

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO EM MATÉRIA SOCIOAMBIENTAL: ESTUDOS DAS TEORIAS DE MICHEL PRIEUR

Organizadores

Michel Prieur
Marcelo Buzaglo Dantas
Ricardo Stanzioia Vieira

Coordenadores

Denise Schmitt Siqueira Garcia
Maria Claudia Da Silva Antunes De Souza
Liton Lanes Pilau Sobrinho

Autores

David Cassuto
Ricardo Stanzioia Vieira
Fernando Fernandes da Silva
Daniel Mayerle
Pablo Franciano Steffen
Frederico Wellington Jorge
Waldemar Moreno Junior
Júlio César Garcia
Charles Alexandre Souza Armada
Débora Cristina Freytag Scheinkmann
Jonathan Cardoso Régis
Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes
Flávia Cristina Oliveira Santos
Hilariane Teixeira Ghilardi
José Carlos Loureiro da Silva
Kátia Ragnini Scherer
Yury Augusto dos Santos Queiroz



CAPES

Escola de Altos Estudos - EAE



UNIVALI

Volume 1

ORGANIZADORES

Michel Prieur
Marcelo Buzaglo Dantas
Ricardo Stanziola Vieira

COORDENADORES

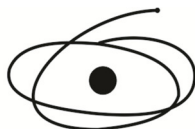
Denise Schmitt Siqueira Garcia
Maria Claudia Da Silva Antunes De Souza
Liton Lanes Pilau Sobrinho

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO EM MATÉRIA SOCIOAMBIENTAL: ESTUDOS DAS TEORIAS DE MICHEL PRIEUR

VOLUME 1

AUTORES

David Cassuto
Ricardo Stanziola Vieira
Fernando Fernandes da Silva
Daniel Mayerle
Pablo Franciano Steffen
Frederico Wellington Jorge
Waldemar Moreno Junior
Júlio César Garcia
Charles Alexandre Souza Armada
Débora Cristina Freytag Scheinkmann
Jonathan Cardoso Régis
Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes
Flávia Cristina Oliveira Santos
Hilariane Teixeira Ghilardi
José Carlos Loureiro da Silva
Kátia Ragnini Scherer
Yury Augusto dos Santos Queiroz



CAPES
Escola de Altos Estudos - EAE



UNIVALI

— 2015 —

ISBN: 978-85-7696-161-1

Reitor

Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora de Graduação

Cássia Ferri

**Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa,
Extensão e Cultura**

Valdir Cechinel Filho

**Vice-Reitor de Planejamento e
Desenvolvimento Institucional**

Carlos Alberto Tomelin

Procurador Geral da Fundação UNIVALI

Vilson Sandrini Filho

Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI

Renato Osvaldo Bretzke

Organizadores

Michel Prieur
Marcelo Buzaglo Dantas
Ricardo Stanziola Vieira

Coordenadores

Denise Schmitt Siqueira Garcia
Maria Claudia Da Silva Antunes De Souza
Liton Lanes Pilau Sobrinho

Autores

David Cassuto
Ricardo Stanziola Vieira
Fernando Fernandes da Silva
Daniel Mayerle
Pablo Franciano Steffen
Frederico Wellington Jorge
Waldemar Moreno Junior
Júlio César Garcia
Charles Alexandre Souza Armada
Débora Cristina Freytag Scheinkmann
Jonathan Cardoso Régis
Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes
Flávia Cristina Oliveira Santos
Hilariane Teixeira Ghilardi
José Carlos Loureiro da Silva
Kátia Ragnini Scherer
Yury Augusto dos Santos Queiroz

Capa

Alexandre Zarske de Mello

Diagramação/Revisão

Alexandre Zarske de Mello
Heloise Siqueira Garcia

Comitê Editorial E-books/PPCJ**Presidente**

Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Clovis Demarchi
MSc. José Everton da Silva
Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Projeto de Fomento

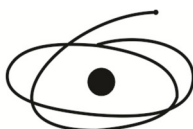
Obra resultado do projeto “Escola de Altos Estudos” de fomento da CAPES com o Professor Doutor Michel Prieur, de título e temática “Princípio da proibição de retrocesso em matéria socioambiental e proteção de processos ecológicos essenciais e tutelas de grupos sociais vulneráveis”, realizada em outubro e novembro de 2014 no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI – PPCJ.

Créditos

Este e-book foi possível por conta da Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Moraes da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello.

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-901,
Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 427,
Telefone: (47) 3341-7880



CAPES
Escola de Altos Estudos - EAE



UNIVALI

FICHA CATALOGRÁFICA

P935 Princípio da proibição do retrocesso em matéria socioambiental : [recurso eletrônico] estudos das teorias de Michel Prieur / Organizadores, Michel Prieur, Marcelo Buzaglo Dantas, Ricardo Stanziola Vieira ; coordenadores, Denise Schmitt Siqueira Garcia, Maria Claudia Da Silva Antunes De Souza, Liton Lanes Pilau Sobrinho ; autores: David Cassuto... [et al.] - Dados eletrônicos. – Itajaí : UNIVALI, 2015. – v. 1.

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Incluem referências.

Vários autores.

Incluem textos em inglês e português.

ISBN 978-85-7696-161-1 (e-book)

1. Prieur, Michel – Pesquisa. 2. Direito – Aspectos ambientais. 3. Direito ambiental – Pesquisa. 4. Direitos humanos. 5. Sustentabilidade – Aspectos sociais. I. Prieur, Michel. II. Dantas, Marcelo Buzaglo. III. Vieira, Ricardo Stanziola. IV. Garcia, Denise Schmitt Siqueira. V. Souza, Maria Claudia da Silva Antunes de. VI. Pilau Sobrinho, Liton Lanes. VII. Cassuto, David. VIII. Título.

CDU: 342:502.34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	VII
Marcelo Buzaglo Dantas	
THE LAW OF WORDS: STANDING, ENVIRONMENT, AND OTHER CONTESTED TERMS.....	9
David N. Cassuto	
DIREITOS HUMANOS E ACIDENTES NUCLEARES NO DIREITO BRASILEIRO.....	59
Fernando Fernandes da Silva	
Ricardo Stanziola Vieira	
PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL: EFEITOS SOBRE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS.....	80
Daniel Mayerle	
Pablo Franciano Steffen	
(NÃO) PODEMOS RETROAGIR AS LEIS AMBIENTAIS	96
Frederico Wellington Jorge	
Waldemar Moreno Junior	
O RETROCESSO NORMATIVO AMBIENTAL: APORTES METODOLÓGICOS DA HISTÓRIA DO DIREITO	108
Júlio César Garcia	
O ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO E A NOVA REALIDADE DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS: DESAFIOS E AMEAÇAS.....	126
Charles Alexandre Souza Armada	
A PROTEÇÃO JURÍDICA APLICADA AOS DESLOCADOS AMBIENTAIS HAITIANOS NO BRASIL	142
Débora Cristina Freytag Scheinkmann	
A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO NAS OCORRÊNCIAS DE DESASTRES NATURAIS SOB A LUZ DA LEI Nº 12.608/2012.....	161
Jonathan Cardoso Régis	
Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes	
POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS: ASPECTOS DA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS NATURAIS E CONFLITOS AMBIENTAIS NA ERA DOS NOVOS DIREITOS	190
Flávia Cristina Oliveira Santos	
HAITIANOS UMA VISÃO À LUZ DE NOVOS MEIOS DE PROTEÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	211
Hilariane Teixeira Ghilardi	
DESLOCADOS PELO MEIO AMBIENTE	224
José Carlos Loureiro da Silva	

O MODELO DE GESTÃO DOS RISCOS AMBIENTAIS CATASTRÓFICOS NA POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA CIVIL (LEI. Nº 12.608/2012)	240
---	-----

Kátia Ragnini Scherer

A INCORPORAÇÃO DO PROJETO DE CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO INTERNACIONAL DOS DESCOLADOS AMBIENTAIS DE ACORDO COM A CRFB/88	262
---	-----

Yury Augusto dos Santos Queiroz

APRESENTAÇÃO

Em outubro e novembro de 2014, foi realizado no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI - PPCJ, a Escola de Altos Estudos da CAPES com o Professor Doutor Michel Prieur¹, um dos nomes mais importantes em Direito Ambiental e Sustentabilidade em todo o mundo.

A Escola de Altos Estudos é uma iniciativa da CAPES para fomentar a cooperação acadêmica e o intercâmbio internacional em cursos e programas de pós-graduação *stricto sensu* de mestrado, doutorado e pós-doutorado. Seu objetivo é trazer professores e pesquisadores estrangeiros de elevado conceito internacional para a realização de cursos monográficos, a fim de fortalecer, ampliar e qualificar os programas de pós-graduação de instituições brasileiras.

O tema principal desenvolvido na Escola de Altos Estudos foi "Princípio da proibição de retrocesso em matéria socioambiental e proteção de processos ecológicos essenciais e tutelas de grupos sociais vulneráveis", tendo sido a temática dividida em 5 módulos de estudos, a saber: Princípio da não regressão; Avaliação Ambiental e Avaliação Transfronteiriça; Catástrofes, Direitos Humanos e Deslocados; Acidentes nucleares e Direitos Humanos; e Governança Ambiental, o que oportunizou a interação e troca de experiência entre o renomado jurista e toda a comunidade acadêmica.

No site do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI – PPCJ podem ser acessados os vídeos das aulas de todos os módulos em área específica para a Escola de Altos Estudos².

Nesse sentido, a presente obra é fruto dos trabalhos produzidos em decorrência dos estudos realizados nos módulos da Escola de Altos Estudos, apresentada como uma coletânea dos melhores artigos científicos elaborados pelos participantes da Escola, bem como alguns textos de Professores do Programa e do exterior.

Este volume se inicia com um célebre artigo do Prof. David Cassuto, da Pace University School of Law, que visitou a UNIVALI em abril de 2015, acerca de relevante questão do Direito Ambiental Constitucional Norte-Americano, o requisito denominado de “standing”, que dificulta sobremaneira o acesso individual e da coletividade à jurisdição naquele país (“The Law of Words: Standing, Environment & other Contested Terms”).

Seguindo com um trabalho advindo do corpo docente, em autoria de parceria entre o Prof. Ricardo Stanzola Vieira, do PPCJ-Univali, e o Prof. Fernando Fernandes da Silva, da Unisantos, que tratam de tema específico de um dos módulos da Escola de Altos Estudos que tratou sobre

¹ Professor Emérito de Direito na Universidade de Limoges. Diretor Científico do CRIDEAU (Centre de Recherches Interdisciplinaires en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme). Presidente do Centro Internacional de Direito Comparado do Meio Ambiente (CIDCE). Vice-Presidente da Comissão de Direito do Meio Ambiente da União Internacional para a Conservação da Natureza (I'UICN). Doctor Honoris causa da Universidade de Zaragoza (2010), da Universidade de Ecologia de Bucareste (2010), da Universidade de Sherbrooke, Canada (2011) e da Universidade Nacional do Litoral, Argentina (2011).

² <http://www.univali.br/ensino/pos-graduacao/mestrado/ppscj/mestrado-em-ciencia-juridica/escola-de-altos-estudos/michel-prieur/programacao/Paginas/default.aspx>

Direitos Humanos e Acidentes Nucleares, artigo que foi intitulado como “Direitos Humanos e Acidentes Nucleares no Direito Brasileiro”.

O restante da obra é dividido na temática de outros dois módulos da Escola de Altos Estudos, o do “Princípio da não regressão” e o de “Catástrofes, Direitos Humanos e Deslocados”.

Do primeiro deles, sobre a temática central da Escola de Altos Estudos, intitulado “Princípio da não regressão”, temos os seguintes trabalhos: “Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental: Efeitos sobre a Recuperação Judicial de Empresas”, de Daniel Mayerle e Pablo Franciano Steffen; B) “(Não) Podemos Retroagir as Leis Ambientais”, de Frederico Wellington Jorge e Waldemar Moreno Junior; e C) “O Retrocesso Normativo Ambiental: Aportes Metodológicos da História do Direito”, de Júlio Cesar Garcia.

O segundo módulo trabalhado, sobre “Catástrofes, Direitos Humanos e Deslocados”, apresentou os seguintes textos selecionados: A) “O Estado Socioambiental de Direito e a Nova Realidade das Mudanças Climáticas: Desafios e Ameaças”, de Charles Alexandre de Souza Amada; B) “A Proteção Jurídica Aplicada aos Deslocados Ambientais Haitianos no Brasil”, de autoria de Débora Cristina Freytag Scheinkmann; C) “A Responsabilidade do Administrador Público nas Ocorrências de Desastres Naturais sob a Luz da Lei n. 12.608/2012, por Jonathan Cardoso Régis e Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes; D) “Povos e Comunidades Tradicionais: Aspectos da Exploração de Recursos Naturais e Conflitos Ambientais na Era dos Novos Direitos”, de Flávia Cristina de Oliveira Santos; E) “Haitianos: Uma Visão à Luz de Novos Meios de Proteção no Ordenamento Brasileiro”, de autoria de Hilariane Teixeira Ghilardi; F) “Deslocados pelo Meio Ambiente”, de José Carlos Loureiro da Silva; G) “O Modelo de Gestão dos Riscos Ambientais Catastróficos na Política Nacional de Proteção e Defesa Civil(Lei. nº 12.608/2012)”, de Kátia Ragnini Scherer; G) A Incorporação do Projeto de Convenção relativa ao Estatuto Internacional dos deslocados ambientais de acordo com a CRFB/88.

São ao todo, englobando os dois Volumes desta obra, 26 artigos, todos da melhor qualidade técnica e científica, que o PPCJ, com o apoio da Editora da UNIVALI têm a grata satisfação de trazer a público, como fruto de mais uma iniciativa de aprofundamento dos estudos na área ambiental e da internacionalização do Programa, sempre em prol dos alunos e da comunidade jurídica brasileira.

Marcelo Buzaglo Dantas

Advogado militante e consultor jurídico na área ambiental. Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Pós-Doutorando da linha de Pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.

THE LAW OF WORDS: STANDING, ENVIRONMENT, AND OTHER CONTESTED TERMS

David N. Cassuto¹

Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc., 528 U.S. 167 (2000), exposes fundamental incoherencies within environmental standing doctrine, even while it ostensibly makes standing easier to prove for plaintiffs in environmental citizen suits. According to *Laidlaw*, an environmental plaintiff needs only to show personal injury to satisfy Article III's standing requirement; she need not show that the alleged statutory violation actually harms the environment. This Article argues that *Laidlaw*'s distinction between injury to the plaintiff and harm to the environment is nonsensical. Both the majority and dissent in *Laidlaw* incorrectly assume that there exists an objective standard by which a plaintiff, society or a court can measure harm or injury. Using examples drawn both from history (the Trail Smelter Arbitration (1930-41)) and fiction (Barbara Kingsolver's novel *Animal Dreams*), this Article illustrates that the inherent contingency of language renders it impossible to define harm or injury without acknowledging the systemic perspective from which the concepts are viewed.

The path to an intelligible standing doctrine lies not in focusing on this artificial opposition, but instead in acknowledging statutory violations as injurious to the social and legal system of which we all form a part. Assuming the violated statute contains a citizen suit provision, the resulting harm to the system could and should enable individuals to sue. This policy would conform the Court's standing jurisprudence to the language and intent of the statutes before it. Moreover, this policy would counter the undermining of the rhetoric of environmental protection that persists so long as the Supreme Court continues its frequent yet unsuccessful efforts to retool its definition of cognizable legal injury.

¹ Associate Professor of Law, Pace University School of Law; B.A., Wesleyan University; J.D., University of California at Berkeley, Boalt Hall School of Law; Ph.D., Indiana University. I would like to thank William Fletcher, Ben Germalman, Don Doernberg, John Nolon, Ann Powers, Jeffrey Miller, Jerrob Duffy, Arthur Haubenstock, and We and Toby Cassuto for their insights, comments, and help with this Article, and Brian Brittingham for his research assistance. A very special thanks to Elizabeth Downes, my partner in everything, who made this piece possible.

INTRODUCTION

This Article is about one sentence. The sentence, found in the majority opinion of *Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc.*², reads as follows:

The relevant showing for purposes of Article III standing ... is not injury to the environment but injury to the plaintiff.³

Both alone and in the context of the full opinion, this sentence exposes fundamental incoherencies within standing doctrine, especially with respect to standing's relationship with environmental law. This Article argues that the opposition the sentence creates—injury to the plaintiff versus harm to the environment—is both nonsensical and entirely ancillary to the language and purpose of the statute Laidlaw supposedly interprets. Declaiming that injury to the plaintiff rather than harm to the environment comprises the requisite for standing enables the Court to ground its basis for standing in an opposition that makes no sense, even though it is firmly grounded in precedent.⁴ In other words, the sentence (and, consequently, the rest of the opinion) is simultaneously legally strong and rhetorically incoherent.

The path to an intelligible standing doctrine does not lie in such fruitless comparisons. It lies instead in acknowledging statutory violations as injurious to the social and legal system of which we all form a part.⁵ Assuming the violated statute contains a citizen suit provision, the resulting harm to the system could and should enable individuals to sue. This policy would relieve the Supreme Court of having to constantly retool its definition of cognizable legal injury. It would also conform the Court's standing jurisprudence to the language and intent of the statutes before it. Under the current regime, the statutory language often factors very little in the Court's analysis.

Even though its holding enhances citizen suit standing, *Laidlaw*, nevertheless continues a trend wherein the environment is consistently marginalized within environmental jurisprudence.⁶

² 528 U.S. 167 (2000) [hereinafter *Laidlaw IV*]. Since the Article discusses two district court opinions, a Fourth Circuit appeal, and a Supreme Court case with the same case name, the Article will employ a numbering system for all of the *Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc.*, decisions: 890 F. Supp. 470 (D.S.C. 1995) [hereinafter *Laidlaw I*], 956 F. Supp. 588 (D.S.C. 1997) [hereinafter *Laidlaw II*], 149 F.3d 303 (4th Cir. 1998) [hereinafter *Laidlaw III*].

³ *Id.* at 181.

⁴ See *Laidlaw IV*, 528 U.S. at 183 (citing *Siena Club v. Morton*, 405 U.S. 727, 735 (1972)); *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 562-63 (1992).

⁵ See *infra* Part IV.A

⁶ Many commentators view *Laidlaw* as an unalloyed positive because of its relaxed standing requirements. See, e.g., RICHARD J. PIERCE, JR., *ADMINISTRATIVE LAW TREATISE* 1140 (4th ed. 2002); Jeffrey G. Miller & Chris Hilton, *The Standing of Citizens to Enforce Against Violations of Environmental Statutes in the United States*, 12 J. ENVTL. L. 370, 379 (2000) (noting that *Laidlaw*

Using examples drawn both from history (the Trail Smelter Arbitration (1930-41)) and fiction (Barbara Kingsolver's novel *Animal Dreams*), this Article attempts to situate Laidlaw within the context of the larger issue of a growing incoherence that is undermining the rhetoric of environmental protection.

Laidlaw also highlights structural problems within the larger legal system—problems that date at least from the time of Galileo's trial in the seventeenth century. Galileo was accused of defying the Church's prohibition against defending and teaching Copernicus's theory that the earth revolved around a stable sun, rather than vice-versa. By maintaining that canonical law was not objective truth and that the sun did not revolve around the earth, Galileo forever undermined the law's authority.⁷ His subsequent trial precipitated the downfall of the notion of law as objective and immutable, replacing it with the equally problematic notion of an objective and immutable science. Though the idea of an objective science has also fallen into disfavor in recent years,⁸ it retains great currency, particularly within jurisprudence. Often the law aligns itself with science, effectively cloaking itself with the mantle of objectivity.⁹ I call this phenomenon a "Galileo Problem" and take it up at greater length in Part V. Galileo Problems arise from attempts to manufacture permanent and unwavering truths from words that can at best express the historically or analytically contingent products of human thought and language. In Laidlaw, a Galileo Problem manifests when the concept of harm is treated as an objectively ascertainable fact and parleyed into a norm and then into law.

Norms are language-based, their existence a product of communication among the members of the social system. That the law is formed of words is hardly news. But when those words are contingent, they form a shaky foundation upon which to rest a lattice of norms.

"treats citizen suits as a valued and legitimate form of litigation ... [which] sends positive signals to lower courts about the value of citizen suits). My own view is more tempered. I see the decision as a triage rather than a lasting cure.

⁷ Galileo also argued that his views (based on the theories of Copernicus) did not conflict with the teachings of the Church. It bears noting that the geocentric theory of the universe (i.e., that the sun revolved around the earth) was based as much on the teachings of Ptolemy and Aristotle as on any scriptural authority. Once given the imprimatur of the Church, however, the theory rose above scrutiny. See generally JEROME J. LANOFORD, *GALILEO, SCIENCE AND THE CHURCH* (1992).

⁸ See, e.g., STEPHEN TOULMIN, *THE RETURN TO COSMOLOGY: POSTMODERN SCIENCE AND THE THEOLOGY OF NATURE* 255 (1982) ("[T]he pure scientist's traditional posture as ... spectator, can no longer be maintained: we are always—and inescapably—participants or agents as well"); CAROLYN MERCHANT, *ECOLOGICAL REVOLUTIONS: NATURE, GENDER, AND SCIENCE IN NEW ENGLAND* 4 (1989) ("Science is an ongoing negotiation with nonhuman nature for what counts as reality."); EVELYN FOX KELLER, *SECRETS OF LIFE, SECRETS OF DEATH: ESSAYS ON LANGUAGE, GENDER AND SCIENCE* 74 (1992):

[T]he standard response to so-called relativist arguments has been that ... scientific stories are different ... for the simple reason that they "work"... As routinely as the effectiveness of science is invoked, equally routine is the failure to go on to say what it is that science works at, to note that "working" is a necessary but not sufficient constraint.

⁹ See MICHEL SERRES, *THE NATURAL CONTRACT* 86 (1995) (noting that we live now in a world where science alone is believed and "where only its courts judge in a doubly corn-petent way, uniting law and non-law").

Laidlaw offers a compelling demonstration of a type of contingent language whose use undermines the Court's credibility, sowing the seeds of an environmental legitimization crisis.¹⁰ The rhetoric of both the majority and dissenting opinions reveals fundamental misapprehensions about the role of language within the law, and of the language of law as it relates to standing and the environment. Consequently, the case brings into stark relief a number of the most vexing aspects of standing doctrine's incompatibility with environmental jurisprudence.

My discussion of the Laidlaw opinion requires several detours that frame the parts of this Article. Part II examines the evolution of standing doctrine and situates it with respect to environmental law in general and the Laidlaw decision in particular. Part III examines the convoluted result for standing doctrine of the distinction between injury to individuals and harm to environment. Part IV offers an overview of systems theory, the critical apparatus through which I approach the discussion. It uses the Trail Smelter Arbitration and *Animal Dreams* to illustrate the implications of the issues raised by the case. The Trail Smelter Arbitration offers a real-life example of the consequences of contingent language. *Animal Dreams* underscores the dangers inherent in such language, demonstrating that the problem does not lie in a given set of circumstances, but rather with the larger phenomenon of linguistic uncertainty, a characteristic that is equally present in fact and fiction. Part V suggests a possible means of egress 'predicated in systems theory—from the rhetorical morass created by the Court's standing doctrine and by modern environmental jurisprudence. It applies this new framework to Laidlaw, and then attempts to show how the rhetorical basis for a new, more effective system of environmental laws already exists to some degree in the language of statutes like the National Environmental Policy Act ("NEPA").¹¹

The purpose of this Article is not simply to empty my quiver into the hail of arrows already directed at standing doctrine)¹² It rather seeks to point out how standing is both symptom and cause of a larger incoherence that undermines our national understanding of, and commitment to,

¹⁰ See JURGEN HABERMAS, *LEGITIMATION CRISIS* 68 (1975). Legitimation crises inevitably occur when people no longer trust in the certitude of a central authority. See *id.* At 74-75 ("A legitimization crisis ... must be based on a motivation crisis—that is, a discrepancy between the need for motives declared by the state ... and the motivation supplied by the socio-cultural system on the other").

¹¹ U.S.C. §§ 4321-4370 (2000).

¹² See, e.g., Cass R. Sunstein, *Standing for Animals* (with Notes on Animal Rights), 47 *UCLA L. Rev.* 163 (2000) [hereinafter Sunstein, *Standing for Animals*]; Cass R. Sunstein, *What's Standing After Lujan? Of Citizen Suits, "Injuries," and Article III*, 91 *Mich. L. Rev.* 163 (1992) [hereinafter Sunstein, *What's Standing After Lujan?*]; Gary L. Francione, *Animal Rights and Animal Welfare*, 48 *RUTGERS L. Rev.* 397 (1996); William A. Fletcher, *The Structure of Standing*, 98 *Yale L.J.* 221 (1988); Richard H. Fallon, Jr., *Of Justiciability, Remedies, and Public Law Litigation: Notes on the Jurisprudence on Lyons*, 59 *N.Y.U. L. Rev.* 1 (1984); Joseph L. Sax, *Standing to Sue: A Critical Review of the Mineral King Decision*, 13 *NAT. Resources J.* 76 (1973); Christopher D. Stone, *Should Trees Have Standing?—Toward Legal Rights for Natural Objects*, 45 *S. CAL. L. Rev.* 450 (1972).

environmental protection. This incoherence can be resolved, I argue, by abandoning the convoluted and impractical doctrine of standing and cleaving instead to a standard of injury derived from the statutes themselves, a standard measured by whether the injury alleged negatively affects the well-being, longevity and self-reproductive capacity of the social system.

The social system is the web of communication and shared expectations that enable human interaction.¹³ These expectations are codified as norms and enacted into law.¹⁴ Laws offer concrete articulations of the normative standards that enable the social system to function smoothly.¹⁵ Deviation from those standards can create injury, not necessarily to individuals, but to the system's ability to function and self-reproduce. That injury to the system—rather than to individuals—should determine the viability of citizen suits.

This method of measuring harm is essentially identical to that of statutes that do not contain a private right of action, and its logic is simple and compelling. Both citizen suits and government enforcement actions are statutory creations, and both seek the same goal—observance of the law. Adhering to a standard that was broadly applicable to both types of action—instead of relying on a scattershot standing doctrine—would provide some welcome clarity to the chaotic world of environmental jurisprudence.¹⁶

1. STANDING DOCTRINE AND THE COURT'S HOLDING IN LAIDLAW

1.1 Article III and the Evolution of Standing

Article III of the Constitution limits the judicial branch's power of decision to cases or controversies.¹⁷ From these constitutional limits, the Court fashioned standing doctrine, a doctrine designed to ensure that the litigating parties are truly adverse and have personal stakes in the outcome,¹⁸ as well as to preserve the separation of powers.¹⁹ Over time, this commitment to

¹³ See NIKLAS LUHMANN, *ECOLOGICAL COMMUNICATION* 7 (1989) ("'[S]ociety' signifies the all-encompassing social system of mutually referring communications. It originates through communicative acts alone and differentiates itself from an environment of other kinds of systems through the continual reproduction of communication by communication.").

¹⁴ See NIKLAS LUHMANN, *A SOCIOLOGICAL THEORY OF LAW* ix (Martin Albrow ed., Elizaeth King & Martin Aibrow trans., 1985).

¹⁵ See Paul H. Robinson & John M. Darley, *The Utility of Desert*, 91 Nw. U.L. Rev. 453, 473 (1997) ("The law is... a vehicle by which the community debates, tests, and ultimately settles upon and expresses its norms.").

¹⁶ This approach to standing is equally applicable to non-environmental cases. Under this framework, the unworkable "injury-in-fact" test would be replaced by a statute-based determination of injury. Much of the Court's current need for unwieldy injury analysis would be eliminated without running afoul of the requirements of Article III.

¹⁷ See U.S. Const. art. III, §2.

¹⁸ See, e.g., *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83, 101 (1968).

codifying and safeguarding the constitutional role of the judicial branch has evolved into a set of rules described by the Court in *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*:

Art. III requires the party who invokes the court's authority to "show that he personally has suffered some actual legal or threatened injury as a result of the putatively illegal conduct of the defendant," and that the injury "fairly can be traced to the challenged action" and "is likely to be redressed by a favorable decision."²⁰

Courts commonly summarize the Valley Forge criteria as injury-in-fact, causation, and redressability.²¹ Together, these requirements form what the Supreme Court calls the "irreducible constitutional minimum of standing."²² In addition, as in *Laidlaw*, an association or organization may sue on behalf of its members when its members would have standing in their own right, the interests at stake are germane to the purposes of the group, and neither the claim nor the relief requested requires the participation of the individual members.²³

While these requirements appear straightforward, they are surprisingly opaque, and their relationship to the case or controversy requirement of Article III has come under increasing scrutiny. Over the approximately eighty years since the Court began crafting its criteria for standing,²⁴ it has contorted both language and precedent in an ongoing and futile attempt to divorce the concept of standing from the substantive issues of law within the cause of action.

The structural problems within standing law are well documented. One commentator, noting that the doctrine has been called everything from "incoherent" to "permeated with sophistry," concludes that its intellectual structure is "ill-matched to the task it is asked to perform."²⁵ Another calls the doctrine "one of the most amorphous [concepts] in the entire

¹⁹ See *id.* at 96-97; *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737, 752 (1984) ("[T]he law of Article III standing is built on a single basic idea—the idea of separation of powers.").

²⁰ 454 U.S. 464, 472 (1982) (citations omitted).

²¹ See, e.g., *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 560-61 (1992); *Steel Co. v. Citizens for a Better Env't*, 523 U.S. 83, 102-03 (1998).

²² *Bennett v. Spear*, 520 U.S. 154, 162 (1997).

²³ See *Hunt v. Wash. State Apple Adver. Comm'n*, 432 U.S. 333, 343 (1977).

²⁴ See *Mass. v. Mellon*, 262 U.S. 447, 488 (1923) ("The party who invokes the power must be able to show not only that the statute is invalid but that he has sustained or is immediately in danger of sustaining some direct injury as the result of its enforcement, and not merely that he suffers in some indefinite way in common with people generally."); see also *Fletcher*, *supra* note 11, at 225-26 (noting that modern standing doctrine (i.e., injury-in-fact, causation, and redressability) began to take shape in the 1930s).

²⁵ *Fletcher*, *supra* note 11, at 221; cf. David P. Currie, *Misunderstanding Standing*, 1981 Sup. Ct. Rev. 41, 42 (1982).

domain of public law,"²⁶ while still another labels standing's injury-infact requirement "a large scale conceptual mistake."²⁷

1.2 Standing and Environment—An Uneasy Marriage

Citizen suits create some of standing's thorniest dilemmas. They occur when a statute provides a private right of action for its enforcement.²⁸ According to Judge Skelly Wright, the citizen suit provides a method of ensuring that "important legislative purposes heralded in the halls of Congress are not lost or misdirected in the vast hallways of the federal bureaucracy."²⁹ Because citizen Suits are filed in the public interest, their successful prosecution normally results in lines paid to the government rather than to the plaintiffs.³⁰ Citizen plaintiffs benefit from the imposition of any injunctive relief as well as from the deterrent power of the suit against future violations.³¹ While such suits have proved to be potent weapons in the enforcement arsenal, they are not always possible. A provision enabling them must be written into the relevant law. Federal environmental statutes often contain such provisions and the Clean Water Act is no exception.³²

The critical sentence from *Laidlaw*³³ purportedly describes the type of injury required for standing to file a citizen suit under the Federal Water Pollution Control Act (hereinafter "Clean Water Act," "CWA," or "Act").³⁴ Yet, the citizen suit provision of the Act makes no mention of

²⁶ *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83, 99 (1968) (quoting Hearings on S. 2097 Before the Subcomm. on Constitutional Rights of the Senate Judiciary Comm., 89th Cong., 2d Sess. 465, 498 n.6 (1966) (statement of Prof. Paul A. Freund)).

²⁷ See Sunstein, *What's Standing After Lujan?*, *supra* note 11, at 167.

²⁸ The relevant provision of the Clean Water Act, for example, authorizes federal district courts to entertain suits brought by "a person or persons having an interest which is or may be adversely affected." 33 U.S.C. § 1365(a), (g) (2000).

²⁹ *Calvert Cliffs Coordinating Comm. Inc. v. Atomic Energy Comm'n*, 449 F.2d 1109, 1111 (D.C. Cir. 1971). (Then) Judge Scalia took issue with Skelly Wright's comment, observing that one aim of limiting standing is to ensure that some actions are "lost or misdirected" within the federal bureaucracy. See Antonin Scalia, *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers*, 17 *SUFFOLK U.L. Rev.* 881, 897 (1983); see also Jonathan H. Adler, *Stand or Deliver: Citizen Suits, Standing, and Environmental Protection*, 12 *DUKE ENVTL. L. & POL'Y F.* 39, 44 n.28 (2001) (noting same).

³⁰ See *Steel Co. v. Citizens for a Better Env't*, 523 U.S. 83, 106-07, (1998); *Atl. States Legal Found., Inc. v. Tyson Foods, Inc.*, 897 F.2d 1128, 1131 n.5 (11th Cir. 1990).

³¹ See *Laidlaw IV*, 528 U.S. 167, 185 (2000) ("We have recognized on numerous occasions that 'all civil penalties have some deterrent effects ...' (citing *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93, 102 (1997)).

³² See 33 U.S.C. § 1365 (a). A number of other environmental statutes include citizen suit provisions. See 42 U.S.C. § 9659(a) (2000) (Comprehensive Environmental Response and Compensation and Liability Act); 16 U.S.C. § 1540(g) (2000) (Endangered Species Act); 42 U.S.C. § 7604 (2000) (Clean Air Act); 15 U.S.C. § 2619 (2000) (Toxic Substances Control Act); 30 U.S.C. § 1270 (2000) (Surface Mining Reclamation and Control Act); 42 U.S.C. § 1449 (2000) (Safe Drinking Water Act); 42 U.S.C. § 6972 (2000) (Solid Waste Disposal Act). The one major environmental statute without a citizen suit provision is the Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act, 7 U.S.C. § 136 (1994).

³³ See *supra* note 2 and accompanying text.

³⁴ 33 U.S.C. §§ 1251-4387 (2000).

injury. It states simply that a citizen whose interests are or may be adversely affected may file suit if a prospective defendant is "in violation of an... effluent standard or limitation."³⁵

Having one's interests adversely affected is not the same as suffering an injury.³⁶ While one's interests and oneself may overlap, they are not identical. Interests are inherently subjective and not necessarily bounded by geography or even logic. I have never visited the Tongass Forest in Alaska, for example, nor do I have any plans to do so. Nevertheless, I am deeply interested in its preservation. If a logging concern in the Tongass were to discharge effluents in excess of its permitted maximum, my interests would be adversely affected.

The language of the Clean Water Act's citizen suit provision (as well as its legislative history) suggests that I should be able to sue. The Court, however, has repeatedly held otherwise, finding that prospective plaintiffs must allege a cognizable injury-in-fact in order to file suit. This requirement holds true irrespective of the statute's purpose or the wording of its citizen suit provision.³⁷ That injury must be shown through, at a minimum, the defendant's behavior adversely impacting either the plaintiff's current use of an area or the plaintiff's specific plans to do so.³⁸ Consequently, there is a disjuncture between the Court's requirements for legal injury and the language of the Act, which requires only a violation and an interested plaintiff.

This disjuncture stems from the ancillary role of injury to the enforcement of the statute as written. The Clean Water Act's drafters focused on the existence of violations, not on harm/injury either to the environment or to prospective plaintiffs, as the criteria for standing.³⁹ Thus, the dispute in *Laidlaw* over the right to sue under the Clean Water Act bears little relation to the actual language of the statute. Instead, the Court's framing of the issue effectively rewrites a key provision of the law. Putting aside the disturbing separation of power implications of such behavior, the Court's apparent ability to fashion its own criteria for justiciability also raises serious questions about the basis for judicial decision-making.

One of the principal causes of the rhetorical problems in the law is that the concept of

³⁵ *Id.* § 1365(a)(1).

³⁶ See *infra* Part III.B.1

³⁷ See, e.g., *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 560(1992); *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737, 755 (1984); *Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95, 102(1983).

³⁸ See, e.g., *Lujan*, 504 U.S. at 564; *Laidlaw IV*, 528 U.S. 167, 183-84 (2000).

³⁹ See *infra* note 107 and accompanying text.

harm⁴⁰ to the environment is meaningless. Harm, the foundation of legal injury, derives from traditional property interests. With ownership comes the accompanying notion that one's property should be protected from damage or trespass by others. By contrast, the environment is a type of commons: no one owns it. It is made up of "the surrounding conditions, influences, or forces, which influence or modify" humans.⁴¹ Those circumstances vary with individual perspective and are not things in which one can hold an ownership interest.⁴² Without an owner, there can be neither trespass nor a controlling point of view through which to assess damage. Therefore, the "environment," as such, is incompatible with traditional notions of harm, as well as with the body of law designed to protect private property.

Standing doctrine represents the Court's attempt to elide this incompatibility. Unfortunately, its conclusion that standing for a private right of action to enforce environmental laws (i.e., the Clean Water Act) hinges on injury to the plaintiff only complicates the issue further.

The Clean Water Act's abiding goal is to protect waterways held in common by the citizens of the nation.⁴³ Its citizen suit provision allows for a private right of action when pollutants are discharged into those waterways. It is hard to see how injury to individual plaintiffs fits into this regulatory framework, or why it should.⁴⁴ Requiring injury to plaintiffs as a prerequisite for standing amounts to inserting an extra-statutory provision into the Act, and allows the Court to conform its environmental rulings to private property-based doctrines as well as to the exigencies of the federal docket. In this respect, even while invoking Article III, the Court appears to be imposing a prudential standing requirement both as a rationale and as a means for overriding the statute's instructions.

Prudential standing stems from courts implementing "'prudential' factors, not by virtue of their inherent authority to expand or constrict standing, but rather as a set of presumptions derived from common-law tradition designed to determine whether a legal right exists."⁴⁵ Issues

⁴⁰ Though the Laidlaw court uses harm and injury interchangeably, whenever possible this Article uses injury to refer to humans and harm to refer to the nonhuman.

⁴¹ WEBSTER'S NEW INTERNATIONAL DICTIONARY 856 (2d ed. 1939)

⁴² Paul Wapner describes nature (which he uses interchangeably with environment) as "not a single realm with a universalized meaning, but a canvas on which we project our sensibilities, our culture, and our ideas about what is socially necessary." Paul Wapner, Leftist Criticism of "Nature": Environmental Protection In a Postmodern Age, DISSENT MAG., Winter 2003. at 71, available at <http://www.dissentmagazine.org/menutest/articleas/wi03/wapner.htm>.

⁴³ See 33 U.S.C. § 1251(a) (2000).

⁴⁴ See Sunstein, What's Standing After Lujan?, supra note 11, at 209-23.

⁴⁵ Scalia, supra note 28, at 886.

giving rise to prudential standing concerns include, for example, whether the alleged injury is specific to the plaintiff or a widely shared social grievance,⁴⁶ and whether a particular plaintiff may properly assert the rights of a third party.⁴⁷

Normally, courts invoke prudential standing to determine whether plaintiffs have a cause of action in the absence of a clear statutory directive.⁴⁸ The problem with doing so here is that there is a clear statutory directive. The Act's language is lucid and unequivocal. When an entity violates the statute's effluent standards or limitations, interested (not injured) citizens may sue. Yet statutory citizen suit provisions do not easily conform to the Court's private property-based methods for measuring harm and thereby defining cases and controversies. The resulting tension between Congress's willingness to confer a private right of action to enforce environmental statutes and the Court's unwillingness to recognize the scope of that conferral has created a jurisprudence that is confused, confusing, and potentially detrimental to the national trust.

2. A CLOSE LOOK AT LAIDLAW

2.1 Facts

Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc. ("Laidlaw") purchased a commercial wastewater treatment plant in South Carolina. The South Carolina Department of Health and Environmental Control ("DHEC") issued Laidlaw a National Pollutant Discharge Elimination System ("NPDES") permit under the Clean Water Act,⁴⁹ authorizing the discharge of limited amounts of pollutants, including mercury, into the North Tyger River.⁵⁰ Laidlaw's subsequent effluent discharges of numerous pollutants, especially mercury, repeatedly exceeded permissible amounts.⁵¹

In April 1992, Friends of the Earth and Citizens Local Environmental Action Network, Inc.

⁴⁶ See *Valley Forge Christian Coll. v. Ams. United for Separation of Church & State, Inc.*, 454 U.S. 464, 474-75 (1982); *Warth v. Seldin*, 422 U.S. 490, 499 (1975); see also *Clarke v. Sec. Indus. Ass'n*, 479 U.S. 388, 394-403 (1987) (discussing the "zone of interest" requirement as an additional prudential principle necessitating that it be reasonably foreseeable that the plaintiff would benefit from the legislation); *Air Courier Conference of Am. v. Am. Postal Workers Union*, 498 U.S. 517, 523-31 (1991) (applying *Clarke* to deny standing when the benefit to the plaintiff from the statute was fortuitous).

⁴⁷ See, e.g., *Valley Forge*, 454 U.S. at 474-75; *Warth*, 422 U.S. at 499; *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737, 751 (1984).

⁴⁸ See *Fletcher*, *supra* note 14, at 252.

⁴⁹ See 33 U.S.C. § 1342(a)(1) (2000).

⁵⁰ See *Laidlaw IV*, 528 U.S. 167, 176 (2000).

⁵¹ See *Laidlaw II*, 956 F. Supp. 588, 600, 613-21 (D.S.C. 1997) (noting that Laidlaw violated the mercury limits of the permit 489 times between 1981 and 1995).

(hereinafter referred to, along with the Sierra Club which joined the action at a later date, as "Friends of the Earth" or "FOE") notified Laidlaw of their intent to sue under the Clean Water Act immediately upon the expiration of a mandatory sixty-day waiting period.⁵² Following this notification, Laidlaw invited the DHEC to file suit against it.⁵³ The DHEC acquiesced and Laidlaw's attorney then drafted the complaint and paid the filing fee.⁵⁴ On the final day of the sixty-day waiting period, Laidlaw and the DHEC reached a settlement wherein Laidlaw paid \$100,000 in civil penalties and agreed to "make every effort" to comply with its permit obligations.⁵⁵

By inviting the DHEC to file suit and then reaching a quick settlement, Laidlaw sought to abrogate FOE's ability to sue. The Clean Water Act precludes citizen suits alleging violations that have already been the subject of a state enforcement action.⁵⁶ In June 1992, FOE filed suit anyway, alleging that Laidlaw was committing ongoing violations and that the DHEC enforcement action had not been "diligently prosecuted" in the manner required by the Act.⁵⁷ The group sought injunctive and declaratory relief.⁵⁸ In asserting its standing, several members of FOE claimed that they had been injured because they no longer used the river for fishing, camping, swimming, or canoeing due to fears of the river's pollution and an aversion to its smell and appearance.⁵⁹ Local homeowners testified that the pollution had decreased the value of their property, while other witnesses stated that the pollution had caused them to abandon their plans to purchase homes near the river.⁶⁰ After the suit was filed but prior to judgment, Laidlaw violated its discharge permit thirteen more times and committed an additional thirteen monitoring and ten reporting violations.⁶¹

In a nuanced holding, the district court found for the plaintiffs but deliberately did not predicate its holding on any finding of damage to the river.⁶² Indeed, the court found that the river

⁵² See Laidlaw IV, 528 U.S. at 176; 33 U.S.C. § 1365(b)(1)(A) (2000).

⁵³ See Laidlaw IV, 528 U.S. at 176.

⁵⁴ See *id.* at 176-77.

⁵⁵ See *id.* at 177 (citing Laidlaw I, 890 F. Supp. 470, 479-81 (D.S.C. 1995)).

⁵⁶ Laidlaw I, 890 F. Supp. at 478 (noting that Laidlaw's intent in soliciting the suit by DHEC was to bar FOE's proposed citizen suit); see 33 U.S.C. § 1365(b)(1)(B).

⁵⁷ See 33 U.S.C. § 1365(b)(1)(B) (precluding citizen suits under the Clean Water Act when "the State has commenced and is diligently prosecuting a civil ... action in a court of the ... State to require compliance").

⁵⁸ See Laidlaw IV, 528 U.S. at 167.

⁵⁹ See *id.* at 182-83.

⁶⁰ See *id.* at 182.

⁶¹ See *id.* at 178.

⁶² See Laidlaw II, 956 F. Supp. 588, 601-03 (D.S.C. 1997).

had suffered no ecological harm from Laidlaw's discharges.⁶³ Nevertheless, it imposed a civil penalty of \$405,800 and awarded attorneys' fees to FOE, while declining to award injunctive or declaratory relief.⁶⁴ In explaining its decision not to award equitable relief, the court observed that the combined deterrent effect of the penalty and fee award should serve to forestall future violations. In addition, the court noted that injunctive relief would serve little purpose since Laidlaw had recently come into substantial compliance with its permit obligations.⁶⁵

FOE appealed as to the amount of the judgment but did not challenge the denial of declaratory or injunctive relief.⁶⁶ Laidlaw cross-appealed, arguing that FOE lacked standing and that the DHEC's enforcement action precluded the lawsuit.⁶⁷ The Fourth Circuit vacated the judgment and remanded with instructions to dismiss, holding, *inter alia*, that even assuming FOE had standing, the case was moot since Laidlaw had subsequently come into full compliance and because FOE had not appealed the denial of equitable relief.⁶⁸ The absence of equitable relief meant that the plaintiffs had won only civil penalties and, since those penalties were paid to the government rather than to the plaintiffs, the court found insufficient redress to satisfy the requirements for standing.⁶⁹ FOE appealed and the Supreme Court granted certiorari.⁷⁰

The issues before the Supreme Court included whether FOE had standing to bring the suit and, if so, whether the case had been mooted. The Court reversed the Fourth Circuit, finding that FOE had standing and that the case was not moot.⁷¹ As noted previously, it held that the relevant showing for standing involves injury to the plaintiff rather than harm to the environment.⁷² In this instance, FOE demonstrated sufficient injury through affidavits and testimony showing that Laidlaw's discharges adversely impacted afflants' recreational, aesthetic, and economic interests.⁷³ The injuries alleged were sufficiently concrete and particularized to satisfy the requirements set

⁶³ See *id.* at 602 ("[T]he... permit violations at issue in this citizen suit did not result in any health risk or environmental harm.").

⁶⁴ *Id.* at 603-11.

⁶⁵ See *id.* at 611.

⁶⁶ See *Laidlaw III*, 149 F.3d 303, 305-06 (4th Cir. 1998).

⁶⁷ See *id.* at 305.

⁶⁸ See *id.* at 306-07.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ See 525 U.S. 1176 (1999) (No. 98-822).

⁷¹ *Laidlaw IV*, 528 U.S. 167, 195 (2000).

⁷² See *supra* note 2 and accompanying text.

⁷³ *Laidlaw IV*, 528 U.S. at 183 (holding injury adequately alleged when plaintiffs state that they use the affected area and that the "'aesthetic and recreational values of the area will be lessened' by the challenged activity") (quoting *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727, 735 (1972)).

forth in *Lujan v. National Wildlife Federation*⁷⁴ and *Lujan v. Defenders of Wildlife*.⁷⁵ In addition, the deterrent effect provided by the civil penalties constituted sufficient redress.⁷⁶

The Court further held that the case was not moot because voluntary cessation of a challenged practice does not generally deprive a 'Court of its ability to rule on the legality of that practice.⁷⁷ Laidlaw did not meet its burden of showing that the challenged behavior could not reasonably be expected to recur.⁷⁸ The district court's refusal to grant equitable relief did not indicate a conclusion that there was no possibility of future violations. It showed only that, in that court's view, the civil penalties and attorney's fees constituted a sufficient deterrent, rendering other relief unnecessary.⁷⁹

2.2 Harm Under Laidlaw

There are a number of interesting and important threads to this case, but this Article confines the discussion to the majority's fundamental disagreement with the dissent over what constitutes harm for purposes of standing. While the disagreement in Laidlaw arises with respect to the Clean Water Act, the issues raised are generally applicable to environmental jurisprudence.

I do not suggest that the Court's holding itself is wrong; as Lord Mansfield noted, decisions are more often right than the reasons behind them.⁸⁰ Not only do I believe that the majority reached the proper conclusion (albeit through convoluted reasoning), I also believe the dissent's position to be far more pernicious to the letter and intent of the Clean Water Act as well as to the broader notion of environmental protection.

Even while acknowledging the fundamental accuracy of the majority's statement that standing hinges on injury to the plaintiff rather than harm to the environment (a concession that is

⁷⁴ 497 U.S. 871 (1990).

⁷⁵ 504 U.S. 555 (1992).

⁷⁶ Laidlaw IV, 528 U.S. at 185 ("The legislative history of the [Clean Water] Act reveals that Congress wanted the district court to consider the need for retribution and deterrence, in addition to restitution, when it imposed civil penalties [The district court may] seek to deter future violations by basing the penalty on its economic impact:") (quoting *Tull v. U.S.*, 481 U.S. 412, 422-23 (1987)).

⁷⁷ See *id.* (citing *City of Mesquite v. Aladdin's Castle, Inc.*, 455 U.S. 283, 289 (1982)).

⁷⁸ See *id.* (citing *U.S. v. Concentrated Phosphate Exp. Ass'n.*, 393 U.S. 199, 203 (1968)).

⁷⁹ *Id.* at 185-86.

⁸⁰ Specifically, Lord Mansfield is reputed to have said: "Decide promptly, but never give any masons. Your decisions may be right, but your masons are sure to be wrong." Steven Wright, The Quotations Home Page, <http://www.theotherpages.org/quote-02b.html> (last visited Nov. 17, 2003) (on file with the Harvard Environmental Law Review).

itself troubling given the illogic of its assertion regarding harm),⁸¹ the dissent attempts to build into the statute a requirement of empirical, conventionally understood injury to an individual plaintiff. This criterion is tellingly absent from the statute as written⁸² and, if adopted, would rewrite the law to make it even more difficult for citizens to exercise their statutorily conferred right to sue. Inevitably, this would make it more unlikely that violators of the Clean Water Act would be prosecuted or deterred. Unfortunately, however, the majority opinion—though properly critical of the dissent's position⁸³—adds to the woes of environmental jurisprudence by muddling even further the already artificial boundary between environmental harm and individual injury.

1. Laidlaw Artificially Distinguishes Injury to Individuals from Harm to the Environment

The Laidlaw majority decrees that no harm need occur to the environment for a citizen suit to lie.⁸⁴ Consequently, a plaintiff's injury for purposes of standing under the Act need not arise from actual harm to the affected waterway. This is congruent with the language of the statute, which permits citizen suits based on violations of any conditions of NPDES permits, even if those violations are strictly procedural.⁸⁵ In Laidlaw, for example, the Court acknowledged that the entity's discharges did no cognizable harm to the river even as it found that the plaintiffs' injuries, which were based on a perceived harm to the river, merited standing.⁸⁶ From this we may deduce that, if an entity allegedly violates the Act, prospective plaintiffs need only believe that the waterway suffers harm and alter their behavior accordingly.⁸⁷ That belief (along with the alleged violation) creates the injury that enables standing.⁸⁸

While the opinion's reasoning seems sound, the distinction it draws between injury to the plaintiff and harm to the environment is incoherent. Harm is a subjective measure of damage. Subjectivity requires a subject—an entity with a definable conscious perspective. Yet, the

⁸¹ Laidlaw IV, 528 U.S. at 199 (Scalia, J., dissenting).

⁸² See Ann E. Carlson, *Standing for the Environment*, 45 UCLA L. Rev. 931, 960-61, (1998)

⁸³ See, e.g., Laidlaw IV, 528 U.S. at 189 n.4.

⁸⁴ See *id.* at 181.

⁸⁵ See 33 U.S.C. § 1365(f)(6) (2000) (allowing citizen suits that allege violations of permits or conditions thereof); *Id.*, § 1318 (outlining procedural requirements of permits); see also *Ecological Rights Found. v. Pac. Lumber Co.*, 230 F.3d 1141, 1151 (9th Cir. 2000) (noting same).

⁸⁶ Laidlaw IV, 528 U.S. at 181.

⁸⁷ See *id.* at 181-183; Adler, *supra* note 28, at 56 ("The harm recognized by the Court was the lessening of the 'aesthetic and recreational values of the area' brought about by nothing more than the plaintiffs' beliefs that the repeated violation of NPDES permits had a significant environmental impact.").

⁸⁸ See *Ecological Rights Found.*, 230 F.3d at 1151 (citing Laidlaw and finding that "the threshold question of citizen standing under the CWA is whether an individual can show that she has been injured in her use of a particular area because of concerns about violations of environmental laws, not whether the plaintiff can show there has been actual environmental harm").

environment does not define itself; we define the environment. Depending on one's point of view, the concept of environment can range from the inanimate through an infinitely complex polyphony of perspectives.⁸⁹ In light of this lack of consensus regarding what the environment is, it is understandable that attempts to conceive of a judicial framework wherein the environment could achieve legal standing have met with little success.⁹⁰ Not surprisingly, given this variety of perspectives, notions of harm to the environment also vary greatly. For example, as we will see shortly in *Animal Dreams*, a local community's definition of harm to the environment can differ radically from that of the management of a nearby mine. This lack of unanimity makes the idea of harm to the environment unintelligible as a concept separate and independent from the person expressing it. Therefore, the majority's distinction between harm to the environment and injury to the plaintiff falls prey to radical subjectivity, rendering it meaningless. Even setting aside its logical flaws, the opinion remains, troubling. On a basic, common sense level, it seems counterintuitive to hold that injury to the plaintiff determines justiciability under a statute where the stated goal is environmental protection. Under this formulation, the environment is relegated to a subordinate role within environmental jurisprudence. The plaintiff, on the other hand, assumes a prominence that belies the statute's language.

This de-emphasis of the environment is not a new development, nor is *Laidlaw* the most glaring instance of it. For the last decade or more, the Court's cases have consistently marginalized the environment while elevating the importance of the perceived woes of the humans litigating under environmental statutes.⁹¹ This trend occurred despite the fact that the stated aim of laws

⁸⁹ For a useful survey of the history of ecology and the linked evolution of the notion of environment, see DONALD WORSTER, *NATURE'S ECONOMY: A History of Ecological Ideas* (1977); James Lovelock, architect of the Gaia Hypothesis, sees the earth as a self-regulating living whole, with rights that trump those of all its components (including humans). See James Lovelock, *Gaia: A NEW LOOK AT LIFE ON EARTH* 124-40 (1979); see also THEODORE ROSZAK, *PERSON/PLANET: THE CREATIVE DESINTEGRATION OF INDUSTRIAL SOCIETY* 32, 41, 49 (1978); Stephen R. L. Clark, *Gaia and the Forms of Life*, in *ENVIRONMENTAL PHILOSOPHY: A COLLECTION OF READINGS* 182, 188-90 (Robert Elliot & Arran Gare eds., 1983).

⁹⁰ This is not to say that there have not been admirable attempts to do so. See, e.g., Stone, *supra* note 11, at 464-73 (arguing that the resource itself could be given standing with a guardian ad litem appointed to represent its interests); Laurence H. Tribe, *Ways Not to Think About Plastic Trees: New Foundations for Environmental Law*, 83 *YALE L.J.* 1315, 1345 (1974) (suggesting that a spirit of "moral evolution" had recently spread to include African Americans and women and could one day include canyons, mountains and seashores); CHRISTOPHER D. STONE, *EARTH AND OTHER ETHICS: THE CASE FOR MORAL PLURALISM* (1987) (revising and reworking the notion of standing for trees); Sunstein, *What's Standing After Lujan?*, *supra* note 11, at 232-34 (suggesting that Congress create a bounty for prospective environmental plaintiffs, thus enabling them to meet the injury-in-fact requirement); see also Sunstein, *Standing for Animals*, *supra* note 11, at 1335 (arguing that it is perfectly conceivable and practicable for Congress to confer standing to animals); RODERICH FRAZIER NASH, *THE RIGHTS OF NATURE: A HISTORY OF ENVIRONMENTAL ETHICS* 6-7 (1989) (noting the historical tradition of extending rights to oppressed minorities from the Magna Carta through the Endangered Species Act).

⁹¹ See, e.g., *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 562 (1992) (noting that acquiring standing will become "substantially more difficult" if the plaintiff "is not himself the object of the government action or inaction he challenges"). Justice Scalia, the opinion's author, first previewed these views in an article published shortly after he was named to the federal bench. See Scalia,

from the Clean Water Act through the Endangered Species Act⁹² is the protection of the environment.⁹³

The Court's elevation of the plaintiff at the expense of the environment effectively turns the citizen suit provision into an extension of nuisance law. Under the common law, nuisance doctrine offers remedies to landowners who have been injured as a result of damage to their property. To attain standing under the common law, landowners must demonstrate that the nuisance complained of is a private nuisance—that the damages claimed are particular to an individual or small group. By contrast, only an agent of the state (or, if other criteria are met, members of a class action) has standing to sue to abate a "public" nuisance, wherein the damages involve a large number of people.⁹⁴

Rather than focus on the statute's conferral of standing to any party intending to enforce the Act, the Laidlaw holding seems to replace it with an expanded availability of standing to abate public nuisance. Instead of determining whether the statute has been violated, the operative issue becomes whether a private plaintiff can show that she has been cognizably damaged. While there is arguably a place for the expansion of private rights of action for public nuisance, there is no legal basis for instituting it at the expense of the statute's directive.

The Laidlaw dissent's use of the term "environmental plaintiff" implicitly highlights the tortured reasoning underlying this collision of standing doctrine and environmental law. The dissent (authored by Justice Scalia and joined by Justice Thomas) states that: "[t]ypically, an environmental plaintiff ... argues that the discharges harm the environment, and that the harm to the environment injures him".⁹⁵ Under this formulation, the justiciability of the case hinges not on whether a defendant violated a legal duty to refrain from polluting, but rather on whether the

supra note 28, at 894 (asserting that standing should be infrequently available when "the plaintiff is complaining of an agency's unlawful failure to impose a requirement or prohibition upon someone else"); see also Carlson, supra note 81, at 935 (acknowledging the trend toward human-centered environmental jurisprudence, arguing for a human-centered standing requirement, and noting that a stringent injury-in-fact requirement will "require environmental plaintiffs to demonstrate why an environmental resource matters to real people").

⁹² 16 U.S.C. §§ 1531-1544 (2000).

⁹³ According to the declaration of goals and policy that open the Clean Water Act, "it is the national goal that the discharge of pollutants into the navigable waters be eliminated by 1985." 33 U.S.C. § 1251(a)(1) (2000). The Endangered Species Act aims "to provide a means whereby the ecosystems upon which endangered species and threatened species depend may be conserved, land] to provide a program for the conservation of such endangered species and threatened species" 16 U.S.C. § 1531(b). Virtually every major environmental statute contains a comparable statement of goals.

⁹⁴ See Restatement (Second) Of Torts § 821C (1979) (noting that one must have either suffered a different kind of harm than others exercising the same public right, be a public official, or be a member of a class action in order to sue for the abatement of a public nuisance).

⁹⁵ Laidlaw IV, 528 U.S. 167, 199 (2000) (Scalia, I., dissenting).

defendant injured the "environmental plaintiff" serving as the environment's proxy. By the Court's own reasoning, a plaintiff's injury can exist or not exist wholly independently of any harm to the environment; thus it strains logic to posit that a human plaintiff's interests mirror those of the environment. In this context, there is no such thing as an "environmental plaintiff." The term is a convenient legal fiction.⁹⁶

2. Judicial Standing Doctrine Effectively Amends and Distorts Environmental Statutes

The majority affirmed the existence of the plaintiffs' injury despite the district court's finding that the river had not been harmed by the discharges.⁹⁷ The injury arose because Laidlaw's mercury discharges purportedly interfered with several FOE members' ability to pursue recreational, aesthetic, and economic interests on the river. The presence or absence of harm to the river did not factor into the district court's analysis of the standing equation.⁹⁸ Plaintiffs believed that the discharges harmed the river and consequently injured them as well. In essence, plaintiffs were injured because they believed they had been injured (a rhetorically powerful reflexivity).

The dissent argues that because the district court found no harm to the environment and because FOE's affidavits of injury were therefore, of necessity, vague, FOE lacked standing.⁹⁹ In Justice Scalia's view, the supposed injuries arising from plaintiffs' belief that the river was polluted did not reach the level of "concrete and particularized" injury that the law requires.¹⁰⁰ He further noted the absence of any hard data that might indicate decreased home values, declining recreational usage, or some other quantifiable injury).¹⁰¹

⁹⁶ Professor Carlson sees this as a non-issue, arguing that a "human-centered standing requirement" works in the environment's favor because

[i]f potential audiences for environmental litigants—judges, juries, members of the media ...—find a closer focus on the human relationship with the resource more persuasive, the recent Supreme Court standing decisions may actually improve the effectiveness of litigation as a tool for environmental protection.... Such a change in focus could, in turn,, help environmental groups reach beyond their traditional constituencies to people who have not previously considered themselves environmentalists.

Carlson, *supra* note 81, at 935-36. While I am skeptical that tighter standing requirements will win any converts to environmentalism or to the plaintiffs' side in environmental litigation, I do believe that a greater emphasis on the human bringing the suit inevitably diminishes the role of the environment in the suit. This in turn degrades the overall purpose of the statute, namely environmental protection.

⁹⁷ See *Laidlaw IV*, 528 U.S. at 181 (quoting *Laidlaw II*, 956 F. Supp. 588, 602-03 (D.S.C. 1997) ("All available data . . . fail to show that Laidlaw's actual discharges have resulted in harm to the North Tyger River.")).

⁹⁸ See *Laidlaw II*, 956 F. Supp. at 600 (noting that the "overall quality of the river exceeds levels necessary to support. . . recreation").

⁹⁹ See *Laidlaw IV*, 528 U.S. at 198-201 (Scalia, J., dissenting).

¹⁰⁰ See *id.* at 198 (citing *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 560(1992)).

¹⁰¹ See *Laidlaw IV*, 528 U.S. at 199-200 (Scalia, J., dissenting).

The dissent grudgingly acknowledges that the assertion by the majority that the relevant showing for standing is injury to the plaintiff rather than harm to the environment is "correct, as far as it goes".¹⁰² Nevertheless the dissent maintains that "[i]n the normal course ... a lack of demonstrable harm to the environment will translate, as it plainly does here, into a lack of demonstrable harm to citizen plaintiffs."¹⁰³ According to the dissent, "[s]ubjective apprehensions," absent any empirical evidence, are legally insufficient and "accepting them even in the face of a finding that the environment was not demonstrably harmed... makes the injury-in-fact requirement a sham."¹⁰⁴ In other words, the dissent argues, though harm to the environment is not required by the law, courts should require it nonetheless.¹⁰⁵

If it had been adopted, this formulation would have effectively written a new provision into the Clean Water Act. Such action is necessary, the dissent contends, in order to keep standing doctrine from devolving into farce.¹⁰⁶ The Court's failure' to adopt this position means that, "if there are permit violations, and a member of a plaintiff environmental organization lives near the offending plant, it would be difficult not to satisfy today's lenient standard."¹⁰⁷ In the dissent's view, this is a dangerously' expansive precedent, even though it amounts to no more than the statute's language explicitly allows, and is considerably less expansive than what the statute's drafters intended.¹⁰⁸

¹⁰² Id. at 199.

¹⁰³ Id.

¹⁰⁴ Id. at 201.

¹⁰⁵ Indeed, as discussed in *supra* text accompanying note 36, the statute requires neither a showing of harm to the environment nor harm to the plaintiff. See 33 U.S.C. § 1365(a)(1) (2000):

[A]ny citizen may commence a civil action on his own behalf—

(1) against any person... who, is alleged to be in violation of (A) an effluent standard or limitation under this chapter or (B) an order issued by the Administrator or a State with respect to such a standard or limitation, or

(2) against the Administrator where there is alleged a failure of the Administrator to perform any act or duty under this chapter...

See also Karl S. Coplan, *Refracting the Spectrum of Clean Water Act: Standing in Light of Lujan v. Defenders of Wildlife*, 22 Colum. J. Envtl. L. 169 (1997):

[T]he Congress [in enacting the Clean Water Act] adopted a blanket prohibition on all discharges of pollutants, whether or not the discharge caused any demonstrable harm to the receiving water body, except and unless the discharge was authorized by (and in compliance with) a permit issued in accordance with its provisions.

Id. at 174 (emphasis added).

¹⁰⁶ See *Laidlaw IV*, 528 U.S. at 201 (Scalia, J., dissenting).

¹⁰⁷ Id.

¹⁰⁸ See ENVIRONMENTAL POLICY DIV. OF THE CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE OF THE LIBRARY OF CONGRESS, 93RD Cong., A LEGISLATIVE HISTORY OF THE WADER POLLUTION CONTROL. ACT AMENDMENTS OF 1972 221 (Comm. Print 1973) [hereinafter LEGISLATIVE HISTORY]. Senator Muskie stated that under the citizen suit provision as drafted

I would presume that a citizen of the United States, regardless of residence, would have an interest as defined in this bill regardless of the location of the waterway and regardless of the issue involved.

Id.

Though flawed, the dissent nevertheless raises crucial problems with the majority's reasoning. For example, it correctly points out that the injury-in-fact requirement of standing doctrine is a sham. It bears noting, however, that Laidlaw did not make this so. In actuality, the Laidlaw majority's conclusion that belief rather than actual injury is all that is required for standing merely validates what Judge William Fletcher has long argued—that a genuine belief in an injury having occurred comprises actual injury, and that to claim otherwise is to attach external normative requirements to an ostensibly factual inquiry.¹⁰⁹ Consequently, the voluminous prose that the Court has produced as part of its ongoing efforts to codify the concept of factual injury has only served to obfuscate an inherently unworkable notion.¹¹⁰

2.3 Injury to the Plaintiff—The Implications of a Judge-Made Law

The Laidlaw majority appears to recognize that its holding effectively amends the Clean Water Act, and purposely mitigates the impact of this amendment by relaxing the requirements for a showing of harm. Its finding that a belief in an injury's having occurred is equivalent to an actual injury expands the definition of injury to the point of irrelevance. Assuming a plaintiff is not lying, belief in an injury is always an actual injury.¹¹¹ Yet, even as it tempers the impact of its judge-made amendment to the statute, the Court undermines the Act's substantive language. If a plaintiff must show injury to herself in order to enforce a statute designed to protect the nation's waterways, then there exists a fundamental disconnect between the statute's purpose and the

Senator Bayh then commented:

[T]he conference provision will not prevent any person or group with a legitimate concern about water quality from bringing suit against those who violate the act or a permit, or against the Administrator if he fails to perform a non discretionary act.

Id.

¹⁰⁹ See Fletcher, *supra* note 11, at 231 (“[T]he ‘injury in fact’ requirement cannot be applied in a non-normative way”); Sunstein, *Standing for Animals*, *supra* note 11, at 1352 (“[I]t is important to recognize that the legal system is denying that people suffer injury in fact for reasons that involve not facts but judgments about what facts, and what harms, ought to count for legal purposes”).

¹¹⁰ The Court itself has acknowledged that its rulings on standing have been less than clear. *Valley Forge Christian Coll. v. Ams. United for Separation of Church and State, Inc.*, 454 U.S. 464, 475 (1982):

We need not mince words when we say that the concept of “Art. III standing” has not been defined with complete consistency in all of the various cases decided by this Court... nor when we say that this very fact is probably proof that the concept cannot be reduced to a one-sentence or one-paragraph definition.

See also Fletcher, *supra* note 11 (reviewing the lack of clarity in standing jurisprudence); Cass R. Sunstein, *Standing and the Privatization of Public Law*, 88 Colum. L. REV. 1432 (1988) (discussing the development of standing doctrine); Fallen, *supra* note 11 (noting that the Court's standing doctrine is particularly problematic with respect to public law litigation).

¹¹¹ See Fletcher, *supra* note 11, at 231 (“There cannot be a merely factual determination whether a plaintiff has been injured except in the relatively trivial sense of determining whether plaintiff is telling the truth about her sense of injury:”); Sunstein, *Standing for Animals*, *supra* note 11, at 1352 (“[T]he legal system is denying that people suffer injury in fact for reasons that involve not facts but judgments about what facts, and what harms ought to count for legal purposes”).

Court's interpretation of it.¹¹²

Laidlaw is by no means an isolated example of this phenomenon. The Court has faced similar dilemmas on numerous other occasions. In *Sierra Club v. Morton*,¹¹³ for example, the Sierra Club sought to enjoin the Walt Disney Corporation from developing a ski resort in a section of the Sequoia National Forest that lay adjacent to Sequoia National Park. The complaint alleged that the development "would destroy or otherwise adversely affect the scenery, natural and historic objects and wildlife of the park and would impair the enjoyment of the park for future generations"¹¹⁴ and that the Club was therefore entitled to standing under Section 10 of the Administrative Procedure Act ("APA").¹¹⁵ While acknowledging that such allegations can theoretically comprise legal injury, the Court nevertheless denied standing on the grounds that the Sierra Club had neither claimed economic injury¹¹⁶ nor had any of its members alleged that they would be otherwise affected by the development.¹¹⁷

Morton merits attention here not because the holding was necessarily wrong, but rather because it offers one of the first and best examples of the Court defining legal injury in the environmental context to require specific and articulable injury to the plaintiff.¹¹⁸ Sometimes, as in *Morton*, the language of the statute (in this case, the APA) suggests that injury to the plaintiff is necessary for standing.¹¹⁹ Other times, as with the Clean Water Act and other environmental statutes, nothing in the text of the statute supports such an inference.

The Clean Water Act confers standing on all "persons having an interest which is or may be adversely affected."¹²⁰ Elsewhere the Act refers to "any interested person."¹²¹ Courts have found no discernable difference between these two terms. In fact, according to the D.C. Circuit, both

¹¹² See *supra* note 90 and accompanying text.

¹¹³ 405 U.S. 727 (1972).

¹¹⁴ *Id.* at 734.

¹¹⁵ 5 U.S.C. §§ 551-559.

¹¹⁶ See *Morton*, 405 U.S. at 734.

¹¹⁷ See *id.* at 734-41.

¹¹⁸ For other examples, see *Japan Whaling Ass'n v. Am. Cetacean Soc'y*, 478 U.S. 221 (1986); *Bennett v. Spear*, 520 U.S. 154 (1997); *Duke Power Co. v. Carolina Env'tl. Study Group, Inc.*, 438 U.S. 59 (1978); *U.S. v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures (SCRAP)*, 412 U.S. 669 (1973).

¹¹⁹ 5 U.S.C. § 702 (2000) ("A person suffering legal wrong because of agency action, or adversely affected or aggrieved by agency action within the meaning of a relevant statute, is entitled to judicial review thereof.") (emphasis added).

¹²⁰ 33 U.S.C. § 1365 (a) (g) (2000).

¹²¹ 33 U.S.C. § 1369(b).

phrases incorporate the injury-in-fact rule set forth in Morton.¹²² While a finding that there is no discernable difference between these two terms is itself worthy of discussion, the matter becomes even more curious when one considers the language of Morton that the terms supposedly incorporate.

Morton, in interpreting the APRs requirement that prospective plaintiffs suffer legal wrong or be adversely affected by agency action, finds that the “party seeking review must allege facts showing that he is himself adversely affected.”¹²³ In contrast, the Clean Water Act's citizen suit provision requires only an allegation that one's interests were adversely affected. The difference in the language of the two statutes involves more than mere semantics; there is an important distinction between one's interests and oneself. Yet even though the plain meaning of the statutes' wording should control,¹²⁴ these discrete concepts of interest and selfhood are lumped together under a general requirement that an "environmental plaintiff" must allege injury to herself. This seems simply wrong.

The Morton Court went out of its way to note that in order to merit standing, an affected interest must rise to the level of injury¹²⁵—but also acknowledged that not every negatively affected interest amounts to an injury.¹²⁶ Rather, an affected interest becomes an injury when the threat to that interest is "actual and imminent."¹²⁷ Those criteria are met, for example, when a plaintiff demonstrates concrete plans to visit the area where the proposed violation is occurring.¹²⁸ Even when they do not rise to the level of injury, the Court recognized that affected interests can and do exist.¹²⁹

Thus, under the Court's reasoning, having one's interests detrimentally affected can—but need not—amount to an injury to oneself. It follows that while one's interests and oneself overlap,

¹²² See *Montgomery Envtl. Coalition v. Costle*, 646 F.2d 568, 578 (DC. Cir. 1980).

¹²³ 405 U.S. at 740.

¹²⁴ See, e.g., *Smith V. U.S.*, 508 U.S. 223,228 (1993) (“When a word is not defined by statute, we normally construe it in accord with its ordinary or natural meaning.”).

¹²⁵ See 405 U.S. at 738 (“[B]roadening the categories of injury that may be alleged in support of standing is a different matter from abandoning the requirement that the party seeking review must himself have suffered an injury.”).

¹²⁶ *Id.* at 738-39 (noting that mere interest in a problem is not sufficient to render an individual or organization sufficiently aggrieved to merit standing).

¹²⁷ See *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 564 (1992) (“[I]ntentions—without any description of concrete plans, or indeed even any specification of when the some day will be—do not support a finding of the ‘actual or imminent’ injury that our cases require.”).

¹²⁸ See *id.*

¹²⁹ See *id.* at 563 (1992) (demanding that plaintiffs must show they would be injured by defendant's action over and above demonstrating a “special interest” in the subject).

they are not one and the same.

The Clean Water Act grants standing to prospective plaintiffs whose interests are affected; there is nothing in its language to suggest that those affected interests must have metamorphosed into an injury.¹³⁰ Nevertheless, despite clear statutory language and its own cases setting out the difference between interests and injuries, the Court continues to conflate the two.

When one considers that statutory interpretation is nothing if not attentive to nuance and that a court's reading of a statute can turn on matters as subtle as the choice of conjunction, this willingness to disregard a key difference in statutory phrasing seems both puzzling and at loggerheads with the Court's traditional jurisprudence.¹³¹ As Justice Frankfurter liked to say, the three cardinal rules of statutory interpretation are: "(1) Read the Statute; (2) read the Statute; (3) read the Statute!"¹³²

Having effectively disregarded Justice Frankfurter's admonition and created a line of cases that require injury to the plaintiff in addition to an alleged statutory violation, the Court must periodically face the unenviable task of determining what type of injury to the plaintiff constitutes legal harm. If, for example, the sight of a river running murky makes a person feel unhappy, would that be legal injury for purposes of the Clean Water Act under the Court's definition? It would be hard to argue that the injury is not genuine where the plaintiff's unhappiness is heartfelt and sincere. But is her injury sufficient to state a cause of action? The Court's past precedent offers little encouragement for such a suit.¹³³ Yet, under *Laidlaw*, her injury should suffice, even if the

¹³⁰ While there is some discussion in the legislative history averring that the Clean Water Act's citizen suit provision is based on Section 10 of the APA and the Morton Court's interpretation thereof, see LEGISLATIVE HISTORY, *supra* note 107, at 249-50 (remarks of Congressman Dingell), the statute's language does not bear this out. If the drafters of the Clean Water Act had meant to follow the APA, it would have been a simple matter to simply incorporate its language awarding standing to any person "suffering legal wrong" or "adversely affected or aggrieved." 5 U.S.C. § 701(6) (2000). Instead, the Clean Water Act speaks of persons whose interests (rather than their person(s)) were affected. 33 U.S.C. § 1369(b)(1) (2000). The legislative history also chronicles a colloquy between Senators Bayh and Muskie suggesting that the chosen language in the bill was meant only to track the Morton Court's finding that an affected interest may "reflect aesthetic, conservational and recreational as well as economic values" rather than the need for personal injury to a plaintiff. LEGISLATIVE HISTORY, *supra* note 107, at 221.

¹³¹ See, e.g., *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 339 (1979) ("In construing a statute we are obliged to give effect, if possible, to every word Congress used."); *De Sylva v. Ballentine*, 351 U.S. 570, 572-78 (1956) (contrasting disjunctive and conjunctive readings of key provisions of the Copyright Act).

¹³² Henry J. Friendly, Mr. Justice Frankfurter and the Reading of Statutes, in *FELIX FRANKFURTER: THE JUDGE* 30, 36 (Wallace Mendelson ed., 1964).

¹³³ See, e.g., *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 564 (1992) (finding plaintiff's claims that they had visited area and intended to do so again inadequate for standing because they failed to demonstrate specific concrete plans to visit the area again and thus did not show "actual or imminent" injury). *Linda R. S. v. Richard D.*, 410 U.S. 614 (1973), cited in *Laidlaw IV* by both the majority, see 528 U.S. at 188 n.4, and dissent, see *id.* At 203-04 (Scalia, J., dissenting), offers another excellent (non-environmental) example of the difficulty such cases present. In *Linda R. S.*, the mother of an out-of-wedlock child sued to force a Texas district attorney to enforce the state's child support laws regardless of the marital status of the parents. 410 U.S. at 614-15. The Court held that she lacked standing because there was no "direct relationship" between the alleged injury and the claim

river's murkiness did not result from the violation itself. As long as an entity violated the Act in some fashion and the plaintiff believes that the violation caused the murky water, then her resulting despondency would seem to constitute legal injury and her citizen suit should lie.

While it seems unlikely that the Court would allow standing in the above scenario, it is not clear on what grounds standing would be denied. Having to consistently fashion fact-specific rules to determine whether an alleged injury is standing-worthy is a burden the Court has brought upon itself. Furthermore, insistence on injury to the plaintiff is a requirement of the Court's own design, a design it claims is necessary to satisfy Article III.¹³⁴

Article III requires a justiciable case or controversy, which over the years the Court has interpreted to mean adverse litigants with personal stakes in the outcome.¹³⁵ The idea that this personal stake must be an "injury-in-fact" dates from the Court's 1970 decision in *Ass'n of Data Processing Service Organizations v. Camp*.¹³⁶ As Fletcher has explained, this requirement has served only to confuse, rather than clarify, the meaning of case or controversy.¹³⁷

For its part, the Clean Water Act enables the creation of discharge limits ostensibly to protect waterways (not plaintiffs) from harm.¹³⁸ There is no dispute that *Laidlaw* exceeded those limits. According to the district court, *Laidlaw* violated its permit no fewer than 489 times.¹³⁹ Nevertheless, the court found that the river had not been harmed. While this finding did not derail FOE's lawsuit (the statute does not specifically require that a waterway be harmed for a violation to have occurred¹⁴⁰) it did create a dilemma for the court.

The Court's quandary may be summarized as follows: The Clean Water Act regulates the

sought to be adjudicated. *Id.* at 618. Because the suit, if successful, would not result in the payment of child support, Untie R. S.'s injury was not cognizable. *Id.* Since Linda R. S. did not sue for child support, but rather for equal protection violations, the Court's ruling—rather than hinging on redressability—seems to hinge on whether equal protection violations fall within the zone of interest of Texas child support laws. The Court's holding suggests that they do not.

¹³⁴ See, e.g., *Gladstone Realtors v. Village of Bellwood*, 441 U.S. 91, 99-100 (1979) ("In order to satisfy Art. III, the plaintiff must show that he personally has suffered some actual or threatened injury as a result of the putatively illegal conduct of the defendant. Otherwise the exercise of federal jurisdiction 'would be gratuitous and thus inconsistent with the Art. III limitation.'") (citations omitted) (quoting *Simon v. E. Kentucky Welfare Rights Org.*, 426 U.S. 26, 38 (1975)).

¹³⁵ See *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 204 (1962) ("Have the appellants alleged such a personal stake in the outcome of the controversy as to assure ... concrete adverseness ...?").

¹³⁶ 397 U.S. 150, 152 (1970).

¹³⁷ See Fletcher, *supra* note 11, at 230-34 (arguing that since anyone who honestly claims to be injured is in fact injured, the injury-in-fact requirement is a disguised normative inquiry and the requirement itself is incoherent).

¹³⁸ See 33 U.S.C. § 1251(a) (2000) ("The objective of this chapter is to restore and maintain the chemical, physical, and biological integrity of the Nation's waters.").

¹³⁹ See *Laidlaw II*, 956 F. Supp. 588, 613-21 (D.S.C. 1997).

¹⁴⁰ See *supra* note 90 and accompanying text.

discharge of pollutants into waterways. Pollutants must be harmful or they would not be pollutants.¹⁴¹ Yet, the Court simultaneously finds Laidlaw liable for the discharge of pollutants even as it finds that those pollutants did no harm. While it is true that the potential to cause harm can qualify a substance as a pollutant, this definition contains its own set of problems, as we shall shortly see. In an attempt to resolve the issue while yet maintaining allegiance to its tortured standing doctrine, the Court demands a showing of injury (however attenuated) to the plaintiff instead of harm to the waterway. That injury, according to the Court, arises from the fact that those who live near and use the river think that Laidlaw's discharges have harmed the river. Thus, for purposes of Article III, the case or controversy stems from plaintiffs' mistaken perception that the river has been harmed.

