

Gabriel Wedy

LITÍGIOS CLIMÁTICOS

de acordo com o Direito Brasileiro, Norte-Americano e Alemão

Prefácio **Ingo Wolfgang Sarlet**

Apresentações

Michael Gerrard

Wolfgang Kahl

2019

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, tratados internacionais, constituições, legislações infraconstitucionais e políticas públicas têm abordado as mudanças climáticas causadas por fatores antrópicos como um grande desafio a ser enfrentando, seja pela necessidade do corte das emissões de gases de efeito estufa nos parâmetros acordados em Paris, no ano de 2015, seja para a adoção imediata de medidas de adaptação e de resiliência com a finalidade de proteger a vida humana e não humana, o meio ambiente, a economia e os bens públicos e privados. Este arcabouço normativo, combinado com uma recente doutrina e, especialmente, jurisprudência, tem criado direitos e obrigações para governos e entes privados que ultrapassam as fronteiras do Direito Ambiental. A importância dos litígios climáticos, aliás, resta estampada, com destaque, no Objetivo 13 da *Agenda 2030* da ONU *para o Desenvolvimento Sustentável*, consubstanciada na necessária “ação climática”, como referia Jeffrey Sachs, enquanto professor deste autor no *Earth Institute* da Columbia University. Ação climática, desnecessária maior avaliação, pressupõe como um dos seus principais elementos concretizadores os litígios climáticos.

Os litígios climáticos têm como objetivos pressionar o Estado Legislador, Estado Administrador e os entes particulares a cumprirem, mediante provocação do Estado Juiz, o compromisso mundial no sentido de garantir um clima adequado com o corte das emissões de gases de efeito estufa e o incentivo à produção das energias renováveis acompanhados do necessário

deferimento de medidas judiciais hábeis a concretizar os princípios da precaução e da prevenção com a finalidade, igualmente, de evitar catástrofes ambientais e de promover o princípio do desenvolvimento sustentável. Os litígios climáticos, outrossim, são essenciais para suprir omissões estatais na esfera administrativa e as lacunas deixadas pelo legislador em relação à novel matéria. Neste cenário, o Estado Juiz, em todo o mundo, tem julgado um crescente número de demandas envolvendo o Direito das Mudanças Climáticas aplicando, direta e indiretamente, o princípio da proporcionalidade, vedando excessos e omissões.

Relevante que os operadores do direito nacional e internacional possuam referências doutrinárias sobre litígios climáticos com o estudo de casos específicos aptos a enriquecer esta nova prática inserida nestes tempos de amplificação de riscos e de desastres ambientais. À disposição dos operadores do Direito, em especial dos juízes, precisam existir elementos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários suficientes para boas fundamentações nas decisões decorrentes dos casos trazidos pelas partes. Ademais, é importante, na seara multidisciplinar do Direito das Mudanças Climáticas, edificado também por decisões judiciais, a construção de uma linguagem jurídica comum e acessível para os atores processuais, legisladores e administradores.

Impactos gerados pelas ondas de calor e tempestades de grandes dimensões atingindo zonas costeiras e as Nações Ilha, relevante grifar, estão aumentando em frequência e intensidade e são fenômenos causados pela ação humana. Os custos para os governos, para a sociedade e para a iniciativa privada, gerados pelos extremos climáticos, são significativos. Os Estados, por sua vez, têm lutado para desenvolver instrumentos efetivos para combater as causas e os efeitos do aquecimento global (externalidades negativas). As políticas de adaptação e de mitigação espriam-se pelos governos dos países, lenta e continuamente e estão cada vez mais, em boa hora, não sendo paralisadas frente às incertezas científicas e os gestores públicos passam a abandonar as vetustas exigências de certezas impossíveis de se alcançar – amparadas na

utopia do inalcançável risco zero – no atual estágio da ciência. Neste cenário de incertezas e de riscos, busca-se a estabilização climática em níveis que não superem um aumento de 2,0°C e se aproximem dos 1,5°C, no ano de 2100, como já acordado, em Paris, no âmbito da COP 21, tendo como marco inicial o período pré-Revolução Industrial (1750).

