processo democrático.

Não se pode deixar de observar, que há uma preocupação do Supremo Tribunal Federal em realizar um freio de arrumação na aplicação do princípio da vedação do retrocesso ambiental, eis que este, diante de seu caráter abstrato e genérico, quando manejado como uma regra de decisão para auxiliar os juízes na análise de constitucionalidade ou juridicidade das regulações ambientais oferece pouco ou quase nenhum ganho metodológico para orientar na efetiva resolução dos problemas ambientais contemporâneos, caracterizados pelo alto grau de incerteza e complexidade.

Algumas observações finais. A racionalidade fundacionalista que permeia o direito ambiental não se exaure nessa compreensão determinística do princípio da vedação ao retrocesso ambiental. Ela vai além disso. Outro exemplo bastante saliente envolve o princípio da precaução. Em que pese a definição do conteúdo do referido princípio seja altamente controversa⁸, no Brasil adota-se uma conceituação canônica em que o dever de precaução é encarado como sinônimo de um dever de proibição de assunção de riscos à saúde e ao meio ambiente, diante de situações que envolvam incerteza científica, o que, no limite, como bem anotou Fernando Leal, “além de reduzir excessivamente os espaços para o compartilhamento coletivo de riscos por meio de decisões legislativas, também subverte, em alguma medida, a própria lógica de funcionamento da ciência” (LEAL, 2016, n.p). Afinal, arremata Leal, “[a] dúvida é substituída pela certeza – mas é aquela, e não esta, o motor do avanço no conhecimento” (LEAL, 2016, n.p).

Em resumo, os programas teóricos, que tenham por ambição orientar os tomadores de decisão em direção a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, devem acomodar necessariamente a incerteza, o dinamismo e a complexidade, que são indissociáveis a toda e qualquer questão afeta ao direito ambiental. É nesse cenário que o pensamento pragmático se apresenta como uma alternativa interessante para a realização de uma releitura de algumas teorias canônicas do direito ambiental brasileiro, conforme será mais bem detalhado na sequência.

4. O PENSAMENTO PRAGMÁTICO E A SUA CAIXA DE FERRAMENTAS: HÁ ESPAÇO PARA UM ECOPRAGMATISMO?

Como já visto, a natureza incerta, complexa e dinâmica das questões ambientais inviabilizam o desenvolvimento de qualquer solução dogmática com viés generalizante, descontextualizada e sem compromisso com as consequências práticas para orientar os tomadores de decisão, de modo que o pensamento pragmático se apresenta como um paradigma interessante para auxiliar não apenas os controladores das regulações ambientais, mas também

⁸ Apenas na Alemanha, local de origem do princípio da precaução (*Vorsorge Prinzip*), identifica-se nada menos que 11 (onze) diferentes definições para o seu conteúdo, conforme destacou Giandomenico Majone (MAJONE, 2002).

os próprios reguladores, que devem preparar os seus atos para sobreviverem ao “teste do controle”.

Ao resumir o seu pragmatismo cotidiano em poucas palavras, Richard Posner o define como uma disposição de julgar políticas públicas com base em *fatos e consequências*, ao invés de em *conceitualismos e generalizações* (POSNER, 2003, p. 59). É evidente que o pragmatismo não se resume a isso, e a teoria possui uma estrutura própria de regras e princípios que a presidem, consoante será aqui mais bem detalhado.

Nada obstante, essa síntese oferece um bom ponto de partida para explicar as razões pelas quais o direito ambiental poderia se beneficiar dos ventos pragmáticos que já vêm atingindo o direito administrativo, sobretudo após a edição da Lei 13.655/2018, que acrescentou dez novos artigos à Lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB), entre eles o artigo 20, o qual, em seu *caput*, estabelece que: “[nas] esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Para Gustavo Binenbojm (2020, p. 63), as alterações realizadas na LINDB em 2018 representaram “a consolidação da *inclinação pragmática* que já vinha sendo verificada no direito administrativo brasileiro há algum tempo”. Segundo Binenbojm, o programa normativo contido no artigo 20 da LINDB consagra um “consequencialismo consequente”, uma vez que introduziu o raciocínio fundado em consequências no itinerário lógico dos tomadores de decisão sem, no entanto, interditar a utilização de argumentos deontológicos (BINENBOJM, 2020, p. 63).