According to Laidlaw, then, even though the plant violated the CWA 489 times, the cause of action under the Act survives only because plaintiffs (mistakenly) believe that the river was harmed. As a matter of both law and policy, this approach seems convoluted and counterproductive. The statute prohibits discharges into waterways in excess of permitted limits. If the goal is to deter such discharges and the statute contains a private right of action to enable enforcement, why require plaintiffs to assert injuries to themselves—injuries that, under Laidlaw, may or may not have an empirical link to the alleged violation—in order to sue?

The Court has yet to come to grips with the dissonance within its rhetoric and reasoning that this approach creates. When the Clean Water Act explicitly confers a private right of action in the event of its violation, the Court's demand for a further showing of harm (whether to the plaintiff or to the environment) imposes an extra-statutory requirement cloaked in the protective rhetoric of Article III. Perhaps more important, however, the Court does not define harm in either context. As a result, it must contort both the English language and its own precedent to find that injury (Or harm) can exist under the Clean Water Act even when there is apparently no harm (or injury) to the very object that the Act was adopted to protect.

3. SYSTEMS THEORY AND HARM: A LOOK AT THE TRAIL SMELTER ARBITRATION AND ANIMAL DREAMS

Even though it complicates standing doctrine, distinguishing between injury to the plaintiff

¹⁴¹ See *infra* note 209 and accompanying text.

and harm to the environment nevertheless seems useful for clarifying the nature and severity of a claimed injury. It is not. Harm is subjective; one person's harm is another person's boon. In a nation rife with controversy over everything from roads in national forests to offshore drilling to tax cuts to genetically modified food, one need not look far for examples of actions that are simultaneously lauded and demonized by various constituencies. Unless there is a conscious entity from whose point of view harm can be defined, the term lacks meaning. Consider, for example, that among the materials the Clean Water Act classifies as pollutants (which it elsewhere pledges to eliminate from the nation's waterways) are biological materials, heat, rock, and sand—all of which occur naturally in waterways.¹⁴² This is less a problem with draftsmanship—although it may be that as well—than with the nature of the terminology. The subjectivity of terms like harm and pollution renders them indefinable, making it very difficult to legislate for their control or avoidance.

Two examples illustrate this problem. The first is the Trail Smelter Arbitration, an international environmental arbitration between the United States and Canada that stretched from 1930 through 1941.¹⁴³ The second comes from Barbara Kingsolver's novel, *Animal Dreams*, a story about a small town in Arizona fighting to keep its river from being poisoned and dammed by a local mining concern.¹⁴⁴ Understanding the applicability of these examples as well as the workability of my proposed solution will require a brief discussion of the mechanics of systems theory.

3.1 Systems Theory and the Legal System

Systems theory posits that society is a conglomeration of systems—political, legal, educational, and so forth. A system is an organization of components functioning as a unit to perpetuate the survival of the whole. Each human is a biological system comprised of many functional subsystems (digestive, nervous, cardiovascular, etc.). Humans are themselves components of the larger social system, which in turn forms part of an ecosystem, and so on.¹⁴⁵

¹⁴² 33 U.S.C. § 1362(6) (2000); see also NEIL EVERNDEN, *THE SOCIAL CREATION OF NATURE* 4-7 (1992) (discussing the "ongoing debate between the accusers and the alleged perpetrators about what actually constitutes pollution").

¹⁴³ 3 R.I.A.A. 1907 (1941).

¹⁴⁴ Both examples, particularly *ANIMAL DREAMS*, are treated at greater length in DAVID N. CASSUTO, *DRIPPING DRY LITERATURE, POLITICS, AND WATER IN THE DESERT SOUTHWEST* (2001).

¹⁴⁵ Luhmann offers this stark appraisal of humanity's place within the larger network of systems:

The social system is "functionally differentiated"—its sub-systems are serving specific functions.¹⁴⁶ All function systems share a common goal—the survival and reproduction of the larger system.¹⁴⁷ The legal system is one of many function systems within the larger social system.

The legal system arises from an evolving network of shared expectations within society. It relies on the assumption that our respective expectations of each other are reasonably congruent.¹⁴⁸ When these expectations are undermined, we can no longer predict how our fellow members of the social system will behave. Even more importantly, we can no longer expect the expectations others will have of us.¹⁴⁹ When this happens, the system's functioning is impetiled and social instability results.¹⁵⁰

Expectations of expectations can be more colloquially expressed as a sense of how things "ought" to go.¹⁵¹ That, in essence, is a norm—a universally recognized expectation of the way things ought to go. While these expectations are not always realistic or even rational, they do enable human interaction. They are myths that are accepted as if they were true.¹⁵² Even as we acknowledge the importance of norms to social stability, it is important to remember that

It is clear..., that "constructivism" is a completely new theory of knowledge, a post-humanistic one. This is not intended maliciously but only to make clear that the concept "man" (in the singular!), as a designation for the bearer and guarantor of the unity of knowledge, must be renounced. The reality of cognition is to be found in the current operations of the various (self-reproducing) systems.

Niklas Luhmann, *The Cognitive Program of Constructivism and a Reality that Remains Unknown*, in *SELFORGANIZATION: PORTRAIT or A SCIENTIFIC REVOLUTION* 78 (Wolfgang Krohn et al. eds., 1990).

¹⁴⁶ See NIKLAS LUHMANN, *ESSAYS ON SELF-REFERENCE* 228-29 (1990).

¹⁴⁷ See FRANCISCO J. VARELA, *PRINCIPLES OF BIOLOGICAL AUTONOMY* 13 (1979) (defining an autopoietic system as one that is both autonomous and continually self-producing); see also LUHMANN, *supra* note 12 (adapting Varela's concept to social systems and arguing that when system elements are conceived of as communicative acts rather than bioenergetic entities, the concept of autopoiesis extends to the social domain); WILLIAM R. PAULSON, *THE NOISE OF CULTURE: LITERARY TEXTS IN A WORLD OF INFORMATION* 121-27 (1988).

¹⁴⁸ See LUHMANN, *supra* note 13, at 30 ("[C]ertainty in the expectation of expectations is much more meaningful than the certainty of fulfilling expectations.").

¹⁴⁹ See *id.* at ix:

The expectation of expectations is a fundamental feature of stable systems of human action, reducing an otherwise unmanageable range of alternative strategies to something predictable. Moreover, that expectation of expectations has to be generalised over the greatest number of persons and alternatives for action to provide the necessary stability.

¹⁵⁰ See *id.* At 41:

[T]he social system has to supervise and channel the process of disappointments of expectation—and this not only to enforce effectively the tight expectations (such as legal norms), but in order to create the possibility of counterfactual, disappointment-prepared and normative expectation in the first place. The expectant person must be prepared and equipped in case he arrives at a discrepant reality. He would otherwise not have the courage to expect normatively, and therefore with determination. The channeling and cooling out of disappointments is part of the stabilisation of structures.

¹⁵¹ See *id.* at 33.

¹⁵² See LUDWIG VON BERTALANFFY, *PERSPECTIVES ON GENERAL SYSTEM THEORY* 67 (1975). Bertalanffy discusses the suggestion of Hans Vaihinger, one of the originators of systems theory, that such "As-If" constructions are necessary components of a functioning society. Even "such moral concepts as Freedom, God, Immortality, and Human Dignity are fictions but nevertheless of immense importance: for we have to behave 'as if' they were reality. . . . [T]he myths of tradition are fictions based on the mythical experiences of man and later invested in historical narratives." See also CASSUTO, *supra* note 143, at 123.

expectations are fluid. Norms shift as the social system evolves.¹⁵³ While the legal system relies on a certain amount of predictability within interaction, there must be adaptability as well.

Though an expectation may be thwarted in a particular instance, that failure will not affect future expectations. This is because "ought," as a normative concept, contains an imbedded determination not to learn. The tendency to adhere to a set of beliefs despite empirical evidence to the contrary is wholly understandable given the nature of the social system.¹⁵⁴ If, for example, I witness someone running a red light, I do not immediately discard my belief that people should and will stop at red lights, nor will I start running them myself. My allegiance to the system's norms signifies my resolve not to learn from experience. Were my expectations to change every time someone or something deviated from the norm, those expectations would become so ephemeral as to offer no stability at all. If other people's expectations became similarly capricious, the normative structure on which society depends would be critically compromised.

Nevertheless; even as I expect everyone to stop for red lights, I know that not everyone will. The inevitability of disappointment is thus also built into the concept of expectations. Without the risk of disappointment, expectations would become certainties, creating a world that would be completely predictable and free of contingency.¹⁵⁵ This is impossible, of course; disappointments will always occur and expectations of expectations will continue despite them. Norms are therefore counterfactual—they often belie reality.¹⁵⁶ Systems must retain this norm-based resistance to learning even as they adapt to changing realities. Herein lies one of the principal challenges of the legal system. It must be simultaneously both predictable and mutable.¹⁵⁷

These characteristics—predictability and inconsistency—exist in delicate counterpoise; their coexistence depends on efficient communication within the legal system. That

¹⁵³ See LUHMANN, *supra* note 13, at 35.

¹⁵⁴ See EVERNDEN, *supra* note 141, at 29-30:

[T]he tendency to practice the subterfuge of mythmaking is understandable. In practical terms, it may very well afford us some measure of comfort by legitimating a belief in the certainty of at least a few features of existence and a few behavioral norms. But in the long run, it solves nothing, and has the added effect of drastically transforming... nature.

See also CASSUTO, *supra* note 143, at 123-24.

¹⁵⁵ See LUHMANN, *supra* note 13, at 33 ("[N]ormative expectations signify the determination not to learn from disappointments. The possibility of disappointment is foreseen—one knows oneself to be in a complex and contingent world... but is, at the outset, seen as irrelevant to the expectation [as opposed to cognitive expectations].").

¹⁵⁶ See *id.* ("[N]orms are counterfactually stabilised behavioural expectations. Their meaning implies unconditional validity ... as independent of actual fulfillment or nonfulfillment.") (emphasis in original).

¹⁵⁷ See LUHMANN, *supra* note 145, at 237 ("All autopoietic systems have to live with an inherent improbability: that of combining closure and openness. Legal systems present a special version of this problem. They have to solve it by combining... not-learning and learning dispositions.").

communication is enabled by language. Anything with which the system can communicate is effectively part of the system. That with which it cannot communicate is not part of the system but rather forms part of the system's environment.¹⁵⁸ The environment, as a systems-theoretical construct, is akin to the conventional notion of environment. For the system, the environment is everything that is not the system. Similarly, for individuals, the environment is the totality of one's circumstances. Under either definition, the environment can be described as everything that is not the entity itself.

The system's environment makes itself known to the system through creating disturbances.¹⁵⁹ The moment that the disturbance becomes intelligible to the system (i.e., communication between it and the system occurs), the disturbance ceases to be part of its environment and becomes part of the system. In grasping how to communicate with and create meaning from a disturbance, the system transforms the disturbance into a known quantity. In terms of a map, one might picture the environment periodically ceding territory to the system in a border skirmish and then gaining back other territory elsewhere.¹⁶⁰ Thus, the communicative act is also one of incorporation and boundary realignment.

We see then that the system and its environment share a dynamic border that shifts and flows in response to disruption. A system responds and adapts to environmental perturbation in a manner designed to ensure its survival. As the system adapts, it gains complexity, enabling it to better cope with future perturbations. A static environment/system relationship would mean that communication as well as systemic evolution would stagnate. Stability depends on the system's ability to reproduce and function both despite and because of ongoing environmental disturbance.¹⁶¹

The dynamic border between the system and environment means that boundary drawing is

¹⁵⁸ See LUHMANN, *supra* note 12, at 29 ("[O]ne could say that the environment of the social system cannot communicate with society."); SERRES, *supra* note 8, at 85 ("Nature lies outside the collectivity, which is why the state of nature remains incomprehensible to the language invented in and by society"); CASSUTO, *supra* note 143, at 101 ("[Environment] includes everything with which the system cannot communicate.").

¹⁵⁹ See LUHMANN, *supra* note 12, at 29.

¹⁶⁰ CASSUTO, *supra* note 143, at 129 n.8:

The map analogy is not wholly accurate because the system and environment are not finite. Even as the system grows more complex and gains a little territory from the environment, so too does the environment grow more complex and regain its previous size. A more accurate analogy might be a three-dimensional map with the system and environment sharing one border but having nothing limiting their expansion on any other side.

¹⁶¹ *Id.* at 102.

ongoing, subjective and in constant flux.¹⁶² The act of drawing boundaries and defining environment is a self-interested act.¹⁶³ The system will designate boundaries conducive to its potential to self-reproduce (i.e., perpetuate itself). Despite the inherent uncertainty of the process, boundary drawing is crucial to self-definition. It is also an inherently subjective process infused with ideology and integral to the distribution of power. Thus, when political districts are redrawn, the boundaries are determined by the party in power, and when nations lose wars, their boundaries are redrawn by the victor. This same phenomenon holds true at the level of race and even of species.¹⁶⁴

If environments vary with subjectivity, so too must the linked concepts of pollution and environmental protection. As Neil Evernden notes, pollution "involves questions not only of concentrations but also of consequences."¹⁶⁵ This observation seems especially apt with respect to Laidlaw. The majority and dissent differ not with respect to the existence of pollutants in the waterways, but as to their implications. Missing from the analysis, however, is any discussion of the meaning of the term "pollutant."

Pollutants do not exist outside of systems; pollution presupposes a system to pollute.¹⁶⁶ Identifying pollutants involves determining that a foreign presence and potential source of harm exists within the system.¹⁶⁷ Deciding that a substance is a pollutant requires two potentially problematic steps: designating the system's boundaries and defining harm.

In the case of the Clean Water Act, the statute was enacted to protect the nation's

¹⁶² Ranulph Glanville and Francisco Varela compare the system/environment distinction to a Möbius strip where "[t]he edges dissolve BECAUSE the forms are themselves continuous—they re-enter and loop around themselves." "Your Inside is Out and Your Outside is in" (Beatles, (1968)), in 2 APPLIED SYSTEMS AND CYBERNETICS: PROCEEDINGS OF THE INTERNATIONAL CONGRESS ON APPLIED SYSTEMS RESEARCH AND CYBERNETICS 640 (George Lasker ed., 1981) (emphasis in original).

¹⁶³ See LUHMANN, *supra* note 12, at 6 ("[S]ystems define their own boundaries. They differentiate themselves and thereby constitute the environment as whatever lies outside the boundary.").

¹⁶⁴ Perhaps the best example of the contingency of harm and the subjectivity of boundaries comes from the ongoing attempt to define and refine the limits of the human, and, within that broader category, to designate specific types of humans. See generally PETER IRONS, A PEOPLE'S HISTORY OF THE SUPREME COURT (1999); LEONARD CASSUTO, THE INHUMAN RACE: THE RACIAL GROTESQUE IN AMERICAN LITERATURE AND CULTURE (1997); IAN F. HANEY-LOPEZ, WHITE BY LAW: THE LEGAL CONSTRUCTION OF RACE (1996). See also CARY WOLFE, CRITICAL ENVIRONMENTS: POSTMODERN THEORY AND THE PRAGMATICS OF THE "OUTSIDE" 41-45 (1998); Donna Haraway, A Cyborg Manifesto: Science, Technology, and Socialist Feminism in the Late Twentieth Century, in SIMIANS, CYBORGS, AND WOMEN: THE REINVENTION OF NATURE 149 (1991); Étienne Balibar, Racism and Nationalism, in Race, NATION, CLASS: AMBIGUOUS IDENTITIES 57 (Chris Turner, trans., 1991).

¹⁶⁵ EVERNDEN, *supra* note 141, at 4.

¹⁶⁶ See *id.* at 36.

¹⁶⁷ See MARY DOUGLAS, PURITY AND DANGER: AN ANALYSIS OF THE CONCEPTS OF POLLUTION AND TABOO 35-36 (2000) (discussing dirt and pollution as windows through which to view a system's ordering methods). Dirt, according to Douglas, is never an isolated event: "Where there is dirt there is system." *Id.* at 35.

waterways from contamination.¹⁶⁸ The amount of mercury that contaminates a waterway is directly contingent on the optimal state of the waterway as perceived by the system's constituents, which is a function of where the waterway begins and ends. The relevant boundaries would therefore appear to be those of the nation's waterways. Yet, far from simplifying the issue, designating boundaries raises a host of new questions. Does a river begin at its headwaters? If so, is the snow pack on a mountaintop that will eventually melt into a river part of the river? Furthermore, does the river end at its mouth? Would not the discharge of mercury into a waterway also affect the place into which the river empties? Would not polluting its headwaters also pollute the river? These are questions of perception, not of fact.

In defining the optimal state of a waterway—a prerequisite for determining whether the waterway has been polluted—boundaries must be set and agreed upon. Potential pollutants impede the attainment of that perceived optimal state. Yet, there is no objective method for determining when and if contamination takes place because that determination is contingent on systemic priorities. The optimal state of a given waterway is a matter of fierce debate between the many constituencies that look to use it. Such debates often transcend national boundaries.

In the international sphere, expectations of expectations between and among societies are often not clearly established. Views on how people "ought" to act vary widely from nation to nation. Consequently, the system of norms that potentially would be distilled into international law is often ill-defined or non-existent. This is true even on the level of the most basic human rights.¹⁶⁹ The process of codifying international law requires an ongoing negotiation between different societies' norms and expectations, a negotiation that takes place in language. Yet, in order for the law to function in the international arena, language must also juggle the dual roles of solidifying expectations and enabling adaptability. This task often requires surgical precision—a task further complicated by the existence of language barriers. These barriers exist even among nations that ostensibly share a language. One of the best examples of this phenomenon is the Trail

¹⁶⁸ Specifically, the Act seeks to eliminate "the discharge of pollutants into. . . navigable waters" and to attain a "goal of water quality which provides for the protection and propagation of fish, shellfish, and wildlife and provides for recreation in and on the water..." 33 U.S.C. § 1251(a)(1)—(2) (2000).

¹⁶⁹ Hannah Arendt, noting that all attempts to codify so-called "eternal Rights of Man" into a set of international governing principles have failed, cites Edmund Burke's observation that human rights are an "abstraction" and that it makes more sense to claim that the privileges one enjoys are the "rights of an Englishman" rather than inalienable human rights. This is because rights spring from within the nation rather than from universal, international norms. HANNAH ARENDT, *THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM* 298-99 (1979); see also JOHN RAWLS, *THE LAW OF PEOPLES* 3-4 (1999) (seeking to formulate a system of norms that transcends national boundaries and is based on a liberal ideal of justice).

3.2 The Trail Smelter Arbitration

The Trail Smelter Arbitration is one of the most influential pollution-related disputes in international law.¹⁷⁰ The arbitration arose from a cooperative effort by the U.S. and Canada to mitigate the damage and compensate those injured by airborne pollutants that had crossed into the U.S. from Canada. A principal problem facing both the parties and the arbitrators involved the lack of consensus definitions within the international community for the key terms: pollutant and damage.¹⁷¹ This same problem—lack of common definitions—recurs in different form in Laidlaw.

1. History of the Smelter and the Arbitration

The Trail Smelter was built in 1896 in Trail, British Columbia. During the ensuing years, emissions from the smelter drifted across the border into Washington and fell in the form of acid rain and acid fog. Substantial property damage ensued.¹⁷² In 1928, individual claimants collectively agreed not to pursue claims against the company that owned the smelter, opting instead to wait while the matter was negotiated on a diplomatic level. In 1931, the Canadian-United States International Joint Commission concluded that the smelter had caused \$350,000 worth of damage in the United States, with future damages to be determined and the amount adjusted to reflect changing conditions.¹⁷³ While the original award was paid, the amount was never adjusted to reflect damages incurred after 1931.¹⁷⁴ In 1935, the matter went into arbitration.

In 1941, the arbitration tribunal rejected the United States' claim for more than \$2 million in additional damages, awarding it a total of only \$78,000.¹⁷⁵ The tribunal based its decision in part on a finding that foreign emissions (i.e., pollutants) do not cause legal damage unless and until

¹⁷⁰ See Alfred P. Rubin, *Pollution by Analogy: The Trail Smelter Arbitration*, 50 *Or. L. REV.* 259, 259 (1971) ("Every discussion of the general international law relating to pollution starts, and must end, with a mention of the Trail Smelter Arbitration.").

¹⁷¹ See, e.g., *id.* at 268:

The word "damage" was purportedly defined as "such as would be recoverable under the decisions of the courts of the United States in suits between private individuals", but it seems clear that the tribunal was in fact not defining damage at all with this language, but defining "damages"—the extent to which there should be monetary recovery for "damage": The importance of this confusion in language, and therefore in logic, cannot be emphasized too strongly.

¹⁷² See 3 *R.I.A.A.* 1907, 1917 (1941).

¹⁷³ See *id.* at 1917-19.

¹⁷⁴ See *id.* at 1919.

¹⁷⁵ See *id.* at 1940.

that damage is actual, provable, and substantial.¹⁷⁶ The tribunal's finding effectively meant that foreign emissions caused no legal damage until that damage was quantified. Thus, environmental degradation is not actionable in and of itself. Rather, there must be an "environmental plaintiff" by and through whom the damage may be assessed. Only then can the action succeed. Under this regime, as in *Laidlaw*, the focus shifts from the impact of foreign emissions on the environment to the impact of foreign emissions on people's relationship to the environment. While the tribunal did lay out the principle that nations must be responsible for transboundary pollution, it found that only those claims that were quantifiable could succeed; those which could not be quantified necessarily failed.¹⁷⁷ In effect, the decision introduced the Roman concept of *sic utere at alienwn non laedas* (one should use one's own property in such a manner as not to injure that of another) to modern international environmental law.¹⁷⁸ However, requiring such explicitly defined proof of harm to justify compensation effectively hamstrung the principle's future application.¹⁷⁹

According to the decision, if an injury could not be measured in monetary terms, there was no damage and, hence, no remedy at law. Consequently, the United States received no compensation for having been subjected to the smelter's noxious fumes because no proven environmental harm resulted.¹⁸⁰ Similarly, the tribunal refused to hold Canada liable for damage to urban property in the U.S. because "there [was] no proof of facts sufficient to enable the Tribunal to estimate the reduction in the value. . . of such property"¹⁸¹.

According to the tribunal's findings, the fouling of a nation's air by another nation is not compensable unless and until the damage can be precisely appraised. Nor can a country seek damages when foreign emissions harm wildflowers, birds, or any other resource that has no

¹⁷⁶ See *id.* at 1931-33; Rubin, *supra* note 169, at 273.

¹⁷⁷ See 3 R.I.A.A. at 1965:

[N]o State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence.

¹⁷⁸ See Brian R. Popiel, Comment, From Customary Law to Environmental Impact Assessment: A New Approach to Avoiding Transboundary Environmental Damage Between Canada and the United States, 22 B.C. ENVTL. AFF. L. REV. 447, 451 (1995); Martin D. Gelfand, Note, Practical Application of International Environmental Law: Does it Work Atoll? 29 CASE W. RES. J. INT'L L. 73, 77 (1997).

¹⁷⁹ While the passage of the decision enjoining states from allowing their territory to be used in such a way as to harm the territory of another is often hailed as a major step forward in international environmental law, one commentator has noted that this portion of the decision is pure dictum and predicated solely on American law. As such it created "no unequivocal customary international law." Shashank Upadhye, The International Watercourse: An Exploitable Resource for the Developing Nation Under international Law?, 8 CARDOZO J. INT'L & Comp. L. 61, 86 (2000).

¹⁸⁰ See 3 R.I.A.A. at 1932.

¹⁸¹ *Id.* at 1931.

assigned monetary value¹⁸² The rationale for the decision stems from the tribunal's attempt to assign fixed definitions to value-based and mutable terms like pollutant, damage, and harm.

2. Parallels to Laidlaw

Consider again the situation in Laidlaw. Friends of the Earth decried Laidlaw's discharges into the North Tyger River. Laidlaw argued (and the district court agreed) that the discharges caused the river no harm¹⁸³. The Supreme Court accepted this determination for purposes of the river's ecology but decreed that the perception that the company's discharges caused harm, in light of the company's admitted violations of the Clean Water Act, constituted legal harm¹⁸⁴. The dispute in Laidlaw, then, is not over the level of discharges, or whether they occurred, but about whether the damage they caused amounts to legal harm and, if so, how to quantify that harm—the same issues which arose in the Trail Smelter Arbitration. By requiring a showing of injury to the plaintiff for standing in Laidlaw, the Court effectively finds that Clean Water Act violations (including serious toxic events) that do not implicate humans in some manner are not actionably harmful. This holding is similar to the Arbitration Tribunal's conclusion that damages that cannot be quantified in economic terms do not constitute legal injury. In both cases, the impact of the defendant's actions on the environment was subordinated to the impact of the defendant's actions on the plaintiff.

From a systems theoretical perspective, this result is completely rational. Systems theory posits that problems do not exist unless and until they generate communication within the system. While “[f]ish or humans may die because swimming in the seas and rivers has become unhealthy... [a]s long as this is not the subject of communication it has no social effect.”¹⁸⁵ In other words, until it is articulated, a disturbance (no matter how ecologically significant) will not affect the system. It follows that if communication about a disturbance can be suppressed, the system's functioning will continue unimpaired. This can cause (and has caused) serious problems as

¹⁸² See Rubin, *supra* note 169, at 265:

If the tribunal's decision as to the indemnity owed by Canada to the United States for "damage" resulting from the operation of the smelter is viewed as a definitive statement of international law, the absence of any item of intangible damage... implies that general international law permits a state to fail to regulate injurious effusions that drift into the territory of a second state, as long as the damage done is not directly translatable into a provable cash sum.

¹⁸³ See Laidlaw IV, 528 U.S. 167, 181 (2000).

¹⁸⁴ See *id.*

¹⁸⁵ LUHMANN, *supra* note 12, at 28-29.

polluters attempt to cover up their misdeeds¹⁸⁶, thereby removing their actions from the realm of communication and rendering them nonevents.¹⁸⁷

In *Laidlaw* and the *Trail Smelter Arbitration*, communication about the respective disturbances was not so much suppressed as stymied. The parties lacked the necessary vocabulary to adequately describe the injury. The *Trail Smelter Tribunal* could not find a consensus definition within the international community (a loose confederation of linked social systems) for the term "damage" and so chose to confine its scope to those injuries that could be quantified in monetary terms. Similarly, the *Laidlaw Court* faced the problem of defining environmental harm in terms that conformed to the tenets of traditional property interests (and thereby with standing doctrine) even as the injury itself defied such easy categorization. Because of the nature of environmental citizen suits—the statute requires no injury and the plaintiff herself seeks no monetary damages—the Court could not meet its goal and was forced to reframe the issue as one of measuring injury to the plaintiffs.

While the *Laidlaw* decision hinges on standing, it does so only because of the Court's continued unwillingness to recognize that the issues before it were not truly procedural (i.e., whether the plaintiffs satisfied the criteria for standing) but were rather questions of fact and substantive law. Perhaps this is because nothing short of a fundamental restructuring would cure the woes of standing doctrine, and the Court is understandably reluctant to take on such a task.

In addition, the issues in *Laidlaw*, as with many of the Court's seminal cases on standing and the environment, are much broader. More than the validity of the plaintiffs' right to sue, the Court must address the question of how our culture defines harm outside the confines of traditional property interests and specifically within the context of environmental protection. This same issue

¹⁸⁶ See, e.g., JONATHAN HARR, *A CIVIL Action* (1991). (chronicling the litigation arising from one such attempt).

¹⁸⁷ This phenomenon is well illustrated by the controversy over whether entities regulated by environmental laws should be allowed to self-audit to determine their compliance with federal and state laws and then to remediate any violations without suffering any penalty. Seventeen states have adopted some form of self-audit law: Arkansas, Colorado, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Kentucky, Michigan, Minnesota, Mississippi, New Hampshire, Oregon, South Dakota, Texas, Utah, Virginia, and Wyoming. See Rena Steinzor, *Democracies Die Behind Closed Doors: The Homeland Security Act and Corporate Accountability*, 12 KAN. J.L. & Pub. POL'Y 641, 663 n.60 (2003). The rationale for such a policy is that regulated entities would theoretically police themselves more regularly and thoroughly if the results of their investigations could not then be used against them in government enforcement actions. Opponents of the self-audit framework (including the EPA) argue that such a regime actually gives entities an incentive to violate (by allowing them to reap the economic gain from their misdeeds), and then to "discover" the problem and fix it without penalty. See *id.* at 663; see generally Lisa Koven, *The Environmental Self-Audit Evidentiary Privilege*, 45 UCLA L. Rev. 1167 (1998), Brooks M. Beard, *The New Environmental Federalism; Can the EPA's Voluntary Audit Policy Survive?*, 17 VA. ENVTL L.J. 1 (1997). The controversy can be analyzed in systems theoretical terms. The regulated entities look to suppress communication in order to eliminate systemic disturbance whereas the self-audit regime's opponents maintain that the system's ability to function depends on effective communication and response to disturbance rather than elimination of potential disturbance through suppression of information.

is addressed in a different context in the novel *Animal Dreams*, to which we now turn.

3.3 *Animal Dreams* and the Rhetoric of Environment

1. The Novel

Animal Dreams is set in the fictional town of Grace, Arizona, where the indigenous Hispanic community faces the acidification of its river by the Black Mountain Mining Company. When the mine became unprofitable to run, the company laid off the local workers and began leaching acid through its enormous tailings piles in order to extract the minerals still contained therein¹⁸⁸. The acids used in this process seeped into the water table and the river, leading to the death of the river's aquatic life as well as the crops and trees that depended on the water for survival¹⁸⁹.

This devastation of the local ecosystem did not concern the mining company. It had determined that damming the river and desiccating the town could circumvent the environmental laws protecting the town's water supply. Damming the river would remove the river from the jurisdiction of the EPA, thereby enabling the company to continue its leaching activities¹⁹⁰.

In the face of this looming catastrophe, the women of the town band together and successfully challenge the monolithic power of the Company and the silently complicit EPA. They succeed in having the town designated a national historic place, thus protecting both the town and the river from further encroachment from the mining company.¹⁹¹ Once listed as an historic site, the town need no longer fear "the onslaught of industry" nor "demolition or other negative impact"¹⁹². Invoking government regulations to protect the town offers a stark contrast to the regulatory inertia of the EPA that permitted the problem to escalate.

Though the town of Grace is saved and the novel ends on a happy note, the town's historic status offers no long-term implications for systemic reform. It merely spares one town a dismal

¹⁸⁸ See BARBARA KINGSOLVER, *ANIMAL DREAMS* 43-44, 63-64 (1990).

¹⁸⁹ See *id.*

¹⁹⁰ See *id.* at 111. When Codi Noline, the protagonist, naively assumes that a report to the local authorities will halt the leaching operation, Viola, the town matriarch, quickly disabuses her:

"Dam up the river", Viola said. "That's all they have to do to meet with the EPA laws. Dam it up and send it out Tortoise Canyon instead of down through here... [I]f Black Mountain dams up the river, it's out of the jurisdiction of the Environmental Protection Agency".

Id.

¹⁹¹ See *id.* at 274-77.

¹⁹² *Id.* at 277.

fate. Similar situations will inevitably occur in other locales. This prospect blunts any sense of elation the reader might otherwise feel at Grace's salvation. The most that victories like Grace's can offer is pleasure tempered by a grim awareness of things to come¹⁹³.

2. The Subject of Harm

Although the preceding thumbnail sketch omits the novel's subtlety and richness and thereby does the work a terrible disservice, it conveys enough of the plot to illustrate my point. For present purposes, the novel's importance inheres in the differing visions of harm evinced by the townsfolk of Grace and the managers of the mine, respectively. It is not just that the parties differ about whether harm occurred. More fundamentally, they differ on the essential nature of the term.

Grace's inhabitants view the mine's leaching operation as pernicious to the community and to the region.¹⁹⁴ The river and the water it carries are integral to their culture and to the well being of the town, as well as to the crops upon which the local people depend for sustenance. The river's demise will doom the community as well. For the people of Grace, this is clearly an unacceptable scenario.

From the company's perspective, however, poisoning the river amounts to an insignificant side effect of a beneficial process. The Company's publicist might describe the acid leaching operation as a "recycling" of the tailings to extract surplus value from already processed material and thereby provide the greatest possible return to shareholders. The river is not vital to the firm's continued profitability, and its contamination poses no danger to the mine's viability¹⁹⁵. On the other hand, damming the river will serve two simultaneous, beneficial purposes: it will free the company from the regulatory oversight of the EPA, and it will destroy the town of Grace. Destroying the town will eliminate the power base of the grassroots resistance to the mine's operation.

The opposing views represented by the mine and the townsfolk—each of which represent a

¹⁹³ See CASSUTO, *supra* note 143, at 117-19.

¹⁹⁴ See KINGSOLVER, *supra* note 187, at 179 (Codi Noline, invited to speak to a gathering of the women of Grace (which she calls the "Stitch and Bitch Club"), observes that "the Stitch and Bitch Club would officially sanction mass demonstrations against Black Mountain's leaching operation, to be held daily on the dam construction site. Unofficially, the Stitch and Bitch Club would have no objection if a bulldozer met with premature demise.").

¹⁹⁵ See *id.* at 63-64 (discussing the effect of the river's acidification on the local orchards—the spread of "poison ground." As one Grace resident observed: "They're getting gold and moly out of them tailing pipes, if they wasn't, they wouldn't keep running the acid through them. They're not going to stop no leaching operation on account of our pecan trees.")

different systemic perspective—reiterate the flexibility of the term "pollutant." The mining company considers the sulfuric acid an asset (and the river extraneous). Grace's residents, by contrast, view the acid as a pollutant (and the river as essential). If pollution means matter Out of place, or a foreign object interfering with the efficiency of a given system, both sides are correct¹⁹⁶. Clearly, terms like "unnatural," "harm:" and "pollutant" must be regarded as creations of the systems that give them meaning. In addition, when one considers the infinite number of systems, all of which are observer-defined (which is to say their boundaries are a function of perspective) and self-interested, consensus definitions for terms like harm and pollutant seem unattainable grails. This is not a "problem" with language; it is rather language giving expression to the inherently contingent nature of the concepts themselves¹⁹⁷.

The concept of harm should link to the health and well-being of the social system and the system's ability to perpetuate itself, rather than tying itself to an uneasy compromise between and among our limited scientific knowledge, tenuous commitment to conservation, and the unyielding demands of a market economy. Such an approach would not identify the natural environment; it would instead acknowledge the complex interrelationship between and among all members of the social system (human and non-human)¹⁹⁸, as well as the shared imperative of the system's self-reproduction. Furthermore, since the system depends on the environment to spur evolution (without which it would stagnate and die)¹⁹⁹, it stands to reason that the well being of the system's environment is integral to the system's overall integrity and longevity²⁰⁰.

4. LAIDLAW AS WATERSHED — SUGGESTIONS FOR A STANDINGLESS JURISPRUDENCE

Returning to Laidlaw, we must ask what the mutability and subjectivity of terms like harm, pollution, and even environment mean for the law of standing and the workability of the Clean Water Act and other environmental laws. As the foregoing discussion makes clear, using harm to

¹⁹⁶ Cf. Ronald H. Coase, *The Problem of Social Costs*, 3 J.L. & ECON. 1 (1960) (pointing out that the allocation of legal entitlements implies an environmental harm if a polluter owns the right to pollute, or an economic harm to the polluter if other parties own the right to be free from polluting).

¹⁹⁷ See LUHMANN, *supra* note 13, at 182.

¹⁹⁸ See CASSUTO, *supra* note 143, at 129-31.

¹⁹⁹ Systems require disturbance to evolve. If there were no environmental disturbance, the system would not need to adapt. It would become inert, essentially lifeless. See *id.* at 125.

²⁰⁰ See, e.g., BRUNO LATOUR, *WE HAVE NEVER BEEN MODERN* 15 (Catherine Porter trans., 1993) (noting the need to describe our "discursive constitution" through which we "[define] humans and nonhumans, their properties and their relations, their abilities and their groupings").

the environment as the determinative criterion for standing—as the dissent suggests—is untenable. Multivalent and constantly shifting perspectives, as well as the expanding boundaries of scientific knowledge, make any such determination impossible. Yet removing the environment from the standing equation in an environmental statute, and focusing exclusively on injury to the plaintiff—as the majority advocates—is equally unfeasible. The issue of harm (or injury) is a substantive, fact-based query and must be treated as such.

4.1 Letting the Statute Define the Injury

Judge Fletcher has suggested reworking the notion of standing to make the operative query be: whether or not the injury alleged falls within the category of injuries that the statute was enacted to prevent²⁰¹. This formulation would satisfy the case or controversy requirement of Article UI without falling, prey to the caprice of modern standing doctrine. Because the statute's enactment would create a substantive legal right, it follows that the statute's violation would create a legal injury²⁰². In *Laidlaw*, for example, the inquiry would not address who was injured or how. No such investigation would be necessary because the Clean Water Act plainly states that simply violating the Act creates a legally cognizable injury. Therefore, the plaintiffs' standing would hinge on the court's determination that the manner of violation alleged was a type the statute aimed to prevent.

In the case of *Laidlaw*, the court would ask whether the discharge of pollutants into the North Tyger River in excess of permitted amounts was something that the Clean Water Act was designed to prevent. The answer: of course. The Act mandates water quality standards designed to "restore and maintain the chemical, physical, and biological integrity of the Nation's waters" by eliminating the discharge of pollutants²⁰³. Entities wishing to discharge effluents must obtain permits and adhere to the limitations contained therein²⁰⁴. The statute further states that entities that violate the terms of the Act are subject to citizen suits²⁰⁵. In *Laidlaw*, we have a company

²⁰¹ See Fletcher, *The Structure of Standing*, *supra* note 11, at 223-24; see also Sunstein, *What's Standing After Lujan?*, *supra* note 11, at 166-67.

²⁰² As Fletcher argues, this is the very essence of statutory (rather than Constitutional) injury. For the Court to go further and evaluate whether the injury defined by Congress is judicially cognizable "limits the power of the legislature to articulate public values and choose the manner in which they may be enforced". Fletcher, *supra* note 11, at 233.

²⁰³ 33 U.S.C. § 1251 (a) (2000).

²⁰⁴ See 33 U.S.C. § 1342 (2000).

²⁰⁵ See 33 U.S.C. § 1365 (a) (2000).

discharging more mercury (a heavy metal and a CWA pollutant) into a waterway than its permit allows. It is hard to imagine a category of injury that fits more neatly within the statutory parameters than this one.

The Fletcher approach has the dual advantages of comprehensibility and workability. It eliminates unproductive inquiries into the nature of the injuries suffered by the named plaintiffs as a result of the Act's violation. All that would be required for a citizen suit to lie is for the plaintiff to allege an injury of the type enjoined by the statute²⁰⁶.

4.2 Subjectivity Remains—The Galileo Problem

Under this new regime, the problem might appear resolved. Unfortunately, it is not. As noted earlier²⁰⁷, the Clean Water Act defines "pollutant" to include biological material, rock, sand, and heat²⁰⁸, all of which occur naturally both in and out of waterways. While each of these phenomena can potentially disrupt an aquatic ecosystem, each is also a naturally occurring component of those ecosystems. Though standing jurisprudence (including *Laidlaw*) has long acknowledged that threatened harm is sufficient for citizen suits²⁰⁹, it does not acknowledge that such an admission throws the meaning of the term pollutant, as well as the stated aim of the Clean Water Act, into flux. Furthermore, if the determinative criterion for designating pollutants were the potential to cause harm, the definition would encompass virtually everything—both human-made and naturally occurring²¹⁰.

A phenomenon becomes a pollutant only if it disrupts the functioning of a given system. Even then, it becomes a pollutant only from the point of view of that particular system. As we saw in *Animal Dreams*, one system might view sulfuric acid as harmless or even beneficial, while another would classify it as a dangerous pollutant. Consequently, attempts to legislate for

²⁰⁶ See Fletcher, *supra* note 11, at 264-65.

²⁰⁷ See *supra* note 141 and accompanying text.

²⁰⁸ 33 U.S.C. 11362(6) (2000).

²⁰⁹ See, e.g., *Laidlaw IV*, 528 U.S. 167, 180-81 (2000) (citing *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 560-61 (1992)); *Friends of the Barth v. Gaston Copper Recycling Corp.*, 204 F.3d 149, 155-61 (4th Cir. 2000) (en banc) (following *Laidlaw* to find that affiant's sufficiently alleged injury when defendant's alleged NPDES violations threatened the environmental quality of water adjoining affiant's property, even though plaintiff may not have produced sufficient evidence to prove actual harm).

²¹⁰ While a pollutant may cause harm only in certain concentrations and, thus, there might not be harm from a discharge that failed to reach that concentration, this simply underscores the nebulousness of the term. If pollutants are classified based on their potential to cause harm, then all things are pollutants to varying degrees. This would be an impossible standard around which to craft laws. For example, the goal of the Clean Water Act—the elimination of pollutants in the nation's waterways, see 33 U.S.C. § 1251 (a) (2000)—becomes completely meaningless.

pollutant-free waterways are destined to fail. These attempts will also create imbroglis like the one in *Laidlaw*, where the Court found the defendant liable for an admittedly harmless discharge of pollutants even though a harmless pollutant amounts to a contradiction in terms. This situation arose because a supposedly objective definition of a contingent term (pollutant) was inserted into a statute designed to protect an equally mutable concept (the environment). This is an example of the law using the rhetoric of science to lend an air of objectivity to its provisions. In short, it is what I call a Galileo Problem.

Galileo Problems come from grafting a veneer of objectivity onto products of human thought and language. Galileo's views implicitly demonstrated that the laws of astronomy were not divine, immutable, and objective, but actually contingent, knowledge-based, and normative. This precipitated a crisis of faith in the legitimacy of the law²¹¹. Systems and environments can affect no pretense of objectivity²¹². Consequently, harm to any given system is subjective and context-dependent and can only be defined within that narrow context. Any attempt to broaden the meaning of harm to encompass multiple systems inevitably dilutes the term beyond the point of utility.

Laidlaw illustrates this nicely. Harm, for purposes of the Clean Water Act, arises from the discharge of pollutants into waterways. "Pollutant" is context-dependent and is no longer referential absent a showing of harm. But under *Laidlaw*, discharging pollutants into waterways is not necessarily harmful, nor must a discharge be harmful to be actionable. It follows then that a substance need not be harmful to be a pollutant under the statute. Yet, pollutants are harmful by definition. If a pollutant need not cause harm, then it seems that anything at all could be a pollutant (and indeed, under the statute's definition, this is very nearly the case). Thus, any discharge of anything by anybody into the vicinity of a waterway theoretically falls under the regulatory aegis of the Clean Water Act and potentially requires a permit. Furthermore, a citizen may prosecute any failure to adhere to discharge limits so long as that citizen believes that the discharge could cause or has caused harm. This is, of course, an impossible scenario and not the

²¹¹ As one commentator rhetorically asks, "Is the court [that judged Galileo] right or wrong?... Since justice speaks performatively and since what it says begins suddenly to exist by the sole fact that it says it, since justice gives rise to jurisprudence in any case, what indeed does it matter. . . to be wrong or right?" SERRES, *supra* note 8, at 82.

²¹² See *supra* note 162 and accompanying text; GREGORY BATESON, *STEPS TO AN ECOLOGY OF MIND* 454-55 (1972) (discussing the notion that "territory" is a series of maps and representations created by observers; territory, the thing itself, can never be seen. "All 'phenomena' are literally 'appearances.'").

intended consequence of the Laidlaw decision²¹³.

In light of the foregoing, it becomes clear that the Fletcher method of determining standing by assessing whether the injury alleged is a type the statute was designed to prevent will not wholly resolve the standing issue in the environmental arena. Without further clarification of the meaning of "pollutant," it does no good to decree that discharges of pollutants into waterways are the type of injury that the Clean Water Act was designed to prevent; the statement is meaningless. States will have no guidelines upon which to base their permitting processes, and citizens will have virtually unfettered ability to contest actions by entities that impact waterways. This is precisely the type of administrative bedlam envisioned by the dissent²¹⁴.

4.3 Solving the Galileo Problem—A New Rhetoric of Environmental Protection

1. The Well-being of the Social System as the Criterion for Injury

How can this Galileo-based problem of legal terminology and application be resolved? I suggest that, using Judge Fletcher's elegant framework as a starting point, it becomes possible to craft a flexible and therefore functional definition of harm that facilitates the operation of the Clean Water Act and its sister statutes.

The legal system is a sub-system designed to maintain the health and continued survival of the larger social system. Laws, as products of the legal system, are enacted in furtherance of that goal²¹⁵. All systems, including the social system, share the twin imperatives of self-reproduction and self-preservation²¹⁶. Perhaps the best way to measure legal harm is to determine whether the disturbance complained of negatively affects the social system's health and longevity.

The goal of the Clean Water Act is to "restore and maintain the chemical, physical, and

²¹³ See *Laidlaw IV* 528 U.S. at 183-84 (comparing plaintiff's allegations of harm to those found inadequate in previous cases).

²¹⁴ See *id.* at 201-02 (Scalia, J., dissenting).

²¹⁵ Some critics maintain that the legal apparatus serves to perpetuate its own legitimacy and ossifies rather than enables the social system. According to Robin West, the legal system—

through its symbols, language, arguments, and general control over the means of normative legal discourse—creates in the citizenry what the critics sometimes call "clusters of beliefs" in the overriding legitimacy of the social structures of empowerment and disempowerment that constitute the larger society of which the legal system is only a part The result is that the vast bulk of the particular rules and the process of the extant system that govern our behavior are seen as morally legitimate—as in accord with our moral beliefs. Meaningful criticism of law against truly independent moral standards is thereby frustrated. ROBIN WEST, *NARRATIVE, AUTHORITY & LAW* 5-6 (1993).

²¹⁶ See PAULSON, *supra* note 146, at 121-27.

biological integrity of the Nation's waters"²¹⁷. The statute identifies the interposition of pollutants into those waters as negative and mandates their elimination in order to ensure, among other things, that fish, shellfish and wildlife can thrive, as well as to enhance recreational opportunities²¹⁸. To achieve that goal, the Act allows for citizen suits in the event of any type of violation, regardless of whether the illicit behavior causes, actual harm to the environment²¹⁹.

The breadth of citizen suit authority suggests that the statute's drafters were as concerned with the integrity of the statutory regime as with the abatement of imminent threats to the nation's waterways. From a systems theoretical perspective, this is quite reasonable. The system functions by eliminating threats to itself. Those threats need not be ecosystemic; they can also arise when system components break the rules (as codified by the legal system) through which the system functions. Laws that are neither obeyed nor enforced undermine societal expectations 'of expectations and imperil the system's functioning. For example, if one cannot expect motorists to stop for red lights, there is little reason to have red lights. Without them, chaos would soon engulf the streets. Motorists would drive blindly into intersections until a new traffic regime was codified and everyone once again adhered to a common set of norms.

The traffic analogy carries over into environmental law. Neither the federal government nor individual states have the resources to enforce every environmental law in every instance. As a result, they enforce selectively, focusing on only the most egregious violations²²⁰. This selective enforcement means that regulated entities would have little to fear if their violations did not reach a level where they became an agency priority. Given the breadth and scope of environmental laws, this would mean that the laws would be breached more often²²¹. Citizen suits have

²¹⁷ 33 U.S.C. § 1251(a) (2000).

²¹⁸ *Id.* § 1251(a) (1-2).

²¹⁹ See *supra* note 34 and accompanying text.

²²⁰ See Adler, *supra* note 28, at 49.

²²¹ This is arguably the case now. According to one survey, only thirty percent of corporate counsels felt it was possible for their companies to comply fully with state and federal environmental laws. See *id.* Some would argue, as Adler does, that the inability of regulated entities to comply with the various environmental laws, coupled with the ease with which citizens can file suit, makes for a haphazard enforcement regime that does little to protect the environment. See *id.* at 59-62. However, Adler's contention that citizen suits lie at the root of the problem (and that the Laidlaw framework further undermines the goal of environmental protection by easing standing requirements) does not address what I believe to be the real issue—the irrelevance of injury to the plaintiff and the amorphousness of harm to the environment. Neither forms an effective criterion for standing. Adler argues that citizen suits are often driven by special interests rather than a desire to benefit the environment and that Laidlaw's holding will only exacerbate this phenomenon. See *id.* at 59. However, as discussed above, benefit (and basin) to the environment is subjectively determined and inherently variable. Restricting citizen access to the courts will not change that. All it will do is enhance the ability of violators to flout the law. If there is a problem with the current regulatory regime, (and few would deny that it is a ponderous and byzantine set of laws), it would seem more efficient to focus on making the laws more coherent and effective rather than hamstringing citizen enforcement capabilities.

traditionally filled this enforcement gap²²².

The rationale for citizen suits is the same as that for state enforcement actions. There need not be an actual and quantifiable injury for a law to be enforced. Rather, when the law is not enforced, the law itself is threatened and that threat in turn imperils the system and all its components. The drafters of the Clean Water Act (and other environmental statutes) were clearly aware of this possibility and created a private right of action to help contain it.

Applying this perspective to *Laidlaw*, Friends of the Earth could have argued that *Laidlaw*'s actions threatened the social system by poisoning the river in a manner proscribed by the Clean Water Act. *Laidlaw* could have responded that its discharges were negligible, the river's biotic health unimpaired, and the system's smooth functioning never endangered. In addition, *Laidlaw*'s violations were redressed by a state enforcement action and the payment of a fine. Consequently, according to *Laidlaw*, there would be neither need nor basis for further litigation.

Faced with these facts, the Court should have little trouble finding that the suit is viable and that plaintiffs should prevail. Polluted waterways threaten the longevity and self-reproductive capacity of the system²²³. The Clean Water Act was enacted to protect the system from just these types of dangers and creates rules governing acceptable levels of discharge²²⁴. Under the Act's standards, a substance that causes no harm under certain conditions may nonetheless be regulated if its discharge poses a threat to the system's welfare²²⁵. This method conforms with an approach that classifies pollutants according to their potential to cause harm to a given system. Though mercury may not cause discernible damage at low concentrations, it remains appropriate to regulate its discharge because it is toxic to marine life (and humans) and can bio-accumulate. Consequently, its presence threatens the system's ability to survive and self-reproduce. If multiple regulated entities exceeded their discharge limits, the resulting mercury concentrations in the

²²² See Sunstein, *What's Standing After Lujan?*, *supra* note 11, at 165 (noting that Congress has used the citizen suit as "a mechanism for controlling unlawfully inadequate enforcement of the law").

²²³ When the Senate Conference Committee was considering the bill creating the Clean Water Act, Senator Muskie referred to water pollution as "a cancer" that "[w]e have ignored for so long that the romance of environmental concern is already fading into the shadow of the grim realities of lakes, rivers and bays where all forms of life have been smothered by untreated Wastes, and oceans which no longer provide us with food." *Legislative History*, *supra* note 107, at 161-62.

²²⁴ See *id.* at 164 (noting that the statute's statement of goals, including the elimination of discharges of pollutants, is "not merely the pious declarations that Congress so often makes in passing its laws" but is rather "literally a life or death proposition for the Nation").

²²⁵ See, e.g., *Friends of the Earth v. Gaston Copper Recycling Corp.*, 204 F.3d 149, 160 (4th Cir. 2000) (en banc) ("The Supreme Court has consistently recognized that threatened rather than actual injury can satisfy Article III standing requirements Threatened environmental injury is by nature probabilistic. And yet other circuits have had no trouble understanding the injurious nature of risk itself.").

river could threaten the integrity of the ecosystem as well as the health of the people who use the river. Thus, the system itself faces peril.

When Laidlaw's mercury discharges exceeded permitted levels, it created a threat to the system as well as an impediment to the system's goal of attaining and maintaining clean water and a smooth functioning regulatory apparatus. Laidlaw's actions therefore negatively impacted the system's health and reproductive capability. Therein lies the harm. The Clean Water Act allows for a private right of action to redress that harm. Consequently, Friends of the Earth's citizen suit seems perfectly appropriate. It should not be necessary to show that Laidlaw's actions caused a measurable degradation of the ecosystem nor injury to a particular person in order for the suit to lie.

An analysis based on a determination of whether the system is threatened will likely allow standing for virtually any allegation of statutory violations, assuming the statute at issue has a citizen suit provision. Such a result seems both reasonable and beneficial²²⁶. The citizen suit is designed to enable citizens to function as private attorneys general. Public attorneys general are charged with protecting the system from threats born of violations of the law. To prosecute a case, they need show no more than that an actionable transgression occurred. The basis for legal action lies in the law violated and the nature of the transgression. The same reasoning should carry over to citizen suits. The current doctrine requires plaintiffs to allege injury to themselves despite the statute's focus on the environment, and the Fletcher framework would require potential litigants to allege injury of a type that the statute was designed to prevent (thereby necessitating an unwieldy inquiry into the type of injury alleged). In contrast, the system-based approach eliminates the need for an injury analysis by making it implicit. A threat or injury to the legal system constitutes a threat or injury to all components of the social system, if the threat is actionable under a statute containing a citizen suit clause, then a citizen may bring suit to redress it.

This approach does not run afoul of Article III since it too involves a case or controversy, injury, and a method of redress. Under this approach, however, courts would no longer be able to bar suits on the grounds that plaintiffs have not alleged adequate injury to themselves. Instead, the harm to the system would suffice and the suit could be adjudged on its merits.

²²⁶ The workability of this scenario is predicated on well-drafted, workable statutory definitions. See *supra* note 212 and accompanying text.

2. Diligent Enforcement

The only remaining obstacle to justiciability lies with the fact that Laidlaw's actions already were the subject of an enforcement action by the state. In light of the suit and subsequent settlement between Laidlaw and the DHEC, the question becomes whether the system's health and longevity is threatened by a violation that has already been the subject of an enforcement action. The statute's language suggests otherwise; it bars citizen suits that follow state actions²²⁷. We must consider whether the facts of the case are such that the injury alleged continues to threaten the system's health and longevity and therefore whether the injury remains of the type that the statute was enacted to prevent.

The Court squarely and correctly addresses this issue. Laidlaw's permit violations occurred both before and after FOE filed suit. The suit was filed after the state reached its settlement with Laidlaw²²⁸. It is therefore possible to conclude: (1) that the state enforcement action was not diligently prosecuted, as the Act requires²²⁹; and (2) that the ongoing violations posed a continuing threat to the health and integrity of the system. Furthermore, vigorous enforcement (as opposed to imposing a token fine and exacting a pledge to do better) will likely deter similar activities by other entities, thereby protecting the system from future threat²³⁰. Consequently, the injury alleged by FOE was of the type the statute was designed to prevent and the Court correctly sustained the plaintiff's verdict.

3. Summary: A Long-term Solution to a Long-term Problem

The crucial differences between the Court's method for adjudicating environmental disputes and the one presented here are that under the proposed framework, (1) statutes' stated goals of environmental protection take precedence over what are often contrived or ancillary injuries to plaintiffs; (2) unwieldy and extraneous standing inquiries become unnecessary; and (3) the relevant terminology gains coherence, which in turn brings the concept of "environmental protection" into focus. Environmental protection is less about preserving nature than about acknowledging the interrelatedness of systems and environments. Because the boundaries between system and environment shift constantly, the notion of environment must remain

²²⁷ See 33 U.S.C. § 1365(b)(1)(B) (2000).

²²⁸ Laidlaw IV, 528 U.S. 167, 178 (2000) (noting that after FOE commenced its action, Laidlaw violated the mercury discharge limits thirteen times, as well as committed twenty-three other violations).

²²⁹ See Laidlaw I, 890 F. Supp. 470, 498 n.1 (D.S.C. 1995); Laidlaw IV, 528 U.S. at 167.

²³⁰ See Laidlaw IV, 528 U.S. at 185-86.

forever in flux. The key to environmental protection therefore lies in eschewing rigidly defined boundaries and rules and instead adopting norms capable of responding to changing conditions. In this sense, the social system's imperative of self-preservation impels it to act as its own environmental protection agency²³¹.

A scheme like the one just described would constitute a significant departure from the status quo. At present, both the legal system and the larger notion of environmental protection lack structural integrity. The majority opinion in *Laidlaw* is but one example of a widespread tendency—as evidenced by the *Trail Smelter Arbitration* and *Animal Dreams* examples—to create laws and regulatory frameworks based on supposedly objective definitions of subjective concepts like harm, pollution, and environment.

Within the social system, language presents choices and possibility while law provides the delimiting force that narrows possibility and solidifies expectations²³². But if language is used to present false choices, as with the majority's opposition of injury to the plaintiff versus harm to the environment, the law's authority is undermined, the shared expectations of expectations that enable the system's functioning are crippled, and a legitimation crisis becomes inevitable. In *Laidlaw*, the Court avers that all that need occur for standing is for the plaintiff to believe she has been injured. That formulation, though well intentioned, cannot long survive. Because of its ruling, the Court faces the daunting prospect of having to select which types of perceived injuries enable standing under the various environmental statutes—an overwhelming and constantly evolving task.

The net result of this untenable state of affairs is that societal expectations vis-à-vis environmental protection are eroding. This erosion does not stem solely from the *Laidlaw* opinion but rather from an overall lack of discipline and clarity in the rhetoric of environment and environmental protection. This imprecision generates false oppositions that present false choices. Consider, for example, a President and Congress arguing about whether to open the Arctic National Wildlife Refuge to oil exploration or to continue our national dependence on foreign oil. In the Northwest, the false oppositions are between salmon and prosperity, or owls and timber. In the Midwest, debates over corporate average fuel economy pit the viability of the auto industry

²³¹ See generally Timothy Luke, *On Environmentality: Geo-Power and Eco-Knowledge in the Discourses of Contemporary Environmentalism*, *Cultural Critique* 30, 57-82 (1995).

²³² See LUHMANN, *supra* note 13, at 82.

against increased fuel efficiency for motor vehicles. These types of choices, though specious, are omnipresent.

False choices arise as much from linguistic subjectivity as from ideological differences. The inability to see past the rhetoric to imbedded inconsistencies within the debate comprises a root cause of our environmental dilemma. A workable template for "environmental protection" must allow for the fact that many of the key terms in the debate—including environment and protection, as well as harm and pollution—lack consensus definitions. The goal, however, should not be defining these terms; their meaning is intertwined with their subjectivity. Instead, we must acknowledge that subjectivity is inherent within both the language and the human condition. This requires crafting laws that allow for linguistic uncertainty and for the shifting nature of norms and expectations. The alternative involves drafting and interpreting laws in a manner that defies an essential component of the human experience. The latter method has been the policy up to now. It is time for a new approach.

4.4 Postscript: NEPA and the Rhetoric of Environmental Protection

As the preceding discussion has shown, pollutants cannot be eliminated; the goal itself is meaningless. One system's pollutant is another's necessity. It is therefore understandable that courts get tangled in discussions of harm and the intent and coverage of the various environmental protection laws while the statutes' varied language creates serious difficulties for enforcement and judicial review. Statutes do exist, though, wherein the language of subjectivity is woven into the text. One of the better examples of this is NEPA²³³. Though strictly procedural in nature and thus often emasculated in its application, NEPA contains language that is admirably precise in its acknowledgment of the subjectivity of harm and in its attempts to articulate contexts and benchmarks through which to measure that harm.

Though it lacks the statutory means to enforce its stated goals,²³⁴ NEPA nevertheless makes it a matter of policy for federal agencies to use all practicable means to administer federal

²³³ 42 U.S.C. §§ 4321-4370 (2000).

²³⁴ NEPA requires any proposed federal action to be evaluated for its environmental impact. See *infra* note 240 and accompanying text. Once the study has been prepared, however, there is no mechanism under NEPA through which to evaluate the merits of the proposed action in light of its anticipated environmental impact.

programs in the most environmentally sound manner possible²³⁵. This proviso resembles language in most other environmental statutes and is too general to be meaningful. However, subsequent language clarifies its intent. For example, NEPA speaks of the need to “assure for all Americans safe, healthful, productive, and esthetically and culturally pleasing surroundings,”²³⁶ to “preserve important historical and cultural aspects of our national heritage,”²³⁷ to “enhance the quality of renewable resources,”²³⁸ and to “achieve a balance between population and resource use”²³⁹. This language lays out the systemic priorities the statute seeks to protect and provides the rhetorical tools with which to do so.

Returning to the Animal Dreams example, one can readily see how the Black Mountain Mining Company could argue that damming the river and destroying Grace would be “safe” and “productive”²⁴⁰. However, it is hard to imagine the company straight-facedly maintaining that the dam would preserve important historical and cultural aspects of our national heritage. It also seems unlikely that the company could persuade a court that the dam would enhance the quality of renewable resources, or achieve a balance between population and resource use. Consequently, if held to the standards enumerated in NEPA, the Company's dam proposal would die on the vine.

NEPA requires that agencies proposing actions evaluate potential environmental consequences²⁴¹. The Council on Environmental Quality (“CEQ”), whose primary function is to advise the President on environmental matters,²⁴² has stated that these evaluations must consider

²³⁵ See 42 U.S.C. § 4321:

The purposes of this chapter are: To declare a national policy which will encourage productive and enjoyable harmony between man and his environment; to promote efforts which will prevent or eliminate damage to the environment and biosphere and stimulate the health and welfare of man; to enrich the understanding of the ecological systems and natural resources important to the Nation; and to establish a Council on Environmental Quality.

²³⁶ Id. § 4331(b)(2).

²³⁷ Id. § 4331(b)(4).

²³⁸ Id. § 4331(b)(6).

²³⁹ Id. § 4331(b)(5).

²⁴⁰ See *supra* note 196 and accompanying text.

²⁴¹ See 42 U.S.C. § 4332(2) (2000). That evaluation can and often does take the form of an Environmental Impact Statement. Id. § 4332(2)(C)

The Congress authorizes and directs that, to the fullest extent possible ... all agencies of the federal government shall ... include in every recommendation or report on proposals for Legislation and other major Federal actions significantly affecting the quality of the human environment, a detailed statement by the responsible official on-

(i) the environmental impact of the proposed action,

(ii) any adverse environmental effects which cannot be avoided should the proposal be implemented, [and]

(iii) alternatives to the proposed action....

²⁴² See id. §§ 4342-4344. The CEQ is a creation of NEPA. Its interpretations of the statute are entitled to substantial judicial

public health, unique features of the region, precedential effect of the action, and any anticipated controversy²⁴³. If the Trail Smelter tribunal had evaluated these factors, it almost certainly would have concluded that the damages incurred by the local population in Washington were cognizable. The acid rain and acid fog generated by the smelter fumes posed a health risk that should have been evident even in 1938, and the pollution also severely affected the region's unique features (e.g., the farmland of the Columbia River basin). Moreover, the precedential effects of a ruling that denied the existence of damages except as might be measured in monetary terms were foreseeable and considerable. Finally, the controversy arising from the smelter's emissions was already present and clear.

The language in NEPA is useful because it is flexible and provides a basis to demarcate systemic goals. These goals are norms—expectations of expectations, and shared visions of how things ought to go. The norms of preserving esthetically and culturally pleasing surroundings, protecting the public health and geographically unique features, and avoiding controversy govern the statute's interpretation while remaining adaptable to changes in circumstance. This language 'outlines a normative framework through which the statute can function and allows its interpreters to gauge the severity of any alleged injury by measuring it against systemic priorities. This goal-driven flexibility enables the legal system to articulate expectations while allowing them to shift within established parameters.

The flexibility of the language employed in NEPA is broadly applicable within environmental law even as its terms remain subject to debate. Disputants may contest, for example, whether a given action deleteriously impacts public health, an issue that readily lends itself to litigation and judicial resolution. Contrast this with *Laidlaw*, where the parties could not agree on whether harm occurred, and if so, to whom or to what. Faced with all this uncertainty, the *Laidlaw* Court decreed—in contravention of the statute—that the issue of whether the waterway had been harmed was all but irrelevant to whether plaintiffs could sue. In addition, despite the lack of reference in the statute to the well-being of citizens bringing suit, the Court nevertheless determined that the viability of the lawsuit hinged on the plaintiffs having suffered injury. This type of scenario, wherein the Court loses sight of a statute's goals because of an uneasy

deference. *Andrus v. Sierra Club*, 442 U.S. 347, 358(1978).

²⁴³ See 40 C.F.R. § 1508.27(b)(1)–(10) (2003); see also Dinah Bear, NEPA at 19: A Primer on an 'Old' Law with Solution: to New Problems, 19 *Env'tl. L. Rep.* 10060, 10064 (1989) (discussing factors an agency should consider to determine whether a proposed action has 'significant effects' for NEPA purposes).

relationship with Article III, would be less likely to occur under a regime where the statutory language did not pretend to objectivity, but instead acknowledged the influence of the social system on both its creation and interpretation.

CONCLUSION

Environmental law differs in fundamental respects from laws based on traditional property interests. So too must the rhetoric in which such laws are framed. Current standing doctrine has no place in environmental jurisprudence, where injury to the plaintiff has little relevance. A case like *Laidlaw*, where the Court finds itself adjudicating an issue that has no connection to the governing statute (in addition to making no sense), underscores an incoherence that endangers the larger goal of environmental protection. The problem of standing for citizen suits raised by *Laidlaw* is but a symptom of a larger problem arising from the use of contingent language to set supposedly concrete goals. As the *Trail Smelter Arbitration* and *Animal Dreams* examples demonstrate, such attempts cannot succeed and can severely undermine the integrity of the legal system. They merely exacerbate a Galileo Problem based in entrenched notions of valuation drawn from traditional property-based norms.

Since both harm and environment are subjectively determined, the goal of environmental protection must be flexible and similarly subjective. The common denominator among the multiple perspectives is membership in the social system. Each entity and component system shares the imperative of maintaining the smooth functioning of the social system. Norms are constructed and statutes enacted to further that goal. Rather than relying on an unworkable notion of standing to determine the viability of a cause of action, courts should consider whether the injury complained of is of the type the statute seeks to prevent and whether it threatens the health and longevity of the social system. This framework satisfies the dictates of Article III while enabling the legal system to respond to both the contingency of language and the flexibility of norms. Therefore, contrary to the infamous sentence from *Laidlaw* with which this Article began, the relevant showing for purposes of Article III need be neither injury to the plaintiff nor harm to the environment. Instead, the viability of citizen suits should derive from the ambit of the statute and its role in maintaining the well being of the social system.

DIREITOS HUMANOS E ACIDENTES NUCLEARES NO DIREITO BRASILEIRO

Fernando Fernandes da Silva¹

Ricardo Stanziola Vieira²

INTRODUÇÃO

Segundo Phillippe Sands desde os anos sessenta do século passado, observa-se uma intersecção entre temas de Direito Internacional do Meio Ambiente e Direito Internacional dos Direitos Humanos, embora ambos os ramos tenham sido criados e desenvolvidos em circunstâncias distintas³. Esta intersecção é especialmente identificada com a aprovação da Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente Humano (1972) e reafirmada pela Declaração do Rio de Janeiro sobre Desenvolvimento Sustentável (1992), pois ambas conferem um caráter “antropocêntrico”, nas palavras de Phillippe Sands, ao Direito Internacional do Meio Ambiente⁴: em relação a primeira declaração, temos que a proteção ambiental é justificada como uma modalidade de direitos humanos⁵: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar [...]”; e em relação a segunda, a proteção do homem é a principal razão da proteção ao meio ambiente: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável”.⁶

A intersecção entre ambos os ramos do Direito Internacional é um fenômeno que influência a concepção do Direito Ambiental Brasileiro. O artigo 5º da Constituição Federal de

¹ Mestre e Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP; professor de Direito Internacional Público e Privado do curso de graduação da Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI) e; professor-assistente do módulo “Meio Ambiente e Proteção Constitucional” do curso de Especialização em Meio Ambiente da PUC/SP-COGAE.

² Professor Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica (mestrado e doutorado) e Programa de Mestrado em Políticas Públicas— UNIVALI. Doutorado em Ciências Humanas- UFSC. Pós-doutorado pela Universidade de Limoges.

³ Cf. Phillippe Sands. **Principles of International Environmental Law**. 2. ed. Cambridge University Press, 2003, p. 293.

⁴ Cf. Phillippe Sands. **Principles of International Environmental Law**. 2. ed. Cambridge University Press, 2003, p. 293.

⁵ Eis a redação na íntegra do Princípio 1, da Declaração de Estocolmo: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o *apartheid*, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas”.

⁶ Cf. a redação na íntegra do Princípio 1, da Declaração do Rio de Janeiro: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.

1988 prevê um rol de direitos e garantias individuais aos nacionais e estrangeiros que possuem reflexo no Direito Ambiental: direito à vida, princípio da legalidade, direito à reunião, direito à associação, princípio da reserva legal, direito ao devido processo legal, direito ao contraditório e a ampla defesa, sendo estes os mais ilustrativos.⁷

Assim, todos possuem o direito a um “meio ambiente equilibrado” e “essencial à sadia qualidade de vida”; as responsabilidades das pessoas são apuradas conforme condutas previstas nos tipos penais e administrativos específicos, que prescrevem condutas ilícitas e danosas ao meio ambiente, assegurando-se a todos o devido processo legal e o direito à defesa, bem como, as condutas lícitas em relação ao meio ambiente devem estar expressamente previstas em lei ou em atos normativos, e por fim, todos podem constituir associações que atuem em prol do meio ambiente, reservando-se a lei a prescrição do direito à legitimidade ativa para proporem ações ou atuarem nos processos também em defesa do meio ambiente.⁸

Obviamente, que o Direito Ambiental, em âmbito internacional e nacional, não é mero reflexo dos Direitos Humanos, pois possui também um fim em si mesmo, com normas e princípios próprios, que confere a ele a criação de fontes jurídicas pertinentes aos fenômenos ambientais, como o princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio da prevenção, o princípio da precaução e o princípio da educação ambiental.

Neste sentido, temos o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 que estabelece as normas e princípios fundamentais da política ambiental no Brasil, cujo parágrafo sexto dispõe: “As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas”. Resta claro que o constituinte inseriu parte da política nuclear brasileira no campo do Direito Ambiental, pois o Direito Nuclear contempla temas diversificados que não se resumem apenas na instalação de usina com reator nuclear. O Direito Nuclear compreende normas e procedimentos relativos a criação e o desenvolvimento da tecnologia nuclear e o seu emprego em tempos de paz e em tempos de guerra. Portanto, temas como o uso da tecnologia na medicina e nas pesquisas científicas, as normas e padrões de segurança relativas às pessoas e ao meio ambiente, a fabricação e a utilização de combustíveis e a fabricação de armas também são contemplados.

⁷ Cf. artigo 5º, “caput” e incisos II, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXXV, XXXIX e LV, todos da Constituição Federal de 1988.

⁸ A título de exemplo, sem exaurir o tema, conferir: artigo 225, “caput” e parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988, a lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), a resolução Conama 237/97, a lei Complementar 140/2011 e a lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

Portanto, observa-se uma intersecção entre esses três ramos do Direito (Direitos Humanos, Ambiental e Nuclear) em torno de dois valores fundamentais: a proteção da vida das pessoas e da sua dignidade e do meio ambiente – em relação ao último, considerando-se a proteção integrada do ser humano e da natureza.

Esta intersecção permeia as fontes jurídicas brasileiras, sobretudo na jurisprudência. É o famoso caso da importação da carne bovina da Europa, com suspeita de contaminação radioativa em virtude do acidente nuclear de Chernobyl, cuja reexportação pelo Brasil foi proibida. A ação civil pública sobre o tema foi apreciada pelo Tribunal Federal de Recursos, da 4ª Região, cujo relator à época foi o ministro Teori A. Zavasck⁹ que classificou a reexportação uma ofensa ao princípio constitucional das relações internacionais da “prevalência dos direitos humanos”¹⁰, pautando a decisão também com base nos princípios da precaução e da prevenção.

A proposta dos autores neste artigo é abordar a sistematização do regime jurídico da política nuclear brasileira no que diz respeito as medidas de proteção contra acidentes nucleares, com fundamento na intersecção dos ramos dos Direitos Humanos, do Direito Ambiental e do Direito Nuclear. Humanos.

⁹ Cf. ementa do acórdão, proferida no âmbito do Tribunal Federal de Recursos da 4ª Região (Diário de Justiça de 05 de dezembro de 1990), cujo relator foi o ministro Teori A. Zavascki:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO CONSUMIDOR. IMPORTAÇÃO DE CARNE DA EUROPA APÓS O ACIDENTE NA USINA NUCLEAR DE CHERNOBYL. TRANSAÇÃO VISANDO A REEXPORTAÇÃO DO PRODUTO. DÚVIDA, SUSTENTADA POR CORRENTE CIENTÍFICA, A RESPEITO DOS NÍVEIS DE RADIAÇÃO FIXADOS OFICIALMENTE COMO NÃO PREJUDICIAIS À SAÚDE HUMANA.

1. É indisponível, ao Ministério Público Federal, como autor da ação civil pública (Lei nº 7347, de 24.07.85), o direito material objeto do litígio. A saúde pública, direito de todos e dever do Estado (Constituição Federal, art. 196), é bem indisponível, protegido por lei mesmo contra a vontade de seu titular (CPC, arts.320-II, 351 e 333, § único, inc. I). Intransacionabilidade, ademais, decorrente do art. 1035 do Código Civil.
2. Pendente a controvérsia que formou a lide e não dissipada a incerteza quanto à nocividade ou não do produto, a permissão de seu consumo no exterior afrontaria o princípio constitucional de respeito aos direitos humanos (art. 4º, II), bem como os compromissos do Brasil perante a Comunidade das Nações.
3. Transação não homologada. Decisão unânime.
4. Competência da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN para expedir normas sobre segurança e proteção relativa a materiais nucleares outorgada pela Lei nº 6189, de 16.12.74. Resolução CNEN nº 07, de 11.09.86, fixando em 600Bq/kg a margem de radiação admissível em carne destinada ao consumo humano. Níveis idênticos aos fixados pelas autoridades dos países da Comunidade Econômica Européia. Resolução nº 12, de 19.07.88, estabelecendo como de nível zero, para efeitos sanitários, radiação inferior a 60Bq/kg. Legitimidade das normas que não pode, do ponto de vista jurídico, ser contestada com base em corrente científica dissidente.
5. Ausência de prova de qualquer contaminação radioativa em relação à maior parte do produto. Radiação detectada, na parte restante, em níveis aproximados de 1Bq/kg, que tornam o produto apto ao consumo humano, segundo os padrões oficiais estabelecidos pela CNEN e pela Comunidade Econômica Européia.
6. Embargos Infringentes providos. Votos vencidos. (EAC 90.04.09456-3, Turmas Reunidas, Rel. Juiz Teori Albino Zavascki, DJ de 5.12.1990)”.

¹⁰ Cf. artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

1. OS ACIDENTES NUCLEARES

A invenção da energia nuclear e o seu emprego são eventos novos na história da humanidade, caracterizados pela dualidade entre o seu uso benéfico para fins medicinais, por exemplo, e o uso para fins militares. Em ambos os casos, o seu uso requer uma série de procedimentos de segurança, dada a sua alta periculosidade para a vida, a saúde e a dignidade das pessoas e para o meio ambiente.

Os estudos sobre a utilização da energia nuclear são vastos e diversificados, mas a constatação da sua alta periculosidade é unanime, porque um dano nuclear pode advir de um mero acidente, definido nos seguintes termos pelo Direito Internacional: "Acidente nuclear" significa qualquer ocorrência ou sucessão de ocorrências da mesma origem que cause danos nucleares".¹¹

Em tempos de paz, alguns acidentes nucleares já demonstraram os efeitos da radiação a longo prazo, com danos a vida e a saúde das pessoas e ao meio ambiente. Os isótopos de plutônio, produzidos pela atividade das usinas nucleares, como o Pu-239 físsil (utilizado como combustível nuclear), o Pu-240 fértil e o Pu-242 possuem, respectivamente, meias-vidas de 24.000, 6.500 e 37.600 anos¹².

Os acidentes nucleares mais desastrosos, ocorridos em usinas nucleares, são o de *Three Mile Island*, em 28 de março de 1979, nos E.U.A.; o de *Chernobyl*, em 26 de abril de 1986, na Ucrânia; e o da central nuclear de *Fukushima 1*, em 11 de março de 2011, no Japão.

Em tempos de guerra, Ricardo Arnt descreve que uma bomba nuclear "produz cinco eventos destrutivos" numa explosão de um megaton: o primeiro deles é denominado de "radiação nuclear inicial", segundo a qual, no momento da explosão, os efeitos letais atingem pessoas numa área de 10km; o segundo, é quase simultâneo ao primeiro, denominado de "choque eletromagnético", caracterizado por "uma voltagem suficiente para queimar todo equipamento

¹¹ Cf. artigo 1º, alínea "1", da Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares (1963), aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo número 93 de 23 de dezembro de 1992 e promulgada pelo Decreto Executivo número 911 de 03 de setembro de 1993.

¹² Cf. Greenpeace. **O que é Plutônio.** Disponível em: http://www.greenpeace.org/brasil/Global/brasil/report/2007/6/greenpeacebr_050731_nuclear_factsheet_oquee_plutonio_port_v1.pdf. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

Segundo Ricardo Arnt: "A durabilidade da radioatividade é calculada pelas suas meias-vidas, tempo necessário para que uma dada quantidade de uma substância radioativa se dissipe pela metade. Para que a radiação se torne inofensiva são necessários períodos de dissipação de 10 a 20 vezes a meia-vida. Cf. Ricardo Arnt. *O que é política nuclear* (Coleção Primeiros Passos). São Paulo: Abril-Cultural; editora Brasiliense, 1985, p. 15.

elétrico (antenas, fiação, radares fusíveis)” numa imensa área; o terceiro, é o “choque térmico”, caracterizado por rajadas de luz e calor capazes de “causar queimaduras de segundo grau em pessoas desprotegidas a uma distância de 15 quilômetros”¹³; o quarto é a “onda de choque” que é “emitida em todas as direções”, capaz de gerar 240 km² de ruínas, levando-se em conta que num “raio de quatro quilômetros do epicentro – 150 Km² - a destruição seria total”; o quinto evento, caracterizados pela “bola de fogo” e pelo “cogumelo atômico”, segundo o qual a bomba, se explodir em contato com o solo, “abrirá uma cratera de 100m de profundidade por 300m de diâmetro”. Além disso, diversas toneladas de detritos são fundidas com produtos radioativos e “sugados para cima pelo cogumelo atômico”, retornando a terra como “chuva radioativa”¹⁴, contaminando amplas áreas e grandes contingentes (com a possibilidade de 60.000 km² serem inabitáveis durante um mês)¹⁵.

Em face deste imenso efeito destrutivo das armas nucleares, a partir do exemplo dado pela explosão de uma bomba nuclear de um megaton, outro tema torna-se relevante no âmbito dos ordenamentos jurídicos nacionais e do ordenamento jurídico internacional: uma nova modalidade de genocídio, caracterizado pela morte de milhares ou até milhões de pessoas no momento presente da explosão e nos momentos futuros.

Outro aspecto relevante é a estigmatização gerada em torno daqueles que sobreviveram à explosão nuclear ou em torno dos seus descendentes, que contaminados pelos efeitos da radiação tem as suas vidas depreciadas com efeitos diretos sobre a sua dignidade. As bombas de Hiroshima e Nagasaki lançadas pelas forças norte-americanas no Japão ao final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) produziram gerações de vítimas denominadas de “*hibakashu*”, pessoas que na maioria das vezes se casam apenas entre elas, pois aqueles que não pertencem aquele grupo social temem a geração de descendentes com distúrbios genéticos.¹⁶

2. OS PRIMÓRDIOS DA POLÍTICA NUCLEAR BRASILEIRA

A formulação de uma política nuclear brasileira tem início na década de cinquenta do

¹³ Cf. Ricardo Arnt. **O que é política nuclear** (Coleção Primeiros Passos). São Paulo: Abril-Cultural; editora Brasiliense, 1985, pp. 64-65.

¹⁴ Cf. Ricardo Arnt. **O que é política nuclear** (Coleção Primeiros Passos). São Paulo: Abril-Cultural; editora Brasiliense, 1985, p. 65.

¹⁵ Cf. Ricardo Arnt. **O que é política nuclear** (Coleção Primeiros Passos). São Paulo: Abril-Cultural; editora Brasiliense, 1985, p. 68.