Várias ações judiciais são promovidas por entes públicos, organizações não governamentais e cidadãos, individualmente ou em grupo, com o objetivo de comprometer os governos com o cumprimento dos Acordos e Tratados Internacionais, Constituições, legislações e normas administrativas de cunho climático protetivo. De outro lado, naquelas nações onde não existe legislação constitucional ou infraconstitucional de tutela do clima, os autores buscam compelir os réus a adotarem medidas amparadas por Acordos Internacionais firmados, legislação e doutrinas de Direito Ambiental que indiretamente possam contribuir com a redução das emissões e, também, possam tutelar valores e bens ameaçados pelo aumento das temperaturas. Exemplificativamente, as atividades extrativas (especialmente do carvão e do petróleo), o desmatamento, a construção de novas usinas termelétricas são combatidas, via ações judiciais, assim como governos são demandados, em face de omissões e ações inconstitucionais, inconventionais ou ilegais, para a boa e sustentável administração dos recursos naturais como manda o princípio da boa governança, aliás, um dos quatro elementos do moderno conceito de desenvolvimento sustentável que está fixado para além do Relatório Brundtland.

Outras demandas têm buscado responsabilizar aqueles entes públicos e privados que mantém os seus empreendimentos com total conhecimento de que as emissões causam o aquecimento global, que por sua vez gera prejuízos irreparáveis ao meio ambiente e ao ser humano. Com a evolução tecnológica, a previsibilidade acerca dos padrões climáticos torna-se mais factível o que possibilita responsabilizar entes públicos e privados pela não adoção de medidas precautórias e preventivas

que poderiam vir a evitar danos altamente previsíveis. Nesta seara, cresce a importância da *public trust doctrine*, no direito anglo-saxônico, e que poderia ser desenvolvida nestas plagas, para a qual o Estado tem a responsabilidade e a obrigação em garantir os recursos naturais da nação para as futuras gerações. Não são poucos também os casos climáticos que envolvem a discussão sobre a possível violação de direitos fundamentais e da equidade intergeracional, assim como outros litígios em que é debatida a possível violação da independência dos Poderes do Estado decorrente das ações e das omissões das agências federais e das autarquias referentes ao corte das emissões de gases de efeito estufa e à adoção de medidas de adaptação e de resiliência como dever dos governos.

De acordo com o mais completo e inovador relatório realizado sobre litígios climáticos no mundo, divulgado pela *United Nations Environment Programme*, em cooperação com o *Sabin Center for Climate Change Law*, da *Columbia Law School*, capitaneado pelo professor Michael B. Gerrard, divulgado em maio de 2017, as maiores ocorrências de litígios climáticos ocorrem nos países desenvolvidos no hemisfério norte, na Austrália e na Nova Zelândia, embora, no hemisfério sul, autores estejam instaurando litígios climáticos (UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, 2017, p.5), ainda que evidentemente não exista uma doutrina consistente em nível local, especificamente no Brasil, a fim de servir de referência. Aliás, no país, desde a década de 1980, o tema aquecimento global é pautado com maior ressonância no discurso ambientalista, inclusive com importantes discussões políticas e jurídicas, conforme expressam os altos índices de poluição atmosférica que se verificam em praticamente todos os cantos do mundo, em especial nos grandes centros urbanos (SARLET & FENSTERSEIFER, 2014, p.64).

Dentro deste cenário, fático e jurídico, é que se desenvolve o presente livro. Os litígios climáticos, portanto, estão inseridos num contexto normativo que consagra a proteção ambiental

como direito humano e fundamental e, como referem Sarlet e Fensterseifer (2014, p.49), a Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (1972) apresenta-se como o marco histórico- normativo inicial da proteção ambiental, projetando-se pela primeira vez no horizonte jurídico, especialmente no âmbito internacional, a ideia em torno de um direito humano a viver em um ambiente equilibrado e saudável, tomando a qualidade do ambiente como elemento essencial para uma vida humana com dignidade e bem estar.