Identifica-se, nesse sentido, uma preocupação do legislador em desincentivar a utilização de valores vagos e abstratos para orientar processos de tomada de decisão, já que, no limite, argumentos de baixa densidade podem justificar qualquer coisa, seja em um sentido, ou em outro. Na contundente crítica de Carlos Ari Sundfeld ao excesso de utilização de princípios vagos e abstratos para justificar decisões na práxis brasileira: “citar múltiplos princípios, transcrever páginas e páginas de elogios a eles, manifestar propósitos generosos, nada disso é motivar: é soltar fumaça” (SUNDFELD, 2017, p. 229).

Pois bem. Mas quais seriam as bases estruturantes da abordagem pragmática? Mais que isso: quais seriam os potenciais benefícios que essas lentes pragmáticas trariam para o direito ambiental?

Como assinala Daniel Farber, o coração do pensamento pragmático é a concepção de que o teste final para a análise de qualquer política pública é a experiência (FARBER, 1988, p. 1341). Igualmente, Richard Posner (2003, p. 9) destaca o método de investigação pragmático, baseado em um experimentalismo de tentativa e erro. Segundo Posner, apenas ao se tentar abordagens diferentes, e comparar as consequências dessas experiências, seria possível aprender como melhor atingir os objetivos desejados, sejam eles quais forem (POSNER, 2003, p. 9).

E é exatamente essa valorização da experiência que conduz à primeira grande característica do pragmatismo, que é o *antifundacionalismo*, traduzido em uma aversão às grandes teorias, que aspiram em sobresimplificar o direito (ambiental) ao prover uma receita única e imutável para a resolução de todas as questões (ambientais), independentemente de sua configuração e características singulares (FARBER, 1988, p. 1342). As teorias não deixam de ter a sua utilidade. No entanto, essa utilidade é limitada, já que as construções teóricas são encaradas como ferramentas para o auxílio nas investigações empíricas, ou seja, como um ponto de partida, e não como uma linha de chegada, como é comum na prática jurídica. Como muito bem ponderou Richard Posner, “a teorização é apenas o começo da investigação, e não o seu fim” (POSNER, 2003, p. 32).

Assim, as decisões que envolvem a elaboração, análise e controle das políticas e regulações ambientais devem ser responsivas às circunstâncias do caso concreto, de modo que, a partir de determinado ponto, grandes teorias possuem pouca ou nenhuma utilidade prática em guiar os tomadores de decisão no processo de domesticação das incertezas inerentes às questões ambientais, de forma que a influência do passado no pensamento pragmático é limitada. O que passou não é mais visto como uma verdade atemporal, mas sim como um vestígio histórico a ser utilizado como insumo por parte dos tomadores de decisão (POSNER, 2003, p. 72). Diz-se, nesse sentido, que o pragmatismo é *contextual* e orientado sempre para o futuro, servindo o passado apenas como um repositório de informações colocado à disposição dos tomadores de decisão.

Por fim, destaca-se a racionalidade *consequencialista* do pensamento pragmático, em que há uma preocupação significativa com os impactos concretos das decisões. Rejeita-se expressamente, portanto, o brocardo “faça-se justiça, ainda que o mundo pereça (*fiat justitia, pereat mundus*).” De acordo com John Dewey, o pensamento pragmático deve ser informado por uma lógica relativa às consequências, de modo que as grandes teorias devem ser

compreendidas como *hipóteses em permanente construção*, devendo a todo momento serem testadas para verificar a sua aderência às circunstâncias do contexto específico em que estão sendo aplicadas (DEWEY, 1914, p.26). Segundo Dewey, a falha em reconhecer que certas teorias, doutrinas e princípios são relativos às circunstâncias e ao contexto específico de suas elaborações (hipóteses sujeitas à testes permanentes), o que se traduz em rigidez e resistência às adaptações futuras, pode ser verificado no paradoxo de que, não raro, *slogans* de revoluções de um período, tornam-se baluartes de reacionários em uma era subsequente (DEWEY, 1914, p. 26-27). Em outras palavras, conquistas de uma geração acabam, muitas vezes, impedindo ou obstaculizando o avanço de outra que a sucede. E é exatamente por essas razões que Dewey afirma que a sacralização de princípios e a adoção de teorias universais constituem os principais obstáculos para o progresso de reformas econômicas e sociais seguras, estáveis e inteligentes (DEWEY, 1914, p. 27).