¹⁶ Cf. Ricardo Arnt. **O que é política nuclear** (Coleção Primeiros Passos). São Paulo: Abril-Cultural; editora Brasiliense, 1985, p. 60-63.

século XX e nos seus primeiros anos foi permeada por uma disputa entre segmentos sociais e políticos da sociedade brasileira entre a opção pelo desenvolvimento de uma tecnologia nuclear tipicamente nacional ou pela adoção de um modelo dependente de tecnologias estrangeiras. A criação de órgãos, leis e celebração de acordos internacionais pelo Estado Brasileiro até meados da década de setenta revelam esta disputa.

Em 1951, é criado o Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq) a fim de promover uma política nuclear brasileira; cinco anos depois, desmembrada do CNPq, é criada a Comissão Nacional de Energia Nuclear (C.N.E.N.), à época composta por cinco membros, de livre escolha e nomeação pelo Presidente da República;¹⁷ transformando-se, em 1962, em autarquia federal.¹⁸

Em 1955, o Brasil celebra com os Estados Unidos da América o “Acordo de Cooperação para Usos Cíveis de Energia Atômica entre o Governo dos Estados Unidos do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América”, a fim de assegurar a utilização pacífica da energia nuclear, através da construção de reatores de pesquisa; o uso de isótopos radioativos para a pesquisa física e biológica, para a terapia médica, para a agricultura e para a indústria no Brasil¹⁹; cabendo aos E.U.A. o fornecimento de urânio enriquecido.²⁰

Em 1957, o Governo Brasileiro ratifica o Estatuto da Agência Internacional de Energia Atômica (A.I.E.A.),²¹ organização internacional que compõe o Sistema das Nações Unidas, com o objetivo de assegurar o uso pacífico da energia nuclear. Segundo os ensinamentos de Guido Fernando Silva Soares a criação da A.I.E.A. é a consequência de um pensamento da comunidade internacional, na época, de controle parcial dos armamentos nucleares, cujos objetivos são de fundo positivo: “a disseminação de conhecimentos e incentivo à pesquisa sobre utilização pacífica da energia nuclear, de normas de utilização de radioisótopos nas atividades civis, de elaboração de normas de proteção ao trabalhador nas atividades nucleares pacíficas, em colaboração com a OIT e a OMS” ; e de fundo negativo: “controle do espraçamento de materiais físséis ou férteis, advindos de cooperação bilateral entre Estados, em atividades com fins pacíficos, com a

¹⁷ Cf. Decreto Federal 40.110/56.

¹⁸ Cf. Lei Federal número 4.118/62.

¹⁹ Cf. artigo 1º, alíneas “a”, “b” e “c” do “Acordo de Cooperação para Usos Cíveis de Energia Atômica entre o Governo dos Estados Unidos do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (1955)”. Disponível em: http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1955/b_19/. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

²⁰ Cf. artigo 2º, do “Acordo de Cooperação para Usos Cíveis de Energia Atômica entre o Governo dos Estados Unidos do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (1955).”

²¹ Aprovado pelo Decreto Legislativo número 24 de 24 de julho de 1957; e promulgado pelo Decreto número 42.155 de 27 de agosto de 1957.

instituição de mecanismos de salvaguardas e inspeções por funcionários internacionais.”²²

Em abril de 1972, a C.N.E.N. e a empresa americana *Westinghouse Electric Company* assinam um contrato para a construção de reatores de água pressurizada (conhecidos em inglês pela sigla PWR - *pressurized water reactor*), que originou a usina nuclear de Angra 1²³; e em seguida, o Governo Brasileiro e a então Alemanha Ocidental celebram o “Acordo sobre Cooperação no Campo dos Usos Pacíficos da Energia Nuclear Brasil-República Federal da Alemanha” (Bonn), em 27 de junho de 1975²⁴, para a construção das usinas nucleares de Angra 2 e 3.

Os acordos foram defendidos pelo Governo Brasileiro como estratégia de superação da crise energética gerada em face do acelerado crescimento econômico do Brasil nos últimos anos e da crise do petróleo de 1973, decorrente do elevado aumento do seu preço no mercado internacional. Consequentemente, o Governo Brasileiro optou pela utilização de centrais nucleoeletricas – complexos de produção de energia que articulam os recursos hídricos e a energia nuclear – baseado nas premissas de oferta de preços acessíveis ao mercado, na utilização de tecnologia segura e rentável e na garantia do abastecimento de energia ao mercado consumidor.²⁵ Logicamente, devem ser consideradas as questões geopolíticas e estratégico-militares que permitiriam ao Brasil ocupar um papel de relevância entre as grandes potências mundiais, pois poucos países naquela época possuíam o domínio completo da tecnologia nuclear.

Ambos os acordos foram duramente criticados por segmentos sociais e políticos nacionais e internacionais na década de setenta por razões distintas: a opção pelo modelo norte-americano era considerada de alto custo para a importação de uma tecnologia nuclear incompleta, pois não contemplava as etapas de enriquecimento do urânio e do processamento de combustível; a opção pelo modelo alemão sofreu forte oposição do governo norte-americano, que era contra a transferência de uma energia nuclear mais completa, que envolvia “o enriquecimento de urânio e

²² Cf. Guido Fernando Silva Soares. “A Guerra e o Direito Nuclear”, p. 356. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67021/69631>. Acesso em: 17 de outubro de 2015.

²³ Em seguida, em 17 de julho de 1972, é celebrado o “Acordo de Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América Referente aos Usos Cíveis da Energia Atômica (Washington, 1972)”, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo número 72, de 14 de setembro de 1972 e promulgado pelo Decreto Executivo número 71.207 de 05 de outubro de 1972.

²⁴ Aprovado no Brasil, nos termos do Decreto Legislativo número 85 de 20 de outubro de 1975 e promulgado pelo Decreto Executivo número 76.695 de 01 de dezembro de 1975.

²⁵ Cf. República Federativa do Brasil. **O Programa Nuclear Brasileiro**. Brasília: março de 1977. Disponível em: <http://memoria.cnen.gov.br/Doc/pdf/cronologia/B0000003.pdf>. Acesso em: 12 de outubro de 2015, pp. 08-11.

serviços de enriquecimento; produção de elementos combustíveis e reprocessamento de combustíveis irradiados”²⁶.

Alguns segmentos da sociedade brasileira, em especial a comunidade científica, eram contra ambos os acordos, pois argumentavam que o Brasil possuía condições científicas e tecnológicas, com custos menores aos previstos nos acordos, para desenvolverem uma tecnologia nuclear própria.

Além disso, o Brasil não era signatário do “Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares (1968)” (TNP), atemorizando a comunidade internacional de que a importação da tecnologia alemã permitiria ao governo o desenvolvimento de armas nucleares. Tal situação, levou os governos brasileiro e alemão a celebrarem o “Acordo Entre o Governo da República Federativa do Brasil, o Governo da República Federal da Alemanha e a Agência Internacional de Energia Atômica para a Aplicação de Salvaguardas”, em fevereiro de 1976, para dar segurança ao “material nuclear fornecido, transferido ou produzido” no âmbito do acordo Brasil-Alemanha Ocidental.²⁷ As salvaguardas são medidas diversas, sob a competência da A.I.E.A., que visam assegurar a implementação de programas pacíficos de uso da energia nuclear, tais como, a contabilidade e o controle do uso de determinados materiais nucleares e das atividades nucleares, o monitoramento, as inspeções e as visitas técnicas.

3. A POLÍTICA NUCLEAR BRASILEIRA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a política nuclear brasileira foi constitucionalizada, isto é, a partir de então recebeu uma caracterização dada pelos princípios e pelas normas constitucionais, que demonstram a sua relevância como política pública de interesse nacional. Vejamos.

3.1. A competência da União relativa às atividades nucleares

A Constituição Federal de 1988 disciplina as competências federativas entre os artigos 21 a

²⁶ Cf. artigo 1º, item 01, do “Acordo sobre Cooperação no Campo dos Usos Pacíficos da Energia Nuclear Brasil-República Federal da Alemanha (1975)”.

²⁷ Cf. parágrafo terceiro do Preâmbulo e artigos 14 a 21 do “Acordo Entre o Governo da República Federativa do Brasil, o Governo da República Federal da Alemanha e a Agência Internacional de Energia Atômica para a Aplicação de Salvaguardas (1976)”.

33, que podem ser classificadas em competências federativas legislativas, que contempla os temas que podem ser objeto da capacidade legiferante dos entes federados; e em competências federativas materiais, que contempla temas que podem ser objetivo da ação administrativa ou de execução dos entes federados.

A Constituição Federal de 1988 outorga à União a competência exclusiva para legislar sobre “atividades nucleares de qualquer natureza”²⁸.

No âmbito das competências federativas materiais, a Carta Magna outorga à União o monopólio sobre as atividades nucleares, nos termos do artigo 21, inciso XXIII: “explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados [...]”, admitindo-se a permissão apenas para a “[...] comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais” e “[...] a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas.”²⁹

Em relação às competências, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 329-1 (1), declarou inconstitucional o artigo 185 da Constituição do Estado de Santa Catarina, que subordinava a construção de instalações industriais para a produção de energia nuclear à aprovação da Assembleia Legislativa do Estado e posterior aprovação por plebiscito.³⁰

Com a aprovação da emenda constitucional nº 49/2006, a previsão constitucional da outorga de permissão das atividades medicinais, agrícolas e industriais a particulares tem como objetivo a utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para agilizar o desenvolvimento de

²⁸ Cf. artigo 22, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988.

²⁹ Cf. (1) artigo 21, inciso XXIII, alíneas “b” e “c” da Constituição Federal de 1988.

(2) Radioisótopo é um isótopo com o mesmo número de átomos e distintos números de massa. Os radioisótopos podem ser sintéticos (p. ex., Carbono 14, embora encontrado na natureza também); ou naturais (p. ex., Carbono 12). Alguns são radioativos, outros não: o isótopo de Hidrogênio com massa 1 não é radioativo; o isótopo de Hidrogênio com massa 2 é radioativo e serve de base para a bomba de hidrogênio. O radioisótopo possui diversas aplicações entre elas no campo arqueológico (carbono 14) para a datação de bens fósseis.

³⁰ Cf. a ementa do acórdão proferido na ADIN 329, pelo Supremo Tribunal Federal (data da publicação no DJ: 28 de abril 2004), cuja relatora foi a Ministra Ellen Gracie: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ART. 185. ENERGIA NUCLEAR. ARGUMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO DE CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, QUE SUBORDINA A CONSTRUÇÃO, NO RESPECTIVO TERRITÓRIO, DE INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS PARA PRODUÇÃO DE ENERGIA NUCLEAR À AUTORIZAÇÃO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA, RATIFICADA POR PLEBISCITO. ALEGAÇÃO DE OFENSA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (CF, ART. 21, XXIII).” (Relatora Ministra Ellen Gracie; Requerente: Procurador-Geral da República; requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina). Decisão publicada no Diário Oficial da União (seção 01, página 01) de 17 de junho de 2004.

atividades dos centros médicos. Assim, no campo da medicina, criam-se condições para que diversas indústrias e laboratórios possam fornecer aos hospitais os radioisótopos de meia-vida curta, empregados em aparelhos de tomografia adequados para o diagnóstico do câncer e de outras doenças, a exemplo do Flúor 18.³¹

3.2 A finalidade pacífica das atividades nucleares

A Constituição Federal de 1988 prevê que toda atividade nuclear praticada em território brasileiro deve possuir fins pacíficos.³² Aliás, o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que obrigam o exercício pacífico de atividades nucleares, inclusive em territórios que não lhe pertencem.

O Tratado da Antártida (1959) inicialmente celebrado entre África do Sul, Argentina, Austrália, Bélgica, Chile, Estados Unidos da América (EUA) França, Japão, Nova Zelândia, Noruega, Reino Unido e ex-URSS (atualmente Federação Russa)³³ obriga, entre os signatários, a utilização da Antártida para fins pacíficos³⁴, ao proibir a realização de "explosões nucleares" e o lançamento de lixo ou "resíduos radioativos" naquele continente;³⁵ o "Tratado sobre os Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, Inclusive a Lua e demais Corpos Celestes (1967)"³⁶ proíbe os Estados Signatários de colocarem em órbita "objeto portador de armas nucleares"³⁷ e a "Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (1982)"³⁸ prevê que a "área e os seus recursos" integram o "patrimônio comum da humanidade"³⁹ devendo ser a sua utilização exclusiva para fins pacíficos⁴⁰.

³¹ Cf. Tarcísio Passos Ribeiro Campos; Ana Célia Passos Pereira Campos. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. "O Uso das Radiações e Radioisótopos no Brasil: uma interface entre o Direito e a Energia Nuclear", pp. 417-422.

³² Cf. artigo 21, inciso XXIII, alínea "a" da Constituição Federal de 1988.

³³ No Brasil, foi aprovado pelo Decreto Legislativo número 56 de 29 de junho de 1975 e promulgado pelo Decreto Executivo número 75.963 de 11 de julho de 1975.

³⁴ Cf. parágrafo segundo do preâmbulo do Tratado da Antártida (1959).

³⁵ Cf. artigo 5º, parágrafos primeiro e segundo; e artigo 10º, do Tratado da Antártida (1959).

³⁶ No Brasil, foi promulgado pelo Decreto número 64.362 de 17 de abril de 1969 e promulgado pelo Decreto Executivo número 64.362 de 17 de abril de 1969.

³⁷ Cf. artigo 4º do "Tratado sobre os Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, Inclusive a Lua e demais Corpos Celestes (1967)."

³⁸ No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo número 05 de 09 de novembro de 1987 e promulgada pelo Decreto Executivo número 1.530 de 22 de junho de 1995.

³⁹ Cf. artigo 136 da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (1982).

⁴⁰ Cf. artigo 141 da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (1982).

O Brasil é signatário de acordos exclusivos de proscrição de armas nucleares, tais como o “Tratado para a Proscrição das Armas Nucleares na América Latina e no Caribe” (ou Tratado de Tlatelolco, 1967)⁴¹ e o “Tratado sobre a Não-Proliferação de Armas Nucleares (1968)”⁴².

3.3. A responsabilidade civil da pessoa por danos nucleares

No Direito Brasileiro, o tema da responsabilidade civil por danos nucleares é disciplinado inicialmente pela Lei 6.453/77. Em 1993, o Governo Brasileiro ratifica a “Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares (1963)”⁴³, cujo conceito abrange danos às vidas humanas. Portanto, dano nuclear compreende:

- i) a perda de vidas humanas, as lesões corporais e os danos e prejuízos materiais produzidos como resultado direto ou indireto das propriedades radioativas ou de sua combinação com as propriedades tóxicas, explosivas ou outras propriedades perigosas dos combustíveis nucleares procedentes ou originários dela ou a ela enviados;
- ii) os demais danos ou prejuízos causados ou produzidos desta maneira, se assim o dispuser a legislação do tribunal competente;
- iii) se assim o dispuser a legislação do Estado da Instalação, a perda de vidas humanas, as lesões corporais e os danos e prejuízos materiais que se produzem como resultado direto ou indireto de outras radiações ionizantes, que emanem de qualquer outra fonte de radiações situada numa instalação nuclear.⁴⁴

O conceito exposto acima parece-nos mais abrangente daquele previsto na Lei 6.453/77, cujo conceito é:

[...] o dano pessoal ou material produzido como resultado direto ou indireto das propriedades radioativas, da sua combinação com as propriedades tóxicas ou com outras características dos materiais nucleares, que se encontrem em instalação nuclear, ou dela procedentes ou a ela enviados⁴⁵.

O artigo 21 da Constituição Federal prevê que compete exclusivamente a União “explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza”⁴⁶, e as atividades nucleares em geral,

⁴¹ Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo número 50 de 30 de novembro de 1967 e promulgado pelo Decreto Executivo número 1.246 de 16 de setembro de 1994.

⁴² Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo número 65 de 02 de julho de 1998 e promulgado pelo Decreto Executivo 2.864 de 07 de dezembro de 1998.

⁴³ Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo número 93 de 23 de dezembro de 1992 e promulgada pelo Decreto Executivo número 911 de 03 de setembro de 1993.

⁴⁴ Cf. artigo 1º, alínea “k”, itens “i”, “ii” e “iii”, da “Convenção de Viena sobre a Responsabilidade Civil por Danos Nucleares (1963)”.

⁴⁵ Cf. artigo 1º, inciso VII, da Lei 6.453/77.

⁴⁶ Cf. artigo 21, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988.

com a possibilidade de outorga de permissão aos particulares para o exercício das atividades previstas nas alíneas “b” e “c”, do inciso XXIII do artigo mencionado. Portanto respondem (o Poder Público e os permissionários) civilmente pelos danos nucleares independentes da existência de culpa.⁴⁷

O dispositivo constitucional em apreço nos permite concluir a adoção da responsabilidade civil objetiva por danos nucleares. Entre as diversas teorias sobre o tema, podemos descrever as seguintes espécies daquele gênero: a primeira refere-se a responsabilidade objetiva do risco criado, que admite a exclusão da responsabilidade nos casos de força maior (hipótese de evento que ocorre de forma alheia e imprevista a vontade do responsável pela atividade), causa maior (hipótese de eventos provocados pela natureza, a exemplo de furacões ou terremotos) e em virtude de culpa exclusiva da ação de outra pessoa que não seja o responsável pela atividade. Assim, temos uma responsabilidade objetiva relativizada. A segunda, denomina-se responsabilidade objetiva pelo risco integral, isto é, não se admitem hipóteses de exclusão da responsabilidade do agente em razão de atividades que estão sob a sua responsabilidade. Em suma, trata-se de uma responsabilidade objetiva absoluta.

Como já observamos, a matéria pertinente ao Direito Nuclear possui interfaces com os Direitos Humanos e com o Direito Ambiental, o que nos leva a concluir que a responsabilidade civil objetiva pelos danos nucleares, adotada pela Constituição Federal de 1988, é a do risco integral, caracterizada pelo risco da atividade, ou seja, independentemente de dolo ou culpa, o sujeito que exerce a atividade é responsável pelo dano, mesmo que a referida atividade seja lícita.⁴⁸

Neste sentido, cremos que o artigo 8º da Lei 6.453/77 é inconstitucional, pois admite hipóteses de exclusão de responsabilidade “do operador da instalação nuclear” – a pessoa jurídica responsável pela operação da instalação nuclear – em decorrência de dano: existência de “conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza”; assim como, o artigo 9º, que prevê um limite indenizatório em caso de dano nuclear, hipótese que também não encontra amparo constitucional.

⁴⁷ Cf. artigo 21, inciso XXIII, alínea “d”, da Constituição Federal de 1988. Esta regra foi introduzida por força da emenda constitucional 49/2006.

⁴⁸ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1006.

3.3.1 A ocorrência do dano na instalação nuclear

No que diz respeito às hipóteses de exclusão de responsabilidade de dano na instalação nuclear, por força contratual, prevista na Lei 6.453/77, sustentamos que as hipóteses do artigo 4º não são absolutas, pois o posicionamento majoritário de alguns tribunais é pela adoção da responsabilidade civil solidária em caso de dano ambiental⁴⁹.

As hipóteses da responsabilidade e da exclusão do “operador” resumidamente são as seguintes:

3.3.2. A ocorrência de dano de material nuclear procedente da instalação nuclear “(...) antes que o operador da instalação nuclear a que se destina tenha assumido, por contrato escrito, a responsabilidade por acidentes nucleares causados pelo material; ou (...) na falta de contrato, antes que o operador da outra instalação nuclear haja assumido efetivamente o encargo do material” (grifos não originais)⁵⁰;

3.3.3. A ocorrência de dano de material nuclear enviado à instalação nuclear “(...) depois que a responsabilidade por acidente provocado pelo material lhe houver sido transferida, por contrato escrito, pelo operador da outra instalação nuclear; ou “(...) na falta de contrato, depois que o operador da instalação nuclear houver assumido efetivamente o encargo do material a ele enviado” (grifos não originais)⁵¹.

3.4 A responsabilidade penal da pessoa em atividades nucleares

A Lei 6.453/77 contém diversos tipos penais que conferem a ilicitude de determinados comportamentos no campo nuclear: a produção, o processamento, o fornecimento ou o uso de material nuclear, sem a autorização legal devida ou para finalidades diversas daquelas previstas em lei⁵²; a operação da instalação nuclear pelo responsável, sem a devida autorização⁵³; a posse, a aquisição, a transferência, o transporte, a guarda ou o porte de material nuclear, sem a devida

⁴⁹ Cf. os seguintes julgados recentes: R.E. 679676 AgR/PR – Paraná. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. Julgamento: 19/02/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal; AgRg no AREsp 616105 (ACÓRDÃO) do Superior Tribunal de Justiça. Ministro: Marco Aurélio Bellizze. DJe 25/02/2015. Decisão: 10/02/2015 e; AgRg no AREsp 432409 (ACÓRDÃO) do Superior Tribunal de Justiça. Ministro Herman Benjamin. DJe 19/03/2014. Decisão: 25/02/2014.

⁵⁰ Cf. artigo 4º, inciso II, alíneas “a” e “b” da Lei 6.453/77.

⁵¹ Cf. artigo 4º, inciso III, alíneas “a” e “b” da Lei 6.453/77.

⁵² Cf. artigo 20 da Lei 6.453/77.

⁵³ Cf. artigo 21 da Lei 6.453/77.

autorização⁵⁴; o fornecimento ilícito de informações sigilosas, relativas à energia nuclear⁵⁵; a extração, o benefício ou o comércio ilegal de minério nuclear⁵⁶; a exportação ou a importação de material nuclear, minérios e os seus concentrados, minérios “de interesse para a energia nuclear e minérios e concentrados que contenham elementos nucleares”⁵⁷; a não observância das normas de segurança ou “de proteção relativas à instalação nuclear ou ao uso, transporte, posse e guarda de material nuclear, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem”⁵⁸; a prática de atos que visam “impedir ou dificultar o funcionamento de instalação nuclear ou o transporte de material nuclear”⁵⁹.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 os tipos penais pertinentes às atividades nucleares, previstos na Lei 6.453/77, devem ser interpretados integradamente com toda a legislação ambiental.⁶⁰

Consequentemente, em relação às condutas relativas às atividades nucleares poderão incidir os tipos penais previstos na Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), pois aquelas atividades poderão ameaçar o “meio ambiente ecologicamente equilibrado”: crime de poluição⁶¹; crimes relativos a exploração mineral⁶²; uso de produto ou substância tóxica nociva à saúde humana ou ao meio ambiente⁶³; manutenção de estabelecimento potencialmente poluidor⁶⁴; concessão irregular de licença, autorização ou permissão⁶⁵ e apresentação de dados falsos em licenciamento ambiental⁶⁶, entre outros.

Ainda sobre a responsabilidade penal, aplicam-se as próprias disposições do Código Penal, em particular os crimes contra a vida e de lesão corporal.⁶⁷

⁵⁴ Cf. artigo 22 da Lei 6.453/77.

⁵⁵ Cf. artigo 23 da Lei 6.453/77.

⁵⁶ Cf. artigo 24 da Lei 6.453/77.

⁵⁷ Cf. artigo 25 da Lei 6.453/77.

⁵⁸ Cf. artigo 26 da Lei 6.453/77.

⁵⁹ Cf. artigo 27 da Lei 6.453/77.

⁶⁰ Cf. artigo 225, parágrafo terceiro, da Constituição Federal de 1988.

⁶¹ Cf. artigo 54 da Lei 9.605/98.

⁶² Cf. artigo 55 da Lei 9.605/98.

⁶³ Cf. artigo 56 da Lei 9.605/98.

⁶⁴ Cf. artigo 60 da Lei 9.605/98.

⁶⁵ Cf. artigo 67 da Lei 9.605/98.

⁶⁶ Cf. artigo 69-A da Lei 9.605/98.

⁶⁷ Cf. artigo 121 e ss.; e artigo 129 e ss., do Código Penal.

3.5 A autorização para as atividades nucleares

A Constituição Federal prevê a necessidade da aprovação pelo Congresso Nacional das atividades relativas à energia nuclear.⁶⁸

Esta regra é importante porque assegura maior participação dos segmentos sociais brasileiros nas decisões pertinentes a uma atividade extremamente importante sob diversos aspectos, inclusive sobre a proteção da vida e da saúde humana.

3.6 O regime de Direito Ambiental e as atividades nucleares

Um aspecto relevante previsto na Constituição Federal é a exigência de lei federal para definir a localização da usina nuclear, inserida aquela exigência no capítulo do meio ambiente⁶⁹. Tal situação parece-nos que estabelece a condicionante de que a lei federal deverá ser aprovada conforme o regime jurídico de Direito Ambiental, instituído pela Constituição Federal.

Por outro lado, as atividades nucleares advindas das usinas, bem como, quaisquer outras, submetem-se ao regime jurídico ambiental e consequentemente às suas normas e princípios, a exemplo dos direitos e obrigações entre gerações, do princípio da precaução e da prevenção, bem como, o princípio da informação, pois tais atividades estão intimamente ligadas a manutenção do “meio ambiente ecologicamente equilibrado”.⁷⁰

Portanto, aplicam-se às atividades nucleares a legislação ambiental no que couber, em especial a Lei 6.938/81, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente; e a Lei Complementar 140/2011, que regula a competência administrativa comum entre os entes federados no campo ambiental – especificamente os incisos III, VI e VII, e o parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal de 1988.

As atividades nucleares e os empreendimentos sujeitam-se ao licenciamento ambiental: “[...] destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen).”⁷¹

⁶⁸ Cf. artigo 21, inciso XXIII, alínea “a”; e artigo 49, inciso XIV, da Constituição Federal de 1988.

⁶⁹ Cf. artigo 225, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988.

⁷⁰ Cf. artigo 225, “caput”, e parágrafo primeiro, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

⁷¹ Cf. artigo 7º, inciso XIV, alínea “g” da Lei Complementar 140/2011.

Nos termos da Lei 140/2011 o licenciamento ambiental é: “[...] o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.”⁷²

No que diz respeito às atividades nucleares, cabe destacar o “Licenciamento de Operadores de Reatores Nucleares” destinado a selecionar pessoas que são designadas por organização operadora de reator nuclear para manipular os mecanismos que possam afetar diretamente a reatividade ou o “nível de potência do reator”;⁷³ e o “Licenciamento de Instalações Nucleares”, cujo campo de aplicação compreende as atividades relacionadas com a localização, construção e operação de instalações nucleares⁷⁴ - operação inicial e operação permanente, que compreende as questões de segurança e plano de emergência.

4. O ACIDENTE RADIOLÓGICO DE GOIÂNIA (ACIDENTE RADIOLÓGICO DO CÉSIO 137)

Neste artigo cabe destacar o acidente radiológico de Goiânia, ocorrido em 13 de setembro de 1987. O famoso acidente teve início quando dois catadores de lixo encontraram um aparelho utilizado em radioterapias, dentro de uma clínica abandonada, e, ao considerá-lo como sucata, desmontaram o aparelho e tiveram contato com a cápsula de césio-137 no seu interior, que foi repassada a terceiros gerando graves danos a centenas de pessoas.

Segundo a sentença, proferida nos autos da Ação Civil Pública, que tramitou na 8ª Vara Federal de Goiás⁷⁵ o “(...) o acidente radiológico gerou a contaminação de vários locais nesta Capital, obrigando a mobilização de centenas de técnicos e agentes públicos, que procederam,

⁷² Cf. artigo 2º, inciso I, da Lei Complementar 140/2011.

⁷³ Cf. artigos 2º e 3º da Norma C.N.E.N. NN 1.01; e artigo 4º, inciso IV, da Resolução CONAMA 237/97.

⁷⁴ Cf. Norma C.N.E.N. NE 1.04; e artigo 4º, inciso IV, da Resolução CONAMA 237/97.

⁷⁵ (1) Lembramos que outras ações foram propostas pelos envolvidos no acidente nuclear do Césio 137, por razões diversas e que tramitaram em diversos tribunais e instâncias. Entretanto, a ênfase foi dada a ação civil pública mencionada por tratar do tema do acidente em relação aos temas ambientais, objeto deste artigo.

(2) Cf. ementa da sentença proferida no âmbito do processo número 988505-4 (data do julgamento: 17/03/2000), que tramitou na 8ª Vara da Justiça Federal do Estado de Goiás:

“PODER JUDICIÁRIO – JUSTIÇA FEDERAL – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS – 8ª VARA - PROCESSO 958505-4 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: UNIÃO FEDERAL, CNEN - COMISSÃO NACIONAL DE ENERGIA NUCLEAR, ESTADO DE GOIÁS, IPASGO - INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL DO ESTADO DE GOIÁS, CARLOS DE FIGUEIREDO BEZERRIL, CRISEIDE CASTRO DOURADO, ORLANDO ALVES TEIXEIRA, FLAMARION BARBOSA GOULART e AMAURILLO MONTEIRO DE OLIVEIRA.”

entre outras providências, à evacuação de casas e à medição individual de dezenas de milhares de pessoas”; acarretando a necessidade da “[...] coleta de 14 toneladas de material radioativo, hoje armazenadas em depósito especial erguido em Abadia de Goiás-GO”.

Ainda em relação ao caso deve-se mencionar: a) a morte de 04 pessoas; b) a contaminação de 57 pessoas “[...] com maior grau de contaminação interna e externa, com queimaduras de pele e radiodermites”; c) a contaminação de 50 pessoas “[...] porém sem queimaduras de pele ou radiodermites”; e d) o necessário acompanhamento anual de 514 pessoas apresentadas “[...] com dosimetria baixa ou não detectada”, ou seja os familiares das vítimas inseridas nas classificações acima mencionadas e os profissionais [...]que trabalharam no acidente e funcionários da Vigilância Sanitária Estadual.”

Na sentença, resumidamente, foram estabelecidas as seguintes responsabilidades a respeito das pessoas físicas e jurídicas a seguir: a) a condenação da C.N.E.N., pelo fato de que o “acidente decorreu de falhas” na implementação do seu poder de fiscalização a respeito da utilização de radioisótopos, com fundamento nos artigos 14, parágrafo primeiro da Lei 6.938/81 e no artigo 1.518 do Código Civil Brasileiro. Consequentemente, o C.N.E.N. foi obrigado a pagar uma indenização de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos e a diversas obrigações de fazer relativas a assistência médico-hospitalar a ser prestada às vítimas⁷⁶; b) a condenação do Instituto de Previdência e Assistência Social do Estado de Goiás (IPASGO) de pagamento de indenização no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, pela omissão do dever de vigilância, por não constatar a existência do aparelho radiológico – que continha o Césio 137 - em imóvel de sua propriedade: “Nada obstante, independentemente desse esclarecimento, deduz-se aqui a negligência do IPASGO na verificação do estado das instalações e na vigilância de sua propriedade, ainda que em ruínas. O IPASGO, mesmo não sendo o responsável pelo abandono da bomba de Césio em seu imóvel, foi primeiramente negligente ao não constatar o fato, novamente omitido ao não comunicá-lo à CNEN ou às autoridades sanitárias, e ainda incorreu em descuido objetivo ao não providenciar a adequada vigilância do prédio”⁷⁷ e; c) dois réus, um físico, responsável técnico pela manipulação do aparelho radiológico, pela constatação de “atuação profissional negligente”, e outro, ex-sócio da empresa proprietária do prédio, Instituto Goiano de Radioterapia (IGR), anterior ao IPASGO, ao

⁷⁶ Cf. alíneas “E”, “E1”, “E2”, “E3” , “E4”, “E5”, “E6” e “E7” da sentença.

⁷⁷ Cf. alínea “F” da sentença.

mandar “retirar as portas, as janelas e o telhado, deixando-o completamente em ruínas”, sem tomar providências para a retirada do aparelho radiológico, que continha o Césio 137. Ambos foram condenados a uma indenização de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) cada que devem ser revertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.⁷⁸

Em relação a sentença cabe destacar a decisão pela improcedência da responsabilidade da União Federal.⁷⁹

Posteriormente, a matéria fora objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao apreciar recurso especial, cujo acórdão estendeu a União e ao Estado Goiás a responsabilidade também pelo dano, provocado pelo acidente.⁸⁰ Conforme a decisão do STJ conclui-se claramente pela adoção da responsabilidade objetiva solidária pelo risco integral, pois até na hipótese de “força maior” a União e o Estado de Goiás também seriam responsabilizados pelo acidente, como se depreende deste excerto do voto proferido pelo Ministro Herman Benjamin:

As atividades nucleares importam em perigos tão grandes e consequências danosas tão imprevisíveis que as convenções e as legislações abandonaram por completo, na definição da responsabilidade, o dogma da culpa e, numa demonstração da correlação existente entre responsabilidade objetiva e perigo, abraçaram esse sistema, com uma expressão ainda mais rígida, não admitindo sequer a

⁷⁸ Cf. alínea “F” da sentença.

⁷⁹ Cf. alíneas “B”, “C” e “D” da sentença.

⁸⁰ Cf. a ementa do acórdão proferido no âmbito do Recurso Especial número 1.180.888/GO (2010/0030720-3) (data do julgamento: 17 de junho de 2010), que tramitou no Superior Tribunal de Justiça, cujo relator foi o Ministro Herman Benjamin:

“ADMINISTRATIVO. DIREITO NUCLEAR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE RADIOATIVO EM GOIÂNIA. CÉSIU 137. ABANDONO DO APARELHO DE RADIOTERAPIA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO E VIGILÂNCIA SANITÁRIO-AMBIENTAL DE ATIVIDADES COM APARELHOS RADIOATIVOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO E DOS ESTADOS. LEGITIMIDADE PASSIVA.

1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social.
2. O art. 8º do Decreto 81.394/1975, que regulamenta a Lei 6.229/1975, atribuiu ao Ministério da Saúde competência para desenvolver programas de vigilância sanitária dos locais, instalações, equipamentos e agentes que utilizem aparelhos de radiodiagnóstico e radioterapia.
3. Cabe à União desenvolver programas de inspeção sanitária dos equipamentos de radioterapia, o que teria possibilitado a retirada, de maneira segura, da cápsula de Césio 137, que ocasionou a tragédia ocorrida em Goiânia em 1987.
4. Em matéria de atividade nuclear e radioativa, a fiscalização sanitário-ambiental é concorrente entre a União e os Estados, acarretando responsabilização solidária, na hipótese de falha de seu exercício.
5. Não fosse pela ausência de comunicação do Departamento de Instalações e Materiais Nucleares (que integra a estrutura da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN, órgão federal) à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, o grave acidente que vitimou tantas pessoas inocentes e pobres não teria ocorrido. Constatação do Tribunal de origem que não pode ser reapreciada no STJ, sob pena de violação da Súmula 7.
6. Aplica-se a responsabilidade civil objetiva e solidária aos acidentes nucleares e radiológicos, que se equiparam para fins de vigilância sanitário-ambiental.
7. A controvérsia foi solucionada estritamente à luz de violação do Direito Federal, a saber, pela exegese dos arts. 1º, I, “j”, da Lei 6.229/1975; 8º do Decreto 81.384/1978; e 4º da Lei 9.425/96.
8. Recurso Especial não provido”.

excludente de força maior [...]. (Rui Stoco, Tratado de Responsabilidade Civil, 7ª ed. rev., atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 452 e ss.).

Em relação ao mesmo acidente houve processo penal, que estabeleceu a condenação de quatro sócios e ex-sócios da empresa IGR, antiga proprietária do imóvel, onde se localizava o aparelho radiológico e do físico, responsável pela supervisão das atividades decorrentes daquele aparelho, por homicídio culposo.⁸¹

CONCLUSÕES

Em face de toda a exposição feita neste artigo, sintetizamos a nossa conclusão nos seguintes termos:

1. A instituição da política nuclear brasileira tem início na década de cinquenta do século XX, com a criação do Comitê Nacional de Energia Nuclear (C.N.E.N.).
2. Durante os anos setenta, a construção de centrais elétrico-nucleares (Angras I, II e III) foi o ponto forte da política nuclear brasileira, mediante a aprovação de acordos internacionais celebrados com os E.U.A. e com a ex-Alemanha Ocidental.
3. Com a instituição da Política Nacional do Meio Ambiente, mediante a aprovação da Lei

⁸¹ Cf. a ementa do acórdão proferido no âmbito da Apelação Criminal nº 93.01.03115-9/GO (acórdão publicado no Diário de Justiça da União em 17 de agosto de 1995), que tramitou na 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª região, cujo relator foi o juiz Olindo Menezes:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSOS. OMISSÃO COMO CAUSA DE CRIME. CONCURSO FORMAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. FIXAÇÃO DA PENA. REFERÊNCIA GENÉRICA AOS CRITÉRIOS DO ART 59 - CP. CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO. MAJORACÃO DA PENA ALÉM DO MÁXIMO LEGALMENTE PREVISTO PARA O CRIME. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. HIPÓTESE FACULTATIVA. 1- O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa, entendida esta como a ação ou omissão sem a qual o resultado não tenha ocorrido. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, seja por força de lei, seja por ter criado o risco da sua ocorrência (arts. 13 e parág. 2º - CP). 2 - E responsável penalmente, a título de crime culposo, o profissional (médico e físico hospitalar) que, atuando no ramo da medicina nuclear, e ciente dos riscos dos equipamentos operados nessa atividade (clínica de radioterapia), resolve deixar equipamento radiológico em prédio abandonado, sem comunicação aos órgãos competentes, com isso ensejando a sua manipulação por pessoas do povo (comerciantes de ferro velho) e a sua contaminação por material radioativo (Césio-137), causando-lhes graves danos - mortes e lesões corporais. 3 - A pretensão punitiva do crime de lesão corporal culposa prescreve em quatro anos (art. 109, V - CP), impondo-se o seu reconhecimento, até mesmo de ofício. O interesse do acusado no seu reconhecimento persiste ainda que, na fixação da pena pelo concurso formal com o homicídio culposo, não tenha a lesão sido levada em consideração. 4 - A fundamentação da individualização da pena-base não resulta satisfeita com a menção genérica aos critérios do art. 59 - CP. Todavia, não se aconselha a proclamação da nulidade quando a sentença, mesmo fazendo a remissão genérica, permite identificar os dados objetivos e subjetivos que a eles (aos critérios) se adequariam, no caso concreto, em desfavor do condenado (STF- HC. 751-2/RJ). 5 - As causas especiais de aumento, diversamente das agravantes, podem elevar a pena acima do máximo legal cominado ao crime. A substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos não é obrigatória nos crimes culposos com pena aplicada igual ou superior a um ano (art. 44 parág. único - CP), sobretudo quando prejudicial ao condenado, pela proibição do exercício da sua profissão. 6 - Provimento parcial das apelações.”(3ª Turma, Apelação Criminal nº 93.01.03115-9/GO, Rel. Juiz OLINDO MENEZES, DJU de 17/08/1995, p. 51.646 - cópia as fls. 5.662/5.646).”

6.938/81, a política nuclear passa a integrar paulatinamente a política ambiental brasileira. Esta integração é reforçada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em especial no que diz respeito ao capítulo do meio ambiente, disciplinado pelo artigo 225.

4. Consequentemente, ao ser constitucionalizada, a política nuclear brasileira deixa de ser uma política pública exclusivamente energética para se constituir numa política pública mais ampla, integrada a diversos valores amparados pelo nosso ordenamento jurídico.

5. Neste sentido, o acidente nuclear e o dano são interpretados no âmbito jurídico, sob a ótica dos Direitos Humanos e do Direito Ambiental, pois a Constituição Federal de 1988, conforme as tendências mais modernas do Direito Internacional, integra os valores de proteção à vida e à dignidade das pessoas e de proteção ao meio ambiente. Esta integração permeia, por consequência, a produção das fontes jurídicas sobre o Direito Nuclear, sobretudo na jurisprudência.

6. Em relação a sentença proferida pela 8ª Vara da Justiça Federal de Goiás decorrente da ação civil pública para apurar as responsabilidades pelo acidente do Césio 137, conclui-se que o juiz, no mérito, amparou-se no artigo 3º, incisos I a IV, e 14, parágrafo primeiro, da Lei 6.931/81, para fundamentar os conceitos de poluição, dano, nexo causal e responsabilidades em relação ao meio ambiente degradado por aquele acidente nuclear, e em relação ao C.N.E.N. estabeleceu diversas obrigações de auxílio e acompanhamento médico-hospitalar às vítimas, numa clara alusão a proteção das suas vidas e a sua dignidade.

7. Em relação ao acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2010, confirmou-se que o acidente e o dano nuclear gerado é de caráter ambiental também, e consequentemente sujeita os agentes a responsabilidade objetiva solidária, inclusive para fundamentar a responsabilidade da União e do Estado de Goiás, com base nos artigos 37, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988 e nos termos do artigo 14, parágrafo primeiro da Lei 6.939/81.

8. No âmbito da responsabilidade penal, as decisões se basearam nos crimes previstos no Código Penal (homicídio e lesões corporais) sem referência a Lei 6.453/77 ou a Lei 6.905/08. A primeira, talvez pelo fato de que não houve tipificação penal em relação as condutas praticadas pelos agentes; em relação a segunda, talvez pelo fato de ter sido aprovada em data posterior ao processo já instaurado.

9. Obviamente, que as observações feitas neste artigo não contemplam todas as questões

referentes ao Direito Nuclear e aos acidentes que podem ser gerados. Algumas questões de caráter preventivo, como a abordagem do licenciamento ambiental específico para o campo nuclear, bem como, a responsabilidade administrativa, requerem abordagens também aprofundadas que serão tratadas em outros estudos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNT, Ricardo. **O que é política nuclear** (Coleção Primeiros Passos). São Paulo: Abril-Cultural; editora Brasiliense, 1985.

CAMPOS, Tarcísio Passos Ribeiro; CAMPOS, Ana Célia Passos Pereira. “O Uso das Radiações e Radioisótopos no Brasil: uma interface entre o Direito e a Energia Nuclear”, pp. 417-422. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**.

GREENPEACE. **O que é Plutônio**. Disponível em: http://www.greenpeace.org/brasil/Global/brasil/report/2007/6/greenpeacebr_050731_nuclear_factsheet_oquee_plutonio_port_v1.pdf. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: editora Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **O Programa Nuclear Brasileiro**, pp. 05-115; Brasília: março de 1977. Disponível em: <http://memoria.cnen.gov.br/Doc/pdf/cronologia/B0000003.pdf>. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

SANDS, Phillippe. **Principles of International Environmental Law**. 2. ed. Cambridge University Press, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. “A Guerra e o Direito Nuclear”, p. 343-362. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67021/69631>. Acesso em: 17 de outubro de 2015.

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL: EFEITOS SOBRE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

Daniel Mayerle¹

Pablo Franciano Steffen²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar aspectos conceituais abordados e discutidos na Escola de Altos Assuntos – Capes/Univali, ministrado pelo Professor Doutor Michel Prieur (Université de Limoges, França), no âmbito dos módulos intitulados de “Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental em Matéria Socioambiental” e “Proteção de Processos Ecológicos Essenciais e Tutelas de Grupos Sociais Vulneráveis”.

Buscou-se, ao longo dos módulos, estudar e refletir sobre a existência, conceito e aplicação do “Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental”, bem como sua avaliação no contexto ambiental e transfronteiriço, entre outras análises, como suas consequências no que tange a violação de direitos humanos e o cenário da governança, que para Arnaud é, em suma, quando aparecem novos atores e o poder do Estado pode estar sendo compartilhado, em especial com particulares, o que já renderia outro longo ensaio.³

Desta forma, objetivou-se no presente traçar algumas dessas ponderações quanto ao referido Princípio, mas fazendo-o em especial com o desafio de estudar sua observância e até incidência no instituto da Recuperação Judicial da Empresa.

E, para isso, foram elencados os Princípios que embasaram o Processo de Recuperação Judicial, uma vez que demonstram os objetivos do novo procedimento, o que remete à menção de

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Especialista em Direito Constitucional para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI. Advogado. Professor do curso de Direito da UNIDAVI.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Especialista em Gestão e Direito Tributário pelo CESUSC. Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI. Advogado. Professor do curso de Direito da UNIDAVI.

³ ARNAUD. André-Jean. **Governar sem Fronteiras. Entre Globalização e Pós-Globalização Crítica da Razão Jurídica**. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2007. p. 46.

normas constitucionais, como a Função Social da Empresa.

Neste contexto é que fora abordado a garantia constitucional implícita, como defendem os autores aqui mencionados, o “Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental” e a possibilidade do mesmo ser observado até incidir na fase de recuperação empresarial.

Assim, este trabalho não objetiva esgotar o debate, mas apresentar argumentos que possam levantar indícios da comprovação ou não desta hipótese.

1. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA NO REGRAMENTO FALIMENTAR – LEI 11.101/2005 DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005

É de notório conhecimento que o instituto da Recuperação Judicial tem o intuito de buscar a reestruturação da empresa que se encontra em crise econômico-financeira, através de normas e mecanismos previstos em lei para assegurar a quitação dos débitos com credores, mas em especial, a partir de ferramentas, possibilitar a preservação da empresa.

Para Fabio Ulhoa Coelho a Recuperação Judicial é um processo peculiar, em que o objetivo buscado é a reorganização da empresa explorada pela sociedade empresária devedora, em benefício desta, de seus credores e empregados e da economia (local, regional ou nacional).⁴

No Brasil, a Lei nº 11.101/2005 de 9 de fevereiro de 2005 trata das hipóteses de Recuperação Judicial, extrajudicial e falência, que substituiu o Decreto-lei nº 7661 de 21 de junho de 1945, pois este não se adequava com a realidade das relações empresariais da época, como aduz Carlos Roberto Claro, ao expor que o Brasil se atrasou (e muito) em criar mecanismos jurídico-econômicos para tentativa de soerguimento da entidade em crise, pois estava atrelado a uma legislação ultrapassada, e ainda se filiava à Teoria dos Atos de Comércio (que era inequivocamente dirigida ao comerciante e não à empresa), quando as principais nações do mundo, pelo menos desde a segunda metade da década de 1970 já pensavam, ou já possuíam em seu sistema jurídico, mecanismos legais para enfrentamento da crise empresarial.⁵

Neste norte, juntamente com a nova legislação aplicável à Recuperação Judicial, são também positivados princípios sobre tema, pois, conforme se extrai do Projeto de Lei da Câmara

⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2007. 18ª ed. p. 371.

⁵ CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação Judicial: sustentabilidade e Função Social da Empresa**. São Paulo: LTR, 2009. p. 189.

nº 71, de 2003, que previa a criação da nova Lei que dispunha sobre a Recuperação Judicial, Extrajudicial e a Falência, na época sob a apresentação do Senador Ramez Tebet⁶, no Parecer nº 534/2004, fez refletir o seu objetivo de propiciar à atividade empresarial um instrumento que lhe conferisse a segurança, a agilidade e a amplitude necessária a um ambiente econômico impulsionador do crescimento do país.⁷

No respectivo parecer sobre a criação da Lei 11.101/2005 de 9 de fevereiro de 2005, o Senador justificou os Princípios adotados na análise do Projeto de Lei nº 71, de 2003, sendo os mais importantes para este estudo, a Preservação da empresa, a Proteção aos Trabalhadores, a Recuperação das Sociedades e Empresários Recuperáveis, a Desburocratização da Recuperação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, a Celeridade e Eficiência dos Processos Judiciais e a Segurança Jurídica.⁸

Importa frisar que Robert Alexy ao expor suas lições sobre Princípios defende que tanto as regras quanto os Princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser feito. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e Princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.⁹

Em outros termos, ao passo que a empresa tem importante função social, já que tem o poder de criar riqueza, empregos (diretos e indiretos) e também gerar tributos, contribui de forma significativa para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do País, o que torna imperiosa sua preservação se tiver economicamente tais possibilidades.

Adiante, ainda no que tange ao Princípio da Preservação da Empresa, percebe-se que ele está previsto na Lei 11.101/2005 de 9 de fevereiro de 2005, mais precisamente no Art. 47¹⁰, prevendo que a Recuperação Judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise

⁶ TEBET, Ramez. Parlamentar por Mato Grosso do Sul e Presidente do Senado Federal entre 2001 e 2003.

⁷ SENADO FEDERAL. **Comissão de Assuntos Econômicos**. Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005. Parecer n. 534. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>> Acesso em 14 de Novembro de 2014. p. 29-31.

⁸ SENADO FEDERAL. **Comissão de Assuntos Econômicos**. Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005. Parecer n. 534. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>> Acesso em 14 de Novembro de 2014. p. 22-25.

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 87.

¹⁰ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.¹¹

Dito isto, avança-se no que se refere ao Princípio da Preservação da Empresa, informando que previa Tebet que sua aplicabilidade era fundamental, pois, em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País.¹²

Constata-se, de plano, que o descrito artigo possui todos os objetivos a serem alcançados no instituto da Recuperação Judicial da empresa, de modo que ao garantir sua reestruturação no mercado competitivo, manter a fonte de produção e o interesse dos credores e, principalmente garantir renda e emprego a todos que dependam da respectiva atividade empresária.

Sobre o Princípio da Proteção aos Trabalhadores descreveu Tebet que os empregados, por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na Recuperação Judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados.¹³

No que diz respeito ao Princípio da Recuperação das Sociedades e Empresários Recuperáveis, trata-se de outra situação que trouxe a preocupação do legislador em manter no mercado apenas empresas em crise econômico-financeira que seriam viáveis para se reestruturar, pois o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial.¹⁴

Este Princípio, posteriormente, foi tratado no art. 53¹⁵, da Lei 11.101/2005 de 9 de

¹¹ BRASIL. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 fev. 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm> Acesso em: 05 dez 2014.

¹² SENADO FEDERAL. **Comissão de Assuntos Econômicos**. Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005. Parecer n. 534. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>> Acesso em 14 de Novembro de 2014. p. 23.

¹³ SENADO FEDERAL. **Comissão de Assuntos Econômicos**. Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005. Parecer n. 534. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>> Acesso em 14 de Novembro de 2014. p. 30.

¹⁴ SENADO FEDERAL. **Comissão de Assuntos Econômicos**. Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005. Parecer n. 534. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>> Acesso em 14 de Novembro de 2014. p. 29.

¹⁵ Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor,

fevereiro de 2005, no qual foi destacada a necessidade da existência de viabilidade da empresa para que somente assim fosse possível a sua Recuperação Judicial.

Os elementos constantes do referido dispositivo corroboram o Princípio supra referido, qual seja, Recuperação das Sociedades e Empresários Recuperáveis, pois a empresa viável, possível de passar por tal transformação, atinge a função social. Em contrapartida, aquela empresa que se encontra em crise econômico-financeira e que não possui a viabilidade necessária, pode levar créditos negativos para as demais empresas, o que será prejudicial para o mercado, consequentemente para os empregados e até mesmo para a sociedade.

Em relação ao Princípio da Celeridade e Eficiência dos Processos Judiciais, este foi um Princípio que norteou a criação da Lei 11.101/2005 de 9 de fevereiro de 2005, estando previsto no art. 75¹⁶ da mencionada legislação, dispondo que o processo de falência observará os Princípios da Celeridade e da Economia Processual¹⁷, os quais, vale lembrar, acabam por dar efetividade o Princípio da Eficiência, previsto no dispositivo de nº 37¹⁸, *caput*, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, positivado na Emenda Constitucional 19/1998¹⁹ de 04 de junho de 1998 e que a partir da Emenda Constitucional 45/2004²⁰ de 30 de dezembro de 2004 passou a ter corroboração de natureza constitucional como direitos e garantias de caráter fundamental, nos termos do Art. 5º, inciso LXXVIII²¹ da Carta Magna.²²

Por fim, outro Princípio utilizado na criação da lei em questão e que convém aqui destacar com minúcias, dado o objetivo do presente estudo, é o da segurança jurídica, pois como enfatizou o Senador Ramez Tebet deve-se conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à

subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. -

¹⁶ Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

¹⁷ BRASIL. **Lei 11.101/2005, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm> Acesso em: 16.11.2014.

¹⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

¹⁹ Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.

²⁰ Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

²¹ LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto. Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2011.

recuperação extrajudicial tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar que múltiplas possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídica aos institutos e, assim, fique prejudicado o planejamento das atividades das empresas e de suas contrapartes.²³

Constata-se portanto, que os aludidos Princípios se coadunam com os objetivos da Ordem Econômica Constitucional, que prevê no art. 170²⁴ a Ordem Econômica fundada na Valorização do Trabalho, em observância também ao Princípio do Pleno Emprego, a fim de reduzir as desigualdades regionais e locais, preservando a dignidade humana, levando à ideia de “empresa social”, que possui função e compromisso com a sociedade, não se podendo portanto, esquecer destas prerrogativas no momento da Recuperação Judicial como bem previu o legislador.

2. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Neste tópico, insta salientar que a empresa deixou de ser unicamente um meio de obtenção de lucro aos seus sócios. Tal fato se dá, porque hoje a atividade empresária deve ser empreendida com respeito aos Princípios elementares e basilares da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, onde o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que também é fundamento da República Brasileira, precisa ser efetivamente aplicado quando do trato com empregados, fornecedores e consumidores fazendo-se necessário, deste modo, o respeito às leis trabalhistas, do consumidor, ambientais e tributárias, visto que, vale repetir, a empresa afeta diretamente sua coletividade e não mais somente os sócios.

No mesmo sentido, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, de maneira que a ordem econômica nacional deve estar encetada para assegurar a todos a existência digna.²⁵

Para Luiz Antonio Rizzato Nunes a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, deve observar os Princípios para o desenvolvimento mais humano e não se limitar aos interesses econômicos e financeiros, posto que em suas palavras, a pessoa humana é o

²³ SENADO FEDERAL. **Comissão de Assuntos Econômicos**. Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005. Parecer n. 534. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>> Acesso em 14 de Novembro de 2014. p. 30.

²⁴ Art. 170. Divulgar ou propalar, por qualquer meio, informação falsa sobre devedor em recuperação judicial, com o fim de levá-lo à falência ou de obter vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa - Indução a erro.

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 108-109.

valor supremo do direito.²⁶

Como premissas básicas e preliminares para a vida digna das pessoas, diante de um Estado Democrático de Direito, tem-se então, o propósito de assegurar os direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a liberdade e a justiça.²⁷

Eros Grau interpreta e assevera que as relações econômicas – ou a atividade econômica – deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.²⁸

Portanto, a empresa cumprirá sua função se estiver cumprindo e respeitando os princípios constitucionais. Desta forma, é fácil concluir que a Recuperação Judicial da empresa precisa estar em consonância com esses novos ditames, como expôs Waldo Fazzio Junior ao afirmar que a recuperação não se restringe à satisfação dos credores nem ao mero saneamento da crise econômico-financeira em que se encontra a empresa destinatária. Alimenta a pretensão de conservar a fonte produtora e resguardar o emprego, ensejando a realização da Função Social da empresa, que, afinal de contas, é mandamento constitucional.²⁹

3. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL: UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, comporta vários dispositivos acerca do meio ambiente, dando, assim, a essa política, um lugar eminente na hierarquia jurídica. Com efeito, em que pese esses dispositivos não figurarem no Título II, dedicado aos direitos e garantias de cunho fundamental, a doutrina considera que os direitos ligados ao meio ambiente constituem, tanto no plano material como no plano formal, direitos fundamentais.³⁰

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 108-109.

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto. Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2011.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/aplicação do Direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2003.p. 269.

²⁹ FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 6ªed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 121.

³⁰ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **La constitution brésilienne et l'environnement**. In **Les Cahiers du Conseil constitutionnel**. 2005; FENSTERSEIFER, Tiago. 2008. p. 159 e seg.

Prieur lembra que essa Constituição comporta um dispositivo original, que consiste em enunciar que os “direitos e garantias individuais” estão excluídos de uma revisão constitucional, segundo o Art. 60, § 4º³¹ – é a chamada cláusula pétrea, ou cláusula de intangibilidade constitucional. Esses direitos são considerados, assim, como direitos adquiridos. Parece, portanto, que está claramente admitida a proteção constitucional do meio ambiente faça parte dos direitos adquiridos qualificados de pétreos, não admitindo qualquer revisão.³²

O que está em jogo aqui é a vontade de suprimir uma regra (constituição, lei ou decreto) ou de reduzir seus aportes em nome de interesses, claros ou dissimulados, tidos como superiores aos interesses ligados à proteção ambiental. A mudança da regra que conduz a uma regressão constitui um atentado direto à finalidade do texto inicial. O retrocesso em matéria ambiental não é imaginável. Não se pode considerar uma lei que, brutalmente, revogue normas antipoluição ou normas sobre a proteção da natureza; ou, ainda, que suprima, sem justificativa, áreas ambientalmente protegidas.³³

Acrescenta ser certo que o legislador não possa atentar contra os direitos fundamentais, é mister manter um regime pelo menos tão protetor quanto o que vigora. Trata-se de “melhorar” o exercício real de um direito, tornando-o mais efetivo, sendo que o mesmo acontece em matéria ambiental, como no que tange a outros direitos humanos, o legislador tem, assim, sua competência vinculada: apenas pode tornar mais efetivos os direitos enunciados pela Carta, sem os distinguir, com vistas a respeitar a finalidade e os objetivos do Direito Ambiental.³⁴

No entanto, a regressão do Direito Ambiental será sempre insidiosa e discreta, para que passe despercebida. E, por isso, ela se torna ainda mais perigosa. Os retrocessos discretos ameaçam todo o Direito Ambiental. Daí a necessidade de se enunciar claramente um princípio de não regressão, o qual deve ser consagrado tanto na esfera internacional quanto na esfera

³¹Art. 60, § 4º Para efeito de distribuição de recursos dos Fundos a que se refere o inciso I do caput deste artigo, levar-se-á em conta a totalidade das matrículas no ensino fundamental e considerar-se-á para a educação infantil, para o ensino médio e para a educação de jovens e adultos 1/3 (um terço) das matrículas no primeiro ano, 2/3 (dois terços) no segundo ano e sua totalidade a partir do terceiro ano. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

³² PRIEUR. Michel. O Princípio de Proibição de Retrocesso Ambiental. In ROLLEMBERG. Rodrigo. (Org.) **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>> Acesso em: 30 nov. 2014. p. 28.

³³ PRIEUR. Michel. O Princípio de Proibição de Retrocesso Ambiental. In ROLLEMBERG. Rodrigo. (Org.) **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>> Acesso em: 30 nov. 2014.

³⁴ PRIEUR. Michel. O Princípio de Proibição de Retrocesso Ambiental. In ROLLEMBERG. Rodrigo. (Org.) **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>> Acesso em: 30 nov. 2014. p. 40.

nacional.³⁵

No Brasil, a não regressão já foi admitida no âmbito dos direitos sociais. Aliás, várias ações estão em curso na seara ambiental, sob a pressão de parte da doutrina, que busca fazer com que o Princípio de Proibição de Retrocesso Ambiental seja consagrado judicialmente, o que se faz com fundamento no Princípio Constitucional de não regressão, estendido aos atos legislativos dos entes federados. Nesse sentido, merece destaque a ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, em face de uma lei estadual que reduzia os limites do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro:

O Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental significa que, afora as mudanças de fatos significativos, não se pode admitir um recuo tal dos níveis de proteção que os leve a serem inferiores aos anteriormente consagrados. Isso limita as possibilidades de revisão ou de revogação.³⁶

Convém destacar que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil não deixa qualquer dúvida: o modelo político instituído no Brasil tem, como um de seus “objetivos fundamentais”, o “desenvolvimento nacional” e a erradicação da “pobreza” (Art. 3º, II e III)³⁷, norte esse que igualmente informa nossa cooperação com outras nações, que observará, entre outros princípios, “o progresso da humanidade”.³⁸

Benjamin defende que é natural o progresso, como ideia-chave do processo civilizatório, e que tal fato exerça dominação irresistível – um dogma, até –, sobre as instituições políticas e seu instrumental jurídico. Não é à toa, portanto, que se considera, por razões evidentes, insuportável e imperdoável aberração a mera hipótese de queda, ou mesmo estagnação, nos padrões de renda, emprego e consumo da população – o pecado mortal do declínio! Ora, se o crescimento econômico contínuo parece ser a única, ou dominante, via de satisfação das expectativas estritamente materiais das pessoas e da própria rotina das políticas públicas, nada mais justo que, na mesma toada, os controles legislativos e mecanismos de salvaguarda dos direitos humanos e do patrimônio natural das gerações futuras observem idêntica índole, o “caminhar somente para a

³⁵ PRIEUR. Michel. O Princípio de Proibição de Retrocesso Ambiental. In ROLLEMBERG. Rodrigo. (Org.) **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>> Acesso em: 30 nov. 2014.

³⁶ BRASIL. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **ADIN n. 14.661/2009**. Disponível em: <http://www.mpsc.mp.br/portal/webforms/interna.aspx?secao_id=164&campo=3151> Acesso em: 10 dez. 2014.

³⁷ Art. 3º, II garantir o desenvolvimento nacional; III erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

³⁸ BENJAMIN. Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. In ROLLEMBERG. Rodrigo. (Org.) **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>> Acesso em: 30 nov. 2014. p. 53.

frente”.³⁹

O Autor arremata aduzindo que a proposição nada tem de recente. Não é de hoje que se defende “que a civilização moveu-se, move-se e se moverá numa direção desejável”, conforme resume J. B. Bury, em sua clássica obra de início do Século XX; ou que a humanidade “avançou no passado, continua avançando agora, e, com toda probabilidade, continuará a avançar no futuro próximo”. Sob a cobertura política dessa ideia-chave, surge o Princípio Jurídico da Proibição de Retrocesso, que expressa uma “vedação ao legislador de suprimir, pura e simplesmente, a concretização da norma”, constitucional ou não, “que trate do núcleo essencial de um direito fundamental” e, ao fazê-lo, impedir, dificultar ou inviabilizar “a sua fruição, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios”. Princípio esse que transborda da esfera dos direitos humanos e sociais para o Direito Ambiental.⁴⁰

Canotilho afirma que, ao lado do “direito ao ambiente”, situa-se um “direito à proteção do ambiente”, expressando-se nos deveres atribuídos ao ente estatal de: a) combater os perigos (concretos) incidentes sobre o ambiente, a fim de garantir e proteger outros direitos fundamentais imbricados com o ambiente (direito à vida, à integridade física, à saúde etc.); b) proteger os cidadãos (particulares) de agressões ao ambiente e qualidade de vida perpetradas por outros cidadãos (particulares).⁴¹

Ademais cumprir o Princípio da Proibição de Retrocesso, em tal cenário, não acrescenta custos; ao revés, economiza despesas, presentes e futuras, tanto em capital financeiro mal-empregado, como em capital natural dilapidado.

Além disso, inverte-se o esquema da “reserva do possível”, frequentemente aventado em debates relativos a prestações positivas e financeiras constitucionalmente reivindicadas do Estado. Assim é porque, a se enfraquecer a eficácia da Constituição, pelo retrocesso na legislação infraconstitucional, cria-se para seus destinatários/beneficiários (a coletividade) um campo insuperável e perverso de “reserva do impossível”, um conjunto de normas retóricas, sem eficácia

³⁹ BENJAMIN. Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. In ROLLEMBERG. Rodrigo. (Org.) **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>> Acesso em: 30 nov. 2014. p. 54.

⁴⁰ BENJAMIN. Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. In ROLLEMBERG. Rodrigo. (Org.) **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>> Acesso em: 30 nov. 2014. p. 54.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito ao Ambiente como Direito Subjetivo. In: CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 177-189.

prática: impossibilidade de proteger os valores referendados na Constituição, impossibilidade de traduzir as suas ordens em ações concretas, impossibilidade de densificar, legislativa e minimamente, o seu conteúdo e expressão.⁴²

4. ESPAÇO PARA O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA

A Recuperação Judicial, como dito alhures, não está limitada a satisfazer credores que tentam sair da crise econômico-financeira na qual se encontram. Este instituto não está desvinculado nos (novos) ditames elementares da empresa, em especial a sua função social prevista na chamada pela doutrina de Carta de Princípios, sendo que, como visto, a empresa só estará atingindo mencionada função se respeitar as regras constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em capítulo próprio (art. 225)⁴³, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito (e dever!) fundamental da pessoa humana e estabeleceu um conjunto de Princípios e regras em matéria de tutela ambiental, reconhecendo o caráter vital da qualidade (e segurança) ambiental para o desenvolvimento humano em níveis compatíveis com a sua dignidade, no sentido da garantia e promoção de um completo bem-estar existencial.

⁴² BENJAMIN. Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. In ROLLEMBERG. Rodrigo. (Org.) **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>> Acesso em: 30 nov. 2014. p. 58.

⁴³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento) II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento) IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento) V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento) VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento) § 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

A Carta Magna em seu Art. 225⁴¹, *caput*, e art. 5.º, § 2.º atribuiu ao direito ao ambiente o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Socioambiental – de Direito brasileiro, o que conduz ao reconhecimento, pela ordem constitucional, da dupla funcionalidade da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a qual toma a forma simultaneamente de um objetivo e tarefa estatal e de um direito (e dever) fundamental do indivíduo e da coletividade, implicando todo um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico.⁴⁴

E, a partir destas considerações, resulta caracterizada a obrigação constitucional do Estado de adotar medidas – legislativas e administrativas – atinentes à tutela ecológica, capazes de assegurar o desfrute adequado do direito fundamental em questão⁴⁵, o que se pode chamar em síntese de “Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental”.

Mas, e como a empresa “vivendo” a fase de se recuperar judicialmente poderá ser atingida por esta garantia implícita?

Pois bem, se a empresa precisa observar as regras constitucionais de modo a cumprir sua função social, e, da mesma forma, a Recuperação Judicial deve observar tais deveres, dadas suas novas premissas e finalidades trazidas pela nova legislação que a regulamenta, todos os direitos e deveres de cunho ecológico devem compor seus objetivos e embasar seus atos.

Aliás, já alertou Carlos Roberto Claro:

Enquanto as empresas visarem somente ao lucro, sem olhar para outros aspectos que envolvem a atividade organizada, e correndo riscos para que a faturamento só aumente, certamente que inexistirá lei no ordenamento jurídico capaz de dar sustentação a uma empresa em crise, não raramente irremediável.⁴⁶

No mesmo entendimento, continua Claro:

[...] É imperioso destacar que a empresa capitalista deve procurar sim o lucro, pois é ínsito à atividade econômica, mas também deve buscar se reproduzir, se tornar perene, mas também com um olhar no princípio da dignidade humana. Assim agindo, e pouco importando o rótulo a que se dê,

⁴⁴ SARLET. Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER. Tiago. Notas Sobre a Proibição de Retrocesso em Matéria (socio) Ambiental. In ROLLEMBERG. Rodrigo. (Org.) **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>> Acesso em: 04.12.2014. p. 119-120.

⁴⁵ SARLET. Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER. Tiago. Notas Sobre a Proibição de Retrocesso em Matéria (socio) Ambiental. In ROLLEMBERG. Rodrigo. (Org.) **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>> Acesso em: 04.12.2014. p. 120.

⁴⁶ CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação Judicial: sustentabilidade e Função Social da Empresa**. São Paulo: LTR, 2009. p. 189.

a empresa certamente passará não só a ser uma entidade importante como também desenvolverá uma atividade compatível com o que é buscado pela própria Carta Política brasileira, ou seja, terá um olhar também em relação ao social.⁴⁷

A Recuperação Judicial é “uma nova oportunidade” que fora dada a empresa economicamente viável, ao passo que todos os atos e procedimentos desse processo devem acontecer com base nos Princípios que embasaram seu regulamento na nova lei e nos ditames constitucionais da figura da empresa.

Da mesma forma, e, principalmente, deve acontecer com rigorosa observância à sua função social, dever constitucional do qual derivam muitas garantias constitucionais fundamentais, como dito.

Logo, imperioso para a empresa em dificuldade, que passa a se recompor a cada ato deste procedimento judicial, que esta não descumpra nenhuma regra ambiental, posto que a manutenção um meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma das condições de aferição da viabilidade da empresa em crise.

Desta feita, igualmente, qualquer alteração do texto legislativo que conduza a regressão ambiental, também constitui uma afronta aos preceitos constitucionais fundamentais, inclusive, àqueles que a empresa em Recuperação Judicial precisa buscar para atingir sua Função Social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto à Recuperação Judicial no novo regramento falimentar, qual seja, após o advento da Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, verifica-se que a mesma teve suas novas regras envolvidas em Princípios como a Preservação da Empresa, a Proteção aos Trabalhadores, a recuperação das Sociedades Empresárias Recuperáveis, entre outros.

Tais preceitos, nitidamente basilares, nos remetem à Carta Magna, certificadora do Estado Democrático de Direito que trouxe para a figura da empresa uma nova norma, um novo Princípio e poderia se dizer até desafio: a sua Função Social!

Verifica-se que a empresa dos dias de hoje só estará atendendo sua Função Social se estiver preservando e disciplinadamente observando as orientações da Lei Suprema.

⁴⁷ CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação Judicial: sustentabilidade e Função Social da Empresa**. São Paulo: LTR, 2009. p. 193.

Pois bem, o instituto da Recuperação Judicial além de ter seus novos fundamentos criados com base nas normas da Constituição Federal, acompanha, evidentemente, todos os ditames impostos pela mesma no que tange à figura da empresa propriamente dita, pois aquele não se restringe à satisfação dos credores apenas, menos ainda e tão somente ao saneamento da crise econômico-financeira em que se encontra a empresa. Seus objetivos visam, em especial, resguardar aspectos atinentes à função desta última perante a sociedade, mandamento puramente constitucional.

Sendo assim, pode o Princípio da Vedação ao Retrocesso Ambiental, considerado uma garantia constitucional implícita, ter alguma incidência na Recuperação Judicial da Empresa?

Na busca da resposta deste questionamento, foi possível extrair, antes de tudo, que não retroceder em matéria ambiental significa lembrar que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 contém inúmeros dispositivos que resguardam o Meio Ambiente, inclusive, a doutrina considera tanto no plano material, como formal, este direito uma norma de cunho fundamental.

E, para o Doutrinador do tema, Michel Prieur, se tratando de uma regra fundamental, não comporta revisão, dado o status de “cláusula pétrea”. Mas, tal fato vai de encontro a vontade de suprimir uma regra de ordem ambiental ou reduzir seus aportes em nome de interesses (particulares), onde surge a necessidade de que tal Princípio esteja explícito na Lei Suprema, pois não se pode considerar uma lei que revogue normas antipoluição, por exemplo.⁴⁸

Neste cenário, é que se conclui que se a empresa necessita se atentar às regras constitucionais e, por conseguinte, a Recuperação Judicial também o deve fazer, todos os direitos e deveres de cunho ambiental devem fazer parte das suas finalidades e atos.

Desta feita, para a “nova empresa”, a figura que nasce a cada ato da Recuperação Judicial, sua nova chance, é de extrema importância que esta não se esqueça das regras ambientais, pois caso o legislador (ou mesmo o próprio empresário), escorado na carência de recursos financeiros da sociedade em crise (ou amparado em uma outra desculpa qualquer) pretenda mitigar qualquer exigência ambiental hoje vigente, ter-se-á por vulnerado não só o primado da vedação do retrocesso ambiental, mas também, o princípio da função social da empresa.

⁴⁸ PRIEUR, Michel. O Princípio de Proibição de Retrocesso Ambiental. In ROLLEMBERG, Rodrigo. (Org.) **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>> Acesso em: 30 nov. 2014. p. 28.

Afinal, ao se pretender preterir o direito fundamental a um ambiente sadio (para as presentes e futuras gerações) a fim de privilegiar o crescimento e ou manutenção de certas atividades empresariais, além de se contrariar a ordem constitucional, o que retira a legalidade/constitucionalidade de uma eventual iniciativa legislativa a respeito, também sepulta qualquer pretensão de legitimidade de tal discurso.

Assim, à guisa de fecho, e sem qualquer pretensão de esgotar o tema quer em sua extensão, quer em sua profundidade, finaliza-se o presente ensaio, lançando a ideia que tanto para o legislador, quanto para o empresário, qualquer iniciativa para salvar a sociedade em crise que passe pela regressão ambiental é inadmissível, eis que vulnera os princípios aqui aduzidos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 87.

ARNAUD. André-Jean. **Governar sem Fronteiras. Entre Globalização e Pós-Globalização Crítica da Razão Jurídica**. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2007. p. 46.

BENJAMIN. Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. In ROLLEMBERG. Rodrigo. (Org.) **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>> Acesso em: 30 nov. 2014. p. 53.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto. Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 45 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2011.

BRASIL. **Lei 11.101/2005, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm> Acesso em: 16.11.2014.

BRASIL. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. **ADIN n. 14.661/2009**. Disponível em: <http://www.mpsc.mp.br/portal/webforms/interna.aspx?secao_id=164&campo=3151> Acesso em: 10 dez. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito ao Ambiente como Direito Subjetivo. In: CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 177-189.

CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação Judicial: sustentabilidade e função social da empresa**. São Paulo: LTR, 2009. p. 189.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2007. 18ª ed. p. 371.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 6ªed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 121.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2003.p. 269.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **La constitution brésilienne et l'environnement**. In **Les Cahiers du Conseil constitutionnel**. 2005; FENSTERSEIFER. Tiago. 2008. p. 159 e seg.

NUNES, Luiz Antônio Rizatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 187.

PRIEUR, Michel. O Princípio de Proibição de Retrocesso Ambiental. In ROLLEMBERG. Rodrigo. (Org.) **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>> Acesso em: 30 nov. 2014. p. 28.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER. Tiago. Notas Sobre a Proibição de Retrocesso em Matéria (socio) Ambiental. In ROLLEMBERG. Rodrigo. (Org.) **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>> Acesso em: 04.12.2014. p. 119-120.

SENADO FEDERAL. **Comissão de Assuntos Econômicos**. Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005. Parecer n. 534. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>. Acesso em 14 de Novembro de 2014. p. 22-25.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed.São Paulo: Malheiros, 1998, p. 108-109.

(NÃO) PODEMOS RETROAGIR AS LEIS AMBIENTAIS

Frederico Wellington Jorge¹

Waldemar Moreno Junior²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é o resultado da análise dos relatórios de pesquisa dos temas abordados e discutidos na Escola de Altos Assuntos – Capes/Univali, ministrado pelo Professor Doutor Michel Prieur (*Université de Limoges, França*), no âmbito dos módulos intitulados de “Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental em Matéria Socioambiental” e “Proteção de Processos Ecológicos Essenciais e Tutelas de Grupos Sociais Vulneráveis”.

A problematização e a construção do conceito e suas aplicações, visando conter os efeitos devastadores que a modernidade está trazendo ao Meio Ambiente e a necessidade da imposição do “Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental”.

As constatações dos efeitos que a devastação ao Meio Ambiente reforçam a necessidade de que as Leis de proteção ao Ambiente não podem retroagir e, dentro do possível devem avançar visando uma maior proteção.

O “Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental” esta implícito no ordenamento jurídico, resultando na obrigação dos Estados em aplicá-lo.

Em síntese, o presente trabalho, sem esgotar o conteúdo, busca analisar os conceitos de Ambiente e Meio Ambiente e a necessidade da imposição do “Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental” como garantia da existência do planeta.

¹ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – Univali. Professor da disciplina de Direito Penal e Prática Jurídica na Universidade da Região de Joinville – Univille. Advogado. E-mail: fwjorge@fwjorge.com.br.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – Univali. Mestre em Processo Penal e Cidadania pela Universidade Paranaense – Unipar. Professor da disciplina de Processo Penal e Criminologia na Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: wmj.moreno@gmail.com.

1. ANÁLISE DOS RELATÓRIOS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O AQUECIMENTO GLOBAL

Atualmente a humanidade está vivendo a era do aquecimento global, onde há um aumento significativo na temperatura média dos oceanos e da camada de ar próxima à superfície da Terra. Estudos ainda não são conclusivos, mas indicam que esse superaquecimento pode ser consequência de causas naturais e, também, de atividades humanas, todavia, já está comprovado que o aumento das emissões de gases na atmosfera causa o efeito estufa, principalmente o dióxido de carbono (CO₂)³.

A ciência há algum tempo constatou que, em regra, parte da radiação solar que chega ao nosso planeta é refletida e retorna diretamente para o espaço, outra parte é absorvida pelos oceanos e pela superfície terrestre e uma última parte é retida por esta camada de gases que causa o chamado efeito estufa. Uma das constatações alarmante não é o fenômeno natural, mas o agravamento dele em razão da grande quantidade de gases produzidas pelas atividades humanas que acabam gerando uma grande quantidade de gases formadores do efeito estufa (GEEs)⁴, o que faz com que esta camada fique cada vez mais espessa, retendo mais calor na Terra, aumentando a temperatura da atmosfera terrestre e dos oceanos e ocasionando o aquecimento global⁵.

Freitas afirma que “mudanças climáticas e aquecimento global são termos que estão na ordem do dia. A imprensa, tanto internacional quanto nacional, vem cada vez mais, trazendo a matéria em destaque”⁶.

Diversas pesquisas, a exemplo do relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), alertam para os efeitos severos do aquecimento global apontando que o “mundo não se preparou

³ O efeito estufa corresponde a uma camada de gases que cobre a superfície da terra, essa camada composta principalmente por gás carbônico (CO₂), metano (CH₄), N₂O (óxido nitroso) e vapor d água, é um fenômeno natural fundamental para manutenção da vida na Terra, pois sem ela o planeta poderia se tornar muito frio, inviabilizando a sobrevivência de diversas espécies. WWF Brasil. **As Mudanças Climáticas.** Disponível em: <http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/reducao_de_impactos2/clima/mudancas_climaticas2/?gclid=CMyx8-Hq1MMCF5gQ7Aod0SUAZ>. Acesso em: 25 jan. 2015.

⁴ Gases do Efeito Estufa e Fontes de Emissão. A Revolução Industrial iniciada na Inglaterra no século XVIII está diretamente associada ao aumento do uso de combustíveis fósseis como: o carvão, o gás natural e os derivados de petróleo (gasolina, óleo diesel, óleos combustíveis, entre outros). A queima desses combustíveis significa a emissão de gases do efeito estufa (GEE) para a atmosfera. Da mesma forma, o desmatamento ocorrido com a expansão agrícola em todo o mundo também tem como consequência a transferência de carbono da forma sólida para a forma gasosa pela queima da biomassa representada pela vegetação. CETESB. Companhia Ambiental do Estado de São Paulo. **Gases do Efeito Estufa.** Disponível em: <<http://www.cetesb.sp.gov.br/mudancas-climaticas/proclima/Efeito%20Estufa/9-Gases%20do%20Efeito%20Estufa>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

⁵ WWF Brasil. **As Mudanças Climáticas.**

⁶ FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). **Direito Ambiental em Evolução.** Curitiba: Juruá, 2008, p. 17.

para lidar com as mudanças, dizem cientistas”⁷, alertando “[...] para os efeitos do aquecimento global, que devem ser severos e irreversíveis”⁸.

Já podemos sentir em todo o planeta os efeitos do aquecimento global. Segundo constatações científicas, um dos principais efeitos é o aumento da temperatura média do planeta, isso está resultando na elevação do nível do mar devido ao derretimento das calotas polares, podendo resultar no desaparecimento de ilhas e cidades litorâneas. Alguns efeitos secundários seria a ocorrência com maior frequência de eventos climáticos tais como: furacões, tempestades, ondas de calor, secas prolongadas, tornados e tsunamis. As consequências disso seriam a mutação e destruição de ecossistemas naturais, podendo ocasionar a extinção de espécies de animais e de plantas⁹.

Aquilo que no passado era uma previsão, virou constatação. O secretário-geral da ONU, Ban Ki-moon e o diretor do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), Rajendra Pachauri, divulgaram em Copenhague, na Dinamarca, o mais recente relatório sobre mudança climática, o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas da ONU. Nesse relatório a ONU alertou, dentre outros, que “[...] os danos causados por estas mudanças poderão ser irreversíveis, mas ainda há formas de evitá-los”¹⁰.

Durante a apresentação, Pachauri destacou que o mundo todo será afetado por esses danos, para a elaboração do documento foram envolvidos mais de 800 autores diretamente, e milhares de outros revisores que analisaram cerca de 30 mil publicações.

“Quero destacar o fato de que a mudança climática não deixará nenhuma parte do mundo intocada pelos impactos que estamos vendo diante de nossos olhos e que, obviamente, terão uma relevância crescente no futuro”¹¹.

O diretor do IPCC afirmou ainda em seu pronunciamento:

[...] “agora a comunidade científica se pronunciou” e está “passando o bastão para os políticos, para a comunidade que toma as decisões”. No entanto, Pachauri afirmou que ainda há esperança, pois “felizmente nós temos os meios para limitar a mudança climática e construir um futuro mais próspero e sustentável”¹².