Como referido pelos autores, já no Preâmbulo da Declaração de Estocolmo, encontra-se o registro de que ambos os aspectos do ambiente, natural ou construído, são essenciais ao bem-estar e ao gozo dos direitos humanos básicos, com destaque para o direito à vida, compreendido como um direito à vida condigna e saudável. No seu Princípio 1º, restou expresso que o “homem tem o direito fundamental à liberdade, igualdade e adequadas condições de vida, num meio ambiente cuja qualidade permita uma vida de dignidade e bem-estar, e tem a solene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente, para as presentes e futuras gerações (cf. SARLET & FENSTERSEIFER, 2014, p. 50).

Parte-se, daí, para a delimitação da matéria abordada, objetivando um maior aprofundamento. Nesse sentido, se fará a investigação do fenômeno dos litígios climáticos no âmbito dos sistemas jurídicos do Brasil, dos Estados Unidos e da Alemanha. O primeiro, por ser o país no qual o livro tem origem, e os dois últimos por serem reconhecidamente as nações cujos riquíssimos sistemas jurídicos são os que despertam maior atenção aos hodiernos pesquisadores e operadores do direito mundial, em especial, no âmbito do Direito Ambiental e do novel Direito das Mudanças Climáticas.

De acordo com o já referido relatório, *The Status of Climate Litigation: a Global Review* (UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, 2017, p.5), existem três categorias

principais de questões legais que são discutidas em matéria de litígios climáticos:

1. Possibilidade de a controvérsia ser ajuizada, discutida e decidida pelo Poder Judiciário;
2. Quais as fontes das obrigações climáticas;
3. Quais os instrumentos processuais hábeis para a instauração de litígios climáticos.

E, ainda, não se pode ignorar, que existem cinco tendências em matéria de litígios climáticos (cf. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, 2017, p.14):

1. Busca por fazer com que os governos fiquem vinculados e cumpram os seus compromissos legais, bem como os assumidos em nível de políticas públicas;
2. Identificação donexo causal entre os impactos da extração de recursos de um lado e as mudanças climáticas e a resiliência de outro;
3. Verificação se a quantidade de emissões particulares possui umnexo de causalidade próximo aos impactos adversos das mudanças climáticas;
4. Estabelecimento da responsabilidade governamental por falhas omissivas ou comissivas na adoção de políticas de adaptação as mudanças climáticas;
5. Aplicação da *public trust doctrine* nos casos envolvendo mudanças climáticas.

As questões aqui referidas serão abordadas de modo crítico no texto, em capítulos e subcapítulos, tendo como pano de fundo o Direito das Mudanças Climáticas e os litígios climáticos já decididos, ou em tramitação, no Brasil, nos Estados Unidos e na Alemanha. O texto será elaborado com base no Direito Internacional, nas Constituições, na legislação infraconstitucional, nos atos administrativos, na jurisprudência e na doutrina construída nos países pesquisados *in loco*.

A AMEAÇA DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E AS ALTERNATIVAS PARA ENFRENTÁ-LAS

No período histórico entre 1750 e 2013, após as grandes ondas de mudanças tecnológicas¹, o aumento das emissões de dióxido de carbono (CO₂) foi de 280 partes por milhão para 397 partes por milhão; de metano (CH₄), o aumento foi de 700 partes por bilhão para cerca de 1760 partes por bilhão; e de óxido nitroso (N₂O), foi de 270 partes por bilhão para 323 partes por bilhão (GERRARD, 2014, p.7). Em relação ao (CO₂), ao se atualizar os referidos dados, as emissões atingiram,