Colocando todas essas ideias em perspectiva, pode-se afirmar que o direito ambiental poderia se beneficiar, ainda que de forma incremental, isto é, sem pretensões revolucionárias, do pensamento pragmático. A incerteza inerente às questões ambientais simplesmente não é compatível com as certezas que costumam vir a reboque nos empreendimentos teóricos, sejam eles de matriz principiológica, ou com amparo no movimento de *Law and Economics*. A verdade é que não existem verdades, e essas teorias devem ser vistas como ferramentas cuja utilidade é tão boa quanto o contexto em que elas estão inseridas permite. O único compromisso do tomador de decisão deve ser com a realidade, ainda que imperfeita e incerta. Colocando em outros termos, a ordenação das preferências do decisor não pode ser um ato de fé, de modo que os grandes empreendimentos teóricos devem apenas direcionar a investigação factual em um processo de tomada de decisão, e não a suplantar.

Um outro aspecto que não pode ser negligenciado é o de que um pragmatismo ambiental (ou ecológico), isto é, orientado à proteção do meio ambiente, teria a aptidão de neutralizar uma das principais críticas à visão pragmática, que é a falta de *uma bússola moral* (POSNER, 2003, p. 55). Os críticos do pragmatismo sugerem que, como essa corrente de pensamento não possui uma coloração política específica, ela poderia ser manipulada por pessoas que não estariam bem-intencionadas, com visões sociais reacionárias ou revolucionárias, como um artifício para passar por cima de leis e precedentes (POSNER, 2003, p. 55). Um pragmatismo que tenha como norte o artigo 225 da Constituição seria capaz de, senão neutralizar, diminuir esses riscos, que,

de fato, são reconhecidos pelos próprios pragmatistas, como é o caso do próprio Richard Posner⁹.

Enfim, muito embora seja verdade que o direito ambiental possa se beneficiar de alguns ferramentais do pensamento pragmático, pelas razões já expostas acima, não se defende aqui que os tomadores de decisão devem sempre e em qualquer caso se pautarem pelas consequências de suas decisões, todas as circunstâncias consideradas, independentemente das consequências que esse novo comportamento orientador possa gerar, já que essa postura, no limite, nada mais seria do que a troca de um velho dogmatismo por um novo, como bem alertam Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal (2009, p. 211). Essa ideia, diante da sua relevância e sofisticação, merece ser um pouco mais refinada.

Arguelhes e Leal (2009, p. 194) chamam a atenção para as limitações do pragmatismo quando encarado como uma teoria normativa da decisão judicial de primeira-ordem, isto é, vocacionada a orientar os tomadores de decisão na resolução de controvérsias que se deparam em sua atividade cotidiana. Para os autores (ARGUELHES; LEAL, 2009, pp. 198-199), as exigências epistêmicas do pragmatismo não podem ser negligenciadas, de modo que é necessário perquirir “se os benefícios vinculados à busca incessante pelas melhores consequências em cada caso concreto superam, no limite, os custos relacionados à tentativa de alcançar respostas maximizadoras”, o que é especialmente relevante em se tratando de matéria ambiental, ramo do direito em que a incerteza se faz sempre presente.

Por essa razão, Arguelhes e Leal (2009, pp. 211) sugerem que, talvez, o pragmatismo só tenha espaço como uma metateoria de segunda-ordem¹⁰, em que a sua real utilidade será auxiliar os juízes na escolha entre diferentes teorias normativas da decisão judicial, haja vista não ser possível, no plano abstrato, arquitetar um programa teórico único para resolver todos os problemas da realidade.

⁹ Richard Posner reconhece que o pragmatismo, seja na versão filosófica ou cotidiana, não possui uma bússola moral. No entanto, de uma maneira bem realista, até mesmo cética, o autor afirma ser uma utopia pensar que alguma teoria jurídica teria o condão de orientar e constranger ações politicamente orientadas por parte dos tomadores de decisão. Segundo Posner, apenas fatores psicológicos, funcionais e institucionais poderiam atingir esse fim. A pluralidade de ideias e de preferências em uma sociedade heterogênea não permite que um consenso seja atingido por argumentos morais e teóricos. Para o autor isso seria apenas um sonho. (POSNER, 2003, p. 55-56)

¹⁰ De acordo com a definição oferecida pelos próprios autores, decisões de segunda-ordem “são decisões sobre decisões, no sentido em que se centram sobre a fixação de estratégias de decisão capazes de reduzir os problemas gerais vinculados a decisão de casos específicos (decisões de primeira-ordem).” (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 199).

O alerta de fato é relevante e vai ao encontro com as ideias que estão sendo sustentadas aqui, no sentido de que a natureza incerta, complexa e dinâmica do direito ambiental simplesmente não permite teorias onipotentes com viés generalizantes, indicando que os tomadores de decisão devem ser mais permeáveis às teorias das mais diversas matrizes filosóficas, desde que elas estejam compromissadas em assegurar a defesa do meio ambiente.