⁷ BOM dia Brasil. **Relatório da ONU Alerta para Efeitos Severos do Aquecimento Global**. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/03/relatorio-da-onu-alerta-para-efeitos-severos-do-aquecimento-global.html>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

⁸ BOM dia Brasil. **Relatório da ONU Alerta para Efeitos Severos do Aquecimento Global**. 2014.

⁹ WWF Brasil. **As Mudanças Climáticas**.

¹⁰ BBC Brasil. **Dano Causado por Aquecimento Global Pode ser ‘Irreversível’, diz IPCC**. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/11/141102_ipcc_relatorio_fn>. Acesso em: 22 jan. 2015.

¹¹ BBC Brasil. **Dano Causado por Aquecimento Global Pode ser ‘Irreversível’, diz IPCC**.

¹² BBC Brasil. **Dano Causado por Aquecimento Global Pode ser ‘Irreversível’, diz IPCC**.

O extenso relatório, apresentou pontos que chamaram a atenção. O *primeiro* é que: “o uso sem restrições de combustíveis fósseis (carvão, petróleo, gás), deve ser suspenso até o ano de 2100 se o mundo quiser evitar uma mudança climática perigosa”. O *segundo* é que “o uso dos combustíveis renováveis deverá subir da atual fatia de 30% para 80% do setor de energia até 2050”¹³.

O próprio secretário-geral da ONU, Ban Ki-moon, também comentou os pontos principais do relatório:

Primeiro: a influência humana no sistema climático é clara e crescente. Segundo: temos que agir rapidamente e de forma decisiva se quisermos evitar resultados cada vez mais perturbadores. Terceiro: temos os meios para limitar a mudança climática e construir um futuro melhor. Há um mito de que a ação para o clima custa muito, mas a falta de ação vai custar muito mais.

“O relatório mostra que o mundo está muito mal preparado para os riscos das mudanças no clima, especialmente os pobres e mais vulneráveis, que contribuíram menos para este problema”¹⁴.

O Mundo está se conscientizando do problema, mas apesar dos esforços da ONU, com a criação da “Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC, em inglês)”¹⁵, buscando formar uma base de cooperação internacional em que os seus países membros possam estabelecer políticas para reduzir e estabilizar as emissões de gases de efeito estufa em um nível na qual as atividades humanas não interfiram seriamente nos processos climáticos, o resultado ainda não é perceptível, e os poluidores continuam a aumentar emissão de GEEs.

2. DEFINIÇÃO CONCEITUAL DE AMBIENTE E MEIO AMBIENTE

A definição do tema já começa controverso, pois a categoria Meio Ambiente é, por muitos, criticada por ser um pleonismo ou pela redundância que ela apresenta. Conforme Freitas “a palavra Ambiente significa o que cerca ou envolve os seres vivos ou as coisas”¹⁶. Com esse

¹³ BBC Brasil. **Dano Causado por Aquecimento Global Pode ser ‘Irreversível’, diz IPCC.**

¹⁴ BBC Brasil. **Dano Causado por Aquecimento Global Pode ser ‘Irreversível’, diz IPCC.**

¹⁵ A Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC, em inglês) é uma base de cooperação internacional em que os seus países membros buscam estabelecer políticas para reduzir e estabilizar as emissões de gases de efeito estufa em um nível na qual as atividades humanas não interfiram seriamente nos processos climáticos. WWF Brasil. **As Mudanças Climáticas.**

¹⁶ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes Contra a Natureza.** 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010,

entendimento seria ela suficiente para compreensão da matéria. A exemplo disso, foi a Lei Geral de Equilíbrio Ecológico e Proteção ao Ambiente que explicitamente traz o conceito de “Ambiente”.

O Brasil, por sua vez, adotou a expressão “Meio Ambiente” para construção de um conceito, ancora-se na definição de Silva, como Meio Ambiente sendo "a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas"¹⁷. Assim, pode-se definir que Meio Ambiente não são somente árvores, montanhas, rios, mares e terras, mas o conjunto de todos esses elementos, e tudo que está à sua volta, incluindo as matérias físicas, químicas e biológicas, elementos estes que precisam ser tutelados pelo Estado.

Na legislação, o conceito de Meio Ambiente vem transcrito no art. 3º, I, da Lei nº 6938, de 31 de agosto de 1981, como sendo *verbis*: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”¹⁸.

O conceito de Meio Ambiente estabelecido na Lei nº 6938/81 foi recepcionado e ampliado pela Constituição Federal do Brasil que, assim define *verbis*,

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações¹⁹.

Em decorrência da devastação e destruição que se está causando na natureza atualmente, cada vez mais normas internacionais procuram tutelar o Meio Ambiente, estando, portanto, como tônica legislativa em diversas nações.

Diante disso, Prieur adverte que,

O objetivo principal do Direito Ambiental é o de contribuir à diminuição da poluição e à preservação da diversidade biológica. Contudo, no momento em que o Direito Ambiental é consagrado por um grande número de constituições como um novo direito humano, ele é paradoxalmente ameaçado em sua essência²⁰.

p. 17.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 14.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 6938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 jan. 2015.

²⁰ PRIEUR, Michel. O Princípio de Proibição de Retrocesso Ambiental. In: ROLLEMBERG, Rodrigo. (Org.) **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

Doutrinariamente, encontra-se diversas definições para o tema que são importantes neste estudo para se compreender as dimensões que a proteção ao Meio Ambiente precisa alcançar.

2.1 Classificação das normas ambientais

Para compreensão do Tema, além do conceito de Meio Ambiente, é necessária sua classificação doutrinária das normas Ambientais.

Em razão da abstração e abrangência do conceito operacional de Meio Ambiente, pode-se classificá-lo sob quatro aspectos:

Meio ambiente natural ou físico – constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correção recíproca entre as espécies e as relações desta com o ambiente físico que ocupa;

Meio ambiente artificial – constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral; espaço urbano aberto);

Meio ambiente cultural – integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em geral, como obra do homem, defere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou;

Meio ambiente do Trabalho - é protegido por uma série de normas constitucionais e legais destinadas a garantir-lhe condições de salubridade e de segurança²¹.

Com certeza existem divergências doutrinárias quanto a esta classificação, no entanto, para os objetivos do presente trabalho ela se amolda de forma a desvelar as dimensões que a definição de Meio Ambiente alcança.

3. PRINCÍPIOS E CONCEITOS AO NÃO RETROCESSO DAS PROTEÇÕES AMBIENTAIS

Em vista, da insustentável situação da condição humana revelada no quadro apresentado, o Direito não pode silenciar, especialmente a teoria dos direitos fundamentais, já que esses tomam a forma da dimensão jurídica mais próxima do plano existencial humano²².

Conceituar, definir, construir direito é uma tarefa árdua e complexa, tão complexo quanto construir, seja a tarefa de aperfeiçoá-los, aprimorá-los e atualizá-los. Talvez, o princípio da não

²¹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. p. 23.

²² FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p 25.

regressão seja um exemplo claro daquilo que Bobbio já afirmava, ou seja, “o problema do fundamento de um direito apresenta-se diferentemente conforme se trate de buscar o fundamento de um direito que se tem ou de um direito que se gostaria de ter”²³, nesse mesmo sentido, “problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”²⁴.

Contextualizando os objetivos do tema apresentado, vale-se de Prieur que, assim qualifica Ambiente:

O ambiente é uma política-valor que, por seu peso, traduz uma busca incessante de um melhor ser, humano e animal, em nome do progresso permanente da sociedade. Assim, em sendo as políticas ambientais o reflexo da busca de um melhor viver, de um respeito à natureza, elas deveriam vedar todo tipo de regressão²⁵.

A complexidade do tema vem sintetizado numa expressão que Bobbio afirmava:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados²⁶.

O Direito Ambiental alçado na atualidade à categoria de Direito Fundamental, já está incorporado na maioria das Constituições, tanto que Ihering já afirmava, “o direito é uma ideia prática, isto é, designa um fim, e, como toda a ideia de tendência, é essencialmente dupla, porque contém em si uma antítese, o fim e o meio”²⁷, sendo assim, “não é suficiente investigar o fim, deve-se também saber o caminho que a ele conduz”²⁸.

Em seu artigo, Benjamin afirma que a proibição de retrocesso já é um princípio geral do Direito Ambiental:

É seguro afirmar que a proibição de retrocesso, apesar de não se encontrar, com nome e sobrenome, consagrada na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e não obstante sua relativa imprecisão – compreensível em institutos de formulação recente e ainda em pleno processo de consolidação, transformou-se em princípio geral do Direito Ambiental, a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do

²³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 7. Título original: *L'età dei Diritti*.

²⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 16.

²⁵ PRIEUR, Michel. O Princípio de Proibição de Retrocesso Ambiental.

²⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 16.

²⁷ IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 22. Título original: *Der Kampf um's Recht*.

²⁸ IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. p. 22.

meio ambiente, mormente naquilo que afete em particular a) processos ecológicos essenciais, b) ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, e c) espécies ameaçadas de extinção²⁹.

O direito ao não retrocesso seria como uma luta. “A luta não é, pois, um elemento estranho ao direito, mas sim uma parte integrante de sua natureza e uma condição de sua ideia”³⁰. E mesmo assim, segue Ihering, “esta luta perdurará tanto como o mundo, porque o direito terá de precaver-se sempre contra os ataques da injustiça”³¹.

Na construção dos fundamentos de uma teoria de garantia ao não retrocesso, Prieur fazendo referências à declaração da RIO 92³² afirma:

No atual contexto em que o direito ambiental se encontra, consagrado em um grande número de constituições como um novo direito humano, ele se vê paradoxalmente ameaçado em sua substância. Dita ameaça poderia inclusive conduzir a um retrocesso, constituindo-se numa verdadeira regressão prejudicial ao homem e à natureza, doravante reconhecidos como interdependentes³³.

Preocupados com a situação que está se estabelecendo, o Senado brasileiro organizou um “Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental”³⁴ já na apresentação do tema o Senador Rodrigo Rollemberg afirmou:

Consolidar em nosso arcabouço jurídico o princípio da proibição do retrocesso ambiental é demanda premente da época atual, quando a humanidade vive o dilema de colocar um freio no contínuo processo de devastação dos recursos naturais. O momento é decisivo e aponta na direção da afirmação dos direitos estatuídos, jamais na regressão, no voltar às práticas do passado que não mais queremos, nem necessitamos³⁵.

Analisando as construções jurídicas apresentadas no tempo contemporâneo, Prieur apresenta as diversas dimensões dessa categoria:

Os revezes da concepção do direito do meio ambiente se manifestam atualmente no nível dos direitos internos. Eles resultam de diversos fatores:

²⁹ BENJAMIN, Antonoi Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. In: PRIEUR, Michel. O Princípio de Proibição de Retrocesso Ambiental.

³⁰ IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. p. 22.

³¹ IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. p. 22.

³² **Rio 92**, Conferência sobre o meio ambiente do planeta: desenvolvimento sustentável dos países. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92-sobre-o-meio-ambiente-do-planeta-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

³³ PRIEUR, Michel. O Princípio da “Não Regressão” no Coração do Direito do Homem e do Meio Ambiente. **Revista NEJ** - Eletrônica, v. 17, n. 1, p. 06-17, jan.-abr., 2012. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3634/2177>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

³⁴ PRIEUR, Michel. O Princípio de Proibição de Retrocesso Ambiental.

³⁵ ROLLEMBERG, Rodrigo (2012) *apud* PRIEUR, Michel. O Princípio de Proibição de Retrocesso Ambiental.

- no plano jurídico a teoria clássica do direito refuta a ideia de um direito adquirido às leis, ou seja, aquilo que uma lei consagra pode sempre ser revogado por outra lei.
- no plano político e psicológico: a vontade demagoga de simplificar o direito leva à falta de regulamentação, ou até mesmo à falta de legislação na matéria ambiental, haja vista o número crescente de normas jurídicas ambientais. O conjunto complexo de normas ambientais, tanto jurídicas como técnicas, torna este direito inacessível aos leigos e colabora no discurso favorável a uma redução nas limitações por meio de um retrocesso do próprio direito.
- no plano econômico, a crise mundial caminha no sentido de reduzir as obrigações jurídicas em matéria ambiental consideradas como um freio para o desenvolvimento³⁶.

Diante ao quadro apresentado, Prieur lança a seguinte indagação: “o direito do Meio Ambiente não deveria entrar no rol de regras jurídicas irreversíveis e não revogáveis (pétreas) em nome do interesse comum da humanidade? A intangibilidade dos direitos humanos deveria socorrer um direito ambiental ameaçado”³⁷.

Com uma visão clara do assunto, Prieur elenca as possíveis ameaças à legislação ambiental:

No atual momento, são várias as ameaças que podem ensejar o recuo do Direito Ambiental: a) ameaças políticas: a vontade demagógica de simplificar o direito leva à desregulamentação e, mesmo, à “deslegislação” em matéria ambiental, visto o número crescente de normas jurídicas ambientais, tanto no plano internacional quanto no plano nacional; b) ameaças econômicas: a crise econômica mundial favorece os discursos que reclamam menos obrigações jurídicas no âmbito do meio ambiente, sendo que, dentre eles, alguns consideram que essas obrigações seriam um freio ao desenvolvimento e à luta contra a pobreza; c) ameaças psicológicas: a amplitude das normas em matéria ambiental constitui um conjunto complexo, dificilmente acessível aos não especialistas, o que favorece o discurso em favor de uma redução das obrigações do Direito Ambiental³⁸.

Tais posicionamentos, ainda que podendo ser interpretados de diversos prismas, é incontestável o dilema do cenário contemporâneo e, não atendendo aos anseios de grande parte dos estudiosos no assunto, a exemplo de Prieur, outro caminho talvez não seja possível para assegurar a existência do planeta e dos seres vivos que nele habitam.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde que o homem começou a se reunir em grupos e formar as sociedades, começou a destruir e modificar o Meio Ambiente, a migração para os centros urbanos, a construção de cidades e a extração de minérios para fabricação de diversos utensílios, só contribuíram para a

³⁶ PRIEUR, Michel. O Princípio da “Não Regressão” no Coração do Direito do Homem e do Meio Ambiente.

³⁷ PRIEUR, Michel. O Princípio da “Não Regressão” no Coração do Direito do Homem e do Meio Ambiente.

³⁸ PRIEUR, Michel. O Princípio da “Não Regressão” no Coração do Direito do Homem e do Meio Ambiente.

degradação ao Meio Ambiente.

O aumento populacional, o advento da revolução industrial, aliado ainda à implementação de um sistema capitalista voltado ao lucro desenfreado e ao consumo, a destruição ao Ambiente ganhou proporções inimagináveis, resultando com isso, no total desequilíbrio do Meio Ambiente.

Na busca pelo restabelecimento das condições ambientais mínimas, os ordenamentos jurídicos começaram a construir normas de proteção e recuperação do Meio Ambiente, normas estas que passaram a impor limites e condições da utilização da matéria prima extraída do Ambiente, cuidados na manipulação e transformação de produtos e insumos, normatizando ainda a emissão de gases e liberação de resíduos.

O que parecia ser a medida mais plausível a ser adotada mostrou-se, na verdade, em um empecilho ao Capitalismo, especialmente às atividades industriais, a agricultura e ao comércio, vez que os custos para a implantação das obrigações impostas pela legislação – dando conta da preocupação dos ambientalistas – são considerados elevados e muitas vezes impeditivos para a produção de determinado produto, tudo, em total atendimento aos anseios neoliberais.

Tais condições manifestaram-se num verdadeiro conflito entre a necessidade de atendimento à legislação ambiental e a necessidade de produção (modelo capitalista) o que, desaguou, indubitavelmente, em uma crise ambiental e social.

A necessidade de produção passou a impor um duelo entre o meio de produção e as normas de proteção ao Ambiente e, em alguns momentos, já é possível se admitir (cogitar) a relativização ou retrocesso das normas ambientais para que possam garantir os meios de produção e o alcance dos lucros.

Conforme já mencionado anteriormente e ratificado neste momento, “no atual contexto em que o direito ambiental se encontra, consagrado em um grande número de constituições como um novo direito humano, ele se vê paradoxalmente ameaçado em sua substância”³⁹.

Com tal panorama, multiplicaram os estudos sobre o impacto da degradação humana do Meio Ambiente, clamando assim, em razão dos indicativos encontrados, na necessidade da imposição do princípio da “não regressão” das normas ambientais, alçando-o à categoria de Direito Fundamental.

³⁹ PRIEUR, Michel. O Princípio da “Não Regressão” no Coração do Direito do Homem e do Meio Ambiente.

A consagração da efetivação desse princípio se deu com a publicação do novo relatório que alerta para os efeitos do aquecimento global, que devem ser severos e irreversíveis. Isso serviu de alerta para indicar a necessidade, não somente da manutenção das atuais normas de proteção ao Ambiente, quanto da necessidade de sua atualização e expansão, pois, tomando corpo o desejo de que as condições de vida no planeta melhorem, é preciso consagrar as normas ambientais e o princípio da “não regressão” da legislação sobre o tema, sob pena de perecimento irreversível do planeta.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BBC Brasil. **Dano Causado por Aquecimento Global Pode ser ‘Irreversível’, diz IPCC.** 2014. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/11/141102_ipcc_relatorio_fn>. Acesso em: 22 jan. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Título original: *L'età dei Diritti*.

BOM dia Brasil. **Relatório da ONU Alerta para Efeitos Severos do Aquecimento Global.** 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/03/relatorio-da-onu-alerta-para-efeitos-severos-do-aquecimento-global.html>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

BRASIL. **Lei nº 6938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 jan. 2015.

CETESB. Companhia Ambiental do Estado de São Paulo. **Gases do Efeito Estufa.** Disponível em: <<http://www.cetesb.sp.gov.br/mudancas-climaticas/proclima/Efeito%20Estufa/9-Gases%20do%20Efeito%20Estufa>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente:** a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). **Direito Ambiental em Evolução**. Curitiba: Juruá, 2008.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes Contra a Natureza**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009. Título original: *Der Kampf um's Recht*.

PRIEUR, Michel. O Princípio de Proibição de Retrocesso Ambiental. In: ROLLEMBERG, Rodrigo (Org.). **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

PRIEUR, Michel. O Princípio da “Não Regressão” no Coração do Direito do Homem e do Meio Ambiente. **Revista NEJ** - Eletrônica, v. 17, n. 1, p. 06-17, jan.-abr., 2012. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3634/2177>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

Rio 92, Conferência sobre o meio ambiente do planeta: desenvolvimento sustentável dos países. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92-sobre-o-meio-ambiente-do-planeta-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

WWF Brasil. **As Mudanças Climáticas**. Disponível em: <http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/reducao_de_impactos2/clima/mudancas_climaticas_2/?gclid=CMyx8-Hq1MMCFsGQ7Aod0SUAZ>. Acesso em: 25 jan. 2015.

O RETROCESSO NORMATIVO AMBIENTAL: APORTES METODOLÓGICOS DA HISTÓRIA DO DIREITO

Júlio César Garcia¹

INTRODUÇÃO

O Direito Ambiental brasileiro seguiu a tendência mundial e estabeleceu marcos legais avançados, especialmente a partir da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938/81) e do capítulo sobre meio ambiente na Constituição Federal de 1988.

Estes marcos legais constituíram o que parte da doutrina² passou a denominar de microssistema jurídico de Direito Ambiental, ou seja, um conjunto coerente de normas, com princípios próprios e de base constitucional, que regulam uma situação fática específica, no caso a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Diversas leis anteriores a 1988 foram recepcionadas e em sua grande maioria com aumento da relevância protetora de seus dispositivos. As décadas seguintes também testemunharam o surgimento de diversas leis federais, tais como a criação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, a Política Nacional de Educação Ambiental, a Política Nacional de Recursos Hídricos, a Lei de Crimes Ambientais e a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Apesar disto os conflitos entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico e social do Brasil nunca estiveram tão acirrados. Especialmente nos últimos anos observa-se um incremento significativo na renda de milhões de famílias brasileiras e o aumento do protagonismo

¹ Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), membro do Núcleo de estudos do Direito Administrativo, Urbanístico, Ambiental e Desenvolvimento – Pró-POLIS/UFPR, Mestre em Direitos Supra-individuais (UEM), docente do curso de Direito da UNIOESTE, campus de Foz do Iguaçu-PR, integrante do Grupo de Estudos em Direito Ambiental, Internacional e Sustentabilidade – GEDAIS/UNIOESTE, e editor da Revista Direito à Sustentabilidade - UNIOESTE.

² Sobre a caracterização do Direito Ambiental como microssistema jurídico vide: NERY Jr., Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 272; LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 51; ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 30; PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001, p. 06; SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. **A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia**. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglio. (org.) **Aspectos processuais do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 235.

internacional do país, gerando aquecimento econômico que leva ao aumento do consumo, da produção industrial, da demanda por insumos e matérias-primas, de energia e, por fim, da geração de resíduos líquidos, gasosos e sólidos. Mantém-se a tradição da época de escassez, com costumes e vícios no uso sem controle dos recursos naturais em uma nova época em que há maior acesso a recursos financeiros e ao crédito. O desenvolvimento brasileiro segue, assim, a tendência histórica mundial de aumentar significativamente a pressão sobre o meio ambiente, exigindo um reforço dos mecanismos de proteção ambiental, em especial os de natureza jurídica.

A reação de grande parcela de poluidores e prejudicados pelo enrijecimento da proteção do meio ambiente passou a ser articulada e nos últimos anos começou a ganhar corpo³. Trata-se de um movimento de flexibilização normativa e administrativa que pode resultar em uma verdadeira desconstrução do sistema jurídico-ambiental brasileiro, como o mesmo é conhecido hoje.

Diversos projetos de lei federal começaram a ser apresentados na última década no Congresso Federal buscando privilegiar condutas e criar exceções às regras de proteção ambiental. Apesar disto, os problemas ambientais continuam se agravando permitindo a conclusão de que os debates devem ser direcionados à revisão e melhoria contínua da legislação ambiental, mas não ao seu simples retrocesso.

Por esta razão, reconhecer o princípio da proibição do retrocesso ambiental no direito brasileiro é uma tarefa atual e urgente. O desafio é grande pois a construção de um conceito jurídico do não retrocesso deve equilibrar-se com outros princípios fundamentais, com base na hermenêutica jurídica e não incorrer no erro pelo excesso no sentido contrário. A ordem jurídica é dinâmica e assim deve ser a produção e a interpretação normativa. Por outro lado, existem limites e marcos valorativos e naturais que devem ser respeitados.

Neste sentido este estudo busca reunir pontos e aspectos centrais da teoria da História do Direito que auxiliem na delimitação das características do retrocesso normativo, em especial com a chamada “nova história”. A partir da dimensão temporal, que é um dos pontos determinantes

³ Tal reação pode ser compreendida como medidas adotadas pelo sistema bipolar apresentado por Zygmunt B. P. Plater composto pelo Estado e pelas forças do mercado e que dominaram boa parte da política ambiental do século passado nos EUA e foram sendo paulatinamente desafiadas por um sistema multipolar e pluralista após o final da década de 60. PLATER, Zygmunt J. B.; From the beginning, a fundamental shift of paradigms: A theory and short history of environmental law. **Loyola of Los Angeles Law Review**, n. 27, p. 981-1008, Boston: Boston College Law School Faculty Papers, 1994. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/lfp/175>>. Acesso em: 19.02.2015.

para a definição do retrocesso normativo, a história pode contribuir na análise de textos legais, circunstâncias de sua aprovação e contextos gerais que indiquem ou não a ocorrência de um retrocesso. Com base no método dedutivo e por meio da revisão bibliográfica, a partir de uma delimitação conceitual do retrocesso ambiental, é realizada uma apresentação geral da História do Direito e seus aspectos metodológicos, para então concluir pela sua aplicabilidade nos processos de identificação de retrocessos ambientais mediante a proposição de um roteiro metodológico específico.

1. O RETROCESSO AMBIENTAL

O Direito tradicionalmente aponta para um caminho progressivo, não linear, mas histórico, de desenvolvimento normativo⁴. Seja em decorrência de revoluções, crises sociais, novas descobertas científicas ou mudanças de valores éticos, a construção de novas leis apresenta-se sob o mito da progressividade linear e contínua.

Porém não são raros os casos em que os textos normativos retrocedem a formatos ou previsões mais antigas, que já se encontravam abandonadas ou consideradas superadas. Seja por razões lógicas, pelo prevalecimento de um costume arraigado ou para a defesa de determinados interesses ou condições, o retrocesso normativo é um fato que merece estudo devido ao seu potencial prejudicial nos casos relativos aos direitos fundamentais historicamente conquistados.

Por retrocesso entende-se o retorno a uma situação anterior considerada pior ou ultrapassada. Originário do latim *retrocessus*, este é o sentido apresentado pelo Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa⁵:

1. ato, processo ou efeito de retroceder, retrogradação, retrocessão - 2. deslocamento físico para trás, retorno ao local de onde se saiu; retirada, recuo - 3. **retorno no tempo; volta ao passado** - 4. **volta ao primitivo estado ou ordem, considerada ultrapassada em relação a uma determinada época** (r. política) - 5. estado ou condição do que está começando a se degradar; decadência. (grifos nossos)

Portanto, não é o simples retorno a situação anterior a atual que deve ser considerado um retrocesso, mas o fato deste retorno ocorrer de maneira prejudicial, ultrapassada, gerando

⁴ Neste sentido Robert Nisbet, *History of the Idea of Progress*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2008, p. XI; e J. B. Bury, *The Idea of Progress: An Inquiry into its Origins and Growth*, London, Macmillan and Co., 1920, p. 2.

⁵ HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1661.

prejuízos sociais, políticos, econômicos e ou ambientais. Observa-se nestes casos uma desconstrução ou inobservância do progresso já obtido, normalmente refletido no desenvolvimento de ações, institutos, instrumentos, políticas, programas, padrões de qualidade, etc.

O retorno sadio a uma situação anterior pode ser denominado de restauração jurídica, porém o retorno em sentido pejorativo, uma regressão, é o que caracteriza o retrocesso que se visa evitar ou impedir a partir da construção deste princípio jurídico.

Quando o retrocesso ambiental estiver em jogo a questão que se coloca é se uma geração humana possui o direito de impedir a vida com qualidade de outra geração (seja a atual geração comprometendo as condições para as gerações futura; sejam as gerações futuras servido de fundamento para impedir determinados padrões de vida para as presentes gerações), e de que maneira os mais modernos sistemas democráticos seriam capazes de validar uma decisão desta natureza.⁶ A crise ambiental e o princípio da proibição do retrocesso ambiental destroem a máxima criada a partir da Revolução Francesa, conforme explica Pietro Costa, estabelecendo que cada geração possui o direito de, partindo do zero, reinventar o futuro. Esta noção ficou consagrada na Constituição Jacobina de 1793 (artigo 28) que prescreve: “uma geração não pode assujeitar às suas leis as gerações futuras”.

De acordo com Peter Haberle⁷, tal previsão pode ter se baseado no direito fundamental à liberdade de todos, pelo princípio da democracia e ou devido a mudança subjacente a toda esfera humana. Em um estudo específico sobre o tema este autor enumera constituições de diversos países (Alemanha, 1984/1994; Suíça, 1990; Polônia, 1997; Albânia, 1998; Moldóvia, 1994; Ucrânia, 1996; Rússia, 1993) que passaram a tratar, de maneira ora expressa ora indireta, sobre as gerações futuras em seus textos e preâmbulos e que demonstram uma mudança na cultura jurídica e na relação do Direito com o tempo.⁸

É neste sentido que Antônio Herman Benjamin⁹ alerta para o fato de que as futuras gerações

⁶ HABERLE, Peter. *A constitutional law for future generations - the 'other' form of the social contract: the generation contract*. In TREMMEL, Jörg (org.), **Handbook of intergenerational justice**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 215-229.

⁷ HABERLE, Peter. *A constitutional law for future generations - the 'other' form of the social contract: the generation contract*. In TREMMEL, Jörg (org.), **Handbook of intergenerational justice**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 221)

⁸ HABERLE, Peter. *A constitutional law for future generations - the 'other' form of the social contract: the generation contract*. In TREMMEL, Jörg (org.), **Handbook of intergenerational justice**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 215-229.

⁹ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio de proibição de retrocesso ambiental. In **O Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental**. Brasília: Senado Federal, Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2011, p. 59.

não podem estar fisicamente presentes nos debates legislativos do presente, bem como não podem se manifestar as milhões de espécies existentes no planeta, muitas das quais se quer são conhecidas pela ciência. Para este autor, dentre os recursos jurídicos disponíveis para preservar os interesses das atuais e futuras gerações está o reconhecimento de um princípio geral do Direito Ambiental, considerado sistêmico: o princípio da proibição do retrocesso ambiental.¹⁰

Ainda não há consenso quanto a terminologia empregada hoje para expressar o princípio da proibição do retrocesso ambiental, que também recebe as seguintes denominações: (a) princípio do *standstill* no Direito belga; (b) "efeito catraca" ou "regra catraca anti-retorno" na doutrina francesa; (c) intangibilidade dos direitos fundamentais, para Olivier de Frouville; (d) direitos legislativos adquiridos ou a irreversibilidade dos direitos humanos, para Konrad Hesse; (e) a cláusula do *status quo* ou de proibição da retrogressão, para S. R. Osmani. Em inglês se encontra a expressão *ratchet principle*, em espanhol *prohibicion de regresividad o de retrocesso*; e em português "proibição de retrocesso".¹¹

Para o renomado autor francês o melhor ainda é optar pela expressão "princípio de não retrocesso" (*principe de non régression*) por ela "bem demonstrar que o que está em jogo é a salvaguarda do progresso adquirido no conteúdo da legislação ambiental".¹² Neste sentido, o autor explica que até se poderia utilizar a terminologia "princípio do progresso", mas ele é muito vago e na prática toda a legislação pressupõe garantir o progresso da sociedade. Além disto, explica o autor que o objetivo é destacar a especificidade do Direito Ambiental quanto aos recuos que constituem retrocesso na proteção do meio ambiente, mesmo quando estes não sejam absolutos, mas apenas gradações da regressão.

O autor brasileiro Carlos Molinaro¹³ defende a noção da proibição da *retrogradação* ambiental, pois "a vedação da degradação ambiental constitui-se no objeto do princípio da proibição da retrogradação socioambiental em sede de direito ambiental" (sic) e também que "retrogradar expressa melhor a ideia de retroceder". E continua Carlos Molinaro: "o que o direito ambiental objetiva é proteger, promover e evitar a degradação do ambiente" (sic).

¹⁰ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio de proibição de retrocesso ambiental. In **O Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental**. Brasília: Senado Federal, Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2011, p. 63.

¹¹ PRIEUR, Michel. *Le Nouveau Principe de "Non Régression" en Droit de L'environnement*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 08.

¹² PRIEUR, Michel. *Le Nouveau Principe de "Non Régression" en Droit de L'environnement*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 08.

¹³ MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 67.

O Direito Ambiental manifesta em suas normas e objetivos um caráter finalista de progresso e desenvolvimento sustentável. Esta é a lógica defendida por Michel Prieur e Gonzalo Sozzo. Para o autor francês "o objetivo do Direito Ambiental é de lutar contra a poluição e preservar a biodiversidade".¹⁴ Em outras palavras, "aquele que devido a seu conteúdo contribui para a saúde pública e à manutenção do equilíbrio ecológico integra o Direito Ambiental".¹⁵

Para Gonzalo Sozzo¹⁶, a finalidade assume o caráter de um progresso como perdurabilidade, o que leva a uma permanência transgeracional: "Penso que é necessário sermos mais radicais. Que a fundação do princípio da proibição do retrocesso exige uma base teórica mais ousada, mais universal, mais cosmopolita. Esta base é a ideia do progresso como perdurabilidade".

Segundo o autor argentino, a partir da segunda modernidade o futuro deixa de ser visto como progresso e começa a ser visualizado como duração, surgindo uma nova metáfora para se referir ao futuro: as gerações futuras.¹⁷ Assim observa-se uma nova transformação da noção de progresso: como perdurabilidade, o que nas palavras do autor "implica admitir que se progride quando se assegura as gerações futuras a transmissão de um certo volume de bens e o progresso como perdurável, não durável."¹⁸

Observe-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, juntamente com a noção de preservação dos processos ecológicos essenciais, indicam marcos ou limites mínimos para a proteção ambiental¹⁹, mas mais do que isto, criam feixes complexos de direitos humanos e deveres constitucionais interligados a partir da finalidade mediata desta proteção, qual seja, a promoção da qualidade de vida. Na prática, podem existir retrocessos ambientais que não impliquem necessariamente na degradação ambiental, razão pela qual a opção pela denominação

¹⁴ PRIEUR, Michel. *Le Nouveau Principe de "Non Régression" en Droit de L'environnement*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 09.

¹⁵ PRIEUR, Michel. *Le Nouveau Principe de "Non Régression" en Droit de L'environnement*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 10.

¹⁶ SOZZO, Gonzalo. *El Principio de No Retroceso en el Campo de la Teoría Jurídica: el Progreso como Perdurabilidad para las Generaciones Futuras*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 73.

¹⁷ SOZZO, Gonzalo. *El Principio de No Retroceso en el Campo de la Teoría Jurídica: el Progreso como Perdurabilidad para las Generaciones Futuras*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 73.

¹⁸ SOZZO, Gonzalo. *El Principio de No Retroceso en el Campo de la Teoría Jurídica: el Progreso como Perdurabilidad para las Generaciones Futuras*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 74.

¹⁹ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio de proibição de retrocesso ambiental. In **O Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental**. Brasília: Senado Federal, Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2011, p. 65.

“proibição do retrocesso ambiental” ainda se mostra mais abrangente e adequada.

Para Ingo Sarlet^{20 21} considera-se o retrocesso uma situação constitucionalmente ilegítima que configura-se “[...] quando forem transpostas certas barreiras, representadas, por sua vez, por um conjunto de limites expressos e implícitos estabelecidos pela ordem jurídico-constitucional, sem prejuízo de barreiras inerentes ao processo político e social, em geral mais eficazes quando se trata de conter determinadas reformas”.

José Gomes Canotilho²² reconhece não ser possível fazer frente à reversibilidade fática, tal como em recessões ou crises econômicas, porém entende que o princípio da proibição do retrocesso (no caso analisado no âmbito social) “[...] limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos*, em clara violação do *princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”. (grifos do autor)

Outra questão recorrente é a da defesa da soberania dos parlamentos frente ao direito adquirido das leis postas. Nestes casos observa-se que o excesso de poder legislativo se choca com a busca da equidade ambiental. Argumentar que a proibição do retrocesso dos direitos ambientais implicaria no engessamento legislativo ou mesmo no desrespeito ao papel e soberania do Poder Legislativo é um equívoco. Para tanto, fundamental será o reconhecimento de claros e seguros indicadores da Constituição Federal e dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico que apontem para os limites às mudanças legais e administrativas, no verdadeiro sentido do dirigismo constitucional.²³

É neste sentido que Éric Naim-Gesbert²⁴ explica que "o princípio da proibição do retrocesso significa o não-retorno sobre o acervo jurídico - contra ventos e mares - e uma concepção aberta à

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas a respeito dos direitos fundamentais sociais e a proibição de retrocesso: desafios e perspectivas. In **Cadernos da AMATRA IV**, n. 13, coletânea especial dos artigos relativos às palestras apresentadas no XX Encontro Regional da AMATRA, em Buenos Aires, nos dias 11 e 12 de junho de 2009, p. 4. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/cadernos/263-caderno-13?start=3>>, acessado em 15 de dezembro de 2011, p. 4.

²¹ Coletânea especial dos artigos relativos às palestras apresentadas no XX Encontro Regional da AMATRA, em Buenos Aires, nos dias 11 e 12 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/cadernos/263-caderno-13?start=3>>, acessado em 15 de dezembro de 2011.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 337.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 217.

²⁴ NAIM-GESBERT, Éric. *La Science et le Principe de Non-Retour sur l'Acquis Juridique*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 126.

adaptação da norma". Busca assim mostrar que o princípio não induz a imutabilidade, mas apenas estabelece um nível de proteção que não pode ser reduzido, seja material ou processualmente, de tal sorte que a modificação de uma norma que regule direitos fundamentais deve apresentar soluções no mínimo equivalentes em termos de resultados, demonstrando o caráter finalista do Direito Ambiental.

Cumpra agora analisar o desenvolvimento da História do Direito e destacar alguns de seus principais aportes metodológicos que possam contribuir para a identificação e caracterização de retrocessos normativos em matéria ambiental.

2. A HISTÓRIA DO DIREITO: CONTRIBUIÇÕES METODOLÓGICAS

A interpretação do passado por muito tempo ficou sob influência da Igreja, sendo somente a partir do século XVIII que o movimento iluminista começou o desenvolvimento da historiografia. E foi com o surgimento da Filologia (o conhecimento das línguas) que a História passou a ser tratada como disciplina acadêmica.²⁵

A Filologia buscou e permitiu “um conhecimento muito mais rigoroso e aprofundado das línguas antigas e de suas relações”, e com a Filologia Histórica “permitiu que o conhecimento dos documentos antigos fosse muito mais profundo e objetivo”.²⁶ Este foi considerado o passo decisivo para o conhecimento positivo do passado.

Para além da Escola Romântica, Metódica, do Historicismo, do Positivismo e do Marxismo, merece destaque a Escola dos Annales, conhecida por seu caráter paradigmático na história do pensamento histórico.²⁷ Seus fundadores são os historiadores Lucien Febvre (1878-1956) e Marc Bloch (1886-1944), a partir da criação da revista *Annales d'Histoire Économique et Sociale* na Faculdade de Estrasburgo.

A Escola dos Annales foi marcada pelas críticas à história metódica e positivista, e chamou atenção para a importância interdisciplinar e para a construção do objeto.²⁸

²⁵ FUNARI, Pedro Paulo A., SILVA, Gláydson José da. **Teoria da História**. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 29-30.

²⁶ FUNARI, Pedro Paulo A., SILVA, Gláydson José da. **Teoria da História**. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 30.

²⁷ FUNARI, Pedro Paulo A., SILVA, Gláydson José da. **Teoria da História**. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 55.

²⁸ FUNARI, Pedro Paulo A., SILVA, Gláydson José da. **Teoria da História**. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 56-67.

Mas como observa Luís Fernando Lopes Pereira²⁹, “a ruptura feita pela Escola dos Annales e pelo Marxismo foi apenas o começo. Maiores rupturas viriam com a contemporaneidade e afetariam diretamente o conhecimento histórico, fazendo com que seu foco se alterasse para questões mais fragmentadas e cotidianas”.

Atualmente muitas outras divisões e especializações da História são observadas: História Econômica, do Consumo, do Gerenciamento, da Publicidade, e até mesmo um “empreendimento jovem, mas ambicioso”³⁰: a História do Meio Ambiente ou Eco-História.

Agora se fala (novamente) em uma “nova história”, ou seja, um movimento unido apenas naquilo a que se opõe, ou nas palavras de Burke³¹: “é a história escrita como uma reação deliberada contra o ‘paradigma’ tradicional”. Dentre as características desta nova história, Burke³² destaca as seguintes: se interessa por virtualmente toda a atividade humana; preocupa-se com a análise das estruturas; é uma história vista de baixo, com as opiniões de pessoas comuns e com sua experiência da mudança social; vai além da fonte documental para analisar uma maior variedade de evidências (visuais, orais, estatísticas); amplia os questionamentos dos historiadores sobre os fatos, alcançando tanto movimentos coletivos, quanto com ações individuais, tanto com as tendências, quanto com os acontecimentos; e reconhece-se a relatividade cultural e a impossibilidade de uma história objetiva e neutra.

Em meio ao desenvolvimento da teoria geral da história, também desenvolve-se a História do Direito. Esta é definida por Ricardo Marcelo Fonseca³³ de duas maneiras: de um lado, “é o ramo do saber que se ocupa do passado jurídico” e de outro lado “é o objeto deste mesmo saber, aquilo que está sendo estudado”.

Como bem alerta André Peixoto Souza³⁴ “História do Direito não deixa de ser história vinculada a determinado ramo do conhecimento histórico. Fazer história do direito pressupõe, no entanto, conhecimentos específicos acerca de categorias inerente’ ao “universo jurídico”...

²⁹ PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método. In FONSENCA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 32.

³⁰ BURKE, Peter. (org.) **A escrita da história: novas perspectivas**. São Paulo: Unesp, 2011, p. 8.

³¹ BURKE, Peter. (org.) **A escrita da história: novas perspectivas**. São Paulo: Unesp, 2011, p. 10-11.

³² BURKE, Peter. (org.) **A escrita da história: novas perspectivas**. São Paulo: Unesp, 2011, p. 10-15.

³³ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do Direito**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33.

³⁴ SOUZA, André Peixoto. **Uma historiografia para a cultura jurídica brasileira**. In FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 67.

A História do Direito no século XIX tratou do Estado como personagem principal (momento aquele em que os Estados-nação estão adquirindo sua forma acabada). A partir da influência da escola dos Annales surge também uma nova história do direito, na qual o personagem principal passa a ser a vida material.³⁵

Ainda de acordo com José Reinaldo de Lima Lopes³⁶ a história é virtualmente fatual e virtualmente estrutural e, por estas razões, deve levantar suspeitas do poder, do romantismo, das continuidades e da ideia de progresso e evolução. Quanto a esta última suspeita merece destaque a percepção do autor de que o futuro é contingente e aberto e apesar da tendência de olharmos para ele com a noção de uma continuidade a história mostra que há constantes inovações e também contingência pura e simples.³⁷

Dentre as tarefas da história do direito, José Reinaldo de Lima Lopes³⁸ indica a história da cultura e das instituições, mas ressalta-se para este estudo a importância da história das fontes, que deve buscar o esclarecimento dos fatos correlacionados com o processo de sua criação, conflitos entre normas, etc.

A importância do estudo do passado do Direito está, nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca³⁹ em, ao demonstrar “as profundas diferenças existentes entre experiências jurídicas do passado e da atualidade, ter a capacidade de relativizar o presente, contextualizar o atual, ‘desnaturalizando-o’ e colocando-o na contingência e na provisoriedade histórica a que ele pertence”.

Para o trabalho científico, a escolha de uma teoria é condicional e essencial para o desenvolvimento das pesquisas e o alcance de resultados. Nas palavras de Antonio Manuel Hespanha⁴⁰ “a tarefa historiográfica não pode decorrer sem a adesão a um modelo explicativo prévio que permita selecionar as questões relevantes e relacioná-las entre si, adotar as estratégias de pesquisa adequadas, estabelecer ligações entre os fatos apurados pela investigação empírica”.

Para alcançar a condição histórico-crítica sobre determinado tipo de sociedade e suas

³⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2-3.

³⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4-7.

³⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 7.

³⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 8.

³⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do Direito**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 36.

⁴⁰ HESPANHA, António Manuel. **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978, p. 16.

instituições jurídicas, impõe-se, obrigatoriamente para Antonio Carlos Wolkmer⁴¹, “visualizar o Direito como reflexo de uma estrutura pulverizada não só por um certo modo de produção da riqueza e por relações de forças societárias, mas, sobretudo, por suas representações ideológicas, práticas discursivas hegemônicas, manifestações organizadas de poder e conflitos entre múltiplos atores sociais”.

Dentre os métodos disponíveis, destacam-se as perspectivas chamadas de culturalistas, e em especial o método da cultura jurídica, explicado por Luís Fernando Lopes Pereira⁴². A partir da premissa da circularidade da cultura jurídica⁴³, este mesmo autor chama a atenção para a importância da experiência para a compreensão da ciência jurídica e ainda, diferenciando-se do positivismo historicista, “reconhece-se a necessidade de analisar, de discutir, de dar sentido ao passado”⁴⁴. Em outras palavras, “a historiografia não é a descrição de coisas, mas atribuição de sentido: logo, uma interpretação que busca colher significados hermenêuticos”.⁴⁵

E mais a seguir, continua a explicar este método da análise da cultura jurídica “[...] devem seguir orientações que possibilitem a construção de uma interpretação (aberta, complexa e provisória) do fenômeno jurídico como fenômeno cultural e, como tal, constituído a partir de influxos recíprocos internamente ao campo jurídico e fora dele.”⁴⁶

É neste sentido que se deve verificar o processo histórico pelo qual determinada norma foi criada para então situar o texto de uma nova norma posterior que a altere. Com base neste cotejo será possível identificar os elementos caracterizadores ou não de um retrocesso normativo, para então, em um último passo, analisar-se este retrocesso para concluir se o mesmo é proibido ou admitido pelo ordenamento jurídico constitucional.

⁴¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. XIX.

⁴² PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método. In FONSENCA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012.

⁴³ Esta circularidade é inspirada, conforme explica Pereira, nas orientações de Carlo Ginzburg, e refere-se a noção de que a cultura jurídica circula entre a interna e a externa

⁴⁴ PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método. In FONSENCA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 34-36.

⁴⁵ PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método. In FONSENCA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 36.

⁴⁶ PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método. In FONSENCA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 42.

3. RETROCESSOS NORMATIVOS AMBIENTAIS: UM OLHAR HISTÓRICO

A identificação do retrocesso normativo pressupõe uma alteração em dispositivos legais que tenham consequências temporais, ou seja, projetam-se para o futuro, alteram o presente e relacionam-se com termos do passado. Esta característica é própria do processo de transformação legislativa e no caso de retrocessos normativos ganha destaque pois relaciona-se essencialmente com uma volta ao passado: seja positiva, ou seja, para uma condição previamente existente, seja negativa, isto é, para uma condição prévia de ausência do dispositivo revogado.

Neste sentido, o presente estudo procura fundamentar-se nos aspectos históricos já apresentados, especialmente os aportes metodológicos da nova escola da história e de seus desdobramentos na História do Direito, para propor um método de análise de casos suspeitos de caracterizarem retrocesso normativo ambiental.

Este método percorre os seguintes passos sequenciais: 1. a identificação do texto ou comando legal atual; 2. a identificação do texto ou comando legal do passado; 3. a comparação entre os textos ou comandos legais identificando similitudes e diferenças; 4. a identificação de pontos que apresentem indícios de retrocesso; 5. o detalhamento dos casos de aparente retrocesso para identificar aspectos diversos que ampliem a compreensão de ambos os textos legais; 6. a conclusão sobre a ocorrência de retrocesso.

Os dois primeiros passos dizem respeito a delimitação objetiva e detalhada dos textos, artigos ou dispositivos legais a serem comparados. No caso da revogação de um dispositivo que não encontre previsão anterior similar, o segundo passo resume-se a uma busca ampla o suficiente para demonstrar esta ausência legal no passado.

O terceiro passo busca a comparação entre os textos, numa análise preliminar, de caráter essencialmente textual. Seu objetivo é o de verificar aspectos gerais que demonstrem a relação de pertinência ou não entre os textos. Este passo fundamenta-se na qualificação de institutos, instrumentos, valores ou regras jurídicas, de maneira a permitir a verificação de identidade entre os mesmos. Tal procedimento em muito se assemelha com o processo de qualificação empregado no Direito Internacional Privado para a definição da natureza jurídica do fato ou norma analisada e verificação de sua relação ou aplicabilidade no direito interno.⁴⁷

⁴⁷ BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 215.

No caso do Direito Internacional Privado, a qualificação é feita com base na *lex fori* (direito do país onde a questão foi levada à apreciação do Poder Judiciário). No caso da verificação de retrocesso normativo, a qualificação é feita com base na definição e interpretação mais contemporânea e mediante o cotejo com aspectos históricos que indiquem interpretação semelhante no direito passado.

No quarto passo busca-se identificar características ou indícios da ocorrência de retrocesso normativo, o que decorre da observação lógica e objetiva da revogação de direitos vigentes não compensados ou substituídos por outros com resultados equivalentes, ou ainda pelo retorno a um modelo ou dispositivo legal anterior cujo nível de proteção possa ser demonstrado como inferior. Nesta etapa o processo se restringe a identificar os trechos ou dispositivos legais que representem retrocesso normativo.

A quinta fase é aquela na qual a metodologia da História do Direito é mais exigida. Nesta fase busca-se o detalhamento dos casos identificados na etapa anterior, mediante o aprofundamento do texto normativo, sua teleologia, localização sistemática no conjunto legal e da ordem jurídica em que está inserida, o contexto⁴⁸ e contingências históricas e sociais⁴⁹ nas quais foi criada e desenvolvida, para então fazer-se esta mesma análise profunda quanto a situação nova, que se percebe como sendo, na realidade, anterior, de maneira a apontar argumentos e fatos que demonstrem a ocorrência do retrocesso normativo. Trata-se de uma etapa na qual o caráter interdisciplinar da “nova história” e todos os seus elementos metodológicos críticos se sobressaem para uma interpretação crítica da realidade. Para tanto, destaca-se o aspecto linguístico e cultural da interpretação do fenômeno jurídico e, a partir da metodologia da circularidade jurídica a busca da cultura jurídica dos rústicos, daqueles personagens mais fronteiriços que circundavam os fenômenos relacionados com as questões do retrocesso em análise.⁵⁰

Um grande desafio desta análise histórica das normas está na aplicação da metodologia da

⁴⁸ “Os acontecimentos ou mesmo os indícios só podem ser explicados a partir do contexto”. (PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método. In FONSENCA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 37)

⁴⁹ “Ao se trabalhar com a ideia de circularidade, busca-se, na verdade, a raiz popular do fenômeno, destacando aspectos de sua construção que por si só estabelecem pontes com outros aspectos sociais”. (PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método. In FONSENCA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 49)

⁵⁰ PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método. In FONSENCA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012.

história das mentalidades, pois como explica Philippe Ariès⁵¹: “[...] certas coisas [...] eram concebíveis, aceitáveis, em determinada época, em determinada cultura, e deixavam de sê-lo em outra época e numa outra cultura. [...] Não é que não tenhamos mais os mesmos valores, mas que os reflexos elementares não são mais os mesmos.”

Portanto, a metodologia histórica serve de aporte para a compreensão também das mentalidades que sustentaram a criação da norma no passado, a sua atualização, mudança ou evolução para o futuro, e a mentalidade nova que propugna o retrocesso. Neste percurso, diversos elementos passam a ser essenciais para indicar se o retrocesso ocorre desde a própria mudança de mentalidade, se ele se projeta tão somente no texto normativo ou ainda, se na realidade a nova mentalidade possui alcance até mais avançado que a anterior, utilizando de outros recursos jurídicos para manter o nível de proteção jurídica do meio ambiente.

Diante de todos os fatos e argumentos, a última etapa fica com a conclusão pela ocorrência ou não do retrocesso normativo. Nesta sexta e última etapa encontra-se o desfecho do processo de identificação do retrocesso normativo, e que busca sintetizar a linha de raciocínio e indicadores ou apontadores para a sua ocorrência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da metodologia apresentada é possível realizar uma análise dos casos de retrocesso normativo ambiental de maneira criteriosa e fundada em método histórico, não apenas positivista e objetivo, mas complexo e dinâmico, nos termos das mais modernas teorias da História do Direito. Permite ainda afastar análises meramente subjetivas, políticas ou ideológicas que deixem de contemplar a real natureza das normas em seus respectivos momentos históricos, a partir de uma visão multidisciplinar e interdisciplinar, que leva em consideração a experiência e a circularidade da cultura jurídica. Sem contudo, ignorar os estes mesmos aspectos subjetivos, políticos e ideológicos que passam a ser analisados a partir da técnica da história das mentalidades.

Desta maneira torna-se possível identificar os casos em que textos passados sejam considerados deslocados e incabíveis na realidade atual, em que pese terem sido válidos e

⁵¹ *Apud* SOUZA, André Peixoto. **Uma historiografia para a cultura jurídica brasileira**. In FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 63

justificáveis em seu momento histórico, tanto em virtude de mudanças de mentalidades, quanto a mera mudanças de interesses. Por outro lado, poderão ser identificados casos em que a aparente volta a um texto anterior poderá na prática avançar os resultados que eram almejados pela lei revogada.

Mas o mais importante será permitir que os verdadeiros casos de retrocesso sejam identificados com base em dados históricos complementares a interpretação lógica e sistemática dos textos. Esta conclusão só será possível mediante a compreensão dos valores e princípios normativos válidos e informadores da ordem jurídica atual, que servem de modelo ou diretrizes para a comparação com condições anteriores.

Por fim, também deve-se ressaltar que os retrocessos normativos não podem ser identificados apenas em casos de retorno objetivo a textos ou valores passados, mas também e, talvez, principalmente, pela descontinuidade, abandono ou desconstrução de normas e valores construídos apenas na ordem jurídica vigente. São os casos nos quais não será possível encontrar referência histórica comparativa, salvo quanto a história recente, imediatamente anterior ao novo momento legal.

A partir de uma definição precisa, complexa e multidisciplinar, um caso de retrocesso normativo poderá finalmente ser analisado sob o enfoque do princípio da proibição de retrocesso ambiental, cujos critérios e métodos darão início a uma nova fase de avaliação com objetivos e resultados próprios, especialmente fundados na proteção dos direitos fundamentais, do dirigismo constitucional e dos bens constitucionais tutelados pelo Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMIRANTE, Domenico. *Le principe de non régression de l'environnement en droit italien*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 333-346.

ARAGÃO, Alexandra. *Le fondement européen de la prohibition de régression: le niveau élevé de protection de l'environnement*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 347-364.

BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009.

BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio de proibição de retrocesso ambiental. In **O Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental**. Brasília: Senado Federal, Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, 2011.

BORN, Charles-Hubert. *Le principe de non régression en droit de l'environnement - la situation en Belgique*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 285-306.

BURKE, Peter. (org.) **A escrita da história: novas perspectivas**. São Paulo: Unesp, 2011.

CAMPELLO, Célio da Cunha. **Áreas verdes: índices que sustentam a vida**. Portal do Ministério Público do Estado de São Paulo. 2008. Disponível em: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/material_apoio/mamodelos/mod_urbanismo/mod_urb_pecas/mod_urb_pecas_parecer/ÁREAS-VERDES-ÍNDICES-QUE-SUSTENTAM-A-VIDA.pdf, acessado em: 08/11/11.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO, Cleide. Desmatamento aumentou 127% em áreas de proteção ambiental nos últimos dez anos. In **O Globo**, 06/10/2011. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/10/06/desmatamento-aumentou-127-em-areas-de-protecao-nos-ultimos-dez-anos-925531398.asp>, acessado em: 08/11/11.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do Direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

FUNARI, Pedro Paulo A., SILVA, Glaydson José da. **Teoria da História**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

GARCIA, Júlio César. A multidimensionalidade do bem ambiental e o processo civil coletivo brasileiro. In **Revista de Direito Ambiental**, n. 37. São Paulo: RT, 2004, p. 110-137.

HABERLE, Peter. *A constitutional law for future generations - the 'other' form of the social contract: the generation contract*. In TREMMEL, Jörg (org.), **Handbook of intergenerational justice**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 215-229.

HACHEZ, Isabelle. **Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative**. Bruylant, Bruxelles, 2008.

HERVÉ-FOURNERAU, Nathalie. *Le principe de non régression environnementale, en droit de l'Union*

Européenne: entre idéalité et réalité normative? In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 197-220.

HESPANHA, António Manuel. **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MACUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NAIM-GESBERT, Éric. *La Science et le Principe de Non-Retour sur l'Acquis Juridique*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelas: Bruylant, 2012.

OLIVEIRA, Marina. Cientistas pedem adiamento da votação do novo Código Florestal. In **G1, Política**, 25/04/11. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/04/cientistas-pedem-adiamento-da-votacao-do-novo-codigo-florestal.html>, acessado em: 08/11/11.

PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método. In FONSENCA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. In **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS** nº 17, 1999, p. 111-132.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Algumas notas a respeito dos direitos fundamentais sociais e a proibição de retrocesso: desafios e perspectivas. In **Cadernos da AMATRA IV**, n. 13, coletânea especial dos artigos relativos às palestras apresentadas no XX Encontro Regional da AMATRA, em Buenos Aires, nos dias 11 e 12 de junho de 2009, p. 4. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/cadernos/263-caderno-13?start=3>>, acessado em 15 de dezembro

de 2011.

SOUZA, André Peixoto. **Uma historiografia para a cultura jurídica brasileira**. In FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012.

PRIEUR, Michel. *Le Nouveau Principe de "Non Régression" en Droit de L'environnement*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelas: Bruylant, 2012.

_____. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In SENADO FEDERAL. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. **Coletânea do Colóquio O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Brasília-DF: 2012, p. 40.

SOZZO, Gonzalo. *El Principio de No Retroceso en el Campo de la Teoría Jurídica: el Progreso como Perdurabilidad para las Generaciones Futuras*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelas: Bruylant, 2012.

WINTER, Gerd. *Non Regression Principle in German Law*. In PRIEUR, Michel; SOZZO, Gonzalo. (org.). **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelas: Bruylant, 2012, p. 365-373.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

O ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO E A NOVA REALIDADE DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS: DESAFIOS E AMEAÇAS¹

Charles Alexandre Souza Armada²

INTRODUÇÃO

A relação do ser humano com o meio ambiente tem demonstrado um resultado ao mesmo tempo insatisfatório e assombrosamente persistente ao longo das últimas décadas.

O resultado insatisfatório, para ambos os participantes da relação, refere-se, de um lado, aos níveis de degradação impostos ao meio ambiente, e, de outro lado, aos impactos negativos na qualidade de vida das pessoas que, por sua vez, dependem de um meio ambiente sadio e equilibrado para viver.

O presente artigo procura analisar as respostas que os Estados nacionais vêm apresentando para enfrentar a crise ambiental global. Nesse sentido, examina-se, em um primeiro momento, o estágio atual de degradação ambiental planetária.

Após a apresentação dos sinais de agravamento da atual crise ambiental, examina-se o novo modelo de Estado que eleva a preocupação com o meio ambiente à categoria de norma constitucional, o Estado Socioambiental de Direito.

Como resultado final, a pesquisa pretende analisar os desafios e as perspectivas que se apresentam tanto para o Estado Socioambiental de Direito como para a crise ambiental global.

A metodologia utilizada para o presente artigo foi indutiva, operacionalizada pelas técnicas do referente, pesquisa bibliográfica, categorias básicas e conceitos operacionais.

¹ Artigo produzido no âmbito do programa de doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI como trabalho final de participação na Escola de Altos Estudos promovido pela UNIVALI no período de 27 de outubro a 06 de novembro de 2014.

² Graduado em Administração de Empresas pela Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC-SP). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Público pela Fundação Regional de Blumenau (FURB). Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI e mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante-Espanha. Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI como bolsista CAPES e doutorando em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante. Itajaí, Santa Catarina, Brasil. charlesarmada@hotmail.com

1. UMA CRISE AMBIENTAL COM CONTORNOS PLANETÁRIOS

Principalmente a partir da década de 70, o crescimento desordenado das cidades e o aumento no ritmo de crescimento da população do planeta alteraram de forma significativa a delicada constituição da biosfera, termo utilizado por Arnold Toynbee para designar a “película de terra firme, água e ar que envolve o globo de nosso planeta Terra”³.

A partir da década de 80, os problemas intensificaram-se e nosso planeta passou a conviver de forma mais próxima e recorrente com a questão ambiental. Começou a ficar claro que o homem havia ultrapassado algum limite. Edgar Morin apresenta os principais sinais de alerta que surgiram nesse período⁴:

- a) grandes catástrofes locais com amplas consequências (acidentes nucleares nas usinas de Chernobyl e ThreeMileIsland, poluição do ar em Atenas e na Cidade do México, etc);
- b) problemas mais gerais nos países industrializados (urbanização maciça, contaminação das águas, envenenamento dos solos por pesticidas e fertilizantes);
- c) problemas mais gerais nos países não-industrializados (desertificação, desmatamento, etc);
- d) problemas globais relativos ao planeta como um todo (efeito estufa, decomposição da camada de ozônio, etc).

Nas décadas seguintes, os problemas relacionados com a intervenção humana sobre o meio ambiente intensificaram-se. Percebe-se, hoje, que os impactos ambientais caracterizados por sua repercussão sobre os elementos constitutivos do ambiente (água, solo, flora, etc.) deram lugar a problemas ambientais com proporções intergeracionais, com a capacidade de comprometer as bases para a sobrevivência de todas as espécies no planeta⁵.

O advento do novo milênio não modificou o nível de agressões ao meio ambiente. Em decorrência, novos problemas ambientais tem pautado a agenda de países e organizações internacionais.

Segundo Landa, Ávila e Hernández, é possível identificar os seguintes indicadores da crise ambiental global: as emissões anuais de bióxido de carbono (CO₂) quadruplicaram desde 1950, desmatamento anual de 13 milhões de hectares (97% nos trópicos), na última década

³ TOYNBEE, Arnold. **A humanidade e a mãe-terra**: uma história narrativa do mundo. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.p. 22.

⁴ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Porto Alegre: Sulina, 1995. p. 73.

⁵ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. A imputação da responsabilidade civil por danos ambientais associados às mudanças climáticas. *In: Direito e mudanças climáticas* [recurso eletrônico]: responsabilidade civil e mudanças climáticas / organizado por Paula Lavratti e Vanêsa Buzelato Prestes. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2010. p. 11-13.

desapareceram sistemas florestais em ao menos 25 países e em outros 29 a diminuição chegou a 90%, a degradação do solo afeta 84% das terras de cultivo do mundo, aproximadamente 1,900 milhões de hectares de terras degradadas, extinção de espécies sem precedentes, perda de cerca de 17,500 espécies a cada ano, entre 1,000 e 10,000 vezes a mais que antes da intervenção humana⁶.

Contudo, além dos indicadores já apresentados, os estudos que confirmam o aquecimento global talvez sejam os mais graves. De acordo com os informes do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), o aquecimento do sistema climático é inequívoco e, desde a década de 1950, muitas das mudanças observadas são sem precedentes. A atmosfera e o oceano têm aquecido, as quantidades de neve e gelo têm diminuído, o nível do mar subiu e as concentrações de gases de efeito estufa aumentaram⁷.

Com base em estudos desenvolvidos pela National Oceanic and Atmospheric Administration, NOAA na sigla em inglês para a Administração Nacional Oceânica e Atmosférica dos Estados Unidos, há dez indicadores que corroboram o status atual de aquecimento global: aumento no nível dos oceanos; aumento das temperaturas na superfície dos oceanos; maior calor nos oceanos; aumento da umidade; aumento das temperaturas sobre os oceanos; aumento da temperatura na troposfera; aumento da temperatura sobre a terra; diminuição das geleiras; menor cobertura de neve e menos gelo flutuando nos oceanos⁸.

De acordo com Eduardo José Viola:

Desde 2005 uma série de eventos tem iniciado um novo período de percepção da ameaça da mudança climática: furacões mais frequentes e intensos nos EUA e países caribenhos, fortes incêndios em vastas áreas dos EUA e Austrália, mortes por onda de calor na Europa, intensificação de tufões e tormentas severíssimas no Japão, China, Filipinas e Indonésia, inundações catastróficas ao lado de secas severíssimas na Índia e África, secas intensas na Amazônia brasileira, primeiro furacão registrado no Atlântico Sul⁹.

Apenas em 2011, terremotos seguidos de tsunamis e deslizamentos de terra causaram

⁶ LANDA, R., B. ÁVILA y M. HERNÁNDEZ. 2010. **Cambio Climático y Desarrollo Sustentable para América Latina y el Caribe**. Conocer para Comunicar. British Council, PNUD México, Cátedra UNESCO-IMTA, FLACSO México. México D.F. p. 14.

⁷ IPCC, 2013: Summary for Policymakers. In: **Climate Change 2013: The Physical Science Basis**. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Stocker, T.F., D. Qin, G.-K. Plattner, M. Tignor, S.K. Allen, J. Boschung, A. Nauels, Y. Xia, V. Bex and P.M. Midgley (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA. p. 3.

⁸ NOAA. **Ten Signs Of A Warming World**. Disponível em: <<http://cpo.noaa.gov/warmingworld/>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

⁹ VIOLA, Eduardo José. Perspectivas da Governança e Segurança Climática Global. Câmara dos Deputados, Edições Câmara. **Plenarium**, v.5, n.5, p.178-196, out., 2008. p. 180.

mais de 20 mil mortes e prejuízos aos EUA, somando US\$ 365 bilhões (R\$ 730 bilhões) e 1 milhão de pessoas sem casas. O impacto mais severo, contudo, foi para os pequenos países insulares em desenvolvimento, alguns dos quais sofreram perdas de até 8% do PIB¹⁰.

As agressões ao meio ambiente, portanto, além de persistirem, também cresceram em magnitude. No caso do Brasil, eventos inusitados na história do país começaram a demonstrar que já se convive com uma nova realidade climática global.

O furacão Catarina, que atingiu a costa do sul do Brasil em 2004, foi o primeiro registrado no Atlântico Sul. Conforme o Anuário Brasileiro de Desastres Naturais, 2011, do Centro Nacional de Gerenciamento de Riscos e Desastres:

O furacão Catarina foi o primeiro registro de um ciclone tropical no Oceano Atlântico Sul. Ele atingiu a costa de Santa Catarina e Rio Grande do Sul no dia 28 de março de 2004. Condições excepcionalmente favoráveis nos padrões oceânicos e atmosféricos fizeram com que um ciclone extratropical comum, nessa região, fosse gradativamente adquirindo características de um inédito ciclone tropical. Os ventos em torno de 150 km/h fizeram com que ele fosse classificado como um furacão de categoria 1 na escala Saffir-Simpson, deixando um total de 100.000 residências afetadas, 75 pessoas feridas e 3 óbitos¹¹.

A mudança climática é, de fato, um dos desafios mais complexos deste século e, dado às suas características transfronteiriças, nenhum país está imune aos possíveis impactos que poderão surgir.

Conforme Landa, Ávila e Hernández, “La crisis ambiental es mundial, pero en cada país y región del planeta son diferentes los problemas y los procesos de deterioro de los recursos naturales”¹².

Os problemas assinalados confirmam o entendimento de Arnold Toynbee ao afirmar que “o homem é a primeira espécie de ser vivo em nossa biosfera que adquiriu o poder de destruí-la e, ao

¹⁰PNUD-Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório do desenvolvimento humano 2013: a ascensão do sul**. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

¹¹BRASIL. MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. Secretaria Nacional de Defesa Civil. Centro Nacional de Gerenciamento de Riscos e Desastres. **Anuário brasileiro de desastres naturais: 2011** / Centro Nacional de Gerenciamento de Riscos e Desastres. - Brasília: CENAD, 2012. p. 12.

¹²LANDA, R., B. ÁVILA y M. HERNÁNDEZ. 2010. **Cambio Climático y Desarrollo Sustentable para América Latina y el Caribe**. Conocer para Comunicar. British Council, PNUD México, Cátedra UNESCO-IMTA, FLACSO México. México D.F. p. 15.

assim fazer, de liquidar a si mesmo”¹³.

Jared Diamond, no mesmo diapasão, sustenta que, historicamente, é possível identificar alguns fatores determinantes para o colapso de civilizações. Diamond apresenta um quadro de cinco pontos de possíveis fatores contribuintes para compreender qualquer colapso ambiental. Quatro desses conjuntos de fatores, composto por danos ambientais, mudanças climáticas, vizinhos hostis e parceiros comerciais amigáveis, podem ou não ser significativos para o colapso ambiental em uma determinada sociedade. O quinto conjunto de fatores, representado pelas respostas dadas pelas sociedades para seus problemas ambientais é sempre significativo ou determinante para a configuração do colapso ambiental¹⁴.

O planeta encontra-se, portanto, numa situação limite que, por sua vez, impõe questões cujas respostas crescem em importância a cada dia. Estas questões relacionam-se com a saúde do planeta e, ato de consequência, com a própria permanência do homem na Terra.

A atual dimensão dos problemas ambientais caracteriza-se, portanto, pelo seu caráter planetário, intergeracional e sua origem difusa, entrelaçada com os processos históricos de construção dos valores civilizatórios vigentes: padrão de consumo, ideais de riqueza, modelos energéticos, etc. Dentre estes problemas ambientais, destacam-se o aquecimento global e as mudanças climáticas.

Tendo em vista a situação de degradação ambiental do planeta e, em consequência, os perigos que essa degradação impõe ao ser humano, tornou-se necessária a tutela efetiva do meio ambiente pelo Estado no sentido de garantir a própria existência da humanidade.

O Estado de Direito Socioambiental tem início, portanto, num momento particular da história do planeta. O novo modelo de Estado, o Estado de Direito Socioambiental, valendo-se de seus atributos jurídicos e institucionais, tem o objetivo de fornecer a mínima segurança necessária para a garantia da qualidade de vida sob o enfoque ambiental.

2. O ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO COMO NOVO MODELO DE ESTADO NACIONAL

O Estado Socioambiental de Direito surge num momento particular da história do planeta.

¹³ TOYNBEE, Arnold. A humanidade e a mãe-terra: uma história narrativa do mundo. p. 36.

¹⁴ DIAMOND, Jared. **Collapse**: how societies choose to fail or succeed. New York: PenguinBooks, 2005. p. 11.

Uma série de fatores acabou por impulsionar o Estado contemporâneo para a alternativa do Estado Ambiental. Dentre estes fatores, talvez o mais importante tenha sido o nível de agressão, sistemático e cumulativo, percebido pelo meio ambiente planetário.

Jesús Jordano Fraga, tratandodo Estado Ambiental, apresenta:

Hoy se habla del Estado ambiental (LETTERA) como fórmula superadora constitucional (después del Estado de Derecho y del Estado Social) para significar que la preocupación ambiental es la determinante en la forma de Estado de nuestros días¹⁵.

Canotilho, com o mesmo sentido, utiliza a expressão Estado Constitucional Ecológico para designar a nova ordem jurídica e social voltado para um “plano dúctil centrado sobre os problemas nucleares do desenvolvimento sustentado, justo e duradouro”¹⁶.

Apesar das diferentes nomenclaturas utilizadas pela doutrina, estetrabalhouutilizará preferencialmente a expressão “Estado Socioambientalde Direito”por entender que é aquela que melhor exprime as novas demandas e anseios sociais relacionados com a proteção do meio ambiente, demandas e anseios elevados à categoria de direito fundamental, e, adicionalmente, anecessária atuação conjunta do Estado e da comunidade para essa proteção.

Carlos Alerto Molinaro explica o sentido do adjetivo socioambiental para o modelo de Estado que pretende superar a crise ambiental global:

[...] o adjetivo socioambiental, tenciona superar a dicotomia público/privado, qualifica as políticas públicas ambientais com os movimentos sociais, estabelece uma metodologia da ação social e ambiental, via um juízo crítico informado pelas políticas ambientais, promovendo uma pedagogia ambiental explícita, afirma o ambiente como ‘um lugar de encontro’, onde se dá a totalidade das relações, vale dizer um espaço físico apropriado para o exercício das ações socioambientais, promovendo um conjunto complexo de condições sociais, morais, naturais e culturais que cercam os seres vivos e neles podem influir decisivamente¹⁷.

O conceito apresentado por Wolkmer e Paulitsch reforça a proteção ao meio ambiente pretendida pelo Estado de Direito Socioambiental:

Trata-se de um Estado em cuja ordem constitucional a proteção ambiental ocupa lugar e hierarquia fundamental, resultando que, na promoção dos direitosprestacionais, a preservação das condições

¹⁵ FRAGA, Jesús Jordano. El derecho ambiental del siglo XXI. **Revista de Derecho Ambiental**, Navarra (Aranzadi) núm. 1, p.95-113, 2002.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e democracia sustentada. *In*: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. **Estado de Direito Ambiental: tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.p. 37.

¹⁷ MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito**. 2006. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. p. 144.

ambientais passa a balizar as ações estatais e as políticas públicas, vez que permitirão a existência digna das gerações futuras¹⁸.

O novo modelo de Estado pretende demonstrar que a necessária e imprescindível integração entre homem e meio ambiente é, na verdade, condição para a preservação de ambos.

Para concretizar sua atuação, o Estado Socioambiental de Direito se vale de alguns princípios estruturantes.

De acordo com Erika Pereira Duailibe e Germana Parente Neiva Belchior, a expressão princípios estruturantes “retrata a constituição do núcleo essencial do direito do ambiente, servindo de base e caracterização própria da matéria. [...] Estabelecem os contornos das características básicas, tarefas e perspectivas do Estado de Direito Ambiental”¹⁹.

Dentre os princípios estruturantes a serem apontados, a doutrina destaca os seguintes: princípio da precaução, princípio da prevenção, princípio do poluidor-pagador, princípio da responsabilidade, princípio da proibição de retrocesso ecológico, princípio do mínimo existencial ecológico, princípio da democracia, princípio da cidadania, princípio da informação e o princípio da educação e da participação ambiental.

Para a presente pesquisa, apenas no intuito de direcionar o tópico que tratará dos desafios e ameaças ao Estado Socioambiental de Direito, serão analisados o princípio da precaução, o princípio da proibição do retrocesso ecológico e o princípio da Sustentabilidade.

Assim, com relação ao princípio estruturante da precaução, segundo apontamento de Denise Hammerschmidt:

O princípio da precaução articula-se na base de dois pressupostos: a possibilidade que condutas humanas causem danos coletivos vinculados a situações catastróficas que podem afetar o conjunto de seres vivos – por uma parte –, e a falta de evidência científica (incerteza) a respeito da existência do dano temido – por outra. Incerteza não somente na relação de causalidade entre o ato e suas consequências, mas quanto à realidade do dano, a medida do risco ou do dano²⁰.

Dessa forma, para proteger o meio ambiente, o princípio da precaução impõe a atuação do

¹⁸ WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PAULITSCH, Nicole da Silva. O estado de direitos socioambiental e a governança ambiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do poder judiciário. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 18 - n. 2 - p. 256-268 / mai-ago 2013. p. 259-260.

¹⁹ DUAILIBE, Erika Pereira; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Pós-modernidade e estado de direito ambiental: desafios e perspectivas do direito ambiental. Encontro Nacional do CONPEDI (19.: 2010: Fortaleza, CE) **Anais do [Recurso eletrônico] XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p.1549.

²⁰ HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. **Revista Sequência**, n.º 45, p. 97-122, dez. de 2002. p.109.

Estado em casos de ausência de certeza científica absoluta ou, ainda, “a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente”²¹.

Isso significa a antecipação de ações ao risco ou perigo de dano ao meio ambiente.

Com relação ao princípio da proibição do retrocesso ecológico ou princípio da vedação do retrocesso da legislação ambiental, este princípio é considerado um princípio geral do Direito Ambiental uma vez que é aplicável em todos os seus setores (biodiversidade, mudanças climáticas, saúde ambiental, etc).

Segundo Guilherme José Purvin de Figueiredo, “o princípio da vedação de retrocesso da legislação ambiental é voltado, em última análise à proteção da coletividade face a desmandos do Poder Legislativo”²².

Trata-se de um princípio estruturante do Direito Ambiental que parte da premissa de que as condições jurídicas protetivas ao meio ambiente devem ser constituídas de modo progressivo, de modo a ampliar a qualidade de vida existente hoje, não podendo, assim, retroceder a níveis de proteção inferior àqueles já conquistados.

Segundo Canotilho, a sustentabilidade configura um dos princípios estruturantes do Estado Constitucional Ambiental:

Tal como outros princípios estruturantes do Estado Constitucional – democracia, liberdade, juridicidade, igualdade – o princípio da sustentabilidade é um princípio aberto carecido de concretização conformadora e que não transporta soluções prontas, vivendo de ponderações e de decisões problemáticas²³.

O Estado Socioambiental de Direito é a oportunidade de materialização da integração entre meio ambiente e sociedade no sentido da manutenção do atual patrimônio ambiental para as gerações futuras. Além disso, o novo modelo de Estado tem o condão de permitir a efetivação do direito difuso a um meio ambiente sadio e equilibrado, como exposto em nossa carta constitucional.

²¹FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.139.

²²FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.159.

²³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos** - PolytechnicalStudiesReview, Vol VIII, nº 13, 007-018. p. 8.

3. DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA O ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO E PARA A CRISE AMBIENTAL GLOBAL

O Estado Socioambiental de Direito é um aprimoramento do Estado nacional e insere-se, nesse sentido, no processo histórico de evolução qualitativa que caracteriza a trajetória do Estado-nação desde o seu surgimento, em 1648²⁴.

Por tratar-se de um novo modelo de Estado inserido num contexto evolutivo, deve-se concebê-lo como um modelo ainda em mutação, ainda em construção.

Conforme Ferreira e Leite,

Dito isso, convém mencionar que o Estado de Direito Ambiental é uma construção teórica que se projeta no mundo real ainda como devir. A despeito desse fato, a relevância do paradigma proposto deve ser observada para uma melhor compreensão das novas exigências impostas pela sociedade moderna, especialmente quando se considera o constante agravamento da crise ambiental²⁵.

Por um lado, o fato de significar um conceito ainda não acabado pode permitir um maior grau de adaptabilidade a situações ainda não experimentadas. Por outro lado, entretanto, por não ser um conceito consolidado, pode perceber recuos em áreas ou situações já havia conquistadas.

Uma deterioração das atuais condições climáticas globais, por exemplo, exigiria o aprofundamento dos conceitos e princípios sob os quais o Estado Socioambiental de Direito vem sendo construído. O agravamento da crise ambiental global determinaria, portanto, um desafio a ser superado pelo novo modelo de Estado.

O segundo capítulo do relatório sobre o clima, divulgado em abril de 2014 pelos cientistas do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, IPCC na sigla em inglês, prevê a ocorrência de danos residuais ligados a eventos naturais extremos em diferentes partes do planeta na segunda metade deste século:

It is now very likely that human influence has contributed to observed global scale changes in the frequency and intensity of daily temperature extremes since the mid-20th century, and likely that human influence has more than doubled the probability of occurrence of heat waves in some locations²⁶.

²⁴ Esta data marca a assinatura do Tratado de Vestfália que pôs fim à Guerra dos 30 anos na Europa e é considerada a certidão de nascimento do Estado como o conhecemos hoje.

²⁵ FERREIRA, HeliniSivini; LEITE, José Rubens Morato. A expressão dos objetivos do estado de direito ambiental na constituição federal de 1988. In: LEITE, José Rubens Morato et al (orgs). **Repensando o estado de direito ambiental**. p.22.

²⁶ IPCC, 2013: Summary for Policymakers. In: **Climate Change 2013: The Physical Science Basis**. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Stocker, T.F., D. Qin, G.-K. Plattner, M. Tignor, S.K. Allen, J. Boschung, A. Nauels, Y. Xia, V. Bex and P.M. Midgley (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United

A mudança climática é uma realidade e apresenta perspectivas assustadoras para o futuro. De acordo com o Relatório de Desenvolvimento Humano 2013, apresentado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), o mundo pode viver uma catástrofe ambiental em 2050. De acordo com o texto divulgado, os desastres naturais tem se intensificado em todo o mundo, tanto em frequência quanto em intensidade, causando grandes danos econômicos e perdas humanas²⁷.

As projeções para o século XXI, de acordo com o relatório do IPCC, apontam para o agravamento das condições verificadas atualmente tendo em vista que os oceanos continuarão a apresentar aquecimento e que o nível dos oceanos continuará a subir. Além disso, de acordo com o relatório, “most aspects of climate change will persist for many centuries even if emissions of CO₂ are stopped. This represents a substantial multi-century climate change commitment created by past, present and future emissions of CO₂”²⁸.

São dados muito alarmantes uma vez que apontam para a continuidade dos efeitos danosos no sistema climático global mesmo com uma eventual interrupção das emissões de CO₂.

Nesse sentido, Viola alerta: “atualmente o aquecimento global é o maior desafio político, econômico, jurídico e ambiental para a humanidade”²⁹.

O Estado Socioambiental de Direito precisará antecipar medidas para o enfrentamento dessa nova realidade. O eventual aumento no número de desastres ambientais exige o comprometimento do Estado com o tratamento e também com a prevenção dos desastres. A postura reativa que caracterizou o Estado moderno em face aos desastres ambientais deve ser substituída por uma postura proativa antecipatória.

Medidas de prevenção e mitigação de riscos devem ser acompanhadas por uma série de estratégias que vão, por exemplo, do compartilhamento de responsabilidades ao amplo acesso informacional e da promoção de uma educação ambiental multinível à responsabilização do

Kingdom and New York, NY, USA.p. 19.