-
1. O economista russo, Nikolai Kondratiev, expôs, em sua clássica obra *The Major Economic Cycles* (1925), que o desenvolvimento econômico é estimulado por grandes ondas de mudanças tecnológicas que orientam os principais avanços da economia e são também fontes de crises econômicas entre o período de tempo que o ciclo dinâmico do crescimento alcança a sua conclusão e a nova onda tecnológica ainda não tiver ganhado força suficiente para estimular novo ciclo de crescimento. (Consultar SACHS, 2015). Os seguidores de Kondratiev apontam para a existência de quatro a seis ondas de mudanças tecnológicas ao longo da história. Como Shiller: 1ª onda, com a criação da máquina a vapor e a indústria têxtil (1780-1830); 2ª onda, com o aço e as estradas de ferro (1830-1880); 3ª onda, com a eletrificação e os produtos químicos (1880-1930); 4ª onda, com os automóveis e a petroquímica (1930-1970); 5ª onda, com a tecnologia de informação (1970-2010). (Ver: SHILLER, 2010.) Sachs (2015) refere-se a uma 6ª onda que poderia ser promovida a partir da crise financeira de 2008, a qual poderia ser pautada pelas tecnologias sustentáveis. Muitos avanços da 5ª onda serão úteis para a 6ª onda, como eficiência tecnológica, materiais sustentáveis, nanotecnologia, indústria química sustentável e na produção de alimentos. Todos se beneficiarão, enormemente, dos avanços da ciência da computação e da tecnologia de informação.

em 24 de outubro de 2018, a marca de 407.08 partes por milhão (EARTH'S CO2 HOME PAGE, 2018).

Nesse cenário a temperatura média do Planeta aumentou 0,74% desde o final de 1800. Em conformidade com pesquisa realizada nos Estados Unidos pela *National Oceanic Atmospheric Administration* (2016), a média da temperatura dos 382 meses que antecederam o ano de 2016 foi mais alta que a média do Século XX, e o referido ano foi o mais quente desde 1880, superando inclusive os anos de 2014 e 2015, que registravam até então as temperaturas mais elevadas dos últimos 136 anos. Importante grifar que os doze anos de maior calor no período analisado ocorreram posteriormente ao ano de 1997 (WEDY, 2015, p.19). Em estudo independente, a NASA chegou à mesma conclusão (NATIONAL AERONAUTICS AND SPACE ADMINISTRATION, 2015) e avançou no sentido de divulgar que o mês de setembro de 2016 foi o mais quente desde o início das medições (NATIONAL AERONAUTICS AND SPACE ADMINISTRATION, 2016). Seguindo a tendência de aumento das temperaturas, o ano de 2017 foi o segundo mais quente desde 1880, o que chama a atenção é que o fenômeno *El Niño* nada teve a ver com o referido aquecimento climático no período (NATIONAL AERONAUTICS AND SPACE ADMINISTRATION, 2018).

Previsões dos cientistas sobre o aumento das temperaturas variam entre 1,8°C e 4°C até o ano de 2100. Ainda que as temperaturas aumentem apenas 1,8°C, essa elevação será superior a qualquer variação positiva da temperatura nos últimos 10.000 anos². O nível médio do mar subiu de 10 a 20 centímetros durante o Século XX, e um aumento adicional de 18 a 59 centímetros deve ocorrer até o ano de 2100. Temperaturas elevadas provocam a expansão do volume do oceano e o derretimento de glaciares e calotas de gelo, aumentando o nível do mar. Ainda, todo o processo pós-revolução industrial, baseado em combustíveis fósseis como fonte de energia, no desmatamento e nos processos

2. Ver: GORE, 2007; SACHS, 2015.

produtivos insustentáveis na agricultura, como a monoculturas, são a causa principal das emissões de gases de efeito estufa, que por sua vez, preservam o calor no ambiente, já que absorvem parte da radiação infravermelha emanada pelo Sol e refletida na superfície da Terra, impedindo-a de regressar para o espaço. Esses gases são de fundamental importância, pois mantêm a temperatura própria para a vida no Planeta. Sem eles, o clima seria extremamente frio e a temperatura na Terra seria por volta de 33°C mais baixa, o que comprometeria a vida. Excessos desses gases na atmosfera, por outro lado, são muito perigosos, pois eles passam a reter cada vez mais a radiação infravermelha refletida na Terra e impedem-na de retornar ao espaço, o que torna o clima cada vez mais quente³.