5. CONCLUSÃO

Para concluir, um pragmatismo ecologicamente orientado tem como objetivo assegurar um meio ambiente equilibrado, defendendo-o e preservando-o para as presentes e futuras gerações. No entanto, para atingir esse fim, um adepto ao pragmatismo ambiental não se filia à nenhuma corrente teórica específica, seja ela de cunho deontológico ou econômico. Esse agnosticismo teórico não significa necessariamente uma hostilidade a qualquer teoria. Muito pelo contrário. As teorias, não apenas jurídicas, mas também de outras áreas de conhecimento, serão empregadas não para interditar os debates, e sim para facilitá-los, na medida em que elas sejam úteis para determinado contexto, todas as circunstâncias relevantes consideradas, e tenham ainda a aptidão de produzir as melhores consequências para a defesa do meio ambiente, independentemente de sua matriz filosófica.

Não se está aqui a afirmar que a permeabilidade a uma visão pragmática servirá como uma panaceia para a resolução de todas as questões ambientais. Longe disso. Mas o reconhecimento da natureza incerta, complexa e dinâmica das questões ambientais por todo o espectro acadêmico é um bom começo para um processo de conciliação, em que proselitismo teórico ceda espaço para uma discussão concentrada nas circunstâncias do caso específico e nas consequências de adotar um ou outro curso de ações, de modo a melhor atingir os fins encerrados pelo artigo 225 da Constituição. Em outras palavras, a manutenção à fidelidade teórica não é incompatível com a sua derrotabilidade em casos pontuais, desde que a sua aplicação conduza a um resultado mais favorável à proteção do meio ambiente, uma vez que a própria natureza incerta, complexa e dinâmica das questões ambientais simplesmente não permite uma solução generalizante aplicável a todo e qualquer caso.

6. BIBLIOGRAFIA

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações*. In: Daniel Sarmento; Álvaro Ricardo de Souza Cruz (Orgs.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009, pp. 171-211.

BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: SENADO FEDERAL, COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE (Org.). *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Brasília, 2012. Disponível em: [www.senado.gov.br]. Acesso em: 30.10.2021.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federa. ADC 42, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Luiz Fux, 28/02/2018.

BRASIL. Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm Acesso em 15 julho 2021.

DEWEY, John. *Logical Method and Law*. The Cornell Law Quarterly, vol. 10, n. 1, 1914-1925, p. 17-27.

FARBER, Daniel. *Legal Pragmatism and the Constitution*. Minnesota Law Review, v. 72, 1988.

FARBER, Daniel. *Probabilities Behaving Badly: Complexity Theory and Environmental Uncertainty*. Environmental Law and Policy Journal, vol. 27, n. 1, 2003, p. 145-174.

FARBER, Daniel. *Uncertainty*. Georgetown Law Journal, v. 99, p. 901-959, 2010.

HAHN, Robert W.; STAVINS, Robert N. *Incentive-Based Environmental Regulation: A New Era from an Old Idea*. Ecology Law Quarterly, vol. 18, no. 1, 1991.

HERDY, Rachel; MATIDA, Janaina. *CNJ pode dificultar formação de juízes na tradição racionalista da prova*. Conjur, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-22/limite-penal-cnj-dificultar-formacao-juizes-tradicao-racionalista-prova> Acesso em 28 mar. 2022.

KNIGHT, Frank. *Risk, Uncertainty and Profit*. Boston/NY: Houghton Mifflin Co., 1921.

LAZARUS, Richard J. *The Making of Environmental Law*. The University of Chicago Press. 2004.

LEAL, Fernando. *A retórica do Supremo: precaução ou proibição?* JOTA, 13 jun. 2016. Disponível em < <https://www.jota.info/stf/supra/retorica-supremo-precaucao-ou-proibicao-13062016>>. Acesso em 18 jul. 2021.

MAJONE, Giandomenico. *What Price Safety? The precautionary Principle and its Policy Implications*. *Journal of Common Market Studies*, v. 40, 2002.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism, and Democracy*. London: Harvard University Press, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *O Supremo Tribunal Federal e a proibição do retrocesso ecológico*. *Conjur*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-28/direitos-fundamentais-supremo-tribunal-federal-proibicao-retrocesso-ecologico> Acesso em 12 de julho de 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VERMEULE, Adrian. *Rationally arbitrary decisions in administrative law*. *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 3, 1, 2017.

WEDY, Gabriel; MOREIRA, Rafael Martins Costa. *Manual de Direito Ambiental*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.