²⁷ PNUD-Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório do desenvolvimento humano 2013: a ascensão do sul**. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

²⁸ IPCC, 2013: Summary for Policymakers. In: **Climate Change 2013: The Physical Science Basis**. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Stocker, T.F., D. Qin, G.-K. Plattner, M. Tignor, S.K. Allen, J. Boschung, A. Nauels, Y. Xia, V. Bex and P.M. Midgley (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA.p. 27.

²⁹ VIOLA, Eduardo José. Perspectivas da Governança e Segurança Climática Global. Câmara dos Deputados, Edições Câmara. **Revista Plenarium**, v.5, n.5, p.178-196, out., 2008. p. 181-182.

Estado pela ação ou omissão no tocante aos desastres ambientais.

Os desafios já apresentados, referenciados por um agravamento da crise ambiental global, podem ser potencializados por dificuldades internas e/ou externas ao Estado Socioambiental de Direito.

De acordo com Michel Prieur, tratando das ameaças que podem interromper o progresso do Direito Ambiental ou o processo de construção do Estado Socioambiental de Direito:

No atual momento, são várias as ameaças que podem ensejar o recuo do Direito Ambiental: a) ameaças políticas: a vontade demagógica de simplificar o direito leva à desregulamentação e, mesmo, à “deslegislação” em matéria ambiental, visto o número crescente de normas jurídicas ambientais, tanto no plano internacional quanto no plano nacional; b) ameaças econômicas: a crise econômica mundial favorece os discursos que reclamam menos obrigações jurídicas no âmbito do meio ambiente, sendo que, dentre eles, alguns consideram que essas obrigações seriam um freio ao desenvolvimento e à luta contra a pobreza; c) ameaças psicológicas: a amplitude das normas em matéria ambiental constitui um conjunto complexo, dificilmente acessível aos não especialistas, o que favorece o discurso em favor de uma redução das obrigações do Direito Ambiental³⁰.

Conforme exposto, no âmbito interno, a principal dificuldade será a manutenção do processo de construção do Estado Socioambiental de Direito vis-a-vis eventuais dificuldades econômicas ou conjunturais que possam ser minimizadas ou camufladas via enfraquecimento dos princípios norteadores de sua vocação ambiental.

O princípio da precaução e, principalmente, o princípio do não-retrocesso podem vir a sofrer um processo de enfraquecimento ou, até mesmo, de redefinição conceitual com base em interesses econômicos, eleitorais ou para a satisfação de demandas pontuais em detrimento dos interesses vinculados à preservação do meio ambiente.

É nesse sentido que o Estado nacional se apresenta, paradoxalmente, como um entrave para a evolução do Direito Ambiental e para a sua própria evolução enquanto proposta de amparo ambiental tendo em vista a severa dificuldade de atuação que demonstra frente aos problemas que extrapolam seus limites territoriais³¹.

Duas características básicas que definem os Estados modernos podem ser apontadas como importantes entraves para o desenvolvimento do Direito Ambiental e do Estado Socioambiental

³⁰ PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESADO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE (Org.). **Princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, DF: Senado Federal, 2012. p. 11-54.

³¹ ARMADA, Charles Alexandre Souza. O desenvolvimento do Direito Ambiental: entraves e oportunidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC**, Belo Horizonte, v. 7, n. 27, p. 683-703, set./dez. 2013.

de Direito: a Soberania e a Democracia.

Com relação à limitação imposta pela Soberania, os Estados nacionais patrimonializam os recursos ambientais e os submetem a um exclusivo suposto benefício do grupo nacional quando, na realidade, deveriam satisfazer as necessidades do conjunto da Humanidade³².

De acordo com Gabriel Ferrer, a superação das deficiências impostas pela Soberania passa, necessariamente, pela recuperação da solidariedade no sentido do prevalecimento do interesse geral pelo individual:

El progreso en este campo debe pasar inexorablemente por excluir la proyección de la soberanía sobre determinados recursos y atribuir su gestión a entes supraestatales representativos de la especie. Se trata, como hemos apuntado, de ‘mundializar’ determinados recursos y someterlos a una racional gestión en la que estén presentes los intereses de sus ocasionales detentadores, pero también el interés general, presente y futuro de la especie³³.

A limitação imposta pela Democracia determina uma maior preocupação com questões eleitorais, estabelecimento de consensos e tomada de decisões obedecendo aos mais escuros desígnios do que eventuais projetos ou decisões que suponham sacrifícios para seus habitantes, mesmo que voltados para a defesa do meio ambiente ou para a sua preservação visando as gerações futuras³⁴.

No âmbito externo, a falta de efetividade dos compromissos assumidos pelos Estados, quando assumidos, é o principal desafio a ser superado.

Viola, relacionando a situação de caos ambiental atual com a manutenção dos atuais padrões de consumo e emissões de carbono, apresenta que:

Nas últimas décadas a modernidade está sendo afetada por um hipermaterialismo, que implica um consumo muito além das necessidades individuais e até um esbanjamento de riqueza, colocando em risco a espécie e a sociedade. Existe uma profunda dissonância no sistema internacional hoje: de um lado as emissões de carbono crescem continuamente na grande maioria dos países do mundo; de outro lado quase todos os dirigentes políticos reconhecem a gravidade do problema e têm uma retórica de cooperação internacional para a mitigação de emissões muito distante do comportamento efetivo dos agentes econômicos nas suas respectivas sociedades³⁵.

³² FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental** (Pamplona, Espanã), n. 1, 2002, págs. 73-94.

³³ FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental** (Pamplona, Espanã), n. 1, 2002, págs. 73-94.

³⁴ FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental** (Pamplona, Espanã), n. 1, 2002, págs. 73-94.

³⁵ VIOLA, Eduardo José. Perspectivas da Governança e Segurança Climática Global. Câmara dos Deputados, Edições Câmara. **Revista**

A dissonância apontada por Viola pode ser exemplificada pela postura de Estados Unidos e China em relação ao Protocolo de Kyoto, acordo multilateral promovido pelas Nações Unidas para a redução e o controle das emissões de gases que contribuem para o efeito estufa. Os dois países, juntos, representam quase a metade de todas as emissões globais de CO₂ e não são signatários do Protocolo.

Apesar de estes dois países terem assinado em novembro de 2014 um acordo para redução das emissões de gases de efeito estufa³⁶, o acordo foi considerado informal e não determina um compromisso perante a comunidade internacional.

Apesar dos avanços conceituais determinados pelas Conferências das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, a materialização de soluções eficazes enfrentou dois impedimentos importantes: o fato de não existir aparato coativo que defenda os elementos ambientais comuns e o fato de não haver autoridade que imponha condutas que defendam aqueles elementos³⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diversos estudos científicos comprovam que a manutenção do *status quo* de degradação ambiental global pode levar à uma situação de insustentabilidade da vida no planeta.

Apesar dos estudos e dos acordos internacionais celebrados em função deles, os principais efeitos de transformação do meio ambiente planetário intensificaram-se.

O Estado Socioambiental de Direito tem a prerrogativa e o compromisso de uma atuação transformadora neste momento particular da história do planeta.

O amparo constitucional à preservação do meio ambiente, alçando à categoria de direito fundamental a relação do ser humano comum meio ambiente sadio e equilibrado, permite ações decisivas tanto na esfera interna como na esfera externa do Estado nacional.

Na esfera interna, propiciando a contemplação da categoria Sustentabilidade em todas as suas dimensões e, principalmente, no que se refere às dimensões política e jurídica.

Plenarium, v.5, n.5, p.178-196, out., 2008. p. 179.

³⁶The White House.U.S.-China Joint Announcement on Climate Change.Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/11/11/us-china-joint-announcement-climate-change>>. Acessoem: 18 jan. 2015.

³⁷FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental** (Pamplona, Espanã), n. 1, 2002, págs. 73-94.

Na esfera externa, permitindo uma atuação que considere a capacidade transfronteiriça da atual crise ambiental como fator de aproximação entre os países, não apenas para um melhor enfrentamento da crise, mas, também, no sentido de aprimorando do novo modelo de Estado representado pelo Estado Socioambiental de Direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARMADA, Charles Alexandre Souza. O desenvolvimento do Direito Ambiental: entraves e oportunidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC**, Belo Horizonte, v. 7, n. 27, p. 683-703, set./dez. 2013.

BRASIL. MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. Secretaria Nacional de Defesa Civil. Centro Nacional de Gerenciamento de Riscos e Desastres. **Anuário brasileiro de desastres naturais: 2011** / Centro Nacional de Gerenciamento de Riscos e Desastres. - Brasília: CENAD, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e democracia sustentada. *In*: FERREIRA, HelineSivini; LEITE, José Rubens Morato. **Estado de Direito Ambiental: tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos - PolytechnicalStudiesReview**, 2010, Vol VIII, nº 13, 007-018.

DIAMOND, Jared. **Collapse: how societies choose to fail or succeed**. New York: Penguin Books, 2005.

DUAILIBE, Erika Pereira; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Pós-modernidade e estado de direito ambiental: desafios e perspectivas do direito ambiental. Encontro Nacional do CONPEDI (19.: 2010: Fortaleza, CE) **Anais do [Recurso eletrônico] XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

FERREIRA, HeliniSivini; LEITE, José Rubens Morato. A expressão dos objetivos do estado de direito ambiental na constituição federal de 1988. *In*: LEITE, José Rubens Morato et al (orgs). **Repensando o estado de direito ambiental**. Florianópolis: FundaçãoBoiteux. 2012.

FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho**

Ambiental (Pamplona, Espanã), n. 1, 2002, págs. 73-94.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FRAGA, Jesús Jordano. El derecho ambiental del siglo XXI. **Revista de Derecho Ambiental**, Navarra (Aranzadi) núm. 1, p.95-113, 2002.

HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. **Revista Sequência**, n.º 45, p. 97-122, dez. de 2002.

IPCC, 2013: Summary for Policymakers. In: **Climate Change 2013: The Physical Science Basis**. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Stocker, T.F., D. Qin, G.-K. Plattner, M. Tignor, S.K. Allen, J. Boschung, A. Nauels, Y. Xia, V. Bex and P.M. Midgley (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA.

LANDA, R., B. ÁVILA y M. HERNÁNDEZ. 2010. **Cambio Climático y Desarrollo Sustentable para América Latina y el Caribe**. Conocer para Comunicar. British Council, PNUD México, Cátedra UNESCO-IMTA, FLACSO México. México D.F.

MOLINARO, Carlos Alerto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito**. 2006. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Porto Alegre: Sulina, 1995.

NOAA. **Ten Signs Of A Warming World**. Disponível em: <<http://cpo.noaa.gov/warmingworld/>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

PNUD-Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório do desenvolvimento humano 2013: a ascensão do sul**. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

PRIEUR, Michel. 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, DF: Senado Federal, 2012.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. A imputação da responsabilidade civil por danos ambientais

associados às mudanças climáticas. *In: Direito e mudanças climáticas [recurso eletrônico]: responsabilidade civil e mudanças climáticas / organizado por Paula Lavratti e Vanêscabuzelato Prestes. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2010.*

The White House. **U.S.-China Joint Announcement on Climate Change**. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/11/11/us-china-joint-announcement-climate-change>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

TOYNBEE, Arnold. **A humanidade e a mãe-terra**: uma história narrativa do mundo. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

VIOLA, Eduardo José. Perspectivas da Governança e Segurança Climática Global. Câmara dos Deputados, Edições Câmara. **Revista Plenarium**, v.5, n.5, p.178-196, out., 2008.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PAULITSCH, Nicole da Silva. O estado de direito socioambiental e a governança ambiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do poder judiciário. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 18 - n. 2 - p. 256-268 / mai-ago 2013.

A PROTEÇÃO JURÍDICA APLICADA AOS DESLOCADOS AMBIENTAIS HAITIANOS NO BRASIL

Débora Cristina Freytag Scheinkmann¹

INTRODUÇÃO

O número de deslocados haitianos que se deslocaram para o Brasil, após o trágico terremoto de 2010, tem inspirado a comunidade acadêmica a analisar qual a situação jurídica destes indivíduos dentro do país.

O objetivo do artigo é analisar os instrumentos internacionais e nacionais de proteção ao refugiado que foram elaborados ao longo da História, bem como por que as autoridades brasileiras, criaram o chamado visto humanitário, por meio de uma resolução.

Com o grande número de haitianos que emigraram para o Brasil nos últimos anos, é enaltecido o problema em relação à forma com que estes indivíduos estão sendo tratados pelas autoridades brasileiras e que dispositivos jurídicos são previstos no ordenamento pátrio com o objetivo de ampará-los?

O presente artigo também se propõe a analisar de forma sucinta, sem o escopo de esgotar o tema, se os instrumentos internacionais e a legislação pátria, no tocante ao tema refugiado, podem ser aplicados aos indivíduos haitianos.

Durante as fases de investigação, tratamento dos dados e redação do relatório final da pesquisa, foi adotado o método indutivo, obtendo os elementos por meio de dados oficiais e da doutrina especializada no assunto, para apresentar a conclusão que será abordada nas considerações finais do presente trabalho. Também foram acionadas as técnicas da categoria e do conceito operacional, com o propósito de explicar os termos pesquisados, bem como as técnicas do referente e do fichamento no desenvolvimento da pesquisa bibliográfica.

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Pós Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professora das disciplinas Estágio de Prática Jurídica, Processo Penal e Deontologia Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada Especialista na área Penal. Endereço eletrônico para contato: advdebi66@gmail.com

Para tanto, o artigo será dividido em três subtítulos. Em um primeiro momento, tratará dos instrumentos de proteção internacional aos refugiados. Posteriormente, abordará sobre o terremoto de 2010 no Haiti e o deslocamento de seus cidadãos para Brasil. Finalizando, o artigo analisará a situação dos haitianos ante às condições previstas nos instrumentos internacionais e nacionais de proteção ao refugiado.

O tema é atual e instigante, dado ao número de haitianos que estão desprovidos de qualquer instrumento internacional de proteção, merecendo a atenção das autoridades envolvidas no tema, para que, talvez no próximo encontro, possam elaborar um documento de amparo aos indivíduos que enfrentam esta mesma situação pelo mundo.

1. INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS REFUGIADOS

A história revela que a humanidade há milhares de anos tem procurado a proteção em território estrangeiro, quando determinado indivíduo ou grupo de indivíduos sofre perseguição por inúmeros motivos. A existência de refugiados é descrita na Bíblia, quando da passagem acerca do êxodo dos escravos Egípcios, sob a liderança de Moisés, em busca da Terra Prometida.²

Assim a prática de conceder asilo às pessoas que fogem de perseguição, remonta 3.500 (três mil e quinhentos) anos, com registros da era dos impérios do Oriente Médio, como o Hitita, Babilônico, Assírio e Egípcio.³

Inicialmente, na civilização grega, o asilo era concedido àqueles que sofriam perseguição por motivos religiosos, mas só constituiu-se de natureza jurídica no Império Romano. Durante a Idade Média, os interesses cristãos transformaram a sociedade e muitos grupos sociais foram censurados por governantes déspotas, sendo a finalidade do asilo desvirtuada para disseminar determinados grupos de pessoas como judeus, hereges e leprosos⁴.

A Constituição Francesa de 1793 foi a primeira a estabelecer o direito de asilo, destacando o artigo 120 que autorizar-se-ia [...] *asilo aos estrangeiros exilados de sua pátria por causa da*

² SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **A (in)Aplicabilidade do Estatuto dos Refugiados para os Deslocados Ambientais**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b25b911ffc2b76a6>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

³ Dado oficial do ACNUR. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/refugiados/>. Acesso em 04 de fevereiro de 2015.

⁴ SERRAGLIO, Diogo Andreola. **A proteção dos refugiados ambientais pelo direito internacional** – Uma leitura a partir da Teoria da Sociedade de Risco. Curitiba:Juruá. 2014. P. 66-67.

liberdade[...], mas que a regulamentação deste instituto passou despercebida na promulgação das demais cartas constitucionais. O asilo transformou-se em condição de direito individual para direito estatal, assim os Estados possibilitaram o abrigo de estrangeiros que fugiam de seus países motivados por problemas políticos⁵.

Assim, destaca-se o início de um marco evolutivo, na temática acerca da proteção aos refugiados na História, depois da Primeira Guerra Mundial. Antes era concedido o asilo, como tratado até o presente momento neste estudo, e, depois, com um grande número de refugiados dentro do Continente Europeu, as autoridades verificaram a necessidade de um instituto jurídico que assegurasse uma proteção a esses indivíduos⁶.

Como assinala Jubilut e Madureira⁷, o asilo passou a não ser suficiente para proteger os refugiados decorrentes da Primeira Grande Guerra e da Revolução Russa, pois não estabelecia condições para determinar quem deveria ser acolhido por esse instituto, chamando assim, a atenção da comunidade internacional para este tema.

Serraglio⁸ assevera acerca da proteção aos refugiados por meio da Liga das Nações, organização internacional criada por meio do Tratado de Versalhes, assinado após a Primeira Guerra Mundial:

[...] diante da subsistência de hostilidades militares, o deslocamento de milhares de pessoas persistiu sem a existência de recursos que lhes garantissem a salvaguarda além de suas fronteiras nacionais. Em vista disso, cumpre frisar que o instituto do refúgio foi estabelecido, de forma articulada e regulamentada, sob a égide da Liga das Nações, organização internacional instituída por meio do Tratado de Versalhes, de 1919, pelos países vencedores da Primeira Guerra Mundial, com o intuito de assegurar a paz no continente europeu.[...]

Em que pese essa entidade não ter sido criada para versar sobre as minorias, não deliberando, portanto, sobre o tema, registra-se que, diante da imprescindibilidade de tutela aos refugiados russos, a Liga das Nações elaborou, em 1921, o Alto Comissariado para Refugiados Russos. Trata-se do primeiro órgão oficial de garantia de direitos aos refugiados concebido pela ordem internacional, promovendo, assim, a proteção dessa categoria de pessoas por outras nações.

⁵ SERRAGLIO, Diogo Andreola. **A proteção dos refugiados ambientais pelo direito internacional** – Uma leitura a partir da Teoria da Sociedade de Risco. P. 68.

⁶ SERRAGLIO, Diogo Andreola. **A proteção dos refugiados ambientais pelo direito internacional** – Uma leitura a partir da Teoria da Sociedade de Risco. P. 73.

⁷ JUBILUT, Liliana Lyra; MADUREIRA, André de Lima. **Os desafios de proteção aos refugiados e migrantes forçados no marco de Cartagena + 30**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852014000200002&lng=pt&nrm=iso&tlng=en. Acesso em: 22 de janeiro de 2015.

⁸ SERRAGLIO, Diogo Andreola. **A proteção dos refugiados ambientais pelo direito internacional** – Uma leitura a partir da Teoria da Sociedade de Risco. P. 73.

Apesar do deslocamento de milhares de pessoas após a Primeira Guerra Mundial, foi somente com a Segunda Grande Guerra que o continente europeu deparou-se com os maiores deslocamentos de pessoas já registrados na

História, acarretando grande preocupação com os refugiados e provocando na comunidade internacional o interesse na solução desse problema de uma forma mais abrangente⁹.

Assim, em 24 de outubro de 1945 foi fundada a Organização das Nações Unidas – ONU, tratando-se de “uma organização internacional formada por países que se reuniram voluntariamente para trabalhar pela paz e o desenvolvimento mundiais”¹⁰.

No prefácio do documento de fundação da organização, a Carta das Nações Unidas¹¹, destaca-se a finalidade e os ideais dos povos, representados pelos governos que se uniram para compor as Nações Unidas:

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla.” [...]

Antes da fundação da Organização das Nações Unidas, em 1943, durante a guerra, foi criada a Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento – ANUAR, um órgão que não foi criado especialmente para refugiados, pois a sua atuação era mais abrangente, prestando assistência e reabilitação nas áreas destruídas. Este órgão também prestava assistência não só para refugiados como para deslocados por causa da guerra. Mais tarde em 1947, foi criada a Organização Internacional para os Refugiados – OIR, outra organização de âmbito internacional, só que esta era principalmente para os refugiados, sendo extinta posteriormente¹².

É mister destacar nesse contexto histórico, pós guerra, a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, para o entendimento do tema refugiados, eis que as autoridades internacionais viram-se obrigadas a propagar a importância e o respeito aos direitos

⁹ ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. **O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil**. Curitiba:Juruá. 2013. P.80-81.

¹⁰ Dado oficial da ONUBR. Disponível em <http://nacoesunidas.org/conheca/>. Acesso em 05 de fevereiro de 2015.

¹¹ Dado oficial da ONUBR. Disponível em <http://nacoesunidas.org/conheca/>. Acesso em 05 de fevereiro de 2015.

¹² ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. **O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil**. 2013. P. 82.

humanos, após se confrontarem com as barbáries cometidas pelo nazismo. Assim, o referido documento da ONU em seu artigo 14 reza *in verbis*: “Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar de asilo em outros países”¹³.

A Organização das Nações Unidas passou a patrocinar em 1947 a proteção internacional dos refugiados, mas foi somente em 1950 que aprovou o Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR, que apesar de prever uma data de término de suas atividades, como os demais

instrumentos que o antecederam, o estatuto perdura até hoje.¹⁴

Assim é que, em 1951 a proteção dos refugiados, de uma forma mais abrangente, foi recepcionada por meio da Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados¹⁵. Além de ter como finalidade a proteção dos refugiados, também foi “decisivo para assinalar as obrigações contratuais ou convencionais dos Estados que são signatários daquele instrumento”, como assinala Souza¹⁶.

No referido Estatuto dos Refugiados, o artigo 1º prevê que o termo refugiado será aplicado a qualquer pessoa que se encontre nas condições previstas no item 2, que ora destaca-se:

Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele¹⁷.

Na elaboração do Estatuto dos Refugiados houve uma preocupação em abarcar outras situações vivenciadas pelos refugiados que anteriormente não eram previstas, como a perseguição por raça, religião, nacionalidade, por pertencer a determinado grupo social, por questões políticas, e, se este indivíduo encontra-se fora do país de sua nacionalidade, ou, no caso

¹³ ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. **O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil**. 2013. P. 85-86.

¹⁴ SERRAGLIO, Diogo Andreola. **A proteção dos refugiados ambientais pelo direito internacional** – Uma leitura a partir da Teoria da Sociedade de Risco. P. 78.

¹⁵ SERRAGLIO, Diogo Andreola. **A proteção dos refugiados ambientais pelo direito internacional** – Uma leitura a partir da Teoria da Sociedade de Risco. P. 78

¹⁶ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **A (in)Aplicabilidade do Estatuto dos Refugiados para os Deslocados Ambientais**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b25b911ffc2b76a6>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

¹⁷ Dado oficial da ACNUR. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdokumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdokumentdirs_pi2%5Bfolder%5D=181. Acesso em 05 de fevereiro de 2015.

de não tê-la, encontra-se fora do país em que tinha sua residência habitual, poderá usufruir desta condição, desde que por causa destes acontecimentos não pode ou está imbuído de temor, não desejando o retorno à estes locais.

Como o Estatuto dos Refugiados de 1951 limitava a concessão do refúgio apenas para acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 no continente europeu, acabou restringindo-se desta forma às duas condições, uma de tempo e outra de local.

Rebello *apud* Annoni e Valdes¹⁸ assinala que:

Em outros termos, o documento deixava a critério do Estado contratante a escolha da definição dos acontecimentos cujas consequências enquadravam suas vítimas na condição de refugiado. Para evitar o fluxo de imigrantes advindos dos países de menor desenvolvimento relativo e que deixavam sua terra natal por motivos econômicos, ou para evitar o comprometimento em receber contingentes perseguidos de outras regiões, os países que aderiram à Convenção o fizeram optando pela definição (a), ou seja, não estariam violando o tratado ao rejeitar estrangeiros extra-europeus que tradicionalmente buscavam aquele continente para alí se fixarem na expectativa do enriquecimento ou melhora de condições de vida para si e para a família, ou, até mesmo, para resguardar a própria vida.

É certo que a maioria dos refugiados concentrava-se no continente europeu, mas com o passar dos anos o Estatuto dos Refugiados passou a não ter a mesma eficácia, tanto que sofreu alteração por meio do Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados, eliminando as restrições temporal e geográfica¹⁹.

Na sequência, outra convenção foi realizada em 1969 para atender especificamente os refugiados na África. Assim é que a Convenção da Organização da Unidade Africana – OUA, introduziu um conceito mais amplo para a expressão refugiado, no inciso II do artigo 1º do instrumento formalizado. A ampliação do significado do termo refugiado direciona-se ainda para aqueles que são obrigados a abandonar o seu país, diante de uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou outros acontecimentos que possam interferir gravemente na paz daquela sociedade, tanto em âmbito local como nacional²⁰.

Na América Latina, destaca-se a Declaração de Cartagena sobre Refugiados instituída no Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá:

¹⁸ ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. **O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil**. 2013. P. 121.

¹⁹ SERRAGLIO, Diogo Andreola. **A proteção dos refugiados ambientais pelo direito internacional** – Uma leitura a partir da Teoria da Sociedade de Risco. P. 83-84.

²⁰ SERRAGLIO, Diogo Andreola. **A proteção dos refugiados ambientais pelo direito internacional** – Uma leitura a partir da Teoria da Sociedade de Risco. P. 85.

Problema Jurídicos e Humanitários, realizado na cidade de mesmo nome, na Colômbia, em 1984. O instrumento foi considerado inovador por trazer um enfoque de proteção e solução, agregando outras características para a definição do termo refugiado, bem como contemplou indivíduos advindos dos países da América Latina.

Assim, destaca-se do referido documento o que foi adotado pelo Colóquio²¹:

[...] Terceira - Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.²²

Apesar da Declaração de Cartagena ter sido inovadora e apresentar outras características para o conceito de refugiado, assim como também a Convenção da Organização da Unidade Africana – OUA ampliou o conceito deste termo, deve-se atentar que ambas contém uma condição geográfica, ou seja, a primeira destina-se aos indivíduos advindos da América Latina, e, a segunda, aos indivíduos do Continente Africano, e, de acordo com o que assevera Piovesan *apud* Souza²³, além de adotarem a definição da Convenção de 1951, “[...] preveem a violação maciça dos direitos humanos como caracterizadora da situação de refugiado.”

Posteriormente à convenção na cidade colombiana de Cartagena das Índias, em 1984, ocorreram mais 03 (três) eventos, a cada 10 (dez) anos, com o objetivo de comemorar e fortalecer a proteção internacional das pessoas refugiadas, deslocadas e apátridas na América Latina, conferida pela Declaração de Cartagena.

O primeiro, intitulado Colóquio Internacional em Comemoração ao Décimo Aniversário da Declaração de Cartagena sobre Refugiados, ocorreu na cidade de Costa Rica, em dezembro de 1994.

²¹ ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. **O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil**. 2013. P. 124.

²² Dado oficial do ACNUR. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdokumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdokumentdirs_pi2%5Bfolder%5D=181. Acesso em: 05 de fevereiro de 2015.

²³ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **A (in)Aplicabilidade do Estatuto dos Refugiados para os Deslocados Ambientais**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b25b911ffc2b76a6>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

Acerca do conteúdo do referido instrumento, destaca Rebello *apud* Annoni e Valdes²⁴:

[...] reafirmou as bem sucedidas diretrizes já em vigor ao longo dos dez anos pós-Cartagena, bem como destacou outros aspectos interessantes de se notar, como a chamada específica para a grave problemática daqueles perseguidos dentro de seu próprio território nacional – caso dos deslocados internos, cujo número crescia a cada dia naquela década.

O segundo, sob o título de Reunião de Comemoração ao Vigésimo Aniversário da Declaração de Cartagena, gerou mais um instrumento, o Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina, ocorreu em março de 2004, na Cidade do México, no país de mesmo nome, tendo o Brasil, nesse encontro, lançado o programa latino americano de reassentamento solidário de refugiados²⁵.

O terceiro e recente encontro, ocorreu no dia 03 de dezembro de 2014, sediado pelo Brasil, na cidade de Brasília, em comemoração ao trigésimo aniversário da Declaração de Cartagena, sendo denominado como Cartagena + 30. Neste encontro países da América Latina e do Caribe concordaram em defender e apoiar os padrões de proteção regional e internacional, bem como soluções inovadoras para proteger refugiados e deslocados, acabando com o problema da apatridia na região, adotando um Plano de Ação comum²⁶.

O acordo entre os países participantes foi destacado na Declaração do Brasil²⁷ como:

Um Marco de Cooperação e Solidariedade Regional para Fortalecer a Proteção Internacional das Pessoas Refugiadas, Deslocadas e Apátridas na América Latina e no Caribe”. Os governos participantes dos países de América Latina e do Caribe, Reunidos na cidade de Brasília para comemorar o trigésimo aniversário da Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984; cujos processos comemorativos permitiram identificar novos desafios humanitários e propor soluções eficazes para melhorar a proteção das pessoas refugiadas, deslocadas e apátridas na região, em um espírito de flexibilidade e inovação.

Na declaração, mais uma vez foi reafirmado os princípios e normas contidos na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e no Protocolo de 1967, bem como o respeito, proteção e promoção dos direitos humanos dos refugiados, deslocados e apátridas, e que a responsabilidade destes é dos Estados. Nesta, os governantes dos países participantes acordaram

²⁴ ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. **O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil**. 2013. P. 126.

²⁵ ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. **O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil**. 2013. P. 127.

²⁶ Dado oficial do ACNUR. **Cartagena+30: países da América Latina e o Caribe adotam Plano de Ação comum**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/cartagena-30-paises-da-america-latina-e-o-caribe-adotam-plano-de-acao-comum/>. Acesso em 05 de fevereiro de 2015. Acesso em 06 de fevereiro de 2015.

²⁷ Dado oficial do ACNUR. **Declaração do Brasil**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9866>. Acesso em 06 de fevereiro de 2015.

em promover e implementar a Declaração do Brasil e o Plano de Ação para responder aos novos desafios da proteção internacional e a identificação de soluções para as pessoas refugiadas, deslocadas e apátridas na América Latina e no Caribe nos próximos 10 anos, ou seja até dezembro de 2024²⁸.

No que concerne ao anexo da Declaração do Brasil, o Plano De Ação²⁹ é considerado:

Um roteiro para Fortalecer a Proteção e Promover Soluções Duradouras para as Pessoas Refugiadas, Deslocadas e Apátridas na América Latina e no Caribe em um Marco de Cooperação e Solidariedade.

[...] O processo comemorativo do trigésimo aniversário da Declaração de Cartagena sobre os Refugiados de 1984 ("Declaração de Cartagena"), denominado Cartagena +30 foi organizado pelo Governo do Brasil como país anfitrião, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) e o Conselho Norueguês de Refugiados (NRC). Este processo de diálogo foi conduzido através de quatro consultas subregionais realizadas durante 2014, em Buenos Aires (18 e 19 de Março) para os países do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), em Quito (9 e 10 de Junho) para os países andinos, em Manágua (10 e 11 de Julho) para os países da Mesoamérica, e em Grande Caimã (10 e 11 de Setembro) para a subregião do Caribe. Estas consultas permitiram um amplo debate entre representantes dos governos de mais de 30 países da região, países observadores, mais de 150 organizações da sociedade civil, defensores públicos, e os principais organismos internacionais competentes na matéria. [...] Este processo de consultas, inclusivo e aberto, possibilitou a identificação dos programas que compõem o núcleo deste roteiro comum para a América Latina e o Caribe ao longo dos próximos 10 anos para fortalecer a implementação da Declaração do Brasil na região. [...]

As propostas de programas para os governos implementarem, caso os países decidam realizá-los, após a análise de seus sistemas jurídicos e de suas legislações sobre o tema, tendo o apoio da ACNUR e da sociedade civil, foram expostas por meio de 08 (oito) capítulos no Plano de Ação, abordando os seguintes temas: Primeiro: A Situação das Pessoas Refugiadas, Deslocadas e Apátridas na América Latina e no Caribe; Segundo: A Proteção Internacional das Pessoas Refugiadas e Solicitantes de Asilo; Terceiro: Soluções Integrais, Complementares e Sustentáveis; Quarto: Solidariedade com o Triângulo Norte da América Central na Busca e Implementação de Soluções Duradouras; Quinto: Solidariedade Regional com o Caribe para uma Resposta Integral de Proteção Internacional e Soluções Duradouras; Sexto: Apatridia; Sétimo: Cooperação Regional; Oitavo: Implementação e Acompanhamento, sendo que este último capítulo dispõe sobre o

²⁸ Dado oficial do ACNUR. **Declaração do Brasil.** Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9866>. Acesso em 06 de fevereiro de 2015.

²⁹ Dado oficial do ACNUR. **Plano de Ação.** Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9870>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2015.

comprometimento do ACNUR para difundir a Declaração e o Plano de Ação do Brasil a nível regional e internacional por meio de publicações e de sua promoção em foros internacionais sobre pessoas refugiadas, deslocadas e apátridas.

Esta breve consideração histórica, acerca da evolução dos institutos internacionais de proteção aos refugiados, é mister para o presente estudo, eis que após a análise a ser realizada no próximo sub título, o terceiro e derradeiro, identificará qual o instituto jurídico sobre o referido tema é o mais apropriado para os deslocados ambientais haitianos.

2. O TERREMOTO DE 2010 NO HAITI E O DESLOCAMENTO DE SEUS CIDADÃOS AO BRASIL

O Haiti, um país localizado no Mar do Caribe³⁰, com cerca de 10 (dez) milhões de habitantes, já sofria com a migração de seus cidadãos que o deixavam em busca de melhores condições de vida em decorrência de um sistema político e econômico conturbado³¹.

Em 12 de janeiro de 2010, há aproximadamente 05 (cinco) anos, o Haiti foi atingido por um terremoto de 7,2 de magnitude na escala Richter, fazendo com que, em apenas 35 (trinta e cinco) segundos várias cidades fossem arrasadas, causando a morte de mais de 200 (duzentas) mil pessoas e ferindo muitas outras³². Como se não bastasse, no mesmo ano, mais de 8.000 (oito mil) pessoas morreram em decorrência de um surto de cólera. O país ainda em reconstrução, em 2012 sofreu a fúria de 02 (dois) furacões, Issac e Sandy, que causaram mais prejuízos ao Haiti.³³

Assim, várias foram as tragédias naturais que assolaram o Haiti nos últimos cinco anos, acarretando na emigração de seus cidadãos para vários países dos Continentes Americano e Europeu, este com destaque para a França, em virtude da afinidade com o idioma. Na América do Sul, dentre alguns países escolhidos está o Brasil, que se transformou no sonho desejado por muitos haitianos para o recomeço de suas vidas.

³⁰ GOOGLE Maps. Disponível em: <https://www.google.com.br/maps/place/Haiti/@18.9207957,-71.7439591,8z/data=!4m2!3m1!1s0x8eb6c6f37fcbbb11:0xb51438b24c54f6d3>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

³¹ Dado oficial da Organização das Nações Unidas. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/exclusivo-cinco-anos-depois-do-terremoto-que-destruiu-o-haiti-onu-continua-apoiando-reconstrucao-do-pais/>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

³² Dado oficial da Organização das Nações Unidas. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/exclusivo-cinco-anos-depois-do-terremoto-que-destruiu-o-haiti-onu-continua-apoiando-reconstrucao-do-pais/>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

³³ Dado oficial da IOM- Organização Internacional para as Migrações. Projeto **“Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral”**. 2014. Disponível em: <http://www.brasil.iom.int/images/estudio/Relatorio%20final%20sobre%20Migracao%20Haitiana%20ao%20Brasil%20-%20Estudo%20da%20IOM.PDF>. Acesso em 02 de fevereiro de 2015.

Segundo dados da Polícia Federal, fornecidos ao Alto Comissariado das Nações Unidas – ACNUR³⁴, mais de 39.000 (trinta e nove mil) haitianos entraram no Brasil entre 2010 até setembro de 2014³⁵.

Os motivos pelos quais o Brasil foi e continua sendo escolhido pelos haitianos para o recomeço de suas vidas são inúmeros, mas destaca-se o fato do tratamento que estes imigrantes recebem das autoridades, quando lhes é concedido o visto de residência permanente por razões humanitárias, medida que foi elogiada pelo Alto Comissário da Organização das Nações Unidas, em 2012, em evento realizado com a Organização Internacional para as Migrações - OIM, na Rio + 20, destacando António Guterres: “Embora estes haitianos não sejam considerados refugiados pela Convenção de 1951, o Brasil encontrou uma abordagem pragmática ao reconhecer sua necessidade de proteção”³⁶.

Segundo o Conselho Nacional de Imigração – CNIg³⁷, por meio de dados estatísticos atualizados até 30 de setembro de 2014, as concessões de visto permanente ou residência permanente no Brasil, para a categoria residência em caráter humanitário, foram autorizadas em números significativos para os haitianos, se comparados àqueles concedidos à outras nacionalidades, como Bangladesh, Senegal, Gana, Paquistão, Guiné Bissau, República Dominicana, Angola, Serra Leoa, Burkina Fasso e Nepal.

Para uma análise acerca dos números, no ano de 2011, **709** haitianos obtiveram a concessão deste tipo de visto, porém o ápice ocorreu em 2012 com **4.682** autorizações, seguida com **2.070** em 2013, e em 2014, contando com **1891**, até 30 de junho de 2014. Dentre os Estados

³⁴ As Nações Unidas atribuíram ao ACNUR o mandato de conduzir e coordenar ações internacionais para proteção dos refugiados e a busca por soluções duradouras para seus problemas. A principal missão do ACNUR é assegurar os direitos e o bem-estar dos refugiados. Nos esforços para cumprir seu objetivo, o ACNUR empenha-se em garantir que qualquer pessoa possa exercer o direito de buscar e gozar de refúgio seguro em outro país e, caso assim deseje, regressar ao seu país de origem. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/a-missao-do-acnur/>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

³⁵ Dado oficial do ACNUR. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

³⁶ Dado oficial da IOM- Organização Internacional para as Migrações. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/rio-20-alto-comissario-pede-acao-conjunta-para-refugiados-e-deslocados-em-zonas-urbanas/>. Acesso em: 23 de janeiro de 2015.

³⁷ Art.1º O Conselho Nacional de Imigração – CNIg, órgão colegiado, criado pela Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, vinculado ao Ministério do Trabalho, por força do disposto nos artigos 2º, alínea d. e 17 do Anexo I do Decreto nº 1.543, de 25 de setembro de 1995, com organização e funcionamento definidos pelos Decretos nº 840, de 22 de junho de 1993 e nº 1.640 de 19 de setembro de 1995, tem por finalidade: I- Formular objetivos para a elaboração da política de imigração; II- Coordenar e orientar as atividades de imigração; III- Promover estudos de problemas relativos à imigração; IV- Levantar periodicamente as necessidades de mão-de-obra estrangeira qualificada; V- Estabelecer normas de seleção de imigrantes; VI- Definir as dúvidas e solucionar os casos omissos, no que diz respeito a imigrantes; VII- Opinar sobre alteração da legislação relativa à imigração; VIII- Elaborar o seu Regimento Interno que deverá ser submetido à aprovação do Ministério de Estado do Trabalho. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/cni/> Acesso em: 03 de fevereiro de 2015.

da Federação, os mais escolhidos são o Distrito Federal, Acre, Amazonas e Santa Catarina.³⁸ (grifou-se)

Idoeta *apud* Zeferino e Aguado³⁹ destaca:

[...] o debate gerado pelo controle migratório de haitianos no Brasil, expondo as palavras do secretário executivo e ex Ministro da Justiça Luiz Paulo Barreto: “Nossa preocupação não é tanto com o número de imigrantes, mas com a forma como vêm, por intermediários ilegais pela floresta. Soubemos de casos de estupro, de roubos, de violência contra os haitianos. O Brasil não tem essa tradição”.

O Alto Comissariado para Refugiados – ACNUR, conforme alhures destacado é um órgão criado pela Organização das Nações Unidas para conduzir e coordenar ações internacionais para proteção dos refugiados e a busca por soluções duradouras para seus problemas, tendo como principal missão, assegurar os direitos e o bem estar dos refugiados⁴⁰, e no Brasil, é regulado pelos mesmos princípios e funções que é nos demais países.

No Brasil o ACNUR trabalha em conjunto com vários órgãos e organizações não governamentais, garantindo assistência humanitária e a integração dos refugiados.

No Brasil, o ACNUR conta com um escritório em Brasília e uma unidade recém-inaugurada em São Paulo. A agência atua em cooperação com o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), ligado ao Ministério da Justiça. Além disso, para garantir a assistência humanitária e a integração dos refugiados, o ACNUR atua também em parceria com diversas organizações não-governamentais (ONGs) em todo o país. São elas a Associação Antônio Vieira (ASAV), a Caritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro (CARJ), a Caritas Arquidiocesana de São Paulo (CASP), o Centro de Defesa dos Direitos Humanos (CDDH) e o Instituto Migrações e Direitos Humanos (IMDH).⁴¹

A importância da integração do refugiado é ressaltada por Andrade *apud* Annoni e Valdes⁴²:

[...] se de um lado, permite ao refugiado reestruturar sua vida num outro país; de outro, acarreta algumas dificuldades no tocante à sua adaptação. Isso porque a nova sociedade, na qual está inserido, pode representar uma cultura (hábitos, crenças e tradições) diversa daquela, de sua origem.

³⁸ Dado oficial do Ministério do Trabalho e Emprego. **Conselho Nacional de Imigração – CNIG**. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/cni/estatisticas-do-conselho-nacional-de-imigracao.htm>. Acesso em 03 de fevereiro de 2015.

³⁹ Zeferino, Marco Aurélio Pieri; Aguado, Juventino de Castro. *Revista da SJRJ*, vol. 19, nº 35. 2012. **Os Deslocamentos ambientais de Haitianos para o Brasil**. Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/365. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

⁴⁰ Dado oficial do ACNUR. **A Missão do ACNUR**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/a-missao-do-acnur/>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

⁴¹ Dado oficial do ACNUR. **A Missão do ACNUR**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/a-missao-do-acnur/>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

⁴² ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. **O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil**. 2013. P. 138.

As organizações não-governamentais, que atuam em parceria com o ACNUR, estão prestando assistência desde 2010 aos primeiros haitianos que chegaram ao Brasil. Uma das primeiras, foi a Pastoral da Mobilidade Humana, que implementa um projeto do ACNUR de assistência humanitária emergencial a solicitantes de refúgio da Colômbia, e, como já amparava refugiados na cidade de Tabatinga, no Estado do Amazonas, na fronteira com este país, passou a atender os haitianos que chegavam ao local, depois de transcorrerem cidades próximas à Amazônia peruana⁴³.

Assim, inicialmente, os haitianos solicitaram refúgio, sendo aceito pelas autoridades brasileiras, em decorrência dos compromissos internacionais do país, uma vez que o Brasil é signatário da Convenção da ONU sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, não sendo mais realizado desta forma devido ao visto humanitário concedido, conforme será analisado no próximo sub título, juntamente com a legislação pátria pertinente à proteção dos refugiados.

3. A SITUAÇÃO DOS HAITIANOS ANTE ÀS CONDIÇÕES PREVISTAS NOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS E NACIONAIS DE PROTEÇÃO AO REFUGIADO

Por derradeiro, a análise a ser realizada a partir deste momento, no presente estudo, será a de verificar qual é a verdadeira situação jurídica dos haitianos, frente aos instrumentos internacionais de proteção aos refugiados e a legislação pátria pertinente ao tema.

A definição de refugiado conferida pela Convenção de 1951, que mesmo sofrendo a alteração por meio do Protocolo de 1967, no tocante às condições temporal e geográfica, deve ser analisada sob três condições, para que seja reconhecida, como assinala Souza⁴⁴: [...] 1) *o fundado temor de Perseguição*; 2) *a Migração Internacional*; e 3) *a ausência de proteção do país de origem*.

Em relação à primeira condição, define a autora⁴⁵:

[...] considera-se Perseguição como a ação prejudicial, ou a ameaça de tal ação, praticada contra uma pessoa ou um grupo de pessoas, por motivos relacionados a quem a pessoa é — raça,

⁴³ Dado oficial do ACNUR. **Haitianos recebem residência permanente no Brasil**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/haitianos-recebem-residencia-permanente-no-brasil/>. Acesso em 18 de janeiro de 2015.

⁴⁴ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **A (in)Aplicabilidade do Estatuto dos Refugiados para os Deslocados Ambientais**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b25b911ffc2b76a6>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

⁴⁵ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **A (in)Aplicabilidade do Estatuto dos Refugiados para os Deslocados Ambientais**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b25b911ffc2b76a6>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

nacionalidade ou pertencimento a um grupo social particular — ou àquilo em que ela acredita — religião ou opinião política.

De acordo com este conceito, verificamos que os haitianos não enquadram-se nesta categoria, pelo menos a grande maioria dos que para o Brasil se deslocaram, e, assim, não podem ser tratados como refugiados, sendo esta a condição primordial para o seu reconhecimento.

A segunda, trata da Migração Internacional, e conforme destacado inicialmente neste trabalho, é quando o indivíduo encontra-se fora do país de sua nacionalidade, ou, no caso de não tê-la, encontra-se fora do país em que tinha sua residência habitual. Esta condição poderia ser reconhecida para os haitianos, caso não fosse previsto que, por causa destes acontecimentos não pode ou possui temor em retornar para estes locais.

Não aplica-se a estes indivíduos, eis que poderão voltar ao Haiti, quando assim o desejarem, porém o país ainda encontra-se em fase de reconstrução, principalmente econômica, mesmo decorridos 05 (cinco) anos das tragédias.

A terceira condição refere-se a ausência de proteção do país de origem. Esta também está ligada à condição do temor da perseguição, e assim, se uma não se enquadra, a outra também não se perfaz.

Souza⁴⁶ ainda destaca que:

Isso significa que o Estado de origem do Refugiado sempre estará envolvido com a situação de Perseguição que gerou o fluxo migratório, quer porque 1) o Estado de origem do Refugiado é o próprio agente da Perseguição; ou 2) o Estado de origem do Refugiado não é o agente da Perseguição, mas não toma as medidas necessárias para cessar tal Perseguição. Em ambos os casos, o indivíduo não goza da proteção de seu próprio Estado e acaba buscando asilo para além das fronteiras.

Mais uma vez, ressalta-se que esta condição também não é pertinente a situação enfrentada pelos haitianos, portanto, pelos aludidos instrumentos internacionais mencionados, estes deslocados não podem ser reconhecidos como refugiados.

Dentro da realidade da América Latina, é de ser analisada a Convenção de Cartagena, que mais uma vez destaca-se:

A definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como

⁴⁶ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **A (in)Aplicabilidade do Estatuto dos Refugiados para os Deslocados Ambientais.** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b25b911ffc2b76a6>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

O contido neste documento também não é aplicável aos haitianos, eis que não são indivíduos que fugiram de seu país porque a vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

Na realidade, estes indivíduos se deslocaram para outros países em busca de melhores oportunidades, já que o Haiti, mesmo antes ao terremoto, apresentava um sistema político e econômico conturbado, piorando consideravelmente com a tragédia natural que arrasou o país em 2010, fazendo com que sua população perdesse qualquer tipo de esperança.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, destaca que o Brasil foi precursor e desempenha papel de liderança na proteção internacional dos refugiados, sendo o primeiro país do Cone Sul a ratificar a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, no ano de 1960, e, um dos primeiros países integrantes do Comitê Executivo do ACNUR⁴⁷

Assim, o Brasil possui uma legislação específica sobre o tema, a Lei 9.474 de 22 de julho de 1997, destacando o artigo 1º⁴⁸ *in verbis*:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Em análise à redação, verifica-se que a situação dos haitianos também não se enquadra nas 03 (três) hipóteses previstas nos incisos I à III, para que sejam reconhecidos como refugiados, pelos mesmos motivos supra comentados.

⁴⁷ Dado oficial do ACNUR. **O ACNUR no Brasil**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/a-missao-do-acnur/>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

⁴⁸ BRASIL. **Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997**. Artigo 1º. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm. Acesso em 03 de fevereiro de 2015

Desta forma para suprir esta falta de previsão legal, o Conselho Nacional de Imigração – CNIg, em 2012, criou o visto humanitário por meio da Resolução Normativa nº 97⁴⁹. Esta resolução dispõe sobre a concessão de visto permanente somente a nacionais do Haiti, pelo prazo de 05 (cinco) anos, circunstância esta que, deverá constar na Carteira de Identidade do Estrangeiro..

As razões reconhecidas como humanitárias encontram-se especificadas no parágrafo único do citado artigo 1º⁵⁰: “Consideram-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010”.

Apesar da resolução nº 97 do Conselho Nacional de Imigração, dispor que o visto humanitário é concedido apenas a nacionais do Haiti, em análise à base estatística do próprio CNIg⁵¹, verifica-se que este tipo de visto está sendo concedido às outras nacionalidades, à saber: Bangladesh, Senegal, Gana, Paquistão, Guiné Bissau, República Dominicana, Angola, Serra Leoa, Burkina Fasso e Nepal, bem como outras não informadas.

Assim, a situação vivenciada pelos haitianos, não preenche as condições previstas nos instrumentos internacionais de proteção aos refugiados. Apesar do Brasil proteger os haitianos por meio de uma Resolução, há uma carência de um instrumento internacional neste sentido, pois conforme pode ser analisado no sub título 1 deste estudo, a História tem mostrado um incessante e incansável interesse em ampliar o conceito de documentos, até então propostos pelos homens infinitamente preocupados em manter os direitos fundamentais, dentre estes o da dignidade da pessoa humana, para todos àqueles que se transformam ou são transformados em refugiado.

⁴⁹ Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração – CNIg. Resolução Normativa nº 97 de 12 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A419E9E3401420A318EE21757/RESOLU%C3%87%C3%83O%20NORMATIVA%20N%C2%BA%2097%20-%20consolidada.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2015.

⁵⁰ Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração – CNIg. Resolução Normativa nº 97 de 12 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A419E9E3401420A318EE21757/RESOLU%C3%87%C3%83O%20NORMATIVA%20N%C2%BA%2097%20-%20consolidada.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2015.

⁵¹ Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração – CNIg. Resolução Normativa nº 97 de 12 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A419E9E3401420A318EE21757/RESOLU%C3%87%C3%83O%20NORMATIVA%20N%C2%BA%2097%20-%20consolidada.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a chegada dos primeiros haitianos no Brasil, em decorrência do terremoto de 2010, houve uma mobilização das autoridades brasileiras, apoiada pela Organização das Nações Unidas – ONU, por meio do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR, que por sua vez contou com o auxílio do Conselho Nacional para os Refugiados – CONARE, bem como de várias entidades não governamentais, para amparar estes indivíduos, que anseiam por uma vida melhor.

Como os instrumentos internacionais e nacionais tratam da proteção aos refugiados, as autoridades brasileiras defrontaram-se com um grande problema, eis que a situação dos haitianos era atípica, não estando prevista em qualquer documento.

A única solução encontrada pelo Brasil, foi elaborar uma resolução por meio da qual os haitianos pudessem permanecer em solo brasileiro legalmente amparados.

O presente estudo iniciou identificando a evolução dos instrumentos internacionais de proteção aos refugiados, cada qual de acordo com a necessidade de sua época. Já no subtítulo 2 abordou alguns aspectos sobre o terremoto de 2010 no Haiti e o deslocamento de seus cidadãos para Brasil. No subtítulo derradeiro, foi analisada a situação dos haitianos ante às condições previstas nos instrumentos internacionais e nacionais de proteção ao refugiado.

A tragédia vivenciada pelos haitianos, tornou insuportável a permanência no país, que já enfrentava uma crise política e econômica há muitos anos, fazendo com que se deslocassem ao Brasil, na esperança de reconstruírem as suas vidas. Pela falta de um instrumento internacional de proteção que se destine ao tipo de situação enfrentada, decorrente de uma tragédia natural, o Brasil formulou uma resolução por meio do Conselho Nacional de Imigração – CNIg, com o objetivo de suprir também a falta de uma previsão, neste sentido, na sua legislação.

A comunidade internacional deve-se atentar para a necessidade urgente em formular um instrumento de proteção para os milhares de indivíduos que sofrem no mundo as mais terríveis tragédias naturais, como a que assolou o Haiti em 2010, identificando-os na categoria de deslocados ambientais, como já é defendida por alguns autores como Michel Prieur.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACNUR. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/refugiados/>. Acesso

em 04 de fevereiro de 2015.

ACNUR. Disponível em:
http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bfolder%5D=181. Acesso em: 05 de fevereiro de 2015.

ACNUR. **Cartagena+30: países da América Latina e o Caribe adotam Plano de Ação comum.** Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/cartagena-30-paises-da-america-latina-e-o-caribe-adotam-plano-de-acao-comum/>. Acesso em 05 de fevereiro de 2015. Acesso em 06 de fevereiro de 2015.

ACNUR. **Declaração do Brasil.** Disponível em:
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9866>. Acesso em 06 de fevereiro de 2015.

ACNUR. **Plano de Ação.** Disponível em:
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9870>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2015.

ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. **O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil.** Curitiba:Juruá. 2013.

ACNUR. O ACNUR no Brasil. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/a-missao-do-acnur/>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

BRASIL. **Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997.** Artigo 1o. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm. Acesso em 03 de fevereiro de 2015

GOOGLE Maps. Disponível em: <https://www.google.com.br/maps/place/Haiti/@18.9207957,-71.7439591,8z/data=!4m2!3m1!1s0x8eb6c6f37fcbbb11:0xb51438b24c54f6d3>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

IOM- Organização Internacional para as Migrações. **Projeto “Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral”.** 2014. Disponível em:
<http://www.brasil.iom.int/images/estudio/Relatorio%20final%20sobre%20Migracao%20Haitiana%20ao%20Brasil%20-%20Estudo%20da%20OIM.PDF>. Acesso em 02 de fevereiro de 2015.

IOM- Organização Internacional para as Migrações. **Relatório Geral dos Eventos de I Nível do**

Projeto OIM – DEEST/SNJ: “Colóquio sobre Direitos Humanos na Política Migratória Brasileira”.

Terceira parte: As Dificuldades que os Migrantes Enfrentam no Brasil. Elaborado por Miguel Ahumada. 2013. Disponível em:

<http://www.brasil.iom.int/images/estudio/Relatorio%20dos%20Coloquios%20sobre%20direitos%20humanos%20na%20politica%20migratoria%20brasileira.pdf> Acesso em: 03 de fevereiro de 2015.

JUBILUT, Liliana Lyra; MADUREIRA, André de Lima. **Os desafios de proteção aos refugiados e migrantes forçados no marco de Cartagena + 30.** Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852014000200002&lng=pt&nrm=iso&tlng=en)

85852014000200002&lng=pt&nrm=iso&tlng=en. Acesso em: 22 de janeiro de 2015.

Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração – **CNIg**. Resolução Normativa no 97 de 12 de janeiro de 2012. Disponível em:

<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A419E9E3401420A318EE21757/RESOLU%C3%87%C3%83O%20NORMATIVA%20N%C2%BA%2097%20-%20consolidada.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2015.

Organização das Nações Unidas. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/exclusivo-cinco-anos-depois-do-terremoto-que-destruiu-o-haiti-onu-continua-apoiando-reconstrucao-do-pais/>. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

Organização das Nações Unidas Brasil. Disponível em <http://nacoesunidas.org/conheca/>. Acesso em 05 de fevereiro de 2015.

SERRAGLIO, Diogo Andreola. **A proteção dos refugiados ambientais pelo direito internacional – Uma leitura a partir da Teoria da Sociedade de Risco.** Curitiba:Juruá. 2014.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **A (in)Aplicabilidade do Estatuto dos Refugiados para os Deslocados Ambientais.** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b25b911ffc2b76a6>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

Zeferino, Marco Aurélio Pieri; Aguado, Juventino de Castro. Revista da SJRJ, vol. 19, no 35. 2012. **Os Deslocamentos ambientais de Haitianos para o Brasil.** Disponível em:http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrz/article/view/365. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO NAS OCORRÊNCIAS DE DESASTRES NATURAIS SOB A LUZ DA LEI Nº 12.608/2012¹

Jonathan Cardoso Régis²

Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes³

INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por finalidade traçar aspectos conceituais discutidos e refletidos ao longo das exposições durante o módulo de aulas da Escola de Altos Estudos, promovida pela CAPES, cuja docência se fez com a ilustre presença do Prof. Dr. Michel Prieur, em que tratou-se, como tema de estudo, dentre outros, o princípio da não regressão no Direito Ambiental, Catástrofes, Direitos Humanos e Deslocados e Governança ambiental.

Sabe-se que, muito embora fundamental e indispensável para o crescimento da sociedade humana, o desenvolvimento desenfreado, em especial o econômico tem proporcionado ou sendo um dos grandes causadores do descontrole social e, conseqüentemente, da degradação do meio ambiente e de desastres naturais, em especial, nas últimas décadas.

De maneira especial, a preservação do meio ambiente tem sido um dos principais fatores de preocupação, decorrente não apenas ao desenvolvimento humano, mas também resultante ao crescimento desordenado e desenfreado, da indústria, da agricultura, de tecnologias, do aumento dos espaços urbanos, os quais acabam por gerar desastres ambientais e, decorrente a insensatez e ao descaso do gestor público, como também da própria sociedade.

Importa observar que o Meio Ambiente, trata-se de um direito fundamental garantido e tutelado pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988⁴), estabelecida como

¹ Alguns destaques do presente artigo foram expostos no artigo intitulado desenvolvimento descontrolado e o reflexo na segurança pública, como requisito parcial em disciplina cursada em Alicante/Espanha, no ano de 2014.

² Doutorando em Ciência Jurídica. Artigo elaborado, como requisito parcial de avaliação da Escola de Altos Estudos, ministrada pelo Prof. Dr. Michel Prieur, no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica – Univali.

³ Doutoranda em Ciência Jurídica. Artigo elaborado, como requisito parcial de avaliação da Escola de Altos Estudos, ministrada pelo Prof. Dr. Michel Prieur, no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica – Univali.

⁴ A Constituição da República Federativa do Brasil, doravante será identificada pela sigla: CRFB/1988.

sendo bem de uso comum do povo, tendo o Poder Público a responsabilidade por sua manutenção, assim como também a sociedade, visando proporcionar a todos uma vida equilibrada e sadia.

Com esta visão, a Lei 12.608/2012 assegura a profissionalização e a qualificação, em caráter permanente, dos agentes de proteção e defesa civil, a inclusão do tema nos conteúdos obrigatórios nos níveis de ensino fundamental e médio, e principalmente a adoção de outras medidas com o objetivo de reduzir ou mesmo evitar danos provenientes de desastres.

Contudo, havendo omissão por parte do Poder Público na adoção de tais medidas deverá este ser responsabilizado por tais atos.

Assim, o trabalho tem como **objeto** a análise acerca dos desastres naturais e o advento da Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012, que institui políticas de informações e monitoramento de desastres naturais, aliado ao respeito do princípio da vedação ao retrocesso ambiental na vertente do ordenamento jurídico brasileiro, seu **objetivo geral** está na compreensão quanto a aplicabilidade da responsabilidade civil nos casos de omissão pelo Poder Público em matéria de desastres naturais e como **objetivos específicos**, analisar as circunstâncias que envolvem este tema, quais são: observar, em noções gerais, a observância do princípio da não regressão ambiental nas três esferas do poder público interno, qual seja a abrangência que, atualmente, o princípio toma no poder judiciário, bem como a incidência que poderia tomar nos poderes executivo e legislativo.

Prima-se, em verdade, por uma breve reflexão quanto a viabilidade e eficiência da lei de desastres naturais e na efetiva responsabilidade e comprometimento por parte do poder público em minimizar os resultados, muitas vezes catastróficos, os quais, costumeiramente tem-se conhecimento de suas causas e efeitos na sociedade, não se restringindo aquelas de baixa renda e que vivem em áreas de encosta, ribeirinhas ou de risco.

Assim sendo, pretende-se traçar, como já referenciado, de forma sucinta, aspectos conceituais relacionados ao meio ambiente e o desenvolvimento sustentável, como também mecanismos que primam viabilizar a controle ou minimizar as causas e efeitos referentes aos desastres naturais, o Estado Ambiental de Direito, da sociedade de risco, até chegarmos ao desenvolvimento socioeconômico, fator gerador de desigualdades e dos desastres, acabando por proporcionar um reflexo contraproducente no comportamento humano.

Nesse sentido, políticas públicas eficazes visando minimizar o atual quadro de desigualdades e desastres naturais, são fundamentais na busca pelo efetivo exercício de um Estado Democrático de Direito e de governança.

1. NOÇÕES PROPEDÊUTICAS: MEIO AMBIENTE, SUSTENTABILIDADE E O DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

A fim de melhor compreender o tema proposto, importante trazer à baila aspectos conceituais acerca do meio ambiente e sustentabilidade, relacionados aos novos arranjos socioambientais, os quais ante a promoção do desenvolvimento desordenado e descontrolado acabam por gerar, de forma direta ou indireta, reflexos no que diz respeito aos desastres naturais.

Assim, passamos a discorrer de forma breve, alguns elementos fundamentais para a compreensão do assunto em tela.

Inicialmente, o art. 225, da CRFB/1988, como somos sabedores, em que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Buscando garantir o exercício e a efetividade do direito referenciado, o § 1º do citado dispositivo constitucional estabelece que compete ao Poder Público, dentre outras responsabilidades:

[...]

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; [...]

Outros dispositivos constitucionais também devem ser destacados e que dizem respeito, bem como norteiam a tutela do meio ambiente, podendo mencionar o art. 23, VI – VII,⁵ 170, VI⁶, assim como também o já citado art. 225.

Insta salientar ainda a Lei nº 6.938/81, que versa sobre a Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA, todas visando, em especial, a defesa e a proteção do meio ambiente.

Destaca-se o disposto na PNMA mecanismos de formulação, bem como de aplicação através da constituição do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), assim como também nos seus artigos 2º e 3º, onde estabeleceu os objetivos e definição de expressões e conceitos de relevante importância de proteção ambiental.

O art. 2º da PNMA destaca que a “preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propicia a vida, visando assegurar, no país, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e a proteção da dignidade da vida humana”, realizado através da preservação, da manutenção do equilíbrio ecológico, do planejamento e da fiscalização da utilização dos recursos ambientais, o acompanhamento do estado da qualidade ambiental, dentre outros.

[...] Meio pode significar: aritmeticamente, a metade de um inteiro; um dado contexto físico ou social; um recurso ou insumo para se alcançar ou produzir algo. Já ambiente pode representar um espaço geográfico ou social, físico ou psicológico, natural ou artificial. Não chega, pois, ser redundante a expressão meio ambiente, embora no sentido vulgar à palavra ambiente indique o lugar, o sítio, o recinto, o espaço que envolve os seres vivos e as coisas⁷.

Sabe-se ainda que o “ambiente integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o meio em que vive⁸”.

⁵ Art. 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I – [...]

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; [...]

⁶ Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação [...]

⁷ MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente** – Doutrina-Prática-Jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 63.

⁸ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 9.

[...] o meio ambiente inclui e transcende os elementos do mundo natural, como a fauna, a flora, a atmosfera, o solo e os recursos hídricos. Engloba, também, as relações entre as pessoas e o meio onde vivem. Portanto, tratar a questão ambiental demanda conhecimentos sobre os meios físico e biótico e a dimensão socioeconômica e cultural, tudo isso circunscrito a um dado contexto político-institucional, onde aqueles aspectos interagem⁹

Os autores acima referenciados destacam ainda que a definição de meio ambiente possa ser analisada sob três prismas, a saber: objetivo e biocêntrico, ou seja, a interação do meio ambiente (objetos naturais) tendo a conservação (ecossistemas, espécies, etc.) garantida; o segundo, subjetivo e antropocêntrico, em outras palavras, a relação existente entre o ser humano e o ambiente natural e construído, no qual vivem e, o terceiro enfoque, seria tecnocrático, onde o meio ambiente encontra-se fundado na relação entre ser humano e natureza, levando-se em consideração “todas as interações entre elementos naturais e sociedade humana¹⁰”.

Assim, nota-se ainda da obrigação do poder público em garantir de forma efetiva a tutela ambiental através da restauração e da preservação dos ecossistemas, como por exemplo, o exposto no § 1º do art. 225, CRFB/1988.

Em vista do ora exposto, importante também estabelecer o que vem a ser desenvolvimento sustentável, o qual, de acordo com o disposto no Relatório Brundtland, é o desenvolvimento que “satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras satisfazerem suas próprias necessidades”.

Sabe-se que o desenvolvimento sustentável prima pela possibilidade na manutenção de um crescimento econômico, aliada a redução das desigualdades, bem como dos impactos ambientais.

No que diz respeito ao desenvolvimento sustentável: “[...] remete à consideração de processos político-institucionais, decisões produtivas, produção de conhecimentos, inovação tecnológica, modos de relação com a natureza, estratégias de longo prazo, dentre outros aspectos.”¹¹

Quanto ao aspecto do desenvolvimento nacional e da imprescindibilidade da preservação ambiental em sua integralidade, no que diz respeito do desenvolvimento sustentável, assim já

⁹BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de Política e Gestão Ambiental: caminhos para a sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012, p. 42.

¹⁰BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de Política e Gestão Ambiental: caminhos para a sustentabilidade**.

¹¹BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de Política e Gestão Ambiental: caminhos para a sustentabilidade**, p. 42.

decidiu a Corte Suprema Brasileira:

A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): **O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia.** O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e **representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (grifo nosso)**(ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º set. 2005, Plenário, DJ de 03 fev. 2006)

Em relação à sustentabilidade, destaca-se que “[...] sustentabilidade, desenvolvimento sustentável, é a manutenção do estoque de recursos e da qualidade ambiental para a satisfação das necessidades básicas das gerações atuais e futuras¹²”.

No mesmo sentido, sustentabilidade é “lidar diretamente com o meio ambiente¹³”.

No tocante a garantia de um desenvolvimento sustentável, a Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, traçou regras gerais relativas ao direito a cidades sustentáveis, aliado ao estabelecido na CRFB/1988, tendo em vista conceder o direito metaindividual, ou seja, difuso e coletivo.

[...] desenvolvimento sustentável surge justamente como ele entre a economia (num sentido amplo, envolvendo também a dimensão social) e a ecologia, promovendo a reaproximação entre estes dois campos do saber [...] A sustentabilidade se constrói com a combinação de diferentes processos. Educação molda mentalidades. Ciência, tecnologia e inovação ajudam a produzir de novos conhecimentos, a ética serve para orientar condutas individuais, inculcando valores e princípios a serem seguidos mesmo quando não se está sob o foco dos mecanismos formais de comando e controle [...]¹⁴

Tido como um dos indiciadores de sustentabilidade, o Relatório Stiglitz, aonde o vencedor do prêmio Nobel de Economia, o americano Joseph Stiglitz, veio ser convidado pelo presidente da França, Nicolas Sarkozy, para que chefiasse um painel composto por especialistas, tendo por finalidade identificar as limitações do Produto Interno Bruto (PIB) e, conseqüentemente, analisar a

¹² NASCIMENTOJÚNIOR, Raimundo do. **O meio ambiente urbano e a campanha Leblon consciente.** Disponível em: <<http://www.portaldoleblon.com.br/CCL-CampanhaLeblonCosc01.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

¹³ BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de Política e Gestão Ambiental:** caminhos para a sustentabilidade, p. 42.

¹⁴ BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de Política e Gestão Ambiental:** caminhos para a sustentabilidade, p. 47 e 64.

viabilidade de alternativas de mensuração, formando então uma comissão, a denominada “Comissão para a Mensuração do Desempenho Econômico e do Progresso Social”.

Sabe-se que o PIB e o IDH são os indicadores econômicos e sociais mais utilizados na mensuração e fundamentais para o desenvolvimento/elaboração de políticas públicas para o crescimento/desenvolvimento e o aprimoramento de tais indicadores é essencial na busca por avanços no planejamento de ações nos setores público e privado.

O Relatório visou, dentre outros objetivos, detectarem quais informações adicionais seriam necessárias para a construção de indicadores mais relevantes de progresso social; avaliar a conveniência de se utilizar ferramentas de mensuração alternativas e discutir como apresentar as informações estatísticas da maneira apropriada¹⁵.

Existe uma enorme distância entre as medidas padrão de importantes variáveis sócio-econômicas, como crescimento, inflação, desigualdades, etc., e as percepções disseminadas [...] Nossas estatísticas, que eventualmente nos serviram satisfatoriamente num passado não tão distante, atualmente necessitam de uma séria revisão apropriada¹⁶

O referenciado Relatório estabelece uma distinção entre avaliação de sua sustentabilidade e avaliação do bem-estar presente, em outras palavras, da capacidade para se manter no tempo.

Quanto a sustentabilidade de tais níveis de bem-estar, estes dependem da “questão de saber se os estoques de capital importantes para nossa vida (capital natural, físico, humano, social) serão ou não transmitidos as gerações futuras¹⁷”, ou seja, primar pela elaboração de um sistema estatístico, capaz de contemplar as medidas da atividade comercial, juntamente com dados atinentes ao bem-estar das pessoas, bem como a mensuração da sustentabilidade.

Diante de tais aspectos conceituais estabelecidos até o presente momento, importante também destacarmos o Estado Ambiental de Direito.

É conceito abstrato. Traz em si elementos políticos e sociais, e não se restringe à ciência jurídica. A realidade fática da humanidade ainda é a de visível desequilíbrio social, em que conceitos modernos

¹⁵STIGLITZ, Joseph E. SEN, Amartya. FITOUSSI, Jean-Paul. **Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress**. 2009. Disponível em: <www.stiglitz-sen-fitoussi.fr>. Acesso em: 30 jan. 2015.

¹⁶STIGLITZ, Joseph E. SEN, Amartya. FITOUSSI, Jean-Paul. **Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress**.

¹⁷SESI. Departamento Regional do Paraná. – Curitiba: SESI/PR, 2012. **Relatório da Comissão sobre a Medida de Desempenho Econômico e Progresso Social**. SESI. Departamento Regional do Paraná. – Curitiba: SESI/PR, 2012. Tradução de: Rapport de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social. STIGLITZ, Joseph E. SEN, Amartya FITOUSSI, Jean-Paul. (2009). SESI. Departamento Regional do Paraná. – Curitiba: SESI/PR, 2012. Disponível em: <<http://territorioobservatorio.files.wordpress.com/2013/04/relatc3b3rio-da-comissc3a3o-sobre-a-mensurac3a7c3a3o-de-desempenho-econoc3b4mico-e-progresso-social.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

de sustentabilidade e proteção à vida convivem com a fragilidade humana diante da erradicação da fome e dos conflitos armados de sustentação ideológica pífia. Soa utópico, portanto, afirmar a existência do Estado Ambiental de Direito. Premente verificar que para se debater sobre Estado Ambiental de Direito, necessário atinar que não há unicidade entre as nações sobre o trato do meio ambiente¹⁸.

O conceito de estado ambiental de direito, para muitos se aproxima mais de uma utopia, posto que remeta ao imaginário de um Estado cuja organização social como uma falaciosa pretensão meramente defendida por grupos ligados ao ambiente¹⁹.

Contudo, importante destacar que alguns princípios fundamentais são extremamente necessários para que tenhamos, efetivamente, um Estado de Direito Ambiental conforme se anseia, ou seja, é imprescindível a mudança no âmbito socioeconômico, traçando-se marcos diferenciais extremamente definidos entre os direitos individuais e os da natureza.

Assim, para que tenhamos efetivamente um Estado Ambiental de Direito, há a necessidade de o Estado dispor de mecanismos de fiscalização e controle, a fim de minimizar as incertezas e reflexos que possam surgir e que venham ou possam a prejudicar o meio ambiente e seu uso sustentável.

Ao que se refere à Sociedade de Risco, ante ao desenvolvimento desenfreado e surgimento de crises, Ulrich Beck, a estabelece no sentido em que vivemos em um mundo fora de controle, inexistindo a certeza.

A teoria da Sociedade de Risco, característica da fase seguinte ao período industrial clássico, representa a tomada de consciência do esgotamento do modelo de produção, sendo esta marcada pelo risco permanente de desastre e catástrofe. Acrescente-se o uso do bem ambiental de forma ilimitada, pela apropriação, a expansão demográfica, a mercantilização, o capitalismo predatório – alguns dos elementos que conduzem a sociedade atual a situações de periculosidade²⁰.

O citado autor expõe que a expressão “risco” possui dois sentidos antagônicos, onde, o primeiro, aplica-se a um mundo governado inteiramente pelas leis da probabilidade, onde tudo é mensurável e calculável, isto é, os “riscos que não podem ser mensurados”.

¹⁸FERNANDES JÚNIOR. Natanael Caetano. **O Estado Ambiental de Direito na Sociedade de Risco**. TJDF. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2013/o-estado-ambiental-de-direito-na-sociedade-de-risco-natanael-caetano-fernandes-junior>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

¹⁹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do indivíduo ao coletivo extrapatrimonial**. Teoria e prática. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 66.

²⁰ LEITE, José Rubens Morato. **Sociedade de Risco e Estado**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.131.

Essas “verdadeiras” incertezas, **reforçadas por rápidas inovações tecnológicas e respostas sociais aceleradas**, estão criando uma nova paisagem de risco global. Em todas essas novas tecnologias incertas de risco, estamos separados da possibilidade e dos resultados por um oceano de ignorância [...] ²¹(grifo nosso)

Quanto a Justiça Ambiental, tem-se como marco normativo deste, assim como também no aspecto social, os quais servem de alicerce à responsabilização do Estado em indenizar, bem como atender aos direitos fundamentais das pessoas atingidas pelos desastres ambientais decorrentes dos efeitos das mudanças climáticas, uma vez que, na maioria das vezes, aqueles grupos sociais e/ou indivíduos mais vulneráveis a estes fenômenos climáticos²², “serão justamente aqueles integrantes da parcela mais pobre e marginalizada da população, os quais, após a ocorrência do fenômeno climático, terão perdido o pouco que possuíam (casa, bens móveis, etc.) e não terão condições econômicas de acessar os bens sociais necessários a uma vida digna²³”.

Tal quadro, aliado a outros aspectos conceituais anteriormente expostos, demonstram que não apenas o desenvolvimento descontrolado, mas também e, principalmente, o descaso, muitas vezes do poder público constituído em que não fomentar ou minimizar tais desigualdades ou disparidades, acabam por gerar o crescimento de desastres naturais.

Bauman enfatiza ainda que os medos sejam difusos, se espalharam situação na qual a sociedade sente-se ameaçada e insegura, onde “os medos são muitos e diferentes, mas eles alimentam uns aos outros”, bem como “a combinação desses medos cria um estado na mente e nos sentimentos que só pode ser descrito como ambiente de insegurança²⁴”.

Sob tal aspecto, a sociedade permanece inerte a situação ora vivenciada e, tal quadro demonstra ser interessante para o mercado, assim como também para os governos, considerando “interessante manter acesos esses medos e, se possível, até estimular o aumento da insegurança²⁵”.

Importa observar que diante da grande diversidade existente quanto a mecanismos

²¹ INCERTEZAS FABRICADAS. **Entrevista com o sociólogo alemão Ulrich Beck.** Disponível em: <http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod_noticia=7063&cod_canal=41>. Acesso em: 20 jan. 2015.

²² Enchentes, desabamentos, secas, etc.

²³ FENSTERSEIFER, Tiago. **A responsabilidade do estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais associados às mudanças climáticas:** uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/12.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo Parasitário: e outros temas contemporâneos.** Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 73 – 75. Título original: Capitalismo Parassitario.

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo Parasitário: e outros temas contemporâneos.**

voltados ao enfrentamento da crise socioeconômica, prima-se pelo fortalecimento de caráter “interdependente e globalizado dos múltiplos fatores que estão em jogo”, como as mudanças climáticas, a poluição desenfreada e generalizada, a explosão demográfica, a miséria, a exclusão social, dentre outros fatores que contribuem para a realidade hoje por nós vivenciada²⁶.

Ademais, a efetivação do desenvolvimento depende de uma complexa e ampla reforma estrutural no âmbito político, econômico, social, cultural de toda sociedade mundial.

Percebe-se que o capitalismo, tal como um parasita, sempre encontra um hospedeiro para desenvolver seu melhor viver, sem qualquer tipo de preocupação com este e, em razão disso, acaba promovendo “barbáries sociais e ambientais, e a medida que os espaços físicos se reduzem, haja vista que nos dias atuais não há mais muitas opções de novas descobertas geográficas, são as formas de atuação capitalistas que estão se alterando e se efetivando dos mais variados e inovadores modos”.

Pelas considerações acima expostas, onde se vislumbra que o desenvolvimento socioeconômico proporciona, infelizmente, desequilíbrio e prejuízos na qualidade de vida e bem estar social, acabando por fomentar desgaste nas relações sociais, por exemplo, refletindo no crescimento de desastres naturais e a incolumidade das pessoas.

Para que tal situação venha a ser minimizada, importante que políticas públicas sejam desenvolvidas e implementadas, a fim de restabelecer o convívio seguro em sociedade.

2. A PROIBIÇÃO DO NÃO RETROCESSO AMBIENTAL

Antes de analisar o Princípio da Proibição do Retrocesso, no âmbito nacional, parte-se da premissa que tal encontra respaldo na garantia dos direitos fundamentais, e da própria dignidade da pessoa humana, arrimada na CRFB/1988, tanto contra a atuação do legislador tanto no âmbito constitucional como no infraconstitucional²⁷, conforme se verificará a seguir:

Pelo Princípio da Proibição do Retrocesso, entende-se:

²⁶ VIEIRA, Paulo Freire. **Políticas ambientais no Brasil**: do preservacionismo ao desenvolvimento territorial sustentável. Revista Política & Sociedade. Nº 14, abr. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/viewFile/2175-7984.2009v8n14p27/10954>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Direito Constitucional Ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

[...] A proibição de retrocesso ambiental, da mesma forma como ocorre com a proibição de retrocesso social, está relacionada ao princípio da segurança jurídica, da proteção da confiança ou mesmo de previsibilidade no enquadramento normativo das relações jurídicas (as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, bem como os limites da matérias à reforma constitucional são expressão do princípio constitucional da segurança jurídica), o que se apresenta como um traço característico da conformação do Estado de Direito. De outra forma, o que se está a determinar com a proibição de retrocesso é a subordinação do legislador infraconstitucional ao comando normativo constitucional, em respeito ao princípio da supremacia da Constituição.[...] ²⁸.

Especificamente no que concerne ao Poder Judiciário:

Também os juízes devem ter em mente que os instrumentos do Direito Ambiental não corroem, nem ameaçam a vitalidade produtiva do Brasil e a velocidade de sua inclusão entre as grandes economias do Planeta; tampouco pesam na capacidade financeira do Estado ou se apresentam como contrabando legislativo, devaneio imotivado de um legislador desavisado ou irresponsável. Ao contrário, se inserem no âmbito da função social e da função ecológica da propriedade, previstas na Constituição de 1988 (arts. 5º XXIII, e 186, II, respectivamente). Conseqüentemente, reduzir, inviabilizar ou revogar leis, dispositivos legais e políticas de implementação de proteção da natureza nada mais significa, na esteira da violação ao princípio da proibição do retrocesso ambiental, que conceder colossal incentivo econômico a quem não podia explorar (e desmatar) partes de sua propriedade e, em seguida, com a regressão, passar a podê-lo. Tudo às custas do esvaziamento da densificação do mínimo ecológico constitucional. Retroceder agora, quando mal acordamos do pesadelo da destruição ensandecida dos processos ecológicos essenciais nos últimos 500 anos, haverá de ser visto, por juízes, como privatização de inestimável externalidade positiva (= os serviços ecológicos do patrimônio natural intergeracional), que se agrega à também incalculável externalidade negativa (= a destruição de biomas inteiros), que acaba socializada com toda a coletividade e seus descendentes ²⁹.

Partindo dessa premissa, têm-se, ao menos, duas são as consequências decorrentes acerca do ora exposto: primeiro, no que se refere à área ambiental é a mais assolada pela inobservância da proibição o retrocesso, visto que os aspectos econômicos, sociais e do livre mercado são agigantados perante o aspecto ambiental, que já está solapado pela ação humana e, segundo, quando a necessidade de inverter valores, ao se pensar na reserva do possível, visando garantir que o desenvolvimento sustentável se processe assegurando as gerações futuras.

No plano de níveis de desenvolvimento e garantia dos direitos fundamentais, a construção da proibição do retrocesso encontra-se, na maioria das vezes, associada a realização, pelo Estado, de uma padronização cultural, social e econômica, resultando em uma imposição em garantir de

²⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 258.

²⁹ BENJAMIN, Herman, *In O Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental*. Ed. Do Senado Federal - 2011, pags. 70 – 72.

que o núcleo essencial desses direitos não possa ser removido sem medidas de compensação³⁰.