Alterações do clima, decorrentes das atividades humanas, e os seus efeitos negativos são praticamente um consenso científico. Dois estudos separados, usando diferentes metodologias, concluíram que aproximadamente 97% dos cientistas que pesquisam sobre o clima concordam que a Terra está aquecendo e que as emissões de gases de efeito estufa (fatores antrópicos) são a principal causa de tal fenômeno (ANDERREG et al., 2010, p. 12107-9; COOK et al., 2013 p.1-7; GERRARD, 2014, p.5). Existe um pequeno grupo composto de cientistas do clima e de outras áreas do conhecimento, além de leigos e céticos, com os quais não se concorda, que discordam do fato de que as mudanças climáticas possuem causas humanas (ORESQUES & CONWAY, 2011) e são uma realidade. Aliás, referido fato, quase incontroverso na comunidade científica, foi reconhecido pela célebre Encíclica *Laudato Si*:

[...] existe um consenso científico muito consistente de que estamos perante um preocupante aquecimento climático. Nas últimas décadas, esse aquecimento foi acompanhado por uma elevação constante do nível do mar, sendo difícil não o relacionar ainda com o aumento de acontecimentos meteorológicos extremos (PAPA FRANCISCO, 2015).

3. Ver: GORE, 2007; SACHS, 2015.

Ou seja, espriam-se em um ritmo alucinante catástrofes ambientais, como enchentes, secas, incêndios, tempestades tropicais, ciclones e furacões. Ainda, de acordo com o texto (PAPA FRANCISCO, 2015), a humanidade é chamada “a tomar consciência da necessidade de mudanças no estilo de vida, na produção e consumo, para combater esse aquecimento ou, pelo menos, as causas humanas que o produzem ou o acentuam”. Reconhece a Igreja Católica, que o aquecimento global “é agravado pelo modelo de desenvolvimento baseado no uso intensivo de combustíveis fósseis, que está no centro do sistema energético mundial”. E denuncia a “prática crescente das mudanças na utilização do solo, principalmente o desmatamento para finalidade agrícola”.

A aceitação da realidade, das mudanças climáticas e dos perigos que ela representa para a humanidade, torna-se uma imposição do exercício consciente da cidadania global, pois é embasada em fatos consistentes. Aliás, entre os gases de efeito estufa emitidos em decorrência das atividades humanas e que causam o aquecimento global, o que mais necessita de regulação é o dióxido de carbono (CO_2), pois ele é emitido em grandes quantidades. Entretanto, existem gases de efeito estufa mais potentes. O metano (CH_4) possui potencial de aquecimento global (*Global Warming Potential*) de 21 GWP; o óxido nitroso (N_2O), de 310 GWP; os hidrofluorcarbonetos (HFC) têm o GWP entre 140 e 11.700; os perfluorocarbonetos (PFC) possuem o GWP de 6.500 a 9.200; e, por fim, os hexafluoretos (SF_6) têm 16.300 de GWP. Mudanças climáticas causadas pela retenção desses gases na atmosfera causam impactos negativos sobre a saúde humana, a infraestrutura, as reservas de água, os ecossistemas e os oceanos (INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, 1995).

Evidentes impactos nefastos aos seres humanos são: o aumento da frequência e da intensidade do calor, causador de mortes e doenças; as secas e os riscos de incêndio; a intensificação da poluição do ar; o aumento das extremas precipitações associadas às enchentes, que podem levar a danos humanos;