O Princípio da Não-Regressão não admite diminuição ou enfraquecimento, sendo uma conquista já sedimentada da Teoria dos Direitos Fundamentais e não lhe prestar a devida atenção constitui um retrocesso, garantindo que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou futura e requisito prévio para a efetividade de todas as políticas, leis e regulamentações de desenvolvimento sustentável.

Para promover a não regressão como um novo princípio fundamental do Direito Ambiental, convém ter apoio numa argumentação jurídica que funda um novo princípio, que se agrega aos princípios já reconhecidos: prevenção, precaução, poluidor-pagador e participação do público. As bases dessa argumentação jurídica repousam sobre três elementos: a própria finalidade do Direito Ambiental, a necessidade de se afastar o princípio de mutabilidade do direito e a intangibilidade dos direitos humanos. Constataremos, então, que, do direito internacional ao direito nacional, encontram-se já várias ilustrações do princípio de não regressão, o que abarca, inclusive, a jurisprudência³¹.

Cumpramos ressaltar ainda quanto a necessidade de atualizar as disposições constitucionais relativas à preservação ambiental e de desastres naturais, em razão das múltiplas ameaças que pesam sobre as políticas e regulamentações ambientais a nível nacional, regional e local, as quais poderão conduzir, de maneira explícita ou implícita, a uma redução do nível de proteção da biodiversidade e a um aumento do risco de degradação ambiental.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, formal e materialmente reconhecido, e deve ser garantido por toda a sociedade e pelo Poder Público, que deve direcionar as políticas públicas ambientais à realização desse direito de forma progressiva e gradual.

Destaca-se que os valores ecológicos constituem aspecto intrínseco da dignidade humana de tamanha importância que se torna indispensável sua tutela, não se permitindo esta num patamar inferior ao mínimo adequado a uma vida saudável.

Existe ainda um consenso nacional sobre a necessidade de adotar medidas jurídicas para alcançar um alto nível de proteção ambiental e melhorar a qualidade do meio ambiente, aliada a responsabilidade coletiva de não colocar em risco os direitos das gerações futuras à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever de lhes transmitir o patrimônio

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

³¹ PRIUER, Michel. Princípio da proibição do retrocesso ambiental. In **Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Senado Federal, Brasília, 2012, p. 16.

ambiental no melhor estado possível.

Sabe-se também o disposto no artigo 2º da PNMA, tendo por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses de segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS E GOVERNANÇA

As Políticas Públicas têm como objetivo deixar claro que o todo é fundamental na integração de interesses de forma comprometida com a situação, estabelecendo igualdade entre todos os atores sociais.

[...] política pública deveria ser concebida como um conjunto de subsistemas relativamente estáveis, que se articulam com os acontecimentos externos, os quais dão parâmetros para os constrangimentos e os recursos de cada política pública [...] crenças, valores e idéias são importantes dimensões do processo de formulação de políticas públicas³².

No que se refere as políticas públicas, “são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos³³”.

As políticas públicas são “em uma democracia, questões de ação coletiva e de distribuição de bens coletivos e, na formulação da escolha racional, requerem o desenho de incentivos seletivos [...]”³⁴.

No que diz respeito a importância acerca das políticas públicas, na construção de espaço público objetivando a construção e a formulação de políticas aptas em estruturarem a sociedade e o país de maneira democrática, efetiva, socialmente justa e diversa³⁵.

Importante destacar também que o alicerce das políticas públicas, funda-se em reconhecer os direitos sociais, os quais são concretizados através da prestação positiva de ações por parte do

³²SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, jul./dez. 2006, nº 16, p. 20 – 45. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>>, p. 31. Acesso em: 20 jan. 2015.

³³SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 35.

³⁴SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, jul./dez. 2006, p. 37.

³⁵LANZONI, Luciana; CRUZ, Célia. **Estratégias da sociedade civil**. In: GHANEM, Elie (org.). *Influir em políticas públicas e provocar mudanças sociais: experiências a partir da sociedade civil brasileira*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2007.

Estado³⁶.

Como pode ser observado, as definições ora destacadas se complementam, uma vez que as Políticas Públicas constituem-se em ações governamentais, seja de nível local, estadual ou nacional, visando gerar resultados em prol do bem estar social, sendo que deve haver um trabalho em conjunto, entre o Poder Público constituído e à sociedade organizada³⁷.

Observa-se que a essência das Políticas Públicas está na busca incessante pela melhoria das condições e qualidade de vida de toda a sociedade, sendo que por meio da organização entre sociedade e Poder Público, analisando e compreendendo as necessidades e a realidade das sociedades, através da participação, do trabalho em conjunto é que os anseios serão alcançados³⁸.

ACRFB/1988 é o alicerce na implementação de políticas públicas, decorrente da necessidade de atuação, por parte do poder público, em diversos setores³⁹.

A fixação das políticas públicas, fundada da CRFB/1988 traça normativas e princípios norteadores por parte do Estado no desenvolvimento das atividades públicas, proporcionando que os atores sociais, dentre estes os agentes públicos e legislador infraconstitucional sigam as regras estabelecidas.

A fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente, na prestação de ações e serviços públicos. As políticas públicas correspondem ao planejamento e as obras e serviços públicos caracterizam a execução material da função⁴⁰.

Sabe-se ainda que os atores das Políticas Públicas tem um papel fundamental na condução de atividades de suma importância para o desenvolvimento da sociedade e a tomada de decisões são essenciais para tal.

Assim, nota-se que as políticas públicas decorrem da demanda de necessidades existentes naquele contexto. Tais demandas, são “reivindicações de bens e serviços, como saúde, educação, estradas, transportes, segurança pública, normas de higiene e controle de produtos alimentícios,

³⁶GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁷SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, jul./dez. 2006. FREY, Klaus. **Governança Urbana e Participação Pública**. RAC-Eletrônica, v. 1, n. 1, art. 9, p. 136-150, Jan./Abr. 2007. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/rac-e>>. Acesso em: 30 jan. 2015

³⁸SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, jul./dez. 2006. FREY, Klaus. **Governança Urbana e Participação Pública**.

³⁹SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**.

⁴⁰SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**, p. 35.

previdência social, etc”, dentre outras⁴¹.

Desta forma, para que ocorra o real desenvolvimento e transformação na gestão pública, deve haver um reconhecimento quanto ao crescimento participativo da sociedade civil, ampliando-se o rol de atores sociais, comprometidos com a gestão da coisa pública, agregando conhecimentos necessários em benefício do sociedade e, conseqüentemente no processo de ressocialização do adolescente em conflito com a lei.

Nota-se que a democracia encontra-se regulada pela soberania popular, “a participação é concebida como um fenômeno que se desenvolve tanto na sociedade civil – em especial entre os movimentos sociais e as organizações autônomas da sociedade. Quanto no plano institucional – nas instituições formais políticas⁴²”.

Tem-se a governança, como a capacidade de administrar, baseada nas coalizões entre atores sociais, ou seja, a interação entre diversas categorias de atores, recursos disponíveis e orientações ideológicas, incorporando atores oriundos da esfera não-estatal, proporcionando melhores condições de vida, cidadania, direitos sociais, dentre outras⁴³.

A governança é “entendida como os meios e processos pelos quais uma organização ou sociedade se dirigem, é construída simultaneamente pelo Estado e pelos atores não governamentais”, ou seja, consiste na capacidade do desenvolvimento em parcerias, em planejar e executar políticas a atender o interesse de todos⁴⁴.

Em resumo, a governança envolve a participação efetiva da sociedade, agregando não somente órgãos do poder público constituído, mas também do setor privado, proporcionando desta forma o desenvolvimento de políticas que visam o bem comum.

Neste sentido, pode-se dizer que as Políticas Públicas primam por ações desenvolvidas pelo governo, agindo, influenciando e propondo mudanças, de forma direta ou indireta, na vida da sociedade, necessitando de constantes avaliações dos projetos desenvolvidos, a fim de garantir

⁴¹ RUA, Maria das Graças. **Análise de Políticas Públicas: conceitos básicos**. In: O Estudo da Política: Tópicos Seleccionados ed. Brasília: Paralelo 15, 1998.

⁴² GOHN, Maria da Glória. **Conselhos Gestores e participação sociopolítica**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 17.

⁴³ GOHN, Maria da Glória. **Conselhos Gestores e participação sociopolítica**.

⁴⁴ GONÇALVES, Alcindo. **A Legitimidade da Governança Global**. XV Congresso Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito). Manaus, 2006. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_e_politica_alcindo_goncalves.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

sua finalidade, ou seja, o bem comum.

4. A LEI Nº 12.608/2012 E A POLÍTICA NACIONAL REFERENTE AOS DESASTRES NATURAIS

Nas últimas décadas, tem-se presenciado e vivenciado os mais diversos fenômenos da natureza que acabam por resultar em catástrofes ambientais, sendo que os prejuízos e riscos decorrentes desses desastres têm sido tema de debates e reflexões constantes tanto no setor público, quanto no setor privado, em busca de ações e medidas que visem minimizar tais resultados, em especial, sob a responsabilidade do gestor público e da conscientização da sociedade.

Quanto a localização e a gravidade de desastres naturais, tem-se que de acordo com informações/dados dão conta que no mundo, os países com menor nível de desenvolvimento social e econômico é que figuram nesse cenário⁴⁵.

Sabe-se também que os desastres naturais vem crescendo nos quatro cantos do planeta, somado a danos materiais e perda de vidas, tem-se ainda como fatores de somatização “o crescimento populacional e o grande impacto das mudanças climáticas, gerando um aumento de pessoas vivendo em áreas de risco, onde estão expostas aos perigos de eventos naturais⁴⁶”, assim como também os riscos quanto a perda na economia e o custo aos cofres públicos resultantes dos desastres naturais.

[...] as secas e a estiagem são os desastres climáticos mais frequentes no Brasil, apesar de as inundações e os deslizamentos de terra ocasionarem mais mortes e perdas econômicas. Entretanto, aponta, “a legislação brasileira, em especial a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei n. 12.608/2012), demonstra um foco maior neste perfil (prevenção de inundações bruscas, deslizamentos de grande impacto e processos hidrológicos ou geológicos correlatos) sem, contudo, limitar a abrangência do sentido de desastre, que também compreende os humanos (acidentes tecnológicos e industriais) e os mistos (compostos por fatores naturais e humanos)”. E esclarece: “Até a promulgação da Lei de Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, em 2012, o sistema legal tinha uma ênfase meramente compensatória aos desastres. Após a introdução do novo marco regulatório, houve a atribuição prioritária às ações de prevenção e mitigação de desastres⁴⁷”.

⁴⁵ FREITAS, Carlos Machado de, et al. **Vulnerabilidade socioambiental, redução de riscos de desastres e construção da resiliência – lições do terremoto no Haiti e das chuvas fortes na Região Serrana, Brasil**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232012000600021&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 jan. 2015.

⁴⁶ Rio+20 – **Desastres Naturais**. Disponível em: <<https://brdesastresnaturais.wordpress.com/2012/08/07/desastres-naturais/>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

⁴⁷ IHU On-Line. **Direito Ambiental e a gestão de desastres naturais**. Entrevista especial com Délton Winter de Carvalho. Disponível em: <<http://www.unisinos.br>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

Importa observar que não há desastres puramente naturais, uma vez que para que estes efetivamente ocorram, “mesmo que desencadeados por fatores naturais, depende sempre de vulnerabilidades sociais, representadas em fatores como desigualdades, ocupação de áreas de risco, falta de informação adequada, exposição a riscos, etc⁴⁸”.

Aliado a isso, “políticas de redução de riscos de desastres e construção da resiliência constituem prioridades na agenda do desenvolvimento sustentável, estando entre os temas eleitos para a Rio+20⁴⁹”.

Quanto à redução dos riscos de desastres, tem-se que as “pessoas e locais são resilientes e podem se recuperar rapidamente [...], uma vez que a “redução do risco urbano dá oportunidades para investimentos financeiros no aprimoramento da infraestrutura; na construção de sistemas de eficiência e segurança energética; na renovação urbana; na implementação de fontes mais limpas de energia; na urbanização de favelas⁵⁰”.

A redução dos riscos de desastres gera muitos benefícios econômicos, ambientais e sociais. Por exemplo, a melhoria na gestão da água pode diminuir o risco de secas e, ao mesmo tempo, aumentar a geração de energia hidroelétrica, melhorar a capacidade de armazenamento de água para utilização agrícola e aumentar a disponibilidade de água potável doméstica. Os ecossistemas podem ser uma barreira protetora e amortecedora dos riscos naturais salvando vidas e bens, protegendo as culturas de subsistência e preservando o meio ambiente⁵¹.

No que concerne a incidência de desastres naturais,

A ocorrência de desastres está comumente ligada a um déficit regulatório do Direito Ambiental, seja pela ocupação irregular de áreas de proteção permanente, pelo descumprimento de padrões preventivos previstos nos licenciamentos ambientais, pela ocupação desordenada do solo, ou pela injustiça ambiental, entre outros exemplos possíveis⁵² [...]

Em entrevista, o Professor Délton Winter de Carvalho destaca que o “Direito tradicional deve estar atento e sensível à complexidade e às demandas ambientais”, uma vez que “um grande desafio à capacidade estrutural do Estado para lidar com as consequências do fenômeno das mudanças climáticas, no que toca especificamente à intensificação de desastres climáticos”, tendo

⁴⁸ IHU On-Line. **Direito Ambiental e a gestão de desastres naturais**.

⁴⁹ FREITAS, Carlos Machado de, et al. **Vulnerabilidade socioambiental, redução de riscos de desastres e construção da resiliência – lições do terremoto no Haiti e das chuvas fortes na Região Serrana, Brasil**.

⁵⁰ Rio+20 O futuro que queremos. **Fatos sobre desastres**. Disponível em: <http://www.apoioambiental.com.br/upload/desastres.pdf>. Acesso em 31 de julho de 2015.

⁵¹ Rio+20 O futuro que queremos. **Fatos sobre desastres**. Disponível em: <http://www.apoioambiental.com.br/upload/desastres.pdf>. Acesso em 31 de julho de 2015.

⁵² IHU On-Line. **Direito Ambiental e a gestão de desastres naturais**. Entrevista especial com Délton Winter de Carvalho. Disponível em: <<http://www.unisinos.br>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

por finalidade, priorizar as demandas e ações sob a ótica preventiva e de gestão de risco⁵³.

Importa ressaltar que a maior parte dos investimentos e ações por parte do poder público (municipal, estadual e/ou federal), ocorre, apenas após as ocorrências de desastres (naturais ou não), e o valor despendido em prevenção é ínfimo.

Sendo assim, a adoção de medidas preventivas relacionada a desastres deve ser tida com um fator visando a redução da vulnerabilidade de tais fenômenos⁵⁴.

Quanto à classificação e característica dos desastres,

A preponderância do caráter híbrido dos desastres decorre do fato de estes fenômenos serem designados como catástrofes muito mais pelos resultados do que por suas causas. Assim, mesmo que um evento eminentemente natural tenha desencadeado uma série de sinistros, a dimensão de catástrofe será atingida por fatores humanos de amplificação, vulnerabilidade, agravamento ou cumulação, bem como estes detêm condições de amplificar aqueles⁵⁵.

Contudo, a postura da sociedade e, principalmente, do poder público, deve ser inversa, ou seja, os maiores investimentos devem estar calcados em ações preventivas e de mitigação, estabelecendo-se assim, uma mudança/quebra de paradigma em políticas de gestão de desastres, visando minimizar ou evitar os reflexos e consequências de lesões ao meio ambiente e a sociedade.

A temática relacionada a aspectos relacionados a prevenção de desastres no Brasil surgiu com a Medida Provisória nº 547/2011, a qual, posteriormente converte-se na Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012, instituindo-se a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, dispondo ainda sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil, bem como autorizou a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres, dentre outras providências, em especial, ações de natureza proativas, preventivas e posterior a ocorrência de eventos.

O Direito dos Desastres tem como atribuições a regulação e a orientação normativa de ações e estratégias para prevenção, mitigação, respostas de emergência, compensação e reconstrução das áreas atingidas por desastres. Pode ser dito que este ramo do Direito consiste em uma radicalização

⁵³ IHU On-Line. **Direito Ambiental e a gestão de desastres naturais**. Entrevista especial com Délton Winter de Carvalho. Disponível em: <<http://www.unisinos.br>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

⁵⁴ CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁵⁵ CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**, p. 27.

do próprio Direito Ambiental, em que as mudanças climáticas, o desenvolvimento tecnológico e o crescimento populacional desordenado transformam danos em desastres ambientais⁵⁶.

A Medida Provisória 547/2011, trouxe, dentre outros aspectos, argumentos que motivaram e fortaleceram a conversão na Lei nº 12/608/2012, dentre estes, a incidência recorrente de desastres naturais que assolavam drasticamente os municípios em todo o território brasileiro, a necessidade de ações e a implementação de políticas públicas efetivas, aliado ao planejamento e gestão voltados para a prevenção e a mitigação dos impactos decorrentes desses incidentes, minimizando os resultados relacionado a perda de vidas e do patrimônio (público e/ou privado).

A prevenção e mitigação de impactos desse tipo de desastre natural urbano implica a adoção de uma abordagem integrada da gestão de riscos, que pressupõe ações no campo da prevenção da formação de novas áreas de risco, da redução dos níveis de risco nas ocupações urbanas já instaladas e da implantação de planos de contingência voltados para a proteção da população no caso da ocorrência de eventos pluviométricos extremos⁵⁷.

E tais ações demandam de um comprometimento efetivo dos três níveis de governo quanto à gestão de riscos, seja no que se refere às ações a serem desenvolvidas e adotadas, o enfrentamento da situação, planejamento, gestão do espaço urbano (ocupação desordenada, entre outros aspectos), e um plano diretor dentro dos municípios que prime em minimizar os desastres, como ocupação do solo, legislação ambiental devidamente cumprida por todos, desmatamento, crescimento desordenado, etc.

Tendo em vista que os Direitos Humanos são tidos por direitos básicos de todos os seres humanos, tais como direitos civis e políticos (vida, propriedade, liberdades de pensamento, expressão, e nacionalidade, etc.), direitos econômicos, sociais e culturais (direito ao trabalho, educação, saúde, previdência, moradia), direitos difusos e coletivos, tem-se destaque em pontos da Lei nº 12.608/2012, afetos a este referente, sensível aos Direitos Humanos no viés Internacional em perfeita consonância com Direitos Fundamentais, aqui entendidos como Direitos Humanos Constitucionalizados.

Inicialmente destaque-se que a Lei nº 12.608/2012 – diferente dos institutos comparados – não é uma lei sobre desastres, aqui entendimento como contramedidas as calamidades por ventura enfrentadas.

⁵⁶ IHU On-Line. **Direito Ambiental e a gestão de desastres naturais**. Entrevista especial com Délton Winter de Carvalho. Disponível em: <<http://www.unisinos.br>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

⁵⁷ BRASIL. **Exposição de Motivos referente a Medida Provisória nº 547**, de 11 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/45/2011/547.htm>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

Ao instituir a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil e o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil, o legislador brasileiro, através da Lei nº 12.608/2012, constata-se a premente preocupação em instituir uma política de proteção e defesa civil focada com os diferentes âmbitos de proteção dos direitos humanos, tal como se denota na instituição das suas diretrizes e objetivos, especificamente contidas no *caput* do art. 3º, abrangendo “ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação voltadas à proteção e defesa civil”.

Trata o citado diploma de verdadeira política nacional, com ação governamental, integrativa com outras políticas garantidoras dos Direitos Humanos, como saúde, educação, habitação, desenvolvimento urbano, cultura, bem como a promoção do desenvolvimento sustentável, como esposado no Parágrafo Único do art. 3º.

Nota-se uma visão integrativa, e nessa integração compõem outras políticas que além de direitos humanos são fundamentais, visando a profissionalização e qualificação dos agentes de proteção da defesa civil e priorização nos programas habitacionais da União, Estados e Municípios, sendo estes alguns tópicos garantidos pela lei, que menciona ainda questões de saúde, educação, infraestrutura e de ciência e tecnologia.

Visualiza-se no art. 5º os objetivos da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, a qual detêm ampla identidade temática com a proteção aos direitos humanos, pois visa, por exemplo, garantir uma existência digna as populações vulneráveis a desastres ambientais, prevenindo e mitigando o risco a desastres, por meio de políticas e ações multidisciplinares não só de prevenção e monitoramento, mas também, de estímulo ao desenvolvimento sustentável e a educação para a proteção e defesa civil.

Merece especial destaque, dentro do art. 5º, VI, que estabelece, dentre os objetivos da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, “estimular o desenvolvimento de cidades resilientes e os processos sustentáveis de urbanização”.

Tal destaque é devido, posto que a construção de resiliência vincula-se a noção de vulnerabilidade e remete a percepção de proteção, matriz fundante dos direitos humanos.

Ainda focando nos Direitos Humanos, no art. 6º, se destaca a competência da União para estabelecer critérios e condições para a declaração e o reconhecimento de situações de emergência e estado de calamidade pública, realizar monitoramentos (meteorológico, hidrológico, geológico, etc.) das áreas de risco, fomentar a pesquisa sobre os eventos deflagradores de

desastres e apoiar a comunidade docente no desenvolvimento de material didático-pedagógico relacionado ao desenvolvimento da cultura de prevenção de desastres, de maneira que se sublima a preocupação com o direito a vida, saúde, moradia e educação para a sustentabilidade.

Vale lembrar que os municípios com incidência em desastres, sejam estes deslizamentos, inundações de grande impacto ambiental e social, devem mapear as áreas de risco que possam subsidiar ações por parte da Defesa Civil e “influenciar Planos Diretores Municipais, a fim de evitar novas ocupações de áreas de risco⁵⁸”.

[...] a ocorrência de desastres está comumente ligada a um déficit regulatório do Direito Ambiental, seja pela ocupação irregular de áreas de proteção permanente, pelo descumprimento de padrões preventivos previstos nos licenciamentos ambientais, pela ocupação desordenada do solo, pela injustiça ambiental, entre outros exemplos possíveis. Assim, um Direito Ambiental eficaz tem relação direta com a gestão dos desastres⁵⁹.

Por fim, nota-se que com o advento da Medida Provisória 547/2011 e sua conversão no ano de 2012 na Lei nº 12.608/2012, passam por uma transformação de conscientização quanto a ações reativas decorrentes aos desastres naturais, fomentando uma mudança de paradigma e de comportamento, seja do poder público e da sociedade como um todo, com um enfoque concentrado na prevenção e não apenas voltado a medidas compensatórias.

Aliado a isso, o comprometimento e a integração dos mais diversos órgãos governamentais (defesa civil, segurança pública, meio ambiente, dentre outros), somados aos mais diversos atores sociais privados são imprescindíveis e fundamentais para a efetivação de ações preventivas e mitigadores de desastres naturais, primando em minimizar ou até mesmo evitar que tais fenômenos continuem sendo corriqueiros.

5. RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO FRENTE A GESTÃO DOS DESASTRES NATURAIS

Como já exposto, em matéria ambiental, imperioso se faz que o Estado participe efetivamente em prol da prevenção dos desastres naturais. Contudo, as mudanças climáticas ocorridas em todo planeta acabam por gerar situações de grandes prejuízos a todas as pessoas indistintamente. Os desastres naturais atingem pessoas, independente de classe social.

⁵⁸IHU On-Line. **Direito Ambiental e a gestão de desastres naturais**. Entrevista especial com Délton Winter de Carvalho. Disponível em: <<http://www.unisinos.br>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

⁵⁹IHU On-Line. **Direito Ambiental e a gestão de desastres naturais**. Entrevista especial com Délton Winter de Carvalho. Disponível em: <<http://www.unisinos.br>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

A preocupação que o Estado deve ter com as áreas mais vulneráveis aos desastres naturais foi matéria discutida pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento que destaca: “vivendo em habitações improvisadas situadas em encostas vulneráveis a inundações e deslizamentos de terra, os habitantes das zonas degradadas estão altamente expostos e vulneráveis aos impactos das alterações climáticas. [...] As políticas públicas podem melhorar a resiliência em muitas zonas, desde o controle de Inundações à proteção infraestrutural contra os deslizamentos de terra e à provisão de direitos formais de habitação aos habitantes de áreas urbanas degradantes”.⁶⁰

No Informe sobre Desenvolvimento Humano de 2014 das Nações Unidas novamente aparece a preocupação com a atividade estatal⁶¹:

El Informe reconoce que sin importar lo eficaces que sean las políticas públicas a la hora de reducir las vulnerabilidades inherentes, las crisis seguirán ocurriendo con consecuencias potencialmente destructivas. Crear capacidades para la preparación y la recuperación ante desastres, que permitan a las comunidades lidiar con las crisis y recuperarse de ellas, es vital. A escala mundial, al reconocer que los riesgos que son transfronterizos por naturaleza requieren de acción colectiva, el Informe aboga por compromisos globales y una mejor gobernanza internacional.

Com o colapso ambiental que se avizinha em decorrência das mudanças climáticas, o Estado não pode silenciar, uma vez que o seu silêncio e inércia, do ponto de vista jurídico, resultam em omissão inconstitucional para com os seus deveres imperativos de proteção da qualidade ambiental e dos direitos fundamentais das pessoas que habitam o seu território, inclusive sob a perspectiva das futuras gerações. E tais omissões ganham maior intensidade normativa, sob a perspectiva da sua inconstitucionalidade e da necessidade de reparação por parte do Estado, quanto maior o grau de exposição existencial dos indivíduos e grupos sociais atingidos.⁶²

A partir do dever de proteção ambiental conferido constitucionalmente ao Estado brasileiro, submerge a responsabilidade estatal em face de danos ambientais ocorridos, tanto em

⁶⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório de desenvolvimento Humano 2007/2008 do Programa das Nações Unidas**. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobais#2007/2008>. Acesso em: 24 fev. 2015.

⁶¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Informe de desenvolvimento Humano 2014 do Programa das Nações Unidas**. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014es.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

⁶² FENSTERSEIFER, Tiago. **A responsabilidade do estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais associados às mudanças climáticas: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente**. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/12.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

razão da sua ação quanto de sua omissão.⁶³ Conforme se pode apreender das linhas traçadas no tópico anterior, o Estado foi alçado pela norma constitucional como um dos principais protagonistas, juntamente com a sociedade civil, da tutela do ambiente. E tal protagonismo constitucional implica deveres e responsabilidades que devem ser assumidas pelo Estado, sob pena de eivar as suas práticas (ações e omissões) de inconstitucionalidade.⁶³

A responsabilidade do Poder Público é baseada na teoria do risco que importa em atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Assim, toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.⁶⁴

O Direito Ambiental engloba duas funções da responsabilidade civil objetiva do Estado devido às catástrofes: a função preventiva, que visa evitar o dano, e a função reparadora, que tenta reconstituir e/ou indenizar os prejuízos ocorridos.⁶⁵

Os Tribunais pátrios vêm decidindo pela responsabilidade civil do Poder Público. Assim foi entendido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. PORTO XAVIER. ALAGAMENTOS. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. [...] A prova produzida é suficiente para atestar a negligência no município, que deixou de realizar obras adequadas de drenagem de águas pluviais. Tratando-se de ato omissivo, a responsabilidade civil do ente público é subjetiva, restando configurada. Obrigação de indenizar pelos danos materiais e morais comprovados. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. Via de regra, não cabe ao Judiciário interferir em escolhas relativas a políticas públicas, pois a destinação dos recursos estatais, em face de sua escassez, compete ao Poder Executivo, legitimado democraticamente para tal. Em situações excepcionais, configurada omissão que atinja direitos fundamentais dos cidadãos, incluindo-se construções em áreas de risco, e existindo grave lesão a bens coletivos de hierarquia constitucional, como a proteção ao meio ambiente, pode e deve o Judiciário intervir quando provocado. REEXAME NECESSÁRIO. Excluída a condenação em verba honorária pelo trabalho de advogado dativo, pois caracterizada duplicidade, em razão dos ônus sucumbenciais que perceberá. APELAÇÃO DO RÉU DESPROVIDA E RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO EM PARTE. (Apelação e Reexame

⁶³ FENSTERSEIFER, Tiago. **A responsabilidade do estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais associados às mudanças climáticas: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente.** Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/12.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2011. p. 223.

⁶⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 366

Necessário Nº 70056991672, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 02/04/2014)

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na mesma linha, decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO. DESLIZAMENTO DE TERRA. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. 1. Ação indenizatória ajuizada por proprietário de imóvel que desabou em decorrência de deslizamento de terra provocado por ocupação irregular de encosta. Sentença de procedência atacada pela municipalidade. 2. Pretensão de reverter o resultado do julgamento, alegando-se ausência de nexo de causalidade e de conduta ilícita. Pedido alternativo de redução das verbas indenizatória e honorária. 3. Tese recursal dissonante do conjunto probatório carreado aos autos, que aponta no sentido do prévio conhecimento do ente municipal acerca da ocupação irregular do morro situado atrás do imóvel do Autor, bem como do despejo de esgoto sanitário e lixo encosta abaixo. 4. Omissão concreta e bem delineada do Apelante, acompanhada da violação de princípios constitucionais. 5. Correto reconhecimento da responsabilidade civil do Município com fulcro no art. 37, §6º, da Constituição Federal, sendo patente o dano moral sofrido pelo Autor ao ter destruído seu lar, sendo necessário que ele e sua família composta por esposa e três filhos fossem resgatados dos escombros por vizinhos, no meio da madrugada, com sérios riscos de vida.[...] (APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº: 2009.227.03905. OITAVA CÂMARA CÍVEL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relatora Desembargadora Mônica Maria Costa. Julgado em 16 de março de 2010.)

O Estado brasileiro, independentemente da sua responsabilização pelos danos causados às vítimas de desastres naturais relacionados às mudanças climáticas, diante do seu papel constitucional de guardião dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, tem o dever de assegurar a tais pessoas, inclusive em termos prestacionais, condições mínimas de bem-estar (individual, social e ecológico). E tal obrigação ganha um significado jurídico ainda maior quando a situação de vulnerabilidade existencial é resultante da omissão estatal em prevenir danos resultantes de desastres ambientais decorrentes das mudanças climáticas. E, com base em tal perspectiva, encontrando-se determinados indivíduos ou mesmo grupos sociais desprovidos de tais condições materiais indispensáveis ao desfrute de uma vida minimamente digna, justamente terem sido vitimados por episódios climáticos, poderão os mesmos pleitear em face do Estado a adoção de medidas prestacionais no sentido de suprir tais necessidades. E, diante da omissão estatal, poderão servir-se da via judicial para corrigir eventuais omissões providas dos Poderes Executivo e Legislativo em lhes prestar o devido auxílio material.⁶⁶

⁶⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. **A responsabilidade do estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais associados às mudanças climáticas**: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/12.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre os aspectos conceituais expostos, estes voltados a concepção do desenvolvimento socioeconômico, o qual em razão da má distribuição de renda, a ocupação desordenada de espaços públicos e áreas de risco, do descontrole e, muitas vezes descaso/omissão por parte do poder público, da exploração desenfreada, dentre outros aspectos, acabam por proporcionar e fomentar um desenvolvimento desordenado, resultando não apenas em desigualdades sociais, culturais, mas, ainda, gerando desastres naturais.

Apesar da CRFB/1988 prever o direito ao Meio Ambiente saudável e equilibrado como direito fundamental, o que se constata muitas vezes é a negligência estatal na preservação ambiental, mesmo com a existência de normativa instituindo a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil.

Diante desta carência do Estado, verifica-se que o mesmo deve ser responsabilizado civilmente pelos danos causados em decorrência dos desastres naturais.

Por fim, entende-se que, nessas situações, ao Estado aplica-se a teoria da responsabilidade civil objetiva, com base na Teoria do Risco, conforme vem tratando os Tribunais pátrios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo Parasitário: e outros temas contemporâneos**. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. Título original: Capitalismo Parassitario.

BENJAMIN, Herman, *In O Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental*. Ed. Do Senado Federal - 2011, pags. 70/72.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Col. Saraiva de Legislação – São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Decreto nº 42.229, de 13 de maio de 2002**. Dispõe sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de setembro de 1966**. Institui o Código Tributário Nacional.

_____. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formação e aplicação, e dá outras providências.

_____. **Lei nº 10.257**, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

_____. **Lei nº 12.608**, de 10 de abril de 2012, Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC, dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil – SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil – CONPDEC, autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm>. Acesso em: 30 jan. 2015.

_____. **Exposição de Motivos referente a Medida Provisória nº 547**, de 11 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/45/2011/547.htm>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

BURSZTYN, Maria Augusta; BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de Política e Gestão Ambiental: caminhos para a sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

CARVALHO, Délton Winter de. DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

FENSTERSEIFER, Tiago. **A responsabilidade do estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais associados às mudanças climáticas: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente**. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/12.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

_____. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERNANDES JÚNIOR. Natanael Caetano. **O Estado Ambiental de Direito na Sociedade de Risco**.

TJDFT. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2013/o-estado-ambiental-de-direito-na-sociedade-de-risco-natanael-caetano-fernandes-junior>>. Acesso em: 29jan. 2015.

FREITAS, Carlos Machado de, et al. **Vulnerabilidade socioambiental, redução de riscos de desastres e construção da resiliência** – lições do terremoto no Haiti e das chuvas fortes na Região Serrana, Brasil. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232012000600021&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 jan. 2015.

FREY, Klaus. **Governança Urbana e Participação Pública**. RAC-Eletrônica, v. 1, n. 1, art. 9, p. 136-150, Jan./Abr. 2007. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/rac-e>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos Gestores e participação sociopolítica**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2003.

GONÇALVES, Alcindo. **A Legitimidade daGovernança Global**. XV Congresso Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito). Manaus, 2006. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_e_politica_alcindo_goncalves.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008.

IHU On-Line. **Direito Ambiental e a gestão de desastres naturais**. Entrevista especial com Délton Winter de Carvalho. Disponível em: <<http://www.unisinos.br>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

INCERTEZAS FABRICADAS. **Entrevista com o sociólogo alemão Ulrich Beck**. Disponível em: <http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod_noticia=7063&cod_canal=41>. Acesso em: 20 jan. 2015.

LANZONI, Luciana; CRUZ, Célia. **Estratégias da sociedade civil**. In: GHANEM, Elie (org.). *Influir em políticas públicas e provocar mudanças sociais: experiências a partir da sociedade civil brasileira*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2007.

LEITE, José Rubens Morato. **Sociedade de Risco e Estado**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do indivíduo ao coletivo**

extrapatrimonial. Teoria e prática. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente – Doutrina-Prática-Jurisprudência.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

NASCIMENTOJÚNIOR, Raimundo do. **O meio ambiente urbano e a campanha Leblon consciente.** Disponível em: <<http://www.portaldoleblon.com.br/CCL-CampanhaLeblonCosc01.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório de desenvolvimento Humano 2007/2008 do Programa das Nações Unidas.** Disponível em: <http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobais#2007/2008>.

Acesso em: 24 fev. 2015.

_____. **Informe de desenvolvimento Humano 2014 do Programa das Nações Unidas.** Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014es.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

PNUMA, 2011. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável e a Erradicação da Pobreza – Síntese para Tomadores de Decisão.** Disponível em: <http://www.pnuma.org.br/admin/publicacoes/texto/1101-GREENECONOMY-synthesis_PT_online.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

PRIUER, Michel. Princípio da proibição do retrocesso ambiental. *In Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental.* Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Senado Federal, Brasília, 2012.

Rio+20 O futuro que queremos. **Fatos sobre desastres.** Disponível em: <http://www.apoioambiental.com.br/upload/desastres.pdf>. Acesso em 31 de julho de 2015.

RUA, Maria das Graças. **Análise de Políticas Públicas: conceitos básicos.** In: O Estudo da Política: Tópicos Seleccionados ed. Brasília: Paralelo 15, 1998.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção**

e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Direito Constitucional Ambiental:** constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SESI. Departamento Regional do Paraná. – Curitiba: SESI/PR, 2012. **Relatório da Comissão sobre a Medida de Desempenho Econômico e Progresso Social.** SESI. Departamento Regional do Paraná. – Curitiba: SESI/PR, 2012. Tradução de: Rapport de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social. STIGLITZ, Joseph E. SEN, Amartya FITOUSSI, Jean-Paul. (2009). SESI. Departamento Regional do Paraná. – Curitiba: SESI/PR, 2012. Disponível em: <<http://territorioobservatorio.files.wordpress.com/2013/04/relatc3b3rio-da-comissc3a3o-sobre-a-mensurac3a7c3a3o-de-desempenho-econoc3b4mico-e-progresso-social.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura.** Sociologias, jul./dez. 2006, nº 16, p.20 – 45. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

STIGLITZ, Joseph E. SEN, Amartya. FITOUSSI, Jean-Paul. **Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress.** 2009. Disponível em: <www.stiglitz-sen-fitoussi.fr>. Acesso em: 30 jan. 2015.

VIEIRA, Paulo Freire. **Políticas ambientais no Brasil: do preservacionismo ao desenvolvimento territorial sustentável.** Revista Política & Sociedade. Nº 14, abr. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/viewFile/2175-7984.2009v8n14p27/10954>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS: ASPECTOS DA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS NATURAIS E CONFLITOS AMBIENTAIS NA ERA DOS NOVOS DIREITOS

Flávia Cristina Oliveira Santos¹

INTRODUÇÃO

Ao longo da história o Estado brasileiro implementou inúmeras ações negativas a grupos minoritários. A época do Império era permitida aos cidadãos o direito ao voto, a assistência gratuita a saúde, a instrução primária. Os portugueses e demais imigrantes, mediante o cumprimento de algumas exigências legais, tinham a opção de se naturalizar e tornar-se cidadãos. Os escravos, por sua vez, teriam a condição de cidadão se fossem libertos, mas, até o ano de 1871, a alforria concedida poderia ser revogada. Aos africanos em nenhuma hipótese seria admitida a naturalização sob a alegação que serem estrangeiros².

A Lei das Terras 601 de 18.08.1850 pôs fim ao sistema de sesmarias, proibiu a aquisição de terras devolutas senão através de compra, e impôs aos posseiros a obrigação de titular as áreas ocupadas mansa e passivamente, impondo taxas. Aos; aos indígenas, autorizou o governo a reservar terras devolutas que julgasse necessário para sua colonização³.

A evolução dos direitos humanos, manifestado no festejado novo constitucionalismo latino americano, prevê direitos étnicos, culturais e territoriais sem os quais os direitos civis, sociais e econômicos não atingem o limite do preceito da razoabilidade e equidade.

Esses novos direitos, previstos na Constituição brasileira, não revelam efeito concretos às comunidades tradicionais, considerando-se os conflitos ambientais referenciados pelas disputas de território, mineração e obras de infraestrutura .

Recentemente, na busca de formas alternativas de matriz energética para o Brasil, a

¹ Advogada. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí, Bolsista do FUMDES.

² VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. *Responsabilização Objetiva do Estado: Segregação Institucional do Negro e Adoção de Ações Afirmativas como Reparação aos Danos Causados*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 74.

³ PINTO JUNIOR, Joaquim Modesto. Farias, Valdez (org.). **Coletânea de Legislação e Jurisprudência Agrária e Correlata**. Tomo I. Ministério de Desenvolvimento Agrário(MDA), Nucleo de Estudos Agrarios e Desenvolvimento Rural. 2007, p. 77.

Agência Nacional do Petróleo promoveu a 12ª Rodada de Licitações para a Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural em 240 Blocos com risco exploratório, localizados em 13 Setores de 7 Bacias Sedimentares brasileiras: Acre-Madre de Dios, Paraná, Parecis, Parnaíba, Recôncavo, São Francisco e Sergipe-Alagoas.

A exploração do gás não convencional chamado de óleo de xisto ou gás de folhelho ocorre através de fraturamento hidráulico, técnica que associa a perfuração da rocha até uma profundidade superior a dos lençóis.

O Grupo Trabalho do Ministério do Meio Ambiente instituído para análise ambiental prévia das áreas propostas para a 12ª Rodada de Licitações, em seu parecer, fez severas críticas porque não foram apresentados pela Agência Nacional de Petróleo estudos demonstrando a segurança da exploração nas áreas que se pretende ofertar⁴.

As informações pertinentes a tecnologia a ser adotada, as possibilidades de dano ambiental, a subtração do direito de usufruto de terras destinadas a reprodução social, econômica e cultural de comunidades tradicionais e povos de floresta em paralelo com as demais atividades de mineração no Brasil, denotam as ações praticadas pelo Estado com estes povos.

1. POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

Povos e comunidades tradicionais podem ser definidos como grupos culturalmente diferenciados, que se reconhecem como tais, com formas próprias de organização social, que ocupam e utilizam o território e seus recursos naturais como condição sua para sua reprodução social, cultural, religiosa, ancestral e ou econômica utilizando seus conhecimentos específicos .

O conceito de povos decorre da Convenção no. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais⁵, que definiu indígenas os descendentes de povos que viviam na mesma região geográfica ou país desde a época da colonização ou conquista e que mantém algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais ou política, e tribais aqueles “cuja condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, por seus próprios costumes ou tradições.

⁴ Disponível em: < http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Diretrizes_Ambientais_GTPEG_12a_Rodada/parecer/Parecer_GTPEG_R12.pdf >. Acesso em 20.01.2015

⁵ Disponível em <<http://portal.iphan.gov.br/baixaFcdAnexo.do?id=3764>>. Acesso em 29.01.2014

No Brasil, indígenas e quilombolas tiveram constitucionalmente reconhecidos o direito originário as terras que ocupam. Também foram previstos direitos étnicos culturais aos demais grupos culturalmente diferenciados formam a vasta sociodiversidade cultural abarcada por Seringueiros, Castanheiros, Quebradeiras de coco-de-babaçu, Comunidades de Fundo de Pasto, Faxinalenses, Pescadores Artesanais, Marisqueiras, Ribeirinhos, Varjeiros (ribeirinhos não amazônicos), Caiçaras, Praieiros, Sertanejos, Jangadeiros, Ciganos, Açorianos, Campeiros, Varzanteiros, Pantaneiros, Geraizeiros, Veredeiros, Caatingueiros, Retireiros do Araguaia, povos de matriz africana, ciganos e outros.

Para este trabalho interessa os grupos a que Ferraro Junior e Marcel Bursztyn⁶ denominam de povos do ecossistema, indígenas e quilombolas e demais povos da biosfera, comunidades tradicionais, que se vinculam pela questão da territorialidade.

1.1 Comunidades fundo de pasto, faxinalenses, geraizeiros

As comunidades tradicionais tem constituição fortemente relacionada à sua condição periférica.

As comunidades de fundo de pasto se situam nas caatingas e cerrados nordestinos da Bahia, computam cerca de 20 mil famílias atingindo 100 mil integrantes e cerca de 300 associações⁷, utilizam a terra de forma comunal para a criação de caprinos e ovinos e a roça de modo privado.

Ferraro Junior e Marcel Bursztyn citam que a “identidade dos FP surgiu no contexto dos conflitos agrários das décadas de 1970 e 1980 em comunidades que faziam o uso comunal de pastagens da caatinga”. Em decorrência do capital político e conflitos agrários esta categoria passou a aglutinar outros grupos sob a mesma denominação, incluindo quilombolas, ribeirinhos e geraizeiros⁸.

Os faxinalenses, presentes no centro sul do Estado do Paraná, fazem uso comunal dos

⁶ FERRARO JUNIOR, Luiz Antonio. Bursztyn, Marcel. **Tradição e Territorialidade nos fundos de pasto da Bahia: do capital social ao capital político**. IV Encontro Nacional da Anppas 4,5 e 6 de junho de 2008 Brasília - DF – Brasil. Disponível em: <<http://www.anppas.org.br/encontro4/cd/ARQUIVOS/GT2-307-103-20080502173015.pdf>>. Acesso em 20.11.2014.

⁷ Disponível em: <http://www.ocarete.org.br/povos-tradicionais/comunidades-de-fundo-de-pasto/>>. Acesso em 20.11. 2014.

⁸ FERRARO JUNIOR, Luiz Antonio. Bursztyn, Marcel. **Tradição e Territorialidade nos fundos de pasto da Bahia: do capital social ao capital político**.

recursos naturais, praticam a criação de pequenos animais e uso privado da área de lavoura

Conforme Eliana Pilar da Rocha e Roberto Souza Martins os faxinais se estabeleceram no centro sul do Paraná em meados do século XIX e na década de 30 do século XXI, constituídos para fins de autodefesa do campesinato buscando assegurar sua reprodução social em conjunturas de crise econômica⁹.

Os gerazeiros vivem as margens do Rio São Francisco, no Norte de Minas Gerais e oeste da Bahia, na área de transição entre o cerrado e a caatinga. São pequenos agricultores que mantêm a posse ou propriedade de forma comunal, sem cercas, com produção de alimentos de forma diversificada, associando-a ao extrativismo, não utilizam a terra como propriedade privada, e tampouco a monocultura¹⁰.

1.2 Seringueiros, as quebradeiras de coco babaçu, castanheiros, marisqueiras, ribeirinhos

Os extrativistas contemplam os seringueiros, as quebradeiras de coco babaçu¹¹, castanheiros, marisqueiras, ribeirinhos¹².

Após forte pressão popular asseguraram a previsão da criação de Unidade de Conservação categoria Reserva Extrativistas na Lei 9985 de 2000, área de domínio público que se destina ao extrativismo sustentável, assegurando a reprodução de seu modo de vida, permitido a agricultura de subsistência, criação de animais de pequeno porte compatibilizando estas atividades.

A Amazônia concentra as principais Reservas extrativistas, localizadas no Acre, Amapá, Roraima, Maranhão, Pará. Os principais recursos naturais explorados são a borracha, a castanha, o babaçu e o pescado¹³.

Acerca das Reservas extrativistas marinhas localizados em Santa Catarina (Florianópolis)¹⁴,

⁹ ROCHA, Eliana Pilar. Martins. Roberto Souza. **Terra e Território Faxinalense no Paraná: notas sobre a busca de reconhecimento**.UFPR. Disponível em < <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/campos/article/viewFile/9554/627>>.

AAcesso em 20.12.2014

¹⁰Disponível em:<<http://www.cerratinga.org.br/populacoes/gerazeiros/>> Acesso em 19.11.2014

¹¹ Atividades exercidas nos Estados de Maranhão, Tocantins, Pará e Piauí.

¹² De acordo com Josélia Gomes Neves “Descendentes de imigrantes nordestinos que ocuparam a Amazônia na segunda metade do século XIX atraídos pela propaganda oficial para trabalharem na extração do látex . Disponível em :<<http://www.partes.com.br/socioambiental/ribeirinhos.asp>>. Acesso em 19.11.2014.

¹³Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/resex/amazonia.htm>. Acesso em 23.11.2014.

¹⁴Reserva Extrativistas do Pirajubaé.

Rio de Janeiro (Arraial do Cabo) e Bahia (Maragogijbe, Cachoeira e Prado) os recursos são berbigão, peixes e crustáceos.

Dentre as comunidades tradicionais extrativistas destaca-se ainda varzeiros ou vazeiros, jangadeiros na faixa costeira entre o Ceará e o Sul da Bahia que praticam a pesca em alto mar.

1.3 Povos tradicionais. Índios e Quilombolas

Os povos indígenas estão presentes em todos os estados da federação. Definidos na legislação nacional como indivíduos de ascendência pré-colombiana, que se identificam e são identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional. Segundo a FUNAI há registro de 69 referencia de índios não contatados.

As Comunidades remanescentes de quilombolas estão definidas no Decreto 4887/2003 como “grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida”.

A conceituação histórica de quilombos, de escravos fugidos que se ajuntavam em terras clandestinas, não correspondente ao atual entendimento antropológico.

Simeão constata que nos anos que antecederam a abolição da escravidão muitos foram os libertos que tentavam reconstituir um espaço em que pudesse praticar seus hábitos religiosos, festivos e ancestrais¹⁵, e o principal fato propulsor da constituição de comunidades quilombolas era “a total falta de oportunidades econômicas dos escravos que eventualmente fossem libertos, e a imposição que era feita aos cativos de assimilar a cultura da matriz europeia¹⁶”.

Ainda segundo o autor, os quilombos se estabeleciam não muito distante de locais onde pudessem realizar trocas mercantis e manter conexões com escravos assenzalados. Nesta perspectiva, o quilombo é considerado como espaço destinado a manter a cultura própria do seu povo¹⁷.

¹⁵SIMEÃO, Alisson do Valle. **O Direito dos quilombolas aos seus territórios como direito fundamental**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP como parte dos requisitos para a obtenção do título de mestre. 2010. Disponível em:< www.idp.edu.br/component/docman/doc_> Acesso 20.11.2014, p.23-24.

¹⁶ SIMEÃO, Alisson do Valle. **O Direito dos quilombolas aos seus territórios como direito fundamental**, p. 30.

¹⁷ SIMEÃO, Alisson do Valle. **O Direito dos quilombolas aos seus territórios como direito fundamental**, p. 33-34.

2. FUNDAMENTOS DO DIREITO

Povos é a definição dada pela Convenção sobre povos e indígenas e tribais, Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho que “caracteriza segmentos nacionais com identidade e organização própria, cosmovisão específica e relação especial com a terra que habitam”.

O direito de propriedade dos povos indígenas¹⁸, tribais e semitribais, de forma coletiva ou individual, foi previsto na Convenção 107 de 05.06.1957 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil através do Decreto 58.824 de 14.07.1966. Diante de seu conteúdo integracionista, em 1989, foi firmada a Convenção 169¹⁹ que dispõe acerca da proteção dos direitos destes povos entendidos como seus valores e práticas culturais e territoriais.

Esta Convenção previu dois institutos que mensuram o efetivo reconhecimento do direito desses povos de viverem de acordo com os seus costumes e sua cultura. O direito a auto identificação, como critério para a definição dos grupos, seguido da adoção de legislação, no âmbito nacional, que considere suas culturas, sua relação com as terras ou territórios que ocupam ou usam para outros fins e, o direito a consulta previa no caso de empreendimentos que de algum modo afete diretamente esses povos.

No Brasil, os direitos étnicos culturais e territoriais foram previstos em 1988 através da proteção das culturas populares, indígenas e afro brasileiras, do patrimônio cultural e bens de natureza material e imaterial portadores de referência à identidade, ação e memórias dos diferentes grupos nos quais se incluem as formas de expressão, o modo de ser viver e criar (artigos 215 e 216), no direito a preservação dos conjuntos e sítios de valor histórico, paisagístico, arqueológico, ecológico e científico, na garantia do pleno exercício dos direitos culturais, do desenvolvimento da cultura e da diversidade étnica e regional, e por fim, no reconhecimento aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam aos índios e remanescentes de comunidades quilombolas (artigos 231 e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição).

Entretanto, o exercício destes direitos é questão posta diante do ínfimo número de

¹⁸ Artigo 1.º A presente Convenção se aplica:

[...] aos membros das populações tribais ou semitribais de países independentes que sejam consideradas indígenas pelo fato de descenderem das populações que habitavam o país, na época da conquista ou colonização e que, qualquer que seja seu estatuto jurídico, levem uma vida mais conforme às instituições sociais, econômicas e culturais daquela época do que as instituições peculiares à nação que pertencem.

¹⁹ Ratificada no Brasil após treze anos, através do Decreto Legislativo 143 de 20.6.2002.

propriedades tituladas. Há 2.431 comunidades de remanescentes quilombolas em 24 Estados da Federação²⁰ segundo a Fundação Cultural Palmares, órgão responsável pela promoção e preservação da arte e da cultura afro-brasileira. Até 27.11.2014, somente 129 territórios foram titulados através de 171 títulos, contemplando 218 comunidades quilombolas o que representou uma área total de 1.008.947,6181 Hectares²¹.

2.1 Do direito à territorialidade

Os Quilombolas aguardam o julgamento da ADIN 3239, de autoria do atual Partido dos Democratas proposta em 25 de agosto de 2004 que questionam a constitucionalidade do Decreto 4887/2003.

Conforme já tivemos oportunidade de noticiar, o Relator, Ministro Cezar Peluso, declarou em seu voto o entendimento de que o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não é norma de eficácia plena e imediata, que carece de integração legislativa:

O Relator reputou inconstitucionais os dispositivos da norma que estabeleceriam o critério de autoatribuição e auto definição, para caracterizar quem seriam os remanescentes das sociedades quilombolas; b) a fixação de que seriam as terras ocupadas todas aquelas utilizadas para a sua reprodução física, social, econômica e cultural; c) que os destinatários da norma não são necessariamente as comunidades, não restando dúvida que a eleição do texto firmou “o direito” em sentido individual e, d) a outorga de título pro indiviso com cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. O ministro declarou em seu voto: “Convencido, porém, da inconstitucionalidade do ato impugnado, não posso furtar de sopesar com igual atenção, o crescimento de conflitos agrários e incitamento a revolta que a usurpação de direitos dele decorrentes pode trazer, se já não trouxe. É que o nobre pretexto de realizar justiça social, quando posto ao largo da Constituição, tem como consequência inevitável a desestabilização da paz social, o que o estado de direito não pode nem deve tolerar, antes deve afastar²².

Os indígenas representam 0,26 da população brasileira, dos quais 502.783 vivem na zona rural e 315.180 nas zonas urbanas conforme Censo demográfico IBGE 2010, e ainda há grupos que aguardam junto ao órgão indigenista o reconhecimento de sua condição²³.

²⁰ Não há registros oficiais no Estado do Acre, Roraima e Distrito Federal. Disponível em: < http://www.palmares.gov.br/?page_id=88. Acesso em 20.11.2014.

²¹ Disponível em: http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/estrutura-fundiaria/quilombolas/titulosexpe_expedidos.pdf. Acesso em 19.11.2014.

²² SANTOS, Flavia Cristina Oliveira. DAL RI JUNIOR, Arno. **Direitos Étnicos Territoriais dos Remanescentes das Comunidades de Quilombos: Uma análise do direito comparado em países da América Latina**. In OLIVO, Luis Carlos Cancelilier. SILVA, Rafael Pereffin. (Org.) *Novas Perspectivas dos Direitos Sociais*. Ed. Funjab, 2013, p.124-125.

²³ Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>. Acesso em 20.01.2015

O Julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do caso das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol, PET 3388 também demonstra o penoso caminho para o reconhecimento da titularidade das terras.

O processo de demarcação neste caso ocorrido no Estado de Roraima, teve início nos anos 70 e seguiu uma sucessão de contestações administrativas e judiciais com julgamento somente em 2009.

Conforme Luciana Nobrega²⁴, em 1988, o Ministério da Justiça publicou a Portaria nº 820, de 11/12, declarando a área aproximada de 1.678.800 hectares e perímetro de 1.000 km como de posse permanente indígena, quando foram iniciados os levantamentos das benfeitorias realizadas pelos ocupantes da região.

Em 1999 a homologação da área passou a ser alvo de contestação entre o estado de Roraima e a União. Em 2005 foi assinado decreto que homologou de forma contínua a terra indígena Raposa Serra do Sol após inúmeras ações judiciais.

No julgamento da Ação Popular PET 3388²⁵ proposta contra a Demarcação da Terra, que teve por um dos fundamentos a priorização da tutela do índio em detrimento da livre iniciativa, a ação não restou exitosa mas apresentou condicionantes, como a de que o usufruto das terras indígenas não se sobrepõe ao interesse a expansão estratégica da malha viária; a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico; o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes e o usufruto na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

É necessário destacar que a relação das comunidades tradicionais com o território que ocupam é de identidade, de pertencimento, cultura e preservação de suas práticas, usos e costumes. A expulsão dessas comunidades de seus territórios implica em marginalização, empobrecimento e perda do aprofundado conhecimento de manejo da biodiversidade, sobretudo, porque exercem a sustentabilidade ecológica.

Ademais, o reconhecimento de seu direito de pertencimento a sua própria cultura

²⁴ NOBREGA, Luciana Nogueira. **“Anna Pata, Anna Yan – Nossa terra, Nossa Mãe”: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento**. dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará como parte dos requisitos para a obtenção do título de mestre. 2011. Fortaleza, 330 p.

²⁵ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=inteiro%20Teor%20Pet%20/%203388>>. Acesso em 03.02.2015

enquanto grupo minoritário na sociedade homogeneizada é fundamental para a sobrevivência do próprio grupo, neste sentido ressalva Santos e Dal Ri Junior²⁶:

como diz Cardoso *a cultura e modo através do qual nos situamos no mundo. Neste sentido, “o não reconhecimento das formas específicas de viver o cotidiano pode ser uma forma de prisão que encarcera os indivíduos, em um modo de ser falso, deformado e redutor.*

3. CONFLITOS AMBIENTAIS

Os conflitos ambientais se referem ao domínio sobre o território e acesso a recursos naturais.

No Estado de Santa Catarina há deficiência de sistematização dos conflitos ambientais. No entanto, destaca-se a Comunidade Quilombola de São Roque, localizada no Parque Nacional da Serra Geral, Município de Praia Grande, que ocupa aquela área desde o ano de 1824 e, desde 2004 aguarda a demarcação e a titulação das terras, o que vem sendo obstado pelo IBAMA órgão substituído pelo ICmBio, que integrou a área ocupada ao Parque Nacional, com limitações ao direito de residir e cultivar essas terras²⁷.

O Parque Estadual do Rio vermelho, em Florianópolis, criado no ano de 2007 teve sua área definida como Estação Florestal em 1962. Com objetivo de verificar quais espécies seriam mais aptas para proteger a orla marítima, durante doze anos foram plantadas diversas espécies de pinus que atualmente se sabe serem espécies invasoras destacando-se os efeitos danosos²⁸.

A Comunidade Remanescente de Quilombolas, atualmente organizada em associação Quilombo Vidal Martins congrega 26 famílias e, em 1960 foi *expulsa* da área que habitava para a criação da Estação Florestal.

Nestes dois casos, embora as áreas estivessem ocupadas a tempos imemoriais por comunidades remanescentes de quilombos, o Estado resolveu instituir Unidades de Conservação da categoria de Proteção integral, que não permite ocupação humana, a fim de preservar os ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, de recreação e de turismo

²⁶ SANTOS, Flavia Cristina Oliveira. DAL RI JUNIOR, Arno. **Direitos Étnicos Territoriais dos Remanescentes das Comunidades de Quilombos: Uma análise do direito comparado em países da América Latina**.p, 109.

²⁷ SPAOLONSE, Marcelo. **Quilombo São Roque e PARNA de Aparados da Serra e da Serra Geral**. disponível em: <http://etnico.wordpress.com/2013/05/19/situacoes-de-sobreposicao-no-sul/>. Acesso em 01.06.2014.

²⁸ Disponível em <<http://www.fatma.sc.gov.br/conteudo/parque-estadual-do-rio-vermelho>>. Acesso em 13.09.2014

ecológico, que retratam conflitos e injustiça ambiental impostas a comunidades tradicionais.

Para Cavedon e Viera

a injustiça ambiental configura-se como uma espécie de discriminação ambiental, ao impor a grupos já fragilizados por condições socioeconômicas, raciais e informacionais uma carga desproporcional de custos ambientais em comparação com os custos impostos à sociedade em geral. Emerge, assim, uma nova faceta da exclusão, entendida como exclusão ambiental, que reflete um déficit de cidadania, visto que o principal fator de exclusão é justamente a deficiência no exercício dos direitos ambientais de acesso à informação, participação pública nos processos decisórios e acesso à justiça em matéria ambiental²⁹.

O Mapa de Conflitos Envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde produzido pela Fundação Osvaldo Cruz e a Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional retrata s conflitos que afetam comunidades tradicionais e pequenos agricultores.

Segundo os dados do estudo 29% dos conflitos ocorrem na região Nordeste, seguido de 27,70% no Sudeste e 21,28% do Norte. A área rural detém 60,85% dos conflitos decorrente da expansão capitalista, acesso aos recursos naturais, agronegócio, mineração e grandes obras de infraestrutura, hidrelétricas e rodovias. As principais populações atingidas são os povos indígenas, agricultores familiares, comunidades quilombolas, pescadores artesanais e ribeirinhos. Os principais impactos se referem a alteração do regime tradicional de uso do solo e demarcação de terras principalmente decorrente do agronegócio, mineração e obras de infraestrutura³⁰.

4. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS NATURAIS

4.1 Mineração

No Brasil, o contexto da mineração deve ser analisado a partir da dimensão territorial do país e sua importância para a balança comercial.

O Brasil é dotado de grandes jazidas de metais e não metais ainda não explorados e a política econômica tem um dos seus sustentáculos a exploração do minério responsável por 20% das exportações na balança comercial brasileira, para o que há fortes incentivos fiscais.

Segundo Paulo Camillo Penna, Presidente do Instituto Brasileiro de Mineração:

²⁹CAVEDON. Fernanda de Salles. VIEIRA. Ricardo Stanzola. **Acesso a Justiça Ambiental: um novo enfoque do acesso à justiça a partir de sua aproximação com a teoria da justiça ambiental e Socioambientalismo**. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/fernanda_cavedon_e_ricardo_vieira.pdf>. Acesso em 22.08.2014.

³⁰Disponível em <http://www.conflitoambiental.iciet.fiocruz.br/index.php?pag=resumo>>. Acesso em 18.11.2014

Estima-se que, até 2050, dois terços da população mundial estarão concentradas nas cidades. Apenas na China, 800 milhões de pessoas estão deixando o campo. Para se ter uma idéia da dimensão desse movimento de urbanização, aquele país asiático contará com aproximadamente 20 cidades com mais de 20 milhões de habitantes cada uma. Para acomodar essas pessoas os municípios vão precisar, além de moradias, equipara-se em termos de saneamento, vias de comunicação e transporte – compreendo ruas, avenidas, estradas e viadutos – entre outras obras ligadas à infraestrutura, a maioria delas construídas a partir de *commodities* minerais. E para suprir essa demanda contínua e acelerada, o Brasil se coloca como um dos maiores fornecedores mundiais³¹.

Parte desses minérios estão localizados em comunidades tradicionais. Uma das maiores reservas de ouro e pedras preciosas do Brasil, está localizada nas comunidades quilombolas de Machadinho e São Domingos, em Paracatu/MG.³²

A Comunidade Quilombola de Oriximiná, a primeira comunidade a receber a titulação de seu território está ameaçada pela exploração de bauxita do Brasil em parte de seu território. O empreendimento pertence a Mineração Rio do Norte que possui entre seus acionistas a Vale, Companhia Brasileira de Alumínio e a Alcoa Alumínio. A licença de operação foi concedida pelo IBAMA em 2013, sem consulta previa a comunidades, sem estudo de impacto ambiental e sem medidas mitigatórias.

Na fase de pesquisa o empreendimento contou com a colaboração de 60 funcionários além do maquinário incidente na localidade. Após denúncia, o Ministério Público Federal recomendou a suspensão da autorização até que fosse realizada consulta pública. Há denúncias que a Fundação Cultural Palmares esteja pressionando a comunidade para que concorde com a mineração.³³

Estas atividades trazem sérios impactos para as comunidades e inexistente política para a questão como a contaminação por metais da água, do solo, a instalação de povoados.

Inexistente regulamentação específica, o Código de Mineração Decreto Lei 667 de 1967, regulamenta o regime de aproveitamento destes recursos que se fará através de concessão, autorização, licenciamento, permissão de lavra garimpeira ou monopolização quando depender da execução direta do governo federal. O Decreto prevê direito de participação do proprietário da

³¹ PENNA, Paulo Camillo. **Mineração - Um dos pilares do desenvolvimento brasileiro**. Disponível em: <<http://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/revista-temas-empresariais/assets/revista-temas-empresariais-mining-11.pdf>>. p. 14. Acesso em 20.02.2015.

³² Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/?p=32481>>. Acesso 20.01.2015

³³ Disponível em; <http://global.org.br/programas/nota-em-solidariedade-aos-quilombolas-de-oriximina-ameacados-pela-mineracao/>. Acesso em 20.01.2015

terra nos direitos de lavra, mas não é difícil perceber a impraticabilidade que tal dispositivo encerra, já que os projetos não trazem melhorias reais aos quilombolas

4.2 Gás de Xisto

A produção do gás do xisto foi iniciada nos Estados Unidos gerando milhares de empregos, com a perspectiva de substituição do petróleo até os 2040. Segundo a Agência Internacional de Energia (AIE), em dois anos (2017) os Estados Unidos deverão atingir o primeiro lugar na produção mundial de petróleo e conquistarão uma quase autossuficiência em matéria energética, a produção de hidrocarbonetos passaria “ de 84 milhões de barris/dia em 2011 para 97 milhões em 2035, proviria inteiramente dos gases naturais líquidos e dos recursos não convencionais – sobretudo o gás e o óleo de xisto”.³⁴

Santos e Matai citam os debates acerca do fim da reserva de petróleo e a vulnerabilidade em sua oferta decorrente dos Estados produtores situados nos países do Golfo Pérsico, Rússia ou Golfo da Guiné, impeliu a busca por novas fontes de energia e “ a tendência atual aponta para a substituição do petróleo por fontes não convencionais, sejam elas não, como o xisto, as areias oleosas, ou renováveis como energia solar, eólica e biomassa”³⁵.

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis –Anp determinou através da Resolução do Conselho Nacional de Política Energética que fossem selecionadas áreas para a licitação, “ adotando-se eventuais exclusões de áreas por restrições ambientais”. Foram selecionadas setores nos estados de Mato Grosso, Maranhão, Bahia, Paraná, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais, localizados nas Bacias do Acre (setor SAC), do Paraná (setor SPAR-CS), de Parecis (setores SPRC-OR e SPRC-L), do Parnaíba (setor SPN-O), do Recôncavo (setor SREC-TI, SRCE-T2, SREC – T3, SREC-T4 E SREC-C) e DE São Francisco (ssF-N). Dos 240 blocos ofertados foram arrematados 72³⁶

³⁴ Disponível em: < <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1399>>. Acesso em 19.01.2015

³⁵ SANTOS, Marilin Mariano. MATAI, Patrícia Helena Lara dos Santos Matai. **A importância da industrialização do xisto brasileiro frente ao cenário energético mundial.** Rem: Revista Escola de Minas. Rem: Rev. Esc. Minas vol.63 no.4 Ouro Preto Oct./Dec. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sciarttex&pid=S0370-44672010000400012>>. Acesso em 22.01.2015.

³⁶ A Petrobras arrematou, sozinha ou em consórcio, 49 blocos, sendo 43 como operadora. No total, 12 empresas apresentaram ofertas vencedoras, sendo 8 brasileiras e 4 estrangeiras. As outras vencedoras foram: Alvopetro, Bayar, Companhia Paranaense de Energia, Cowan, GDF Suez, Geopark, Nova Petróleo, Ouro Preto, Petra Energia, Petrobras, Trayectoria e Tucumann.

Em 26 de setembro de 2013 a Agência Nacional de Petróleo publicou o edital da 12ª Rodada de Licitação de Blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural, em de blocos em Bacias ainda pouco conhecida geologicamente nos casos das Bacias de Acre-Madre de Dios, Paraná, Parecis, Parnaíba e São Francisco, e blocos de macias de Bacias Maduras Recôncavo e Sergipe-Alagoas³⁷

A tecnologia de fraturamento é severamente impactante:

O gás de xisto está impregnado nas rochas e na própria formação geológica, sendo necessário explosões para fazê-lo sair. É necessário, também, que se faça, a partir da perfuração vertical, perfurações horizontais nas suas camadas. O objetivo é tornar a camada de rocha com o maior número de fissuras possíveis. Assim, quanto mais fraturamento, mais gás é extraído. O “*modus operandi*” equivale um mini terremoto, uma enorme pressão quebra a rocha e congela o gás. Para manter abertas as fissuras é injetada grande quantidade de água e areia sob alta pressão, além de um “fluido de fracking”, um composto de centenas de produtos químicos, alguns desconhecidos e inomináveis, outros sequer se sabe as consequências, inibidores de corrosão, gelificantes, adjuvantes, biocidas etc. Tudo isto em uma profundidade superior a do aquífero Guarani. Como é absolutamente impossível recuperar todo o gás metano e os outros gases nobres que vazam junto com ele, parte migra para as camadas superiores, contaminando não só o Guarani, mas também os aquíferos mais superficiais, como o Bauru, além de poços, lagos e cursos d’água”³⁸

4.2.1 Comunidades afetadas

Há manifesto de diversas comunidades tradicionais indígenas, retireiros/as, assentados/as, quilombolas, fechos de pasto, ribeirinhos/as) do cerrado da Bahia, de Minas Gerais, de Rondônia, de Goiás, do Maranhão, do Piauí, do Mato Grosso, do Mato Grosso do Sul e São Paulo, que ressaltam a devastação de seus biomas “pelo agronegócio, através do desmatamento da vegetação nativa, do uso de agrotóxicos, da contaminação do solo e dos corpos hídricos e neste momento pela exploração do gás de xisto”³⁹.

De acordo com a coordenadora de licenciamento da Fundação Nacional do Índio (Funai), Maria Janete de Carvalho, em 110 blocos existem questões relativas à exploração em área próximas a áreas indígenas ou em terras em processo de demarcação⁴⁰.

³⁷ Edital esta disponível em http://www.brasil-rounds.gov.br/round_12/portugues_R12/edital.asp. Acesso em 01.02.2015.

³⁸ Trecho transcrito da petição inicial Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, autos 0006519-75-2014.403.6112, Subseção Judiciária de Presidente Prudente-SP.

³⁹ Disponível em: <http://rosaluxspba.org/2014/05/povos-indigenas-contra-exploracao-de-gas-de-xisto/>. Acesso em 02.02.2015..

⁴⁰ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camara/noticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/458127-FUNAI-DIZ-QUE-ANP-DESCONSIDEROU-RECOMENDACOES-PARA-LEILAO-DE-GAS-E-PETROLEO.html>. Acesso em 04.02.2015

Em relação a Bacia do Acre, o parecer técnico da análise previa das áreas propostas para a 12ª Rodada de Licitações do grupo de Trabalho instituído pela Portaria do Ministério do Meio Ambiente 218 de 2012, informa que o referido Bloco está em sua quase integralidade dentro de áreas reconhecidas como prioritária para conservação, destinadas a criação de unidades de conservação de proteção integral e uso sustentável, ordenamento pesqueiro, fomento ao uso sustentável e reconhecimento de terras indígenas ou territórios quilombolas e Repartição de Benefícios da Biodiversidade Brasileira – Campinara do Guajará.

Há diversas unidades de conservação próximas ao bloco. A ANP fez um recorte dos blocos que devem distar de 3 mil metros quadrados das Unidades Parque Nacional Serra do Divisor, Reserva Extrativista Alto do Juruá, Reserva Extrativista Riozinho da Liberdade, Reserva Extrativista do Rio Gregório e Florestas Estaduais de Produção Liberdade e Mogno.

Há sobreposição de seis blocos⁴¹ com projetos de assentamento do INCRA e que se encontram próximo de terras indígenas.

A Funai alertou à ANP sobre a presença de índios isolados na região dos blocos exploratórios da Bacia Sedimentar do Acre, e não recomenda que “qualquer atividade de exploração de petróleo ou gás ocorra nos limites sul da Terra Indígena Vale do Javari, sob os afluentes da margem esquerda do Rio Ipixuna, em distância menor de 25 quilômetros⁴²”.

Na Bacia do Paraná existem unidades de conservação próximas a blocos ofertados, alguns recortados pela ANP devido à sobreposição. Estas unidades são Parque Nacional do Iguaçu, Parque Nacional da Ilha Grande, Parque estadual Morro do Diabo, Parque Estadual do Rio Peixe, Área de Proteção Ambiental Ilhas e Várzeas do Rio Paraná, reserva Biológica das Perobas, Estação Ecológica Mico-Leão-Preto.(PT – p.11)

Os blocos PAR-T-198, PAR-T-199, PAR-T-218, PAR-T-219 e PAR-T-220 “ encontram-se em regiões de cabeceiras e afluentes que desembocam nas represas Rosana e Porto Primavera”, deságuam no Rio Paraná que atravessa Unidades de Conservação de Proteção Integral .

Segundo a FUNAI existe sobreposição de bloco com terras indígenas na Bacia do Paraná. O órgão indigenista ressaltou a ANP a existência de reivindicações fundiárias por identificação de

⁴¹ AC-T-8, AC-T14, AC-T-15, AC-T-16, AC-T22 e AC-T-30.

⁴² Disponível em: <<http://www.altinomachado.com.br/2013/11/petrobras-vai-explorar-gas-10-metros-de.html>> Acesso em 05.02.2015.

áreas e reestudo de limites das seguintes Terra Indígenas: Kraolândia (Bacia do Parnaíba); Utiriti, Rio Formoso e Cidade de Pedra (bacia dos Parecis); Poyananwa, Campinas/Katuquina, Nukini e Kaxinawá da Colônia Vinte e Sete (Bacia do Acre), além de nove registros de reivindicações constantes na Bacia do Paraná⁴³.

Quanto a Bacia de São Francisco há proposta de criação de unidades de conservação de proteção integral e uso sustentável. Cite-se a UC “Contagem do Buriti” foi requerida por extrativistas, na fase de estudos socioeconômicos, ambientais e fundiários⁴⁴

A Bacia de Sergipe-Alagoas há sobreposição com áreas prioritárias para a conservação, uso sustentável e repartição dos benefícios da biodiversidade brasileira, além da proximidade a Reserva Extrativista da Lagoa do Jequiá, a Reserva Extrativista de Manguezais da Lagoa de Roteiro “ distantes a 3 km dos blocos”⁴⁵.

4.2 Impactos Ambientais

A exploração do gás de xisto traz sérias preocupações aos povos e comunidades tradicionais em razão da extração que pode ocasionar derramamento de óleo e a dispersão de poluentes afetando a fauna e flora, contaminação dos aquíferos, o deslocamento do gás para outros pontos da bacia. O gerenciamento dos fluidos e cascalhos advindos da perfuração e reservatórios, disposição final da água, o isolamento da área para se evitar a contaminação do lençol freático decorrente de fluidos e demais produtos químicos, a utilização de recursos hídricos, e potencial indutor de simos⁴⁶, também fazem parte dos anseios dos povos e ambientalistas.

Para o Grupo de Trabalho instituído pelo Ministério do Meio Ambiente a formação de novos conglomerados populacionais e abertura de novos acessos possibilitando contato com indígenas ainda como na região do Vale do Javari, que é onde se registra o maior número de

⁴³ Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Diretrizes_Ambientais_GTPEG_12a_Rodada/Parecer/Parecer_Funai.pdf>. Acesso em 05.02.2015.

⁴⁴ Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Diretrizes_Ambientais_GTPEG_12a_Rodada/Parecer/Parecer_GTPEG_R12.pdf>. , p.31 e 34. Acesso em 20.01.2015

⁴⁵ Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Diretrizes_Ambientais_GTPEG_12a_Rodada/Parecer/Parecer_GTPEG_R12.pdf>. p41. Acesso em 20.01.2015

⁴⁶ Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Diretrizes_Ambientais_GTPEG_12a_Rodada/Parecer/Parecer_GTPEG_R12.pdf>. p.09. Acesso em 20.01.2015

indígenas isolados no continente americano, é outra questão que se destaca”⁴⁷.

Segundo o parecer do Grupo de Trabalho:

em muitas bacias pode haver uma distância segura, com camadas sedimentares selantes que podem proteger os aquíferos de contaminações advindas da área de faturamento (...) Mas não foram apresentados pela ANP estudos demonstrando a segurança da exploração nas áreas que se pretende ofertar⁴⁸.

Os Estados Unidos da América e o Canadá são os únicos países produtores de gás natural não convencional. Na Alemanha o governo apresentou projeto de lei proibindo o fraturamento hidráulico em regiões com água potável e na França foi proibido após forte manifestação popular. Na Grã-Bretanha foi autorizada a retomada da exploração com uma legislação bastante severa após um sismo. A Polónia possui 30 poços perfurados. A China possui uma importante reserva e o gás está entre seus objetivos.

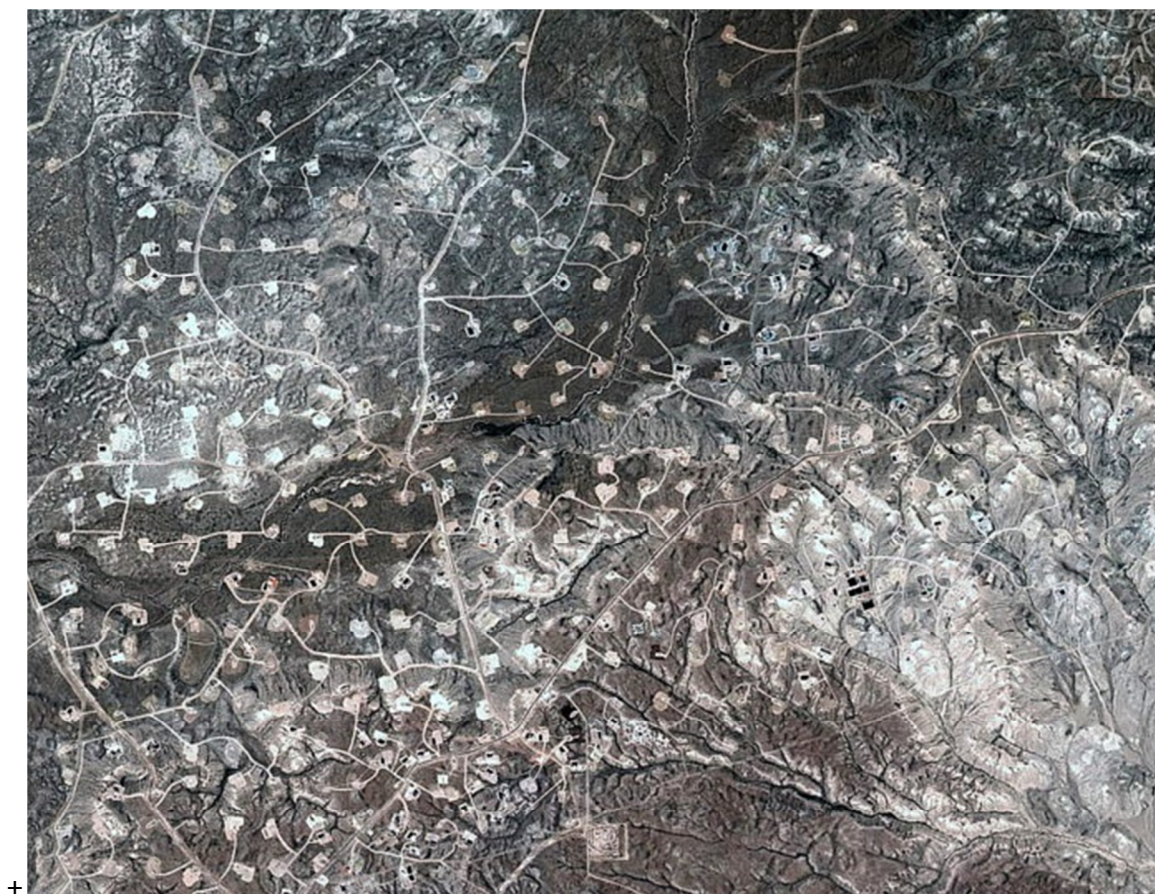
Raul do Vale faz uma importante menção a produção do xisto, cujos campos dos Estados Unidos da América demonstram que produção diminui a cada ano.

Nas explorações convencionais, feitas em bolsões de gás, os poços são espalhados em alguns quilômetros de distância um do outro, e duram vários anos no mesmo lugar. Já na exploração do xisto, não só o processo de “ estímulo” é muito severo, como os poços são muitíssimos mais próximos uns dos outros. E, além disso, como a produção declina em poucos anos (o pico ocorre até o segundo ano), essa é uma exploração itinerante, que se precisa deslocar com frequência, criando uma paisagem como a mostrada na foto abaixo, de uma região em exploração nos Estados Unidos.⁴⁹

⁴⁷ Disponível em: < http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Diretrizes_Ambientais_GTPEG_12a_Rodada/Parecer/Parecer_GTPEG_R12.pdf >. , p.10 .>Acesso em 20.01.2015

⁴⁸ Disponível em: < http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Diretrizes_Ambientais_GTPEG_12a_Rodada/Parecer/Parecer_GTPEG_R12.pdf >. , p.51.>Acesso em 20.01.2015.

⁴⁹ VALE. Raul. **Gás de xisto no Brasil: os problemas que se avizinham**. Disponível em< <http://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-ppds/gas-de-xisto-no-brasil-os-problemas-que-se-avizinham>>. Acesso em 04.02.2015.



4.4 Decisões Judiciais

A Justiça Federal de Presidente Prudente determinou a suspensão dos efeitos decorrentes da 12ª. Rodada de Licitação promovida pela ANP, em relação a disponibilização dos blocos da Bacia do Paraná, em relação aos contratos de concessão situados na Região Oeste do Estado de São Paulo, para a exploração do gás de folhelho, através da técnica de fraturamento hidráulico. A obrigação de não fazer para que não se promova outra licitação de blocos exploratórios na região, enquanto não houver estudos técnicos científicos que demonstrem a viabilidade do uso dessa técnica em solo brasileiro, enquanto não houver previa regulamentação pelo CONAMA e a realização de Estudos de Impacto Ambiental e a devida publicidade da AAAS- Avaliação Ambiental de Áreas Sedimentares.

O Magistrado ressaltou em sua decisão a necessidade de oportunizar-se adequadamente a participação popular.

Os fundamentos da liminar deferida na Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público

Federal, autos 0006519-75-2014.403.6112, foram os riscos de dano ambiental a saúde humana e as atividades econômicas regionais, a possibilidade de contaminação por gás, a contaminação da água e solo por deposição incorreta de efluentes, a contaminação de aquíferos Guarani e Serra Geral, a nulidade refere a inobservância da exclusão de áreas ambientalmente protegidas, a ausência de audiência pública com indígenas diretamente afetados

No mesmo sentido a decisão proferida pelo TRF da 4ª Região, nos autos do processo 5020999-46.2014.404.0000 decisão de 18/11/2014 que manteve a suspensão dos feitos a suspensão dos efeitos da 12ª rodada de licitações promovida pela ANP, ressaltando que a licitação anteriormente “à realização dos estudos aprofundados sobre a técnica e sobre as jazidas” afronta o princípio 10 da Declaração do Rio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência de normas não é suficiente para assegurar sua aplicabilidade ou efetividade. Permitem o acesso aos Tribunais e impõe limites para a atuação dos atores sociais e institucionais, não raras vezes, conquanto a causa seja sensível aos membros das próprias instituições.

De todo modo, a ausência de regulação acerca de questões como a exploração de gás de xisto, mineração, participação efetiva das comunidades e povos tradicionais em relação aos bens de subsolo e recursos naturais implica em manifesta segurança jurídica às avessas, pois implicam em direitos as empresas e demais interessados.

Os grupos minoritários que buscam manter seu modo de ser, viver e criar formadores de sua identidade, paradoxalmente, praticam, via de regra, a sustentabilidade ambiental e ecológica que os “outros” necessitam buscar e talvez jamais o façam.

Impõe-se ao governo brasileiro a adoção de medidas rígidas para garantia dos direitos e povos e comunidades tradicionais instituídos pela própria Nação através de sua Constituinte.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Agência Nacional do Petróleo.** Disponível em: <http://www.brazil-rounds.gov.br/arquivos/Diretrizes_Ambientais_GTPEG_12a_Rodada/Parecer

_____.Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20.05.2014.

_____.**Lei no. 9985, de 18 de julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm. Acesso em 20.05.2014.

_____.**Decreto 4887, de 20 de novembro de 2003.** Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4887.htm. Acesso em:01.05.2014

_____. Decreto 6040, de 07 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/decreto/d6040.htm.Acesso em 02.05.2014.

_____. **Fundação nacional do Índio.** Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>. Acesso em 20.01.2015

_____.**Fundação Palmares.** Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/?p=32481>. Acesso 201.01.2015

_____. **Instituto de Colonização e Reforma Agraria.** Disponível em incra.gov.br/sites/default/files/uploads/estrutura-undiaria/quilombolas/titulosexpeexpedidos.pdf. Acesso em 19.11.2014

_____. Justiça Federal. Vara Federal de Presidente Prudente. Processo nº 0006519-75-2014.403.6112.Disponível em: <http://www.trf1a.gov.br>. Acesso em 04.02.2015

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Autos no5020999-46.2014.404.0000. Disponível em:<<http://www.trf4.gov.br/>>. Acesso em: 05.02.2015

_____.Supremo Tribunal Federal. Ação Popular–3388 Disponível em <http://www.stf.jus.br>. . Acesso em 04.02.2015.

CAVEDON. Fernanda de Salles. VIEIRA. Ricardo Stanzola. **Acesso a Justiça Ambiental: um novo**

enfoque do acesso à justiça a partir de sua aproximação com a teoria da justiça ambiental e Socioambientalismo. Disponível em

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/fernanda_cavedon_e_ricardo_vieira.pdf>. Acesso em 22.08.2014.

Convenção 107 da OIT de 05 de junho de 1957. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/indios/lex130a.htm>. Acesso em 29.01.2014.

Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/convencao%20169%20portugues_web_292.pdf. Acesso em 29.01.2014.

CARDOSO, Paulino de Jesus Francisco. **Políticas culturais na educação.** Disponível em <http://multiculturalismoepopulacoesafricanas.blogspot.com.br/2007/07/politicas-culturais-na-educacao.html>. Acesso em 05/04/2013.

DIAS, Darlan Aírton. **Conflitos Socioambientais Decorrentes da Presença Humana em Unidades de Conservação:** Estudo de Caso da Comunidade Quilombola São Roque, os Parques Nacionais de Parados da Serra e da Serra Geral. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Ambientais da Universidade do Extremo Sul Catarinense para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Ambientais. 2010. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/1164>; Acesso em 20.05.2014

FERRARO JUNIOR, Luiz Antonio. Bursztyn, Marcel. **Tradição e Territorialidade nos fundos de pasto da Bahia: do capital social ao capital político.** IV Encontro Nacional da Anppas 4,5 e 6 de junho de 2008 Brasília - DF – Brasil. Disponível em: <<http://www.anppas.org.br/encontro4/cd/ARQUIVOS/GT2-307-103-20080502173015.pdf>>. Acesso em 20.11.2014

Fundação do meio Ambiente do Estado de Santa Catarina 2014. Disponível em <http://www.fatma.sc.gov.br/conteudo/unidades-de-conservacao>. Acesso em 13.09.2014

PENNA, Paulo Camillo. **Mineração - Um dos pilares do desenvolvimento brasileiro.** Disponível em: <<http://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/revista-temas-empresariais/assets/revista-temas-empresariais-mining-11.pdf>>,

PINTO JUNIOR, Joaquim Modesto. Farias, Valdez (org.). Coletânea de Legislação e Jurisprudência

Agrária e Correlata. Tomo I.Ministério de Desenvolvimento Agrario(MDA), Nucleo de Estudos Agrarios e Desenvolvimento Rural. 2007.

ROCHA, Eliana Pilar. Martins. Roberto Souza. **Terra e Território Faxinalense no Paraná: notas sobre a busca de reconhecimento.**UFPR. Disponível em <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/campos/article/viewFile/9554/6627>>. Acesso em 20.12.2014

SANTILLI, Márcio. A cilada corporativa. In: RICARDO, Fany. (Org.). **Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio da sobreposição.** São Paulo: Instituto Sociambiental, 2004.

SANTOS. Flavia Cristina Oliveira. DAL RI JUNIOR. Arno. Direitos Étnicos Territoriais dos Remanescentes das Comunidades de Quilombos: Uma análise do direito comparado em países da América Latina. In OLIVO. Luis Carlos Cancelilier. SILVA, Rafael Pereffin. (Org.) **Novas Perspectivas dos Direitos Sociais.** Ed. Funjab, 2013 .

SANTOS, Marilin Mariano. MATAI, Patricia Helena Lara dos Santos Matai. **A importância da industrialização do xisto brasileiro frente ao cenário energético mundial** Rem: Revista Escola de Minas. Rem: Rev. Esc. Minas vol.63 no.4 Ouro Preto Oct./Dec. 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sciarttext&pid=S0370-44672010000400012>>. Acesso em 22.01.2015

SIMEÃO, Alisson do Valle. **O Direito dos quilombolas aos seus territórios como direito fundamental.** Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP como parte dos requisitos para a obtenção do título de mestre. 2010. Disponível em:< www.idp.edu.br/component/docman/doc_> Acesso 20.11.2014

SPAOLONSE, Marcelo. **Quilombo São Roque e PARNA de Aparados da Serra e da Serra Geral.** Disponível em: <http://etnico.wordpress.com/2013/05/19/situacoes-de-sobreposicao-no-sul/>. Acesso em 01.06.2014.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. Responsabilização Objetiva do Estado: Segregação Institucional do Negro e Adoção de Ações Afirmativas como Reparação aos Danos Causados. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006 .

HAITIANOS UMA VISÃO À LUZ DE NOVOS MEIOS DE PROTEÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Hilariane Teixeira Ghilardi¹

INTRODUÇÃO

O êxodo haitiano para o Brasil explodiu após o terremoto de 2010, que causou devastação e falta de qualidade de vida para o Haiti. Essa falta de perspectiva cumulada com a lentidão do esforço de reconstrução faz com que os haitianos busquem efetivação e novas oportunidades em solo brasileiro. Em virtude dessa demanda excessiva, consiste a problemática da pesquisa, pois mudanças e medidas devem ser adotadas.

O presente artigo tem como objeto a análise da nova categoria em que os haitianos se encaixam e de que forma essa aplicação gera um precedente no direito brasileiro para regular o ordenamento, com a finalidade de gerar garantias e proteger direitos.

Para tanto, o artigo está dividido em itens, inicialmente o presente artigo, conceituará o regime em vigor para os refugiados, qual seja a categoria utilizada para os que são perseguidos em seu país por motivos éticos, religiosos ou políticos.

Posteriormente, a presente pesquisa irá tratar da proteção aos haitianos como deslocados ambientais, com uma proteção em razão de catástrofes ambientais devido à ausência de amparo internacional.

Nesse sentido, abordar-se-á o ordenamento jurídico ante a atual situação, pois com o crescente aumento de haitianos no Brasil trouxe a atenção do mundo jurídico para uma nova realidade, que acarretaram mudanças e adequações no ordenamento jurídico. Com o surgimento de um novo cenário na sociedade, afetando a esfera jurídica em diversos aspectos, se faz

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da UNIVALI. Graduada no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. Pós-Graduada em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Aluna da Escola de Altos Estudos oferecido pelo Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: hilarianeghilardi@gmail.com

necessária a análise dessa imigração² que engloba proteção e titularidade de direitos. Finalizando com exposição de novos meios para aperfeiçoar a situação dos haitianos.

Tal estudo torna-se fundamental, pois, com o passar do tempo, é notável o impacto ambiental causado em todo o mundo, cada parte do planeta esta sofrendo com instabilidades naturais agravadas pelas atividades produtivas e uma sociedade de consumo decorrentes da globalização, ocasionando acontecimentos ambientais que se transformam em verdadeiras catástrofes. E o ser humano, que por diversas vezes é o agente causador de tais impactos sofre uma vulnerabilidade frente a esses acontecimentos.

As implicações ambientais de certa forma avançam sobre os continentes rapidamente, incrementadas por atividades humanas que dilapidam patrimônios biológicos formados no decorrer de tempos geológicos, com processos irreversíveis tendentes ao esgotamento, acentuando o desequilíbrio ecológico.³

Nesse sentido, como estímulo e importância, além da relevância temático-social do presente trabalho, será abordado o grupo de deslocado ambiental mais expressivo atualmente no Brasil, qual seja os haitianos.

O presente relatório de pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a o deslocamento ambiental dos haitianos para o Brasil e sua situação ante ao ordenamento jurídico atual.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação⁴ foi utilizado o Método Indutivo⁵, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁶, e, o Relatório dos Resultados expresso no presente Artigo é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁷, da Categoria⁸,

² (Lat. *immigrare*.) V.i. Entrar num país estrangeiro, para nele se estabelecer e trabalhar. Dicionário Jurídico – Síntese. Disponível em: <http://www.sitesa.com.br/juridico/dicionarios/dicionario.html>. Acesso 25 janeiro 2015.

³ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 57.

⁴ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

⁵ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

⁶ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁷ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

do Conceito Operacional⁹ e da Pesquisa Bibliográfica¹⁰.

1. CLASSIFICAÇÃO DOS HAITIANOS

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 3º, IV é objetivo fundamental:

Art 3ºIV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹¹

Nessa esteira, passa-se a expor a situação dos haitianos, que desde o terremoto de 2010 chegaram ao Brasil e apesar de solicitarem o reconhecimento da condição de refugiado ao entrarem no território nacional, seus pedidos foram encaminhados ao Conselho Nacional de Imigração (CNIg), que emitiu vistos de residência permanente por razões humanitárias. De acordo com dados da Polícia Federal, mais de 39.000 haitianos entraram no Brasil desde 2010 até setembro de 2014.¹²

Sendo assim, serão analisados os conceitos de refugiados e deslocados ambientais que se passa a expor.

1.1 Conceito de refugiados

Ao analisar a história da humanidade, percebe-se que sempre houve deslocamentos de pessoas de seu país de origem, por diversos motivos, seja por questões de conflitos, diferenças, pobreza, miséria ou até mesmo catástrofes naturais.¹³ Porém, foi no contexto da II Guerra Mundial, em que as pessoas vítimas de perseguições políticas na Europa, resultando em intensa mobilização, tornar-se-iam mais um ator político internacional, chamado de refugiado, através da

⁸ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

⁹ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

¹⁰ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹² ALTO COMISSÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Dado oficial da ACNUR**, disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/> Acesso em: 20 janeiro 2015.

¹³ PACIFICO. Andrea Pacheco. PINHEIRO. Thaís Kerly Ferreira. **O status do imigrante haitianos no Brasil após o terremoto de 2010 sob a perspectiva do pós-estruturalismo**. Revista Perspectiva do Desenvolvimento. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/perspectivasdodesenvolvimento/article/view/9837/7233>. Acesso em: 23 janeiro 2015.

criação de uma convenção datada de 1951.¹⁴

Através desta Convenção é que se extrai o significado do termo refugiado, oportunidade para oferecer um conceito operacional para a categoria.

Para os fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa [...] que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele..¹⁵

Atualmente, a vertente institucional é representada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas (Acnur) para refugiados como único órgão da ONU competente para implementação dos direitos dos refugiados, enquanto a vertente jurídica esta consubstanciada na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967.¹⁶ Ainda é possível entender o refugio nas palavras de Varela:

O refúgio possui lastro em perseguições a um grupo de indivíduos em função de sua raça, religião, nacionalidade ou opção política, havendo como elemento subjetivo o temor de perseguição em seu país, além da ameaça de um julgamento injusto, sem o devido processo legal.¹⁷

Resta nítido que como já dito anteriormente, que os haitianos que estão em território nacional não podem ser tratados como refugiados, vez que não se trata de perseguição de qualquer tipo, mas sim uma mudança em razão de catástrofes, que impediram a vida com dignidade humana.

¹⁴ BARROSO. Felipe Santana. **O regime internacional de proteção a refugiados e as políticas de integração local: desafios, mudanças e continuidades.** Instituto de Relações Internacionais. Disponível em: http://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/Pibic/relatorio_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/IRI/IRI-Felipe%20Santana%20Barroso.pdf Acesso em: 21 janeiro 2015. Acesso em: 23 janeiro 2015.

¹⁵ Em 1967, o Protocolo de Nova York, de 31 de janeiro de 1967, fez um adicional à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra em 28 de Julho de 1951, dispondo que: Para os fins do presente Protocolo, o termo "refugiado" [...] significa qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da Convenção, como se as palavras "em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e..." e as palavras "...como consequência de tais acontecimentos" não figurassem do §2 da seção A do artigo primeiro. O presente Protocolo será aplicado pelos Estados Membros sem nenhuma limitação geográfica [...]. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1967. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdokumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdokumentdirs_pi2%5Bfolder%5D=118

¹⁶ SOUZA. Maria Cláudia da Silva Antunes. **A (in)aplicabilidade do estatuto dos refugiados para os deslocados ambientais.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b25b911ffc2b76a6>. Acesso em: 18 janeiro 2015.

¹⁷ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 198.

1.2 Conceito de deslocado ambiental

Conforme demonstrado acima, os deslocados, não se enquadram na definição de refugiados, dessa forma quando há o deslocamento motivado por questões ambientais necessita de uma nova categoria, não podem viver as margens da sociedade, sem que lhes sejam garantidos seus direitos básicos, pois a eles não é dada proteção material, nem jurídica.¹⁸

Sendo assim, na categoria Deslocado Ambiental, o conceito operacional adotado para o presente artigo passa a ser:

[...] aquelas pessoas que foram forçadas a deixar seu habitat tradicional, temporariamente ou permanentemente, por conta de uma determinada perturbação ambiental (natural e/ou causada por pessoas) que comprometeu sua existência e/ou afetou seriamente a qualidade de suas vidas. Por “perturbação ambiental” nesta definição entende-se qualquer mudança física, química e/ou biológica no ecossistema (ou recurso básico) que o torna, temporariamente ou permanentemente, inadequado para sustentar vida humana.¹⁹

Nesse diapasão, “a categoria Deslocado Ambiental é aqui utilizada para descrever a pessoa ou o grupo de pessoas que é forçado a deixar o local onde habita por conta de uma Perturbação Ambiental”²⁰.

No tocante aos haitianos deslocados para o Brasil, sua problemática vai além de terremotos em áreas de instabilidade tectônica. A problemática instalada no país conta também com riscos de despejo e da precária condição em que vivem os deslocados internos. Além disso, soma-se a epidemia de cólera e os altos índices de pessoas vivendo com o vírus HIV, situação que desafiava a capacidade de resposta do governo haitiano antes mesmo do terremoto.²¹

Para tanto, devem ser tratados como deslocados ambientais, pois o país deve assumir sua

¹⁸ BUENO, Cláudia da Silva. “Refugiados ambientais”: em busca de amparo jurídico efetivo. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/claudia_bueno.pdf. Acesso em 13 janeiro 2015.

¹⁹ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes. **A (in)aplicabilidade do estatuto dos refugiados para os deslocados ambientais**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b25b911ffc2b76a6>. In: EL-HINNAWI, 1985, p. 4 apud BATES, 2002, p. 466, tradução livre. Texto original em inglês: “[...] those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life [sic]. By “environmental disruption” in this definition is meant any physical, chemical, and/or biological changes in the ecosystem (or resource base) that render it, temporarily or permanently, unsuitable to support human life.

²⁰ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes. **A (in)aplicabilidade do estatuto dos refugiados para os deslocados ambientais**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b25b911ffc2b76a6>. Acesso em: 20 janeiro 2015.

²¹ RAMOS, André de Carvalho. RODRIGUES, Gilberto. ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Org.) **60 anos de Acnur: perspectivas de futuro**. São Paulo, Acnur, nov. 2011, p. 62. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/60_anos_de_ACNUR_-_Perspectivas_de_futuro.pdf?view=1 Acesso em: 20 janeiro 2015.

posição coerente com sua “responsabilidade perante o Direito Internacional de proteger as pessoas que estejam em seu território ou sob sua jurisdição, independentemente de sua nacionalidade ou status migratório”.²² Senão vejamos a diferença entre as duas categorias apresentadas, afim de observar a utilização correta.

No que se refere à concessão de direitos fundamentais a esses “deslocados”, justamente porque não dispõem de uma classificação e definição jurídica internacionalmente aceita. Ou seja, os “deslocados” não se enquadram na condição clássica de asilados ou refugiados, afigurada a inexistência de perseguições políticas, religiosas ou de opinião, bem como a ausência de violação de seus direitos em virtude de raça, nacionalidade, condições sociais, enfim, total ausência dos elementos caracterizadores dessas condições.²³

Com a finalidade de garantir direitos, é que se preza pelo uso correto da categoria dos haitianos, como “deslocados ambientais”, vez que são obrigados pela força das circunstâncias ecológicas a abandonarem o local onde vivem. O quadro internacional de tratamento deve ser revertido, para que possa ser tratado com dignidade, essas pessoas que abandonam seu país por motivos alheios a sua vontade.

2. ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ANTE A ATUAL SITUAÇÃO DOS HAITIANOS

A alta demanda de haitianos que chegaram ao Brasil expôs o país a um cenário diferente, que precisava ser flexionado, principalmente no que tange a legislação migratória.

O governo brasileiro, contudo, visando administrar o fluxo de haitianos no Brasil, lida com o problema humanitariamente, decidindo conceder vistos permanentes de residência por razões humanitárias, por não haver outra forma de atender às solicitações de refúgio, pois o “novo” imigrante haitiano não se coaduna com as exigências normativas para refúgio ou outro tipo de visto previsto pela Lei 6.815 e pelo decreto 86.715.²⁴

Assim, para regularizar a entrada de haitianos no Brasil, entrou em vigor a Resolução nº 97/2012 do CNIG, definindo que a embaixada do Brasil no Haiti concederia cem vistos mensais

²² RAMOS, André de Carvalho. RODRIGUES, Gilberto. ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Org.) **60 anos de Acnur: perspectivas de futuro.** São Paulo, Acnur, nov. 2011, p. 62. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/60_anos_de_ACNUR_-_Perspectivas_de_futuro.pdf?view=1 Acesso em: 20 janeiro 2015.

²³ ZEFERINO, Marco Aurélio Pieri. AGUADO, Juventino de Castro. **Os deslocamentos ambientais de haitianos para o Brasil.** Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/365. Acesso em: 25 janeiro 2015.

²⁴ PACIFICO. Andrea Pacheco. PINHEIRO. Thaís Kerly Ferreira. **O status do imigrante haitianos no Brasil após o terremoto de 2010 sob a perspectiva do pós-estruturalismo.** Revista Perspectiva do Desenvolvimento. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/perspectivasdodesenvolvimento/article/view/9837/7233>. Acesso em: 23 janeiro 2015.

para haitianos que desejassem imigrar para o Brasil, totalizando 1.200 por ano.²⁵ Esta resolução, para Télémaque, visa tornar os haitianos menos vulneráveis às ações de atravessadores ou quadrilhas de tráfico internacional de pessoas.²⁶

É de responsabilidade do ordenamento jurídico brasileiro, criar meios para minimizar a problemática causada pelos deslocamentos ambientais, para que futuramente não cause uma explosão demográfica desordenada e sem qualquer direito garantido.

No que se refere ao tratamento conferido aos haitianos que solicitam refúgio no Brasil, o denominado “visto humanitário” é uma interessante ferramenta de proteção complementar e tal prática tem potenciais enormes a serem revelados [...] O “visto humanitário” concedido aos haitianos no Brasil pretende ser uma resposta complementar frente ao deslocamento de pessoas vítimas dos efeitos dos desastres naturais... Propõe-se que a devolução ao país de origem e as deportações em massa não sejam levadas a cabo, especialmente levando-se em conta a peculiar situação do Haiti, o dispositivo do artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e as obrigações gerais de *Non-Refoulement* contidas nos demais tratados internacionais do qual o país é parte.²⁷

Cabe aqui analisar os princípios basilares para o caso em específico, quais sejam: liberdade de locomoção e ao direito de se deixar o país de origem, expressamente expostos tanto o artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁸ quanto o artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²⁹.

Em respeito a esses princípios que os deslocados ambientais, que buscam trabalho e encontram-se em situação irregular e de particular vulnerabilidade, devem ser igualmente

²⁵ PACIFICO. Andrea Pacheco. PINHEIRO. Thaís Kerly Ferreira. **O status do imigrante haitianos no Brasil após o terremoto de 2010 sob a perspectiva do pós-estruturalismo.** Revista Perspectiva do Desenvolvimento. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/perspectivasdodesenvolvimento/article/view/9837/7233>. Acesso em: 23 janeiro 2015.

²⁶ TÉLÉMAQUE, J. 2012. **Imigração haitiana na mídia brasileira:** Entre fatos e representações. Rio de Janeiro, UFRJ/ECO. Disponível em: <<http://oestrangero.org.files.wordpress.com/2012/08/jenny-haitianos-mono.pdf>> Acesso em: 20 janeiro 2015.

²⁷ RAMOS, André de Carvalho. RODRIGUES, Gilberto. ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Org.) **60 anos de Acnur: perspectivas de futuro.** São Paulo, Acnur, nov. 2011, p. 63-65. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/60_anos_de_ACNUR_-_Perspectivas_de_futuro.pdf?view=1 Acesso em: 20 janeiro 2015.

²⁸ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. – ONU, 1948 Artigo 13.º

1. Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado.
2. Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.

²⁹ PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS – ONU, 1966. Artigo 12.

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência.
2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.
3. Os direitos supracitados não poderão em lei e no intuito de restrições, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, a saúde ou a moral pública, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente Pacto.
4. Ninguém poderá ser privado arbitrariamente do direito de entrar em seu próprio país.

protegidos. Em razão desse quadro, os Estados devem tomar todas as medidas necessárias para assegurar que tais direitos sejam reconhecidos e garantidos na prática.³⁰

E ainda, baseado em princípios, questiona-se obrigações dos Estados de garantir os princípios de não discriminação e igualdade jurídica, ambos consagrados na CADH (Convenção Americana de Direitos Humanos). Em observações a todos estes princípios, que o Brasil adotou o visto humanitário, ocasionando em um aumento de “autorizações de trabalho temporárias e permanentes para profissionais estrangeiros, um crescimento de 5%”.³¹

Os vistos humanitários concedidos pelo Conselho Nacional de Imigração aos haitianos que ingressaram pela fronteira terrestre entre o fim de 2011 e janeiro de 2012 tiveram um grande impacto, com a concessão de 3.307 autorizações contra 632 entre janeiro e setembro de 2011.³²

Em suma, a atual situação dos haitianos no Brasil, é um exemplo de resposta complementar de proteção, que permite a regularização da permanência de pessoas, que estão impossibilitadas de voltarem a seu país de origem. O visto humanitário corrobora para uma segurança mínima dos haitianos, porém ainda gera discussões acerca de medidas para uma proteção eficaz.

3. NOVOS MEIOS DE PROTEÇÃO

Diante de todo cenário exposto no decorrer do artigo, resta ainda, evidenciar novos meios de tratamento para suprir as necessidades apontadas de uma legislação internacional deficiente.

A Convenção de Genebra, já tratada anteriormente, versa em razão dos refugiados políticos e dificilmente poderia ser adaptada para garantir proteção às vítimas de tragédias ambientais, uma vez que tal convenção segue outros segmentos, direcionada especificamente para a categoria de refugiados.³³

³⁰ CORTE IDH. **Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados**. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf Id. Ibid, parágrafo 160: “La Corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, pose en los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos”.

³¹ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Trabalho estrangeiro: autorizações crescem 5%**. Brasília, out. 2012. Disponível em <http://portal.mte.gov.br/imprensa/trabalho-estrangeiro-autorizacoes-crescem-5.htm>. Acesso em: 27 janeiro 2015.

³² MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Trabalho estrangeiro: autorizações crescem 5%**. Brasília, out. 2012. Disponível em <http://portal.mte.gov.br/imprensa/trabalho-estrangeiro-autorizacoes-crescem-5.htm>. Acesso em: 27 janeiro 2015.

³³ ESCOLA DE ALTOS ESTUDOS. **“Princípio da Proibição do retrocesso em matéria socioambiental e proteção de processos**

Para tanto, a maneira mais eficaz de proteção de deslocados ambientais, seria a criação de um novo convênio, tendo em vista que, o convênio de Genebra sobre os refugiados políticos de 1951 é adotado após o cenário de guerra, trazendo deficiências com a definição de "refugiado", como já dito anteriormente. Ante essas circunstâncias, a opção de criar um novo documento garantindo o respeito aos direitos fundamentais dessa população se mostrou mais adequada.³⁴

Tendo em vista, o desamparo legal aos deslocados ambientais especificamente, se faz necessário um estatuto não somente a cada individuo em particular, mas também aos grupos que se deslocam, tal medida seria perfeitamente aplicada ao caso dos haitianos deslocados para o Brasil, por exemplo.

Faz-se necessário a análise dos princípios 18³⁵ e 27³⁶ da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, tais princípios versam sobre a assistência ecológica e de solidariedade internacional, que são pontos chaves na elaboração do projeto.

O projeto já existe, desde 2008, e tem a contribuição de Michel Prieur, juntamente com um grupo de estudiosos. O projeto denomina-se “Projeto de Convenção Internacional por um Estatuto de Deslocados Ambientais”³⁷. A principal perspectiva do projeto, são os países que aderirem à convenção ficarem obrigados pelo princípio da solidariedade internacional a garantirem o direito das pessoas deslocadas por motivos ambientais.

Nesse mesmo sentido, de minimizar a ocorrência destes indesejáveis impactos ambientais, entende-se que “a globalização dos problemas ambientais enseja, cada vez mais, a assinatura de tratados e convenções destinados a reger o comportamento das nações em defesa do ambiente

essenciais e tutela de grupos sociais vulneráveis”. Itajaí, 27 outubro 2014.

³⁴ ESCOLA DE ALTOS ESTUDOS. **“Princípio da Proibição do retrocesso em matéria socioambiental e proteção de processos essenciais e tutela de grupos sociais vulneráveis”**. Itajaí, 27 outubro 2014.

³⁵ Princípio 18 - Os Estados notificarão imediatamente outros Estados acerca de desastres naturais ou outras situações de emergência que possam vir a provocar súbitos efeitos prejudiciais sobre o meio ambiente destes últimos. Todos os esforços serão envidados pela comunidade internacional para ajudar os Estados afetados DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Disponível em: http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf Acesso em: 25 janeiro 2015.

³⁶ Princípio 27 - Os Estados e os povos irão cooperar de boa fé e imbuídos de um espírito de parceria para a realização dos princípios consubstanciados nesta Declaração, e para o desenvolvimento progressivo do direito internacional no campo do desenvolvimento sustentável. DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO Disponível em: http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf Acesso em: 25 janeiro 2015.

³⁷ PRIEUR, Michel et. al. **Projet de convention relative au statut international des déplacés environnementaux**. *Revue Européenne du Droit de L'Environnement*, n. 4, 2008, p. 381-393. Disponível em: <http://www.observatorioeco.com.br/wp-content/uploads/up/2010/09/projet-de-convention-relative-au-statut-international-des-daplacas-environnementaux2.pdf> Acesso em: 28 janeiro 2015.

planetário”.³⁸

É importante destacar que, nenhuma medida deve ser adotada com o intuito de incentivar a diáspora do Haiti ou de qualquer outro país que sofra uma catástrofe ambiental, o país deve ser reconstruído, mas o cenário internacional deve ser ampliado para que os deslocados não fiquem desamparados.

Nesta senda, nota-se que existem soluções para que sejam sanadas as dificuldades enfrentadas, em relação aos deslocados ambientais. Em suma, a aceitação dessa nova convenção em um enfoque global, faria com que instituições orientadas aceitassem o Convênio e ainda promoveria uma sinergia entre o direito ambiental, direitos humanos e direito humanitário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a dificuldade atual, de diferenciar quem é refugiado ou deslocado ambiental, verifica-se que cada indivíduo ou a coletividade sujeita a essa situação, são colados em uma situação a margem de qualquer sociedade, sem qualquer proteção jurídica ou social, sujeitos à sorte e ao que lhes oferecem, esse desacordo de categoria agrava-se ainda mais por ocorrer em cenário internacional.

A regularização da categoria "deslocados ambientais", com uma nova Convenção, capaz de sustentar a situação de imigração, seria uma solução para o problema atual. Uma convenção capaz, de ampliar os horizontes, de enxergar novas situações e alargar a definição do termo atual. É verdade, que atualmente no Brasil com a concessão de vistos humanizados aos haitianos, tem ajudado a minimizar a situação de desamparo, mas por si só, nada resolve. Dia após dia, os direitos de milhares de haitianos e outros deslocados ambientais vêm sendo violados.

Nota-se, que os problemas dos deslocados ambientais haitianos, necessitam de uma participação maior da comunidade internacional, para que tentem solucionar o problema com recursos, até para que a imigração não seja necessária. Porém, o deslocamento é um fato evidente e que precisa ser tratado, para que os Estados dêem a quem precisa a devida proteção da pessoa humana, pautada na solidariedade internacional.

“Enquanto a semente de um conceito jurídico internacional de refugiados ambientais não

³⁸ MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 838.

germina, esperamos confiantes que a futura lei brasileira represente um progresso e não um retrocesso em matéria de direitos humanos.”³⁹

Em suma, espera-se que não somente a lei brasileira seja um avanço, bem como as medidas que são adotadas futuramente, pois existem soluções, conforme já apresentado. O retrocesso em matéria socioambiental e tutela de grupos sociais vulneráveis, seria um declínio tanto para o direito ambiental, quanto ao direito internacional que deixariam de proteger e oferecer recursos aos que necessitam de amparo.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALTO COMISSÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Dado oficial da ACNUR**, disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/> Acesso em: 20 janeiro 2015.

BARROSO. Felipe Santana. **O regime internacional de proteção a refugiados e as políticas de integração local: desafios, mudanças e continuidades**. Instituto de Relações Internacionais. Disponível em: http://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/Pibic/relatorio_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/IRI/IRI-Felipe%20Santana%20Barroso.pdf. Acesso em: 23 janeiro 2015.

BUENO, Cláudia da Silva. **“Refugiados ambientais”: em busca de amparo jurídico efetivo**. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/claudia_bueno.pdf. Acesso em 13 janeiro 2015.

CORTE IDH. **Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados**. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18. Disponível, em espanhol, em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf Acesso em: 20 janeiro 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS – ONU, 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/>

DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Disponível em:

³⁹ ZEFERINO, Marco Aurélio Pieri. AGUADO, Juventino de Castro. **Os deslocamentos ambientais de haitianos para o Brasil**. Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/365. Acesso em: 25 janeiro 2015.

http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf Acesso em: 25 janeiro 2015.

DICIONÁRIO JURÍDICO – SINTESA. Disponível em: <http://www.sitesa.com.br/juridico/dicionarios/dicionario.html>. Acesso 25 janeiro 2015.

ESCOLA DE ALTOS ESTUDOS. **“Princípio da Proibição do retrocesso em matéria socioambiental e proteção de processos essenciais e tutela de grupos sociais vulneráveis”**. Itajaí, 27 outubro 2014.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Trabalho estrangeiro: autorizações crescem 5%**. Brasília, out. 2012. Disponível em <<http://portal.mte.gov.br/imprensa/trabalho-estrangeiro-autorizacoes-crescem-5.htm>>. Acesso em: 27 janeiro 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bfolder%5D=118

PACIFICO. Andrea Pacheco. PINHEIRO. Thaís Kerly Ferreira. **O status do imigrante haitianos no Brasil após o terremoto de 2010 sob a perspectiva do pós-estruturalismo**. *Revista Perspectiva do Desenvolvimento*. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/perspectivasdodesenvolvimento/article/view/9837/7233>. Acesso em: 23 janeiro 2015.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS – ONU, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

PRIEUR, Michel et. al. **Projet de convention relative au statut international des déplacés environnementaux**. *Revue Européenne du Droit de L’Environnement*, n. 4, 2008, p. 381-393. Disponível em: <http://www.observatorioeco.com.br/wp-content/uploads/up/2010/09/projet-de-convention-relative-au-statut-international-des-daplasas-environnementaux2.pdf> Acesso em: 28

janeiro 2015.

RAMOS, André de Carvalho. RODRIGUES, Gilberto. ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Org.) **60 anos de Acnur: Perspectivas de futuro**. São Paulo, Acnur, nov. 2011, p. 63-65. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/60_anos_de_ACNUR_-_Perspectivas_de_futuro.pdf?view=1 Acesso em: 20 janeiro 2015.

SOUZA. Maria Cláudia da Silva Antunes. **A (in)aplicabilidade do estatuto dos refugiados para os deslocados ambientais.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b25b911ffc2b76a6>. Acesso em: 20 janeiro 2015.

TÉLÉMAQUE, J. 2012. **Imigração haitiana na mídia brasileira: Entre fatos e representações**. Rio de Janeiro, UFRJ/ECO. Disponível em: <http://oestrangero.org.files.wordpress.com/2012/08/jenny-haitianos-mono.pdf>

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZEFERINO, Marco Aurélio Pieri. AGUADO, Juventino de Castro. **Os deslocamentos ambientais de haitianos para o Brasil.** Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/365. Acesso em: 25 janeiro 2015.

DESLOCADOS PELO MEIO AMBIENTE

José Carlos Loureiro da Silva¹

INTRODUÇÃO

A engenhosidade humana revela-se incapaz de solucionar as graves questões ambientais da contemporaneidade, provenientes das atividades antrópicas. E esses problemas do meio ambiente têm produzido um gradativo aumento do número de pessoas obrigadas a deixarem seus locais de origem. Constata-se que a vulnerabilidade desses deslocados é uma constante, o que nos leva a considerar que não só a degradação ambiental, mas também a pobreza, se encontram na gênese dessas diásporas. A injustiça presente no fato é a constatação de que os indivíduos afetados, quase sempre de países pobres, se tornam vítimas de um fenômeno para o qual eles próprios muito pouco contribuem.

Porém, em que pese o grande número de afetados e do fato envolver questões ambientais, humanitárias e políticas, tal problema não encontra ainda resposta adequada no Direito Internacional, seja pela perspectiva do Direito Internacional Ambiental, do Direito Internacional dos Refugiados ou do Direito Internacional dos Direitos Humanos. As pessoas deslocadas por razões ambientais não são reconhecidas como refugiadas, motivo do Estatuto dos Refugiados, da Convenção de Genebra de 1951, mostrar-se inadequado para a proteção jurídica das mesmas.

Nesse sentido, o Projeto de Convenção sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais, elaborado sob a liderança do Professor Michel Prieur, da Universidade de Limoges, França, surge como solução para este vácuo jurídico e será objeto de análise deste trabalho. A metodologia aqui utilizada foi a pesquisa bibliográfica em livros, teses e artigos científicos, nacionais e estrangeiros atinentes ao tema abordado, bem como pesquisas na internet. Saliente-se a utilização dos conhecimentos auferidos no curso intitulado “Princípio da proibição de retrocesso em matéria socioambiental e proteção de processos ecológicos essenciais e tutelas de

¹ Doutorando em Direito Ambiental Internacional na Universidade Católica de Santos – UNISANTOS, em Santos, Estado de São Paulo, Brasil. Membro do Grupo de Pesquisas “Regimes e Tutelas Constitucionais, Ambientais e Internacionais”, sob a coordenação do prof. dr. Marcelo Lamy e do Grupo de Pesquisas “Direitos Humanos e Vulnerabilidades”, sob a coordenação da profª drª Liliana Jubilut. Bolsista da CAPES. Endereço eletrônico: zeloureiro33@gmail.com.

grupos sociais vulneráveis", ministrado prof. Michel Prieur, na Universidade do Vale do Itajaí (Univali), em Santa Catarina, Brasil, entre os dias 23 de outubro e 10 de novembro de 2014, onde surgiu o interesse para o desenvolvimento do artigo.

Justifica-se a pesquisa pelo crescente número de deslocados que as mudanças climáticas têm produzido em todo o mundo, a vulnerabilidade dos mesmos, bem como a falta de respostas para a devida solução desse problema.

Compõem este artigo, além da introdução, a subseção 1, intitulada "O meio ambiente como fator migratório"; a subseção 2, intitulada "Causas específicas e a questão da vulnerabilidade"; a subseção 3, intitulada "Caminho possível" e as considerações finais, seguidas das referências às fontes citadas.

1. O MEIO AMBIENTE COMO FATOR MIGRATÓRIO

No começo do século XX, cientistas sociais e historiadores começaram a se preocupar com a temática migratória e suas consequências, haja vista o crescimento dos deslocamentos humanos no final do século anterior, segundo Ito². Porém, de acordo com Paiva³, esses estudos apresentavam cunho basicamente econômico com análises centradas na avaliação das diásporas nas quais os indivíduos trocavam países de economia pouco atrativas por outros onde pudessem auferir melhores salários.⁴

Ainda com base em Paiva⁵, a partir dos anos 80 do século passado, os estudiosos do tema constataram a necessidade de novas abordagens nas pesquisas sobre os fenômenos migratórios, passando os deslocamentos a ser analisados como processos originados não apenas por fatores econômicos.

² ITO, Claudemira Azevedo. **Reflexões sobre as migrações internacionais**. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/outros/5EncNacSobreMigracao/comunic_sec_2_ref_mig_int.pdf> Acesso em: 09.11.2014.

³ PAIVA, Ana Luiza Bravo e. **Fatores impulsionadores da migração internacional**. Disponível em: <http://www.tempopresente.org/index.php?option=com_content&view=article&id=5504:fatores-impulsionadores-da-migracao-internacional&catid=39&Itemid=127> Acesso em: 10.11.2014.

⁴ HENRIQUES, Maria Adelina. **Argumentos para uma viagem sem regresso. A imigração PALOP por via da saúde: um estudo de caso**. 1ª ed. Lisboa: Observatório da Imigração, 2010, p. 38.

⁵ PAIVA, Ana Luiza Bravo e. **Fatores impulsionadores da migração internacional**. Disponível em: <http://www.tempopresente.org/index.php?option=com_content&view=article&id=5504:fatores-impulsionadores-da-migracao-internacional&catid=39&Itemid=127> Acesso em: 10.11.2014.

Fernandes⁶ e Ojima e Nascimento⁷ concluíram que as migrações, de um modo geral, são motivadas por uma multiplicidade de fatores, sendo um deles o meio-ambiente. Aquele que é considerado o primeiro teórico das migrações, o geógrafo inglês Ernest Ravenstein (1885), na abertura do seu trabalho pioneiro sobre o tema, intitulado “As Leis das Migrações”,⁸ referiu “a exploração de uma nova mina” e a “salubridade do clima” como causas para a ocorrência de movimentos migratórios na Inglaterra no século XIX.⁹

Hoje não restam dúvidas sobre a importância do meio ambiente para a qualidade de vida das pessoas, assim como que se encontra ele na origem de muitos deslocamentos humanos. Porém, até há poucas décadas, essa ideia não era evidente, predominando a crença na inesgotabilidade dos recursos naturais, como a água, o solo, as árvores, o que colocava os problemas ambientais como secundários quanto à sua capacidade ou suscetibilidade de causarem diásporas populacionais. E mesmo quando a conscientização ambiental começou a aflorar, sobretudo a partir da década de 70 do século XX, apontaram-se a tecnologia e as novas formas de organização social como armas capazes de superar os limites ambientais encontrados.¹⁰

De acordo com exemplo de Alves¹¹, Julian Simon discordava que as atividades humanas gerassem problemas ambientais e que a queima de combustíveis fósseis fosse causa do aquecimento global. Esse economista acreditava que a engenhosidade humana, através dos recursos tecnológicos, superaria a totalidade dos problemas ambientais do planeta sem qualquer comprometimento das bases da acumulação do capitalismo.

Não se pode deixar de reconhecer que, num primeiro momento, as ações empreendidas pelos governos confirmaram a crença na resposta tecnológica, porém não solucionaram os

⁶ FERNANDES, João Luís Jesus. Insegurança ambiental e migrações. Contributo para uma sistematização de conceitos. **Quinto Encuentro Migraciones, causas y consecuencias**; Eumed.Net; Universidad de Málaga. 2008. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/13830/1/Deslocados%20ambientais.pdf>> Acesso em: 13.11.2014.

⁷ OJIMA, Ricardo; NASCIMENTO, Thais Tartalha do. **Meio Ambiente, Migração e Refugiados Ambientais: Novos Debates, Antigos Desafios**. Disponível em: <<http://www.anppas.org.br/encontro4/cd/ARQUIVOS/GT13-358-132-20080424170938.pdf>>, p. 5.

⁸ No original: “The Laws of Migration”. Tradução nossa.

⁹ FERNANDES, Duval; NUNAN, Carolina; CARVALHO, Margareth Carvalho. **O fenómeno da migração internacional de retorno como consequência da crise mundial**. Disponível em: <http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_estudos&ESTUDOSest_boui=123704045&ESTUDOSmodo=2> Acesso em: 10.11.2014, p. 73.

¹⁰ HOGAN, Daniel Joseph. **Mobilidade populacional e meio ambiente**. Disponível em: <http://www.nepo.unicamp.br/textos/publicacoes/textos_nepo/textos_nepo_33.pdf> Acesso em: 12.11.2014, p. 12-13.

¹¹ ALVES, José Eustáquio Diniz. **O positivismo e o fundamentalismo de mercado de Julian Simon e dos céticos do clima**. Disponível em: <<http://netnature.wordpress.com/2012/06/15/o-positivismo-e-o-fundamentalismo-de-mercado-de-julian-simon-e-dos-ceticos-do-clima-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves-com-resenha/>> Acesso em: 11.11.2014.

problemas ambientais. Colasso¹² apresenta como exemplo o desastre da Baía de Minamata, na década de 50 do século XX, quando se descobriu que o mercúrio inorgânico, – um produto inofensivo que, durante décadas, fora lançado ao mar pela empresa Chisso Corporation – ao ligar-se ao carbono transforma-se em metil-mercúrio, um composto orgânico e absorvível que, nesta forma, passa a fazer parte da cadeia alimentar. Segundo Kugler¹³, os peixes que se alimentavam do plâncton com alto teor de mercúrio ficaram contaminados e as pessoas que os consumiram tiveram o sistema nervoso central afetado, apresentando sintomas graves, como descoordenação motora e muscular, perda de visão, paralisia, deformidades e morte. Os resíduos industriais, após esse desastre, começaram a ter outro tipo de tratamento.¹⁴

O mesmo se diga da denúncia de Rachel Carson¹⁵ em relação aos efeitos deletérios do DDT no processo reprodutivo de animais, que causou uma reação científica e governamental, levando não só à proibição desta substância, mas também à promulgação de leis que passaram a regulamentar a utilização de novos produtos químicos.¹⁶

Porém, não ocorreram grandes mudanças do comportamento humano em relação à preservação do meio ambiente. A degradação ambiental continuou com todos os seus efeitos negativos sobre a qualidade de vida e a mobilidade das pessoas. Como afirma Daniel Joseph Hogan¹⁷:

Respostas científicas ou tecnológicas redefiniram os recursos e derrubaram obstáculos colocados por usos inadequados dos recursos naturais. Surgiu um novo campo para as políticas públicas, com a legislação ambiental, agências normatizadoras e fiscalizadoras e conselhos de meio ambiente. Todos esses fatores, que os ecólogos humanos sintetizaram como as variáveis POET (population, organization, environment and technology), agiram para atenuar as consequências ambientais das atividades humanas e manter como virtual uma preocupação com a sua relação com a mobilidade populacional. Para a nossa desgraça comum, essa época acabou.

Com a ciência, a tecnologia, a intervenção política, legislativa e administrativa mostrando-

¹² COLASSO, Camilla G. Acidentes químicos e nucleares e a percepção de risco. **RevInter - Revista Intertox de Toxicologia**, Risco Ambiental e Sociedade, v. 4, n. 2, p. 125-143, jun. 2011. Disponível em: <<http://revinter.intertox.com.br/phocadownload/Revinter/v4n2/rev-v04-n02-09.pdf>> Acesso em: 12.11.2014.

¹³ KUGLER, Henrique. **Passado e tragédia**. Disponível em: <<http://cienciahoje.uol.com.br/especiais/rastros-do-mercuro/passado-e-tragedia>> Acesso em: 14.11.2014.

¹⁴ HOGAN, Daniel Joseph. **Mobilidade populacional e meio ambiente**. Disponível em: <http://www.nepo.unicamp.br/textos/publicacoes/textos_nepo/textos_nepo_33.pdf> Acesso em: 12.11.2014, p. 13.

¹⁵ CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Ed. Gaia, Brasil, 2010.

¹⁶ HOGAN, Daniel Joseph. **Mobilidade populacional e meio ambiente**. Disponível em: <http://www.nepo.unicamp.br/textos/publicacoes/textos_nepo/textos_nepo_33.pdf> Acesso em: 12.11.2014, p. 13.

¹⁷ HOGAN, Daniel Joseph. **Mobilidade populacional e meio ambiente**. Disponível em: <http://www.nepo.unicamp.br/textos/publicacoes/textos_nepo/textos_nepo_33.pdf> Acesso em: 12.11.2014, p. 14.

se incapazes de impedir o aprofundamento da crise ambiental, não é de se estranhar que, por vezes, a opinião pública tenha tomado conhecimento de locais que se tornaram inóspitos, não restando aos habitantes dos mesmos outra alternativa senão emigrarem. Tornou-se então evidente a íntima conexão entre meio ambiente e mobilidade populacional, não no sentido positivo de que as pessoas migravam para alcançar uma melhor qualidade de vida, mas no sentido negativo de que emigravam porque eram forçadas.

Em 02 de novembro de 2014, em Copenhague, Dinamarca, o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) lançou o denominado Relatório Síntese do Quinto Relatório de Avaliação¹⁸ da instituição. Adverte o documento que, caso as mudanças climáticas não forem logo controladas, haverá aumento da probabilidade de impactos graves, invasivos e irreversíveis para os ecossistemas, salientando a influência “clara e crescente” do ser humano no clima. Acrescenta que: “O aquecimento do sistema climático é inequívoco e, desde os anos 1950, muitas das mudanças observadas são sem precedentes ao longo de décadas a milênios. A atmosfera e o oceano têm aquecido, as quantidades de neve e gelo tem diminuído, e o nível do mar subiu.”¹⁹

E todas essas alterações têm gerado milhares de deslocados ambientais, obrigados a abandonar os seus locais de origem para tentar a sobrevivência noutros territórios.

2. CAUSAS AMBIENTAIS ESPECÍFICAS E A QUESTÃO DA VULNERABILIDADE

Segundo Mattar²⁰, entre os fatores aptos a desencadear deslocamentos ambientais estão as causas exclusivamente naturais e as causas antropogénicas. São exemplos das primeiras as atividades sísmicas (como o terremoto que atingiu o Haiti em 2010), os furacões (como o furacão Sandy, que assolou o Haiti em 2012) e as inundações (como a que atingiu Lisboa em 1967). Já dentre aquelas resultantes da atividade humana temos o desastre na central nuclear de Chernobyl, ocorrido em 1986, na Ucrânia. Este desastre causou o despovoamento total de regiões

¹⁸ IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. **Approved Summary for Policymakers IPCC. Fifth Assessment Synthesis Report.** 1 November 2014. Disponível em: <http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_SPM.pdf> Acesso em: 10.11.2014.

¹⁹ No original: “Warming of the climate system is unequivocal, and since the 1950s, many of the observed changes are unprecedented over decades to millennia. The atmosphere and ocean have warmed, the amounts of snow and ice have diminished, and sea level has risen”. In: IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. **Approved Summary for Policymakers IPCC. Fifth Assessment Synthesis Report.** 1 November 2014. Disponível em: <http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_SPM.pdf> Acesso em: 10.11.2014.

²⁰ MATTAR, Marina Rocchi Martins. **Migrações Ambientais, Direitos Humanos e o Caso dos Pequenos Países Insulares.** 101 p. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP. 2012, p. 18.

inteiras, tendo seus habitantes sido forçados a se deslocar devido às radiações nucleares, e tornando a cidade de Prypiat, que contava com 60 mil habitantes, uma verdadeira “cidade-fantasma” a ponto de os cientistas preverem que não poderá ser habitada por alguns séculos.

De acordo com João Luís J. Fernandes²¹, a relação entre migrações e ambiente é difusa quando a ecologia é somente uma variável associada a outras no estímulo à deslocação demográfica. Mas que tal ligação pode ser direta nas crises ecológicas que modificam o quadro biofísico até níveis de insustentabilidade para a segurança do homem, como ocorre nos acidentes nucleares e erupções de vulcões.

Para Diane C. Bates²², são três as causas que produzem fluxos migratórios ambientais: desastres, expropriações e deteriorações. As primeiras, que são aquelas causadoras de agudas perturbações no meio ambiente e que provocam deslocamentos humanos imprevistos, subdividem-se em naturais (como o terremoto do Haiti) e acidentes tecnológicos (o desastre nuclear de Chernobyl). As expropriações, que deslocam as pessoas para fins de utilização do seu habitat para fins incompatíveis com a continuidade de sua residência, como no caso de construção de hidrelétricas (como a de Belo Monte, no Brasil). E as deteriorações, modificações ambientais graduais de origem antrópica, que paulatinamente causam prejuízos à saúde dos moradores ou lhes dificulta a manutenção da sua qualidade de vida, como no caso do aquecimento global (do qual é exemplo a elevação do nível do mar em Tuvalu que, de acordo com Barbosa²³, corre o risco de desaparecer).

Fernando Malta²⁴ montou a seguinte tabela, que auxilia a visualização da classificação de Bates:

Tabela 1: Tipos de Refugiados Ambientais a Partir da Classificação de Bates

	Desastre		Expropriações		Deterioração	
--	----------	--	---------------	--	--------------	--

²¹ FERNANDES, João Luís Jesus. Insegurança ambiental e migrações. Contributo para uma sistematização de conceitos. **Quinto Encuentro Migraciones, causas y consecuencias**; Eumed.Net; Universidad de Málaga. 2008. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/13830/1/Deslocados%20ambientais.pdf>> Acesso em: 13.11.2014.

²² BATES, Diane C. **Environmental Refugees? Classifying Human Migrations Caused by Environmental Change**. Disponível em: <<http://greencurriculumsc.files.wordpress.com/2012/04/environmental-refugees1.pdf>> Acesso em: 15.11.2014, p. 469.

²³ BARBOSA, Vanessa. **10 lugares do mundo que podem ser engolidos pelo mar**. Disponível em: <<http://viajeaqui.abril.com.br/materias/noticias-lugares-engolidos-pelo-mar?foto=4#4>>

²⁴ MALTA, Fernando. A problemática do fenômeno dos refugiados ambientais. **XIV Encontro Nacional da Anpur**. Rio de Janeiro, maio de 2011. Disponível em: <<http://www.anpur.org.br/site/anais/ena14/ARQUIVOS/GT8-64-8-20101103234216.pdf>> Acesso em: 14.11.2014.

	Um evento catastrófico não intencional causa migração humana		A destruição intencional do meio ambiente o torna desapropriado para habitação humana		Deterioração gradual do ambiente compele à migração ao dificultar a sobrevivência humana	
Sub-Categoria	Natural	Tecnológico	Desenvolvimento	Ecocídio	Poluição	Depleção
Origem	Natural	Antropogênica	Antropogênica	Antropogênica	Antropogênica	Antropogênica
Intenção	Não intencional	Não intencional	Intencional	Intencional	Não intencional	Não intencional
Duração	Abrupto	Abrupto	Abrupto	Abrupto	Gradual	Gradual
Prazo de Retorno	Curto/ Médio	Longo	Não há retorno	Longo	Médio/ Longo	Médio/ Longo
Causalidade	Uni/Multi-causal	Uni/ Multi-causal	Unicausal	Unicausal	Multicausal	Multicausal
Exemplo	Terremoto	Acidente Nuclear	Hidrelétrica	Desfolhação	Aquecimento Global	Desflorestamento
Exemplo Real	Haiti	Chernobyl	Três Gargantas	Vietnã	Bangladesh	Amazônia Equatorial

Fonte: MALTA, Fernando. A problemática do fenômeno dos refugiados ambientais. **XIV Encontro Nacional da Anpur**. Rio de Janeiro, maio de 2011. Disponível em: <<http://www.anpur.org.br/site/anais/ena14/ARQUIVOS/GT8-64-8-20101103234216.pdf>> Acesso em: 14.11.2014.

A questão que agora se coloca é a de saber se o motivo que leva esses migrantes a deixarem seus locais de origem é exclusivamente ambiental ou decorrente da condição de vulnerabilidade dessas pessoas. Filiamo-nos à corrente que não atribui exclusivamente ao meio ambiente os deslocamentos populacionais, mas sim que existe uma relação entre as mudanças ambientais, os movimentos da população e a condição de vulnerabilidade social de cada pessoa em concreto. Este último fator, segundo alguns autores, é “determinante no que diz respeito às estratégias de adaptação e possibilidade de migrar”^{25 26}.

Segundo Pentinat²⁷, em 1998, a ONU estimou que 96% das mortes causadas por desastres ocorrem em 66% das pessoas dos mais pobres países do mundo. Em locais de pobreza extrema e

²⁵ ALENCAR, Anne Paiva de. Análise da condição jurídica dos caracterizados refugiados ambientais do Haiti no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3694, 12 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24288>>. Acesso em: 15.11.2014.

²⁶ Esta autora cita Susana Borràs Pentinat e Cecilia Tacoli como adeptas desta corrente.

²⁷ PENTINAT, Susana Borràs. El estatuto jurídico de protección internacional de los refugiados ambientales. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**. V. 19, n. 36. P.11-48, jan-jun/ 2011.

problemas sociais, o desastre ambiental transforma situações difíceis em insustentáveis, o que força as pessoas a se deslocar devido à falta de alimentos e empecilhos ao seu trabalho, haja vista a dependência econômica da agricultura e da criação de animais.²⁸

O injusto é constatar-se que os países mais pobres do mundo se tornam vítimas de um fenômeno para o qual eles próprios muito pouco contribuem e que não tem condições de fazer parar. Para José Matias Pereira, em entrevista para o portal Mudanças Climáticas²⁹, trata-se de um fator de grande importância a que não está sendo dado relevo nos *fora* internacionais. Afirma esse professor: “Os países intermediários e de ponta possuem perspectivas para a mitigação e a adaptação do problema, mas os mais pobres não têm condições de acompanhar esse movimento. E são eles que irão pagar a conta das mudanças climáticas.”³⁰

Segundo matéria da revista The Economist, de 13 de setembro de 2008, os países pobres e as pequenas ilhas, as maiores vítimas dos impactos das mudanças do clima, têm em comum o fato de serem pobres demais para criarem mecanismos de defesa a tais impactos, como enchentes e longos períodos de seca que atingem a sua agricultura, e não possuem programas sofisticados de saúde pública.³¹

“Em oito dias, um cidadão britânico é responsável pela mesma quantidade de emissão de dióxido de carbono (CO₂) que uma pessoa nos países mais pobres do mundo produz durante todo um ano” menciona o relatório da instituição Movimento pelo Desenvolvimento do Mundo (WDM, na sigla em inglês). De acordo com reportagem do site Ambiente Brasil³², o diretor da WDM, Benedict Southworth, assevera que “Os países mais pobres do mundo, com 738 milhões de pessoas, não contribuem para as mudanças climáticas, mas são estas mesmas pessoas que irão encarar as piores consequências.”³³

²⁸ ALENCAR, Anne Paiva de. Análise da condição jurídica dos caracterizados refugiados ambientais do Haiti no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3694, 12 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24288>>. Acesso em: 15.11.2014.

²⁹ MUDANÇAS CLIMÁTICAS. Os países mais pobres. Disponível em: <<http://www.mudancasclimaticas.andi.org.br/content/destaques-da-pauta?page=0,1>> Acesso em: 13.11.2014.

³⁰ MUDANÇAS CLIMÁTICAS. Os países mais pobres. Disponível em: <<http://www.mudancasclimaticas.andi.org.br/content/destaques-da-pauta?page=0,1>> Acesso em: 13.11.2014.

³¹ THE ECONOMIST. **Climate change and the poor: adapt or die**. 11 set. 2008. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/12208005>> Acesso em: 15.11.2014.

³² AMBIENTE BRASIL. **Países pobres sofrem com as emissões abusivas dos ricos**. 09 jan 2007. Disponível em: <<http://noticias.ambientebrasil.com.br/clipping/2007/01/09/28816-paises-pobres-sofrem-com-as-emissoes-abusivas-dos-ricos.html>> Acesso em: 14.11.2014.

³³ AMBIENTE BRASIL. **Países pobres sofrem com as emissões abusivas dos ricos**. 09 jan 2007. Disponível em: <<http://noticias.ambientebrasil.com.br/clipping/2007/01/09/28816-paises-pobres-sofrem-com-as-emissoes-abusivas-dos-ricos.html>> Acesso em: 14.11.2014.

Kirk Smith, professor da Universidade de Berkeley, na Califórnia, denomina as mudanças climáticas de “o imposto mais regressivo do mundo: os pobres pagam pelo comportamento dos ricos”.³⁴

Cecilia Tacoli³⁵ assevera que:

Eventos climáticos extremos, como furacões, inundações e deslizamentos de terra, muitas vezes forçam as pessoas a se afastar de suas áreas de origem. No entanto, são os grupos mais pobres aqueles que muitas vezes são forçados a viverem em locais perigosos, como encostas íngremes ou assentamentos 'informais' com pouca ou nenhuma disposição para drenagem de águas pluviais, acesso limitado dos serviços de emergência, como ambulâncias e caminhões de bombeiros, distantes de centros de saúde e com habitações cheias e inadequadas, que mais sofrem. Eventos extremos, quando afetam as pessoas com altos níveis de vulnerabilidade, se tornam desastres.

Segundo Mattar³⁶, os efeitos da vulnerabilidade de muitas pessoas restam patentes com os terremotos ocorridos no Chile e no Haiti: em 27 de fevereiro de 2010 o Chile foi assolado por um terremoto de 8,8 graus na escala Richter, que deixou 800 mortos e 2 milhões de desalojados, numa população que, à época, ultrapassava 16 milhões de habitantes. O Haiti, nesse mesmo ano, em 12 de janeiro, foi atingido por um terremoto de magnitude bem menor: 7 graus na escala Richter. Entretanto, a devastação produzida foi maior que a chilena, resultando em mais de 200 mil mortes e 2,3 milhões de deslocados (não apenas desalojados), numa população que, à época, não chegava a 10 milhões de habitantes, segundo o Index Mundi³⁷. E o país ainda sofre até os dias de hoje as consequências do sismo. O Haiti, um dos países mais pobres do mundo, onde 80% da população vive com menos de 2 dólares por dia, passava, quando da ocorrência do sismo, por uma enorme crise econômica e social, e a vulnerabilidade das pessoas só fez agravar os estragos causados pela catástrofe. E, ainda de acordo com o Index Mundi³⁸, este país tem um PIB de 13 bilhões de dólares, enquanto o do Chile é de 304 bilhões de dólares, o que bem demonstra a diferença econômica entre esses dois países.

Mais: em fevereiro de 2011, o ciclone Yasi atingiu Queensland, na Austrália, causando a

³⁴ THE ECONOMIST. **Climate change and the poor: adapt or die**. 11 set. 2008. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/12208005>> Acesso em: 15.11.2014.

³⁵ TACOLI, Cecilia. Migration and mobility in a changing climate: A policy perspective. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**. V. 19, n. 36. P.113-124, jan-jun/ 2011. Disponível em: <<http://www.csem.org.br/remhu/index.php/remhu/article/view/250>> Acesso em: 15.11.2014.

³⁶ MATTAR, Marina Rocchi Martins. **Migrações Ambientais, Direitos Humanos e o Caso dos Pequenos Países Insulares**. 101 p. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP. 2012, p. 19.

³⁷ INDEX MUNDI. **Haiti População Perfil 2012**. Disponível em: <http://www.indexmundi.com/pt/haiti/populacao_perfil.html> Acesso em: 14.11.2014.

³⁸ INDEX MUNDI. **Dados de 2011**. Disponível em: <<http://www.indexmundi.com/map/?v=65&l=pt>> Acesso em: 13.11.2014.

destruição de muitas casas e edifícios. Como o país possui equipamentos que preveem o trajeto de furacões, foram evacuadas 300 mil pessoas das áreas onde o furacão passaria, o que evitou perdas humanas, não havendo nenhuma vítima fatal. Isso foi possível por ter a Austrália condições econômicas de adquirir sofisticados sistemas que fazem o controle e previsão desses eventos naturais extremos.³⁹

Ainda de acordo com Alencar⁴⁰, em contrapartida, em 2004, o terremoto submarino de Sumatra-Andaman provocou uma série de tsunamis que afetaram países banhados pelo oceano Índico, causando mais de 200 mil mortes, em 14 diferentes países. Considerado um dos mais mortais desastres naturais da história, de acordo com Santos⁴¹, o terremoto e os tsunamis tiveram como fator de maximização dos seus danos a falta de previsão da sua chegada. Isso porque os países afetados são pobres, sem capacidade financeira para adquirirem os instrumentos apropriados de controle meteorológico, ao contrário do que ocorre com a Austrália.

3. CAMINHO POSSÍVEL

Para Ramos⁴², apesar de notarmos a má vontade em relação ao tema migratório, principalmente nos países mais desenvolvidos, propostas de proteção dos deslocados ambientais começam a surgir. Entre elas destacamos o Projeto de Convenção sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais, de autoria do grupo de trabalho da Universidade de Limoges, França, liderado pelo Prof. Michel Prieur, professor emérito na mesma universidade e um dos maiores especialistas no mundo em direito ambiental e rejeitos radioativos.⁴³

Em congresso internacional realizado em São Paulo em 2010⁴⁴, o mestre francês alertou acerca da questão de divisão geográfica dos refugiados ambientais no mundo, mencionando que,

³⁹ ALENCAR, Anne Paiva de. Análise da condição jurídica dos caracterizados refugiados ambientais do Haiti no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3694, 12 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24288>>. Acesso em: 15.11.2014.

⁴⁰ ALENCAR, Anne Paiva de. Análise da condição jurídica dos caracterizados refugiados ambientais do Haiti no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3694, 12 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24288>>. Acesso em: 15.11.2014.

⁴¹ SANTOS, Pedro. **Os piores tsunamis já registrados no planeta Terra**. Disponível em: <http://www.ehow.com.br/piiores-tsunamis-registrados-planeta-terra-info_58927/>.

⁴² RAMOS, Erika Pires. **Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional**. 150 p. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2011, p. 113.

⁴³ MENDES, João. **O novo no direito ambiental por Michel Prieur**. Disponível em: <<http://neircadas.wordpress.com/2010/09/03/congressointernacionalmichelprieur/>> Acesso em: 15.11.2014.

⁴⁴ Congresso Internacional denominado “O novo no direito ambiental por Michel Prieur”, que se realizou em São Paulo, em 1º de setembro de 2010.

em 2008, 90% dos deslocamentos ocorreram na Ásia e na África. Abarcando somente 10% da população mundial, foi o continente africano o responsável por 25% dos refugiados ecológicos. Revelou, ainda, que 80% desses deslocados foram acolhidos em países em vias de desenvolvimento.

Como justificativa para a necessidade de uma nova convenção, Prieur afirmou que a Convenção de Genebra de 1951 não se amolda ao problema dos deslocados ambientais, na medida em que reconhece o *status* de refugiado somente a quem sofre perseguição, não se aplicando a situações de violação dos direitos humanos decorrentes de riscos ecológicos. Ademais, o professor gaulês considera insuficiente haver uma eventual emenda à Convenção para resolver esse novo e grande problema, pois não seria suficiente alterar a definição de refugiados, uma vez que, de maneira diversa dos refugiados políticos, grande parte dos refugiados ecológicos não ultrapassa as fronteiras de seu país. Portanto, mesmo se essa emenda acontecesse, os deslocados ambientais no interior do próprio país restariam desprotegidos.

Prieur ainda mencionou que dentre as bases para o projeto de convenção internacional sobre deslocados ambientais estão: o artigo 11.1. do Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais (de 1966); a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre assistência humanitária às vítimas das catástrofes naturais (45/100 – 1988); os Princípios 18 e 27 da Declaração do Rio (1992), relativos à assistência ecológica e à solidariedade internacional; e a Conferência sobre Prevenção de Catástrofes Naturais, realizada em Hyogo, em 2005.

Relatou, ainda, que entre os propósitos desse projeto de convenção encontram-se a garantia de direitos para as pessoas deslocadas, “organizando a solidariedade internacional e dando um teor verdadeiro à vida e à sobrevivência, bem como a proposta de um campo de aplicação universal”.

No tocante à questão terminológica, explicou Michel Prieur que a locução “refugiados ambientais” deveria ser evitada, “na medida em que sugere uma conotação jurídica no âmbito da Convenção de Genebra que trata de refugiados políticos”. Daí a sua proposta de utilização da terminologia “deslocados ambientais”, o que facilitaria a sua dissociação do caso dos refugiados clássicos frente aos governos e à imprensa. Realçou que nesse projeto não se protegem apenas as pessoas físicas, mas também as famílias.

Quanto aos direitos atribuídos aos deslocados, mencionou: o direito à informação e à

participação; o direito de ser salvo; o direito a alimentos e água; o direito ao alojamento; o direito ao respeito e à unidade familiar; o direito à educação e à formação.

Explicou o expositor que, pelo seu projeto, os deslocados temporários têm direito a alojamento em segurança, à reinstalação, ao retorno e à permanência prolongada, à nacionalidade, e que as famílias e as populações têm direitos específicos à preservação de sua unidade. E também que esse projeto de convenção contém os seguintes princípios e obrigações que impendem sobre todos: a obrigação de acolher o outro, em nome do princípio da solidariedade, sem qualquer discriminação; o princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada; o princípio da proximidade, tanto geográfica quanto cultural, a ser harmonizado com a obrigação de acolhimento.

Concluindo a sua exposição, Michel Prieur afirmou considerar o projeto de convenção internacional sobre deslocados ambientais “uma abordagem global universal do problema, sendo a única maneira de dispor de ferramentas e financiamentos para enfrentá-lo”. Disse mais: que não se deve olvidar que os deslocados ambientais “não podem ter seus direitos humanos violados, impondo-se uma sinergia entre o direito ao meio ambiente, os direitos humanos e o direito humanitário”.⁴⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho pretendemos prosseguir os esforços de compreensão dos deslocamentos de pessoas motivados pelo meio ambiente. Procuramos perceber o que significam esses fenômenos e como podem ser prevenidos e corrigidos.

Classicamente, o direito internacional promoveu a proteção jurídica dos denominados refugiados políticos através do Estatuto dos Refugiados da Convenção de Genebra de 1951. Muitas foram as tentativas de colocar os deslocados por causas ambientais ao abrigo dessa Convenção. Porém, não foi até hoje possível encontrar uma solução nesse quadro, porque as causas em jogo são bem outras. Quando vimos, por exemplo, a classificação de Bates sobre os tipos de refugiados ambientais, verificamos que falávamos de vinho novo em odres velhos. A problemática dos novos deslocamentos de pessoas por razões ambientais é radicalmente

⁴⁵ MENDES, João. O novo no direito ambiental por Michel Prieur. Disponível em: <<http://neiarcdas.wordpress.com/2010/09/03/congressointernacionalmichelprieur/>> Acesso em: 15.11.2014

diferente dos deslocamentos por motivos políticos.

Certo é que estamos perante novas situações que exigem uma tutela jurídica até agora inexistente. E essa tutela deverá ser, simultaneamente, internacional e nacional, seja porque os problemas não são apenas de um Estado, seja porque, podendo ser ou quando os são, estão sujeitos aos mesmos princípios e valores, a começar pelo princípio da dignidade humana, que está consagrado na maioria das constituições.

Também não restam dúvidas de que os países pobres e vulneráveis estão sofrendo as consequências de um problema que não criaram. Daqui decorre saber até que ponto o direito é levado a sério ou se, por comodidade, estão os Estados e as pessoas dispostos a aceitar que haja cidadãos de primeira e cidadãos de segunda, consoante a sua proveniência geográfica.

Estamos perante situações de mobilidade forçada que remetem, necessariamente, para a pessoa e para os seus direitos humanos. Neste particular, os deslocados pelo meio ambiente assemelham-se aos refugiados políticos, com a diferença de que se deslocam por razões ambientais. Há aqui pessoas que, se não são determinadas, são, ao menos, determináveis, e que estão ligadas não só por circunstâncias de fato, mas pela sua própria dignidade. Ora, a dignidade de uma pessoa não é abstrata, na medida em que depende do número, intensidade e qualidade das interações que mantém com as outras pessoas.

Michel Prieur percebeu o que está em questão ao propor uma nova convenção internacional destinada a proteger os direitos dessas pessoas, colocando ênfase na necessidade de organizar a solidariedade internacional, ministrando um verdadeiro teor à vida e à sobrevivência dos deslocados, bem como fazendo a proposta de um campo de aplicação universal.

As mudanças no Direito, em geral, e no seu ramo Internacional, em especial, são excessivamente lentas, mesmo diante de novos problemas que exigem resposta imediata. Por isso os deslocados ambientais, para conseguirem abrigo, continuam a ter que contar com a sorte e a boa vontade dos países para os quais migram, pois há uma lacuna legislativa no setor, bem como ausência de vontade para supri-la. As limitações do Direito Internacional para tratar desse problema contemporâneo forçam o repensar do sistema na sua totalidade, o que resultará, inevitavelmente, em transformações. Impossível fechar os olhos diante da realidade, ainda mais quando ela se apresenta repleta de seres humanos em situação de extrema vulnerabilidade. Razão pela qual propostas como a do prof. Prieur devem ser recebidas com aplausos por se constituírem

verdadeiros tributos ao princípio da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALENCAR, Anne Paiva de. Análise da condição jurídica dos caracterizados refugiados ambientais do Haiti no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3694, 12 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24288>>. Acesso em: 15.11.2014.

ALVES, José Eustáquio Diniz. **O positivismo e o fundamentalismo de mercado de Julian Simon e dos cééticos do clima**. Disponível em: <<http://netnature.wordpress.com/2012/06/15/o-positivismo-e-o-fundamentalismo-de-mercado-de-julian-simon-e-dos-ceticos-do-clima-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves-com-resenha/>> Acesso em: 11.11.2014.

AMBIENTE BRASIL. **Países pobres sofrem com as emissões abusivas dos ricos**. 09 jan 2007. Disponível em: <<http://noticias.ambientebrasil.com.br/clipping/2007/01/09/28816-paises-pobres-sofrem-com-as-emissoes-abusivas-dos-ricos.html>> Acesso em: 14.11.2014.

BARBOSA, Vanessa. **10 lugares do mundo que podem ser engolidos pelo mar**. Disponível em: <<http://viajeaqui.abril.com.br/materias/noticias-lugares-engolidos-pelo-mar?foto=4#4>>

BATES, Diane C. Environmental **Refugees? Classifying Human Migrations Caused by Environmental Change**. Disponível em: <<http://greencurriculumsc.files.wordpress.com/2012/04/environmental-refugees1.pdf>>____Acesso em: 15.11.2014.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Ed. Gaia, Brasil, 2010.

COLASSO, Camilla G. Acidentes químicos e nucleares e a percepção de risco. **RevInter - Revista Intertox de Toxicologia**, Risco Ambiental e Sociedade, v. 4, n. 2, p. 125-143, jun. 2011. Disponível em: <<http://revinter.intertox.com.br/phocadownload/Revinter/v4n2/rev-v04-n02-09.pdf>> Acesso em: 12.11.2014.

FERNANDES, Duval; NUNAN, Carolina; CARVALHO, Margareth Carvalho. **O fenómeno da migração internacional de retorno como consequência da crise mundial**. Disponível em: <http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_estudos&ESTUDOSest_boui=123704045&ESTUDOSmodo=2> Acesso em: 10.11.2014.

FERNANDES, João Luís Jesus. Insegurança ambiental e migrações. Contributo para uma sistematização de conceitos. **Quinto Encuentro Migraciones, causas y consecuencias**; Eumed.Net; Universidad de Málaga. 2008. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/13830/1/Deslocados%20ambientais.pdf>> Acesso em: 13.11.2014.

HENRIQUES, Maria Adelina. **Argumentos para uma viagem sem regresso. A imigração PALOP por via da saúde: um estudo de caso**. 1ª ed. Lisboa: Observatório da Imigração, 2010.

HOGAN, Daniel Joseph. **Mobilidade populacional e meio ambiente**. Disponível em: <http://www.nepo.unicamp.br/textos/publicacoes/textos_nepo/textos_nepo_33.pdf> Acesso em: 12.11.2014.

INDEX MUNDI. **Dados de 2011**. Disponível em: <<http://www.indexmundi.com/map/?v=65&l=pt>> Acesso em: 13.11.2014a.

_____. **Haiti População Perfil 2012**. Disponível em: <http://www.indexmundi.com/pt/haiti/populacao_perfil.html> Acesso em: 14.11.2014b.

IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. **Approved Summary for Policymakers IPCC. Fifth Assessment Synthesis Report**. 1 November 2014. Disponível em: <http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_SPM.pdf> Acesso em: 10.11.2014.

ITO, Claudemira Azevedo. **Reflexões sobre as migrações internacionais**. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/outros/5EncNacSobreMigracao/comunic_sec_2_ref_mig_int.pdf> Acesso em: 09.11.2014.

KUGLER, Henrique. **Passado e tragédia**. Disponível em: <<http://cienciahoje.uol.com.br/especiais/rastros-do-mercurio/passado-e-tragedia>> Acesso em: 14.11.2014.

MALTA, Fernando. A problemática do fenômeno dos refugiados ambientais. **XIV Encontro Nacional da Anpur**. Rio de Janeiro, maio de 2011. Disponível em: <<http://www.anpur.org.br/site/anais/ena14/ARQUIVOS/GT8-64-8-20101103234216.pdf>> Acesso em: 14.11.2014.

MATTAR, Marina Rocchi Martins. **Migrações Ambientais, Direitos Humanos e o Caso dos Pequenos Países Insulares**. 101 p. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP. 2012.

MENDES, João. **O novo no direito ambiental por Michel Prieur**. Disponível em: <<http://neiarçadas.wordpress.com/2010/09/03/congressointernacionalmichelprieur/>> Acesso em: 15.11.2014.

MUDANÇAS CLIMÁTICAS. **Os países mais pobres**. Disponível em: <<http://www.mudancasclimaticas.andi.org.br/content/destaques-da-pauta?page=0,1>> Acesso em: 13.11.2014.

OJIMA, Ricardo; NASCIMENTO, Thais Tartalha do. **Meio Ambiente, Migração e Refugiados Ambientais: Novos Debates, Antigos Desafios**. Disponível em: <<http://www.anppas.org.br/encontro4/cd/ARQUIVOS/GT13-358-132-20080424170938.pdf>>

PAIVA, Ana Luiza Bravo e. **Fatores impulsionadores da migração internacional**. Disponível em: <http://www.tempopresente.org/index.php?option=com_content&view=article&id=5504:fatores-impulsionadores-da-migracao-internacional&catid=39&Itemid=127> Acesso em: 10.11.2014.

PENTINAT, Susana Borràs. El estatuto jurídico de protección internacional de los refugiados ambientales. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**. V. 19, n. 36. P.11-48, jan-jun/ 2011.

RAMOS, Erika Pires. **Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional**. 150 p. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2011.

RAVENSTEIN, Ernest. The laws of migration. **Journal of the Statistic Society**. June, 1885. Disponível em:

<http://www.mrtavani.com/Mr._Tavanis_World_Cultures_&_AP_Human_Geography_Site/AP_Human_Geography_-_Archive_-_Mr._Tavanis_World_Cultures_Site_-_Cheltenham_High_School_1_files/RavensteinLong.pdf> Acesso em: 10.11.2014.

SANTOS, Pedro. **Os piores tsunamis já registrados no planeta Terra**. Disponível em: <http://www.ehow.com.br/piores-tsunamis-registrados-planeta-terra-info_58927/>

TACOLI, Cecilia. Migration and mobility in a changing climate: A policy perspective. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**. V. 19, n. 36. P.113-124, jan-jun/ 2011. Disponível em: <<http://www.csem.org.br/remhu/index.php/remhu/article/view/250>> Acesso em: 15.11.2014.

THE ECONOMIST. **Climate change and the poor: adapt or die**. 11 set. 2008. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/12208005>> Acesso em: 15.11.2014.

O MODELO DE GESTÃO DOS RISCOS AMBIENTAIS CATASTRÓFICOS NA POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA CIVIL (LEI. Nº 12.608/2012)

Kátia Ragnini Scherer¹

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda o modelo de gestão dos riscos ambientais de proporções catastróficas pelo Direito na atual Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei nº 12.608/2012).

O objetivo é o de analisar a possibilidade de identificação do modelo de gerenciamento circular dos riscos catastróficos pelo Direito na nova legislação brasileira, a partir de um contexto de necessidade de respostas à crescente complexidade gerada a partir do aumento de volume, intensidade e recorrência de desastres ambientais nas últimas décadas, em escala global e local.

A importância do tema justifica-se pelas crescentes discussões a respeito do papel que o Direito possui frente a uma realidade de desafios como os riscos catastróficos ambientais até então não enfrentados ou, se enfrentados pelas organizações jurídicas, foram a partir de bases de uma racionalidade que ignora o risco e seus respectivos graus de incerteza.

Por sua vez, o problema que motiva o desenvolvimento do tema centra-se em responder se a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, protagonizada pela Lei nº 12.608/2012, constitui-se em um processo evolutivo a partir de um aprendizado ocorrido pela intensificação e magnitude dos desastres ambientais e, a partir deste raciocínio, se é possível identificar uma forma de modelo gerencial no tratamento dos desastres no Brasil.

As hipóteses convergem no sentido da existência de um aprendizado evolutivo pela a Lei nº 12.608/2012 que superou uma tradição linear da Defesa Civil brasileira com enfoque apenas de

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2000) e doutoranda vinculada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS. Professora universitária na Universidade Regional de Blumenau-FURB, Blumenau, Santa Catarina, Brasil. Integra os Grupos de Pesquisa (Cnpq): 1) Direitos Fundamentais, Cidadania e Novos Direitos na linha: Direito Ambiental, sustentabilidade e políticas públicas de água, prevenção de desastres e sanitário e 2) Direito, Risco e Ecomplexidade. Trabalho apresentado como requisito de conclusão na Escola de altos Estudos com Prof. Michel Prieur – UNIVALI-2014. Advogada. E-mail: Kátia@furb.br.

resposta aos eventos, em detrimento de outras fases que envolvem um desastre ambiental.

Nesta esteira, quando o Direito observa os desastres com a necessidade de um tratamento por fases ou estágios, surge a possibilidade de adoção de uma forma circular de gerenciamento dos riscos catastróficos, com adoção de uma abordagem sistêmica e integrada. Esta percepção parece manter uma aproximação com a atual Política Nacional de Proteção e Defesa Civil.

A estruturação do desenvolvimento, para fins meramente didáticos, apresenta-se em três títulos iniciando-se pela descrição dos desastres ambientais e seus fatores transversais como a vulnerabilidade e resiliência. A seguir discute-se o aprendizado evolutivo com a edição da atual Política Nacional de Proteção e Defesa Civil- Lei nº 12.608/12 para em um terceiro e último ponto analisar o modelo de gestão de desastres ambientais pelo Direito prospectado nesta nova política. O método é o indutivo com procedimento estruturalista funcional e técnica de pesquisa bibliográfica.

1. DESASTRES AMBIENTAIS: VULNERABILIDADE E RESILIÊNCIA

Os desastres ambientais,² compreendidos a partir de causas naturais, humanas ou mistas sucedidos por eventos de grande magnitude refletem-se, tanto ambiental como socialmente, em danos e perdas significativos, o que intensifica a necessidade do gerenciamento dos riscos ambientais pelo Direito, mediante a construção de observações, vínculos e decisões sobre o futuro.

O acidente industrial de Chernobyl é o evento que marca a entrada da Sociedade Contemporânea na era do risco global e o de Fukushima estabelece o início de uma nova era em que, na descrição de Carvalho e Damacena³ tais realidades são potencializadas por eventos e colapsos socioambientais (de causas naturais e humanas) de grande capacidade destrutiva para o meio ambiente, para o patrimônio e para as vidas humanas.

Dados divulgados pelo *United Nations Development Programme* – UNDP⁴ dão conta que o

²Para fins de construção do sentido jurídico de “desastres ambientais” adota-se aqui o conceito de que consistem os mesmos em eventos (de causa natural, humana ou mista) capazes de comprometimento de funções ambientais ou lesões a interesses humanos, mediados por alguma mudança ambiental. CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.29.

³ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. p.22.

⁴ UNITED NATIONS. United Nations Development Programme (UNDP). **Reducción Del riesgo de Desastres y Recuperación** In: Buró

século XXI já é caracterizado por um aumento dos custos em razão de desastres, sem precedentes. Só em perdas econômicas se passou de 75.500 milhões de dólares americanos em 1960 para 659.900 milhões nos anos noventa e 960.000 milhões em 2009. Ilustrativamente, 4.000 desastres registrados entre 2000 e 2009 já provocaram a morte de mais 780.000 pessoas e afetaram mais de 2.000 milhões de pessoas.

Por sua vez, em escala mundial o Relatório para o Desenvolvimento Humano⁵ da Organização das Nações Unidas constata que mais de 200 milhões de pessoas, sobretudo em países em desenvolvimento, são atingidas anualmente por catástrofes naturais, expondo de modo exacerbado vulnerabilidades como a pobreza, desigualdade, degradação ambiental e a fragilidade da governação. Países e comunidades que não estão preparados e nem conscientes dos riscos e que dispõem de uma capacidade preventiva mínima sofrem o impacto das catástrofes com uma intensidade muito superior.

O mesmo documento recomenda aos países que é preciso reconstruir e simultaneamente aumentar a resiliência social, material e institucional para que possam sofrer menos os impactos de uma realidade que já se efetiva.

Tal contexto permite a constatação de dois fatores que atravessam transversalmente os riscos catastróficos, ou seja, a resiliência e a vulnerabilidade.

A concepção de vulnerabilidade no desenvolvimento desta temática, adota o sentido construído pelo United Nations Development Programme- UNDP⁶ em que a mesma é descrita como condição humana ou processo resultante de fatores físicos, sociais, econômicos e ambientais, que determinam a probabilidade e escala dos danos causados pelo impacto de um determinado risco.

A partir desta concepção, Carvalho e Damacena⁷ analisam que são muitas as tentativas de sistematizar modelos a respeito da vulnerabilidade, mas que para entender e alcançar o termo nas

de Prevencion de Crisis y Recuperación, 2010. Disponível em: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/crisis%20prevention/disaster/Reduci%C3%B3n%20del%20Riesgo%20de%20Desastres%20y%20Recuperaci%C3%B3n%20-%20Introducci%C3%B3n.pdf> . Acesso em: 20 fev. 2015

⁵ UNITED NATIONS. United Nations Development Programme (UNDP) 2014. **Human Development Report**. Disponível em: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2014HDR/HDR-2014-Spanish.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2015. p.13.

⁶ UNITED NATIONS. United Nations Development Programme (UNDP) 2014. **Human Development Report**. Disponível em: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2014HDR/HDR-2014-Spanish.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2015. p.13.

⁷ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. p.56.

diversas abordagens científicas existentes é necessária a consideração, simultânea, do risco.

O risco, por sua vez, na teoria sociológica de Luhmann,⁸ é considerado como sendo a reconstrução de um fenômeno de múltiplas contingências e, em uma observação de segunda ordem, oferece diferentes perspectivas aos diferentes observadores. Desta forma, projeta-se o horizonte de uma "sociedade de risco" caracterizada pela transição da noção de tempo que se referencia no 'perigo', ou seja, situações abstratas, místicas, ameaçadoras, para o tempo do qual se infere o 'risco', que são as situações de crise geradas pelas próprias decisões da sociedade.

O que se destaca no conceito de risco de Luhmann é justamente a possibilidade da contingência do dano que é a sua percepção, na tomada de decisão, de que o mesmo possa ser evitado.⁹ A "sociedade de risco" não se restringe, assim, a descrever apenas uma visão pessimista do futuro, mas constatar que esta sociedade pode planejar um futuro otimista para ela própria.

O aumento de complexidade que é gerado a partir da percepção da vulnerabilidade no que se refere à intensificação de desastres ambientais requer, assim, uma decisão que implique na sua redução.¹⁰

Neste sentido, para Carvalho e Damacena¹¹ as medidas preventivas de desastres devem ser consideradas para redução da vulnerabilidade e a compreensão do sentido de prevenção requer um retorno à sociologia luhmanniana¹² que a entende como a preparação para danos futuros, mesmo que não se tenha segurança da probabilidade de ocorrência dos mesmos e, assim, poder-se-ia, assim reduzir suas conseqüências.

Em discussão sobre a redução da vulnerabilidade pela prevenção, o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais Brasileiras¹³ classifica as medidas preventivas em duas espécies: as estruturais que são aquelas de cunho corretivo, como as obras de engenharia que minimizam o problema em curto prazo, mas que, via de regra são caras, paliativas, e ocasionam outros impactos ambientais,

⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Luis Felipe Segura e Javier Torres Nafarrate. México, D.F.: Universidade Iberoamericana; Universidade de Guadalajara, 1992. p.59.

⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. p.59.

¹⁰ Redução de complexidade significa a manutenção seletiva de um âmbito de possibilidades com bases estruturais, pois são as estruturas que determinam quanta complexidade interna um sistema poder criar e tolerar. Cf. CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glossário sobre La teoría social de Niklas Luhmann** Tradução de Miguel Romero Péres e Carlos Vilalobos. México, D.F.: Universidade Iberoamericana; Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, 1996. p. 58.

¹¹ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. p.58-59.

¹² LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. p.73..

¹³ BRASIL, Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais**. Disponível em: <http://www.inpe.br/>. Acesso em: 22 jul. 2014.

gerando uma falsa sensação de segurança e as não estruturais que possuem um caráter educativo e de planejamento, com resultados a médio e longo prazo, de baixo custo, de fácil aplicação e permitem uma correta percepção do risco.

Embora com sentidos distintos, a redução da complexidade, em termos de riscos com dimensões catastróficas, está, de forma indissociável, conectada a outro fator transversal aos desastres que é a construção de resiliência.

Para a teoria dos sistemas a resiliência se refere à capacidade de um sistema acomodar condições variáveis e inesperadas sem falha catastrófica, a capacidade de absorver choques sem maiores distúrbios.

Resiliência é, portanto, a capacidade que um sistema apresenta de tolerar perturbações sem alterar suas estruturas e identidades básicas. Uma das principais características de um sistema resiliente é a habilidade de manter-se em um elevado nível de consistência e estrutura comportamental em face de um ambiente dinâmico de mudança.¹⁴

Ainda na exposição dos mesmos autores¹⁵ cada desastre apresenta uma combinação única de problemas que nem sempre é solucionada com uma só resposta, mas com a combinação ou conjunto delas. Por tal motivo, um planejamento adequado para solucionar tais problemas é o que se precisa realizar, mas deve-se acautelar-se e preparar-se para o pior. Nesta perspectiva a resiliência influencia diretamente na capacidade que um sistema, sob condições críticas e extremas, tem para coletar, distribuir informações e continuar funcionando ainda que um determinado elemento não esteja em plenas condições, ou um recurso se torne escasso ou um determinado tomador de decisão não esteja disponível.

A vinculação da resiliência se dá em relação a um processo de escolha e às responsabilidades daí advindas no futuro. Por sua vez, o reconhecimento da parcela de responsabilidade humana frente aos desastres ambientais significa repensar ações, planejar a reconstrução e desenvolver capacidades para implementar tal planejamento, ter seguros e priorizar uma reestruturação eficaz diante de futuras intempéries.

A resposta dada pelo Sistema Político, integrando a concepção de resiliência com sustentabilidade urbanística veio com a promulgação da Política Nacional de Proteção e Defesa

¹⁴ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres.** p.59

¹⁵ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres.** p.59-60.

Civil - Lei nº 12.608/2012¹⁶, que incluiu no rol dos objetivos (Artigo 5º, VI) a ser alcançados, o estímulo ao “desenvolvimento de cidades resilientes e os processos sustentáveis de urbanização”.

A configuração dos desastres ambientais como riscos catastróficos requer, em síntese, a percepção de que não se pode olvidar a percepção de fatores transversais como a vulnerabilidade e a resiliência e precisam ser considerados em um contexto de complexidade potencializada com aumento dos desastres de grandes magnitudes.

Sistemas sociais, como o Direito tem a função de fornecer estabilidade pela normatividade, tanto para evitar como para responder ao caos trazido por um desastre, provendo expectativas (regulação) às ações de antecipação e respostas a estes.¹⁷

2. A POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA CIVIL: O APRENDIZADO COM A LEI Nº 12.608/12

Atualmente no Brasil o núcleo normativo sobre a temática dos desastres ambientais estrutura-se pela Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, inaugurada pela Lei nº 12.608 de 10.04.2012 que, por sua vez, recepcionou legislações anteriores como o Decreto nº 7.257/2010¹⁸ e a Lei nº 12.340/2010.¹⁹

O tratamento jurídico atual dos desastres supera em nível federal a conformação original Defesa Civil no Brasil que apresentava uma descrição sobre funções de prevenção, preparação para emergências e desastres, respostas aos desastres e reconstrução de forma linear e estanque,

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 12.608 de 10 de abril de 2012**. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nºs 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm. Acesso em: 22 jul. 2014.

¹⁷ CARVALHO, Délton Winter de. Bases Estruturantes da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil a partir de um Direito dos Desastres Ambientais. In: **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 18, vol. 72, out. dez., 2013. p.26.

¹⁸ BRASIL. **Decreto nº 7.257 de 4 de agosto de 2010**. Regulamenta a Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm. Acesso em: 14 janº 2015.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 12.340 de 1º de dezembro de 2010**. Dispõe sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil; e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 12.983, de 2014). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12340.htm. Acesso em: 21 ago. de 2014.

o que, na avaliação de Carvalho e Damacena²⁰ carecia da necessária circularidade e gerenciamento dos riscos que permeiam todas as etapas de um desastre.

Em termos legislativos a Lei nº 12.340/2010 foi pioneira na temática de desastres ambientais no Brasil, mas foi alvo de rejeições e críticas, justamente por refletir um excesso de preocupação com as medidas pós-desastre em detrimento de uma gestão dos riscos com vistas à prevenção. Permanecem vigentes, na atual configuração da Lei nº 12.340/2010 tópicos como: suporte financeiro do Poder Executivo Federal aos demais entes federativos afetados por desastre; requisitos para a transferência de recursos, fiscalização dos repasses de valores entre os entes federados, cadastro nacional de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto e inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

A partir do ano de 2010 a ocorrência de desastres anuncia um cenário atípico,²¹ severo e recorrente de catástrofes, acarretando um aumento de complexidade e a exigência de respostas dos sistemas sociais. É justamente na perspectiva da necessidade de mudança estrutural de um sistema social que a análise de Luhmann²² se volta para a multifuncionalidade nas estruturas de sociedades modernas, ao descrever que é justamente o volume e o aumento de complexidade, que demonstra a disfuncionalidade das estruturas, requerendo a necessidade de mudança estrutural de um sistema social.

No Brasil, uma das respostas a esta crescente complexidade foi a edição do Decreto nº 7.513/2011²³ que, além de complementar a Lei nº 12.340/2010, determinou o desenvolvimento de um sistema Nacional de Monitoramento e alerta de Desastres Naturais o que implicou na criação do Centro Nacional de Monitoramento e alertas de Desastres Naturais- CEMADEN.²⁴

²⁰ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. p.59-68.

²¹ Conforme notícias divulgadas pelo site Terra (2014), em escala mundial, desastres ambientais ocorridos no ano de 2010 deixam recorde de 295 mil mortos, revelando uma média muito superior aos 30 anos anteriores. Já o Atlas Brasileiro de Desastres- 2000-2010, revela estatisticamente o aumento da incidência de desastres na última década. O banco de dados do histórico dos desastres brasileiros associados a fenômenos naturais indica que as estiagens e secas e as inundações bruscas e alagamentos são as tipologias mais recorrentes do Brasil

²² LUHMANN, NIKLAS. **Sociologia do Direito II**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p.132.

²³ BRASIL. **Decreto nº 7.513 de 1 de julho de 2011**. Altera o Decreto nº 5.886, de 6 de setembro de 2006, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Ciência e Tecnologia, e dispõe sobre o remanejamento de cargos em comissão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7513.htm. Acesso em: 14 janº 2015.

²⁴ O CEMADEN (2014) é um órgão vinculado à Secretaria de Políticas e Programas de Pesquisa e Desenvolvimento do Ministério da ciência, Tecnologia e Integração. Em conformidade com a designação da Casa Civil, atualmente monitora 644 municípios nas regiões Sul, Sudeste, Centro Oeste, Norte e Nordeste e a condição básica para um município ser monitorado pelo CEMADEN é

Em seguida, a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil- PNPDEC, por sua vez, instituída pela Lei nº 12.608/2012 apresenta-se em um contexto de que a baixa probabilidade, traduzida pela incerteza não pode mais ser considerada como obstáculo para medidas preventivas e mitigadores de um desastre ambiental. Assim diante do crescente volume, complexidade e alta magnitude que os desastres se mostram nos cenário global e local exige-se o que Luhmann²⁵ denomina de fatores de estabilização, pois frente a perturbações reage-se não mais para apegar-se às referências funcionais intactas, mas para estimular procedimentos de troca e substituição.

Em uma perspectiva estrutural e estabilizadora a Lei nº 12.608/2012 prospecta uma articulação entre os entes federados e seu texto abrange disposições sobre: a) Objetivos e diretrizes da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil; b) Competências dos entes federados; c) Criação de sistema de informações de monitoramento de desastres; d) Vinculação de programas habitacionais dos entes federados à prevenção dos desastres; e) Definição de quem são os agentes de proteção e defesa civil e; f) Adaptação da ordem urbanística aos riscos de desastres; dentre outros.

A resposta inovadora do sistema político, na dimensão abordada neste trabalho é, portanto, a superação da dogmática tradicional ambiental, no sentido de reunir em um mesmo capítulo os termos incerteza e risco, além de cancelar uma das bases fundamentais de um sistema antidesastres que é a precaução.²⁶

A partir desta estrutura legal é possível, conforme Carvalho e Damacena,²⁷ uma dupla construção de sentido: primeiro a precaução aparece como obrigação, de todos os entes da Federação, entidades públicas, privadas e da sociedade em geral e a adoção de medidas necessárias à redução de riscos de desastres passa a ser obrigação simultânea de cada um e de todos ao mesmo tempo.²⁸ Em um segundo momento, suplanta as alegações e justificativas de má ação ou omissão em razão de dificuldades concretas (científicas) de definição quanto à

possuir um mapeamento de suas áreas de risco de deslizamentos em encostas, de alagamentos e de enxurradas, solapamentos e terras caídas, além da estimativa da extensão dos prováveis danos decorrentes de um desastre natural. A maioria dos municípios monitorados estão nas Regiões Sudeste e Nordeste, seguidos pela Região sul, Norte e Centro-Oeste.

²⁵ LUHMANN, NIKLAS. **Sociologia do Direito II**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p.132.

²⁶ Art. 2º É dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre. § 1º (...). § 2º **A incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco.** (Grifo nosso).

²⁷ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. p.89.

²⁸ Art. 2º da Lei nº 12.608/2012: É dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre. § 1º As medidas previstas no caput poderão ser adotadas com a colaboração de entidades públicas ou privadas e da sociedade em geral.

magnitude/probabilidade de um evento potencialmente desastroso, pois a incerteza quanto ao risco de desastre não é mais motivo para o não agir. Esta análise é produzida justamente pela comunicação do que já está expresso no texto, ou seja, a constatação de que esta Política é sistêmica.²⁹

Assim, no interior das estruturas administrativas do sistema político, as ações concretas de mitigação, preparação, resposta e recuperação deverão ser concretizadas, norteadas e monitoradas a partir dos objetivos traçados no artigo 5º dessa nova Política.³⁰

Já a fase de avaliação, que é constituída por atividades como estudo de ameaças, grau de vulnerabilidade dos sistemas e dos corpos receptores e síntese conclusiva com a avaliação e hierarquização dos riscos catastróficos e definição das áreas de maior risco, assim como a fase de gestão dos riscos de desastres, constituída por medidas estruturais e não estruturais devem estar transversalizadas pela prevenção.

A preparação para as emergências consiste, por sua vez, no aparelhamento e mobilização institucional para o atendimento às emergências, podendo ser sintetizada e exemplificada na função de monitorar, alertar e soar alarmes quando necessários.

A resposta aos desastres envolve o socorro, a assistência às populações vitimadas e reabilitação do cenário do desastre.

A reconstrução, por sua vez, visa à recuperação da área afetada, compreendendo esta a reconstrução plena dos serviços públicos, da economia da área, do moral social, do bem-estar da população afetada.

As competências dos entes federados, em matéria de desastres, também inovam ao

²⁹ Dispõe o art. 4º da Lei nº 12.608/2012 sobre as diretrizes da PNPDEC: (...) II - **abordagem sistêmica** das ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação. (Grifo nosso).

³⁰ Art. 5º São objetivos da PNPDEC: I - reduzir os riscos de desastres; II - prestar socorro e assistência às populações atingidas por desastres; III - recuperar as áreas afetadas por desastres; IV - incorporar a redução do risco de desastre e as ações de proteção e defesa civil entre os elementos da gestão territorial e do planejamento das políticas setoriais; V - promover a continuidade das ações de proteção e defesa civil; VI - estimular o desenvolvimento de cidades resilientes e os processos sustentáveis de urbanização; VII - promover a identificação e avaliação das ameaças, suscetibilidades e vulnerabilidades a desastres, de modo a evitar ou reduzir sua ocorrência; VIII - monitorar os eventos meteorológicos, hidrológicos, geológicos, biológicos, nucleares, químicos e outros potencialmente causadores de desastres; IX - produzir alertas antecipados sobre a possibilidade de ocorrência de desastres naturais; X - estimular o ordenamento da ocupação do solo urbano e rural, tendo em vista sua conservação e a proteção da vegetação nativa, dos recursos hídricos e da vida humana; XI - combater a ocupação de áreas ambientalmente vulneráveis e de risco e promover a realocação da população residente nessas áreas; XII - estimular iniciativas que resultem na destinação de moradia em local seguro; XIII - desenvolver consciência nacional acerca dos riscos de desastre; XIV - orientar as comunidades a adotar comportamentos adequados de prevenção e de resposta em situação de desastre e promover a autoproteção; e XV - integrar informações em sistema capaz de subsidiar os órgãos do SINPDEC na previsão e no controle dos efeitos negativos de eventos adversos sobre a população, os bens e serviços e o meio ambiente.

estabelecer “competência comum”³¹ em matéria de desenvolvimento e estímulo de uma cultura e comportamento nacional preventivo, medidas de segurança em hospitais e escolas situadas em áreas de risco; capacitação de pessoal para ações de proteção e defesa, e fornecimento de dados ao sistema nacional de informações e monitoramento de desastres. As competências específicas da União, Estados e Municípios também estão lá definidas.³²

Assim, tanto o fato de se criar um sistema nacional de defesa civil como o de estabelecer competências, demonstra, na avaliação de Carvalho e Damacena³³ a opção por uma principiologia de base cautelar e antecipatória que determina a prioridade de atuação dos entes federados em algumas áreas específicas e essas conectadas às questões sociais, econômicas e urbanísticas subjacentes aos desastres. Neste espaço, destacam-se os programas de habitação dos entes federados que devem priorizar em seus planos a realocação de comunidades atingidas e de moradores em áreas de risco³⁴ e a possibilidade de transferência de recursos da União como incentivo aos Municípios que adquirirem terrenos destinados a programa de habitação de interesse social.³⁵

Outro aspecto que se destaca na vigente Política Nacional de Proteção e Defesa Civil é a interação que se faz com outras políticas públicas e legislações. Aparecem as questões urbanísticas que alteram o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), determinando a inclusão de novos requisitos aos Planos Diretores, direcionados ao mapeamento de áreas de risco para os municípios que fizeram o cadastro nacional, parcelamento, uso e ocupação do solo visando a prevenção e mitigação de impacto de desastres³⁶, planejamento das ações de prevenção e

³¹ Art. 9º Compete à União, aos Estados e aos Municípios: I - desenvolver cultura nacional de prevenção de desastres, destinada ao desenvolvimento da consciência nacional acerca dos riscos de desastre no País; II - estimular comportamentos de prevenção capazes de evitar ou minimizar a ocorrência de desastres; III - estimular a reorganização do setor produtivo e a reestruturação econômica das áreas atingidas por desastres; IV - estabelecer medidas preventivas de segurança contra desastres em escolas e hospitais situados em áreas de risco; V - oferecer capacitação de recursos humanos para as ações de proteção e defesa civil; e VI - fornecer dados e informações para o sistema nacional de informações e monitoramento de desastres.

³² Ver artigos, 6º, 7º e 8º.

³³ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. p.92.

³⁴ Art. 14. Os programas habitacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios devem priorizar a relocação de comunidades atingidas e de moradores de áreas de risco.

³⁵ Art. 16. Fica a União autorizada a conceder incentivo ao Município que adotar medidas voltadas ao aumento da oferta de terra urbanizada para utilização em habitação de interesse social, por meio dos institutos previstos na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, na forma do regulamento.

³⁶ Um exemplo foi a edição do Decreto nº 9.853 de 19 de novembro de 2012 do município de Blumenau-SC, que dispõe sobre áreas no município com restrição do uso e ocupação do solo e dá outras providências. Esta norma foi baseada na Carta Geotécnica de aptidão à Urbanização. Disponível em: <https://www.leismunicipais.com.br/a/sc/b/blumenau/decreto/2012/986/9853/decreto-n-9853-2012-dispoe-sobre-as-areas-com-restricao-de-uso-e-ocupacao-do-solo-e-da-outras-providencias?q=9853%2F2012>. Acesso em: 22 fev.2015.

relocação de populações em áreas de risco, regulamentação fundiária e previsão de áreas para habitação de interesse social.³⁷

Além dos impactos nas legislações do Estatuto da Cidade e Parcelamento do Solo Urbano, a Lei nº 12.608/2012 alterou a Lei nº 8.239/91³⁸ e agrega ao serviço militar obrigatório atividades para enfrentamento de situações de emergência e estado de calamidade, bem como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, passa a incluir os princípios da proteção e defesa civil e da educação ambiental nos currículos do ensino fundamental e médio, de forma integrada aos conteúdos obrigatórios.

Nessa interação com outras legislações e políticas públicas nacionais a Lei 12.608/2012 traduz-se como uma perspectiva evolutiva do direito, pois na observação de Luhmann³⁹ o direito positivado, enquanto elemento imprescindível da estrutura social é sempre consequência e causa ao mesmo tempo. Na medida em que Lei nº 12.608/2012, ao materializar-se enquanto lei torna-se objeto de decisões seletivas, passa, nesta perspectiva a ser avaliada como uma conquista evolutiva.

Em síntese, o aprendizado ocorrido com os desastres ambientais no Brasil, principalmente nas dimensões de sua intensificação, recorrência e severidade dos últimos anos, possibilitou uma evolução para que a atual Política Nacional de Proteção, expressa pela Lei nº 12.608/2012 inserisse em suas diretrizes uma “abordagem sistêmica” das ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação, assimilando o que Farber⁴⁰ denomina de “círculo de Gestão de risco” além de nortear-se pela redução de riscos de desastres a partir de uma gestão integrada do território, dos recursos naturais e do planejamento das políticas setoriais.⁴¹

Portanto, de uma Política de Defesa Civil que, observada no sistema político assumiu, originalmente uma forma linear e sem intercomunicação entre as diversas etapas que envolvem os desastres, evolui, após um aumento de complexidade motivada pela magnitude, recorrência e severidade de eventos denominados desastres ambientais, sendo substituída por uma política que

³⁷ A Lei nº 12.608/2012 incluiu dois novos artigos ao Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001): 42-A e 42-B.

³⁸ Inserção dos §§ 4º e 5º no artigo 3º da Lei nº 8.239/91.

³⁹ LUHMANN, NIKLAS. **Sociologia do Direito II**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro ,1985. p.116-117.

⁴⁰ FARBER, Daniel A. Disaster law and emerging issues in Brazil. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, janeiro-junho de 2012. p. 2-3.

⁴¹ Artigo 4º da Lei 12.608/12: São Diretrizes da PNPDC: I- atuação articulada entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para redução de desastres e apoio às comunidades atingidas; II- abordagem sistêmica das ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação;

adota forma circular e sistêmica, o que implica em uma governança que se fundamenta em tratamento gerencial circular do risco, objeto da abordagem seguinte

3. O MODELO DE GESTÃO DE DESASTRES AMBIENTAIS PELO DIREITO PROSPECTADO NA ATUAL POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA CIVIL

As mudanças climáticas, consideradas fatores que agravam e superdimensionam a ocorrência de desastres, já impõem grandes desafios para a gestão dos riscos catastróficos, tanto que a Lei nº 12.608/2012 estabelece que a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil- PNPDEC deve integrar-se às Políticas Nacionais de Mudanças Climáticas.⁴²

A partir desta necessidade de integração é possível traçar um elo no sentido de que os desastres, naturais ou não naturais, se vinculam, no entender de Carvalho e Damacena⁴³ com as atividades das organizações⁴⁴ por dois motivos principais: um deles são as falhas operacionais que atuam, em grande parte, como causas de desastres, como, por exemplo, os acidentes industriais e o outro é o caráter multifacetado dos desastres que exige uma ação integrada entre organizações responsáveis pela prevenção e atendimento aos desastres.

As organizações, privadas ou públicas, relacionam-se diretamente com a ocorrência dos desastres, quando adotam padrões de comportamento não seguros e quando as questões organizacionais impedem o fluxo e a utilização de informações e conhecimentos que poderiam ser aplicados para prevenir desastres antropogênicos, como, por exemplo, os industriais.

O risco deve servir como parâmetro para uma antecipação racional de eventos catastróficos, mas se deve ter em conta que a sua concretização e a materialização em danos, é na explicação de Farber⁴⁵, mediada pelas ações humanas e estas têm lugar nas organizações, com

⁴² Diretrizes e Objetivos da Lei nº 12.608/12: Art. 3º A PNPDEC abrange as ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação voltada à proteção e defesa civil. **Parágrafo único.** A PNPDEC deve integrar-se às políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e às demais políticas setoriais, tendo em vista a promoção do desenvolvimento sustentável. (Grifo nosso)

⁴³ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres.** p.96.

⁴⁴ As organizações são uma forma de acoplamento estrutural privilegiada. As organizações são instituições produtoras de observações, descrições e tomadas de decisões que servem a vários sistemas sociais, produzindo sentido específico em cada um deles. Assim, são tratadas como pertencentes a diversos subsistemas parciais. CARVALHO, Délton Winter de; ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Orgs.). **Direito Ambiental e Autopoiese.** Curitiba: Juruá, 2012. p. 42.

⁴⁵ FARBER, Daniel. Symposium Introduction: Navigating the Intersection of Environmental Law and Disaster Law. In: **Brighamm Young University Law Review**, 2011. Disponível em: <http://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2622&context=lawreview>. Acesso em: 14 fev. 2015. p.1.794.

suas próprias culturas e histórias.

Por outro lado, são das organizações públicas a responsabilidade pelo controle e fiscalização de atividades e situações de riscos catastróficos como ambientais, de segurança e de defesa civil, e estas merecem destaque quando da consecução de cenários de desastres. Segundo Carvalho e Damacena⁴⁶ o caráter multifacetado que pode caracterizar os desastres requer não apenas multidisciplinaridade com as comunicações advindas dos sistemas sociais (Economia, Ciência, Política e direito) nos processos de tomada de decisão mas, sobretudo, integração entre os diversos atores públicos e privados numa governança de riscos e perigos catastróficos.

Assim, a adoção de ações integradas e integrativas entre órgãos ambientais do Sistema Nacional de Meio Ambiente- SISNAMA, saúde pública e defesa civil, projetará a constituição de uma rede tecnologicamente forte e articulada de prevenção e de resposta imediata, com ramificações integradas e desburocratizadas em cada unidade da Federação.

Este processo evolutivo é capaz de concretizar o compromisso constitucional com um meio ambiente saudável e equilibrado assumido pelo Estado Democrático Ambiental⁴⁷, garantidor de saúde pública, meio ambiente, economia, transporte, abastecimento de serviços públicos, em uma unidade de sentido dos artigos 196, 198, 225, 170, VI da Constituição Federal de 1988⁴⁸ na prevenção, ocorrência e amplificação de desastres ambientais.

É a atuação do Estado de Direito Ambiental, na comunicação dos sistemas do Direito e da Política, que atravessa de forma transversal os estágios de prevenção, assistência e recuperação no círculo de gestão de desastres. Embora todos possíveis, não são desejáveis, pois seu enfrentamento passa pela prevenção, gestão de riscos e redução das vulnerabilidades sociais, econômicas e ambientais. De qualquer modo, na avaliação de Carvalho e Damacena⁴⁹ é na configuração de um Estado de Direito Ambiental dos Desastres que tais eventos possam ser desmistificados e racionalizados para que decisões de governo, vindas do sistema político e

⁴⁶ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. p.96.

⁴⁷ Estado de direito ambiental e ecológico é uma unidade das dimensões jurídico-ambientais e jurídico-ecológicas, em que o Estado compromete-se com o ambiente em termos de uma responsabilidade de longa duração, solidariedade intergeracional, incorporação dos princípios da proporcionalidade do risco, da proteção dinâmica do ambiente e da obrigatoriedade da precaução. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.25-30.

⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jan° 2015.

⁴⁹ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. p.98.

decisões de justiça ambiental, oriundas do sistema jurídico, norteiem-se pelos parâmetros constitucionais e infraconstitucionais estabelecidos.

O círculo de gestão de riscos, conjuntamente com a prevenção e a integração das políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e demais políticas setoriais compõe, na descrição dos mesmos autores,⁵⁰ na tríplice base da estrutura governamental e privada no que se refere ao enfrentamento dos riscos catastróficos.

No Brasil, a abordagem sistêmica das ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação dos desastres constitui-se em uma diretriz da atual Política Nacional de Proteção e Defesa Civil e aproxima-se de uma discussão teórica que vem sendo feita, notadamente nos EUA a partir da década de 60. O estudo acadêmico a respeito de desastres foi impulsionado, no relato de Verchick⁵¹, por pesquisas com as populações atingidas por densos ataques militares, incluindo Hiroshima e Nagasaki, após a ocorrência de ataques nucleares americanos. Em 1963, fundou-se o Centro de Pesquisa de Desastres na Universidade Estadual de Ohio, voltado aos estudos na área da sociologia e, a partir de então, estimulou-se a formação de outros centros nos Estados Unidos da América- EUA, estabelecendo o país como um dos pioneiros do estudo desta temática. No Brasil esta discussão destaca-se pela análise da forma que o Direito deve observar e gerir os desastres que, na explicitação feita por Farber,⁵² caracteriza-se como um campo denominado “Ciclo do Direito dos desastres”, ou seja, um conjunto de estratégias que inclui “mitigação, resposta à emergência, compensação, e reconstrução”.⁵³

Este ciclo pode ser ilustrado pela seguinte forma:

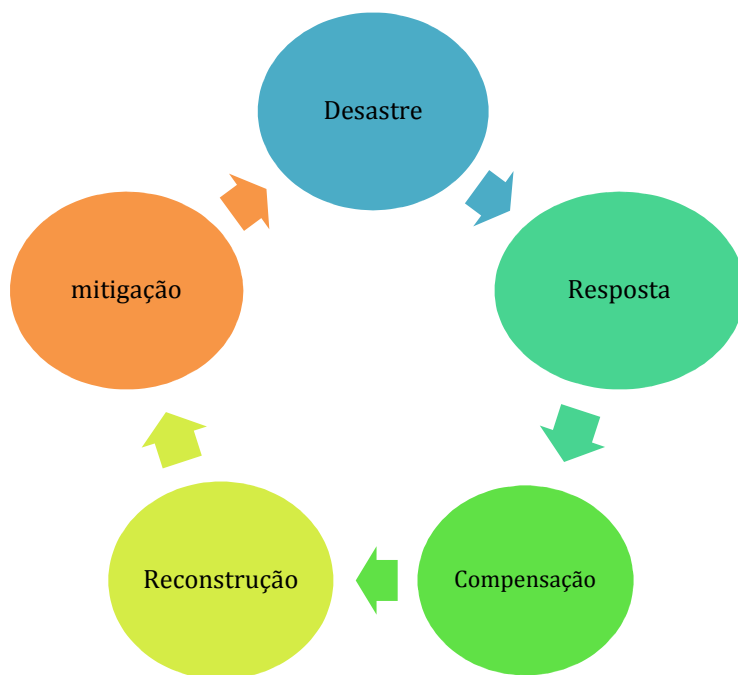
⁵⁰ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. p.101.

⁵¹ VERCHICK, Robert R. M. Disaster Justice: The Geography of Human Capability (August 14, 2012). 23 Duke Environmental Law & Policy Forum 23 (2012); Loyola University New Orleans College of Law Research. In: Social Science Research Network. New York, paper n° 2013-02. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2208759>. Acesso em 12 fev. 2015. p 41.

⁵² FARBER, Daniel A. Disaster law and emerging issues in Brazil. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, janeiro-junho de 2012. p. 6.

⁵³ O direito tem uma função de fornecer estabilidade pela normatividade, tanto para evitar como para responder ao caos trazido por um desastre, provendo expectativas (regulação) às ações de antecipação e respostas a estes. Cf. CARVALHO, Délton Winter de. Bases Estruturantes da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil a partir de um Direito dos Desastres Ambientais. In: **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 18, vol. 72, out. dez., 2013. p. 26.

Figura 1- Extraída do artigo de FABER (2012, p.6). Tradução e adaptação pela autora.



A transposição destas dimensões para as que estão expressas no artigo 4º, II da Lei 12.68/2012 apresenta, na descrição de Carvalho e Damacena,⁵⁴ uma unidade para o Direito dos Desastres, com ênfase na antecipação aos desastres e que deve ser guiada por um “círculo de gestão de risco”. Nesta circularidade, todas as fases, estratégias e instrumentos utilizados para prevenção e mitigação, respostas às emergências, compensação e reconstrução, devem ser alinhadas pela necessidade de prevenção e mitigação de novos desastres. A reconstrução, nesta forma, completaria o círculo mediante a inclusão de medidas preventivas e mitigadoras em relação a desastres futuros, bem como uma mitigação eficaz antes da ocorrência do evento, reduzindo a necessidade de assistência emergencial e compensações futuras.

A fase de mitigação de risco fundamenta-se na percepção de que o risco de dano por desastres não está fora do controle humano, pois com planejamento adequado, pode haver redução dos riscos.⁵⁵

A resposta à emergência, por sua vez, combinada com próprio evento é, para Farber,⁵⁶

⁵⁴ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. p.68-69.

⁵⁵ FABER, Daniel A. Disaster law and emerging issues in Brazil. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, janeiro-junho de 2012. p. 6.

⁵⁶ FABER, Daniel A. Disaster law and emerging issues in Brazil. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, janeiro-junho de 2012. p. 6.

estágio mais dramático deste ciclo e o Direito pode fornecer diretrizes de respostas claras e determinar o planejamento e treinamento apropriados das instituições. Por exemplo, é importante determinar o papel das autoridades militares e das autoridades civis, na resposta a um desastre.

No estágio de compensação a legislação deve prover uma multiplicidade de métodos públicos e privados para compensar as vítimas de desastres naturais e a função do direito, neste sentido, consiste em fornecer um entrelaçamento de métodos de reparação provenientes dos setores públicos e privado para a compensação das pessoas atingidas.

No Brasil a legislação é omissa e a compensação pós-desastre tem ficado a cargo de interpretação jurisprudencial. Isto ocorre, segundo Carvalho e Damacena,⁵⁷ por dois motivos: um seria pelo fato de que o sistema jurídico brasileiro ainda está em processo de adaptação à nova complexidade trazida por eventos recentes e outro se relaciona ao fato de que o país tem um histórico de baixa exposição a desastres. Contudo, isto tem mudado drasticamente nos últimos anos e os eventos ocorridos recentemente apontam para a necessidade de estruturação de um sistema público e privado de seguro contra desastres, não se concebendo que a jurisprudência supra tal omissão.

O estágio da reconstrução e restauração requer, por sua vez, a prospecção de uma volta à normalidade que nem sempre é possível, pois quando há danos e destruição de edificações, é preciso, buscar a reconstrução de forma planejada em outras áreas para a continuidade das mesmas atividades.

Todas estas fases dos desastres estão relacionadas entre si e o Direito caracteriza-se, neste contexto, pela unidade de tais interações e estruturas complexas. O risco envolve, na explicitação de Farber,⁵⁸ uma teia de estratégias interconectadas, pois na medida em que a resposta ao desastre envolve cuidadoso projeto institucional, a recuperação envolve o jogo entre mecanismos de financiamento, privados ou governamentais, além dos esforços dos governos locais.

A unificação de um sentido para o Direito dos Desastres deve encontrar sua estruturação pelo conceito de administração do risco onde, segundo Farber,⁵⁹ cada estágio do ciclo do Direito

⁵⁷ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. p.76.

⁵⁸ FARBER, Daniel A. Disaster law and emerging issues in Brazil. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, janeiro-junho de 2012. p. 7.

⁵⁹ FARBER, Daniel A. Disaster law and emerging issues in Brazil. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do**

dos desastres – mitigação, resposta à emergência, compensação por seguro ou pela responsabilidade civil, assistência governamental, reconstrução – é parte dessa agenda de administração de risco. Enquanto os esforços de mitigação procuram reduzir o impacto potencial dos eventos de desastre antes do fato, a resposta ao desastre procura fazer isso após o fato. Seguros, danos, e assistência governamental proporcionam meios de repartição e transferência dos riscos.

A reconstrução é, em certo sentido, apenas a fase de mitigação para o próximo desastre que espreita adiante. As técnicas administração de riscos para os desastres devem estar entrelaçadas.

A concepção de circularidade na gestão dos riscos leva, portanto, à observação de que sistemas de infraestruturas críticas interconectadas apresentam um padrão de análise: interrupção; falha sistêmica; resposta de emergência; recuperação; nova normalidade. Nesta equação é possível que a interrupção seja temporária e descontínua e o sistema é capaz de se estruturar e voltar à normalidade anterior à ocorrência do desastre. Mas, um sistema em colapso, é algo diverso e apresenta uma profunda complexidade ao planejamento, ao preparo e, sobretudo, às respostas emergenciais, por apresentar uma constante de cenários imprevisíveis.

Este ciclo processual, na conclusão de Carvalho⁶⁰ demonstra que, após a reconstrução, não é mais possível um retorno à antiga normalidade, mas sim uma nova normalidade, com características diversas como, por exemplo: estímulos à inovação, novos serviços ecossistêmicos, novas formas cotidianas de vida e novos padrões de qualidade ambiental, gerando novos aprendizados para prevenir eventos futuros. É justamente neste aspecto que as irreversibilidades são percebidas, numa confrontação entre a velha normalidade (pré-desastre) e a nova normalidade (pós-recuperação e estabilização).

Na forma de gestão circular dos desastres as fases de mitigação e prevenção, no caso do perfil brasileiro de ocorrência de desastres⁶¹, assumem posição de relevância e destaque, considerando que a própria Lei nº 12.608/12 protagoniza a função preventiva, como diretriz da atual Política Nacional de Proteção e Defesa Civil e como seu objetivo na redução de riscos de

Direito. São Leopoldo: UNISINOS, janeiro-junho de 2012. p. 7.

⁶⁰ CARVALHO, Délton Winter de. O papel do direito e os instrumentos de governança ambiental para prevenção de desastres. In: **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 19, vol. 75, jul.-set., 2014. p.48.

⁶¹ Perfil vinculado a eventos como a secas, inundações bruscas e processos geológicos e hidrológicos conexos.

desastres.⁶²

A função do Direito deve nortear-se pela atuação como observador da gestão técnica e política do risco, controlando o nível de prevenção nas situações mais dramáticas, o que permite uma estabilidade-dinâmica na operacionalidade do Direito nos eventos críticos. Também consiste em produzir decisões para tornar transparente, questionar e, “mapear pressupostos, pré-juízos e pré-compreensões estruturantes da racionalidade social ao longo dos processos de tomada de decisão no interior das organizações (públicas ou privadas).⁶³

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A configuração dos desastres ambientais como riscos catastróficos requer a percepção de que não se pode olvidar sobre a percepção de fatores transversais como a vulnerabilidade e a resiliência que devem ser analisados em cenários potencialmente complexos pela intensidade, recorrência e severidade dos desastres em escala global e local.

Sistemas sociais como o Direito se operacionalizam-se no sentido de fornecer estabilidade pela normatividade, tanto para evitar como para responder ao caos trazido por um desastre, provendo expectativas (regulação) às ações de antecipação e respostas a estes.

Um fator de estabilização jurídica foi edição da recente Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – Lei nº 12.608/2012, resultado de um aprendizado ocorrido com os desastres ambientais no Brasil na última década, principalmente nas dimensões de sua intensificação e grande magnitude.

A nova legislação prospecta uma evolução quando insere em suas diretrizes uma “abordagem sistêmica” das ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação, assimilando um modelo gerencial circular do risco, por meio de fases ou estágios, norteados pela redução de riscos de desastres a partir de uma gestão integrada do território, dos recursos naturais e do planejamento das políticas setoriais.

Assim, de uma Política de Defesa Civil nacional que originalmente adotava uma forma linear e sem intercomunicação entre as diversas etapas que envolvem os desastres, evolui-se para

⁶² Artigos 4º, inciso I e Art. 5º, inciso I da Lei. nº 12.608/2012.

⁶³ CARVALHO, Délton Winter de. O papel do direito e os instrumentos de governança ambiental para prevenção de desastres. In: **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 19, vol. 75, jul.-set., 2014. p.48.

uma política que adota forma circular e sistêmica, o que implica em uma governança fundada no tratamento gerencial circular do risco.

Na forma de gestão circular dos desastres as fases de mitigação e prevenção, no caso do perfil brasileiro de ocorrência de desastres, assumem posição de relevância e destaque, considerando que a própria Lei nº 12.608/12 protagoniza a função preventiva, como diretriz da atual Política Nacional de Proteção e Defesa Civil e como seu objetivo na redução de riscos de desastres.⁶⁴

A função do Direito, por sua vez, consiste na atuação como observador da gestão técnica e política do risco, controlando o nível de prevenção nos momentos dramáticos o que permite uma estabilidade-dinâmica na operacionalidade do Direito nos eventos catastróficos, assim como no sentido de tornar transparente, questionar, mapear pressupostos e pré-compreensões estruturantes da racionalidade social ao longo dos processos de tomada de decisão no interior das organizações jurídicas, na prospecção de mitigação dos impactos em eventos futuros.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BLUMENAU. **Decreto nº 9.853, de 19 de novembro de 2012.** Dispõe sobre as áreas com restrição de uso e ocupação do solo e dá outras providências. Disponível em: <https://www.leismunicipais.com.br/a/sc/b/blumenau/decreto/2012/986/9853/decreto-n-9853-2012-dispoe-sobre-as-areas-com-restricao-de-uso-e-ocupacao-do-solo-e-da-outras-providencias?q=9853%2F2012>. Acesso em: 22 fev.2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 janº 2015.

_____. **Decreto nº 7.257 de 4 de agosto de 2010.** Regulamenta a Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm.

⁶⁴ Cf. Artigos 4º, inciso I e Art. 5º, inciso I da Lei. nº 12.608/2012.

Acesso em: 14 janº 2015.

_____. **Decreto nº 7.513 de 1 de julho de 2011.** Altera o Decreto nº 5.886, de 6 de setembro de 2006, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Ciência e Tecnologia, e dispõe sobre o remanejamento de cargos em comissão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7513.htm. Acesso em: 14 janº 2015.

_____. **Lei nº 8.239 de 4 de outubro de 1991.** Regulamenta o art. 143, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, que dispõem sobre a prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8239.htm. Acesso em: 15 janº 2015.

_____. **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 21 ago. 2014.

_____. **Lei nº 12.340 de 1º de dezembro de 2010.** Dispõe sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil; e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 12.983, de 2014). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12340.htm. Acesso em: 21 ago. de 2014.

_____. **Lei nº 12.608 de 10 de abril de 2012.** Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nºs 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm. Acesso em: 22 jul. 2014.

_____. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Centro Nacional de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais.** Disponível em: <http://www.cemaden.gov.br/municipiosprio.php#>. Acesso em: 08 jul. 2014.

_____. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais**. Disponível em: <http://www.inpe.br/>. Acesso em: 22 jul. 2014.

_____. Ministério da Integração Regional; UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. **Atlas Brasileiro de Desastres Naturais 1991-2010**. Volume Brasil. Disponível em: <http://150.162.127.14:8080/atlas/Brasil%20Rev.pdf>. Acesso em: 09 set. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CARVALHO, Délton Winter de. Bases Estruturantes da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil a partir de um Direito dos Desastres Ambientais. In: **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 18, vol. 72, out. dez., 2013.

_____, O papel do direito e os instrumentos de governança ambiental para prevenção de desastres. In: **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 19, vol. 75, jul.-set., 2014.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glossário sobre La teoría social de Niklas Luhmann**° Tradução de Miguel Romero Péres e Carlos Vilalobos. México, D.F.: Universidade Iberoamericana; Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, 1996.

FARBER, Daniel A. Disaster law and emerging issues in Brazil. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo:UNISINOS, janeiro-junho de 2012, p. 2-15.

_____. Symposium Introduction: Navigating the Intersection of Environmental Law and Disaster Law. In: **Brigham Young University Law Review**, 2011, p.1783-1820. Disponível em: <http://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2622&context=lawreview>. Acesso em: 14 fev. 2015.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Luis Felipe Segura e Javier Torres Nafarrate. México, D.F.: Universidade Iberoamericana; Universidade de Guadalajara, 1992.

_____. **Sociologia do Direito II**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

UNITED NATIONS. United Nations Development Programme (UNDP). **Reducing Disaster Risk: A Challenge for Development**. Global Report, New York: UNDP- Bureau for Crisis Prevention and Recovery, 2004. Disponível em: <http://www.undp.org/content/undp/en/home/ourwork/crisispreventionandrecovery/overview.html>. Acesso em: 18 fev. 2014.

_____, **Reducción Del riesgo de Desastres y Recuperación**° In: Buró de Prevencion de Crisis y Recuperación, 2010. Disponível em: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/crisis%20prevention/disaster/Reducci%C3%B3n%20del%20Riesgo%20de%20Desastres%20y%20Recuperaci%C3%B3n%20-%20Introducci%C3%B3n.pdf> . Acesso em: 20 fev. 2015.

_____, **Resumen Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el Progreso Humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia**. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014es.pdf>. Acesso em: 04 set. 2014.

_____, United Nations Development Programme (UNDP), 2014. **Human Development Report**. Disponível em: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2014HDR/HDR-2014-Spanish.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2015.

ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Orgs.). **Direito Ambiental e Autopoiese**. Curitiba: Juruá, 2012.

TERRA. Notícias. **Desastres naturais deixaram recorde de 295 mil mortos em 2010. 03 de jan° 2011**. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/mundo/desastres-naturais-deixaram-recorde-de-295-mil-mortos-em-2010,56292ed4f18da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html> . Acesso em: 09 set.2014.

VERCHICK, Robert R. M. Disaster Justice: The Geography of Human Capability (August 14, 2012). 23 Duke Environmental Law & Policy Forum 23 (2012); Loyola University New Orleans College of Law Research. In: **Social Science Research Network**. New York, paper nº 2013-02. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2208759>. Acesso em 12 fev. 2015.

A INCORPORAÇÃO DO PROJETO DE CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO INTERNACIONAL DOS DESCOLADOS AMBIENTAIS DE ACORDO COM A CRFB/88

Yury Augusto dos Santos Queiroz¹

INTRODUÇÃO

O Projeto de Convenção relativa ao Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais elaborado por um grupo de especialistas da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas da Universidade de Limoges, na França, entre os quais figura o renomado especialista e pioneiro no tema Michel Prieur, merece atenção da comunidade jurídica em especial para os direitos e garantias estabelecidos em seu capítulo dois.

O estudo se faz relevante não só pela temática que ele traz, mas também pelas particularidades que o inovador projeto apresenta, pois traz implícito em seu conteúdo não só direitos humanos já consolidados, ao mesmo tempo apresenta direitos individuais e coletivos pouco discutidos ou analisados, e dessa forma leva seu leitor à uma breve, mas importante comparação entre os direitos garantidos em seu país e aqueles que ganham uma nova roupagem no projeto de convenção.

Pois apesar de garantidos na futura convenção alguns direitos não encontram guarida em legislações pátrias, como é o caso da proteção da unidade familiar de que trata o referido projeto, os detalhes acerca da presente serão demonstrados no corpo do texto mais a diante.

Nesse aspecto, o objetivo do presente trabalho é realizar uma breve apresentação da justificativa e dos objetivos do Projeto de Convenção, relacionando-os posteriormente à letra da CRFB/88 e aos direitos e garantias que o projeto apresenta em busca de demonstrar se a Carta Magna vigente estaria suficientemente munida de dispositivos para uma futura incorporação do Estatuto dos Deslocados Ambientais, pois de nada adianta reconhecer um tratado Internacional se o próprio Estado não possui legislação interna sobre o tema.

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da UNIVALI. Graduado no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. Pós-Graduando em Direito Empresarial pela UNIVALI. Advogado. E-mail yury.queiroz@hotmail.com.

Ao final, explica-se brevemente como é feito o processo de incorporação de um Tratado ou Convenção Internacional ao ordenamento jurídico brasileiro e como este instrumento passa a ser reconhecido em nosso ordenamento.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação² foi utilizado o Método Indutivo³, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁴, e, com base na lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁵, da Categoria⁶, do Conceito Operacional⁷ e da Pesquisa Bibliográfica⁸.

Essas são as propostas deste trabalho. O estudo dos direitos e garantias da convenção bem como daqueles que o ordenamento jurídico brasileiro possui, para ao final através do estudo realizado se possa confirmar ou não a possibilidade de uma futura incorporação do Projeto de Convenção relativa ao Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais em nosso ordenamento jurídico sem prejuízo ao que ambos estabelecem.

1. JUSTIFICATIVA E OBJETIVO DO PROJETO DE CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO INTERNACIONAL DOS DESLOCADOS AMBIENTAIS

Inicialmente é fundamental que se conheça os motivos e o principal objetivo da convenção relativa ao estatuto internacional dos deslocados ambientais que foi elaborado por um grupo de especialistas da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas da Universidade de Limoges, na França, o *Projet De Convention Relative Au Statut Internationaldes Déplacés Environnementaux*⁹,

² “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008. p. 83.

³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 86.

⁴ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁵ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 54.

⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 25.

⁷ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 37.

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 209.

⁹ Texto publicado na Revue Européenne du Droit de L’Environnement, n° 4/2008, p. 381-393. Versão original

titulo do projeto em francês, entre os autores estão: Michel Prieur, Jean-Pierre Marguénaud, Gérard Monédiaire, Julien Betaille, Bernard Drobenko, Jean-Jacques Gougnet, Jean-Marc Lavieille, Séverine Nadaud e Damien Roets.

Nas primeiras linhas do documento são enumerados os fatores que deram ensejo ao projeto, os autores colocam como justificativa o fato da existência de numerosos instrumentos internacionais visando à proteção do meio ambiente, mas nenhum instrumento específico prevendo proteção e cuidado do conjunto dos deslocados ambientais ou que possa ser aplicado e invocado em seu favor¹⁰.

Posteriormente se passa a expor o objetivo do projeto que é “contribuir para garantir direitos aos deslocados ambientais e organizar seu acolhimento e seu eventual retorno, em aplicação ao princípio da solidariedade”¹¹.

Tal princípio segundo Édís Milaré¹² consiste em buscar assegurar a solidariedade da presente geração em relação à futura, para que também possam usufruir de forma sustentável dos recursos naturais.

Ainda sobre o princípio da solidariedade, esta poderia ser encaixada como um gênero, do qual decorreriam algumas espécies¹³, que segundo Gabriel Real Ferrer podem ser destacadas duas espécies, que seriam a solidariedade egoísta¹⁴ e a solidariedade altruísta¹⁵, ainda segundo o

em francês. Projeto de Convenção elaborado pelo CRIDEAU (Centre de Recherche Interdisciplinaire en Droit de l'Environnement, de l'Aménagement et de l'Urbanisme) e pelo CRDP (Centre de Recherche sur les Droits de la Personne), equipes temáticas do OMIJ (Observatoire des Mutations Institutionnelles et juridiques), Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas da Universidade de Limoges, com a participação do CIDCE (Centre International de Droit Comparé de l'Environnement). Disponível em português em:

<<http://www.cidce.org/pdf/APRESENTA%C3%87%C3%83O%20DO%20PROJETO%20DE%20CONVEN%C3%87%C3%83O%20RELATIVA%20AO%20ESTATUTO%20INTERNACIONAL.pdf>>. Acesso em: 24 Set. 2014.

¹⁰ PRIEUR, Michel. *Projet De Convention Relative Au Statut International des Déplacés Environnementaux* Considérant que, malgré les nombreux instruments internationaux visant à protéger l'environnement, il n'existe, dans l'état actuel du droit international applicable aux réfugiés, aucun instrument spécifique prévoyant la situation d'ensemble des déplacés environnementaux et pouvant être appliqué et invoqué en leur faveur. Disponível em: <<http://www.cidce.org/pdf/Projet%20de%20convention%20relative%20au%20statut%20international%20des%20d%C3%A9plac%C3%A9s%20environnementaux.pdf>>. Acesso em: 16 Ago. 2014.

¹¹ PRIEUR, Michel. **Projeto De Convenção Relativa Ao Estatuto Internacional dos Deslocados** Disponível em português em: <<http://www.cidce.org/pdf/APRESENTA%C3%87%C3%83O%20DO%20PROJETO%20DE%20CONVEN%C3%87%C3%83O%20RELATIVA%20AO%20ESTATUTO%20INTERNACIONAL.pdf>>. Acesso em: 24 Set. 2014.

¹² MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 8. Ed. Rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 259.

¹³ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira ; GARCIA, Heloíse Siqueira . **Democracia E Solidariedade: A Solidariedade Como Instrumento De Busca De Uma Sociedade Democrática**. in: conpedi. (org.). direitos fundamentais e democracia iii: xxiii encontro nacional do conpedi. 1ed. Florianópolis: conpedi, 2014, v. 1, p. 162-178.

¹⁴ “A solidariedade egoísta traz a ideia de que o indivíduo atua em favor do grupo porque com isso ele tem duplo benefício” GARCIA, Denise Schmitt Siqueira ; GARCIA, Heloíse Siqueira . **Democracia E Solidariedade: A Solidariedade Como Instrumento**

referido autor, ambas existem em sociedade, mas deveria ser sempre proeminente a altruísta com um verdadeiro caráter solidário em busca de um estado democrático de direito¹⁶.

Presente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁷ no art.3º e art.225, articula uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum, Nelson Rosenvald¹⁸ afirma que:

Longe de representar uma simples carta programática, ou um vago programa político, a solidariedade será padrão interpretativo-integrativo do sistema, referência de leitura para as outras normas constitucionais e o ordenamento. O art. 3º [CF/88] enceta na solidariedade a teleologia da justiça distributiva com referência à igualdade substancial. O princípio da solidariedade provoca a transposição do indivíduo para a pessoa. A liberdade absoluta que permitia a cada um atingir o máximo de suas potencialidades cede espaço para a projeção da pessoa que coexiste em sociedade.

Ainda discorrendo sobre o princípio da solidariedade, na opinião de Daniel Sarmento a solidariedade implica no reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também todos juntos, e de alguma forma ligados por um destino comum e prossegue:

Ela [a solidariedade] significa que a sociedade não deve ser o *locus* da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais¹⁹.

Tão significativo é o princípio da solidariedade que muitas das mais importantes convenções e tratados internacionais o traz. Entre os principais instrumentos internacionais temos a Declaração de Estocolmo sobre o Meio ambiente Humano (1972) e Declaração do Rio de Janeiro de 1992²⁰.

De Busca De Uma Sociedade Democrática. in: conpedi. (org.). direitos fundamentais e democracia iii: xxiii encontro nacional do conpedi. 1ed.florianópolis: conpedi, 2014, v. 1, p. 162-178.

¹⁵ “Traz a ideia de que o indivíduo atua na sociedade sem esperar um benefício direito ou indireto, ligando-se estritamente com o ideal que se busca na implementação de um estado democrático de direito”. GARCIA, Denise Schmitt Siqueira ; GARCIA, Heloise Siqueira . **Democracia E Solidariedade: A Solidariedade Como Instrumento De Busca De Uma Sociedade Democrática.** in: conpedi. (org.). direitos fundamentais e democracia iii: xxiii encontro nacional do conpedi. 1ed.florianópolis: conpedi, 2014, v. 1, p. 162-178

¹⁶ REAL FERRER, Gabriel. **La Solidariedad em el derecho administrativo.** *Revista de Administración Pública (RAP)*, n°161, mayo-agosto 2003. p.123-179

¹⁷ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DO BRASIL DE 1988.** Disponível: em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 Fev. 2015.

¹⁸ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 173.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 338

²⁰ TOMAZ NETO, José Alves; LIRA, Daniel Ferreira de. A posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos recepcionados pelo sistema normativo brasileiro após o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/São Paulo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11686&revista_caderno=16>. Acesso em 20 fev. 2015.

Portanto, verifica-se que o princípio da solidariedade é uma das bases indispensáveis do direito moderno e mais atual, pois é fonte para a ética e para o direito²¹, e por igual motivo vem sendo adotado gradualmente pelo ordenamento humano, social e jurídico, restando indispensável aos novos instrumentos que são criados incluindo o projeto de convenção em análise que objetiva em poucas palavras a integração e acolhimento entre as mais variadas raças e nacionalidades em respeito aos direitos humanos já consolidados na maioria dos países.

2. DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS GARANTIDOS PELO PROJETO DE CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO INTERNACIONAL DOS DESCOLADOS AMBIENTAIS JÁ CONSIGNADOS NA CRFB/88

Os principais direitos e garantias apresentadas pelo Projeto de Convenção estão elencados no conveniente artigo 5º do instrumento internacional, tal como elencados na Carta Magna vigente no Brasil. Porém, o projeto não traz expressamente um dos direitos mais comuns, qual seja o direito à vida.

Todavia, apesar de não expresso, o direito à vida resta implícito no texto do trabalho uma vez que no artigo primeiro fica expressamente consignado que as partes, ou melhor, os países membros, deverão respeitar de forma estrita os direitos humanos garantidos pelas convenções internacionais que estejam vinculadas e conferir os direitos específicos definidos pelo texto elaborado²².

Não tão inovador quanto o direito de unidade familiar que será estudado mais adiante, o artigo quinto, item 01, apresenta o direito à informação e à participação no sentido de que será assegurado à toda pessoa, família e população o acesso antecipado às informações de ameaças ambientais e situações críticas relacionadas, proporcionando aos deslocados ambientais a oportunidade de participar das decisões do governo relativas às ameaças ambientais²³.

²¹MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8. Ed. Rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 260.

²²PRIEUR, Michel. **Projeto De Convenção Relativa Ao Estatuto Internacional dos Deslocados**. Disponível em português em: <<http://www.cidce.org/pdf/APRESENTA%C3%87%C3%83O%20DO%20PROJETO%20DE%20CONVEN%C3%87%C3%83O%20RELATIVA%20AO%20ESTATUTO%20INTERNACIONAL.pdf>>. Acesso em: 24 Set. 2014

²³PRIEUR, Michel. **Projeto De Convenção Relativa Ao Estatuto Internacional dos Deslocados**. Disponível em português em: <<http://www.cidce.org/pdf/APRESENTA%C3%87%C3%83O%20DO%20PROJETO%20DE%20CONVEN%C3%87%C3%83O%20RELATIVA%20AO%20ESTATUTO%20INTERNACIONAL.pdf>>. Acesso em: 24 Set. 2014.

Nas palavras de Paulo Afonso Leme Machado²⁴, é direito do cidadão receber não somente as informações referentes a acidentes e catástrofes ambientais, mas, sim, toda e qualquer informação recebida pelos órgãos públicos, excetuando-se aquelas que envolvam comprovadamente segredo industrial ou de Estado. A finalidade desta garantia é que a transmissão de dados ocorra antes e não depois que o prejuízo já tenha ocorrido

Tal direito encontra correspondência no art. 5º, XIV e XXXIII, da CRFB/88²⁵, em suma os dois incisos asseguram a todos o direito de informação, em especial quando advinda de órgão público e que sejam de interesse particular ou coletivo, ressalvadas claro, as informações que possam comprometer a segurança dos demais.

De modo que, a não divulgação de possíveis desastres naturais ou causados pela ação do próprio homem, poderiam acarretar sanções ao estado parte que descumprir tal direito, que seriam aplicadas pelo órgão fiscalizador a ser criado juntamente com a assinatura do instrumento internacional em estudo.

Outro direito assegurado pelo projeto é direito a assistência, apesar de não expresso na Carta Magna vigente, está incorporado dentro dos princípios fundamentais do estado brasileiro que se compromete em seu art.3º e 4º a promover o bem de todos e a prevalência dos direitos humanos de modo que o direito a assistência ficaria dessa forma resguardado.

O projeto de convenção apresenta também o direito à água, a uma ajuda alimentar, à habitação e à assistência médica entre outros direitos coletivos que são apresentados no artigo quinto, nos itens 03, 04, 05 e 09 do referido instrumento, e que estão resguardos completamente através do art.6º da CRFB/88, que diz “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição²⁶”.

É garantido também o direito à personalidade jurídica, mas no sentido de que toda pessoa física deslocada tem o direito, em todos os lugares, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, de seus direitos civis e políticos, tendo ao mesmo tempo o direito à reconstituição dos

²⁴ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. rev. atual. ampl.. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88.

²⁵ DA SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 5º Ed. de acordo com a Emenda Constitucional 56 de 19.12.2007. Editora Malheiros. São Paulo – SP. p. 109 e 127.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 fev 2015.

documentos necessários à plena efetividade dos direitos vinculados à sua qualidade de pessoa²⁷, o que encontra correspondência no princípio constitucional da igualdade no art.5º, é a definição do conceito geral da personalidade como atributo natural da pessoa humana, sem distinção de sexo, de condição de desenvolvimento físico ou intelectual, sem gradação quanto à origem ou a sua procedência.

Ou seja, no âmbito dos direitos individuais e sociais coletivos o projeto de Convenção encontra completa guarida na Carta Magna vigente, não havendo, portanto, óbice a sua incorporação no Estado Brasileiro, mas antes de finalizar este tópico é primordial apresentar a grande inovação trazida pelo projeto e o porquê tão significativo é sua presença²⁸.

O direito ao respeito da unidade familiar que é resguardo pela CRFB/88 em seu art. 226, não é nenhuma novidade para maioria dos juristas, ocorre que o fato de nenhum outro instrumento internacional apresentar expresso o direito à unidade familiar, faz do Projeto um instrumento único e especial, pois muitas vezes além do deslocamento o afetado pelo desastre tem de deixar o núcleo familiar o que acaba por dificultar sua adaptação e a própria incorporação ao novo local, algo que deve ser facilitado, e que ocorrerá protegendo sua unidade familiar.

Pelos motivos acima expostos os autores do Projeto resolveram consignar no artigo cinco, item 08 e no artigo oitavo, que toda pessoa física deslocada tem o direito de não ser separada dos membros da sua família, bem como lhe deve ser garantida a preservação ou reconstituição de sua família dispersada pelo desastre ambiental²⁹, pois dessa forma as chances de uma dispersão pelo novo território seriam muito menores.

É notório através das breves comparações apresentadas, que o Estado Brasileiro possui já expresso ou ao menos de forme implícita, todos os direitos individuais e coletivos mais comuns e

²⁷ PRIEUR, Michel. **Projeto De Convenção Relativa Ao Estatuto Internacional dos Deslocados**. Disponível em português em: <<http://www.cidce.org/pdf/APRESENTA%C3%87%C3%83O%20DO%20PROJETO%20DE%20CONVEN%C3%87%C3%83O%20RELATIVA%20AO%20ESTATUTO%20INTERNACIONAL.pdf>>. Acesso em: 24 Set. 2014

²⁸ RALDI, Marcelo Augusto. **Os direitos da personalidade**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5766>. Acesso em: 25 Fev 2015.

²⁹ PRIEUR, Michel. **Projet De Convention Relative Au Statut Internationaldes Déplacés Environnementaux**. Article5. 8. Droita respect de l'unitéfamilialeToutepersonnephysiquedéplacée a le droit : a) de ne pasêtreséparéedesmembres de safamille, b) à la reconstitution de safamiliedispersée par lebouleversementenvironnemental. [...] Article 8 - 1. Les familles déplacées ontledroit à lapréservation de leurunité. 6 2. Les populations déplacées bénéficient, danslepays d'accueil, de droitséquivalents à ceuxreconnuspour les minorités par les conventionsinternationales et notammentledroit de se constituer en groupementreprésentatif et celui d'agir collectivement en justice.Disponível em: <<http://www.cidce.org/pdf/Projet%20de%20convention%20relative%20au%20statut%20international%20des%20d%C3%A9plac%C3%A9s%20environnementaux.pdf>>. Acesso em: 16 Ago. 2014.

que são lembrados pelo Projeto de Convenção, e por este motivo não haveria óbice em assegurá-los aos deslocados que forem acolhidos pelo Brasil.

3. DIREITOS ESPECÍFICOS DOS DESLOCADOS AMBIENTAIS ASSEGURADOS PELO PROJETO DE CONVENÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A CRFB/88

Superados os direitos individuais e coletivos, ditos também fundamentais, apresenta-se os especificamente elaborados no âmbito do Projeto de Convenção para os deslocados ambientais de uma maneira pormenorizada e mais específica, os quais estão relacionados no artigo sexto e sétimo do Projeto³⁰.

O artigo sexto consigna que é um direito dos deslocados temporários, individual ou coletivamente e nesse caso incluindo a família no aspecto literal da palavra, obter um alojamento seguro, se for o caso, em alojamentos de acolhida provisórios que os Estados parte da Convenção se comprometeriam a estabelecer e a organizar no mais estrito respeito à dignidade humana.

Estaria assegurado também abrigo em uma área de acolhida transitória onde o deslocado poderia circular livremente e avaliar a possibilidade de estabelecer sua residência em outro lugar, ou seja, os Estados membros primeiro acolhem e proporcionam um abrigo para posteriormente, o afetado pelo desastre ou mudança, decidir o local para onde deseja ir, pois no primeiro momento em qualquer desastre o instinto que fala mais alto é o da sobrevivência e não da diferença de religiosa, política, racial ou qualquer outra que o deslocado deverá considerar para se estabelecer no local para o qual foi impelido a ir.

Por tratar-se de uma sucessão de atos, o parágrafo acima nos leva ao encontro de outros dois direitos específicos o de reinstalação e o de retorno ao seu Estado ou território de origem, é assegurado pelo Projeto que o deslocado ambiental temporário alojado em seu próprio país de residência tem o direito à reinstalação, ou se deslocado para fora, tem o direito de retornar ao seu lugar habitual de vida, quando este seja de novo habitável.

Ou seja, se deslocado dentro do próprio Estado de residência, seria assegurado ao afetado

³⁰PRIEUR, Michel. **Projeto De Convenção Relativa Ao Estatuto Internacional dos Deslocados**. Disponível em português em: <<http://www.cidce.org/pdf/APRESENTA%C3%87%C3%83O%20DO%20PROJETO%20DE%20CONVEN%C3%87%C3%83O%20RELATIVA%20AO%20ESTATUTO%20INTERNACIONAL.pdf>>. Acesso em: 24 Set. 2014

o direito de reinstalação em outro local do mesmo país sem prejuízo ao seu desenvolvimento e outros direitos, e uma vez cessada a causa do deslocamento lhe iria ser assegurado o direito de retorno, pois a volta e a reconstrução do lar é bem mais onerosa e trabalhosa que a saída emergencial.

Um destaque importante precisa ser feito, o projeto de convenção deixa bem claro no item 03, do artigo seis, que o deslocado ambiental temporário tem o direito de prolongar sua permanência enquanto seu lugar habitual de vida não apresente novamente condições de habitabilidade.

Todavia, nesse caso perderiam seus direitos relacionados ao estatuto de deslocado ambiental resultante do capítulo dois da convenção, mas lhe seria reconhecido, se não originário do Estado de acolhida, os direitos conferidos aos estrangeiros em situação regular no país em que ele está.

Apesar de estarem em artigos separados, os direitos dos deslocados ambientais definitivos são praticamente idênticos ao dos deslocados temporários, possuem o mesmo direito ao abrigo e ao retorno para seu país de origem, porém, aos deslocados definitivos é facultado conservar a nacionalidade de seu Estado de origem afetado pelo desastre ambiental ou adquirir a nacionalidade do Estado de acolhida, ou ainda ter os dois.

Quanto à aquisição da nacionalidade brasileira por estrangeiros no Brasil, temos o Art.12, II, Da CRFB/88³¹, dizendo que será considerado naturalizado aqueles que na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, que deu origem a lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980³² que trata especificamente da situação jurídica do estrangeiro no Brasil e cria o Conselho Nacional de Imigração.

4. INCORPORAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, os tratados internacionais que trazem normas relativas

³¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 fev 2015.

³²BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>. Acesso em: 25 Jan 2015.

ao exercício e proteção de direitos humanos passaram a ter cunho obrigacional após o ano de 2004, quando foi promulgada a Emenda Constitucional 45³³, assim por força do art.5º, §2º da CRFB/88 o projeto de convenção do estatuto dos deslocados ambientais seria recepcionado pelo Brasil como normal constitucional. Isso porque a Constituição brasileira de 1988 não exclui outros direitos e garantias advindos de tratados, convenções ou princípios adotados pela República Federativa do Brasil³⁴.

A grande dificuldade será a definição do que é um tratado sobre direitos humanos. Existem casos em que é possível identificá-los sem grande dificuldade, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica, porém, em outros casos, *prima facie*, vê-se que não se trata de um tratado específico sobre direitos humanos, a exemplo do Projeto de Convenção do Estatuto dos Deslocados Ambientais³⁵.

Mas, de acordo com o estudo realizado e considerando que o referido Estatuto trata especificamente da proteção dos direitos e garantias individuais, muitas delas intimamente ligadas aos direitos humanos, não há alternativa se não considerá-lo como um instrumento de proteção dos direitos humanos, portanto, sua incorporação poderá ocorrer desde que se cumpram os requisitos do §3º do art.5º da CRFB/88.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Destarte, caso o Brasil venha a ser signatário da referida convenção, e esta restar aprovada em casa do Congresso Nacional em dois turnos de votação com quórum qualificado de três quintos de aprovação, está norma será equivalente à Emenda Constitucional, conforme dito

³³ BRASIL. **Emenda Constitucional 45.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em 26 Feb 2015.

³⁴ LEMOS, André Fagundes. **Recepção de Tratados Internacionais ambientais como Norma Constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.** Dissertação apresentada ao Programa de pós-graduação em direito ambiental e desenvolvimento sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte. 2013. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/uploads/DISSERTAOANDREFAGUNDESLEMOFINAL.pdf>>. Acesso em: 23 Feb 2015.

³⁵ FALCONI, Francisco. A incorporação dos tratados internacionais no Direito interno brasileiro. Disponível em: <<https://franciscofalconi.wordpress.com/2008/07/27/a-incorporacao-dos-tratados-internacionais-no-direito-interno-brasileiro/>>. Acesso em: 26 fev 2015.

alhures. Importante destacar por fim que, caso existam leis infraconstitucionais que forem contrárias ao Estatuto dos Deslocados Ambientais, poderão elas ser declaradas inconstitucionais, impondo sua adequação aos ditames do tratado ou convenção.

Porém, se caso um tratado ou a própria Convenção em estudo for aprovado com base no rito tradicional de incorporação ao direito brasileiro (decreto legislativo e promulgação via Decreto Executivo), esse pacto internacional terá estatura “supralegal”, isto é, estará abaixo da Constituição, mas acima das leis³⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como restou demonstrado ao longo deste estudo o projeto de autoria de Michel Prieur em parceria com outros reconhecidos estudiosos e críticos do tema, o denominado *Projet De Convention Relative Au Statut Internationaldes Déplacés Environnementaux*³⁷ que pormenoriza diversas situações e trata dos principais direitos que os deslocados ambientais deveriam ter, poderia ser facilmente incorporado ao nosso ordenamento jurídico, caso o Brasil venha a ser um dos países signatários.

Considerando em especial o fato de a Carta Magna vigente ser considerada uma das que melhor resguarda os direitos humanos e fundamentais a uma vida digna e próspera, tanto é que muitos a apelidaram de “Constituição Cidadã”. É latente também e amplamente divulgado que muitos imigrantes, principalmente do Haiti, tem se deslocado para o Brasil afim de alcançar uma melhor qualidade de vida para si e para suas famílias, que é uma das garantias que o Projeto de convenção procurará resguardar.

Portanto, restou demonstrado que o Brasil terá sim condições de abarcar e garantir os direitos individuais e coletivos, bem como os específicos definidos pelo Projeto de Convenção do

³⁶ FALCONI, Francisco. A incorporação dos tratados internacionais no Direito interno brasileiro. Disponível em: <<https://franciscofalconi.wordpress.com/2008/07/27/a-incorporacao-dos-tratados-internacionais-no-direito-interno-brasileiro/>>. Acesso em: 26 fev 2015.

³⁷ Texto publicado na Revue Européenne du Droit de L’Environnement, n° 4/2008, p. 381-393.

Versão original em francês. **Projeto de Convenção elaborado pelo CRIDEAU** (Centre de Recherche Interdisciplinaire en Droit de l’Environnement, de l’Aménagement et de l’Urbanisme) e pelo CRDP (Centre de Recherche sur les Droits de la Personne), equipes temáticas do OMIJ (Observatoire des Mutations Institutionnelles et juridiques), Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas da Universidade de Limoges, com a participação do CIDCE (Centre International de Droit Comparé de l’Environnement). Disponível em português em: <<http://www.cidce.org/pdf/APRESENTA%C3%87%C3%83O%20DO%20PROJETO%20DE%20CONVEN%C3%87%C3%83O%20RELATIVA%20AO%20ESTATUTO%20INTERNACIONAL.pdf>>. Acesso em: 24 Set. 2014.

Estatuto dos Deslocados Ambientais, restou também demonstrado o principal objetivo da pesquisa que era verificar essa possibilidade e apresentar a forma como essa incorporação se daria no futuro, que se espera esteja próximo, uma vez que quanto mais houver demora para conclusão do Projeto de Convenção, maiores serão os problemas à serem enfrentados, correndo-se o risco de não fazer jus ao que determina diante da constante evolução das catástrofes e da própria relação entre os Estados.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 fev 2015.

BRASIL. **Emenda Constitucional 45.** Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.ht>. Acesso em 26 Fev 2015.

BRASIL. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>. Acesso em: 25 Jan 2015.

DA SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição.** 5º Ed. de acordo com a Emenda Constitucional 56 de 19.12.2007. Editora Malheiros. São Paulo – SP. p. 109 e 127.

FALCONI, Francisco. **A incorporação dos tratados internacionais no Direito interno brasileiro.** Disponível em: <<https://franciscofalconi.wordpress.com/2008/07/27/a-incorporacao-dos-tratados-internacionais-no-direito-interno-brasileiro/>>. Acesso em: 26 fev 2015.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira ; GARCIA, Heloíse Siqueira . **Democracia E Solidariedade: A Solidariedade Como Instrumento De Busca De Uma Sociedade Democrática.** in: conpedi. (org.). direitos fundamentais e democracia iii: xxiii encontro nacional do conpedi. 1ed.florianópolis: conpedi, 2014, v. 1.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica.**5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEMOS, André Fagundes. **Recepção de Tratados Internacionais ambientais como Norma Constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.** Dissertação apresentada ao Programa de pós-graduação em direito ambiental e desenvolvimento sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte. 2013. Disponível em:<<http://www.domhelder.edu.br/uploads/DISSERTAOANDREFAGUNDESLEMOFINAL.pdf>>. Acesso em: 23 Fev 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 13. ed. rev. atual. ampl.. São Paulo: Malheiros, 2005.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente** – 8. Ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.

PRIEUR, Michel. **Projet De Convention Relative Au Statut Internationales Déplacés Environnementaux**. Disponível em: <<http://www.cidce.org/pdf/Projet%20de%20convention%20relative%20au%20statut%20international%20des%20d%C3%A9plac%C3%A9s%20environnementaux.pdf>>. Acesso em: 16 Ago. 2014.

PRIEUR, Michel. **Projeto De Convenção Relativa Ao Estatuto Internacional dos Deslocados**. Versão em Português. Disponível em português em: <<http://www.cidce.org/pdf/APRESENTA%C3%87%C3%83O%20DO%20PROJETO%20DE%20CONVEN%C3%87%C3%83O%20RELATIVA%20AO%20ESTATUTO%20INTERNACIONAL.pdf>>. Acesso em: 24 Set. 2014.

RALDI, Marcelo Augusto. **Os direitos da personalidade**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5766>. Acesso em: 25 Fev 2015.

REAL FERRER, Gabriel. **La Solidariedad em el derecho administrativo**. *Revista de Administración Pública (RAP)*, n°161, mayo-agosto 2003

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 173.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TOMAZ NETO, José Alves; LIRA, Daniel Ferreira de. **A posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos recepcionados pelo sistema normativo brasileiro após o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/São Paulo**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11686&revista_caderno=16>. Acesso em 20 fev. 2015.